# الاختلاف في تطبيق القانون كشرط لاختصاص المحكمة الانحادية العليا في التفسير

رُ.م.و.سمير والوو سلمان<sup>(ه)</sup>

#### المقدمة

يعتبر التفسير الدستوري او القانوني من اهم الضمانات اللازمة لتطبيق الاحكام الدستورية والنصوص القانونية. حيث يتم من خلاله الكشف عن مقاصد ومبتغى المشرع من وراء التشريع وتنوع الوسائل المقررة للتفسير فقد يقوم المشرع نفسه بتولي هذه المهمة من خلال ما يعرف بـ(التفسير التشريعي) او يقوم القضاء بالتصدي لهذه المهمة وغالبا ما تقوم المحاكم بتفسير النصوص القانونية في معرض الفصل في الدعاوى المطروحة امامها. واما بالنسبة لتفسير القواعد الدستورية فغالبا ما تتولى ذلك اعلى هيئة قضائية في الدولة وعندئذ يسمى هذا التفسير بر(التفسير القضائي) او قد يتصدى لهذه المهمة شراح القانون والفقهاء وهو ما يسمى بر(التفسير الفقهي).

على ان من اهم وسائل التفسير هي تلك التي تتولاها جهة معينة حدوها المشرع الدستوري وجعل لها الكلام الفصل في الزام الكافة بهذا التفسير.

ولقد حدد المشرع العراقي مثلا المحكمة الاتحادية العليا كجهة قضائية تتولى تفسير نصوص الدستور وبشكل صريح كما تتولى تفسير النصوص التشريعية والقرارات والانظمة والتعليمات عندما تتصدى الى الفصل في القضايا التي تنشأ عن تطبيق القوانين الاتحادية في حين حدد الدستور المصري لعام ٢٠١٤ المحكمة الدستورية العليا كجهة قضائية تتولى مهمة تفسير النصوص التشريعية ولكن المشرع هنا لم يمنحها تفسير نصوص الدستور بشكل صريح

(\*)عميد كلية النخبة الجامعة

ولكن يمكن لهذه المحكمة تفسير النصوص الدستورية ضمنا من خلال اختصاص الرقابة على دستورية القوانين واللوائح (المادة ١٩٢) من دستور جمهورية مصر العربية.

الملاحظ ان اختصاص القضاء في تفسير النصوص لا ينهض من تلقاء نفسه انما لابد من وجود طلب لذلك وهذا يعني ان هنالك دعوى وان هنالك نزاع قائم او اختلاف في تفسير قانون معين قد تحتج كل سلطة بانها صاحبة المصلحة في هذا التفسير.

اذا الخلاصة فان الاختلاف هو جوهر عملية التفسير ولا يختلف الامر بالنسبة للدستور العراق لعام ٢٠٠٥ او دستور مصر ٢٠١٤ او اي نص في اي دستور يولي مهمة التفسير الى جهة قضائية لان الاخيرة لا تقوم بعملها الا في حالة التعارض او التنازع.

وعموما فاننا الينا تقسيم هذا البحث الى ثلاث مطالب.

- الاول شروط واجراءات اختصاص القضاء بالتفسير.
- الثاني تحديد طبيعة الاختلاف في تطبيق النصوص.
  - الثالث مفهوم الاختلاف في رأينا.

المطلب الاول: شروط واجراءات اختصاص القضاء بالتفسير:

لقد نصت المادة (٩٣) ثانيا- ثالثا من دستور العراق لعام ٢٠٠٥ على ان ((تختص المحكمة الاتحادية العليا في تفسير نصوص الدستور والفصل في القضايا التي تنشأ عن تطبيق القوانين الاتحادية والقرارات والانظمة والتعليمات..)) الخ وهذا يعني ان اختصاص المحكمة في تفسير النصوص القانونية هو اختصاص اصيل حتى وان جاء ضمنا كما وجاء النص على ذات الاختصاص في قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٥ حيث نصت المادة (٤) منه على ان ((تتولى المحكمة الاتحادية الفصل في المنازعات التي تحصل بين الحكومة الاتحادية وحكومات الاقاليم والمحافظات والبلديات والادارات المحلية)).

وهذا يعني فعلا ان اختصاص المحكمة ينهض عند حصول التعارض والتنازع. اذا شروط التفسير هي:

الشرط الاول- النصوص التي تتولاها المحكمة في التفسير..

استنادا الى النص الدستوري فان المحكمة الاتحادية العليا في العراق تتولى تفسير الاحكام الدستورية وهذا الاختصاص كما يرى الفقه (١) هو اختصاص حصري واصيل للمحكمة الاتحادية وبالتالى لا يجوز الاستناد الى اي جهة اخرى قد تبادر الى تفسير نص دستوري.

ان الفقه يسلم بضرورة وجود التفسير والحاجة اليه فهو من مستلزمات القانون وان علا او نزل، فاستجلاء مقاصد المشرع واستبيان نيته وحقيقة مراميه امر اضحى لازم اما بفعل غموض النص او اقتضائه او تقادم الزمان عليه، فالنص لا يشرع لزمان محدد الا استثناء والاصل فيه سريان احكامه لاجل غير محدد ويقينا ان ظروف التشريع قد لا تكون ذاتها ظروف نفاذه فلكل زمان وظروف ومستلزمات والتمسك بحرفية النص واهمال وتجاهل ما حوله غالبا ما ينتهى الى تطبيق منحرف يتعارض والاصل الذي لاجله شرع القانون. (٢)

ولما كانت النصوص الدستورية تقع في قمة الهرم القانوني وتحتوي على جملة من الصلاحيات للسلطات الثلاث الاتحادية وسلطات الاقاليم وجملة من الحقوق والحريات الدستورية فانه لا محيص من ان تتداخل النصوص فيما بينها تداخل شائك لذلك لابد من وجود جهة ينبري لها امر التفسير تتولى فض الاشتباك وتحديد الصلاحية والاختصاص لهذه الجهة او تلك.

في حين الملاحظ ان دستور مصر لعام ٢٠١٤ لم يشر الى مثل هذا الاختصاص (اي تفسير نصوص الدستور) بالنسبة للمحكمة الدستورية العليا ومع ذلك نرى ان للمحكمة القيام بهذه المهمة من خلال ممارسة وظيفتها في الرقابة على دستورية القوانين واللوائح وبالعودة الى دستور العراق لعام ٢٠٠٥ نجد ان للمحكمة ايضا الفصل في القضايا الناشئة عن تطبيق القوانين الاتحادية والقرارات والانظمة والتعليمات والاجراءات الصادرة عن السلطة الاتحادية. ومما لاشك فيه ان الامر هنا ينصب على تفسير النصوص التشريعية بالاضافة الى تفسير ومما لاشك فيه ان الامر هنا ينصب على تفسير النصوص التشريعية بالاضافة الى تفسير

<sup>(۲)</sup> د. علي يوسف الشكري، المحكمة الاتحادية العليا في العراق بين عهدين، الذاكرة للنشر والتوزيع، بغداد، ٢٠١٦، ص ٩١.

<sup>(</sup>١) استاذنا الدكتور غازي فيصل مهدي، المحكمة الاتحادية العليا ودورها في ضمان مبدأ المشروعية، موسوعة القوانين العراقية ، ط ١، بغداد، ٨٠٠٨، ص ٣٣.

الانظمة والتعليمات التي تصدر تنفيذا لقانون ما وهذا يدل على ان المشرع الدستوري قل وضع جل ثقته في المحكمة الاتحادية. بحيث اوكل لها المهام الجسام الى الحد بحيث تتولى المحكمة الاتحادية حتى تفسير الانظمة والتعليمات بل وحتى الاجراءات المادية والقانونية التي تقوم بها السلطات الاتحادية في سبيل قيامها بالمهام الدستورية وهذا يعني ان للمحكمة الاتحادية الولاية العامة لاجراءات السلطات الثلاثة التشريعية والتنفيذية والقضائية. والانظمة والتعليمات وتسمى اللوائح في مصر وفرنسا هي مجموعة من القواعد القانونية التي تصدرها السلطة التنفيذية ممثلة بمجلس الوزراء او الوزير او الوزارة المعنية والتي تهدف الى تنفيذ النصوص التشريعية الصادرة عن البرلمان اي ان هذه الانظمة والتعليمات توضح الطريق السليم لتنفيذ النص القانوني.

وبالاضافة الى هذه الاختصاصات فان المحكمة الاتحادية العليا تتولى الفصل في المنازعات التي تحصل بين الحكومة الاتحادية وحكومات الاقاليم والمحافظات والبلديات والادارات المحلية.

وجدير بالاطراح فانه من غير اللائق ان يتضمن دستور الدولة لفظ (منازعات) وكان الاجدر بالمشرع الدستوري استعمال لفظ (الاختلافات) لان جميع السلطات في الدولة سواء أكانت اتحادية ام اقليمية هي في بلد واحد وتحت علم وسيادة واحدة وتمثل شعب واحد ولا يتناسق لفظ المنازعات مع الروابط الوطنية ووحدة الجنسية.

الخلاصة فان المحكمة الاتحادية تتولى تفسير..

- اولا النصوص الدستورية.
- ثانیا النصوص التشریعیة.
- ثالثا- الانظمة والتعليمات.
- رابعا- الاجراءات المادية والقانونية للسلطات الاتحادية.

الشرط الثاني ان يكون النص المطلوب تفسيره قد اثار خلافا في التطبيق

فالنص المطوب تفسيره لا يكفي ان يكون قد اكتنفه الغموض او اعتراه الابهام بل يجب ان يؤدي ذلك الى حدوث خلاف عند تطبيقه تتباين مع الاثار القانونية التي يرتبها فيما بين

المخاطبين باحكامه بما يخل عملا بعمومية القاعدة الدستورية او القانونية الصادرة بهذا الشأن مما يعني انه يهدد عمل المؤسسات الدستورية كما ويهدد المراكز القانونية وبالتالي يهدد ما تقتضيه المساواة بينهم في مجال تطبيقها. (1)

ومضمون هذا الشرط ان يتم تطبيق النص الدستوري او التشريعي فعلا وان يترتب على هذا التطبيق اختلاف في وجهات النظر اذ لا يكتفي بمجرد صدور النص بل لابد من التطبيق حتى تتمكن المحكمة من فرض رقابة التفسير (۲) كما لا يمكن الاكتفاء باشاعة وجود الاختلاف سواء من قبل السلطات او من قبل الاشخاص ما لم تتم التطبيق الفعلي للنص ولقد اشارت المحكمة الدستورية العليا في مصر في معرض حكم لها بعد صدور قانون الصحافة رقم ٩٣ لسنة ١٩٩٥ حيث بادرت الحكومة فور صدوره الى المحكمة لتفسير بعض النصوص المشار اليها قبل ان يوضح موضع التطبيق الى ان المحكمة اوضحت ان ولايتها في التفسير لا تنسحب الى نصوص ظل تطبيقها وحتى وقت تقديم طلب التفسير اليها متراخيا لو كان الجدل حول معناها او غايتها ممتدا الى قاعدة عريضة من المواطنين، عميقا في وجدانهم مصيرا لاهتمامهم او كان جدلا يقوم على النظر والتأصيل او يطرح تصورا مجردا في شأن الابعاد المحتملة لتطبيقها، او يعرض لجوانبها السلبية وانعكاساتها على حرية التعبير التي كفلها الدستور (۳) اذ لا يتصل ذلك كله بدخولها حيز التنفيذ الفعلي ولا باختبارها من خلال تطبيق يكون مظهرا للخلاف حول معناها او كاشفا عن استقرار مفهومها. (٤)

<sup>(</sup>¹) حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر، التفسير رقم 1 لسنة 10 قضائية في ١٩٩٣/٣/٣٠، منشور في كنوز مصر للاحكام 19٩٥، ص ١٩٢.

<sup>&</sup>lt;sup>(۲)</sup> ينظر مجموعة احكام المحكمة الاتحادية العليا (۲۰۱۹، ۲۰۱۱، ۲۰۱۱) الناشر مجلة التشريع والقضاء. <sup>(۳)</sup> د. محمد علي احمد مدني، دور القضاء الدستوري في استجلاء المفاهيم الدستورية، دار النهضة العربية، القاهرة، 701، م. ۳۵۹.

<sup>(\*)</sup> حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر المقيد برقم ٢٠ لسنة ١٧ قضائية (تفسير) بتاريخ ٢١/١٠/١٠ احكام المحكمة الدستورية، كنوز مصر، ١٩٩٥/، ص ٨٢٨.

الشرط الثالث- اهمية النصوص المطلوب تفسيرها..

ان هذا الشرط تقتضيه طبائع الامور وذلك لانه لابد من ان يتسم النص الدستوري او القانوني المعروض للتفسير بالاهمية وهذا ما يتفق مع مكانة المحكمة والاختصاصات ويرتبط اهمية النص المطلوب تفسيره بالمراكز الدستورية والقانونية المختلفة على التفسير وازدادت هذه المراكز كلما اتسم النص بالاهمية ولا تقاس هذه الاهمية بمعيار شخصي اي باهمية النص بالنسبة للمراكز الدستورية والقانونية المختلفة في تفسيره وهذا ما اتجهت اليه المحكمة الدستورية العليا في مصر حيث رفضت طلب تفسير نص المادة العاشرة من قانون رقم ٦٠ سنة الدستورية العليا في مصر خيث رفضت طلب تفسير نص المادة العاشرة من قانون رقم ١٩٧٤ الصادر بانشاء شركة الاسكندرية للملاحة والاعمال البحرية وذلك حسم الخلاف بين الشركة ومصلحة الضرائب فيما يتعلق بالاعفاءات والمزايا المقررة للشركة. وكان مبرر المحكمة في ان اهمية النص والاثار المترتبة على تطبيقه مقصورة على طرفي الخلاف وليس فيه اهمية دستورية. (١)

ونرى ان هذا الامر ينسحب على اختصاص المحكمة الاتحادية لان اختصاصها في تفسير النصوص الدستورية هو امر في غاية الاهمية لان الدستور هو وثيقة الشعوب وهو المعبر عن ارادة الجماعة وهو الفيصل في الحكم بين السلطات وكل فعل لا يتحرى الدستور هو باطل.

وكذا الحال بالنسبة للفصل في القضايا التي تنشأ عن تطبيق القوانين الاتحادية لان السلطة التشريعية الاتحادية هي المعبرة عن سيادة الشعب وبالتالي فان القوانين الصادرة عنها تعد صادرة عن الشعب وبالتالي تبرز اهمية ما قد تثيره هذه النصوص من خلافات في التطبيق.

اما فيما يتعلق باجراءات المحكمة في التفسير. فلقد نص المشرع الدستوري وفق احكام المادة (٩٤) من دستور ٢٠٠٥ العراقي ان (قرارات المحكمة الاتحادية العليا باته

(1) حكم المحكمة الدستورية العليا، رقم ٨٠ لسنة ١٧ قضائية (تفسير) بتاريخ ١٩٩٥/١١/١٢ احكام المحكمة الدستورية، كنوز مصر، ١٩٩٦، ص ٢٥٢.

وملزمة للسلطات كافة) وهذا يعني ان قرارات المحكمة واحكامها الدستورية والتفسيرية لا تقبل الطعن امام اي جهة اخرى اي ان المحكمة هي الجهة النهائية في الاصدار.

عموما فان اجراءات التفسير تنطلب ابتداء ان تقدم عريضة دعوى الى المحكمة الاتحادية تتضمن النص القانوني او الدستوري المطلوب تفسيره. ولقد نصت المادة (٩٣ ثالثا) من الدستور على ان يكفل القانون اي قانون المحكمة حق كلا من مجلس الوزراء وذوي الشأن، من الافراد وغيرهم حق الطعن المباشر لدى المحكمة، وهذا يعني ان جميع سلطات الدولة ابتداء من رئيس الجمهورية وانتهاء بالافراد لهم حق الطعن المباشر امام المحكمة. ولا شك ان لما كانت المسألة تتعلق بالطعن المباشر فلابد من ان تتوفر المصلحة فيمن يقدم طلب الطعن كأن يمسه القانون او النص بشكل مباشر او يحرمه حقا او يفرض عليه التزاما دون وجه حق ولقد نصت المادة (٥) من قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (٣٠) لسنة ٥٠٠ على ان م(٥) اولا – يدعو رئيس المحكمة اعضائها للانعقاد قبل الموعد المحدد بوقت كاف، و يوفق بكتاب الدعوى جدول الاعمال وما يتعلق به من وثائق، ولا يكون انعقاد المحكمة والقرارات العضور جميع اعضائها، وتصدر الاحكام والقرارات بالاغلبية البسيطة عدا الاحكام والقرارات الخاصة بالفصل في المنازعات الحاصلة بين الحكومة الاتحادية وحكومات الاقاليم والمحافظات والبلديات والإدارات المحلية فيلزم ان تصدر باغلبية الثائين.

ثانيا- الاحكام والقرارات التي تصدرها المحكمة الاتحادية العليا بانه والحقيقة ان النص واضح ولا يحتاج الى توضيح زائد.

### المطلب الثاني: تحديد طبيعة الاختلاف في تطبيق النصوص

لقد اثير التساؤل عن طبيعة الاختلاف في التطبيق كشرط لنهوض اختصاص القضاء الدستوري بالتفسير فهل يكف مجرد وقوع اختلاف بشأنه عند تطبيقه بين السلطات الثلاث او الجهات الادارية او حتى صدور احكام متباينة بين المحاكم فيما يتعلق بالاختلاف في تطبيق النصوص التشريعية. ولقد تباينت الاتجاهات لهذا الامر.

#### مجلة الحقوق . . العددان ٣٥ - ٣٦

-الاتجاه الاول.. انه لا يشترط ان يكون الاختلاف في تطبيق النصوص التشريعية انه قد صدرت احكام قضائية متباينة بصدد النص بل يكتف ان تختلف بشأن هذا النص الجهات الادارية.

ولقد استند هذا الاتجاه الى ان النصوص التشريعية لا تختص في تنفيذها المحاكم فحسب بل ان الجهات الادارية التابعة للسلطة التنفيذية تتولى هي الاخرى هذه المهمة وان اي اختلاف في تفسيره يقود لا محال الى اختلاف في تطبيقه وبالتالي اخلال بمبدأ المساواة بين الافراد. (1)

وينسحب هذا الامر على النصوص الدستورية فيكفي مثلا للتصدي لها ان يحتوي هذا النص او ذاك على اختصاص يتداخل فيه سلطتان او اكثر من سلطات الدولة وبالتالي تنهض الحاجة الملحة للتفسير دون انتظار ان ترفع دعوى امام المحكمة.

الى اننا نرى ان في هذا الاتجاه اهدار لهيبة المحكمة الاتحادية والنصوص الدستورية والمبادئ العامة التي تقرر وجوب تطبيق النص حتى يحصل التعارض والاختلاف وبالتالي يتدخل القضاء لحسم الموضوع. وهذا ما ايده جانب من الفقه. (٢)

حيث رأى ان التطبيق هو نقطة بداية الاختلاف لان الاخير كامن بين النصوص لا ينهض الا بالتطبيق.

-الاتجاه الثاني.. ويرى وجوب الربط بين الجهة طالبة التفسير وتحديد طبيعة الخلاف في التطبيق.

فالنص الذي يثير خلافا في التطبيق، يكون قد اثار هذا الخلاف عند قيام جهات مختلفة في تنفيذه او عند قيام محاكم مختلفة في تطبيقه فهو في كلا الحالتين يثير خلاف في التطبيق.

<sup>(۲)</sup> د. جورجي شفيق ساري، اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالتفسير عمليا، المطبعة المصرية، القاهرة، ١٩٩٥، ص ٢٤١.

<sup>(</sup>¹) د. محمد عبد العال السناري، ضوابط اختصاص المحكمة الدستورية العليا بتفسير النصوص التشريعية، دار النهضة العبية، القاهرة، ١٩٩٦، ص ١٤٧.

#### مجلة الحقوق . . العددان ٣٥ - ٣٦

وهذا يعني ان الجهة التي تقدمت في طلب التفسير هي من اصطدمت في الخلاف عند مباشرتها في التطبيق. (١)

الى ان هذا الرأي غير سليم ولا يمكن التسليم به وذلك لان الاصل ان كل شخص له مصلحة في طلب التفسير يجوز له المبادرة الى طلب التفسير وقد يكون النص طبق فعلا لفترة من الزمن دون حدوث اي اختلاف وبالتالي لم يبادر اي متضرر من طلب التفسير الى وقت معين.

-الاتجاه الثالث.. والذي اشترط لتحقق الاختلاف في التطبيق ان يكون ذلك في حالة وجود احكام قضائية متعارضة ولقد اسند هذا الاتجاه رأيه الى الاعمال التحضيرية التي صدر بها قانون المحكمة الدستورية المصرية رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ حيث اوضحت اللجنة التشريعية انه (يشترط لاختصاص المحكمة بالتفسير ان يكون النص المطلوب تفسيره قد اثار خلافا في التطبيق اي صدرت احكام متعارضة في شأنه). (٢)

واضاف ايضا هذا الرأي ان ذلك يتفق مع الشرط الذي اوردته المادة (٢٦) من القانون اعلاه حيث نصت على تفسير القوانين يكون (اذا اثار خلافا في التطبيق وكان لها من الاهمية ما يقتضي توحيد تفسيرها) فما دام التفسير يجري بهدف تحقيق وحدة التطبيق فان معنى هذا انه حيث لا تعارض في الاحكام فان الحكمة من طلب التفسير من المحكمة تكون منتفية حيث لا توجد تفسيرات متضاربة بشأن نص معين تستدعي تدخل المحكمة الدستورية العليا في التفسيرات لضمان وحدة التطبق. (٣)

ولقد تحفظ الدكتور رمزي الشاعر وهو من انصار هذا الاتجاه بالنسبة للقوانين الاساسية حيث طرح بشأنها تساؤلا دون ان يضع له اجابة وينتهي برأي قاطع يحسمها وذلك على النحو الاتي...

<sup>(۲)</sup> د. فتحي فكري، اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالطلب الاصلي بالتفسير، دار النهضة العربية، القاهرة، 199۸، ص ١٣٤.

-

<sup>(</sup>١) د. رمضان ابو السعود، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني، ط٢، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٨١، ص ٥٤٥.

<sup>(</sup>٣) د. رمزي طه الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، ط٣، ١٩٨٣، ص ٣١٢.

(ولكن اذا كان هذا الرأي يتفق مع طبيعة القوانين التي تحكم علاقات الافراد ببعض او علاقة الافراد بالدولة فان التساؤل يثار بالنسبة للقوانين الاساسية وهي التي تنظم موضوعات القانون الدستوري الا يمكن القول بالنسبة لمثل هذه القوانين بان الخلاف في التطبيق لا يتطلب ضرورة ان يكون هنالك حكمان متعارضان فسر كل منهما نص قانوني او قانونيا تفسيرا يختلف عن الاخر وانه يمكن اللجوء الى المحكمة الدستورية العليا لتفسيره مثل هذه النصوص لمجرد الخلاف بين السلطات العامة في الدولة على مضمون النص). (1)

ونرى ان هذا الاتجاه من الفقه وان كان يتفق مع ما للمحكمة من اهمية خاصة وما يناط بها من تفسير اذا يجعل دورها في التفسير مرتبطا بالخلاف الذي ينشأ نتيجة صدور احكام قضائية متعارضة وبذلك يحد من الحالات التي تعرض على المحكمة لتفسيرها وبما يمنح دورا موازيا لسائر المحاكم في التفسير الا ان هذا الرأي يعيبه انه لم يحدد مدى وقوع التعارض في الاحكام القضائية وهل يستلزم ان يكون هذا التعارض بين جهتي القضاء الاداري والعادي ام يجوز ان يكون هذا التعارض بين حكمين صادرين من محكمتين تقعا في ذات جهة قضائية واحدة فضلا على انه لم يتم بحث موقف القوانين الدستورية وهل تأخذ حكما مغايرا عن القوانين العادية الذي يشترط لتحقق شرط الاختلاف في التطبق بشأنها وجود احكام قضائية متعارضة.

اما موقف القضاء الدستوري فانه يلاحظ مثلا ان قضاء المحكمة الدستورية المصرية نجد في القرارات التفسيرية التي اصدرتها تتطلب ان يكون الاختلاف في تطبيق النص القانوني قد وقع بين جهات قضائية وهذا ما اعلنت عنه بوضوح في قرارها التفسيري بتاريخ الدوقع بين جهات التفسير النصوص التشريعية لا يصادر حق جهات القضاء الاخرى في تفسير القوانين وانزال تفسيرها على الواقعة المعروضة عليها ما دام لم يصدر بشأن النص المطروح امامها تفسير ملزم من السلطة التشريعية او من المحكمة الدستورية العليا. (٢)

(1) د. رمزي طه الشاعر، المرجع السابق، ص ٢١٣.

<sup>&</sup>lt;sup>(۲)</sup> المحكمة الدستورية العليا في مصر (تفسير) جلسة ١٩٨١/١/١٧ ، المجموعة الرسمية، كنوز مصر للاحكام، ج١، ١٩٨٢ ، ص ٢٢٢.

واذا كانت المحكمة الدستورية استقرت تفسيراتها على ضرورة وقع خلاف بين الجهات القيضائية لتعمل اختصاصها في التفسير الا انه باستقراء تلك القرارات الصادرة بالتفسير نجد ان هنالك تفاوتا في تحديد نطاق هذا الاختلاف ففي بعض الاحكام اشترطت ان يكون بين محكمتين قضائيتين تتربع كل منهما على قمة جهة قضائية، وفي احكام اخرى اكتفت لاعمال اختصاصها بالتفسير ان يكون بين محكمة قضائية عليا وبين جهة افتائية او بين محكمة قضائية عليا وبين محكمة اخرى بينما وجدت محموعة ثالثة من الاحكام قامت بتفسير نصوص قانونية اثناء نظر بعض الدعاوى امام المحاكم الادنى في درجات التقاضي.

كما ويلاحظ ايضا ان القرارات الصادرة بالتفسير من المحكمة الدستورية العليا الزمت ان يقع الخلاف في تطبيق النص القانوني بين جهتي القضاء العادي والاداري باستثناء تفسيرها لنص الفقرة الثالثة من المادة ٢٩ من القانون رقم ٣٠٨ لسنة ١٩٥٥ الصادر في شأن الحجز الاداري والذي احدث خلاف بين دائرتين من دوائر محكمة النقض<sup>(۱)</sup> ولبيان الكيفية التي تنوع بها رأي المحكمة الدستورية العليا في مصر نوضح..

-اولا- الاختلاف يعود الى الاختلاف في تطبيق القانون بين المحاكم العليا.. وهنا فان المحكمة الدستورية حددت الخلاف في التطبيق الى التباين بين قرارات المحاكم العليا التي تقع على قمة جهة قضائية في قانون ما ومثال ذلك الخلاف الذي وقع بين محكمة النقض والمحكمة الادارية العليا حول نص المادة (٣١) من قانون التأمين الاجتماعي رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥ وذلك لتحديد وظيفة عضو الهيئات القضائية المعادلة لدرجة نائب وزير والذي يعامل معاملته في المعاش وبيان ما اذا كان يتسع نطاقها ليشمل الوظيفة القضائية متى بلغ مرتب شاغلها ما يعادل مرتب نائب وزير تطبيقا لحكم الفقرة الاخيرة من قواعد جداول المرتبات وحدث ان اعتبرت المحكمة الادارية ان الامر يسري على كل من تطابق رواتبه رواتب نائب وزير في حين لم تعتبر محكمة النقض ذلك. وهنا تدخلت المحكمة الدستورية وفسرت هذا

(1) حكم المحكمة الدستورية العليا (تفسير) بجلسة ١٩٩٢/١/١٤ منشور في المجموعة الرسمية، كنوز مصر، القاهرة، جه، ١٩٩٣، ص ٣٨٥.

النص وبررت ذلك الى انها تتدخل في التفسير متى ماكان الاختلاف والتباين بين محكمتين عليا تقع كل منها في قمة الهرم القضائي. (١)

-ثانيا- الاختلاف يحدث عند تطبيق قانون بين محكمة النقض واحدى الجهات الافتائية.. اذا ما كانت المحكمة الدستورية العليا تمارس اختصاصها في التفسير عند الاختلاف بين المحكمة الادارية العليا ومحكمة النقض فانها تمارس اختصاصها ايضا اذا وقع خلاف بين احدى هاتين القمتين وبين جهة افتائية ومن ذلك الخلاف بين محكمة النقض والجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة فيما يتعلق بالمادة (٤٤) من قانون الخدمة العسكرية الصادر بالقانون رقم ١٦٧ لسنة ١٩٨٠ والخاص باحتساب مدة التجنيد في الخبرة والاقدمية فينما قضت محكمة النقض بسريان احكام النص المشار اليه على كافة المجندين المؤهلين منهم وغير المؤهلين استنادا الى عموم النص فقد ذهبت الجمعية العمومية الى ان تطبيق النص مقصور على الحاصلين على مؤهلات دراسية وهنا تدخلت المحكمة الدستورية وفسرت النص بذات اتجاه الجمعية العمومية. (٢)

-ثالثا- الاختلاف يحدث عند الاختلاف في تطبيق القانون لدى الفصل في الدعاوى القضائية.. ان اخطر مجموعة من القرارات التي اصدرتها المحكمة والتي تؤثر مباشرة على ضمانه تعدد درجات التقاضي التي كفلها المشرع هي تلك التي اصدرتها عند اختلاف محاكم اول درجة في تطبيق القانون وتدخل المحكمة بالتفسير وبما يؤثر على استقلال المحاكم ويؤثر على اداء وظيفتها نظرا لتقييد تلك المحاكم وما يعلوها بالاحكام والقرارات الصادرة عن المحكمة الدستورية كونها تقع في قمة الهرم القضائي وان احكامها وقراراتها التفسيرية تعد ماذمة للكافة.

أما فيما يتعلق في المحكمة الاتحادية العليا في العراق فلا وجود لمثل هذا الاختلاف لأن الاخيرة أي المحكمة الاتحادية العليا تفسر النصوص وبشكل عام دون وصف سواء أكان النص طبق ام لم يطبق أي قابع بين النصوص.

<sup>(</sup>۱) حكم المحكمة الدستورية العليا (تفسير) جلسة ١٩٨١/١/١٧، منشور في المجموعة الرسمية، كنوز مصر، القاهرة، جك، ١٩٨١، ص ٣٧٧.

<sup>(</sup>٢) المحكمة الدستورية العليا (تفسير) بتاريخ ٢٠/١/٣٠ طلب تفسير رقم ١ لسنة ١٥ قضائية.

### المطلب الثالث: مفهوم الاختلاف في رأينا

الاختلاف هو التباين في الاشياء والمختلف هو المتباين والسبب في الاختلاف قد يحدث للغموض او الابهام او النقص لذلك يلجأ الى التفسير الذي يعرف بانه في اللغة بيان وتفصيل للكتاب وقيل الفسر اظهار المعنى المعقول. (1)

اما اصطلاحا نقد عرف بانه الاستدلال على ما تتضمنه القواعد القانونية من حكم وتحديد المعنى الذي تتضمنه حتى يمكن تطبيقها في الظروف الواقعية (٢) في حين يرى فقهاء القانون ان التفسير (توضيح ما ابهم من الفاظه وتكميل ما اقتضب من نصوصه وتخريج ما نقص من احكامه والتوفيق بين اجزائه المتناقضة) (٣) ونرى ان التفسير هو تصويب حكم النص الدستوري او القانوني في المكان الصحيح الذي ارتأه المشرع لكي يتحقق البنيان الدستوري اعملا لمبدأ الفصل بين السلطات.

والتفسير ثلاث انواع اما تفسير تشريعي او تفسير قضائي واما تفسير فقهي.

فالتفسير التشريعي هو كل نص تشريعي يصدر عن السلطة المختصة (السلطة التشريعية) بمناسبة تفسير قانون ما او نص دستوري ويصدر القانون لينظم هذا النص او ذلك واغلب النصوص الدستورية في المدونات الدستورية عامة وفي الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ تحمل بين ثناياها عبارة (وينظم ذلك بقانون) وجدير بالاطراح ان هذا التفسير هو ملزم كونه صادر عن السلطة التشريعية الممثلة لارادة الشعب.

<sup>(</sup>۱) الخليل احمد الفراهيدي، كتاب العين، تحقيق أ.د. مهدي المخزومي و د. ابراهيم السامرائي، دار الخلود للطباعة والنشر، بغداد، ج٧، ١٩٨١، ص ٢٤٨.

<sup>(</sup>٢) د. توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، المكتب المصري الحديث، القاهرة، ١٩٧١، ص ٢٠٩.

<sup>(</sup>٣) د. عبد الرزاق السنهوري، د. حشمت ابو ستيت، أصول القانون مطبعة لجنة التأليف والترجمة، القاهرة، ١٩٣٨، ص

<sup>-</sup> د. على هادي عطية، المستنير في تفسير احكام الدساتير، منشورات زين لبنان، ط١، ٢٠١٦، ص ٥٠.

<sup>(&</sup>lt;sup>‡)</sup> د. احسان المفرجي ود. كطران زغير نعمة و د. رعد ناجي الجدة، النظرية العامة في القانون الدستوري و النظام الدستوري في العراق، السنهوري، بغداد، ط۲، ۲۰۰۷، ص ۲۶۴.

اما التفسير الفقهي فهو كل ما ورد في مؤلفات الفقهاء من شرح لهذا النص او ذاك لاظهار المعنى الحقيقي عما اراده المشرع الدستوري وهذا التفسير غير ملزم البته ولا يحمل بين ثناياه اي قوة قانونية وللقاضى سلطة تقديرية للاخذ به او لا.

اما التفسير القضائي فهو تفسير القضاء للنصوص سواء أكانت نصوص دستورية او قانونية فالنصوص الاولى تتولاها في التفسير المحكمة الاتحادية وهذا ما دعمه النص الدستوري اما النصوص القانونية فيتولى مهمة تفسيرها القاضي العادي عندما يباشر حل المنازعة المعروضة امامه فهو يطبق القانون بعد تفسير النص وهذا التفسير ملزم له وحده اما الطائفة الاولى فهي ملزمة للكافة وهذا ما دعمه النص الدستورى ايضا.

وعموما فانني ارى ان مفهوم الاختلاف ما هو الا دعوى وهذه الدعوى هي من استندت اليها المحكمة لتتحرك بعدها مهمتها في التفسير وذلك لان القضاء لا يتحرك ولا يباشر عمله ما لم تكن هنالك دعوى تدخل عمل القضاء حيز التنفيذ.

ومن ثم بعد ذلك لا يهم سواء أكان هنالك احكام متعارضة او نصوص غامضة تتطلب التوضيح فما دامت الدعوى واقعة تحركت عملية التفسير – كما ولا يهم بعد ذلك مبرر هذه الدعوى والدافع لها فهنالك دعاوى قدمت الى المحكمة الاتحادية العليا عن طريق تقديم طلب لتفسير هذا النص او ذاك وكان الدافع السياسي هو من يحركها.

ومن خلال تدقيق اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا الواردة (٩٣) من الدستور يتضح انها بمجوعها تتكون بادي ذي بدأ بالتفسير وتنتهي باصدار الحكم فالمحكمة الاتحادية مثلا اذا ما باشرت مهمة فرض الرقابة على دستورية القوانين والانظمة النافذة فانها سوف تباشر في البداية الى تفسير النص الدستوري ومن ثم تباشر في تفسير النص القانوني المشوب بعدم الدستورية والمطعون فيه ومن ثم تلائم بينهما وتهتدي الى الرأي الصواب وهل ان هذا النص يتعارض مع احكام الدستور ام لا.

وكذلك الحال عندما تفصل وحسب نص الفقرة الثالثة من المادة (٩٣) من الدستور في القضايا التي تنشأ عن تطبيق القوانين الاتحادية والقرارات والانظمة والتعليمات والاجراءات الصادرة عن السلطة الاتحادية فهذا يعنى انها بعد ان ترفع امامها الدعوى (الطلب) سوف

تباشر في تفسير النصوص القانونية وتضع يدها على التعارض في التطبيق ومن ثم تصدر حكمها المناسب.

وكذا الحال بالنسبة للفصل في المنازعات التي تحصل بين الحكومة الاتحادية وحكومات الاقاليم والمحافظات والبلديات والادارات المحلية فهنا تقدم الطلبات وترفع الدعاوى امام المحكمة الاتحادية لأاب الصدع وحل النزاع ولكنها لا تصدر قرارها ما لم تباشر في التفسير وبالتالي تقف على اسباب النزاع.

لذلك اننا نرى ان التفسير في اختصاص المحكمة الاتحادية العليا في العراق لا يقتصر على تفسير السعوص القانونية على تفسير السعوص القانونية والصلاحيات الواردة في احكام الدستور.

ومن خلال مراجعة سريعة لما قامت به المحكمة الاتحادية منذ عام ٢٠٠٥ الى هذا الوقت نجد ان المحكمة الاتحادية فسرت العديد من النصوص الدستورية دون الرجوع الى اسباب الطلب رغم ان بعض الطلبات التي قدمت الى المحكمة الاتحادية كانت ذات طابع سياسي واخرى ذات طابع قانوني ولكن كان الهدف امام المحكمة الاتحادية هو ان تحقق النص الدستوري الذي اوكل لها مهمة التفسير بقطع النظر عن المبررات والدوافع.

اذا الخلاصة ان مفهوم الرالاختلاف) يطابق مفهوم الرالدعوى) او الطلب فليس جوهر الاختلاف هو المطلوب انما المطلوب هو كيفية اعمال مهمة التفسير حتى نعرف المغزى من هذه العملية وبمراجعة سريعة للنظام الداخلي للمحكمة الاتحادية الصادرة بالاستناد الى قانونها رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٥ والمتعلق باجراءات سير العمل في المحكمة الاتحادية العليا نجد ان المادة الاولى من هذا النظام والتي تحمل عنوان (المنازعات بين الحكومة الاتحادية وحكومات الاقاليم وادارات المحلفظات والبلديات والادارات المحلية) قد نصت

المادة الأولى (أ- يقدم موضوع المنازعة بدعوى وفق الاجراءات الاتية...)

وكذلك الحال بالنسبة للفصل الثاني من ذات النظام والذي يحمل عنوان (النظر في شرعية التشريعات) نجد ان المادة (٣) تنص على ان (اذا طلبت احدى المحاكم من تلقاء

نفسها اثناء نظرها دعوى، البت في شرعية نص قانوني او قرار تشريعي او نظام او تعليمات .. الخ).

وكذلك المادة (٤) فقد وردت عبارة (اذا طلبت) او (اذا طلب مدع) م (٦). وهذا يعني ان المحكمة الاتحادية لا تتحرك الا بدعوى (طلب) وهذا يعني ان قيامها بالتفسير لا يتم ما لم يقدم طلب (دعوى) وبالتالي فانها تباشر عملها وان لم يكن هنالك احكام متعارضة بين الجهات القضائية وحتى عندما باشرت المحكمة الاتحادية العليا عملها في تفسير نصوص الدستور لم تباشر هذا الاختصاص بسبب حصول احكام متعارضة بين المحاكم انما قامت بهذا العمل لانها تقدمت امامها دعاوى (طلبات).

ويمكن مراجعة قرارات المحكمة الاتحادية العليا والمتعلقة في التفسير الدستوري سنجد انها بدأت بعبارة (طلب) مثل (طلب رئيس الوزراء) (طلب رئيس مجلس النواب) (طلب رئيس الجمهورية).. الخ فهذا يعني ان هذه الجهات ارادت ان تتصدى المحكمة الاتحادية العليا الى موضوع ما وتفسره حتى يصبح ملزم وان لم تكن هنالك خصومة امام القضاء.

#### الخاتمة

تعتبر مهمة التفسير الدستوري او القانوني من الامور المهمة جدا وذلك لان تفسير القاعدة الدستورية او القانونية يعني تحديد معناها عن طريق ازالة غموضها وبيان مداها عن طريق استكمال نقائصها وذلك بعدم الوقوف على المعنى الظاهر المباشر لألفاظ النص الدستوري والتفسير حالة عامة فهو يدخل في جميع اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا وذلك لان جميع الاختصاصات الدستورية المنوطة للمحكمة لا يمكنها اعمالها ما لم تباشر في تفسيرها ابتداء والتفسير ليس مقصورا على النصوص الدستورية انما تعدى ذلك الى النصوص التشريعية والانظمة والتعليمات النافذة لا بل تعدى الى ان وصل الى تفسير الاجراءات والمنازعات التي تنشأ نتيجة تطبيق القوانين الاتحادية او المنازعات التي تنشأ بين الحكومة الاتحادية وحكومات الاقاليم والادارات المحلية وحتى على مستوى الاقليم والمحافظة ذاتها.

اذا ان التفسير هو جوهر عمل المحكمة الاتحادية وهو الطريق لمباشرة هذه المحكمة الاختصاصاتها الدستورية.

ومن خلال هذه العجالة اتضح لنا الاتي..

اولا – كما اشرنا ان عملية التفسير هي عملية مهمة لانها اصل الصلاحيات الدستورية ومع التفسير تدور صلاحيات المحكمة الاتحادية العليا وجودا وعدما وبالتالي فان التفسير هو القناة التي تباشر من خلاله المحكمة لمهامها الدستورية.

ثانيا – التفسير هو طريقة عمل المحكمة فيه تتوصل المحكمة الى المعنى الحقيقي المراد من النص اي روح النص.

ثالثا - لا يتعلق التفسير بالاختلاف كشرط لقيام عملية التفسير انما الاختلاف هو دعوى او طلب فقد لا يكون الاختلاف هو مبرر الطلب بل قد يكون مبرر الطلب رغبة من صاحب الطلب معرفة او حسم امر معين يتوقى به حصول اختلاف مستقبلا او قد يكون مبرر الطلب الاختلاف في وجهات النظر او الاختلاف في فهم هذا النص او ذاك.

رابعا- لا يهم في انطلاق عملية التفسير ان يكون هذا النص المطلوب تفسيره قد اثار نزاع او تعارض في احكام القضاء فقد لا يتعلق الامر بنص من اختصاص المحاكم انما قد يتعلق الامر بتفسير نص يهم الشعب او الامة او يحافظ على وحدة البلاد او يحسم نزاع بين اطراف سياسية او يحسم نزاع حصل او محتمل الحصول بين مؤسسات الدولة.

خامسا - حسنا فعل المشرع الدستوري عندما اعتبر تفسير الجهة القضائية العليا والتي دعمها بنص دستوري يجعل تفسيرها ملزم للكافة حتى يتم حسم النزاع وعدم قيام مثل هذا التعارض في المستقبل.

لذلك نقترح ان يتم النص في صلب الوثيقة الدستورية على ان تتولى المحكمة الاتحادية تفسير النصوص الدستورية والنصوص التشريعية على الرغم من وجود ذلك ضمنا وان المحكمة الاتحادية تقوم بذلك عند فصلها في النزاعات التي تحصل.

#### المصادر

#### الكتب القانونية

- احسان المفرجي ود. كطران زغير نعمة و د. رعد ناجي الجدة، النظرية العامة في القانون الدستوري و النظام الدستوري في العراق، السنهوري، بغداد، ط٢، ٢٠٠٧.
  - توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، المكتب المصري الحديث، القاهرة، ١٩٧١.
  - جورجي شفيق ساري، اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالتفسير عمليا، المطبعة المصرية، القاهرة، ١٩٩٥.

#### ١٨ مجلة الحقوق . . العددان ٣٥ - ٣٦

- الخليل احمد الفراهيدي، كتاب العين، تحقيق أ.د. مهدي المخزومي و د. ابراهيم السامرائي، دار الخلود
   للطباعة والنشر، بغداد، ج٧، ١٩٨١.
  - ومزي طه الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، ط٣، ١٩٨٣
  - ج. رمضان ابو السعود، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدنى، ط٢، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٨١.
  - ٧. عبد الرزاق السنهوري، د. حشمت ابو ستيت، أصول القانون مطبعة لجنة التأليف والترجمة، القاهرة، ١٩٣٨.
    - ٨. على هادي عطية، المستنير في تفسير احكام الدساتير، منشورات زين البنان، ط١، ٢٠١٦.
  - على يوسف الشكري، المحكمة الاتحادية العليا في العراق بين عهدين، الذاكرة للنشر والتوزيع، بغداد، ٢٠١٦.
- ١٠. غازي فيصل مهدي، المحكمة الاتحادية العليا ودورها في ضمان مبدأ المشروعية، موسوعة القوانين العراقية ،
   ط١٠ بغداد، ٢٠٠٨.
  - 11. فتحى فكري، اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالطلب الاصلى بالتفسير، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨.
- 17. محمد عبد العال السناري، ضوابط اختصاص المحكمة الدستورية العليا بتفسير النصوص التشريعية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٩٩٦.
- ١٣٠. محمد علي احمد مدني، دور القضاء الدستوري في استجلاء المفاهيم الدستورية، دار النهضة العربية،
   القاهرة، ٢٠١٦.

#### الاحكام الدستورية

- حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر، التفسير رقم 1 لسنة 10 قضائية في ١٩٩٣/٣/٣٠، منشور في كنوز مصر للاحكام ١٩٩٥.
  - 1. مجموعة احكام المحكمة الاتحادية العليا (٢٠١٩، ٢٠١١، ٢٠١١) الناشر مجلة التشريع والقضاء.
- ٣. حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر المقيد برقم ٢٠ لسنة ١٧ قيضائية (تفسير) بتاريخ
   ١٩٩٥/١٠/٢١ احكام المحكمة الدستورية، كنوز مصر، ١٩٩٧.
- المحكمة الدستورية العليا في مصر (تفسير) جلسة ١٩٨١/١/١٧، المجموعة الرسمية، كنوز مصر للاحكام، ج١، ١٩٨٢.
- ه. حكم المحكمة الدستورية العليا (تفسير) بجلسة ١٩٩٢/١/١٤ منشور في المجموعة الرسمية، كنوز مصر،
   القاهرة، ج٥، ١٩٩٣.
- حكم المحكمة الدستورية العليا (تفسير) جلسة ١٩٨١/١/١٧، منشور في المجموعة الرسمية، كنوز مصر،
   القاهرة، ج٤، ١٩٨١.
  - ٧. المحكمة الدستورية العليا (تفسير) بتاريخ ١٩٩٣/١/٣٠ طلب تفسير رقم ١ لسنة ١٥ قضائية.

# التعديل القانوني للاجر في عقد المقاولة

ال.م.و. جوالو كاظم جوالو سميسم (\*) الباحثة: سارة كاظم راهي (\*\*)

#### ملخص

إن هذا البحث محاولة في طريق أيضاح حالات التعديل القانوني للأجر في عقد المقاولة والذي ينصرف الى أجراء تغيير جزئي على أجر المقاول أو المهندس المعماري بالزيادة أو الانقاص على الا يصل ذلك الى نقض الأجر المتفق عليه أبتداءاً بشكل كامل، وتنحصر تلك الحالات للتعديل القانوني للأجر في عقد المقاولة بثلاث حالات رئيسية هي الحالة التي يحدد أجر المقاول فيها بمقتضى مقايسة على أساس سعر الوحدة، وحالة تحديد الأجر بشكل أجمالي على أساس تصميم معين، وحالة تعديل أجر المهندس المعماري عندما لا يتم العمل بمقتضى التصميم الذي قام بأعداده المهندس المعماري وكُلف الاخير بالتعديل على التصميم.

#### Abstract

Amending the contract objects is represented by the partial changes the elements of fees and period, increase or decrease, providing that this change would not lead to repeal the contract. Contract object amending is considered as an exception of the general principle of the contract obligation ( the contract is the law of the contractors), it comes due to the contract importance as one of the legal methods to deal with certain cases; it has a social and moral role in achieving the highest aim of law which is justice, because the economic equivalence or balance is required among the contractors involvements since singing the of the contract till its execution. If these involvements became unbalanced, the contract objects should be amended to obtain the right situation. So, law, in certain cases, allows some essential amendments.

<sup>&</sup>lt;sup>(\*)</sup>كلية القانون/ جامعة الكوفة.

<sup>(\*\*)</sup>كلية القانون/ جامعة الكوفة.

مقدمة

أولاً// التعريف بموضوع البحث//

إن المقاول أذا أتفق ورب العمل على مقدار الأجر أو على الأسس التي يقوم عليها تقدير الأجر فلا يجوز تعديل الأجر المتفق عليه بالزيادة أو الأنقاص إلا باتفاق الطرفين أو بناء على نص قانوني كما لا يجوز لاحد منهما إن يستقل بالتعديل بالأستناد لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين التي تمثل ضماناً لأستقرار العلاقة التعاقدية بين المقاول ورب العمل من الناحيتين القانونية والاقتصادية، إلا إن هناك استثناء على هذه القاعدة العامة في حالات يجوز فيها تعديل الأجر بالزيادة أو الأنقاص بدون حاجة إلى حصول أتفاق بين طرفي عقد المقاولة في حالات الأتفاق على تحديد الأجر بمقتضى مقايسة على أساس سعر الوحدة أو أنه حدد جزافاً على أساس تصميم معين، كذلك أجر المهندس المعماري إذ دائما ما يستعين رب العمل أو المشاول بمهندس معماري لإعداد التصاميم والخرائط اللازمة لإنجاز العمل أو الأشراف عليه في عقد المقاولة المتخذ لصورة عقد بناء، ويحدث إن يسكت رب العمل والمهندس عن تحديد أجر الأشراف على العمل، كما يحدث إلا ينفذ العمل وفق التصميم المتفق عليه بينهما تحديد أجر الأشراف على المعماري.

ثانياً//اهمية البحث//

إن اهمية البحث يمكن تلمسها من ناحيتين عملية ونظرية، وتظهر اهمية البحث عملياً باعتبار تعديل محل عقد المقاولة يجسد تحقيق العدالة التعاقدية بين طرفيه عند اختلالها، وضمانا من جهة اخرى لديمومة الرابطة العقدية وصولا لتحقيق الأهداف المبتغاة من انشاء عقد المقاولة وتنفيذه والتي ما كان ليحققها لولا الأخذ بتعديله، وذلك بعده علاجاً قانونياً لوقوع ظرف طارئ لم يكن بالحسبان كحالة سيطرة تنظيم داعش الأرهابي على مناطق واسعة من العراق مما جعل تنفيذ عقود المقاولات امرا عسيرا بالنسبة للمقاولين، مما اقتضى تعديل تلك العقود خصوصا بالنسبة لمدتها، كذلك تبرز اهمية البحث من خلال ايجاد الحلول القانونية التي تكفل بقاء عقد المقاولة والابتعاد عن حالات الفسخ الذي لم يعد منسجماً مع الفلسفة

التشريعية التي تسير باتجاه الأقتصاد بحالات الفسخ، فضلا عن ايجاد حلول عملية بمقترحات تشريعية لحالات انعدام النص التشريعي أو عجزه عن المعالجة المثلى لما يواجه العقد اثناء تنفيذه أو بعد ابرامه من معوقات، يُضاف إلى ذلك بان اهمية البحث نظرياً ستستبان من خلال ما سنقوم به من عرض وتقييم لآراء الفقه ونصوص القوانين واحكام القضاء المقارن حول الموضوع محل البحث، لنفتح بذلك الطريق لدراسات اكثر عمقاً بالمستقبل.

ثالثاً // اشكالية البحث//

إن البحث في موضوع التعديل القانوني للأجر في عقد المقاولة يرتكز على الأسباب التي دفعت المشرع العراقي إلى أجازة التعديل القانوني للأجر في عقد المقاولة استثناءاً من المبدأ العام القاضى بان العقد شريعة المتعاقدين.

رابعاً//منهجية البحث//

إن البحث أعتمد المنهج التحليلي المقارن إذ عَمَدَ إلى عرض وتحليل النصوص القانونية ذات العلاقة في القانون العراقي وعلى وجه الخصوص القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة العراقة في القانون العراق وعلى وجه الخصوص القانون المدني المصري والقانون اللبناني والقانون الأردني ومن ذلك القانون المدني المصري رقم (١٣١) لعام ١٩٤٨ المعدل وقانون الموجبات والعقود اللبناني لعام ١٩٣٨ المعدل والقانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة الموجبات المعدل والقانون الفرنسي لسنة ١٩٤٨ المعدل الفرنسي القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤ المعدل حديثاً في (١٠ / شباط / ٢٠١٦) مع الأشارة لقوانين اخرى كلما اقتضت الحاجة لذلك فضلاً عن مناقشة الأراء الفقهية والترجيح بينها أو ابداء الرأي البديل مع السند القانوني لما نذهب اليه من رأي وكذلك عرض موقف الفقه الأسلامي في كل جزئيات البحث.

خامساً//هيكلية البحث//

إن هذا البحث توزع على خطة شكلية في ثلاث مباحث يسبقها مقدمة ويلحقهما خاتمة سطرنا فيها اهم ماتوصلنا اليه من استنتاجات ومانطمح إلى تحقيقه من مقترحات، وخصص المبحث الأول لتعديل الأجر المحدد بمقتضى مقايسة على أساس سعر الوحدة، والثاني لتعديل الأجر المحدد جزافاً على أساس تصميم معين، والثالث لتعديل أجر المهندس المعماري.

المبحث الأول: تعديل الأجر المحدد بمقتضى مقايسة على أساس سعر الوحدة إن رب العمل قد يتفق والمقاول على تحديد الأجر المستحق بمقتضى مقايسة على أساس سعر الوحدة، لكن ما المقصود بالأجر المحدد بمقتضى مقايسة على أساس سعر الوحدة؛ وما هي ضوابط تعديل الأجر المحدد طبقا لذلك؛ وللإجابة على ذلك تضمن هذا المبحث مطلبين خصص الأول للتعريف بالأجر المحدد بمقتضى مقايسة على أساس سعر الوحدة وافرد الثاني لضوابط تعديل الأجر المحدد بمقتضى مقايسة على أساس سعر الوحدة.

المطلب الأول: التعريف بالأجر المحدد بمقتضى مقايسة على أساس سعر الوحدة إن بعض الفقه القانوني عرف المقايسة بأنها (البيان المفصل للأعمال الواجب القيام بها، والمواد الواجب استخدامها في هذه الأعمال وكذلك الأجرة الواجب دفعها عن كل عمل واسعار المواد التي تستخدم في البناء، أو هي عبارة عن تقدير تقريبي لتكاليف الأعمال) (') ومن ثم فالمقايسة تحتوي على تقديرات لمختلف اجزاء العمل فيتقدم المقاول بهذه التقديرات مكتوبة، ويسمى ذلك مقايسة، وتسمى الصفقة بالمقايسة، والثمن الأجمالي يتوقف تحديده على مجموع الأعمال التي تؤدى وفقاً للمقايسة، وقد يتفق في اثناء العمل على اجراء اعمال تكميلية، فالأجر لا يمكن إن يعرف تماماً إلا بعد التنفيذ. (')

ويرى بعض الباحثين إن العمل يجري بموجب المقايسات على أساس سعر الوحدة في مقاولات البناء فيتفق المتعاقدين على سعر معين لمتر البناء وسعر النجارة وسعر الحدادة وغير ذلك وعند الأنتهاء من اتمام العمل الذي يشكل موضوع المقاولة تحسب الكميات التي نفذت بالبناء وتقدر قيمتها، وان هذه الوسيلة من وسائل تعيين الأجر تحدد مقدما مدى التزام رب العمل وذلك لان ما يلتزم به هو مجموع اثمان الأعمال المتفق عليها، ولكن هذا التحديد لا

1 - د. محمد لبيب شنب، شرح احكام عقد المقاولة، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الأسكندرية ، ٢٠٠٤، ص ، ٢٠٠ فقرة ١٣٩ . د. محمد شكري سرور، مسؤولية مهندسي ومقاولي البناء والمنشئات الثابتة الأخرى، بدون طبعة، دار الفكر العربي، مصر، ١٩٨٥، ص ٤٧ - ٤٨ . د. طارق كاظم عجيل، الوسيط في عقد المقاولة، الطبعة الأولى،

دار السنهوري، بيروت، ٢٠١٦، ص٩٤٩

\_

 $<sup>^2</sup>$  – محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء في القانون المدني عقد المقاولة، المجلد التاسع، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة – مصر، بلا سنة نشر،  $\omega$ 

يكون نهائياً لان المجموع يزيد اذا تغيرت هذه الأثمان أو طالب رب العمل بأعمال اضافية أو زائدة. (')

ومن الجدير بالبيان إن التشريعات المدنية لم تبين المقصود بالأجر المحدد بمقتضى مقايسة على أساس سعر الوحدة، وكل ما نصت عليه كان عن استيفاء الثمن المحدد بسعر الوحدة وهو ما نصت عليه المادة ( $\Lambda$ V\$) من القانون المدني العراقي التي جاء فيها ( $\Gamma$  اذا كان العمل مكوناً من اجزاء متميزة أو كان الثمن محددا بسعر الوحدة، جاز لكل من المتعاقدين إن يطلب اجراء معاينة عقب انجاز كل جزء أو عقب انجاز كل قسم من العمل يكون ذا اهمية كافية بالنسبة للعمل في جملته ويجوز للمقاول في هذه الحالة إن يستوفي من الثمن بقدر ما انجز من العمل)، وهو ما نصت عليه المادة ( $\Gamma$   $\Gamma$  ) من قانون الموجبات والعقود اللبناني التي جاء فيها لا تستحق الأجرة إلا بعد اتمام المنشأ أو العمل واذا كانت الأجرة معينة اجزاء على شرط إن يدفع الجزء منها كلما انقضى شطر من الزمن أو تم قسم من العمل، فان الدفع يستحق عند انقضاء كل شطر أو اتمام كل قسم)، ( $\Gamma$  ونصت المادة ( $\Gamma$   $\Gamma$  ) من القانون المدني الفرنسي التي نصت على أنه (اذا تعلق الأمر بعمل من اجزاء عديدة أو على القياس يمكن اجراء التحقق من كل جزء على حدة ويفترض اجراءه لجميع الأجزاء المدفوعة الأجر اذا كان رب العمل يدفع للعامل بنسبة العمل المنجز) ( $\Gamma$ ).

وتجدر الأشارة إلى أن شروط المقاولة لأعمال الهندسة المدنية لعام ١٩٨٧ المعدلة وهي تعليمات صادرة عن وزارة التخطيط العراقية قد بينت المقصود بها تحت مصطلح ( جدول الكميات المسعر ) في المادة الأولى الفقرة (1/) م) التي نصت على إن (1/) جدول الكميات

 $^{1}$  – جيروم هوييه،المطول في القانون المدني، العقود الرئيسية الخاصة، المجلد الثاني، بأشراف جاك غستان، ترجمة منصور القاضى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، بلا سنة نشر، ص 17.7 . محمد

منصور الفاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبناك، بلا سنة نشر، ص ١٣٠٢. محمد عدنان باقر الجبوري،الألتزام بالضمان في عقد المقاولة،رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بابل، ٢٠٠٧، ٣٤ – ٣٥ عدنان باقر الجبوري،الألتزام بالضمان في

 $<sup>^{2}</sup>$  – ليس لها نص مقابل في القانونيين المدنيين المصري والاردني

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> - Article 1791 En savoir plus sur cet article...Créé par Loi 1804 - 03- 07 promulguée le 17 mars 1804 (S'il s'agit d'un ouvrage à plusieurs pièces ou à la mesure la vérification peut s'en faire par parties : elle est censée faite pour toutes les parties payées si le maître paye l'ouvrier en proportion de l'ouvrage fait)

المسعر: يقصد به الجدول الذي يتضمن اوصاف وكميات واسعار فقرات الأعمال المطلوب تنفيذها بموجب المقاولة).

إن المقايسة تضم ثلاثة اقسام، اولها المقايسة الوصفية (Les devis descriptifs) والتي تتضمن بياناً تفصيلياً للمواد الواجب استخدامها في تنفيذ عقد مقاولة البناء (') كاشتراط نوع محدد من الطابوق أو الأسمنت، أو تحديد المادة التي تطلى بها السقوف أو نوع مادة البناء كاشتراط استعمال الأجر (الجص) أو الأسمنت وما يستخدم في تغليف الأرضية والجدران والسقوف الثانوية وغير ذلك، وثانيها المقايسة الكمية (Les devis quantitatif) وهي التي تتضمن تقديراً لإحجام ومساحات أو مساحات الأعمال (') كتحديد القطعة التي يقام عليها البناء وما يشتمل عليه من ملاحق كجعل بعضه حديقة أو مرآبا خاصاً، كذلك تحديد حجم البناء ومشتملاته كبيان عدد الغرف المطلوبة ومساحة كل غرفة وعدد الطوابق المراد بائها.

اما النوع الثالث من المقايسة فهي التقديرية (Les devis estimatifs) وهي التي تتضمن تقديراً تقريبياً لتكاليف الأعمال، وفقا لتفصيلاتها الواردة في المقايسة الكمية (") كوضع سقف معين لأسعار المواد الأولية المستخدمة في البناء كأسعار الطابوق وقطع الكونكريت وحديد التسليح وارضية البناء وجدرانه وسقوفه الأولية والثانوية واجور الأيدي العاملة وما يستحقه المقاول والمهندس المعماري من أجر وغير ذلك.

ومن الجدير بالبيان إن أية مقايسة في عقد المقاولة تضم الأقسام الثلاثة سالفة الذكر، فما المقايسة إلا بيان تتكامل اجزائه من ائتلاف هذه الأقسام الثلاثة من المقايسة، وفي ضوء ما ذكرناه نستطيع إن نعرف الأجر المحدد بمقتضى مقايسة على أساس سعر الوحدة بأنه (المقابل الذي يلتزم بتأديته رب العمل للمقاول على نحو يتناسب مع اوصاف وكميات وتكاليف الأعمال المطلوب ادائها والذي يكون قابلا للزيادة والنقصان في ضوء الأعمال التي انجزت فعلاً).

 $<sup>^{1}</sup>$  – د. محمد شکري سرور، مرجع سابق، ص

 $<sup>\</sup>Lambda$ ۰ صحمد عزمی البکري، مرجع سابق، ص

 $<sup>^3</sup>$  – د. محمد شکري سرور، المرجع نفسه، ص  $^3$ 

إما بالنسبة لموقف الفقه الأسلامي فقد وجدنا اشارات للمقايسة في كتب الفقه الأسلامي وأن لم يصرحوا به تحت هذا المسمى إلا إن ذلك يظهر مما اوردوه، إذ ذهب جانب من الفقه الأمامي من مثال في جواز اخذ الأجر يصدق على الحالة التي نحن بصددها إذ لا مانع عندهم من اخذ الأجرة على حفر القبر على نحو خاص من طوله وعرضه وعمقه، إما اخذ الأجرة على مسمى حفر القبر اللازم فلا يجوز ولا تصح الأجارة على الأحوط(').

إما عند الأحناف فالشخص اذا استصنع عند حائك ثوبا له موصوف الطول والعرض والرفعة والمجنس ينسجه من غزل الحائك كان هذا في القياس مثل الخف وغيره فلابد من إن يضرب له اجلا ويعجل الثمن واذا لم يعجل الثمن كان فاسدا عند بعضهم، وعند البعض الأخر الأستصناع بذكر المدة لا يصبح سلما فأن سلم شخصا ثوبا لحائك ليحيكه بقياس معين فحاكه بأكثر فله الخيار إن شاء ضمنه مثل غزله وسلم له الثوب وان شاء اخذ ثوبه واعطاه الأجر إلا اذا حاكه ناقصا فيعطيه بقدر ما حاك منه إما اذا حاكه بأكثر مما سمي له فقد زاد فيما استعمله من غزله وبذلك تغير شرط العقد وتم مجاوزة التسمية وللمستصنع الخيار إن شاء اخذ المصنوع مع اعطاء الأجر وان شاء ضمن الصانع، وهذا ما ذهب اليه الشافعية. (٢)

اما المالكية فأنهم يفرقون بين الأجير والصانع فالأخير ليس له إن يأخذ الأجر قبل الأنتهاء من العمل المعهود اليه صناعته على إن تحدد الأجرة سلفا على نحو لا يشوبه التجهيل فأن استأجر شخص آخر وقال له استأجرك إن تعصر زيتون بستاني على إن لك نصفه فهو باطل عند المالكية لعدم معلومية الأجرة. (")

المتاجر، عمد جواد الحسيني العاملي، مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة، الجزء الثالث عشر، كتاب المتاجر، الطبعة الأولى، مؤسسة النشر الأسلامي، قم المقدسة،  $1 \times 1 = 1$  هـ، ص  $1 \times 1 = 1$  وما يلها . السيد على الحسيني السيستاني،

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> – ينظر من الأحناف: شمس الدين السرخسي الحنفي ، المبسوط، الجزء الخامس عشر، دون طبعة أو سنة نشر، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ص ٨٥ وما بعدها. ومن الشافعية ابي الحسن احمد بن محمد بن احمد المحاملي الشافعي، اللباب في الفقه الشافعي، تحقيق الدكتور عبد الكريم العمري، الطبعة الأولى، دار النجدي، المدينة المنورة، السعودية، ١٤١٦ هـ، ص ٢١٦

 $<sup>^{3}</sup>$  – شمس الدين محمد بن عرفة الدسوقي المالكي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، بدون طبعة أو تاريخ أو مكان نشر، مطبعة عيسى البابي الحلبي، ص  $^{7}$ 

ونستخلص من اقوال فقهاء المسلمين وجوب إن تكون المقايسة شاملة حتى لا يكون هنالك غرراً وان الأجر يحدد وفق البيانات المطلوبة .

المطلب الثاني: ضوابط تعديل الأجر المحدد بمقتضى مقايسة على أساس سعر الوحدة في عقد المقاولة

إن لتعديل أجر عقد المقاولة المحدد بمقتضى مقايسة على أساس سعر الوحدة ضوابط يشترطها القانون حتى يمكن تعديل ذلك الأجر المتفق عليه وهذه الضوابط مستفادة من نصوص القوانين المدنية (') وهي :-

أولاً - إن يكون الأجر قد حدد بمقتضى مقايسة على أساس سعر الوحدة.

ثانيا- إن تكون المجاوزة للمصروفات المقدرة في المقايسة مجاوزة محسوسة.

وما نصت عليه المادة (٤ ٩٩) من القانون المدني الأردني من أنه (١- إذا تم عقد المقاولة على أساس الوحدة وبمقتضى تصميم معين لقاء بدل محدد لكل وحدة ثم تبين إن تنفيذ التصميم يقتضي زيادة جسيمة في النفقات جاز لصاحب العمل بعد إعلامه بمقدار الزيادة إن يتحلل من العقد مع أداء قيمة ما أنجزه المقاول من العمل وفقاً لشروط العقد أو قبول متابعته مع التزامه بالزيادة .٢- وإذا لم تكن الزيادة جسيمة ولكنها محسوسة وضرورية لتنفيذ التصميم المتفق عليه وجب على المقاول إن يخطر رب العمل قبل الأستمرار في التنفيذ بمقدار ما يتوقعه من زيادة في النفقات فإذا مضى في التنفيذ دون إخطار فلاحق له في طلب الزيادة ) وليس لهذه النصوص مقابل في القانونيين اللبناني والفرنسي

 $<sup>^1</sup>$  - نصت المادة (  $^1$  -  $^1$  من القانون المدني العراقي على أنه ((  $^1$  -  $^1$  ابرم العقد على أساس مقايسة بسعر الوحدة وتبين اثناء العمل أنه من الضروري لتنفيذ التصميم المتفق عليه مجاوزة المصروفات المقدرة في المقايسة مجاوزة محسوسة، وجب على المقاول إن يخبر في الحال رب العمل مبينا مقدار ما يتوقعه من المصروفات، فأن لم يفعل سقط حقه في استرداد ما جاوز به المقايسة من نفقات  $^1$  - فإذا كانت المجاوزة التي يقتضيها تنفيذ التصميم جسيمة، جاز لرب العمل إن يتحلل من العقد، فإذا اراد التحلل وجب إن يبادر به دون ابطاء مع تعويض المقاول عن جميع ما انفقه من المصروفات وما انجزه من الأعمال دون ما كان يستطيع كسبه لو أنه اتم العمل  $^1$  ونصت المادة  $^1$  من القانون المدني المصري على أنه ( $^1$  - إذا أبرم عقد بمقتضى مقايسة على أساس الوحدة وتبين في أثناء العمل إن من الضروري التعمل المنفق عليه مجاوزة المقايسة المقدرة مجاوزة محسوسة، وجب على المقاول إن يخطر في الحال رب العمل بذلك مبيناً مقدار ما يتوقعه من زيادة في الثمن، فإن لم يفعل سقط حقه في استرداد ما جاوز به قيمة المقايسة من نفقات  $^1$  فإذا كانت المجاوزة التي يقتضيها تنفيذ التصميم جسيمة جاز لرب العمل إن يتحلل من العقد ويقف التنفيذ على إن يكون ذلك دون إبطاء، مع إيفاء المقاول قيمة ما أنجزه من الأعمال، مقدرة وفقاً لشروط العقد، دون إن يعوضه عما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل ).

ثالثا - إن يخطر المقاول رب العمل حال تبينه للزيادة بذلك، وسنبين هذه الشروط في الفقرات الثلاث تباعا.

أولاً — إن يكون الأجر في المقاولة محدد بمقتضى مقايسة على أساس سعر الوحدة ان أول الشروط الواجب توفرها لتعديل الأجر في عقد المقاولة في هذا الصدد هو إن يكون قد حدد بمقتضى مقايسة على أساس سعر الوحدة، فإذا كان مقدار الأجر غير محدد أو غير متفق عليه اصلا أو كان متفقا عليه ولكنه اجرا اجمالياً على أساس تصميم معين فأن النصوص القانونية التي ذكرناها لا تنظبق، والحكمة من وراء ذلك هو إن الأجر عندما لا يتطرق طرفي عقد المقاولة لمقداره يتكفل بتحديده القانون(')، وان كان الأجر اجرا اجماليا على أساس تصميم معين، فأنه لا يزيد ولا ينقص، لذا ينبغي إن يكون الأجر محددا بمقتضى مقايسة على أساس سعر الوحدة حيث يقتضي ذلك إن يتفاوت الأجر بحسب كميات الأعمال التي مونة واقل تعقيدا من الأجر الجزافي، كما أنها أكثر انتشارا من الناحية العملية، لأنها تقوم على مرونة واقل تعقيدا من الأجر الجزافي، كما أنها أكثر انتشارا من الناحية العملية، لأنها تقوم على يكون تحديد الأعمال نهائيا بل على وجه تقريبي، بمعنى إن الأجر المستحق للمقاول لا يتحدد على أساس كمية الأعمال المبينة في العقد لأنها عرضة للزيادة والنقص بل على أساس كمية الأعمال المبينة في العقد لأنها عرضة للزيادة والنقص بل على أساس كمية الأعمال التي أنجزت فعلاً (") ونحن نؤيد هذا الرأي الفقهي لواقعيته، إذ إن ما ذكر يمثل الحقيقة في ذاتها.

.

<sup>1 -</sup> نصت على ذلك المادة (١٨٨٠) من القانون المدني العراقي إذ جاء فيها ( اذا لم تحدد الأجرة سلفا أو حددت على وجه تقريبي وجب الرجوع في تحديدها إلى قيمة العمل ونفقات المقاول ) تطابقها المادة (٢٥٩) مدني مصري، اما قانون الموجبات والعقود اللبناني فنص في المادة ( ٦٣٣) على طريق تحديد الأجر بالأني ( اذا لم يعقد أتفاق على تعيين الأجر أو بدل العمل فيعين بحسب العرف وان كانت هناك تعريفة أو رسم وجب تطبيقها ) في حين نصت المادة (٢٩٦) من القانون المدني الأردني على أنه ( اذا لم يعين في العقد أجر على العمل استحق المقاول أجر المثل مع قيمة ما قدمه من المواد التي يتطلبها العمل )، وليس لها مقابل في القانون الفرنسي

ح. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء السابع، العقود الواردة على العمل  $\sim$  174 من 174 من 175 من 174 من 175 من المقاولة والوديعة والحراسة، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٠ من 175 من 174 من 175 من 175

ثانياً – إن تكون المجاوزة للمصروفات المحددة بالمقايسة مجاوزة محسوسة

إن من الشروط التي ينبغي توفرها ايضاً لتعديل أجر المقاولة المحدد بمقتضى مقايسة على أساس سعر الوحدة، هو إن تكون المجاوزة للمصروفات المقدرة بالمقايسة مجاوزة محسوسة ()، والمقصود بالمجاوزة المحسوسة "مجاوزة كميات الأعمال المقدرة في المقايسة لا مجاوزة اسعارها"، فإذا ورد في المقايسة مثلا كميات معينة للإعمال الخاصة بالأساس، ثم رأى المقاول عند حفر الأساس أنه يجب تعميقه اكثر مما قُدر في المقايسة وان هذا التعميق يقتضي استخدام كميات من العمل تزيد زيادة محسوسة عما هو وارد في المقايسة، فتلك هي المجاوزة المحسوسة التي تقتضيها النصوص القانونية، (أ) إما اذا كانت المجاوزة متعلقة بالأسعار فيرى جانب الفقه (آ) عدم الأعتداد بها والعبرة بالأسعار الواردة في المقايسة إذ المفروض انها وضعت بعد إن اخذ في الأعتبار كل الأحتمالات الممكنة لتغير الأسعار، في المقابلة للمادة (٧٥٦) من القانون المدني المصري، لم تشر إلى المجاوزة في مقدار الأعمال المقابلة للمادة (٧٥٦) من القانون المدني المصروفات قد تأتي في اغلب الأحيان من زيادة المقابل في كمية الأعمال عما هو مقدر لها في المقايسة لأنه اذا ما زادت الأعمال التي ينجزها المقاول فعلا عن مقدار الأعمال المقدرة في المقايسة فأن الأمر يؤدي حتما إلى زيادة المصروفات فعلا عن مقدار الأعمال المقدرة في المقايسة فأن الأمر يؤدي حتما إلى زيادة المصروفات لمقدرة في المقايسة.

 $<sup>^{1}</sup>$  – د. جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية، البيع – الأيجار – المقاولة، طبعة جديدة، مكتبة السنهوري، بغداد،  $^{1}$  ۲۰۱۲، ص  $^{2}$  ۲۱۸

 $<sup>^{2}</sup>$  – د. سعيد مبارك ود. طه الملا حويش ود. صاحب عبيد الفتلاوي، الموجز في العقود المسماة، البيع – الأيجار – المقاولة، طبعة جديدة، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٢، ص ٤٧٣

 $<sup>^{8}</sup>$  – د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء السابع، العقود الواردة على العمل – المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة، مرجع سابق، ص 3 1 1 . د. جعفر محمد جواد الفضلي، الوجيز في عقد المقاولة، مرجع سابق، ص 9 2 . وينظر في المعنى نفسه : عبد الجبار ناجي، انقضاء عقد المقاولة، اطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، 9 1 2 . 9 3 . 9 4 . 9 7 1 . 9 1 . 9 3 .

 $<sup>^{4}</sup>$  – د. كمال قاسم ثروت، الوجيز في شرح احكام عقد المقاولة، دراسة مقارنة معززة بقرارات محكمة تمييز العراق، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، مطبعة افسيت الوسام، بغداد، ١٩٧٦، - ٢١٣ – ٢١٧

ونحن نميل إلى ترجيح الرأي الأول في إن العبرة بالأسعار الواردة في المقايسة إذ المفروض انها وضعت بعد إن اخذ في الأعتبار كل الأحتمالات الممكنة لتغير الأسعار، ونرى حلا لإشكالية تغير الأسعار ايراد نص في القانون المدني على النحو الأتي (للمتعاقدين ربط الأسعار الواردة في المقايسة بأسعار السوق الفعلية أو بما يقدره اهل الخبرة فيما اذا زادت هذه الأسعار الأخيرة أو نقصت بنسبة معينة).

ويرى بعض الفقه أنه لا يقام اي اعتبار لزيادة الأسعار الفعلية عن الأسعار الواردة في المقايسة  $\xi$  حدود نظرية الظروف الطارئة حسب مبدأها العام لا في صورتها المتعلقة بالأنهيار الأقتصادي في عقد المقاولة وانعدام الأساس الذي قام عليه التقدير المالي للعقد( $\xi$ )، وينبغي الا يقف الأمر عند حدود المجاوزة المحسوسة وانما يجب إلا تكون تلك المجاوزة للمصروفات متوقعة وقت ابرام عقد المقاولة، ولذا نقترح اعادة صياغة المادة ( $\xi$ ) من القانون المدني العراقي على النحو الأتي (اذا أبرم العقد على أساس مقايسة بسعر الوحدة وتبين اثناء العمل أنه من الضروري لتنفيذ التصميم المتفق عليه مجاوزة المصروفات المقدرة في المقايسة مجاوزة محسوسة لسبب لم يكن متوقعاً وقت التعاقد، وجب على المقاول إن يخبر في الحال رب العمل مبينا مقدار ما يتوقعه من المصروفات، فأن لم يفعل سقط حقه في المحاوزة المحسوسة وقت ابرام عقد المقاولة هو ما نادى به بعض الفقه( $\xi$ ) — وهو ما نؤيده — فإذا المحسوسة وقت ابرام عقد المقاولة هو ما نادى به بعض الفقه( $\xi$ ) — وهو ما نؤيده — فإذا كانت هذه المجاوزة متوقعة أو من الممكن توقعها، فانه سيزداد الأجر بمقدار هذه المجاوزة ولا خيار لرب العمل وهو ما يمثل اتجاه محكمة التمييز الأتحادية في العراق إذ جاء في قرار

 <sup>1 -</sup> د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء السابع، العقود الواردة على العمل
 المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة، مرجع سابق، ص ١٦٥

 $<sup>^2</sup>$  – د. لبيب محمد شنب، مرجع سابق، ص 717، فقرة 179. د. جعفر محمد جواد الفضلي، الوجيز في عقد المقاولة، مرجع سابق، ص 77

الخامسة، ص ١٦٣

لها ( يلزم رب العمل بقيمة الأعمال الأضافية اذا كان يعلم بها عند تسلمه العمل ولم تكن للمقاول نية التبرع لان ذلك يعتبر موافقة على تلك الأعمال الأضافية). (١) ثالثاً – إن يخطر المقاول رب العمل حال تبينه للزيادة

إن على المقاول إن يخطر رب العمل بما تبين له اثناء العمل أنه كان من الضروري لتنفيذ التصميم المتفق عليه مجاوزة المقايسة المقدرة مجاوزة محسوسة، وكذلك بمقدار ما يتوقعه من زيادة في الثمن على أساس الزيادة المتوقعة في كمية الأعمال،  $(\ ^{'})$  ولا يشترط شكلاً معيناً يتم به الأخطار، ومن ثم فأنه يمكن إن يتم بأية وسيلة سواء برسالة ترسل إلى رب العمل أو بخطاب مصحوب بعلم الوصول، أو بخطاب عادي أو حتى على نحو شفاهي على إن يقوم المقاول بأثبات هذا الأخطار ولذلك يستحسن إن يتم الأخطار بكتاب مسجل حتى يسهل اثباته،  $(\ ^{'})$  ونرى إن تضاف كلمة (كتابة) إلى نص الفقرة  $(\ ^{'})$  من المادة  $(\ ^{'})$  من القانون المدني العراقي لتصبح بالصيغة الأتية  $(\ ^{'})$  وينبغي إن يتم الأخطار فور تبين المقاول للزيادة، فاذا سكت عن الأخطار بعد تبينه الزيادة مدة لا مبرر لها عد ذلك تنازلا عن حقه في استرداد قيمة الزيادة في المصروفات، وبقى الأجر كما جاء في المقايسة دون تعديل  $(\ ^{'})$  وهذا ما قضت به محكمة المصروفات، وبقى الأجر كما جاء في المقايسة دون تعديل  $(\ ^{'})$  وهذا ما قضت به محكمة

 $<sup>^2</sup>$  – وهو ما يستفاد من المقطع الوارد في المادة (  $^4$  /  $^4$  ) من القانون المدني العراقي الي نصه ( ... وجب على المقاول إن يخبر رب العمل في الحال مبينا مقدار ما يتوقعه من المصروفات فأن لم يفعل سقط حقه في استرداد ما جاوز به قيمة المقايسة من نفقات) وتقابلها ما ورد في المادة ( $^4$  /  $^4$  ) من القانون المدني الأردني وليس لها مقابل في القانون اللبناني والفرنسي

<sup>3 -</sup> د. قدري عبد الفتاح الشهاوي، احكام عقد المقاولة، مناطها - ضوابطها - اطرها في التشريع المصري - العربي - الأجنبي - دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ٢٠٠٦.

 $<sup>^{4}</sup>$  – يستفاد هذا الأمر من الشق الأخير من المادة ( $^{4}$   $^{4}$  ) من القانون المدني العراقي والذي نصه ( وجب على المقاول إن يخبر في الحال رب العمل .. فأن لم يفعل سقط حقه في استرداد ما جاوز به قيمة المقايسة من نفقات )

التمييز الأتحادية العراق (') ويلاحظ إن سقوط حق المقاول في الزيادة في الأجر حسب نص المادة (١/٨٧٩) من القانون المدني العراقي يكون حتى مع تواجد ظرف منع المقاول من اخبار رب العمل بالمجاوزة ، ونرى إن يعيد المشرع صياغة النص بالنحو الأتي (وجب على المقاول إن يخبر رب العمل فور تبين الزيادة مالم تمنعه قوة قاهرة من الأخبار).

ويلزم إن يتضمن الأخطار مقدار ما يتوقعه المقاول من الزيادة في الكم وما يستتبع ذلك من زيادة في الأجر، لكن ماذا لو اتضح بعد ذلك إن المجاوزة تزيد على ما قدره المقاول ؟ لم تتطرق القوانين المدنية لذلك، بينما يذهب البعض إلى أن العبرة بمقدار الزيادة التي اوردها المقاول في الأخطار لا بمقدار الزيادة الفعلية. (٢) ونرى ضرورة أضافة فقرة لنص المادة (٨٧٩) من القانون المدني العراقي تتضمن الأتي (يكون رب العمل ملزما اتجاه المقاول في حدود الزيادة في المصروفات التي اوردها المقاول في اخطاره وان كانت مختلفة عن قيمة المصروفات الفعلية).

ومن ناحية اخرى نجد إن المادة (٨٧٩) من القانون المدني العراقي قد نصت في فقرتها الثانية على أنه (( فإذا كانت المجاوزة التي يقتضيها تنفيذ التصميم جسيمة، جاز لرب العمل إن يتحلل من العقد، فإذا اراد التحلل وجب إن يبادر به دون ابطاء مع تعويض المقاول عن جميع ما انفقه من المصروفات وما انجزه من الأعمال دون ما كان يستطيع كسبه لو أنه اتم

\_\_\_\_\_

<sup>1 –</sup> قضت محكمة التمييز في قرار لها جاء فيه ( لدى التدقيق والمداولة وجد إن الحكم المميز غير صحيح وذلك لان العمل الذي تعهد المدعي – المميز عليه – القيام به كان بموجب تصميم ومقاولة قدرت فيها كلفة العمل على أساس مقايسة بسعر الوحدة وبذلك تخضع كل مجاوزة في المصروفات التي تقتضيها الضرورة لتنفيذ التصميم المتفق عليه إلى نص الفقرة ( 1 ) من المادة ٩٧٩ من القانون المدني التي تستوجب على المقاول في مثل هذه الحالة إن يخبر رب العمل مبينا مقدار ما يتوقعه من زيادة المصروفات فان لم يفعل سقط حقه في استرداد ما جاوز قيمة المقايسة من نفقات علاوة على ذلك إن شروط المقاولة لأعمال الهندسة المدنية نصت في مادتها السادسة عشرة فقرة ( ب ) على إلا تدفع كلفة اية اضافة أو تغيير ما لم تكن مشمولة بأوامر تحريرية من قبل المهندس وحيث إن المدعي – المميز عليه – قام بالأعمال الأضافية التي يدعي انها كانت ضرورية لإتمام العمل وفق التصميم دون إن يخبر رب العمل، فتطبيقا للمادة المذكورة من شروط المقاولة والمادة المنوه عنها اعلاه من القانون المدني قد سقط حقه بمطالبة رب العمل عن كلفتها...) القرار ذو الرقم ٧٥٤٢ / حقوقية / ٢٩٦٦، تاريخ القرار ٢٤ / ٤ / ٩٦٣، منشور في قضاء محكمة تمييز العراق، المجلد الأول، ص ٨٦

 $<sup>^2</sup>$  – محمد عزمی البکري، مرجع سابق، ص  $^2$ 

العمل)). (') ويتضح من هذا النص إن المجاوزة قد تكون جسيمة وقد لا تكون كذلك فأن كانت جسيمة فأن رب العمل يكون مخيرا بين امرين، اولهما إن يبقى مقيدا بعقد المقاولة ويطلب من المقاول اتمام العمل وفي هذه الحالة يزيد الأجر بما يتناسب مع الزيادة المحسوسة الجسيمة، اي نكون امام حالة تعديل للأجر ويبقى عقد المقاولة نافذا بجميع شروطه، والامر الثاني إن يتحلل رب العمل من المقاولة اذا رأى إن الزيادة الجسيمة في الأجر مرهقة له وفي هذه الحالة يطلب من المقاول وقف العمل دون ابطاء، فان لم يقم بذلك وابطأ دون مبرر في تقديم طلبه، كان للمقاول إن يستمر في العمل ويفترض إن رب العمل قد اختار ابقاء المقاولة مع الزيادة في الأجر فأن قام رب العمل بتقديم الطلب للمقاول وجب على الأخير وقف تنفيذ العمل في عقد المقاولة ويتحلل رب العمل من المقاولة، ونرى في عبارة (دون ابطاء) الواردة في المادة (٢/٨٧٩) انها عبارة ذات مفهوم واسع وغير محدد ولذا نقترح إن يكون نص المادة على النحو الأتي (فإذا كانت المجاوزة التي يقتضيها تنفيذ التصميم جسيمة، جاز لرب العمل إن يتحلل من العقد، فإذا اراد التحلل وجب إن يبادر به خلال سبعة ايام من تاريخ اخطاره بالزيادة مع تعويض المقاول عن جميع ما انفقه من المصروفات وما انجزه من الأعمال دون ما كان يستطيع كسبه لو أنه اتم العمل)، هذا وان تقدير ما اذا كانت المجاوزة جسيمة أو غير جسيمة مسألة واقع ينظر فيها إلى الزيادة اي تقاس بمعيار موضوعي دون الأعتداد بالظروف الخاصة لرب العمل ويفصل في شأنها قاضي الموضوع دون إن تكون عليه رقابة من محكمة التمييز . (۲)

ويذهب جانب من الفقه القانوني( $^{7}$ ) إلى أن المشرع العراقي بوضعه نص الفقرة ( $^{7}$ ) من المادة ( $^{8}$ ) من القانون المدني العراقي قد اقام موازنة بين حق المقاول بزيادة الأجرة في الفقرة ( $^{1}$ ) من نفس المادة وبين حق رب العمل فأجاز له التحلل من العقد لذات السبب الذي اجاز بوجوده للمقاول طلب زيادة الأجر والسبب هو مجاوزة المصروفات مجاوزة جسيمة اذا كان الأتفاق على الأجر قد حدد بمقتضى مقايسة على أساس سعر الوحدة ولكن على رب العمل في

من القانون المدني الأردني المصري والمادة ( 1/707) من القانون المدني الأردني  $^1$ 

 $<sup>^{2}</sup>$  - د. قدري عبد الفتاح الشهاوي، مرجع سابق، ص  $^{2}$ 

<sup>3 -</sup> فخر الدين الحسيني، عقد المقاولة في القانون المدني العراقي، مشورات مكتبة النهضة، بغداد، ١٩٨٤، ص ٣٠

حالة انهاء العقد لهذا السبب إن يعوض المقاول عما انفقه من مصروفات وما انجزه من اعمال  $\binom{1}{2}$ , ومن ثم فأن توافر الشروط الثلاثة وهي تحديد الأجر بمقتضى مقايسة على أساس سعر الوحدة مع مجاوزة المصروفات ما قدر في المقايسة مجاوزة محسوسة من غير إن يكون ذلك متوقعا عند ابرام عقد المقاولة مع اخطار المقاول لرب العمل بتلك المجاوزة، فان القانون يعطي الحق بتعديل الأجر في عقد المقاولة دونما حاجة لاتفاق طرفيه مسبقا والذي يتخذ صورة الزيادة في الأجر  $\binom{7}{2}$ .

اما عن تعديل الأجر المحدد بمقتضى مقايسة على أساس سعر الوحدة في الفقه الأسلامي فيبدو إن التعديل إن لم يكن بأتفاق الطرفين فهو غير جائز بناء على مبدأ ( اصالة اللزوم ) في عقد المقاولة والذي يجد اساسه في النص القرآني (يا ايها الذين امنوا اوفوا بالعقود) ( $^{7}$ ) ، اي اوفوا بما عاهدتم وتعاقدتم عليه، كذلك قول النبي محمد ( $^{9}$ ) بأن ( المؤمنون عند شروطهم الا شرط احل حراما أو حرم حلالا)، ( $^{4}$ ) وان لزوم عقد المقاولة وسائر العقود الأخرى محل اجماع عند فقهاء المسلمين، إذ ذهب بعض الأمامية إلى وجوب بقاء العقد وعدم ترك العمل بموضوع العقد، اي إن يظل المتعاقد بانيا عليه مستمرا على العمل بموضوعه ويستدلون بما روي عن الأمام علي بن ابي طالب (عليه السلام) في قول له جاء فيه (أفبعد إن كتبناه تنقضه إن هذا لا يحل) وقول آخر له (عليه السلام) قاله لمن انكر عليه التحكيم وسأله الرجوع عنه (ويحكم ابعد الرضا والميثاق والعهد نرجع اليس الله تعالى قد قال "اوفوا بالعقود" وقال "واوفوا بعهد الله اذا عاهدتم ولا تنقضوا الأيمان بعد توكيدها") إذ إن في هذا لزوما شرعيا في الألتزام

 $<sup>^{1}</sup>$  – تنص المادة ( $^{1}$   $^{1}$   $^{1}$  ) من القانون المدني العراقي على أنه (( فإذا كانت المجاوزة التي يقتضيها تنفيذ التصميم جسيمة، جاز لرب العمل إن يتحلل من العقد، فإذا اراد التحلل وجب إن يبادر به دون ابطاء مع تعويض المقاول عن جميع ما انفقه من المصروفات وما انجزه من الأعمال دون ما كان يستطيع كسبه لو أنه اتم العمل  $^{1}$  تقابلها المادة  $^{1}$   $^{$ 

 $<sup>^{2}</sup>$  – يستفاد ذلك من الجمع بين المادة (  $^{1}$  / 1 ) والمادة (  $^{1}$  (  $^{1}$  ) من القانون المدني العراقي والمواد (  $^{1}$  (  $^{1}$  ) مدنى الدنى مصرى، و المواد (  $^{1}$  و  $^{1}$  (  $^{1}$  ) مدنى المدنى مصرى،

 <sup>3 -</sup> سورة المائدة، الأية ١

 $<sup>^{4}</sup>$  – ينظر الحافظ ابي الفداء اسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي، تفسير القرآن العظيم – تفسير بن كثير –، المجلد الثالث، الطبعة الثانية، دار طيبة للنشر والتوزيع، الرياض، ١٩٩٩،  $\sim V - \Lambda$ 

بعقد المقاولة لا يسوغ الخروج عنه ونقضه من احد العاقدين (') إلا اذا كان لاحدهما الخيار، إذ يكون للمتعاقد إن يعدل من التزامه بالأستناد إلى الخيار الممنوح له(')، بمعنى جواز تعديل الأجر المحدد بمقتضى مقايسة على أساس سعر الوحدة في عقد المقاولة إن اشترط ذلك احد المتعاقدين.

وقد ذهب الحنفية إلى أن العقد يصبح لازما بأقتران الأيجاب بالقبول وليس لاحد إن يستقل بنقضه أو تعديله إلا لعيب أو عدم رؤية اي إن يكون للمتعاقد الخيار. (")

وذهب كل من الشافعية (3)، والحنابلة (3) والمالكية (7) إلى ما ذهب اليه الأحناف في لزوم العقد بالنسبة لطرفيه وعدم جواز اجراء اي تغيير بشأن ما ورد فيه من التزامات إلا عند خيار الشرط الذي يتيح للمتعاقد إن يعدل الأجر في عقد المقاولة كأستثناء على لزوم العقد.

ويستشف من مجموع اقوال فقهاء المسلمين على اختلاف مذاهبهم جواز تعديل الأجر المحدد بمقتضى مقايسة على أساس سعر الوحدة اتفاقا إما تجاوز رضا المتعاقد الأخر والاستقلال بتعديل الأجر فهو غير جائز شرعا، ويظهر لنا إن الفقهاء المسلمين عرفوا الأجر المحدد بمقتضى مقايسة لكنهم لم يقروا التعديل بدون الأتفاق بين المتعاقدين.

المبحث الثاني: تعديل الأجر المحدد جزافاً وفق تصميم معين في عقد المقاولة

محسن الطباطبائي الحكيم، نهج الفقاهة، دون ذكر طبعة أو سنة نشر، مطبعة انتشارات، قم المقدسة، ايران، ص 1 - 1

 <sup>2 -</sup> مرتضى بن محمد امين الأنصاري، المكاسب، الجزء الخامس، الطبعة الأولى، مطبعة باقري، قم المقدسة، ايران،
 نشر المؤتمر العالمي بمناسبة الذكري المئوية الثانية لميلاد الشيخ الأنصاري، ١٤٢٠ هـ، ص ١٣ وما بعدها

مبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي النجدي الحنبلي، حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع، المجلد الرابع، الطبعة الأولى، دون ذكر دار أو مكان نشر، 1998 = 190 = 190

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> – ابو الوليد محمد بن احمد بن رشد القرطبي المالكي، المقدمات الممهدات لبيان ما اقتضته رسوم المدونة من الأحكام الشرعيات والتحصيلات المحكمات لأمهات مسائلها المشكلات، الجزء الثاني، كتاب الجعل والاجارة، الطبعة الأولى، دار الغرب الأسلامي، بيروت، لبنان، ١٤٠٨ هـ، ١٩٨٨ م ، ص ١٦٦ وما بعدها

إن من صور تحديد الأجر في عقد المقاولة هي إن يحدد جزافا (اجمالاً)(أ) وفق تصميم معين يقوم المقاول بتنفيذه بناء على العقد المبرم بينه وبين رب العمل، ولكن ما المقصود بالأجر المجزافي وفق تصميم معين ؟ وما هي ضوابط تعديل هذا الأجر في عقد المقاولة ؟ سنحاول ان نجيب عن ذلك في مطلبين خصص الأول لمفهوم الأجر الجزافي على أساس تصميم معين، والثاني لضوابط تعديل الأجر المحدد جزافاً على أساس تصميم معين .

المطلب الأول: مفهوم الأجر الجزافي على أساس تصميم معين

للإحاطة بمفهوم الأجر الجزافي أو كما يطلق عليه احيانا بالأجمالي( $^{\mathsf{Y}}$ ) لابد من ايضاح مفهومه في الأصطلاح القانوني وفي الفقه الأسلامي وهو ما سنبينه في الفقرتين الأتيتين :

أولاً - تعريف الأجر الجزافي على أساس تصميم معين قانوناً //

إن بعض الفقه القانوني عرف الأجر الجزافي (بالثمن المحدد بمبلغ اجمالي ونهائي متفق عليه بين المتعاقدين عند ابرام عقد المقاولة والذي لا يقبل اعادة النظر فيه باستثناء التعديلات الطارئة على العمل والتي يطلبها صاحب العمل)  $\binom{7}{}$ ، وعرف البعض التصاميم بأنها (الرسوم المعمارية والرسوم الأنشائية، ويدخل في ذلك رسوم المشروع الأبتدائي والرسوم النهائية

الجزء الأول، الطبعة الأولى، ترتيب وتحقيق د. عبد الحميد هنداوي ، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ٢٠٤ هـ الحزء الأول، الطبعة الأولى، ترتيب وتحقيق د. عبد الحميد هنداوي ، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٤ هـ ٢٠٠٧، ص ٢٠٠٩ . وجاء في معاجم اللغة العربية من إن جزف – جزفا واجتزف الشي : باعه أو اشتراه بغير وزن ولا كيل وعلى التخمين، جازف مجازفة : بايعه بلا وزن ولا كيل، ومنه " جازف في كلامه " اي تكلم من غير قانون وبدون تبصر، والجزاف والجزف : احذ الشيء مجازفة تبصر، والجزاف والجزف : احذ الشيء مجازفة وجزافا، وهو فارسي معرب . للتفصيل ينظر : لويس معلوف اليسوعي، المنجد في اللغة، الطبعة التاسعة عشرة، المطبعة الكاثوليكية، بيروت – لبنان، ١٩٦٠، ص ٩٠ . وابي نصر اسماعيل بن حماد الجوهري، الصحاح – تاج اللغة وصحاح العربية –، دون ذكر طبعة، دار الحديث، القاهرة، ٢٠٠٩، ص ١٨٢ . كما ويطلق على الأجر الجزافي بالأجمالي ايضا والاجمالي لغة : من اجمل وجمل جملا، واجمل الشي : اي جمعه أو ذكره من غير تفصيل . يقال " اجمل الحساب والكلام ثم فصله وبينه " للتفصيل ينظر : لويس معلوف، مرجع سابق، ص ١٠١

<sup>2 -</sup> د. سعيد سعد عبد السلام، الوجيز في العقود المدنية المسماة، المقاولة - البيع، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1999، ص ١٤٧

<sup>3 -</sup> جيروم هوييه، مرجع سابق، ص ١٣٠١

التفصيلية)( $^{'}$ )، ولم تعرف القوانين المدنية الأجر الجزافي على أساس تصميم، بينما نجد إن شروط المقاولة لأعمال الهندسة المدنية لعام ١٩٨٧ النافذة الصادرة عن وزارة التخطيط العراقية وفي المادة الأولى الفقرة ( $^{'}$  س) منها عرفت الخرائط والتي تشكل احد صور التصاميم، إذ جاء فيها (الخرائط ": يقصد بها الخرائط المشار اليها في مستندات المقاولة واية تعديلات فيها يصادق عليها المهندس تحريريا واية خرائط اخرى يقوم المهندس بتجهيزها أو تصديقها تحريريا من وقت إلى آخر).

## ثانياً - تعريف الأجر الجزافي على أساس تصميم معين في الفقه الأسلامي

إن الفقهاء المسلمون تعرضوا لبيان الجزاف تحت عقد البيع مبينين الحكم الشرعي له، إذ عرف بعض فقهاء الأمامية الجزاف بأنه البيع دون كيل ودون وزن وبلا تعداد، كالصبرة اي المجموعة بمكيال مجهول اي وعاء غير معلوم مقدار استيعابه وان كان مشاهداً(٢)، ويفهم من معنى الجزاف لدى الأمامية إن الأجر الجزافي هو الأجر الذي يعين اجمالا دون مراعاة جزئيات العمل المعهود به إلى المقاول ليشمله بأكمله.

ولم يتطرق الأحناف إلى الأجر الجزاف بصورة مباشرة وانما اشاروا إلى حكم ما يعد جزافاً اذا جاء عندهم (واذا اشترى صبرة طعام على إن كل قفيز منها بدرهم فأن البيع يصح في قفيز واحد) وذلك لان جملة الثمن مجهولة لا يصح العقد فيها، كشراء الشيء صبرة اي بلا وزن ولا كيل(")، ويفهم إن الجزاف عندهم هو ذات ما وجدنا لدى فقهاء الأمامية.

وورد لدى الشافعية أنه (لا خير في إن ابتاع منك جزافا ولا كيلا ولا عددا ولا بيعا كائنا ما كان على إن اشتري منك مدا بكذا وعلى إن تبيعني كذا، بكذا حاضرا كان أو غائبا، مضمونا كان

 $^2$  – نجم الدين جعفر بن الحسن الحلي المعروف بالمحقق الحلي، شرائع الأسلام في مسائل الحلال والحرام، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، تحقيق وتعليق صادق الشيرازي، مطبعة امير، قم، نشر مؤسسة انتشارات استقلال، طهران، 15.7 هـ، ص 17.7

 $<sup>^{1}</sup>$  – حمد عزمي البكري، مرجع سابق، ص  $^{1}$ 

 $<sup>^{2}</sup>$  – ابي بكر الرازي الجصاص، شرح مختصر الطحاوي، المجلد الثالث، كتاب البيوع، الطبعة الأولى، دار البشائر الأسلامية للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 15 هـ - 10 م، ص - - 10

ذلك أو غير مضمون..)(')' ويفهم من قولهم إن الجزاف على الضد من العد والكيل والوزن، اي يكون اجمالا.

بينما قال بعض المالكية (إن كل ما لا يجوز إلا مثلا بمثل فلا يجوز منه جزاف بجزاف ولا كيل بجزاف و يجوز بجزاف وما يجوز منه التفاضل فلا يجوز بيعه مجازفة جزافا بجزاف ولا كيلا بجزاف ... ويجوز الجزاف اذا احاط النظر به ظاهرا، ولا يجوز بيع كيل وجزاف صفقة واحدة ..)(, يفهم إن معنى الجزاف لدى المالكية هو ما يكون على عكس التعين بالكيل والوزن والعد.

كما جاء في بعض اقوال الحنابلة (إن اعلم البائع المشتري بالكيل والوزن، ثم باعها اياه مجازفة على انها له بذلك الثمن زاد أو نقص لم يجز ..) $\binom{7}{}$  ويبدو إن للأجر الجزاف ذات المعنى لدى سائر فقهاء المسلمين.

وبناء على ما تقدم يمكننا تعريف الأجر الجزافي المحدد بمقتضى تصميم في عقد المقاولة بانه (هو الأجر المقدر للأعمال من قبل طرفي عقد المقاولة دون تحديد أجر مستقل لكل عمل من الأعمال الواجبة التنفيذ بناء على التصاميم المقدمة من المهندس المعماري).

المطلب الثاني: ضوابط تعديل الأجر المحدد جزافاً على أساس تصميم معين

إن لتعديل الأجر المحدد جزافاً على أساس تصميم معين في عقد المقاولة لابد من توافر شروط معينة نصت عليها المادة ( $\Lambda$ VV) من القانون المدني العراقي والمادة ( $\Lambda$ VV) من قانون الموجبات والعقود اللبناني والمادة ( $\Lambda$ VV) من قانون الموجبات والعقود اللبناني والمادة ( $\Lambda$ VV) من القانون المدنى الأردنى والمادة ( $\Lambda$ VV) من القانون المدنى الأردنى والمادة ( $\Lambda$ VV) من القانون المدنى الفرنسى ( $\Lambda$ VV) إن هذه الشروط

2 - ابو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري القرطبي المالكي، كتاب الكافي في فقه اهل المدينة المالكي، المجلد الثاني، كتاب البيوع، الطبعة الأولى، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، ١٣٩٨ هـ، ١٩٧٨ م، ص ٣٧٣ وما بعدها

المطلبي، الأم، كتاب البيوع، بدون طبعة أو سنة نشر، بيت الأفكار المولية، عمان، الأردن، ص1

 $<sup>^{8}</sup>$  – عبد الرحمن بن محمد بن القاسم العاصمي النجدي الحنبلي، الدرر السنية في الأجوبة النجدية، الجزء السادس،  $^{3}$  كتاب البيع، الطبعة الخامسة، بدون ذكر دار أو مكان نشر،  $^{3}$  1 8 هـ،  $^{3}$  1 9 م، ص  $^{4}$  7  $^{4}$ 

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> – نصت المادة ( ۸۷۷ ) من القانون المدني العراقي على أنه (اذا ابرم العقد بأجرة حددت جزافا على أساس تصميم اتفق عليه مع رب العمل، فليس للمقاول إن يطالب بأية زيادة في الأجرة حتى لو حدث في هذا التصميم تعديل أو اضافة، إلا إن يكون ذلك راجعا إلى خطأ رب العمل أو يكون مأذونا له منه وقد اتفق مع المقاول على اجرته ويجب إن يحصل هذا الأتفاق كتابة إلا اذا كان العقد الأصلى ذاته قد اتفق عليه مشافهة ) . ونصت المادة ( ٢٥٨ ) من القانون

هي إن يحدد الأجر جزافا وفق تصميم معين وان يكون التعديل أو الأضافة على التصميم راجعة إلى خطأ رب العمل أو يكون مأذون له منه وقد اتفق معه على الأجرة، كما ويشترط إن يحصل الأتفاق بشكل مكتوب مالم يكن العقد الأصلي ذاته قد تم بصورة شفوية، وان يبرم العقد بين المقاول الأصلى ورب العمل وسنبين الشروط في الفقرات الأتية:

أولاً - تحديد الأجر جزافاً على أساس تصميم معين متفق عليه

إن الحالة التي نحن بصددها تختلف اختلافا كبيرا عن حالة تحديد الأجر بمقتضى مقايسة على أساس سعر الوحدة يمكن إن يزيد الأجر على أساس سعر الوحدة يمكن إن يزيد الأجر اذا ما كانت هناك مجاوزة محسوسة للإعمال المقدرة في المقايسة، إما في هذا الصدد فالأجر يحدد اجمالا وقد اراد رب العمل وبصورة مسبقة ونهائية تحديد مقدار الأجر الذي يدفعه فإذا

المدني المصري على أنه (١ -إذا أبرم العقد بأجر إجمالي على أساس تصميم أتفق عليه رب العمل، فليس للمقاول إن يطلب بأية زيادة في الأجر ولو حدث في هذا التصميم تعديل أو إضافة إلا إن يكون ذلك راجعاً إلى خطأ من رب العمل أو يكون مأذوناً به منه وأتفق مع المقاول على أجره . ٢ - ويجب إن يحصل هذا الأتفاق كتابة، إلا إذاكان العقد الأصلي ذاته قد أتفق عليه مشافهة ). ونصت المادة ( ٢٧٥ ) من قانون الموجبات والعقود اللبناني على إن ( من يقوم بعمل مقابل بدل معين بناء على رسم أو تقويم وضعه بنفسه أو وافق عليه، لا يجوز له إن يطلب زيادة على البدل بحجة إن النفقات تجاوزت المبلغ المقدر في الرسم أو في التقويم إلا اذاكان صاحب الأمر هو الذي سمح له صراحة بتجاوز المبلغ، أو كان هناك نص على العكس.) . ونصت المادة ( ٢٩٥ ) من القانون المدني الأردني على أنه ( ١ : - إذا المبلغ، أو كان هناك نص على العكس.) . ونصت المادة ( ٢٩٥ ) من القانون المدني الأردني على أنه ( ١ : - إذا تنفيذ هذا التصميم . ٢ - وإذا حدث في التصميم تعديل أو إضافة برضى صاحب العمل يراعي الأتفاق الجاري مع المقاول بشأن هذا التعديل أو الأضافة ) . كما نصت المادة ( ١٧٩٣ ) من القانون المدني الفرنسي على أنه ( عندما يتعهد مهندس معماري أو مقاول بتشبيد بناء لقاء مبلغ مقطوع وفق تصميم مقرر ومتفق عليه مع مالك الأرض، لا يجوز يتعلم اله إن يطالب بأية زيادة في الثمن سواء بحجة زيادة البد العاملة أو المواد ام بحجة التغييرات أو الزيادات التي اجريت على التصميم إن لم تكن هذه التغييرات والزيادات قد اجيزت خطيا وان لم يتم الأتفاق على الثمن مع المالك ) وجاء نصها الفرنسي بالأتي :

Article 1793 En savoir plus sur cet article...Créé par Loi 1804-03-07 promulguée le 17 mars 1804 ((Lorsqu'un architecte ou un entrepreneur s'est chargé de la construction à forfait d'un bâtiment d'après un plan arrêté etconvenu 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)).

كان الأجر غير محدد تحديدا نهائيا، كأن اتفق المتعاقدان على زيادة الأجر أو انقاصه اذا ما تبين لهما إن تكاليف العمل اقل أو اكثر مما كان مقدرا، فالأجر لا يكون محدد اجمالا على وجه نهائي  $\binom{1}{2}$  ومن ثم لا نكون ضمن الحالة التي حددتها نصوص القوانين المدنية.  $\binom{7}{2}$ 

ويجب إن يكون الأجر المحدد جزافا على أساس تصميم معين في عقد المقاولة متفق عليه وذلك حتى تتضح حدود العمل على نحو تام ونهائي فيجب إن يكون التصميم كاملا ومتضمنا جميع الأعمال المطلوبة، وهذا ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في قرار لها جاء فيه (لا يمكن إن توصف بالصفقة الجزافية، الأتفاقية التي يتعهد مقاول بموجبها بأشغال تجديد عقار وتحويله في حين أنه لم يتم تحضير اي وثيقة جدية وان الكشف المنظم لم يكن واضحا والتصاميم خالية من اي طابع تعاقدي)( $^{7}$ ) ، فأن لم يكن التصميم كاملا وقت ابرام عقد المقاولة لم نكن إما حالة أجر جزافي، وهذا ما اكدته محكمة النقض الفرنسية في قرار لها جاء فيه (لا يمكن إن توصف بالصفقة الجزافية الأتفاقية التي تكون فيها شروط تنفيذ الأشغال والمهل والتزامات المشاريع وكمية الأشغال وشروط دفع تكاليف العمل غير محددة بشكل جيد)( $^{4}$ ) كما ويجب إن يكون التصميم متفق عليه ونهائي اي لا يكون بوسع احد الطرفين إن يغير فيه بالزيادة أو النقصان.( $^{\circ}$ )

. . . .

<sup>1 -</sup> د. احمد السعيد الزقرد، العقود المدنية المسماة، البيع – الأيجار – المقاولة، بدون ذكر طبعة أو دار وتاريخ نشر، ٦٨٠ وما بعدها

تنظر المواد ( ۸۷۷ ) مدني عراقي و ( 70٨ ) مدني مصري و ( 7٧٥ ) موجبات لبناني و (9٩٥ ) مدني اردني و 1٧٩٣ ) مدني فرنسي

<sup>3 –</sup> قرار محكمة النقض الفرنسية، الغرفة المدنية الثالثة، الصادر بتاريخ ٢٠ تشرين الثاني / ١٩٩١، نقلا عن القانون المدني الفرنسي باللغة العربية، طبعة دالوز لسنة ٢٠٠٩، ص ١٧٧٣

 <sup>4 -</sup> قرار محكمة النقض الفرنسية، الغرفة المدنية الثالثة، الصادر بتاريخ ٢٠ تشرين الثاني / ١٩٩١، نقلا عن القانون المدنى الفرنسى باللغة العربية، طبعة دالوز لسنة ٢٠٠٩، ص ١٧٧٣

ح. محمد لبيب شنب، شرح احكام عقد المقاولة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر،  $^{1977}$ ، ص

ثانياً - إن يكون التعديل أو الأضافة في التصميم بسبب خطأ رب العمل أو بموافقته

لا يجوز حسب الأصل تعديل الأجر المحدد جزافا على أساس تصميم معين، لكن اذا ما ارتكب رب العمل خطأ وتسبب هذا الخطأ في زيادة النفقات عن حدود ما تم الأتفاق عليه فهنا يجوز للمقاول إن يطالب بزيادة الأجر وهذا ما قضت به محكمة تمييز اقليم كردستان العراق في قرار لها عام ٢٠٠٦ اكدت فيه مضمون المادة (٨٧٧) من القانون المدني العراقي() ومثال ذلك خطأ رب العمل كأن يسلم المقاول مساحة اضافية مما يعود له من قطعة ارض يود البناء عليها من ارض الجار، فيبدأ المقاول بمباشرة العمل، ثم يضطر إلى ازالة ما قام بتشييده على ارض الجار، فيستطيع المقاول المطالبة بزيادة الأجر بما يعادل النفقات المبذولة منه (<sup>٢</sup>) ، ويرى بعض الفقه أنه يكفي سبب زيادة النفقات هو فعل منسوب إلى رب العمل وان

المدة عنى قرار محكمة تمييز كردستان ما يلى (لدى التدقيق والمداولة وجد إن الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة  $^{1}$ القانونية لذا قرر قبوله شكلاً • ولدى عطف النظر على الحكم المميز تبين أنه صحيح وموافق للقانون للأسباب الواردة فيه • حيث إن العقد المبرم بتاريخ ٢٠٠٤/٦/٢١ وبالعدد ٢٦٩٠ بين الطرفين المتداعين نصه في الفقرة الثانية منه على قيام المدعى بوضع برنامج خاص ( الكومثيتر ) لقبض اجور الكهرباء وفقاً للشروط المذكورة في العقد • وان الفقرة السابعة من ذات العقد نصت على إن وزارة الصناعة والطاقة ملزمة بدفع (٢٢/١ ٢٨/٠٠٠) اثنان وسبعون مليون ومائه وثمانية وعشرون الف دينار إلى المدعى وقد نفذت الوزارة كافة التزاماتها إما ادعاء المدعى بخصوص قيمة (application soft ware) والذي قدره بـ (۲۰۰۰۰۰۰) مائه وعشرون مليون دينار (( الذي يزيد عن القيمة الكلية للأعمال الواردة في العقد )) فان الأدعاء المذكور لا سند له من القانون نظراً لدخوله ضمن العقد المبرم بين الطوفين المشار اليه اعلاه وان المبلغ المتفق عليه بين الطوفين حددت بالعقد ووفق تصميم سابق لذا ليس للمدعى إن يطالب بأية زيادة حتى لو حدث في هذا التصميم تعديل أو اضافه إلا إن يكون ذلك راجعاً إلى خطأ من المدعى عليه أو يكون مأذوناً له منه أو يكون المدعى متفقاً مع المدعى عليه على اجرة هذا التعديل أو تلك الأضافة باتفاق مكتوب (المادة٨٧٧ ) مدنى وهذا ما ليس له حضور في واقعة الدعوى المميز حكمها وحيث إن المدعى عليه اضافة لوظيفته نفذ التزاماته وفقاً للعقد المبرم ولماكان العقد شريعة المتعاقدين لذا يكون الحكم المميز بقضائه برد الدعوى حكماً متفقاً مع احكام القانون فقرر تصديقه ورد الأعتراضات التميزية وتحميل المميز رسم التمييز وصدر القرار بالأتفاق في ٢٠٠٦/١١/٢٨) القرار ذي الرقم ١٩٧ / هيئة مدنية / الصادر في ٢٨ / ١١ / ٢٠٠٦، منشور على قاعدة التشريعات والقضاء العراقية متاح على الرابط الألكتروني : https:// z-1-cdn.fbsbx. com.

تاريخ الزيارة في ٢٠١٧ / ٢٠١٧

 $<sup>^{2}</sup>$  - د. قدري عبد الفتاح الشهاوي، مرجع سابق، ص  $^{7}$  ۲ وما يليها

لم يكن مقصرا، بل ليس من الضروري إن يكون هناك تعديل في التصميم اصلا ويكفي إن يتسبب رب العمل بفعله في زيادة التكاليف كأن يتأخر في الحصول على رخصة البناء فينجم عن ذلك تعطيل للعمل فيسوغ للمقاول طلب زيادة الأجر (') وهذا ما نميل اليه إذ ليس من العدل إن يتحمل المقاول تبعة التأخر الراجعة لرب العمل.

أو إن يكون التعديل في التصميم أو الأضافة التي تسببت في التعديل ناجمة عن خطأ مهندس دائرة التسجيل العقاري في تثبيت حدود القطعة المسلمة للمقاول للبناء عليها مما اضطر الأخير لهدم البناء بعد اكتشاف الخطأ الذي وقع فيه واعادة البناء من جديد، فيرجع المقاول على رب العمل بالزيادة في الأجر، ويرجع رب العمل على دائرة المهندس الذي تسبب خطأه في زيادة التكاليف تأصيلا على مسؤولية المتبوع عن اعمال تابعيه التي نصت عليها القوانين المدنية ( $^{7}$ )، وهو نفسه ما قضت به محكمة التمييز الأتحادية في العراق ( $^{7}$ ) في حين نجد إن

\_\_\_\_\_

 $<sup>^{1}</sup>$  – د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء السابع، العقود الواردة على العمل، مرجع سابق، ص $^{1}$  – د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء السابع، العقود الواردة على العمل، مرجع سابق، ص

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> – نصت المادة (۲۱۹ / ۱) من القانون المدني العراقي على أنه ( الحكومة والبلديات والمؤسسات الأخرى التي تقوم بخدمة عامة وكل شخص يستغل احدى المؤسسات الصناعية أو التجارية مسؤولون عن الضرر الذي يحدثه مستخدموهم، اذا كان الضرر ناشئاً عن تعد وقع منهم اثناء قيامهم بخدماتهم ) و (۲/۱۷) من القانون المدني المصري التي نصت على أنه ( يكون المتبوع مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعا منه في حال تأدية وظيفته أو بسببها) والمادة (۲۲۷) من قانون الموجبات والعقود اللبناني ( إن السيد والولي مسؤولان عن ضرر الأعمال غير المباحة التي يأتيها الخادم أو المولى في أثناء العمل، أو بسبب العمل الذي استخدماهما فيه وإن كانا غير حرين في إختيارهما، بشرط إن يكون لهما سلطة فعلية عليهما في المراقبة والإدارة وتلك النبعة تلحق الأشخاص المعنويين كما تلحق الأشخاص الحقيقيين )، ونصت المادة (۲۸۸) من القانون المدني الأردني : ( ۱ – لا يسأل أحد عن فعل غيره، ومع ذلك فللمحكمة بناءً على طلب المضرور إذا رأت مبرراً إن تلزم بأداء الضمان المحكوم به على من أوقع الضرر: أ . من وجبت عليه قانوناً أو اتفاقاً رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة بسبب قصره أو العناية . ب . من كانت له على من وقع منه الأضرار سلطة فعلية في رقابته وتوجيهيه ولو لم يكن حراً في اختياره إذا كان الفعل العناية . ب . من كانت له على من وقع منه الأضرار سلطة فعلية في رقابته وتوجيهيه ولو لم يكن حراً في اختياره إذا كان الفعل الطار قد صدر من التابع في حال تأدية وظيفته أو بسببها )، ونصت المادة (۲۲۲) من القانون المدني الفرنسي حسب تعديله الأخير في ۱۰ / شباط / ۲۰۱۲ والتي كانت تحمل الرقم ( ۱۳۸۶) قبل التعديل على أنه ( لا يكون الشخص مسؤولا عن الطرر الذي سببه تصرفه الخاص وحسب انما يسأل ايضا عن الأضرار التي سببها الأشخاص النابعين له أو الأشياء التي هي في علي المؤده الخاص وحسب انما يسأل ايضا عن الأضرار التي سببها الأشخاص النابعين له أو الأشياء التي هي في

قضت محكمة التمييز الأتحادية العراقية في قرار لها ( اذا أخطأ مهندس الطابو في تثبيت قطعة الأرض بحيث اعطاها لغير مالكها وأنشأ عليها بناء فأستحصل مالك الأرض حكما بقلعه وتم قلعه فأن الأضرار التي لحقت بمالك

محكمة النقض الفرنسية تذهب على العكس إذ لا ترى جواز تعديل أجر المقاول نتيجة الغلط في الحسابات، إذ جاء في قرار لها (لا يجوز للقضاة إن يعتمدوا وجود غلط في الحساب الوارد في الكشف كأساس في تحديد كلفة الأشغال للوصول إلى الحكم على صاحب العمل بأن يدفع للمقاول مبلغا يفوق المبلغ المحدد جزافا)( $^{'}$ )، وهو ما يستفاد من نص المادة  $^{(7)}$ ) من القانون المدني العراقي( $^{(7)}$ ) وما قضت به محكمة النقض الفرنسية من إن عدم (اعتبار غلط واقع في التصاميم الموضوعة من المهندسين المعماريين ) مسوغا لتعديل أجر المقاول.  $^{(7)}$ )

هذا ويجوز تعديل الأجر المحدد جزافاً على أساس تصميم معين اذا ما أذن رب العمل للمقاول بذلك، اي بأجراء تعديل أو اضافة على التصميم المتفق عليه واذا ما ترتب على هذا التعديل أو الأضافة زيادة في المصروفات كان للمقاول الحصول على المقابل من رب العمل  $(^{\circ})$  وهذا ما طبقته محكمة التمييز الأتحادية في العراق  $(^{\circ})$  ومحكمة النقض الفرنسية في عدة مناسبات  $(^{\circ})$  ثالثاً — إن يتفق رب العمل والمقاول على تعديل الأجر كتابة

إن شرط الكتابة في تعديل الأجر المحدد جزافاً وفق تصميم معين يجد حيز تطبيقه فيما اذا كان العقد الأصلى قد ابرم كتابة ايضا، إما اذا كان عقد المقاولة قد ابرم شفاها فلا موجب

المنشآت من جراء هذا القلع يلزم بتعويضها المهندس ومدير الطابو اضافة لوضيفتهما على وجه التضامن ..)، القرار ذو الوقم ٩٣٠ / حقوقية / ٩٣ / الصادر بتاريخ ١٠ / ١٩ / ٩٩٣ ، محكمة تمييز العراق، المجلد الأول، ص ٤٥ - ٤٦

1 - Cass Civ 3 ere Ch 25 Octobre 1972 D 1972 495

 $^{4}$  – د. جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية المسماة، مرجع سابق، ص  $^{4}$ 

 $<sup>^2</sup>$  – نصت المادة (  $^1$  ۲۰) من القانون المدني العراقي على أنه ( لا يؤثر في نفاذ العقد مجرد الغلط في الحساب ولا الغلط المادي وانما يجب تصحيح هذا الغلط )

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> - Cass<sup>c</sup> Civ<sup>c</sup> 3 ere Ch<sup>c</sup> 18 Mars<sup>c</sup> 1974<sup>c</sup> D 1974<sup>c</sup> 436

أ- جاء في قرار لمحكمة التمييز الأتحادية (على المحكمة تكليف المقاول بأن يثبت ببينة تحريرية طلب رب العمل منه احداث اضافات على تصميم البناء المتفق عليه بموجب عقد المقاولة ليستحق عنه الأجرة التي يطالب بها )،للتفصيل ١٥١ ينظر القرار المرقم ٥٤٥ / م ٢ / بتاريخ ٢ / ١٢ / ١٩٧٣ ، النشرة القضائية،العدد الرابع، السنة الرابعة، ص ١٥١ ينظر القرار المرقم ٥٤٥ / م ٢ / بتاريخ ٢ / ١٢ / ١٩٧٣ ، النشرة القضائية،العدد الرابع، السنة الرابعة، ص ١٥١ كا Voir : Cass، Civ، 3 ere Ch، 24 Octobre، 1990، D 1990، 257، Cass، Civ، 3 ere Ch، 3 Novembre، 1980، D 1980، 373

لصدور الأذن بشكل كتابي وهو ما نص عليه القانونيين المدنيين العراقي والمصري() كما وان هذه الكتابة هي للأثبات وهذا ما قضت به محكمة التمييز الأتحادية في العراق() إما قانون الموجبات والعقود اللبناني والمدني الأردني فقد اشترطا الموافقة على اجراء التعديلات على التصميم بدون إن يشترطا شكلا معينا() ونجد إن القانون المدني الفرنسي اشترط الأجازة الخطية في المادة (۱۷۹۳) إذ نصت المادة (عندما يتعهد مهندس معماري أو مقاول بتشييد بناء لقاء مبلغ مقطوع وفق تصميم مقرر ومتفق عليه مع مالك الأرض، لا يجوز له إن يطالب بأية زيادة في الثمن سواء بحجة زيادة اليد العاملة أو المواد ام بحجة التغييرات أو الزيادات التي اجريت على التصميم إن لم تكن هذه التغييرات والزيادات قد اجيزت خطيا وان لم يتم الأتفاق على الثمن مع المالك)، ويفهم إن اشتراط الكتابة لا مناص منه حتى وان ابرم عقد المقاولة شفاها، وهذا ما اكدته محكمة النقض الفرنسية في قرار لها جاء فيه (لا يمكن إن تعتمد

 $<sup>^{1}</sup>$  – جاء في المادة (  $^{0}$  ) من القانون المدني العراقي ( اذا ابرم العقد بأجرة حددت جزافا على أساس تصميم اتفق عليه مع رب العمل، فليس للمقاول إن يطالب بأية زيادة في الأجرة حتى لو حدث في هذا التصميم تعديل أو اضافة، إلا إن يكون ذلك راجعا إلى خطأ رب العمل أو يكون مأذونا له منه وقد اتفق مع المقاول على اجرته ويجب إن يحصل هذا الأتفاق كتابة إلا اذا كان العقد الأصلي ذاته قد اتفق عليه مشافهة ) وتقابلها المادة ( $^{0}$  ) من القانون المدني المصري الأتفاق كتابة إلا اذا كان العمل المقاول المطالبة  $^{0}$  – جاء في قرار لمحكمة التمييزالاتحادية في العراق – محكمة تمييز العراق سابقا – بانه " ليس للمقاول المطالبة بأجرة الزيادة الحاصلة في العمل الذي حددت اجرته جزافا إلا اذا حصلت الزيادة نتيجة خطأ رب العمل أو بأذنه وقد اتفق مع المقاول على اجرته على إن يجعل هذا الأتفاق كتابة " ينظر القرار ذي الرقم  $^{0}$  /  $^{0}$  /  $^{0}$  الصادر في  $^{0}$  /  $^{0}$  النشرة القضائية، العدد الأول، ص  $^{0}$  /  $^{0}$ 

<sup>&</sup>lt;sup>8</sup> – نصت المادة ( ٣٧٥ ) من قانون الموجبات والعقود اللبناني على إن ( من يقوم بعمل مقابل بدل معين بناء على رسم أو تقويم وضعه بنفسه أو وافق عليه، لا يجوز له إن يطلب زيادة على البدل بحجة إن النفقات تجاوزت المبلغ المقدر في الرسم أو في التقويم إلا اذا كان صاحب الأمر هو الذي سمح له صراحة بتجاوز المبلغ، أو كان هناك نص على العكس.)، ونصت المادة ( ٧٩٥) من القانون المدني الأردني على أنه ( ١ : – إذا وقع عقد المقاولة بموجب تصميم متفق عليه لقاء بدل إجمالي فليس للمقاول إن يطالب بأية زيادة في الأجر يقتضيها تنفيذ هذا التصميم. ٢ – وإذا حدث في التصميم تعديل أو إضافة برضى صاحب العمل يراعى الأتفاق الجاري مع المقاول بشأن هذا التعديل أو الأضافة )

الموافقة الشفوية لصاحب العمل على التعديلات التي اجريت على التصميم للحكم عليه بأن يدفع للمقاول مبلغا يفوق المبلغ المتفق عليه). (١)

ونقترح على المشرع العراقي إن يشترط الكتابة في أتفاق التعديل حتى وان كان عقد المقاولة قد ابرم شفاها وذلك قطعا للمنازعات التي من الممكن إن تحدث، ويكون وجه التعديل بحذف العبارة الأخيرة من المادة (٨٧٧) والتي مؤداها :(إلا اذا كان العقد الأصلي ذاته قد اتفق عليه مشافهة) والابقاء على صدر المادة المذكورة فقط.

# رابعاً — إن يكون العقد مبرما بين رب العمل والمقاول الأصلي

إن بعض الفقه القانوني(<sup>۲</sup>) يذهب إلى أن تعديل الأجر المحدد جزافاً على أساس تصميم معين مشروط في كون عقد المقاولة قد ابرم بين رب العمل والمقاول الأصلي، إما لو حدث وان ابرم العقد بين مقاول اصلي ومقاول من الباطن فلا تسري بينهما، فلا محل لتعديل الأجر الجزافي، ولم تنص اي من القوانين المدنية المقارنة على مثل هذا الشرط في حين قضت به محكمة النقض الفرنسية في قرار لها جاء فيه (لا تطبق احكام المادة ١٧٩٣ على اتفاقية مقاولة من الباطن بين مؤسستين)(<sup>٣</sup>) فلو اتفق مقاول اصلي مع مقاول من الباطن على إن يقوم الأخير بعمل على أساس تصميم معين متفق عليه باجر جزافي كان باستطاعة المقاول من الباطن إن يجري تعديلا في التصميم بعد موافقة المقاول الأصلي ولو موافقة ضمنية غير مكتوبة، كما ويجب الأتفاق على مقدار الأجرة الزائدة نتيجة التعديل أو الأضافة الحاصلة على التصميم المتفق عليه.(<sup>1</sup>)

2 - د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء السابع، العقود الواردة على العمل، مرجع سابق، ص١٦٧ . د. محمد لبيب شنب، مصدر سابق، ص١٦٧ وما يليها

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> - Cass . Civ . 1<sup>ere</sup>Ch<sup>c</sup> 17 Octobre<sup>c</sup> 1966<sup>c</sup> D 1967<sup>c</sup> P 29 .Cass . Civ . 1<sup>ere</sup>Ch<sup>c</sup> 17 Octobre<sup>c</sup> 1966<sup>c</sup> D 1967<sup>c</sup> P 29 .Et Voir : Cass<sup>c</sup> Civ<sup>c</sup> 3 <sup>ere</sup> Ch<sup>c</sup> 24 Janvier<sup>c</sup> 1990<sup>c</sup> D 1990<sup>c</sup> p 257 . Cass . Civ . 1<sup>ere</sup>Ch<sup>c</sup> 27 septambre<sup>c</sup> 2006<sup>c</sup> D 2006<sup>c</sup> 2416

<sup>3 –</sup> قرار محكمة النقض الفرنسية، الغرفة المدنية الثالثة، في 10 شباط / فبراير / ١٩٨٣، نقلا عن القانون المدني الفرنسي باللغة العربية، طبعة دالوز لسنة ٢٠٠٩، ص ١٧٧٣

 $<sup>^{4}</sup>$  - د. محمد لبیب شنب، مصدر سابق، ص ۱۹۷ وما یلیها

اما عن موقف الفقه الأسلامي من تعديل الأجر الجزافي على أساس تصميم معين في عقد المقاولة فالحكم ليس واحداً عند الفقهاء المسلمين فهناك من لا يجوز التعامل بالجزاف وهناك من يقره، إذ ذهب بعض فقهاء الأمامية إلى القول بشرط المعلومية في عقد المقاولة فلا يجوز التعامل بما يكال أو يوزن أو يعد جزافا ولو كان مشاهدا كالصبرة ولا بمكيال مجهول (') ويكون حكم الجزاف الرد اي يرده المقاول لصاحب العمل (') وذلك تأسيساً على عقد البيع لان ما يصح بيعه تصح اجارته عند عموم مذاهب المسلمين، وبما إن المقاولة هي اجارة عمل، لذا فيكون تحديد الأجر جزافا باطلا، وللمقاول أجر المثل نظير ما يقوم به من اعمال لرب العمل (') ونجد بعض المالكية من يرى جواز التعامل به واصحاب الرأي هذا مع لزوم عقد المقاولة عندهم بانعقاده صحيحا لا يجوزون تعديله إلا بالأتفاق بين طرفيه لأصالة اللزوم في

 $^{1}$  – نجم الدين جعفر بن الحسن الحلي المعروف بالمحقق الحلي، شرائع الأسلام في مسائل الحلال والحرام، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص  $^{7}$ 

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> – نجم الدين جعفر بن الحسن الحلي المعروف بالمحقق الحلي، المختصر النافع في فقه الأمامية، كتاب التجارة، الطبعة الثالثة، دار الأضواء، بيروت، لبنان، ١٤٠٥ هـ، ١٩٨٥ م، ص ١٤٣

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> – ينظر من الأمامية: نجم الدين جعفر بن الحسن الحلي المعروف بالمحقق الحلي، المختصر النافع في فقه الأمامية، كتاب التجارة، مرجع سابق، ص ١٩٧٧ . زين الدين الجبعي العاملي، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، الجزء الرابع، مصدر سابق، ص ٣٣٣ . ومن الشافعية: ابو عبد الله محمد بن ادريس الشافعي المطلبي القرشي، الأم، مرجع سابق، ص ٤٩٥ . عبد الحميد الشرواني واحمد بن قاسم العبادي، حواشي تحفة المحتاج بشرح المنهاج لشهاب الدين احمد بن حجر الهيتمي الشافعي،، الجزء السادس، بدون طبعة أو دار نشر، مطبعة مصطفى محمد، مصر، ص ١٥٣ وما يليها . ومن الحنابلة: محي الدين يوسف بن جمال الدين ابي الفرج عبد الرحمن بن علي المعروف بابن الجوزي الحنبلي، المذهب الأحمد في مذهب الأمام احمد، دون ذكر طبعة، مطبعة "ق "، بومباي، الهند، ١٣٧٨ هـ، ١٩٥٩ م. ص ٢١٧ - ٢٧ . موفق الدين ابي محمد عبد الله بن احمد بن محمود بن قدامة المقدسي الحنبلي، المقنع في فقه الأمام احمد بن حنبل الشيباني، تحقيق محمود الأرناؤوط وياسين محمود الخطيب، الطبعة الأولى، مكتبة السوادي للتوزيع، جدة – المملكة العربية السعودية، ٢١١١ هـ - ٢٠٠٠، ص ٢٠٢ . ومن الأحناف: ابي بكر الرازي الجصاص، شرح مختصر الطحاوي، المجلد الثالث، الطبعة الأولى، شركة دار البشائر الأسلامية للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ١٩٤١ هـ – ٢٠١٠ م، ص ٢٠٤ م، ص ٢٠٤ هـ، البدر النموي القادري القرطبي المالكية : ابو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النموي القرطبي المالكي، المجلد الثاني، كتاب اليوع، مرجع سابق، ص ٢٠٤ ومن المالكية : ابو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النموي القرطبي المالكي، المجلد الثاني، كتاب اليوع، مرجع سابق، ص ١٩٥٧ و ٢٠ ومن المالكية المالكي، المجلد الثاني، كتاب اليوع، مرجع سابق، ص ١٩٧٠ و ١٠٠٠

العقد(') كما لا مجال للحديث عن تعديل الأجر الجزافي ما دام يعد باطلا بالأساس بالنسبة لجمهور المسلمين.

# المبحث الثالث: تعديل أجر المهندس المعماري

إن مقاولات البناء تفترض وجود مهندس معماري يعمل إلى جانب المقاول في اعداد تصاميم البناء ورسوماته — اذا لم يكن المقاول ذاته مهندساً — وذلك لما تستوجبه عمليات التشييد والبناء من دقة وما تتسم به من تعقيد، ومن الثابت إن المهندس المعماري يتقاضى اجرا نظير العمل والجهد المبذولين منه جنب إلى جنب مع المقاول، وان هذا الأجر قد يكون محل أتفاق مسبق وقد لا يكون كذلك، وقد تطرأ بعض الحالات التي تستدعي التعديل في الأجر المتفق عليه والواجب دفعه للمهندس، ولكن من هو المهندس المعماري؟ وما هي ضوابط تعديل اجره في عقد المقاولة؟ سنبين ذلك من خلال تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين نتناول في الفرع الأول مفهوم المهندس المعماري وفي الثاني ضوابط تعديل أجر المهندس المعماري.

إن المهندس المعماري هو (الفنان الذي يعهد أليه بوضع التصميم والنماذج لإقامة المنشآت)  $\binom{7}{}$  كما عرف ايضا بأنه" الشخص الذي يملك مهارة ومعرفة تؤهله في الأبتكار والتصميم والتخطيط والاشراف والتنظيم على المباني والمنشآت الأخرى بشكل ينم عن المهارة والتصميم الجيد " $\binom{7}{}$  ولم تعرف القوانين المدنية المقارنة المهندس المعماري، بينما نجد إن شروط المقاولة لأعمال الهندسة المدنية العراقية لعام ١٩٨٧ المعدلة قد عرفت كل من المهندس وممثل المهندس على وجه العموم، إذ جاء في (المادة الأولى/ ١ / د: "المهندس": يقصد به كل شخص أو الأشخاص أو المؤسسة أو الشركة المسمى في القسم الثاني من شروط

 $^2$  – د. اياد عبد الجبار ملوكي، مسؤولية المقاول والمهندس المعماري بعد اكمال العمل وتسليمه (الضمان العشري) الطبعة الأولى، مكتبة السنهوري، بغداد،  $^1$  ،  $^1$  ،  $^2$  ،  $^2$ 

 $<sup>^{1}</sup>$  – ابو الوليد محمد بن احمد بن رشد القرطبي المالكي، المقدمات الممهدات لبيان ما اقتضته رسوم المدونة من الأحكام الشرعيات والتحصيلات المحكمات لأمهات مسائلها المشكلات، الجزء الثاني، كتاب الجعل والاجارة، مرجع سابق، ص $^{1}$  177 وما بعدها

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> - Keating Donald: Building Contracts Fourth Edition London Sweet and Maxwell 1978 Page 196

المقاولة أو من يعينه صاحب العمل من وقت  $\tilde{V}$  ليمارس سلطات المهندس في المقاولة الذي يجب ابلاغ اسمه تحريريا إلى المقاول) بينما عرفت ممثل المهندس في نفس المادة في الفقرة (1 / هـ "ممثل المهندس": ويقصد به اي مهندس مقيم أو مساعد المهندس يعين من وقت إلى آخر من قبل صاحب العمل أو المهندس لإداء الواجبات المنصوص عليها في المقاولة الذي يجب ابلاغ صلاحياته تحريريا إلى المقاول من قبل المهندس)، كما عرفت لائحة مزاولة مهنة الهندسة المعمارية في مصر لسنة ۱۹۷۷ المهندس المعماري في المادة الأولى الفقرة (ب) منها بانه ( الشخص المتميز بقدرته على التخطيط والتصميم المعماري والتطبيق الأبتكاري وله المام تام بفن وعلوم البناء حسب ظروف البيئة ومقتضياتها ويسهم في التعمير والتشييد في نطاق التخطيط العام ويتمتع بالحماية القانونية التي تتطلبها مهنته ويشترط إن يكون حائزا على بكالوريوس في الهندسة المعمارية أو ما يعادلها من المؤهلات الهندسية الأخرى المعترف بها بقانون نقابة المهندسين).

ويرى بعض الفقه القانوني وجوب إن يكون المهندس المعماري حاصل على شهادة علمية في الهندسة المعمارية وان يكون عضوا في نقابة المهندسين كون عمل المهندس المعماري هو عمل ذهني خالص سواء فيما يتعلق بوضع التصميم أو بالأدارة أو الأشراف على التنفيذ( $^{\prime}$ )، ونرى صحة هذا الرأي اذا ما جمعنا بين المواد ( $^{\prime}$   $^{\prime}$   $^{\prime}$   $^{\prime}$   $^{\prime}$   $^{\prime}$   $^{\prime}$  والمواد ( $^{\prime}$   $^{\prime}$   $^{\prime}$   $^{\prime}$   $^{\prime}$   $^{\prime}$  والتي حصرت المهندس في عقد والمواد ( $^{\prime}$   $^{\prime}$   $^{\prime}$   $^{\prime}$   $^{\prime}$  والتي حصرت المهندس في عقد

.

 $<sup>^{1}</sup>$  – c. محمد ناجي ياقوت، مسؤولية المعماريين بعد اتمام الأعمال وتسليمها مقبولة من رب العمل، منشأة المعارف، الأسكندرية، بلا سنة نشر، ص  $^{8}$  . c. عادل عزت السنجقلي، عقود الأستشارات الهندسية، دون ذكر طبعة، مركز البحوث القانونية، بغداد،  $^{9}$  ، ص  $^{9}$ 

<sup>2</sup> – نصت المادة (  $\Lambda$  ۷۰ ) من القانون المدني العراقي على أنه ( يضمن المهندس المعماري والمقاول ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي أو جزئي فيما شيده من مبانٍ أو اقاموه من منشآت ثابتة اخرى .. ) كما نصت المادة ( $\Lambda$  ۷۱ ) على إن ه (  $\Lambda$  – اذا اقتصر المهندس المعماري على وضع التصميم دون إن يكلف بالرقابة على التنفيذ، يكون مسؤولا عن العيوب التي اتت من التصميم ....  $\Lambda$  – واذا ما كان كل من المهندس المعماري والمقاول مسؤولا عما وقع في العمل من عيب كانا متضامنين في المسؤولية ) و نصت المادة ( $\Lambda$   $\Lambda$  ) بأنه ( يسقط عن المهندس المعماري والمقاول الضمان المقرر في المادتين السابقتين اذا تبين من الظروف التي انكشفت فيها عيوب البناء إن هذه العيوب انما نشأت عن اسباب لم تكن متوقعة وقت اقامة البناء ))

المقاولة بالمهندس المعماري، بدلالة المادة ((17) ج) من قانون نقابة المهندسين العراقيين رقم 10 لسنة 19٧٩ والمادة ((7)) من قانون نقابة المهندسين المصرية رقم (7) لسنة 19٧٤ والمادة ((7)) اللتين اشترطتا في المهندس إن يكون حاصلا على شهادة اولية في فرع من فروع الهندسة، فبالجمع بين النصوص نرى وجوب إن يكون المهندس المعماري حاصلا على شهادة اولية في فرع الهندسة المعمارية إذ تعد نصوص قوانين نقابة المهندسين نصوص خاصة بالنسبة للنصوص المدنية التي جاءت مطلقة لم تشترط الشهادة العلمية في المهندس المعماري فالخاص يقيد العام ومن ثم ينبغي إن يكون المهندس المعماري حاصلا على شهادة البكالوريوس فو ما يعادلها في فرع الهندسة المعمارية، ونجد قانون الموجبات والعقود اللبناني قد استعمل اسم (المهندس ومهندس البناء) واورد القانون المدنى الأردنى مصطلح (المهندس)((7)) ومن ثم

كما نصت المادة ٢٥١ من القانون المدني المصري على إن (١- يضمن المهندس المعماري والمقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلى أو جزئى فيما شيدوه من مبان أو أقاموه من منشآت ثابتة أخرى ... ) كما

نصت المادة ٢٥٢ على أنه (إذا أقتصر المهندس المعماري على وضع التصميمات دون إن يكلف الرقابة على التنفيذ، لم يكن مسئولا إلا عن العيوب التي أتت من التصميم ). إما المواد التي تخص أجر المهندس المعماري فسنبينها في الفرع الثاني من هذ المطلب تلافيا للتكرار

 $^{1}$  – نصت المادة (  $^{1}$  ) من قانون نقابة المهندسين العراقيين رقم  $^{1}$  0 لسنة  $^{1}$  1 على أنه ( يشترط في المهندس إن يكون :  $^{1}$   $^{$ 

2 – جاء في المادة ( ٦٦٨) من قانون الموجبات والعقود اللبناني : ( إن المهندس أو مهندس البناء أو المقاول الذين يستخدمهم صاحب الأمر مباشرة يكونون مسؤولين في مدة السنوات الخمس التي تلي اتمام البناء أو المنشأ الأخر الذي اداروا اعماله أو قاموا بها اذا تهدم ذلك البناء أو المنشأ كله أو بعضه أو تداعى بوجه واضح للسقوط من جراء نقص في اللوازم أو عيب في البناء أو في الأرض.

واذا كان مهندس البناء لم يدر الأعمال، فلا يكون مسؤولا إلا عن العيب الذي يظهر في الرسم الهندسي الذي وضعه.)) وهنا نجد إن المشرع اللبناني استعمل المصطلحين المهندس ومهندس البناء، في حين نصت المادة (٧٨٨) من القانون المدني الأردني على إن (١: -إذا كان عقد المقاولة قائماً على تقبل بناء يضع المهندس تصميمه على إن ينفذه المقاول تحت إشرافه كانا متضامنين في التعويض لصاحب العمل عما يحدث فيه خلال عشر سنوات من تهدم كلي أو جزئي فيما شيداه من مباني أو أقاماه من منشآت . وعن كل عيب يهدد متانة البناء وسلامته إذا لم يتضمن العقد مدة أطول.) إما

اذا ما باشر العمل المعهود به للمهندس المعماري مهندس آخر فأنه يعامل معاملة المهندس المعماري.

اما بخصوص جواز إن يتولى مهام المهندس شخص غير حاصل على شهادة في الهندسة ومعاملته معاملة المهندس نراه امرا غير ممكن مع اشتراط قوانين نقابة المهندسين الحصول على شهادة اولية في فرع من فروع الهندسة (')' ومن ثم لا تسري النصوص المتعلقة بالمعماري على من يقوم بمهمته من الأشخاص الأخرين الذين لا تتوافر فيهم المؤهلات المطلوبة بالمهندس المعماري، وعلى الرغم من إن القانونين المدنيين المصري والعراقي استعملا (لفظ المعماري) إلا إن بعض القانونيين يرى إن معنى المهندس المعماري يشمل كل من يقوم بمهمة المهندس المعماري وعدم التقيد حرفيا بالنص. (')

ويعلل بعض الفقه القانوني اقتصار النصين العراقي والمصري على المهندس المعماري والمقاول كون انهما وضعا في فترة كان فيها المهندس المعماري والمقاول هما الشخصين الوحيدين المشتغلين بأعمال التشييد والبناء في عقد المقاولة، إما اليوم فأدى التطور في مهنة البناء إلى ظهور طائفة من الأشخاص الأخرين يمارسون نشاطا مهنيا من الطبيعة ذاتها لنشاط المهندس

\_

المادة (٧٨٩) فنصت على أنه (إذا اقتصر عمل المهندس على وضع التصميم دون الأشراف على التنفيذكان مسؤولاً فقط عن عيوب التصميم وإذا عمل المقاول بإشراف مهندس أو بإشراف صاحب العمل الذي أقام نفسه مقام المهندس فلا يكون مسؤولاً إلا عن العيوب التي تقع في التنفيذ دون عيوب التصميم .) إما المادة (٧٩٠) فنصت على أنه (يقع باطلاً كل شرط يقصد به إعفاء المقاول أو المهندس من الضمان أو الحد منه )

 $^2$  – د. احمد عبد العال ابو قرين، الأحكام العامة لعقد المقاولة مع دراسة تطبيقية لمقاولات المنشآت المعمارية في ضوء الفقه احكام القضاء مع التعليق على شروط عقد مقاولات الهندسة المدنية الصادر عن الأتحاد الدولي للمهندسين الأستشاريين FIDIC، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر،  $7 \cdot 1 - 7 - 7 \cdot 0$ ، ص  $1 \cdot 1$ . صفاء مكي حمزة، ضمان كفاءة الأداء – دراسة مقارنة –، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بابل،  $7 \cdot 1 \cdot 7 \cdot 7 \cdot 0$  وما يليها

 $<sup>^{1}</sup>$  – تنظر المادة (  $^{1}$  / ج ) من قانون نقابة المهندسين العراقيين رقم  $^{1}$  0 لسنة  $^{1}$  1 والمادة ( $^{1}$  / أ) من قانون نقابة المهندسين المصرية رقم  $^{1}$  7 لسنة  $^{1}$  1 والمادة ( $^{1}$  / أ) من قانون نقابة المهندسين الأردنيين لسنة  $^{1}$  1 والمادة ( $^{1}$  / أ) من قانون تنظيم مهنة نصت أنه ( يعتبر مهندساكل من حصل على الشهادة الجامعية الأولى في الهندسة.) والمادة ( $^{1}$  1) من قانون تنظيم مهنة الهندسة اللبناني رقم  $^{1}$  7 لسنة  $^{1}$  1 التي نصت على أنه ( يشترط في المهندس اللبناني:  $^{1}$  – المتخرج من لبنان :  $^{1}$  – إن يكون حائز على شهادة في الهندسة من جامعة أو معهد معترف بشهادته من الحكومة اللبنانية..) من خارج لبنان : إن يكون حائزا على شهادة في الهندسة من جامعة أو معهد معترف بشهادته من الحكومة اللبنانية..)  $^{2}$  – د. احمد عبد العال ابو قرين، الأحكام العامة لعقد المقاولة مع دراسة تطبيقية لمقاولات المنشآت المعمارية في المنترف بالمتراك المتراك المترا

المعماري بحيث اصبح من الضروري إن يمتد مفهوم المهندس المعماري ليشملهم (')، وهذا ما نؤيده ونرى إن على المشرع إن يعيد النظر في نصوص القانون المدني المتعلقة بالمهندس المعماري بما ينسجم وواقع الحال وذلك بالأقتصار على لفظ (المهندس) وحذف لفظ المعماري من النصوص لكثرة تدخل مهندسي الكهرباء والمهندسين المدنيين وغيرهم في عمليات البناء.

وذهب بعض الفقه المصري( $^{\prime}$ ) إلى ضرورة تبني القضاء لفظ المهندس المعماري الوارد في المادة ( $^{\prime}$ 0) بمعناه الواسع ليشمل كل المهندسين المشاركين في عملية البناء، وذلك لأمرين اولهما إن المشرع قد اغفل لفظ المعماري واكتفى بلفظ المهندس عند اصدار قانون توجيه وتنظيم اعمال البناء المصري رقم  $^{\prime}$ 1 الصادر عام  $^{\prime}$ 1 ( $^{\prime}$ 1) إذ تكلم عن مهندس نقابي متخصص في المادة ( $^{\prime}$ 1) منه وبذلك يكون قد شمل كل المهندسين المشاركين في عملية البناء، والثاني إن لفظ المهندس المعماري يعد ترجمة حرفية للكلمة الفرنسية البناء، والثاني أن لفظ المهندس المعماري يعد ترجمة حرفية للكلمة الفرنسية (architecte) وهي تعني طبقا لتعريف قانون الواجبات المهنية بفرنسا المهني الذي يعهد اليه بوضع التصميم والرسوم والنماذج وصيانتها وتزيينها والاشراف على حسن تنفيذها.

ونجد إن القانون المدني الفرنسي قد اخذ بالأتجاه الموسع في مد النطاق الشخصي للضامنين ضمانا خاصا للمباني والمنشآت ومعاملة العديد من الأشخاص معاملة المهندس المعماري ما داموا يقومون بنفس الأعمال إذ نصت المادة  $(1 \ 1 \ 1 \ 1)$  على (إن كل شخص حقيقي أو اعتباري يمكن ترتيب مسؤوليته بموجب المواد  $(1 \ 1 \ 1)$  إلى  $(1 \ 1 \ 1)$  الحاضر، يعفى من المسؤوليات والضمانات الواقعة عليه، تطبيقا للمواد  $(1 \ 1 \ 1)$  إلى  $(1 \ 1 \ 1)$ 

د. اياد جبار ملوكي، مرجع سابق، ص 10 - 10. ود. ايمان طارق مكي الشكري، نطاق الألتزام بضمان سلامة البناء، بحث منشور في مجلة جامعة بابل للعلوم الأنسانية، المجلد 10 - 10 العدد 10 - 10 منشور في مجلة جامعة بابل للعلوم الأنسانية، المجلد 10 - 10 العدد 10 - 10 وما بعدها

أ- الغي القانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٧٦ في شأن توجيه وتنظيم اعمال البناء المصري فيما عدا المادة ١٣ مكرر،
 وقانون التخطيط العمراني رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٣ بموجب قانون البناء رقم ١١٩ لسنة ٢٠٠

 $<sup>^2</sup>$  – د. محمد شکري سرور، مرجع سابق، ص ۱۹۳

محمد سعيد وجورج سيمون وميشال ساسين، القاموس –عربي – فرنسي، الطبعة الثانية، دار الكتب العلمية، بيروت،
 ٢٠٠٤، ص ٨٦٩

١ - كل مهندس معمار أو مقاول أو فني أو اي شخص آخر مرتبط بصاحب العمل بموجب
 عقد اجارة صناعة ( أو مقاولة ) .

٢ - كل شخص يبيع، بعد انجازه، بناء قام بتشييده .

 $^{\prime\prime}$  – كل شخص ينفذ مهمة شبيهة بمهمة المقاول حتى لو تصرف بصفته وكيلا عن المالك)( $^{\prime\prime}$ ) في حين نصت المادة ( $^{\prime\prime}$  1 × 2) على : (( إن صانع المنشأ أو قسم منه أو عنصر التجهيز والمصمم والمنتج ليلبي شروطا واضحة ومحدودة مسبقا، مسؤول بالتضامن عن الألتزامات التي وضعتها المواد  $^{\prime\prime}$  1 × 1 × 1 × 2 × 2 × 3 على عاتق مؤجر الصناعة الذي اقدم على تنفيذ المنشأ أو قسم منه أو عنصر التجهيز المذكور دون اي تعديل وطبقا للقواعد التي وضعها الصانع . يعتبر بمثابة الصانع لتطبيق هذه المادة (من استورد المنشأ أو قسم منه أو عنصر تجهيز مصنوع في الخارج ، ومن قدمه على أنه من صنعه واورد عليه اسمه أو علامة مصنعه أو اية علامة أخرى مميزة).( $^{\prime\prime}$ )

1 - Article 1792-4-1 En savoir plus sur cet article...Créé par LOI n°2008-561 du 17 juin 2008 - art. 1( Toute personne physique ou morale dont la responsabilité peut être engagée en vertu des articles 1792 à 1792-4 du présent code est déchargée des responsabilités et garanties pesant sur elle en application des articles 1792 à 1792-2 après dix ans à compter de la réception des travaux ou en application de l'article 1792-3 à l'expiration du délai visé à cet article

°\Tout architecte: entrepreneur: technicien ou autre personne liée au maître de l'ouvrage par un contrat de louage d'ouvrage!

Créé par Loi n°78-12 du 4 janvier 1978 - art. 2 JORF 5 janvier 1978 en vigueur le 1er janvier 1979

Le fabricant d'un ouvrage d'une partie d'ouvrage ou d'un élément d'équipement conçu et produit pour satisfaire en état de service à des exigences précises et déterminées à l'avance est solidairement responsable des obligations mises par les articles 1792 1792-2 et 1792-3 à

Article 1792-1 En savoir plus sur cet article Créé par Loi n°78-12 du 4 janvier 1978 - art.
 1 JORF 5 janvier 1978 en vigueur le 1er janvier 1979

Est réputé constructeur de l'ouvrage:

o<sup>o</sup>Toute personne qui vend après achèvement un ouvrage qu'elle a construit ou fait construire!

<sup>3°</sup> Toute personne qui bien qu'agissant en qualité de mandataire du propriétaire de l'ouvrage accomplit une mission assimilable à celle d'un locateur d'ouvrage.)

<sup>3 -</sup> Article 1792-4 En savoir plus sur cet article...

# المطلب الثاني: ضوابط تعديل أجر المهندس المعماري

إن المهندس المعماري يباشر اعمال مادية ( وضع تصميم، عمل رسومات اجراء مقايسات، ادارة الأعمال، الأشراف على التنفيذ المعماري والهندسي ..) وقد يباشر اعمال قانونية مثل عقد الصفقات لحساب رب العمل واقرار حساب المقاول، وما يهمنا هو الأعمال المادية والتي تدخل في نطاق عقد المقاولة، والتي يتقاضى عليها اجرا، وقد بينت القوانين المدنية احكام استحقاق هذا الأجر (') ويتبين من تلك النصوص القانونية عدة امور هي أهمها:

la charge du locateur d'ouvrage qui a mis en oeuvre sans modification et conformément aux règles édictées par le fabricant l'ouvrage la partie d'ouvrage ou élément d'équipement considéré.

Sont assimilés à des fabricants pour l'application du présent article:

Celui qui a importé un ouvrage une partie d'ouvrage ou un élément d'équipement fabriqué à l'étranger! Celui qui l'a présenté comme son oeuvre en faisant figurer sur lui son nom sa marque de fabrique ou tout autre signe distinctif

1 - نصت المادة (٨٨١) من القانون المدني العراقي على إن ( ١ - يستحق المهندس المعماري اجرا مستقلا عن وضع التصميم وعمل المقايسة واخر عن ادارة الأعمال، فأذا لم يحدد العقد هذه الأجور وجب تقديرها وفقا للعرف المجاري . ٢ - غير أنه اذا لم يتم العمل بمقتضى التصميم الذي وضعه المهندس وجب تقدير الأجرة بحسب الزمن الذي وضع التصميم، مع مراعات طبيعة العمل ). كما نصت المادة (٢٠٠٠) من القانون المدني المصري على أنه : (١٠ - يستحق المهندس المعماري أجراً مستقلا عن وضع التصميم وعمل المقايسة وأخر عن إدارة الأعمال .٢ - فإن لم يحدد العقد هذه الأجور وجب تقديرها وفقاً للعرف الجاري. ٣ - غير أنه إذا لم يتم العمل بمقتضى التصميم الذي وضعه المهندس، وجب تقدير الأجر بحسب الزمن الذي استغرقه وضع التصميم مع مراعاة طبيعة هذا العمل .)) وضعه المهندس، وجب تقدير الأجر بحسب الزمن الذي استغرقه وضع التصميم مع مراعاة طبيعة هذا العمل .)) والإشراف على تنفيذه على الأجر استحق أجر المثل طبقاً لما جرى عليه العرف. ٢ - فإذا طرأ ما يحول دون إتمام والإشراف على تنفيذه على الأجر استحق أجر مثل ما قام به )، ونصت المادة (٣٩٧) من القانون المدني أو مقاول بتشييد بناء لقاء مبلغ مقطوع وفق تصميم مقرر ومتفق عليه الفرنسي على أنه (عدما يتعهد مهندس معماري أو مقاول بتشييد بناء لقاء مبلغ مقطوع وفق تصميم مقرر ومتفق عليه مع مالك الأرض، لا يجوز له إن يطالب بأية زيادة في الثمن سواء بحجة زيادة اليد العاملة أو المواد ام بحجة الغيرات التي اجريت على النحو الأنفاق على أنه را حجاء نصها الفرنسي على النحو الأتى :

Article 1793 En savoir plus sur cet article...Créé par Loi 1804-03-07 promulguée le 17 mars 1804 (( 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 maind'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)).

الامر الأول: أنه ليس من الضروري إن يكون هنالك أتفاق صريح على مقدار أجر المهندس المعماري بل وعلى وجود الأجر في ذاته، فإذا سكت المتعاقدان عن تعيين مقدار الأجر يتكفل القانون بتعيين مقداره ويستخلص من نص الفقرة الأولى من المادة (  $\Lambda\Lambda$  ) من القانون المدني العراقي والمادة ( $\Lambda$  (  $\Lambda$  ) من القانون المدني العراقي والمادة ( $\Lambda$  (  $\Lambda$  ) من القانون المدني الأردني إن تعيين مقدار أجر المهندس المعماري في هذه الحالة يتم وفقا للعرف الجاري .

في حين نجد إن فقهاء مذاهب المسلمين قد اجمعوا على اعطاء أجر المثل في هذه الحالة، اي عند عدم وجود أتفاق على تعيين الأجر المستحق  $\binom{1}{2}$ , ونرى إن على المشرع العراقي إن يعيد صياغة المادة  $\binom{1}{2}$  من القانون المدني على هذا النحو  $\binom{1}{2}$  ستحق المهندس اجرا مستقلا عن وضع التصميم وعمل المقايسة واخر عن ادارة الأعمال، فإذا لم يحدد العقد هذه الأجور فله أجر المثل )، وذلك تفاديا لعدم وجود عرف وتماشيا مع احكام الفقه الأسلامي التي تتسم بالدقة .

الامر الثاني: عدم جواز تعديل أجر المهندس المعماري إلا في احوال استثنائية، وهي تلك التي نص القانون عليها عن طريق انقاصه دون حاجة إلى أتفاق الطرفين على هذا التعديل وذلك في حالة ما اذا لم يتم العمل بمقتضى التصميم الذي وضعه المهندس المعماري حيث يتم تقدير الأجرة بحسب الزمن الذي استغرقه وضع التصميم مع مراعاة طبيعة العمل. (٢)

ويذهب بعض الفقه القانوني إلى أن القواعد العامة التي تقضي بأن المهندس المعماري الذي يضع تصميما متفقا عليه بينه وبين رب العمل يكون له الحق في الأجر المتفق عليه إن كان هناك أتفاق على مقدار الأجر أو في الأجر المقدر وفق العرف الجاري اذا لم يكن هنالك أتفاق

 $^{1}$  – ابي جعفر محمد بن الحسن بن على الطوسي، المبسوط في فقه الأمامية، الجزء الثالث، دون ذكر طبعة، المكتبة المرتضوية لاحياء الأثار الجعفرية، طهران ، دون سنة نشر،  $\omega$  ٢٢٤ . ومحمد بن حسين بن علي الطوري القادري الحنفي، تكملة البحر الرائق شرح كنز الدقائق، الجزء الثامن، دون طبعة أو تاريخ نشر، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان،  $\omega$  ٨ . ومحمد الزهري الغمراوي، السراج الوهاج على متن المنهاج لشرف الدين يحيى النووي، دون طبعة أو

 $^{2}$  – د . طارق کاظم عجیل، الوسیط فی عقد المقاولة، مرجع سابق، ص  $^{2}$ 

تاريخ نشر، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ص ٢٩٤

ولا يستثنى من ذلك إلا صورة ما اذا كان رب العمل قد عدل عن التصميم بسبب خطأ المهندس المعماري، كأن كان التصميم معيبا أو غير منطبق على تعليمات رب العمل أو تأخر المهندس المعماري في تقديمه تأخرا لا مبرر له وضاراً برب العمل فأن المهندس لا يستحق الأجر المحدد بمقتضى المواد ( 100 /

هذا ونستخلص إن المهندس المعماري يستحق مقابلا متناسبا مع ما يؤديه من عمل والذي تنحصر مسؤوليته في ضوئه وهو ما اكدته محكمة التمييز الأتحادية في العراق بقرار حديث لها جاء فيه (اذا اقتصر عمل المهندس المعماري على وضع التصميم دون إن يكلف بالرقابة على التنفيذ ولم يكن هنالك ثمة عيوب قد تضمنها التصميم لذا لا يكون مسؤولاً عن الأضرار التي رافقت التنفيذ). (<sup>۲</sup>)

#### خاتمة

بعد إن انتهينا بتوفيق الله (سبحانه وتعالى) من كتابة البحث الموسوم (التعديل القانوني للأجر في عقد المقاولة - دراسة مقارنة -)، نسطر في هذا المقام ماظهر لنا من استنتاجات ومانطمح الى تحقيقه من مقترحات أو توصيات:-

أولاً - الأستنتاجـات//

إن المشرع العراقي نص في القانون المدني رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل على
 حلات التعديل القانوني للأجر في عقد المقاول وهي حالة تعديل الأجر المحدد بمقتضي

ا محمد کامل میں بیٹ حالقاندن المین المین الم

 $<sup>^{1}</sup>$  – د. محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني الجديد، العقود المسماة، الجزء الرابع، عقد العمل وعقد المقاولة والتزام المرافق العامة، الطبعة الأولى، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، 1907، 0770. د. طارق كاظم عجيل، مرجع سابق، 0770.

 $<sup>^2</sup>$  – قرار محكمة التمييز الأتحادية ذي الرقم ٥٧٨ / الهيئة المدنية / منقول / ٢٠١٣، بتاريخ ١٧ / ٣، ٣، ٢٠١٣، قرار منشور في مجلة التشريع والقضاء، العدد الرابع ( تشرين اول، تشرين ثاني، كانون اول ، السنة الخامسة، ٢٠١٣

مقايسة على أساس سعر الوحدة، أو عنما يحدد جزافاً على أساس تصميم، أو بالنسبة لأجر المهندس المعماري.

(1 - 1) إن المشرع العراقي لم يكن موفقاً في صياغة المادة (1 - 1) ) من القانون المدني العراقي التي عالجت تعديل الأجر المحدد بمقتضى مقايسة على أساس سعر الوحدة بشرط مجاوزة المصروفات الواردة للمقايسة مجاوزة محسوسة إذ انها اغفلت شرط عدم توقع تلك المجاوزة من قبل المقاول كما الزمت المقاول بالأخبار الفوري لرب العمل ولم تشر إلى حالة وجود قوة قاهرة تمنع من ذلك، كذلك الزمت المقاول بيان ما يتوقعه من زيادة لكنها اغفلت حالة ما اذا تبين إن المصروفات تزيد فعليا عما توقعه المقاول .

٣) إن الأبقاء على لفظ (المعماري) في نصوص القانون المدني العراقي في وقت اصبح يتدخل فيه اكثر من مهندس ومن اختصاصات مختلفة كمهندسي الكهرباء والالكترونيات وغيرهم يُعد تقويضاً لنطاق سريان هذه النصوص ومن ثم اقتصار تعديل الأجر على المهندس المعماري دون غيره.

## ثانيا - المقترحات//

1 - نقترح على المشرع العراقي حلاً لإشكالية تغير الأسعار عند تقدير الأجر المحدد بمقتضى مقايسة على أساس سعر الوحدة ايراد نص في القانون المدني على النحو الأتي (للمتعاقدين ربط الأسعار الواردة في المقايسة بأسعار السوق الفعلية أو بما يقدره اهل الخبرة فيما اذا زادت هذه الأسعار الأخيرة أو نقصت بنسبة معينة ).

والخاصة بتعديل الأجر المحدد بمقتضى مقايسة على أساس سعر الوحدة إن تكون الزيادة المحسوسة غير متوقعة، وكذلك عدم تحديده لشكل الاخطار، وعدم معالجته لحكم وجود قوة قاهرة تمنع المقاول من اخطار رب العمل.

٣- نقترح اضافة فقرة لنص المادة (٨٧٩) من القانون المدني لتتضمن الأتي (يكون رب العمل ملزما اتجاه المقاول في حدود الزيادة في المصروفات التي اوردها المقاول في اخطاره وان كانت مختلفة عن قيمة المصروفات الفعلية) وذلك لمعالجة أغفال المشرع العراقي لحالة ما اذا كان هنالك فارق بين قيمة الزيادة في المصروفات التي حددها المقاول في اخطاره لرب العمل وبين قيمتها الفعلية عند تحديد الأجر بمقتضى مقايسة على أساس سعر الوحدة.

٤ - نقترح تعديل نص المادة (٢/٨٧٩) من القانون المدني العراقي التي منحت رب العمل حق التحلل من العقد في حال كانت مجاوزة المصروفات الواردة في المقايسة بشرط اخطار المقاول دون ابطاء، غير إن عبارة (دون ابطاء) ذات مفهوم واسع وغير محدد، على إن يكون نص المادة على النحو الأتي: (فإذا كانت المجاوزة التي يقتضيها تنفيذ التصميم جسيمة، جاز لرب العمل إن يتحلل من العقد، فإذا اراد التحلل وجب إن يبادر به خلال سبعة ايام من تاريخ اخطاره بالزيادة مع تعويض المقاول عن جميع ما انفقه من المصروفات وما انجزه من الأعمال دون ما كان يستطيع كسبه لو أنه اتم العمل).

٥ – تصحيحاً لمسار نص المادة ( ٨٧٧ ) من القانون المدني العراقي التي قالت (اذا ابرم العقد بأجرة حددت جزافا على أساس تصميم اتفق عليه مع رب العمل، فليس للمقاول إن يكون يطالب بأية زيادة في الأجرة حتى لو حدث في هذا التصميم تعديل أو اضافة، إلا إن يكون ذلك راجعا إلى خطأ رب العمل أو يكون مأذونا له منه وقد اتفق مع المقاول على اجرته ويجب إن يحصل هذا الأتفاق كتابة إلا اذا كان العقد الأصلي ذاته قد اتفق عليه مشافهة ) نقترح على المشرع العراقي إن يشترط الكتابة في أتفاق التعديل حتى وان كان عقد المقاولة قد ابرم شفاها وذلك قطعا للمنازعات التي من الممكن إن تحدث، ويكون وجه التعديل بحذف العبارة الأخيرة من المادة ( ٨٧٧ ) والتي مؤداها : ( إلا اذا كان العقد الأصلي ذاته قد اتفق عليه مشافهة ) والابقاء على صدر المادة المذكورة فقط .

7 - نقترح على المشرع العراقي إن يعيد النظر في نصوص القانون المدني المتعلقة بالمهندس المعماري بما ينسجم وواقع الحال وذلك بالأقتصار على لفظ ( المهندس) وحذف لفظ المعماري من النصوص لكثرة تدخل مهندسي الكهرباء والمهندسين المدنيين وغيرهم في عمليات البناء،وذلك لان هذه النصوص وضعت في وقت كان فيها المقاول والمهندس هما الشخصان الوحيدان المشتغلان في مقاولات البناء.

V- نقترح تعديل نص المادة (١/ ٨٨١) من القانون المدني العراقي التي قالت (يستحق المهندس المعماري اجرا مستقلا عن وضع التصميم وعمل المقايسة واخر عن ادارة الأعمال، فإذا لم يحدد العقد هذه الأجور وجب تقديرها وفقا للعرف الجاري...)، ونقترح أن تكون الصياغة على النحو الأتي (يستحق المهندس اجراً مستقلاً عن وضع التصميم وعمل المقايسة وآخر عن ادارة الأعمال، فإذا لم يحدد العقد هذه الأجور فله أجر المثل) وذلك تماشياً مع احكام الفقه الأسلامي التي تتسم بالدقة وتلافياً لحالة عدم وجود عرف يحدد أجر المهندس المعماري.

المصادر

المصادر باللغة العربية

القرآن الكريم

اولاً- الكتب القانونية

١ – احمد السعيد الزقرد،العقود المدنية المسماة، البيع – الايجار – المقاولة، بدون ذكر طبعة او تاريخ نشر

٢ – احمد عبد العال ابو قرين، الاحكام العامة لعقد المقاولة مع دراسة تطبيقية لمقاولات المنشآت المعمارية
 في ضوء الفقه احكام القضاء مع التعليق على شروط عقد مقاولات الهندسة المدنية الصادر عن الاتحاد الدولي
 للمهندسين الاستشاريين FIDIC، الطبعة الاولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ٢٠٠٧ – ٢٠٠٣.

٣ - اياد عبد الجبار ملوكي، مسؤولية المقاول والمهندس المعماري بعد اكمال العمل وتسليمه (الضمان العشري) الطبعة الاولى، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١١ .

ع - جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية، البيع - الايجار - المقاولة، طبعة جديدة، مكتبة السنهوري،
 بغداد، ٢٠١٢.

حعفر الفضلي، الوجيز في عقد المقاولة، من غير ذكر طبعة، مكتبة زين الحقوقية والادبية، بيروت، لبنان،
 ٢٠١٣.

- جيروم هوييه،المطول في القانون المدني، العقود الرئيسية الخاصة، المجلد الثاني، بأشراف جاك غستان،
   ترجمة منصور القاضى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، بلا سنة نشر .
- ٧ سعيد سعد عبد السلام، الوجيز في العقود المدنية المسماة، مقاولة بيع، دار النهضة العربية، القاهرة،
   مصر، ١٩٩٩.
- $\Lambda$  سعيد مبارك ود. طه الملا حويش ود. صاحب عبيد الفتلاوي، الموجز في العقود المسماة، البيع الايجار المقاولة، طبعة جديدة، مكتبة السنهوري، بغداد،  $\Upsilon$  .
  - ٩ طارق كاظم عجيل، الوسيط في عقد المقاولة، الطبعة الاولى، دار السنهوري، بيروت، ٢٠١٦.
- ١٠ عادل عزت السنجقلي، عقود الاستشارات الهندسية، دون ذكر طبعة، مركز البحوث القانونية، بغداد،
   ١٩٨٣.
- ١١ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء السابع، العقود الواردة على العمل المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان،
   ٢٠٠٠.
- ١٢ فخر الدين الحسيني، عقد المقاولة في القانون المدني العراقي، مشورات مكتبة النهضة، بغداد،
   ١٩٨٤ .
- ١٣ قاسم كمال ثروت، الوجيز في شرح احكام عقد المقاولة، الجزء الاول، الطبعة الاولى، مطبعة اوفسيت الوسام، بغداد، ١٩٧٦ .
- ١٤ قدري عبد الفتاح الشهاوي، احكام عقد المقاولة، مناطها ضوابطها اطرها في التشريع المصري العربي الاجنبي دراسة مقارنة، الطبعة الاولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ٢٠٠٦.
- ١٥ كمال قاسم ثروت، الوجيز في شرح احكام عقد المقاولة، دراسة مقارنة معززة بقرارات محكمة تمييز العراق، الجزء الثاني، الطبعة الاولى، مطبعة افسيت الوسام، بغداد، ١٩٧٦ .
- ١٦ محمد شكري سرور، مسؤولية مهندسي ومقاولي البناء والمنشئات الثابتة الاخرى، بدون طبعة، دار
   الفكر العربي، مصر، ١٩٨٥ .
- ١٧ محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء في القانون المدني عقد المقاولة -، المجلد التاسع،
   دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة مصر، بالا سنة نشر.
- ١٨ محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني الجديد، العقود المسماة، الجزء الرابع، عقد العمل وعقد المقاولة والتزام المرافق العامة، الطبعة الاولى، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، ١٩٥٣.
- ١٩ محمد لبيب شنب، شرح احكام عقد المقاولة، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الاسكندرية ، ٢٠٠٤.
- ٢ محمد ناجي ياقوت، مسؤولية المعماريين بعد اتمام الاعمال وتسليمها مقبولة من رب العمل، منشأة المعارف، الاسكندرية، بلا سنة نشر.

### ثانياً - كتب الفقه الاسلامي

- ١ ابو الحسن احمد بن محمد بن احمد المحاملي الشافعي، اللباب في الفقه الشافعي، تحقيق الدكتور عبد الكريم العمري، الطبعة الاولى، دار النجدي، المدينة المنورة، السعودية، ١٤١٦ هـ.
- ٢ ابو الوليد محمد بن احمد بن رشد القرطبي المالكي، المقدمات الممهدات لبيان ما اقتضته رسوم المدونة من الاحكام الشرعيات والتحصيلات المحكمات لأمهات مسائلها المشكلات، الجزء الثاني، كتاب الجعل والاجارة، الطبعة الاولى، دار الغرب الاسلامي، بيروت، ١٤٠٨هـ، ١٩٨٨م.
- ٣ ابو بكر الرازي الجصاص، شرح مختصر الطحاوي، المجلد الثالث، الطبعة الاولى، شركة دار البشائر
   الاسلامية للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ١٤٣١ هـ ٢٠١٠ م.
- ٤ ابو بكر الرازي الجصاص، شرح مختصر الطحاوي، المجلد الثالث، كتاب البيوع، الطبعة الاولى، دار البشائر الاسلامية للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ١٤٣١ هـ ٢٠١٠ م .
- ابو جعفر محمد بن الحسن بن علي الطوسي، المبسوط في فقه الامامية، الجزء الثالث، دون ذكر طبعة،
   المكتبة المرتضوية لاحياء الاثار الجعفرية، طهران ، دون سنة نشر .
- ٦ ابو عبد الله محمد بن ادريس الشافعي القرشي المطلبي، الام، كتاب البيوع، بدون طبعة او سنة نشر، بيت الافكار الدولية، عمان، الاردن
- ٧ ابو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري القرطبي المالكي، كتاب الكافي في فقه اهل المدينة المالكي، المجلد الثاني، كتاب البيوع، الطبعة الاولى، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، ١٣٩٨ هـ، ١٩٧٨
- ٨ شمس الدين السرخسي الحنفي ، المبسوط، الجزء الخامس عشر، دون طبعة او سنة نشر، دار المعرفة، بيروت، لبنان.
- ٩ شمس الدين محمد بن عرفة الدسوقي المالكي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، بدون طبعة او تاريخ
   او مكان نشر، مطبعة عيسى البابي الحلبي .
- ١٠ عبد الحميد الشرواني واحمد بن قاسم العبادي، حواشي تحفة المحتاج بشرح المنهاج لشهاب الدين احمد بن حجر الهيتمي الشافعي، الجزء السادس، بدون طبعة او دار نشر، مطبعة مصطفي محمد، مصر.
- ١ عبد الرحمن بن محمد بن القاسم العاصمي النجدي الحنبلي، الدرر السنية في الاجوبة النجدية، الجزء السادس، كتاب البيع، الطبعة الخامسة، بدون ذكر دار او مكان نشر، ١٩٩٤ م.
- ١٢ -عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي النجدي الحنبلي، حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع،
   المجلد الرابع، الطبعة الاولى، دون ذكر دار او مكان نشر، ١٣٩٧ هـ •
- ١٣ علي الحسيني السيستاني، منهاج الصالحين، المعاملات، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، دار المؤرخ العربي، بيروت، لبنان، ١٩٩٦.

- ١٤ محسن الطباطبائي الحكيم، نهج الفقاهة، دون ذكر طبعة او سنة نشر، مطبعة انتشارات، قم المقدسة، ايران .
- ١٥ محمد الزهري الغمراوي، السراج الوهاج على متن المنهاج لشرف الدين يحيى النووي، دون طبعة او تاريخ نشر، دار المعرفة، بيروت، لبنان .
- 17 محمد بن حسين بن على الطوري القادري الحنفي، تكملة البحر الرائق شرح كنز الدقائق، الجزء الثامن، كتاب الاجارة، الطبعة الاولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤١٨ هـ، ١٩٩٧ م .
- ١٧ محمد بن حسين بن على الطوري القادري الحنفي، تكملة البحر الرائق شرح كنز الدقائق، الجزء الثامن، دون طبعة او تاريخ نشر، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان.
- ١٨ محمد جواد الحسيني العاملي، مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة، الجزء الثالث عشر، كتاب المتاجر، الطبعة الاولى، مؤسسة النشر الاسلامي، قم المقدسة، ١٤٢٥.
- ١٩ محى الدين يوسف بن جمال الدين عبد الرحمن بن على المعروف بابن الجوزي الحنبلي، المذهب الاحمد في مذهب الامام احمد، دون ذكر طبعة، مطبعة " ق "، بومباي، الهند، ٩٥٩ م.
- ٢ مرتضى بن محمد امين الانصاري، المكاسب، الجزء الخامس، الطبعة الاولى، مطبعة باقري، قم المقدسة، ايران، نشر المؤتمر العالمي بمناسبة الذكري المئوية الثانية لميلاد الشيخ الانصاري، • ٢ ٤ ٢ هـ.
- ٢١ موفق الدين ابي محمد عبد الله بن احمد بن محمد بن قدامة المقدسي الحنبلي، المقنع في فقه الامام احمد بن حنبل الشيباني، تحقيق محمود الارناؤوط وياسين محمود الخطيب، الطبعة الاولى، مكتبة السوادي للتوزيع، جدة – المملكة العربية السعودية، ٢٢١ هـ – ٢٠٠٠.
- ٢٢ نجم الدين جعفر بن الحسن الحلى المعروف بالمحقق الحلى، المختصر النافع في فقه الامامية، كتاب التجارة، الطبعة الثالثة، دار الاضواء، بيروت، لبنان، ١٤٠٥ هـ، ١٩٨٥ م .
- ٣٣ نظام الدين ومجموعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية المعروفة بالفتاوى العالمكيرية في مذهب الامام الاعظم ابي حنيفة النعمان، الجزء الثالث، الطبعة الاولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤٢١ هـ، ٠٠٠٢م.
- ٢٢ يحيى بن شرف بن مري بن حسن النووي الشافعي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، الجزء الثالث، الطبعة الثالثة، المكتب الاسلامي، بيروت، لبنان، ١٤١٢ هـ، ١٩٩١ م .
  - ثالثاً— معاجم اللغة والقواميس .
- ١ ابو نصر اسماعيل بن حماد الجوهري، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية –، دون ذكر طبعة، دار الحديث، القاهرة، ٢٠٠٩.
- الخليل بن احمد الفراهيدي، كتاب العين، الجزء الاول، الطبعة الاولى، ترتيب وتحقيق د. عبد الحميد هنداوي ، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٣ .

٣ - لويس معلوف اليسوعي، المنجد في اللغة، الطبعة التاسعة عشرة، المطبعة الكاثوليكية، بيروت - لبنان، ١٩٦٠.

ع - محمد سعيد وجورج سيمون وميشال ساسين، القاموس -عربي - فرنسي، الطبعة الثانية، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٤.

## رابعاً - الرسائل والاطاريح الجامعية

١ - صفاء مكى حمزة، ضمان كفاءة الاداء - دراسة مقارنة -، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بابل، ٢٠١٦.

٢ - عبد الجبار ناجي، انقضاء عقد المقاولة، اطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٧٩ .

٣ -محمد عدنان باقر الجبوري، الالتزام بالضمان في عقد المقاولة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بابل، ٢٠٠٧.
 خامساً - المحوث

١ - د. ايمان طارق مكي الشكري، نطاق الالتزام بضمان سلامة البناء، بحث منشور في مجلة جامعة بابل
 للعلوم الانسانية، المجلد ٢٠ ، العدد ٢٠ ، ٢٠١٢.

### سادساً - القرارات القضائية

أ - قرارات العراقية

١ - قرار محكمة التمييز الاتحادية ذي الرقم ٣٣٦ / م٢ في ٢٤ / ٢ / ١٩٧٤، النشرة القضائية، العدد الاول، السنة
 الخامسة .

٢ - قرار محكمة التمييز الاتحادية ذو الرقم ٢٤٥٧ / حقوقية / ١٩٦٢، تاريخ القرار ٢٤ / ٤ / ١٩٦٣، منشور في
 قضاء محكمة تمييز العراق، المجلد الاول.

٣ - قرار محكمة تمييز كردستان ذي الرقم ١٩٧ / هيئة مدنية / الصادر في ٢٨ / ١١ / ٢٠٠٦، منشور على قاعدة التشريعات والقضاء العراقية متاح على الرابط الالكتروني :.https://z-1-cdn.fbsbx.com

٤ - قرار محكمة التمييز الاتحادية ذو الرقم ٩٣٠ / حقوقية / ٦٣ / الصادر بتاريخ ١٠ / ١٠ / ١٩٦٣، قضاء محكمة تمييز العراق، المجلد الاول .

قرار محكمة التمييز الاتحادية ذي الرقم ١٤٢٨ / ٣٥ / ١٩٧٣ الصادر في ٦ / ٢ / ١٩٧٤، النشرة القضائية،
 العدد الاول .

ب - القرارات القضائية الفرنسية المترجمة

٦ - قرار محكمة النقض الفرنسية، الغرفة المدنية الثالثة، الصادر بتاريخ ٢٠ تشرين الثاني / ١٩٩١، منشور في القانون المدنى الفرنسى باللغة العربية، طبعة دالوز لسنة ٢٠٠٩ .

٧ – قرار محكمة النقض الفرنسية، الغرفة المدنية الثالثة، في ١٥ شباط / فبراير / ١٩٨٣، منشور في القانون المدنى الفرنسي باللغة العربية، طبعة دالوز لسنة ٢٠٠٩.

## سابعاً - القوانين

أ - القوانين العراقية

```
١ – القانون المدنى العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ .
```

77

ب - المصادر الفرنسية

# $1-Keating ``Donald: Building \ Contracts ``Fourth \ Edition \ London ``Sweet \ and \ Maxwell ``1978.$

#### Ouvrages:

2 - Alain Benabent Droit Civil Les Contrats Speciaux Civils Et Commerciaux Montchrestien 2001.

#### Jurisprudence Française:

- 3 Cass Civ 3 ere Ch 25 Octobre 1972 D 1972.
- 4 Cass Civ 3 ere Ch 18 Mars 1974 D 1974.
- 5 Cass Civ 3 ere Ch 24 Octobre 1990 D 1990.
- 6 Cass Civ 3 ere Ch 3 Novembre 1980 D 1980.
- 7 Cass Civ 3 ere Ch 24 Janvier 1990 D 1990.
- 8 Cass. Civ. 1ereCh. 27 septambre. 2006. D 2006.
- 9 Cass . Civ . 1ereCh: 17 Octobre: 1966: D 1967 .

#### **Legislations Françaises:**

10 - Code civil français

- 11 Code civil français Loi nº78-12 du 4 janvier 1978.
- 12- LOi n°2008-561 du 17 juin 2008.

# عقد الاستئثار المؤقت

رُ.م.و. مثنی محمر عبر (\*)

#### المقدمة

هذا الموضوع يتضمن مسالتين مهمتين هما (الاحتكار) من جهة، و ( فنانو الاداء) من جهة آخرى. فلازال موضوع العلاقة بين الفنانين من جهة وشركات الانتاج من جهة اخرى يثير الكثير من التساؤلات، لعدم تنظيمها من قبل المشرع اولا، ولان شركات الانتاج هي الطرف القوي المسيطر الذي يفرض شروطه على الطرف الاخر.

كما ان اهمال المشرع في تنظيم حقوق الفنان ودمجها ضمنا مع حقوق المؤلف ادى الى سيطرة شركات الانتاج على العقد. بحيث اصبحت الشروط التي تضعها شركات الانتاج بمثابة قانون القوي الذي يرضخ له الطرف الضعيف وهو الفنان.

أضف على ذلك الخلط بين الفنان وفنان الاداء أدى من ناحية اخرى الى عدم التمييز بين حقوق الفنان وفنان الاداء. كل هذه الصعوبات يثيرها موضوع عقد الاستثار المؤقت. ونسلط الضوء عليها وفق خطة البحث التالية:

المبحث الاول في مفهوم الاحتكار، وينقسم على مطلبين. الاول في تعريف الاحتكار والثاني في المقارنة بين المفهوم الفقهي والاقتصادي للاحتكار. اما المبحث الثاني فيتناول بيان المقصود بالفنان وهو يبحث في التعريف الفقهي والتشريعي لفنان الاداء على التوالي. والمبحث الثالث فيبحث في تحديد طبيعة حق فنان الاداء وهو ينقسم على مطلبين الاول يبين الاراء في ذلك والثاني يحدد طبيعته. المبحث الرابع يتعلق بالقواعد الاساسية التي تتضمنها عقود الاستثار والخامس يبحث في الاخلال بالالتزامات العقدية مع فنان الاداء، والحماية التشريعية له. ونختم والبحث بخاتمة تتضمن توصيات الباحث.

<sup>🖰</sup> معهد الادارة التقني / الجامعة التقنية الوسطى.

# المبحث الاول: مفهوم الاحتكار

في هذا المبحث نقف على تعريف الاحتكار وتبيان مضمونه. لأن تعريف الاحتكار له أكثر من معنى، فتارة يكون مفهومه فقهي وتارة يكون مفهومه أقتصادي. كما أن للأحتكار أكثر من صورة كما سوف نرى. ولذا نبين اولا مفهوم الاحتكار، ثم بعد ذلك نبين فيما اذا كان يمكن أن يطلق لفظ الاحتكار على عقد العمل مع الفنان.

# المطلب الأول: تعريف الاحتكار

ان الاحتكار المقصود به هنا هو الذي تكون فيه جميع نشاطات الفنان لصالح الطرف المحتكر، أو هو العقد الذي يشترط فيه الطرف المحتكر على الفنان أن تكون جميع نشاطات الفنان وأنتاجاته لصالحه، ويتعرض للجزاء تجاه الطرف المحتكر. ويتكون عقد الاحتكار من طرفين : الاول : المُحتكَّر عليه، ويكون غالبا الفنان ( ممثل أو مطرب )، والذي تكون جميع نشاطاته لصالح الطرف الاول، ويتعرض للجزاء في حالة مخالفته لبنود العقد.

الطرف الثاني : المحتكِّر وهو الطرف المستفيد من عقد الاحتكار الذي يكون عادة شركة أنتاجية. ولكن ماذا يقصد بالاحتكار . ؟

# الاحتكار لغة:

أن مفهوم الاحتكار في اللغة العربية له دلالات كثيرة لكنها تدور حول معنى واحد وهو، الجمع والحبس. فلقد وردت كلمة الاحتكار في معاجم اللغة العربية بمدلول متشابه فقد ورد في المعجم الوسيط الحَكر بفتحتين، ما احتكر أي جمع واحتبس انتظارا للغلاء فيبيعه بالكثير أ. وفي القاموس المحيط ان الاحتكار ماخوذ من الحكر وهو الظلم أ. وفي اساس البلاغة ان الاحتكار هو الالتواء والعسر وسوء المعاشرة. و في المختار من صحاح اللغة

1. المعجم الوسيط، المؤلف: مجمع اللغة العربية، الطبعة الرابعة، الناشر: مكتبة الشروق الدولية، ٢٠٠٤، مادة (حكر ).

<sup>2</sup> محمد بن يعقوب الفيروز آبادي مجد الدين المحقق: محمد نعيم العرقسوسي ، القاموس المحيط (ط. الرسالة)، الطبعة الثامنة، مؤسسة الرسالة ، ١٤٢٦ – ٢٠٠٥ ، مادة (حكر ).

واحتكار الطعام حبسه تربصا لغلائه '. وفي المصباح المنير احتكر فلان الطعام اذا حبسه ارادة الغلاء. والاسم الحكرة مثل الغرفة من الاغتراف.

وعلى ما سبق فإن المعنى اللغوي للاحتكار يعني: حبس ضروريات الناس، وما يحقق لهم مصالحهم، وذلك من قوت وطعام وسلع وخدمات، لتقل في الأسواق فتغلو، من أجل التحكم فيها، وفي أسعارها ٢. هذا في اللغة أما المقصود بالاحتكار اصطلاحا فقد ظهر أتجاهان للفقه في تعريف الاحتكار، الاول تقليدي والثاني حديث.

الاتجاه الاول (المذهب التقليدي) ": وفق هذا الاتجاه فأن الاحتكار هو (حبس السلع في وقت حاجة الناس لها، رغبة من المحتكر بالتحكم بسعر السلعة). وواضح ان انصار هذا الاتجاه يربطون الاحتكار بالسلع والسلع فقط لاغير. ومن انصار هذا الاتجاه بعض الفقهاء المسلمون الذين يرون الاحتكار ينصب على السلع فقط. بل ينصب على القوت أي الطعام اللأفراد. وعلى ذلك فأنهم يشترطون ان يكون الاحتكار متعلقا بمأكل او مشرب. وأن يترتب على ذلك الاحتكار الاضرار بالافراد. وآخرون عرفوه بتعاريف متقاربة وتصب في مجملها في معنى واحد هو: حبس التجار طعام الناس وأقواتهم عند قلتها وحاجتهم إليها ليرتفع السعر ويغلى، وقد اتفقوا في الجملة على أنه لا يجوز إذا أضر بالناس، وقيدوا ذلك بقيود اتفقوا على أغلبها واختلفوا في بعضها 4. ومن شروط الاحتكار:

1. أن ينصب الاحتكار على ما يتعلق بأقوات الافراد، بمعنى أن ينصب على ما يستفاد منه الافراد من مأكل أو ملبس أو مشرب. وهو ما يستفاد من من خلال استقراء تعاريفهم للأحتكار التي سبقت الاشارة اليها. ذلك ان الغاية من تحريم الاحتكار هو عدم التضيّق على الناس في

<sup>2</sup> - أبن منظور، لسان العرب، طبعة المطبعة الأميرية بالقاهرة، مادة (حكر). أحمد بن محمد، المصباح المنير، طبعة المطبعة الأميرية، ص ٢١٦. المعجم الوجيز طبعة مجمع اللغة العربية بالقاهرة.

أ المؤلف: محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي ، مختار الصحاح، مكتبة لبنان، ١٩٨٦، حكر .

<sup>3 -</sup> يضم المذهب التقليدي اراء المدرسة الفقهية الاسلامية، الذين يربطون بين الاحتكار وبين السلع المادية. غير أن بعض أنصار هذا الاتجاه يذهبون الى أن الاحتكار يشمل الانتفاع أيضا.

<sup>4</sup> ـ د. محمد ابو زيد، الاحتكار ومعالجته في الفقه الإسلامي.بحث منشور ضمن حولية كلية الدراسات الإسلامية للبنات بالمنصورة ج ١ سنة ٢٠٠٢م.ص ٤٥. محمد عبد الجواد، المنافسة والاحتكار في الفقة والاقتصاد، رسالة دكتوراه مقدمة الى كلية الشريعة والقانون ( الازهر )،القاهرة، ص ١٠٩.

معاشهم من جهة، ومنع تحكم التجار باقوات الناس ومعاشهم. فرغم أن تعاريف الفقهاء تختلف من جهة الصياغة الا أنها جميعا تصب في معنى واحد وهو: أن الاحتكار يجري في كل ما يحتاجه الناس ويتضررون بحبسه من قوت وإدام ولباس ونحو ذلك. ومنها: أن الاحتكار يجري في الطعام واللباس خاصة لحاجة الناس إليهما.

٢. على خلاف بين الفقهاء يشترط أن يكون تملك السلعة عن طريق الشراء، ولكن تحريم الاحتكار لغاية وهي عدم حبس اقوات الناس. لا فرق بين ان يكون المال المحتكر قد تم شرائه ام لا. أو كان ذلك حصاد زرعه المالك ثم حبس السلعة فلا يعتبر ذلك احتكاراً، وذهب بعض الفقهاء إلى أن العبرة إنماهي باحتباس السلع أذا كان يضر بالعامة حبسها.

٣. ان الاحتكار هو حبس السلعة اما توقيت الشراء فلا علاقة له بالاحتكار رغم ان بعض الفقهاء اشترطوا أن يكون الشراء وقت الغلاء بقصد حبس السلعة حتى يرتفع سعرها ويكثر الطلب عليها، فلو اشتراها وقت الرخص وحبسها حتى ارتفع سعرها فلا يكون ذلك احتكاراً، وهذا الشرط محل خلاف كبير بين الفقهاء.

أن يترتب على حبسها التضييق والضرر عليهم، وهنالك بعض الصور والتفاريع مختلف فيها.
 تراجع في المطولات '.

### مناقشة :

وفق هذا الاتجاه فأن لفظ الاحتكار يقصد به ماتم حبسه من سلع ضرورية متصلة بحياة الافراد، ويشترط في حبس السلع حتى يعد أحتكارا أن يترتب عليه الحاق ضرر بالناس، فالاحتكار ينبغي أن يكون منصبا على سلعة معينة، عبر عنها الفقهاء بقولهم به (القوت)، ومعلوم أن القوت هو ما يقتات به الفرد وهنا المقصود المأكل والملبس. ومن جهة أخرى يشترط في حبس السلع أن يترتب عليه الحاق ضرر بالافراد. وهو ما عبر عنه الفقهاء بقولهم (التضيّق على الناس). وهذا يعنى أنه أذا لم يترتب على حبس الاموال التضيّق على الافراد فلا

1- للمزيد ينظر: د. ماجد ابو رخية، الاحتكار دراسة فقهية مقارنة، بحث منشور في مجلة فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، طبع دار النفائس، عمان، العدد الرابع، السنة الخامسة، ٢٠٠٥، ص ٧٧.

يترتب عليه أعتباره أحتكارا. لآن الغاية من تحريم الاحتكار قد أنتفت وهي التضيّق على الناس في أمور معاشهم.

فلو قارنًا موقف هذا الاتجاه من تعريف الاحتكار مع العقد الذي يبرم مع فنان الاداء لوجدنا أن هناك فرقا شاسعا بين الاحتكار الذي يتحدث عنه أنصار هذا الاتجاه، والاحتكار الوارد في العقد الذي يبرم مع فنان الاداء. فالعقد الذي يبرم مع فنان الاداء تكون الغاية منه الحصول على نتاجات الفنان وحصرها بيد جهة واحدة يتم التعاقد معها. والغالب أن تكون هذه النتاجات متمثلة بالغناء او التمثيل أو العزف، فلا توجد سلع وأقوات تهم الناس في معاشهم. ولايترتب على التعاقد مع الفنان التضيّق على أمور الناس في معاشهم. وبناءً على ما تقدم فأن العقد الذي يبرم مع فنان الاداء، والذي يكون محله جهود ونتاجات الفنان لايصح اعتباره احتكارا. لان تعريف الاحتكار وشروطه لاينطبقان على العقد الذي يبرم مع فنان الاداء.

الاتجاه الثاني ( المذهب الحديث ) : وفق هذا الاتجاه فأن الاحتكار يأخذ معنى آخر هو المعنى الواسع، ويُعطي مفهوما أقتصاديا عاما. ذلك أن مفهوم الاحتكار في الاقتصاد ، الحالة التي يكون السوق فيها عبارة عن شركة واحدة فقط تؤمن منتوج أو خدمة إلى جميع المستهلكين. بمعنى آخر، هذه الشركة تكون مسيطرة على كامل السوق ولهذا تسمى الشركة حينها بالمحتكرة. إذن السوق يسمى مُحتكر. وفي هذه الحالة فأن جهود الفنان هي التي يتم احتكارها و الشركة مُحتكرة والحالة احتكار أ.

في هذه الحالة، تستطيع الشركة أن تفرض الأسعار كيفما تشاء لأنه لا يوجد شركات أخرى لمنافستها في هذا السوق. كل الشركات تسعى للوصول إلى هذه المرحلة لكي تتحكم بالمنتوج وبسعره وبالتالي كي تزيد من أرباحها. يتشعّب من الاحتكار حالات كثيرة، قد يوجد في السوق مثلاً شركات أخرى منافسة على نفس المنتوج أو الخدمة. ولكن عندما تكون هذه المنافسة هامشية مع الشركة المسيطرة على السوق، تُسمى الحال بالاحتكار الشبه كامل عندما يسيطر على السوق عدد قليل من الشركات تُسمى حينها هذه الحالة باحتكار القِلّة. وهو على عدة صور، فقد تصل المؤسسات إلى احتكارالسلع عندما تكون الأرباح تصاعدية مع الإنتاج والبيع،

مغبغب، دراسة في الملكية الأدبية والفنية والحقوق المجاورة في القانون المقارن، ص354.

كلما ارتفع الإنتاج تنخفض معه الكلفة وذلك لأن الاستثمارت الأولية الأساسية تكون ضخمة جداً. أذا تستطيع الشركة في هذه الحالة الإنتاج بكميات هائلة تغطي كامل السوق ولا تستطيع في نفس الوقت أي شركة الدخول إلى هذا السوق لأنها ستكون مضطرة إلى الكثير من الاستثمارات. بالتالي، وجود أكثر من شركة في هذا السوق لن يكون مربحاً لكلتا الشركتين.

نجد عادة هذه الحالة من الاحتكار الطبيعي في أسواق توزيع الحاجات الاساسية للافراد كالمياه والكهرباء لأنه في هذه الاسواق تستثمر الشركة الكثير في الإنشاءات الأولية. كما أن الاحتكار قد يكون في القطاع الخاص وهو ما يحدث عندما تحدد الشركة نفسها سعر المبيع حسب الطلب وفي نفس الوقت تستطيع تعديله حسب كمية الإنتاج. وايضا قد يحدث في القطاع العام وفي هذه الحال فأن الحكومة هي التي تحدد الأسعار في هذه الحالة تبعاً لمعايير خاصة، على سبيل المثال، قد تعمد الدولة لخفض الأسعار لتأمين المنتوج للمستهلكين الذين لا يستطيعون شراء المنتوج بأسعار مرتفعة.

وهناك حالة ما يسمى بالاحتكار القانوني عندما يكون قرار الاحتكار صادراً عبر قانون من جهات حكومية أو جهات مراقبة للأسواق لمنع المنافسة وذلك لأهداف متعددة كالأمن. فمثلا هناك في اوربا نوع من الاحتكار في سلع الأسلحة منعا لتعدد شركات السلاح الغير محلية وذالك للحفاظ على الامن أو لإدارة ثروات إستراتيجية.

والاحتكار قد يكون محليا،إذا كانت الشركة موجودة في محيط خاص أذا كانت تبعد عنها باقي الشركات جغرافياً. مما يخوّل لها تلقائياً احتكار العرض والطلب في هذا المكان. فبحسب انصار هذا الاتجاه ان الاحتكار ياخذ معنى ومفهوم واسع، ذلك أن الاحتكار هو حبس ما يحتاج إليه الناس، سواء مايحتاج إليه الناس، سواء كان طعاماً أو غيره مما يكون في احتباسه إضراراً بالناس. ولذلك فإنه يشمل كل المواد الغذائية والأدوية والثياب ومنافع الدور والأراضي، كما يشمل منافع وخبرات العمال وأهل المهن والحرف والصناعات، إذا كانت تحتاج إلى مثل تلك السلع والخدمات والمنافع. ومن هذا الاتجاه يتبين ان للاحتكار معنى واسع يتضمن حبس المنفعة التي تعنى هنا النتاج الذهني الذي يدخل فيه الموسيقي والتمثيل وغيرها.

المطلب الثاني: مقارنة بين المفهوم الفقهي والاقتصادي للاحتكار

يتضح مما تقدم ان هناك فرقا بين تعريف الفقهاء والاقتصاديين للاحتكار، وهذه الفروقات يمكن تلخيصها بالاتي :

لعل اول النقاط التي تلفت الانتباه الى التمييز بين المفهوم الفقهي والمفهوم الاقتصادي للأحتكار، هو ان الاحتكار في المفهوم الفقهي ينبغي ان ينصب على سلع مادية. في حين أن الاحتكار في المفهوم الاقتصادي قد ينصب على سلع أو خدمات. بمعنى أن الاحتكار قد يكون ماديا أو غير مادي بحسب الاحوال. وهذا يعني أن الاحتكار في المفهوم الاقتصادي أوسع من المفهوم الفقهي. والملاحظة الاخرى هي ضرورة أن يترتب على الاحتكار الحاق ضرر بالافراد وفق المفهوم الفقهي في حين لايشترط هذا الشرط في المفهوم الاقتصادي.

كما أن للفقهاء نظرتهم في تحديد الاحتكار في بيئتهم ذلك أن الأعمال الإنتاجية هي تنافسية عمومًا، وإنما يدخل الاحتكار في مرحلة المتاجرة بالمنتجات، لذا كانت الصورة الأساسية للسلوك الاحتكاري الذي وصفوه هي أنه سلوك تجاري (شراء واحتباس بغرض إعادة البيع)، بينما يبحث الاقتصاديون أساسًا في منشات تنتج وتبيع إنتاجها مباشرة. فالاحتكار الذي يتحدث عنه الاقتصاديون مرتبط بقرارات المنشأة في اختيار كمية إنتاجها ونوعيته وسعر بيعه، وهو احتكار يمارسه أساسًا المنتج او البائع وليس التاجر المسوِّق. بل إن كثيرًا من الصور الاحتكارية اليوم تقتصر على المنتج (صانع الأدوية أو برامج الحاسب مثلاً) ولا تتعداه بالضرورة إلى التجار المسوقين (كالصيدليات أو موزعي البرامج).

والاحتكار الإنتاجي منشؤه في كثير من الأحيان تقانة الإنتاج نفسها (اقتصاديات الإنتاج الكبير الخ..). وهي تقانة طرأت عليها تغيرات جوهرية بدءًا بالثورة الصناعية في القرن الثامن عشر الميلادي، لم يكن لها نظير في عهود الفقهاء السابقين. أذ كانت غالب الوحدات الإنتاجية صغيرة، لا تتطلب تركزًا عاليًا لرأس المال الثابت ولحجم الإنتاج كما هو الحال اليوم. وهذا يقتضينا التأني في استخلاص الأحكام الفقهية المناسبة للصور الجديدة وعلم التسرع في تطبيق آراء الفقهاء القدامي قبل أخذ المستجدات في الحسبان. لقد ذكر الموسعون من

الفقهاء، حالة من يحبس غلة مزرعته، ومن يحبس خدمات عمله. لكن هذه الصور كانت هي الاستثناء والنادر، فأصبحت اليوم هي الأصل والعادة.

ما هي المنشأة المحتكِرة ؟

إن مفهوم الاحتكار عند الاقتصاديين يدور حول مدى انفراد المنشأة بإنتاج وبيع سلعة معينة، وهذا جانب مهم من بنية السوق. فالانفراد الكامل مع عدم البدائل القريبة هو الاحتكار المحت، وجميع صور الاحتكار الأخرى هي حالات مخففة منه.

والمنشأة المحتكرة عند الاقتصاديين هي ببساطة كل منشأة تعمل في سوق غير سوق المنافسة الكاملة بصرف النظر عن سلوكها، طالما أنها تستطيع اختيار السعر الذي تبيع به. أما عند الفقهاء فمفهوم الاحتكار المقصود هنا هو المحرم. و يدور حول تصرفات معينة تقوم بها المنشأة، فتقلل المعروض من سلعة أساسية وقت غلائها بما يؤدي لزيادة كبيرة في سعرها. فالاحتكار عندهم يعتمد على السلوك الفعلي و هو ليس مجرد انفراد منتج بسلعة معينة ولا مرتبطًا ببنية سوقية معينة.

والاحتكار عند الاقتصاديين غير محصور بنوع من السلع أو الخدمات بل يمكن أن يشمل أيًا منها، بخلاف الاحتكار الفقهي الذي يقتصر على الأقوات عند الجمهور أو على ما يتضرر العامة من حبسه عند الموسعين.

إن تركيز الاقتصاديين على بنية السوق لا على السلوك الفعلي مبني على افتراضهم أن جميع المنشآت نواياها متماثلة. وهي تحقيق أقصى ربح، سواء في ذلك المنشآت التنافسية أو الاحتكارية. لكن أفضل ماتستطيع المنشأة عمله لتحقيق ذلك يختلف بحسب بنية السوق. وهذه البنية هي التي تدفع المنشأة التنافسية إلى سلوك معين والمنشآت الاحتكارية لأنماط أخرى من السلوك.

وتركيز الفقهاء على السلوك الفعلي لا على بنية السوق هو الشائع في كتب الفقه و عند فقهاء المذاهب المختلفة من مضيقين و موسعين. وثمة استثناءات جديرة بالتنويه أهمها احتكار الصنف، وهو بنية سوقية ممنوعة من أذا هي بصرف النظر عن سلوك المنشأة فيها. كما أشرت آنفا الى منع اشتراك القسامين و احتكار العمل، وكلاهما يصعب قيامه واستمراره في غير بنية احتكار قلة.

خلاصة ما تقدم إن مفهوم الاحتكار عند الاقتصاديين أوسع بكثير منه عند الفقهاء، ويشمل صورًا كثيرة ليست من الاحتكار المحرم حتى عند الموسعين من الفقهاء. فلا بد قبل إبداء الحكم الفقهي في وضع يصفه الاقتصاديون بالاحتكار من تمحيص حقيقته وعدم الوقوف عند تسميته.

### نتيجة :

وهذا يعني أن بالرغم من من الفروق الجوهرية بين المفهوم الاقتصادي والفقهي للأحتكار، الا ان كلا المفهومين يتفقان على أن العقد الذي يبرم مع فنان الاداء لغرض الانتفاع بنتاجه الفني لايدخل في الاحتكار. ومن ثم لايجوز أن يطلق لفظ الاحتكار على هذا العقد. للمبررات التي سقناها انفا.

الذي نراه وفق ما سبق هو ان يطلق على العقد الذي يبرم مع فنان الاداء مصطلح (عقد أستغلال مؤقت او عقد استئثار) وليس عقد (أحتكار). وتبقى الشروط المتفق عليها بين المتعاقدين هي التي تعطي لأحد الطرفين فرض شروطه على ألاخر. ويبقى العقد عبارة عن أنتفاع واستغلال حتى وان تضمن شروطا تعطى أستنتاجا بأن هذا العقد هو عقد احتكار.

# المبحث الثاني: المفهوم العام للفنان ( فنان الاداء )

عقد الاستئثار المؤقت المقصود به هنا هو العقد الذي يبرم مع (فنان الاداء). ويكون الاخير محور العقد، والغالب ان يكون الطرف الاول فيه. ومحل العقد هو الانتفاع بعمل الفنان الذي يكون دائما بمقابل و يكون منصبا بشكل اساسي للانتفاع بنتاج الفنان التمثيلي او الموسيقي او غيرها. ولكن السؤال الذي يطرح هنا من هو المقصود بفنان الاداء ؟.

أن مفهوم فن الأداء ظهر في نهاية الستينيات، بهدف أحداث نوع من التواصل الكامل بين العمل الفني والجمهور من خلال نشاطات مفاهمية في مجملها توظف شتى أنواع الوسائط الفنية والتقنية من موسيقى ، ورقص، ومسرح , وفيديو وغيرها. وأن العروض يتم تنفيذها داخل صالات العرض أو خارجها وتتباين فترات العرض بين عدة دقائق أو عدة أيام.

من ذلك فإن فن الأداء بشكل عام يعتمد على الحدث العابر الذي يجري في اتجاه واحد ولا يقبل العودة. إذ يعتمد على شتى أنواع الفنون التوليفة من (صوت، وإضاءة، وديكور،

وفيديو، ورقص، وتعبير إيمائي ). وعلى ذلك فان فن الأداء يعتمد على الحضور الفعلي للجسد كمادة للإبداع البصري. أي أن جسم الإنسان الحي يُشارك في صنع العمل الفني، فلم تعد المفاهيم الخاصة بالجسد في النحت والتصوير قادرة على اكتشاف التواصل الخاص بالحوار الذي منحه فن الأداء كقيمة خاصة تعتمد على الوجود الحقيقي للوجود التصويري للجسد.

ويُعتبر الفنان (جوزيف بويس) من أبرز فناني الأداء، من خلال عمله الأدائي (أنا أحب أمريكا وأمريكا تحبني) عام (١٩٦٩م) في قاعة بولوك بنيويورك. أذ سافر الفنان إلى أمريكا وهو ملفوف بأربطة من القماش الأبيض مثل (المومياء). لكي يُصبح جسده مادة بصرية للعمل الفني، ثم انتقل إلى قاعة العرض. أذ قضي ثلاثة أسابيع مع ذئب هندي مشارك له في العرض أيضاً بحضوره الحقيقي. كي يصبحا معاً عنصرا العرض من خلال حوار صامت يدور بينهما ليصبح هذا الحوار مادة للتأمل. وفي هذا العمل يبحث الفنان من خلال العرض عن الوجود الواقعي وأن يُصبح هو نفسه مرآة حقيقية تعكس الحياة بما تحتويه من لذة حرمان وقهر، من خلال إشارات ودلالات يستعيد بها الفنان قراءة نفسه في مرآة العالم بعد إن قطعته الحضارة الصناعية عن جذوره الطبيعية وحولته إلى أداة.

وقد ظهرت بدايات "فن الأداء " في عام ١٩٥٠، حين قدّم "جورج ماثيو في مسرح "سارة - بيرنار " في فرنسا، سهرة شعريّة قام في أثنائها برسم لوحة واسعة على المنصّة خلال عشرين دقيقة. <sup>2</sup>ليظهر العديد من عروض فن الأداء في فترة الخمسينات من أهم منفذيها "جورج

<sup>1 -</sup> جوزيف بويس ولد في ١٢ من مايو ١٩٢١ - ٣٣ من يناير ١٩٨٦م) كان أحد فناني شبكة فلاكساس، والواقعية، وفنان أداء ألماني الجنسية، كما كان أيضًا نحاتًا، وفنانًا تنصيبيًا، ورسام جرافيك، ومنظّرًا فنيًا، ومربيًا فنيًا. تترسخ أعماله الشاملة في مفاهيم الفلسفة الإنسانية، والفلسفة الإجتماعية، وعلم طبائع البشر؛ فيُكلل كل ذلك في "تعريفه الموسع للفن" وفي فكرة النحت الاجتماعي باعتباره العمل الفني الجامع الذي رأى فيه دورًا مبدعًا ومشاركًا في تشكيل المجتمع والسياسة. وقد اتسمت مسيرته المهنية بالجدل العام المليء بالشغف، بل والتهكمية، لكنه الآن معروف بكونه واحدًا من الفنانين الأكثر تأثيرًا في النصف الثاني من القرن العشرين.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> وكان جورج فيكتور ماتيو ديسكودوفر المعروف بجورج ماتيو من أشهر الفنانين الفرنسيين في العالم في الستينيات والسبعينيات، وهو كان مثال في فرنسا عن الرسام "الرسمي". ولد جورج ماتيو في بولون سور مير في العام ١٩٢١، وهو كان أول فنان فرنسي يعارض بشدة الفن التجريدي الهندسي. وراح ينظم منذ العام ١٩٤٧ سلسلة من الفعاليات الداعية

ماثيو. وأما ولادة "الحدثيّة " فكانت مرتبطة بظهور حركة "الفن الشعبي " في أميركا، وذلك مع نضوجه في أولى سنوات الستينات كما تطوّر مع "الحدثيّة. وبتناغم فيما بينهما "فن البيئة أو الجو أو المحيط".

والاساس في فن الاداء أنه يعتمد على الحدث العابر المشهدي، وعلى تحالف شتى الفنون التوليفية، من مؤثرات صوتية، وضوئية، إلى السينوغرافي، والكوليغرافي، والرقص، والحركات الإيمائية، والديكورات المسرحية، والتصوير الجداري وإسقاطات الفيديو.

ولعل السبب الذي حدا بالمشرع العراقي وباقي تشريعات دول العالم العربي الى أطلاق مصطلح ( فنان الاداء ) على الممثلين والموسيقين والعازفين وغيرهم . هو أنه في العالم العربي قلما نجد فنانين يقدمون أعمالاً ضمن فن الأداء.

هذا يعني أن فن الاداء شيء والفن شيء آخر، ففن الاداء نوع من الفنون وتطلق تسميته على من يمتهنه ويسمون بفناني الاداء. أما أصحاب الموهبة الفنية مثل المغنون والراقصون والعازفون فلا يصح أن يطلق عليهم لفظ فنان الاداء. فهم يمتنهون فنا آخر ويسمى به، بمعنى أن الذي يمتهن الطرب يسمى مطرب ومن يمتهن التمثيل يسمى ممثل وهكذا. والرابط بينهم جميعا أنهم فنانون. وفنان الاداء يمتهن ضربا من ضروب الفن كالاخرين. فلا يصح اطلاق الجزء على الكل بل العكس هو الصحيح، بمعنى أن مصطلح الفنان يطلق على كل من أمتهن نوعا من أنوع الفنون، سواء كان فن الاداء أو غيره. ورغم ذلك فأن التشريعات المختلفة لم تحدد حتى ما هو المقصود بفنان الاداء. وأنما أقتصرت مهمة التشريعات على تعداد أصناف محددة من أنواع الفنون.

أذ أنه من خلال ملاحظة التشريعات المختلفة بدءاً بقانون حماية المؤلف رقم (٣) لسنة العراقي، والتشريعات الاخرى كقانون حماية الملكية الفكرية في مصر، فأن بعض هذه التشريعات تطلق مصطلح ( فنان الاداء ) على الفنان بشكل عام، والبعض الاخر يطلق على

إلى فن محرر من كل القيود والعادات التقليدية أطلق عليه اسم "التجريد الوجداني"، مركزاً على الحركات والانفعالات في الرسم. وتعرف الفرنسيون على الرسام الأمريكي بولوك بفضل جورج ماتيو.

الفنان مصطلح ( المؤدي ). كما ان الفقهاء لم يضعو تعريفا محددا للفنان. وبناءً على ذلك ينبغي النظر في موقف الفقه من تعريف الفنان ومقارنته مع موقف التشريع.

المطلب الأول: التعريف الفقهي لفنان الاداء

لأن المشرع لم يضع تعريفا محددا للفنان، ولم يميز بينه وبين فنان الاداء. كما أن اغلب دول العالم لم تضع قانونا خاصا يضمن حقوق فنان الاداء بشكل خاص والفنان بشكل عام. ترتب عليه أن الفقه أنقسم في تعريف الفنان وفنان الاداء. ونحن نجمل موقف الفقهاء في هذين الاتجاهين التاليين :

الاتجاه الاول: يذهب أنصار هذا الاتجاه الى تعريف فنان الاداء بمعناه الواسع ليشمل فئات غير الفنانين، مثل مؤدو السيرك. أذ ذهب أنصار هذا الاتجاه الى تعريف فنان الاداء بأنه ( الشخص الذي يمثل أو يغني أو يلقي أو يلعب أو ينفذ بأية طريقة أخرى عملا أدبيا أو فنيا من ضمنها فقرة متعددة العروض كالسيرك والبهلوان ) أ أو هو ( الشخص الذي يمثل ويغني وينشد ويعرض ويلعب وينفذ بطريقة أو بأخرى العمل الادبي او الفني، وعرض المنوعات وعرض السيرك وعرض الدمى المتحركة ) أ وقد تأثرت بعض التشريعات بهذا الاتجاه، ومن بينها قانون حماية حق المؤلف رقم (٣) لسنة ١٩٧١، مع ملاحظة ان المشرع العراقي يسمي الفنان بالمؤدي، حسبما جاء في المادة الخامسة منه ( يتمتع المؤدي بالحماية ويعد مؤديا كل من ينفذ أو ينقل الى الجمهور عملا فنيا من وضع غيره سواء كان هذا الاداء بالغناء او العزف أو الايقاع أو الالقاء أو التصوير أو الرسم او الحركات أو الخطوات أو باية طريقة أخرى مع عدم الاخلال بحقوق المؤلف الاصلي). يتضح من هذا النص ان المشرع العراقي يخص مصطلح المؤدي (الفنان) على المغنى، الممثل، العازف، ولايشمل غيره من فئات الفنانين.

وبهذا الاتجاه تاثر ايضا المشرع المصري، الذي سمى الفنانين بفنان و الاداء وذلك في المادة ١٣٨ فق١٢ من قانون حماية المؤلف المصري رقم (٨٢) لسنة ٢٠٠٢ (فنانو الاداء الاشخاص الذين يمثلون أو يغنون أو يلقون أو ينشدون أو يعزفون أو يرقصون في مصنفات

 $^{2}$  سعيد سعد عبد السلام، لحماية القانونية لحق المؤلف و الحقوق المجاورة، مكتبة المدينة،  $^{1}$  ،  $^{1}$  ،  $^{2}$ 

<sup>.</sup> نجوى ابو هيبة، الحقوق المجاورة لحق المؤلف، دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع، ٢٠٠٤،ص ٥٨.

أدبية أو فنية محمية طبقا لأحكام هذا القانون أو آلت الى الملك العام أو يؤدون فيها بصورة أو بأخرى بما في ذلك التعبيرات الفلكلورية). وموقف المشرع المصري واضح بكونه يأخذ بهذا الاتجاه، أذ قصر التعريف على على المغني والعازف والراقص. والرقص الذي أورده المشرع المصري ليس هو أضافة على ما اورده المشرع العراقي، فالمشرع العراقي عبر عن ذلك بمصطلح (الحركات) بدل الرقص والاول اوسع واشمل ولكن الثاني أدق وهو ما نفضله. وقد آخذت معاهدة الويبو لحقوق فناني الاداء بهذا الاتجاه أذ تنص المادة الثانية منها على ما يأتي تعاريف لأغراض هذه المعاهدة:

أ- يقصد بعبارة "فناني الأداء" الممثلون والمغنون والموسيقيون والراقصون وغيرهم من الأشخاص الذين يمثلون أو يغنون أو يلقون أو ينشدون أو يؤدون بالتمثيل أو بغيره مصنفات أدبية أو فنية أو أوجها من التعبير الفولكلوري).

الاتجاه الثاني: أذا كان انصار الاتجاه الاول يوسعون في مفهوم ( الفنان )، فأن أنصار هذا الاتجاه يضيقون من مفهوم الفنان. فأنصار هذا الاتجاه يقصرون هذه الصفة اي صفة ( الفنان ) على اصناف معينة هي (الممثل والمطرب والموسيقي). فالفنانين هم (الاشخاص الذين يمثلون ويؤدون المصنفات الادبية والفنية أو المسرحية أو الموسيقية عن طريق التمثيل المسرحي أو الانشاد او العزف الموسيقي أو الرقص أو باية طريقة أخرى) أ. أو هم (الممثلون والمغنون والمنشدون ومشخصو المنوعات والعازفون والموسيقيون والراقصون رجالا ونساءا). وعرفوا أيضا بانهم ( الممثلون والمغنون والموسيقيون والراقصون أو غيرهم من الاشخاص الذين يمثلون أو يغنون أو ينشدون أو يعزفون في مصنفات أدبية أو فنية أو يأدون فيها دورا بصورة أو بأخرى بما في ذلك المصنفات الفلكلورية) أ.

والذين نراه هو ضرورة التوسع في تعريف الفنان، ليشمل الاصناف التي ترتبط أرتباطا وثيقا بالعمل الفني. سواء كان العمل الفني تمثيلا أو غناءا أو رقصا أو مسرحا، او السيرك او غيرها. ومبررات ذلك أن العمل الفني لايرتبط بمساحة محددة، ولكن مساحات العمل الفني

 $^2$  نسرين شريقي، حقوق الملكية الفكرية — حقوق المؤلف و الحقوق المجاورة — حقوق الملكية الصناعية، دار بلقيس،  $^2$  ٢٠١٤، ص  $^2$  ،

<sup>·</sup> يسرية عبد الجليل، الحماية المدنية والجنائية لحق المؤلف، الطبعة الاولى ، ٢٠٠٥، ٩٨.

واسعة ولا تحدها حدود. وعلى ذلك فأن عقد أحتكار الفنان يشمل كافة الفنون ويستفيد منه كافة المؤدين.

نتيجة: هناك فرق بين مفهوم فنان الاداء والفنان المقصود. بمعنى ان فن الاداء شيء والموهبة الفنية بالتمثيل او الغناء او الرقص او الرسم شيء آخر. أن مصطلح فنان الاداء يطلق قديما على ( المؤدي ) وهو الشخص الذي يقوم بالاداء الحركي مجسدا مسرحية او تمثيلية او معزوفة موسيقية. ام حديثا فيقصد به فيقصد به الشخص الذي يمثل أو يغني او يعزف. والفرق بين التعريف القديم والحديث للمصطلح هو ان الاول يطلق على الشخص الذي يجسد العمل الفني بالحركات التي يؤديها. أما التعريف الحديث للمصطلح فيطلق على من يؤدي العمل الفني نفسه. وهو ما يعد تناقضا حقيقيا للتعريف.

هذا وقد ثار خلاف كبير بين الفقهاء حول الطرف الثاني، وفيما أذا كان عقد الاحتكار يفرض على نشاط الفنان أم يفرض على الفنان نفسه. فبحسب انصار الرأي الاول فأن الاحتكار يرد على نشاط الفنان فقط. وهذا يعني أن عقد الاحتكار أذا كان مع مطرب فأن ما يحكتر هو غناؤه فقط. ولكن يكون بأمكان المطرب أن يتعاقد مع آخر للأشتراك بفلم معين على سبيل المثال وبالعكس أذا كان العقد مع ممثل، ذلك ان فن الاداء هو سلوك الشخص.

أما الراي الثاني فيذهب الى أن عقد الاحتكار يكون واردا على الفنان بألاضافة الى نشاطه ذلك ان عقود الاحتكار المبرمة مع الفنانين هي غالبا تمنع على الفنان القيام بأي نشاط فني من اي نوع ومع أي جهة خارج اطار العقد '.

والذي نراه ان عقد الاحتكار يكون بحسب شروطه فأذا أباح العقد للفنان أن يقوم ببعض النشاطات الفنية خارج العقد فأن الاحتكار يكون واردا على النشاط الفني دون الفنان نفسه. وأذا كان العقد واردا على جميع نشاطات الفنان فأن الاحتكار يرد على الفنان نفسه ونشاطه الفني ايضا، ذلك أن هذا النوع من العقود يتضمن جزاءا يترتب على مخالفة بنود العقد والذي يتمثل غالبا بأقامة دعوى للمطالبة بالتعويض والا تعرض لعقوبة جزائية.

-

<sup>1</sup> ـ يوسف أحمد النوافلة، الحماية القانونية لحق المؤلف، الطبعة الاولى، دار الثقافة والنشر والتوزيع، ٢٠١٤، ص ٩٨.

المطلب الثاني: التعريف التشريعي لفنان الاداء

تناولت التشريعات المختلفة تعريف فنان الاداء، وكل حسب توجهه. والفيصل بينها أن كل هذه التشريعات لم تميز بين الفنان وفنان الاداء. كما انها جعلت حقوق فناني الاداء (مجاورة) اي متصلة بحق المؤلف. بمعنى أن حق فنان الاداء اقل من حقوق المؤلف. ولكن هذه التشريعات تتفق فيما بينها بأنها أخذت بما هو مستقر في معاهدة الويبو لحماية حقوق فناني الاداء. وقد انقسمت هذه التشريعات على مجموعتين:

الاولى : مجموعة التشريعات الخاصة بحقوق فنان الاداء :

ومن خلال مراجعة هذه التشريعات نلاحظ نجد انها تجمع على توسيع تعريف فنان الاداء. فوفقا لهذه التشريعات فأن فنان الاداء هو ( الشخص الذي يمثل أو يغني أو يلقى أو يلعب أو ينفذ بأية طريقة أخرى عملا أدبيا أو فنيا من ضمنها فقرة متعددة العروض كالسيرك والبهلوان ). أو هو ( الشخص الذي يمثل ويغنى وينشد ويعرض ويلعب وينفذ بطريقة أو بأخرى العمل الادبي او الفني، وعرض المنوعات وعرض السيرك وعرض الدمي المتحركة ) ومن بينها قانون حماية حق الفنان رقم (٣) لسنة ١٩٧١، مع ملاحظة ان المشرع العراقي يسمى الفنان بالمؤدي، حسبما جاء في المادة الخامسة منه ( يتمتع المؤدي بالحماية ويعد مؤديا كل من ينفذ أو ينقل الى الجمهور عملا فنيا من وضع غيره سواء كان هذا الاداء بالغناء او العزف أو الايقاع أو الالقاء أو التصوير أو الرسم او الحركات أو الخطوات أو باية طريقة أخرى مع عدم الاخلال بحقوق الفنان الاصلى). يتضح من هذا النص ان المشرع العراقي يخص مصطلح المؤدي (الفنان) على المغنى، الممثل، العازف. ولايشمل غيره من فئات الفنانين. وبهذا الاتجاه تاثر ايضا المشرع المصري، الذي سمى الفنانين بفنان و الاداء وذلك في المادة ١٣٨ فق١٢ من قانون حماية فنان الاداءالمصري رقم ( ٨٢) لسنة ٢٠٠٢ ( فنانو الاداء الاشخاص الذين يمثلون أو يغنون أو يلقون أو ينشدون أو يعزفون أو يرقصون في مصنفات أدبية أو فنية محمية طبقا لأحكام هذا القانون أو آلت الى الملك العام أو يؤدون فيها بصورة أو بأخرى بما في ذلك التعبيرات الفلكلورية )، وموقف المشرع المصري واضح بكونه يأخذ بهذا الاتجاه، أذ قصر التعريف على على المغنى والعازف والراقص. والرقص الذي أورده المشرع المصري ليس هو

أضافة على ما اورده المشرع العراقي، فالمشرع العراقي عبر عن ذلك بمصطلح ( الحركات ) بدل الرقص، والاول اوسع واشمل ولكن الثاني أدق وهو ما نفضله.

الثانية : مجموعة التشريعات التي عالجت حق المؤدي ضمن قانون حقوق المؤلف، وتشمل مجموعة قوانين الدول التي لم تأخذ بمعاهدة الويبو، وتشمل قانون حماية حق الفنان العراقي لسنة 1997 المعدل سنة 1997. وقانون حق الفنان المغربي / قانون رقم 2-00 يتعلق بحقوق الفنان والحقوق المجاورة.

المبحث الثالث: تكيّف حق فنان الاداء

يرد حق فنان الاداء على أشياء غير مادية، ذلك أن الحقوق كلها غير مادية. فالحق العيني أو الشخصي اللذين سبقت الإشارة إليهما، يقع كل منها على شيء مادي، أما الحق فهو دائما معنوي، ولا يمكن أن يكون ماديا.

ويقصد بالحق غير مادي، أي أنه لا يدرك إلا بالفكر. فهو ليس له جسم محسوس، وأن أكثر الأشياء غير المادية هي إنتاج الذهن وتسمى الحقوق التي ترد عليها بالحقوق الذهنية. فالحقوق الذهنية هي حق الفنان أو ما يطلق عليه اسم الملكية الأدبية والفنية، والحقوق المتعلقة بالرسالة والتي يطلق عليها ملكية الرسائل، وهناك حقوق أخرى ترد على أشياء غير

مادية، كبراءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية والعلامات التجارية، والحقوق التي يتكون منها المحل التجاري وقد اصطلح على تسميتها بالملكية التجارية والصناعية .

المطلب الأول: تعدد النظريات في تحديد طبيعة حق فنان الاداء

اختلفت الآراء في تحديد طبيعة حقوق فنانوا الاداء التي ترد على أشياء غير مادية، فكيفها بعضهم ووضعها تحت اسم "الملكية الأدبية والفنية والصناعية ". وذلك على اعتبار أن حق الشخص على نتاجه هو حق ملكية، كما هو الشأن في ملكية الأشياء المادية، إذا فهي ملكية حقيقية غير أنها على أشياء غير مادية، وقد شايع هذا الرأي كثير من الفقه.

وبمقتضى ذلك أصبح يوصف بالملكية حق المؤلف، وحق المخترع، من نتائج هذا الاتجاه في فرنسا أن حمل أنصار هذا الرأي المشرع الفرنسي في قانون: ١١ مارس ١٩٥٧ الذي حل

محل التشريعات التي سبقته في حق لفنان صف هذا الحق بأنه:" حق ملكية معنوية مانع ونافذ بالنسبة إلى الناس كافة '.

وقد اعترض على هذا الرأي بأنه يصد عن فكرة خاطئة، وذلك أنه من يقوم بإنتاج ذهني فهو يختلف من جهة في طبيعته عن الشيء المادي الذي يدرك بالحس وله جسم يتمثل فيه، وأنه من جهة ثانية يكون بالضرورة مالكا لما ينتجه، مع انه لا يكون له سوى الحق في المقابل، ذلك أن امكان التملك لا يعتمد على رغبة الشخص، وإنما بحسب ما تمليه طبيعة الأشياء. بالنسبة للماديات يوجد التملك لأن توزيع الأشياء بين الأفراد هو الذي يعطيها أكبر قيمة اقتصادية.

أما الأفكار التي تكون في خلق الذهن فتختلف في طبيعتها عن الماديات اختلافا تاما .إن الأفكار قد أخرجت للناس جميعا، فلا ترجى من ورائها فائدة، إلا إذا انتشرت بينهم، ومن ثم فإن الملكية الأدبية أو الفنية الصناعية لا يمكن أن تشبه بالملكية التي ترد على شيء مادي والتي يفترض فيها استئثار المالك بالحيازة والانتفاع.

كما يذهب أنصار الرأي المعارض للجارف القول بأن حق الملكية إنما يرد على شيء مادي باعتبار محله كذلك. وواضح من الخلط بين حق الملكية بصفة عامة الذي يكون محله شيء مادي، وحق الملكية في حد ذاته بأنه مادي أيضا لأن محله مادي، في حين ليس الأمر ذلك بالنسبة لحق فنان الاداء الذي هو من طبيعة أخرى أي أنه محله هو عالم الفكر. ومن ثم فالاختلاف واضح بين عالم المادة، عالم الفكر، فالفكر جزء من الشخصية وأن نتاج الفكر مقيد بهذا الاعتبار أي أن الحق الأدبي للمؤلف على إنتاجه يعطيه حق المراجعة أو الإستراد لما تم نشره من دائرة التداول وبإرادة منفردة، في حين أن التصرف في الشيء المادي يعتبر تصرفا باتا وليس بإرادة المتصرف وحده أن يرجع فيما تصرف فيه من قبل، ومن ثم يصل المعترضون إلى اعتبار الحق الأدبي للمؤلف ليس بحق ملكية أو حقا عينيا، بل هو حق من الحقوق الشخصية لصيق بها، بل جزء منها ومبررات الاعتراض أيضا عند هذا الفريق أن الملكية هي حق الشخصية لصيق بها، بل جزء منها ومبررات الاعتراض أيضا عند هذا الفريق أن الملكية هي حق

 $^{1}$  . فاضلى أدريس، قوق المؤلف والحقوق المجاورة، الطبعة الاولى، ديوان المطبوعات الجامعية،،  $^{1}$  ،  $^{1}$  ،  $^{1}$ 

<sup>2-</sup> حسام لطفى، حقوق الملكية الفكرية ،المفاهيم الأساسية ، القاهرة ٢٠٠٤، ص ٩٠. هدى حامد قشقوش، الحماية الجنائية و التقنية لحقوق الملكية الفكرية عبر الانترنت ،بحث منشور بمجلة النيابة العامة، عدد مارس ٢٠٠٨، ٥٠. يونس عرب ،قانون الكمبيوتر ، اتحاد المصارف العربية، ٢٠٠١، ص ٨٧.

دائم مؤبد، في حين حق فنان الاداءهو حق استغلال مؤقت. وتأتي صفة التوقيت من كون أن الفكر يزدهر ويحيا بالانتشار لا بالاستئثار، وأن الإنتاج الفكري هو حلقات مترابطة على مر العصور شاركت فيها الأجيال السابقة واللاحقة، بل ويعتبر الإنتاج الفكري تراثا إنسانيا مشتركا، أو بعبارة أخرى هو نوع من المادة الخام التي يضعها المجتمع رهن إشارة المؤلف، وإذا كان من المجائز للمؤلف أن يتصرف في المادة المذكورة فإن من المتعين عليه إرجاعها إلى الهيئة الاجتماعية بعدئذ في شكل وحلة جديدة . فلا جدال من أن ابتداع فكرة ما لا يتحقق إلا بفضل ما بذلته الأجيال السابقة من جهد ونشاط فكري، ومن ها المنظور يجب أن نستبعد وصف حق الملكية على إنتاج فنان الاداء باعتباره إنتاجا مؤقتا من جهة، وتراثا مشتركا بين الأجيال من جهة أخرى. والحاصل إذا كانت الملكية حق استئثار مؤبد فإن حق الفنان أو فنان الاداء يمثل حق استغلال مؤقت، وفي هذا الاتجاه قضت محكمة النقض الفرنسية، باستبعاد صفة الملكية عن حق فنان الاداءوكيفيته بأنه :"حق امتياز احتكاري لاستثمار مؤقت " أ.

وقد قيل أن هذا الاتجاه أقرب إلى الوصف منه إلى التكييف. وبأنه لا يحلل حق الفنان ولا ينفذ إلى طبيعته.إن اختلاف الآراء حول طبيعة الحقوق الذهنية تدفع بنا إلى القول بأن التقسيم التقليدي للحقوق المالية إلى حقوق شخصية، وحقوق عينية قد تجاوزه الزمان ولا يستجيب بل ولا يستوعب كل الحقوق المالية وبخاصة تلك الحقوق المالية التي ظهرت بظهور حق فنان الأداء والتي يطلق عليها مصطلح الحقوق الذهنية، أو حقوق الفكر إذا هي ليست سلطة على الأداء شيء مادي كما هو الأمر بالنسبة للحقوق العينية، كما هي ليست أيضا بسلطة على المدين كما هو الشأن بالنسبة للحقوق الشخصية. يرد حق المؤلف، أو فنان الاداء على استغلال ما جادت به قريحته والاستئثار بثمرات عمل صاحبه.

وايا كان الامر يعد طبيعة حق فنان الأداء طبيعة مزدوجة، أي أنها من جهة تعطي لصاحبها سلطة مباشرة على الشيء الواردة عليه هذه الملكية من استعمال لهذا الشيء، واستغلاله، والتصرف فيه. وهو ما يطلق عليه بالشق المادي، ومن جهة أخرى فإن المالك يرتبط شخصيا

- عبد الله عبد الكريم، تسوية المنازعات المتصلة بحق المؤلف والحقوق المجاورة، نشر مركز البحوث والدراسات،

دبي، ٢٠٠٨، ص ٩٠. نوري حمد خاطر، شرح قواعد الملكية الفكرية ـ حقوق المؤلف والحقوق المجاورة له، جامعة الامارات العربية المتحدة، العين، ٢٠٠٨، ص ٥٩.

بما أبدعه، فيكون عليه حق الحماية من اعتداء الغير على ما أنتجه كما يتمتع بأن ينسب إليه إنتاجه الذهني باعتبار ما أنتج امتداد لشخصية، وهذا الشق يطلق عليه الجانب المعنوي، وبعبارة أخرى يتمتع المالك بنوعين من المصالح. مصلحة معنوية تكمن في حماية إنتاجه الفكري الذي يعتبر امتداد لشخصيته، ومصلحة مادية تتمثل في احتكار لما ينتج عن استغلال نتاج عقله وإبداعه ماليا '.

وإذا كان الرأي الراجح يعتبر الحق الوارد على فنان الأداء حقا من نوع خاص ذو طبيعة مزدوجة فإن وجه التقارب والاختلاف عن الحق العيني والحق الشخصي يمكن اختصاره فيما يلي:

آ. تمنح فنان الاداء لصاحبها حقا جامعا مانعا في الاستئثار، ومقتضى ذلك أن حق فنان الاداء يفرض على الكافة واجبا عاما بعدم التعرض لصاحب الملكية الفكرية، وبهذه الصفة يقترب حق فنان الاداء من الحق العيني الذي يرتب نفس الواجب على الكافة، ومع ذلك فأن هناك اختلاف بين الحق العيني وحق فنان الاداء يتمثل في أن حق فنان الاداء لا يعطي لصاحبه حق الاستعمال بل تمنحه فقط حقي الاستغلال والتصرف، وذلك لاعتبار أن ما توصل إلى صاحب فنان الأداء من ابتكار وإبداع ليس قاصرا عليه، بل يستطيع أي شخص إذا ما عجز المبتكر عن استعمال ابتكاره بالشكل الذي يؤدي إلى تعميم الفائدة من اكتشافه، أن يقوم باستعمال هذا الابتكار الجديد تحقيق المنشود من وراء الابتكار .

ب ـ يضع حق فنان الأداء على الكافة التزاما سلبيا يقضي بعدم التعرض للمبتكر الذي يكون في موقع "الدائن" فهي بهذا تشبه الحق الشخصي الذي فرض على المدينين تجاه الدائن التزاما بعدم التعرض. فالدائن في الحق الشخصي له أن يطلب المدين بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل. فصاحب الابتكار في فنان الأداء يضع على الكافة التزاما سلبيا بعدم القيام بأي عمل من شأنه المساس بالابتكار أو التعرض لصاحبه أو منافسته منافسة غير مشروعة.

ت ـ يختلف حق فنان الاداء عن الحق العيني الذي يتمتع بصفة التأبيد، فهي مرتبطة بمدة معينة كما سيرد شرح ذلك في حينه فهي بذلك تقترب من الحق الشخصي الذي يتفق معها في

<sup>1</sup> محمد السعيد رشدي، حماية الحقوق المجاورة لحق المؤلف، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، اامجلد: ٢ العدد: ٢ ١٩٩٨ ، ص ٣٥.

الصفة المؤقتة .إن صاحب فنان الاداء إذا لم يستطيع خلال المدة المعينة استعمالها أو استغلالها ضمن هذه المدة أصبحت مالا عاما يستطيع شخص آخر قادر على تسخيرها للانتفاع العام أن يقوم بذلك دون الحصول على إذن خاص من قبل صاحبها. يقترب حق فنان الاداء من الحق العيني من حيث إمكانية التنازل إذا أمكن التنازل عن الشيء الواردة عليه هذه الملكية، ويتم ذلك بمحض الإرادة المنفردة لصاحبها.

ث ـ أما بالنسبة للحق الشخصي فلا يجوز التنازل عنه أو التخلي عن الشيء الوارد عليه هذا الحق إلا بالاتفاق مع المدين أو على الأقل إعلامه بذلك.

المطلب الثاني: حق فنان الاداء وأهميته

قال سقراط قديما: "أن ابتداع الفكر أعلى درجات اللذة النفسية التي يمكننا أن نحصل عليها في حياتنا "1. لقد بذل الكثير من فطاحل الفن والأدب والعلم الجهود المضنية وأبدعوا في كل أنواع الإنتاج الذهني وبذلوا عصارة فكرهم وصحتهم الثمينة في سبيل رفاهية الإنسانية وتقدمها. صحيح أنه كلما كبرت النفوس ضاقت الأبدان ذرعا بها وتعبت في تحقيق مرادها وأمانيها. لقد بدأ الإنتاج الذهني للإنسان منذ العصر السحيقة بل ومنذ استطاعته ملاحظة تفهم ما يحيط به وقبل أن يبدأ بالتعبير عن رأيه بالكلام ويتقن فن البيان.

كان لدى المجتمعات البدائية أقوام يتفوقون على غيرهم في إظهار شعورهم وإحساسا تهم عن طريق الرقص، وحركات التعبير عن الفرح والحزن قبل أن يخترعوا ويتقنوا فن نحت الأحجار وصقلها، وعمل شباك صيد الحيوانات وهذا البصيص الأول لنور الإنتاج الذهني ذلك الإنتاج الذي يسطع من الذهن ليغير باستمرار معالم المدنية ويحث على التطور والتقدم، وهو يشمل كل إبداع ذهني سواء كان شعرا أو نثرا،أو موسيقى أو رسما، أو صورة، أو تمثالا أو اختراعا .

إن حقوق فنان الاداء في صورتها الراهنة قد ظهرت نتيجة التطور والتقدم العلمي والتكنولوجي الذي يسود عصرنا الحاضر. وأن فنان الاداء بفرعيها سواء ما اصطلح على تسميته بحق بالملكية الأدبية والفنية أو حق الفنان والحقوق المجاورة.، أو ما أصطلح على تسميته بحق

.

<sup>.</sup> ود.ابو اليزيد المتيت،الحقوق على المصنفات الادبية والفنية والعلمية،منشأة المعارف،الاسكندرية، ١٩٦٧، ص ٧٠.

<sup>2</sup> ـ نواف كنعان، حق المؤلف، ط١، عمان، ١٩٨٧، ص ١٠٢.

فنان الاداءأو الملكية الصناعية. فهي جميعها حقوق ذهنية من إنتاج الذهن وخلقه وابتكاره. ومع ذلك فلكل من نوع الملكيتين له مراحل تطوره وظهوره وخصوصيته.أما ما يجب توفره في الشيء محل العقد وهو فنان الاداء فيمكن اختصاره في:

1. أن لا يكون هذا الشيء خارجا عن دائرة التعامل سواء بطبيعته أو بحكم القانون (٦٢) من القانون المدني العراقي. ونعني بذلك أن لايكون نشاط الفنان غير مشروع. ومن ثم لا يستطيع أحد أن يقوم بتسجيل اختراع أو اكتشاف جديد باسمه إذا كان هذا الابتكار مخلا بالنظام والآداب العامة ومخالفا لأحكام القانون.

٢. أن يكون محل الملكية شيئا غير مادي أي غير محسوس كالأفكار والاختراعات، على
 عكس الملكية العينية فالشيء يكون ماديا محسوسا، كالأرض، والمباني.

٣- يشترط في محل فنان الاداءأن يكون منقولا، ويدخل ضمن هذا المعني الكتب، والمصنفات الأدبية والفنية، والموسيقية والرسومات، والنماذج الصناعي. وكل أنواع فنان الاداء من أفكار وإبداعات ذهنية عقلية.

إن الأفكار ومنتجات الذهن كثيرة ومتعددة تبعا لتعدد واختلاف أوجه الابتكار الإنساني، منها ما يتعلق بالجوانب الصناعية كالاختراعات، والاكتشافات والنماذج والرسومات الصناعية. ومنها ماله طابع تجاري كالعلامات التجارية، والاسم التجاري والسمعة التجارية والمحل التجاري. إن لكل نوع من هذا الإنتاج الفكري نظام يحكمه ويبين ماهيته وبهذا فأن حقوق فنان الاداء في عمومها تأتي على كل شيء غير مادي، تخول صاحبها احتكار او استغلال ذلك الإنتاج. أن هذه القيمة هي سلطة مباشرة تمكن المتعاقد مع فنان الاداء من الاستئثار والانتفاع المالي لشمرة عمل أو جهد صاحب الحق الذهني أو لنشاطه دون إعراض وذلك خلال المدة المحددة قانونا.

وعلى اية حال فالنصوص المنظمة لحقوق فنان الاداء هي مجموعة القواعد القانونية التي تهدف إلى تنظيم طائفتين رئيسيتين من الحقوق هما:

١. حقوق المؤلفين والمنتجين والفنانين أو ما يطلق عليه مصطلح "الملكية الأدبية والفنية."

٢- حقوق الملكية الصناعية، وهي مجموعة من الحقوق المعنوية ترد على أشياء غير مادية تخول لأصحابها الحق فيها، حقا مانعا في استغلالها أو استعمالها، ويدخل في نطاقها كل ما يرد

من ابتكارات صناعية جديدة كبراءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية التي تستعمل لتمييز منتجات معينة من تلك المشابهة أو المنافسة لها...الخ.

المبحث الرابع: مضمون حقوق فنانو الاداء

يتمتع فنانو الأداء بحقوق أدبية وأخرى مالية، فما هو مضمون كل حق من هذه الحقوق، وهل تختلف عن تلك الممنوحة للمؤلف، وهل نص المشرع العراقي عليها؟

المطلب الأول: الحقوق الأدبية لفناني الأداء

لقد منحت التشريعات الوطنية فناني الأداء حقوقا أدبية تتسم بخصوصية متميزة عند مقارنتها بالحقوق الادبية للمؤلف، وهي عدم قابليتها للتصرف فيها أو الحجز عليها من جهة، وديمومتها وعدم تقادمها من جهة أخرى أ. وتجدر الأشارة الى أن اتفاقية الويبو للأداء والتسجيل الصوتي هي أول من منح فناني الأداء حقوقا أدبية، على خلاف اتفاقية روما التي لم تمنحهم مثل هذه الحقوق بسبب اعتراض الدول الأنجلوسكسونية. لأن من شأن تأكيد الحقوق الأدبية لفناني الأداء وقت وضع اتفاقية روما أن يؤدي إلى النيل من نجاح هذه الاتفاقية أ.

# الفرع الأول: تَسميّة العمل الفني

يقصد بذلك أن يكون للفنان المؤدي الحق في نسبة أدائه إليه على نفس الطريقة أو الأسلوب الذي أبدعه عليه، بأن يكون لهذا الفنان الحق في ارتباط أدائه باسمه بحيث يستطيع الجمهور الربط بين أداء الفنان وشخصيته ". فمن جانبه فقد منح المشرع المصري الفنان المؤدي الحق في نسبة الاداء الحي أو المسجل الى فناني الاداء على النحو الذي ابدعوه، وهذا هو حال المشرع العراقي فقد منح الفنان المؤدي الحق في نسبة الاداء السمعي الحي أو

 $^{2}$ . مغبغب، دراسة في الملكية الأدبية والفنية والحقوق المجاورة في القانون المقارن، ص  $^{354}$ . وراجع المادة معاهدة الويبو بشأن الأداء والتسجيل الصوتي.

\_

 $<sup>^{1}</sup>$ لقد نصت المادة/ 155 من قانون حماية الملكية الفكري ( المصري على " يتمتع فنانو الاداء وخلفهم العام بحق ادبى ابدى لا يقبل التنازل عنه أو التقادم"...، راجع المادة  $^{2}$ من القانون المدني الأردني رقم $^{1/366}$  / ، والمادة $^{3}$ 76 للسنة  $^{1}$ 10 ، حيث أن الحقوق الأدبية غير قابلة للحجز عليها وهذا مايفهم ضمنا من هاتين المادتين.

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> - Deli Lipszyc, Copyright of neighboring rightsUNESC 1999, op.cit ,p380.

المثبت في تسجيل صوتي إليه '. وبهذا يعتبر مخالفة لهذا الحق قيام إحدى شركات الكاسيت مثلا بوضع ألبوم غنائي باسم فنان مؤد مشهور بغناء ليس من صوته أو أدائه، فيعتبر هذا التصرف عملا غير مشروع لأنه يجب نسبة الأداء الفني الى الفنان الذي أداه، لا نسبة أداء الغير إليه '. الا أن الحق في نسبة الأداء الى الفنان وفقا للقانون العراقي انما يرد عليه تحفظ يسمح بعدم ذكر اسم الفنان المؤدي اذا كانت طبيعة الانتفاع بالأداء تمنع من نسبة الأداء الى مؤديه، وذلك مراعاة للغرض الذي استغل هذا الأداء من أجله ولطريقة استغلاله.

# الفرع الثاني: حق فنان الاداء في الطعن

يقصد بذلك حق الفنان المؤدي في الأعتراض على أي مساس بأدائه الفني من شأنه أن يسيء الى سمعته واعتباره. أذ يشمل ذلك، الاعتراض على أي تحريف أو تشويه أوحذف لهذا الأداء.والحكمة من تقرير هذا الحق هي أن الجمهور قد يتكون لديه حكم على قيمة الأداء الفنى بعيد كل. )البعد عن الفكرة التي أرادها الفنان من أدائه .

وقد منح المشرعان المصري والعراقي الفنان المؤدي الحق في احترام ادائه أذا منحا الفنان المؤدي الحق في منع اي تغيير أو تحريف أو تشويه في أدائهم  $^5$ . ومن مظاهر تشويه أداء الفنان، اذاعة أدائه قبل بلورته بصورة نهائية كقيام محطة تليفزيونية مثلا ببث لقطات الأداء الذي لا يزال في مرحلة الإعداد ولم يعلن بعد للجمهور، لأن أداء الفنان يمر بمراحل مختلفة يتخللها أخطاء وعثرات، فلا يحق نشر مثل هذا الأداء الا بموافقة مسبقة من الفنان  $^7$ .

1 . المادة/ 155 أ من قانون حماية الحقوق الفكرية المصري، والمادة/ 23 ب من قانون حماية المؤلف الأردني.

4 ـ كلومبيه، المبادىء الأساسية لحق المؤلف والحقوق المجاورة في العالم، دراسة في القانون المقارن، ص ٥٦ ـ ٥٣.

 $<sup>^{2}</sup>$  ـ رشدي، حماية الحقوق المجاورة لحق المؤلف،" دراسة في القانون المقارن، مجلة الحقوق، العدد الثاني، الكويت، 1998، 664 .

 $<sup>^{3}</sup>$  . المشرع الأردني في هذه المسألة تأثر بالمادة ( $^{(9)}$ )معاهدة الويبو بشأن الأداء والتسجيل الصوتي.

 $<sup>^{5}</sup>$  - المادة (  $^{00}$  /  $^{1}$  ) من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري، والمادة/  $^{23}$  ب من قانون حماية حق المؤلف الأردني.

<sup>6 -</sup> وتجدر الأشارة الى أنه يتم تصوير أداء الفنانين أثناء عمل البروفات، ويتم عرض ذلك فيما بعد بموافقتهم، والمثال العملي لذلك عرض برنامج" أخطاء وعثرات مقصودة" للمسلسل الأردني" حارة أبو عواد"، انتاج التلفزيون الأردني، وبرنامج " طاش ما نشاف " للمسلسل السعودي طاش ما طاش " انتاج التلفزيون السعودي.

وكذلك يعد تشويهًا لأداء الفنان المؤدي استخدام أدائه الفني في عملية صنع بعض الألعاب التي تخرج أصواتا، كاستعمال أداء فنان مثلا في ألعاب الأجهزة الخلوية التي يستخدمها الأطفال، أو أخذ عدة مقاطع من أداء فني مدرج ضمن تسجيل صوتي ودمجها مع بعض بدون تناسق بأذا يكون العمل الجديد مشوها.

المطلب الثاني: الحقوق المالية لفناني الأداء

تتميز الحقوق المالية لفناني الاداء بمجموعة من الخصائص تميزها عن الحقوق الأدبية. فهي من جهة حقوق استئثارية للفنان لايجوز لأحد ان يشاركه فيها. فليس في امكان أي شخص آخر خلاف صاحب هذا الحق. ان يستغل هذا الاداء الحماية القانونية لحقوق فناني دون تصريح الا في بعض حالات معينة يسمح بها القانون صراحة. وعلى الرغم من ذلك فان الحقوق المالية لفناني الاداء تعتبر حقوقا مؤقتة بمدة معينة، ويجوز الحجز عليها '.

## الفرع الأول: المدة القانونية للحق المالي

يقصد بذلك أن الحق المالي للمؤدي وعلى خلاف الحق الأدبي يعتبر حقا مؤقتًا بمدة معينة ينتهي بانتهائها، فمن جانبه حدد المشرع المصري مدة الحق المالي للفنان المؤدي بخمسين سنة، من تاريخ الأداء أو من تاريخ تسجيل هذا الأداء. فالحق المالي للمؤدي وأن كان حقا استئثاريا الا أنه حق استئثاري لمدة يحددها القانون، على خلاف مدة حماية الحق المالي للمؤلف فان مدة الخمسين سنة انما تبدأ من تاريخ وفاة الفنان كمبدأ عام ٢. أما المشرع العراقي، فهو وان شاطر المشرع المصري بتحديد مدة حماية الحق المالي للفنان المؤدي بخمسين سنة الأن سريان هذة المدة يبدأ من أول السنة الميلادية التالية لتاريخ أول تثبيت صوتي للأداء ويقصد بالتثبت هنا وضع المصنف في شكل مادي دائم، أو القدرة على البث في أي وقت والتحكم بالبث وحيازته، في حين ان المشرع العراقي قدجعل مدة حماية الحق المالي للمؤلف خمسين سنة مبدء عام تبدء من تاريخ الوفاة. 3 يترتب على ماسبق ذكره نتيجتان للمؤلف خمسين سنة مبدء عام تبدء من تاريخ الوفاة. 3 يترتب على ماسبق ذكره نتيجتان

أ ـ انظر في تعريف الحق الأستئثاري" المقصور "معجم مصطلحات حق المؤلف والحقوق المشابهه، والصادر عن المنظمة العالمية للملكية الفكرية، الويبو -جنيف، عام1979، ص106 .

<sup>2 .</sup> راجع المواد ( ١٦٠ ـ ١٦٦ ) من قانون حماية الملكية الفكرية المصري.

 $<sup>^{3}</sup>$  . راجع المواد  $^{8}$  .  $^{8}$  من قانون حماية المؤلف الأردني.

مهمتان، هما أن مدة حماية الحق المادي للفنان المؤدي وفقا للمشرع المصري و العراقي قد تنتهي وهو مايزال على قيد الحياة، وبذلك لا يعود لخلفه الحق في ممارسة الحق المادي لسلفه الفنان، والنتيجة الثانية تتمثل بأن المشرع العراقي لا يعتمد الأداء الحي منطلقا لبدأ سريان مدة حماية الحق المادي للفنان المؤدي، وإنما اعتمد على الأداء المثبت في تسجيل صوتي كمنطلق لبدء مدة الحماية، على خلاف المشرع المصري أذا اعتبر الأداء الحي منطلقا لبدء سريان مدة الحق المادي للفنان المؤدي سقوط هذا الحق المادي للفنان المؤدي سقوط هذا الحق في الملك العام، وهذا ما نص عليه المشرع المصري صراحة في حين ان المشرع العراقي لم ينص على ذلك، وهذا شيء طبيعي طالما انه قد حدد مدة الحماية بمدة معينة، فهذا يعنى أنه بانتهاء هذه المدة سيؤول هذا الحق حكمًا الى الملكية العامة أ.

الفرع الثاني: أنواع الحق المالي

تشمل هذه الحقوق الحق في توصيل الأداء الى الجمهور، وتثبيته. والحق في الاستنساخ، والحق في الاستنساخ، والحق في الإتاحة العلنية.

الفقرة الأولى: الحق في تثبيت العمل الفني:

يعرف الحق في توصيل الأداء الى الجمهور. بأنه حق الفنان المؤدي أن ينقل الى الجمهور الأصوات التي يتكون منها الأداء أو الأصوات أو أوجه تمثيل الأصوات المثبتة في تسجيل صوتي بأي وسيلة كانت. باستثناء وسيلة الاذاعة وبهذا المعنى يحق للفنان المؤدي نقل أدائه الى الجمهور عن طريق التلفزيون وعن طريق الحاسب الآلي والأنترنت  $^{8}$ . في حين يقصد بالتثبيت كل تجسيد للأصوات أو لكل تمثيل لها يمكن بالانطلاق منه ادراكها أو استنساخها أو نقلها بأداة مناسبة. ومعلوم أن التثبيت هنا يقصد به التثبيت الأول للأداء الحي وقد نصت التشريعات الوطنية، والاتفاقيات الدولية على هذا الحق صواحة  $^{4}$ . ويترتب على تمتع الفنان

2 ـ راجع المادة 183 من قانون حماية الملكية الفكرية المصري، والمادة 34 من قانون حماية حق المؤلف الأرني.

أـ الشيخ، الحقوق المجاورة لحق المؤلف، المرجع السابق، ص 203 وما بعدها.

 $<sup>^{2}</sup>$ . راجع المادة  $^{2}/$  من معاهدة الوايبو للأداء والتسجيل الصوتي.

 $<sup>^{4}</sup>$  ـ المادة $^{2}$  ج من معاهدة الويبو للأداء والتسجيل الصوتي،راجع المادة $^{6}$  من قانون حماية الفكرية المصري، والمادة $^{7}$  / أ، ب من اتفاقية روما، والمادة  $^{7}$  من قانون حماية حق المؤلف الاردني. / أ، ب من اتفاقية روما، والمادة  $^{7}$  من قانون حماية حق المؤلف الاردني.

المؤدي بهذا الحق أن له الاعتراض على أي استخدام لأدائه يتخذ شكل النقل الى الجمهور بعرض الكسب اذا ما تم ذلك بصورة مباشرة أو تلقائية دون الحصول على ترخيص مسبق منه. فمثلا يحق للفنان الاعتراض على قيام هيئة تلفزيون أو أي منتفع آخر بتسجيل عمله وبثه أو إعادة بثه الى الجمهور. أما اذا ما تم الحصول على موافقة الفنان المؤدي فأنه لا يحق له الاعتراض على هذا التوصيل.

# الفقرة الثانية :الحق في تقليد العمل الفني أو الاستنساخ

من ضمن الحقوق المالية الأخرى التي يحق لفناني الأداء منع استعمالها بدون موافقة مسبقة منهم، الحق في استنساخ أدائهم المدرج ضمن تسجيل صوتي ويقصد به استحداث صورة أو اكثر مطابقة للاصل من تسجيل صوتي باية طريقة. بما في ذلك التخزين الالكتروني الدائم أو المؤقت لهذا التسجيل، وبعبارة أخرى فان الاستنساخ يعني انتاج نسخة واحدة أو أكثر عن اي تثبيت أ. وقد نص المشرعان المصري والعراقي على هذا الحق أذا انه قد افرد له بندًا كاملا، بموجبه يستأثر الفنان المؤدي بالحق في استنساخ أدائه المدرج ضمن تسجيل صوتي، سواء كان هذا الاستنساخ بصورة مؤقتة أو دائمة أ. وخيرًا فعل المشرع العراقي عندما جعل التسجيل الرقمي الإلكتروني وسيلة من الوسائل التي يستخدمها الفنان المؤدي لاستنساخ أدائه المدمج في تسجيل صوتي . وبذلك فان حق الأستنساخ هنا يشمل الأستنساخ المادي، والإلكتروني معا.

## الفقرة الثالثة :الاداء العلني

يقصد بحق الإتاحة العلنية قيام الفنان المؤدي باتاحة ادائه الفني الى الجمهور بأي وسيلة أو طريقة تقنية. مثل مكبر الصوت، أو الفونوغرام كالتسجيلات أو الأسطوانات أو الاذاعة أو اي

المتصلة بالتجارة من / والمادة14 حقوق الملكية الفكرية" تريبس"، والمؤرخة في – 15 أبريل 1994، نص باللغة العربية، منشورات منظمة التجارة 2من معاهدة الويبو، / 1العالمية العالمية،، والمادة6 للأداء والتسجيل الصوتي.

1. راجع المادة ( 107) من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري، والمادة/ 23 أ 2 /من قانون حماية المؤلف الاردني حق 1ج من اتفاقية روما، والمادة 71/14 من اتفاقية تريبس، والمادة 7 من معاهدة الويبوللأداء والتسجيل الصوتي.

<sup>.</sup> المادة 71/14 من اتفاقية ترييس، والمادة 7 من معاهدة الويبوللأداء والتسجيل الصوتي.

وسيلة " $\mathbf{C}$  D" الكاسيتات وما يماثلها مماثلة، طالما ان الاتاحة علنية امام الجمهور  $^1$ . وكما هو الحال في الحق في التثبيت والاستنساخ فان المشرعين المصري والعراقي قد نصا على حق الفنان المؤدي بالاتاحة العلنية لادائه الفني. وحددا في الوقت ذاته وسائل الحق بالاتاحة العلنية  $^2$ قفد اعتبر المشرع العراقي جميع الطرق السلكية واللاسلكية وسائل يمكن من خلالها للفنان المؤدي اتاحة ادائه المثبت في تسجيل صوتي للجمهور، وهذا يعني ان الانترنت وسيلة من وسائل الاتاحة العلنية لاداء المؤدي العلني فان الهدف من ذلك هو تمكين الجمهور من تلقي هذا الاداء في الزمان والمكان الذي يختاره اي منهم.  $^6$ في حين أن المشرع المصري كان اكثر وضوحًا في هذا الشان من المشرع العراقي، اذ ان المشرع المصري عمم بعد التخصيص. فبعد ان اعتبر الاذاعة واجهزة الحاسب الالي من ضمن هذه الوسائل جاء وعمم وسائل الاتاحة العلنية لتشمل وسائل الاتاحة العلنية لاداء الفنان والحاسب الالي. فيمكن اعتبار الجهاز المحمول وسيلة من وسائل الاتاحة العلنية لاداء الفنان المؤدي مثلا، ويشمل حق الإتاحة العلنية، حق التأجير، وحق التوزيع. ويقصد بحق التأجير ان يقوم الفنان المؤدي بتأجير الأداء المسجل، سواء على كاسيت ام شريط فيديو لاستعماله مدة الاعارة لقاء مقابل مادي ثم اعادته الى صاحبه بعد انتهاء مدة الاعارة. ويستوي حصول التاجير على النسخة الاصل أو النسخة المطبوعة عنه.  $^4$  في حين يقصد بحق توزيع الأداء الفني حق على النسخة الاصل أو النسخة المطبوعة عنه.  $^4$ 

the model and the second and

<sup>1 .</sup> بكر، وخاطر، الحماية القانوني للملكية الفكرية، ص115 و المادة (٤) من قانون حماية الملكية الفكرية الاردني.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup>. حيث نصت المادة ( 156 المصري) على يتمتع فنانو الأداء بالحق بالإتاحة العلنية لاداء مسجل عبر الإذاعة أو أجهزة الحاسب الآلي أو غيرها من الوسائل وذلك بما يحقق تلقيه على وجه الانفراد في أي زمان أو مكان، أما المادة / 123 / 124 من قانون حماية حق المؤلف الأردني فقد نصت على) يستأثر المؤدي بالحق في إتاحة الأداء المثبت في تسجيل صوتي للجمهور بطريقة سلكية أو لا سلكية وبما يمكنهم من الوصول إليه في أي زامن ومكان يختاره أي منهم (وقد ثأثر المشرع الأردني هنا بنص المادة / 10 من معاهدة الويبو للأداء / 1 من اتفاقية تريس، في / والتسجيل الصوتي، والمادة / 1 عن اتفاقية روما على هذا الحق.

 $<sup>^{3}</sup>$  . وقد نصت المادة 109 من القانون الجزائري على هذا 2 ( الحق، والمادة > 0 من القانون المغربي، والمادة > 10 من القانون الكويتي.

 $<sup>^4</sup>$  عرفه، الوسيط في حماية حقوق الملكية الفكرية، ص345 . المادة (107) من قانون حماية الملكية الفكرية المصري والمادة/ 23 أ 4 أمن قانون حماية حق المؤلف الاردني. وقد تأثر المشرع الأردني هنا بنص المادة 9 من معاهدة الويبو للأداء والتسجيل الصوتي، في حين لم تنص اتفاقيتي روما وتريبس على حق التأجير.

الفنان بتوزيع أدائه المثبت عن طريق البيع أو اي تصرف آخر ناقل للملكية. فيمكن للفنان توزيع إدائه عن طريق الهبة أو عن طريق عقد الشركة أو القرض أو الصلح بوصفها عقودًا ناقلة للملكية. ومن مظاهر حق التوزيع كذلك حق الفنان المؤدي بمنع استيراد أدائه المثبت في تسجيل صوتي. فيكون له الحق بمنع غيره من تسجيل أدائه على دعامات مادية مثلا كالأشرطة والأسطوانات أو غيرها من وسائل التسجيل، وبصرف النظر عن كون هذا التسجيل قد اعد بموافقة هذا الفنان ام لا 1.

#### المبحث الخامس: الاخلال بالالتزامات العقدية والقانونية

قبل وضع بنود العقد ينبغي مراعاة القواعد الاساسية التي نص عليها المشرع، وتضمينها في بنود العقد. وهذه القواعد على نوعين منها ماهو منصوص عليه في تشريعات وطنية ومنها ماهو منصوص عليه في المعاهدات الدولية. ونجملها بالتالي :

## المطلب الأول: الحماية الوطنية لحقوق فناني الأداء

تتمتع حقوق فناني الأداء بنوعين من الحماية على المستوى الداخلي هما الحماية المدنية وهي حماية مزدوجة. تتمثل بالحماية الأجرائية التي يستطيع الفنان المؤدي من خلالها ان يطلب من الجهة المختصة إصدار قرار وقتي بمنع الضرر المحتمل وقوعه على الحق المراد حمايته، أو يحافظ على دليل الاعتداء عليه. أذ يمكن للفنان المؤدي التمسك بهذا الدليل عند اللجوء إلى الحماية النهائية" التنفيذية"، التي تتمثل بالمطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقت بالفنان المؤدي نتيجة الاعتداء على حقوقه. وفقا لقواعد المسؤولية المدنية أما النوع الثاني من أنواع الحماية الوطنية فيتمثل بالحماية الجزائية المتعلقة بمخالفة نص من نصوص التجريم التي وردت في القوانين الوطنية.

# الفرع الأول: الحماية القانونية لحقوق فناني الأداء

تشمل الحماية المدنية لحقوق فناني الأداء، الحماية الأجرائية" الوقتية "لهذه الحقوق، والمتمثلة باتخاذ مجموعة من الإجراءات المستعجلة بغية الحفاظ على هذه الحقوق، والحماية

 $<sup>^{1}</sup>$  - راجع المادة (  $^{7}$  ) من قانون حماية حق المؤلف الاردني، وقد تأثر المشرع الأردني هنا بنص المادة  $^{8}$  من معاهدة الويبو للأداء والتسجيل الصوتي، في حين لم تنص اتفاقيتي روما وتريبس على حق التوزيع.

النهائية، المتمثلة بصدور حكم نهائي من المحكمة المختصة يقضي بتعويض الفنان المؤدي نتيجة الاعتداء على حقوقه. و حصول اعتداء على مصنفة سواء كان ذلك:

1. عن طريق صناعته واستنساخه بدون إذن بقصد استخراج نسخ منه، في المجموعة بشرط أن تكون بقصد إعادة نشر المصنف ويستثنى من ذلك حسب أغلب التشريعات استبعاد الحجز على المطبعة وعلى الحروف غير المجموعة والورق.

2. عن طريق الأداء العلني للمصنف أمام الجمهور بإقاعه أو تمثيله أو إلقائه، ومنع استمرار العرض القائم أو حظره مستقبلا. كما يشمل الحجز الإيراد الناتج من النشر أو العرض والاستغلال غير المشروع للمصنف.

كما أعطى المشرع لعملية الحجز في مثل هذه الأحوال صبغة استعجالة يقع بشأنها النظر والأمر ولو خارج الأوقات القانونية المحددة للعمل. ويتم تحديد جهة الاختصاص للنظر في طبيعة النزاع أو في توقيع الحجز بمناسبة حماية حقوق الفنان والحقوق المجاورة، فإنها تتحدد فيما إذا كن الحق مدنيا تكون حمايته اماما المحاكم المدنية وإذا كان الحقوق ذات صبغة تجارية وصناعية تكون من اختصاص الفرار التجاري...إلخ.وبالسبة لتوقيع لحجز يتحدد الاختصاص القضائي بالمكان الذي تجري فيه عملية النسيخ المقلدة، أو مكان البيع، لو التوزيع، أو مكان البث الصوتي السمعي البصري، أو مكان أداء المصنف للجمهور وهذه الحماية هي:

الفقرة الأولى :وسائل حماية حقوق فناني الأداء

تشمل الحماية الأجرائية إجراءات وقف التعدي مستقبلا "وقف نشر الأداء"، والحجز على الأداء أو التسجيل الصوتي الذي تم الاعتداء عليه، وحصر الإيراد الناتج عن الاستغلال غير المشروع للأداء.

### أولا: وقف نشر الأداء

قد يرى الفنان المؤدي ان الإجراء التحفظي المناسب للمحافظة على حقه الذي يحميه القانون هو العمل على وقف نشر أدائه الذي تم الاعتداء عليه. وعليه إذا تم الاعتداء على حقوق أحد فنانى الأداء مثلا في فيلم سينمائى كان قد أدى عملا فنيا فيه. فان الإجراء

التحفظي هنا يتمثل بطلب بوقف عرض هذا الفيلم، وقد يتم الاعتداء كذلك على حقوق فناني الأداء ضمن تسجيل صوتي، فهنا يتمثل الإجراء التحفظي بوقف صناعة هذا التسجيل أو إنتاجه. ولا شك ان إجراء وقف التعدي على حقوق فناني الأداء يعتبر الحلقة الأولى من حلقات المحافظة على دليل الاعتداء وعدم إمكانية إزالة معالمة، ليتمكن الفنان المعتدى على حقوقه من التسلح به كدليل أو وسيلة إثبات لحقوقه  $^1$ . وقد نص المشرعان العراقي والمصري على هذه الصورة من صور الحماية الإجرائية إلا ان موقف المشرع المصري كان اكثر وضوحا، أذا حدد أشكال هذه الصورة بوقف عرض الأداء أو وقف نسخه، أو وقف صناعته وحسب طبيعة الاعتداء، على خلاف المشرع العراقي الذي جاء بصيغة عامة — الأمر بوقف التعدي — دون تحديد لأشكال هذا الوقف  $^1$ .

## ثانيا :الحجز على الأداء محل الاعتداء

ان من بين صور الحماية الإجرائية المتمثلة بحصر الضرر الواقع فعلا توقيع الحجز التحفظي على الأداء أو التسجيل الصوتي أو على نسخه، وكذلك يمتد هذا الحجز ليشمل جميع المواد والأدوات التي تستعمل في إعادة نشر هذا الأداء أو استخراج نسخة منه إلا انه يشترط لإيقاع الحجز التحفظي في الحالة الأخيرة ان تكون تلك المواد غير صالحة إلا لاعادة نشر الأداء وبعبارة أخرى يجب ان تكون المواد المراد حجزها مخصصة أصلا لاعادة نشر الأداء ".فمثلا عند نسخ أداء فنان مؤد مدرج ضمن تسجيل صوتي فانه يجوز توقيع الحجز على الجهاز الذي تم استخدامه لهذا النسخ، إلا انه لا يجوز الحجز على الدعامات المادية الفارغة التي كان من الممكن ان ينسخ عليها الأداء الفني والسبب ان هذه الدعامات صالحة لأمور أخرى غير أمر إعادة نسخ الأداء الفنى أما الدعامات المنسوخ عليها أجزاء من الأداء فيمكن الحجز عليها.

الأردني.

<sup>1</sup> محمود، الحماية الوقتية لحقوق الملكية الفكرية، ص 135 ـ 138.

 $<sup>^2</sup>$ . راجع المادة /146 من قانون حماية حق المؤلف الاردني. والمادة 1۷۹ من قانون حماية الفكرية المصري.  $^3$ . راجع المادة (109) من قانون حماية الملكية الفكرية المصرية، والمادة (109) أ (109) من قانون حماية حق المؤلف

ثالثا : حصر ايرادات الأداء

تتمثل هذه الصورة من صور الحماية الإجرائية بطلب حصر الإيراد الذي حققه المعتدي نتيجة استغلال الأداء الفني استغلالا غير مشروع تمهيدا لإلقاء الحجز على هذا الإيراد  $^1$ . وتشمل هذه الصورة كذلك مصادرة النسخ غير الشرعية من الأداء المدرج ضمن تسجيل صوتي، وأي مواد أو أدوات استعملت في هذا الاستنساخ، وكذلك مصادرة ثمن التذاكر المباعة للجمهور نتيجة استغلال الأداءالفني، ويتم تنفيذ هذه الصورة من صور الحماية عن طريق انتداب أحد الخبراء من قبل المحكمة المختصة لمعاونة المحضر المكلف بالتنفيذ  $^1$ .

الفقرة الثانية :الاجراءات التنفيذية لحماية حقوق فنانى الأداء

ان الاعتداء على حقوق فناني الأداء يترتب عليه ضرر يلحق بهذا الفنان فإذا لم تجد الحماية الإجرائية في منع هذا الاعتداء فإن الحماية النهائية قد تكون هي الجزاء المترتب على الاعتداء على حقوق فناني الأداء، وتتحقق هذه الحماية من خلال إيقاع المسؤولية بصورتيها العقدية والتقصيرية، وذلك بصدور حكم نهائي بمواجهة من يقوم بهذا الاعتداء التي يترتب عليها بطبيعة الحال إلزام المعتدي بدفع تعويض لهذا الفنان نتيجة للضرر الذي أصابه.

المطلب الثانى: طبيعة الاخلال بحقوق فنانى الاداء

تختلف طبيعة الحماية المدنية التي يستحقها الفنان المؤدي باختلاف طبيعة الاعتداء الذي يقع على حقوقه، فقد يتم الاعتداء على هذه الحقوق من قبل الطرف المتعاقد مع هذا الفنان، كما قد يتم الاعتداء عليها من قبل الغير – الذي لا تربطه بهذا الفنان أي علاقة تعاقدية.

الفرع الأول: الإخلال بالعقد المبرم مع الفنان المؤدي

تتعدد العلاقات التعاقدية التي يمكن ان يبرمها الفنان المؤدي في معرض ممارسته لحقوقه، فقد يبرم الفنان المؤدي عقدا مع مؤلف معين لاداء مصنفة، كأن يتعاقد الفنان مع شاعر لاداء شعره

179 من قانون حماية حقوق الملكية الأردني، والمادة 146 من قانون حماية حقوق الملكية الأردني، والمادة من قانون حماية الملكية الفكرية المصرى.

 $^{2}$  . راجع المادة / 46  $^{1}$  2  $^{1}$  من قانون حماية حق المؤلف الاردني. و المادة / 46 من قانون حماية الملكية الفكرية المصرى.

في شكل أغنية. أو قد يتعاقد هذا الفنان مع جمعية معينة لادارة حقوقه المالية على النحو الذي فصلناه سابقا، أو غير ذلك من العقود '. فإذا ما أخل الطرف المتعاقد مع الفنان المؤدي بأحد التزاماته التي يفرضها عليه العقد المبرم بينهما، وترتب على ذلك ضرر وعلاقة سببية بينهما تقوم المسؤولية العقدية.

فإذا اهملت الشركة التي تعاقد معها الفنان المؤدي في القيام بواجبها تجاه هذا الفنان، ولم تقم بتتبع المكافآت المالية التي يستحقها مثلا. فإنها تكون قد اخلت بالتزامها العقدي مع الفنان المؤدي. وهذا من شأنه أن يرتب ضررًا يصيب الفنان المؤدي نتيجة الاعتداء على حقوقه التي كفلها له القانون، ويشترط ان يكون ذلك الضرر مباشرا، فلو أن الفنان المؤدي أصيب بصدمة عصبية نتيجة للاعتداء على حقوقه المالية فان المعتدي يكون مسؤولا عن الضرر المباشر الذي ألحقه بهذا الفنان ألا وهو تفويت المبالغ المالية عليه، إلا انه لا يكون مسؤولا عن مرض هذا الفنان بالصدمة العصبية لأنه ضرر غير مباشر  $^2$ . وإذا ما تحقق الضرر على نحو ما سبق ذكره فانه يتوجب ان يكون نتيجة طبيعية لفعل الإخلال بالالتزام العقدي، وهذا ما يعبر عنه بوجود علاقة سببية بين فعل الإخلال وما ينجم عنه من ضرر  $^3$ . وهذا يعني انه إذا كان عنه بوجود علاقة سببية بين فعل الإخلال وما ينجم عنه من ضرر أقد. وهذا يموني انه إذا كان المسؤولية العقدية لا تقوم، كما إذا تم الاتفاق بين الفنان المؤدي وبين إحدى هيئات الإذاعة المسؤولية على إذاعة أداء هذا الفنان مساء كل يوم، إلا ان هذه الإذاعة لم تتمكن من بث هذا الأداء إلا في فترة الصباح بسبب انشغال البث مساء بأحداث تمس سلامة وأمن الدولة التابع لها هذه الإذاعة مثلا.

الفرع الثاني: الإخلال بالالتزام القانوني المتمثل باحترام حقوق فناني الأداء قد يكون المعتدي على حقوق فناني الأداء لا تربطه بهذا الفنان علاقة تعاقدية، وانما يقوم هذا المعتدي بمخالفة التزام قانوني سابق، يتمثل بعدم الإضرار بحقوق فناني الأداء التي كفلها

<sup>1-</sup> مرسي، الحماية القانونية لحق المؤلف في التشريع الجزائري، ص 382 وراجع كذلك المطالقه، النظام القانوني لعقود اعداد برامج الحاسب الألي، ص63 ـ 70.

<sup>·</sup> السرحان وخاطر، شرح القانون المدنى الأردني، مصادر .الحقوق الشخصية، الألتزامات، دراسة مقارنة، ص325 .

 $<sup>^{3}</sup>$ . الصدة، مصادر الالتزام دراسة في القانون اللبناني والمصري، ص $^{2}$ 

القانون، من هنا فان الاعتداء على حقوق فناني الأداء في هذه الحالة يعتبر فعلا ضارا يرتب القانون عليه المسؤولية التقصيرية، وكما هو الحال بالمسؤولية العقدية فإن هذه المسؤولية – أي التقصيرية - يشترط لقيامها توفر ثلاثة أركان وهي الإضرار والضرر وعلاقة السببية بينهما . ويتمثل الركن الأول" الإضرار "بالإخلال بواجب قانوني يفرضه القانون الذي ينظم حقوق فناني الأداء على الكافة بضرورة احترام هذه الحقوق <sup>2</sup>.كقيام أحد الأشخاص بتقليد أداء فنان مؤد ونسبته إليه أو قيامه بأداء هذا الأداء دون موافقة مسبقة من الفنان أو قيام البعض باستنساخ الفونوغرامات التي تم تثبيت الأداء عليها كالأشرطة أو وبيعها أو تأجيرها أو تداولها بأي (CDs)اسطوانات الليزر طريقة من الطرق، أو ان يقوم أحد القراصنة بفتح موقع على الإنترنت ويتبادل من خلاله أداء فنان مؤد ويقوم بتوزيعه أو تسجيله دون مقابل  $^{3}$ . أما الركن الثاني من أركان المسؤولية التقصيرية فهو" الضرر "الناتج عن فعل الإضرار كالضرر الذي يحصل له نتيجة الاعتداء على حقوق الاستغلال المالي. فقد يقوم أحد الأشخاص بنسخ أداء هذا الفنان المدرج ضمن تسجيل صوتي وبشكل ينافس النسخ الأصلية لهذا الأداء كما يتمثل الضرر المادي في صورة تفويت مكسب على الفنان المؤدي.  $^4$ فلو قلد صوت فنان مشهور مثلا في إعلان تلفزيوني فانه سيستحق تعويضا ماديا لأنه نادرا ما يشترك في هذه الإعلانات، ولو أراد الاشتراك فيها فإنه سيحصل على اجر كبير، فالضرر المادي الذي أصاب المؤدي هنا يتمثل بعدم إمكانية الحصول على مقابل مالى كبير من جراء تقليد صوته لأنه اصبح صوتا مألوفا 5.أما الضرر الآخر الذي يسببه الاعتداء على حقوق فناني الأداء فيتمثل بالضرر الأدبي

<sup>1 .</sup> وقد تناول المشرع الأردني أحكام المسؤولية التقصيرية في 287 من القانون المدني الأردني – .المواد256 .

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> وتجدر الإشارة إلى ان المشرع الأردني قد أقام المسؤولية( التقصيرية هنا على الفعل الضار) الضرر (في حين ان المشرع المصري قد أقامها على أساس الخطاء، حيث تنص المادة 256 مدني أردني) كل أضرار بالغير يلزم فاعله بالتعويض (...في حين ان المادة 163 من القانون المدني المصري ينص على) كل خطأ سبب ضررا للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض.

<sup>3 -</sup> حداد، النظام القانوني للمصنف الأردني، دراسة مقارنة، ص77 - ٧٩.

<sup>4</sup>\_ الفتلاوي، الوسائل القانونية لحماية حق المؤلف " الجزاء المدني" ، منشورات جامعة اليرموك، عمادة البحث العلمي والدراسات العليا 2001 ، ص305 .

 $<sup>^{5}</sup>$  - الاهواني، الحق في احترام الحياة الخاصة" الحق في الخصوصية"، ص $^{444}$  .

الذي يسبب ألما معنويا للمؤدي لما فيه من مساس بشعوره وسمعته أو كرامته أو مركزه الاجتماع، كأن يقوم الغير بنسبة الأداء إلى نفسه أو ان يقوم بنشره بصورة مشوهة تسيء إلى سمعة المؤدي الأدبية أو ان تقوم أحد الشركات باستعمال صورة الفنان المؤدي في كتالوجاتها التجارية بدون موافقته للترويج لسلعة معينة '.

المطلب الثالث: اثر التعدي على حق فنان الاداء

يترتب على التعدي على حق فنان الاداء، أقامة المسؤولية على المعتدي. ولكن ينبغي التفرقة هنا بين المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية. والفرق بينهما هو أن المسؤولية العقدية تنهض عندما يكون هناك خطأ عقدي، بمعنى أخلال الطرف المتعاقد مع فنان الاداء بشروط العقد المبرمة بينهما. وهذه الشروط الغالب فيها أن تكون موضوعة مسبقا ولا تقبل النقاش فيها، ولذلك تأخذ صبغة عقود الاذعان.

و تكمن المشكلة في حالة التعويض المادي في تحديد مقداره ولا سيما ان مدى التعويض المادي ليس موحدا للكافة اذ يمكن أن يزداد مبلغ التعويض بحسب الضرر الذي يلحق بالفنان المؤدي، فمن أهم المصاعب التي تواجه المحاكم مسألة تقدير التعويض عن الضرر الذي أصاب الفنان المؤدي نتيجة الاعتداء على حقوقه، والسبب في ذلك أن هذه الحقوق تقسم الى حقوق مالية، وأخرى أدبية، فما هي الأسس الواجب اتباعها عند تقدير هذا التعويض؟

لقد حدد قانون حماية حق الفنان العراقي ثلاثة اسس لتقدير التعويض الذي يستحقه الفنان المؤدي نتيجة الاعتداء على حقوقه دون التمييز بين المسؤولية العقدية أو التقصيرية، وهي الأسس الخاصة بالفنان المعتدى عليه، وتلك الخاصة بالاداء محل الاعتداء، وأخيرا الأسس الخاصة بمدى استفادة المعتدي من جراء استغلاله لهذا الأداء 2.

فالبنسبة للأساس الأول نجد أن هناك العديد من الاعتبارات الخاصة بالفنان المؤدي المتضرر تساعد على تقدير التعويض، من ذلك مثلا مكانة هذا الفنان ومركزه الاجتماعي والثقافي والفني، ومدى تاثير الاعتداء على سمعته فهذه الاعتبارات هي التي تضفي على الفنان

 $^{2}$  . بدلالة المادة 53 من قانون حماية حق المؤلف الأردني.

<sup>.</sup> الفتلاوي، الوسائل القانونية لحماية حق المؤلف " الجزاء المدنى" ، مرجع سابق، ص 304 وما بعدها.  $^{1}$ 

شهرته مما تؤثر بالنتيجة على تحديد قيمة التعويض الذي يستحقه هذا الفنان. فالتعويض الذي يستحقه فنان مؤد له باع طويل في الفن والأداء ليس كالتعويض الذي يستحقه فنان ناشئ.أما بخصوص الأساس الثاني، فان من أهم الاعتبارات الخاصة بالأداء الفني محل الاعتداء القيمة الأدبية أو الفنية، لهذا الأداء، وقيمة المصنف" الأداء الأصلى "في السوق. وبطبيعة الحال فان تحديد القيمة الأدبية أو الفنية لهذا الأداء هي مسألة موضوعية تستقل محكمة الموضوع فيها، فقد يقع الاعتداء على أداء مغن يقوم بغناء قصيدة شعرية تعبر عن حب الوطن والانتماء اليه أو فنان يقوم بأداء مشاهد مسرحية مضحكة، فقد يكون مبلغ التعويض عن الضرر في الحالة الثانية أكبر منه في الحالة الأولى والعكس صحيح تبعا لظروف كل حالة، أما الأساس الثالث الذي يجب على القاضي أخذه بعين الاعتبار عند تقدير التعويض الفوائد المالية التي جناها المعتدي جراء اعتدائه، ويمكن معرفة قيمة الأداء الفنى من خلال معيار " رواج الأداء الفنى " من عدمه ومدى اقبال الجمهور عليه، فعند قيام مؤسسة انتاج فني بنسخ أداء فنان مؤد مشهور وتوزيعه على شكل دعامات مادية وطرحه في الأسواق دون موافقة هذا الفنان فانها ستجنى ارباحا طائلة نتيجة لذلك، من هنا فان من العدل تدخل هذه الأرباح والفوائد التي جناها المعتدي في تقدير مبلغ التعويض الذي يستحقه الفنان المؤدي عند الاعتداء على حقه. وأخيرا تجدر الأشارة الى أن المشرع العراقي لم ينص على مسالة الإدارة الجماعية لحقوق فناني الأداء المالية، وما يحصل عليه من تعويض جراء الاعتداء على هذه الحقوق إلاأنه يمكن لهم مثلا ان يتعاقدوا مع مكتب حماية حقا للفنان أو مع هيئة الاعلام المرئي والمسموع، أو مع اية جهة حكومية كانت أو غير حكومية، أو مع شركة تجارية، أوجمعية مهنية متخصصة ومنشأة لهذا الغرض، كما يوجد في الأردن نقابة للفنانين تتولى ادارة شؤونهم، وتعمل على رعاية مصالح اعضاء النقابة بما في ذلك ادارة حقوقهم المالية وتحصيلها، ومن جهة أخرى فانه يشترط تسجيل العقود المبرمة مع الفنانين الافراد والفرق العربية والاجنبية لأداء المهنة في السجل المخصص لذلك في النقابة وذلك حفظ لحقوق الفنانين من الناحية المالية  $^{1}$ .

1 - اسبغ المشرع الأردني الحماية الجزائية على حقوق فناني الأداء، وافرد لها عقوبة الحبس التي تتناسب مع حجم الاعتداء عليها تطبيقا لما ورد في معاهدة الويبو للأداء والتسجيل الصوتي، في الوقت الذي قصرت به اتفاقية تريبس

الفرع الاول: الحماية الجزائية لحقوق فنانى الأداء

هناك مجموعة من الأعمال لا يجوز لغير فناني الأداء القيام بها بغير سند شرعي، أي بغير ترخيص كتابي مسبق منه – وإلا كان ذلك اعتداء على هذه الحقوق يستوجب المسؤولية الجزائية، وهذه الأعمال هي بيع أو تأجير الأداء الفني أو تقليده، أو نشره عبر أجهزة الحاسب الآلي، وبالإجمال أي اعتداء آخر على الحقوق المالية والأدبية لفناني الأداء.

الفقرة الأولى: الاعتداء على الحقوق المالية لفناني الأداء

يشمل ذلك البيع أو التأجير أو التداول للأداء المحمي، وتقليد أداء فني محمي، ونشر الأداء المحمى بالوسائل الإلكترونية.

أولا :البيع أو التأجير أو التداول للأداء المحمى

يعتبر عملا مجرما بيع أو تأجير أداء محمي ضمن تسجيل صوتي أو طرحه للتداول بأية صورة من الصور وبدون إذن كتابي مسبق من الفنان المؤدي صاحب هذا الأداء  $^{\prime}$ . وتتحقق هذه الصورة من الجريمة سواء كان القائم بالبيع أو التأجير أو التداول هو الشخص الذي قام بنسخ هذا الأداء أم كان من الغير، وسواء كان البيع أو الاتجار أو التداول بين الجمهور يتم بمقابل مادي أم بغير ذلك أو حقق ربحا من جراء ذلك أم لم يحقق  $^{2}$ . وجدير بالذكر ان بيع أو تأجير الأداء الفني أو طرحه للتداول بين الجمهور بدون سند شرعي، وترخيص من صاحب الحق في الأداء يعتبر مباشرة لحقوق فناني الأداء بغير حق وفقا لقانون حماية حق الفنان العراقي  $^{8}$ .

الحماية الجزائية على حقوق المؤلف، والعلامات 3من معاهدة الويبو للأداء / التجاريه، راجع المادة32 والتسجيل الصوتي، والمادة 61 من اتفاقية تريبس.

 $<sup>^{1}</sup>$  . المادة  $^{1}$  من فانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري.

<sup>.</sup> لطفى، موسوعة حقوق الملكية الفكرية، مرجع سابق، 586 .

<sup>3 -</sup> المادة ( ١ ٥) من قانون حماية حق المؤلف الأردني.

ثانيا :تقليد أداء فني محمي

لقد نص المشرع المصري والعراقي على تجريم واقعة تقليد أداء محمي أو بيعه أو عرضه للتداول أو للإيجار مع علم المقلد بالتقليد.  $^1$ 

وتجدر الإشارة إلى ان المشرع العراقي قد جاء بصياغة مرنة مباشرة حقوق فناني الأداء بغير سند شرعي. أذ يعد تقليد الأداء المحمي من ضمن هذه المباشرة وبالتالي يتوافر الركن الأول من أركان جريمة التقليد ألا وهو الركن القانوني. أما بخصوص الركن المادي لهذه الجريمة فانه يتمثل بالنشاط الإجرامي الذي يتجسد بإتيان الجاني لأحد الأفعال التي تشكل اعتداء على حقوق فناني الأداء. سوا كانت هذه الحقوق أدبية أو مالية بصرف النظر عن الصورة التي يتخذها فعل الاعتداء هذا أما الركن المعنوي فانه يعتبر متوافرا بتوافر القصد الجنائي لدى المقلد أذا يجب ان يتوافر العلم لديه بتقليد الأداء المحمي محل الاعتداء ". ولكن ماذا بشأن تقليد أداء محمي ومنشور في الخارج؟

لقد أجاب المشرع العراقي صراحة على ذلك بان جرما واقعة تقليد أداء محمي منشور في الخارج أو بيعه أو عرضه للبيع أو للتداول أو للإيجار أو تصديره إلى الخارج بشرط توافر العلم بالتقليد، وتجدر الملاحظة إلى ان هذه الجريمة إنما ترتكب في الداخل ولكن بشأن أداء منشور في الخارج .

ثالثا: نشر الأداء المحمى بالوسائل الإلكترونية:

يعد تجريم نشر الأداء المحمي بالوسائل الإلكترونية الذي يتم بدون موافقة الفنان المؤدي من صور التجريم المستحدثة لمواجهة التطور التكنولوجي وما رافقه من وسائل حديثه للنشر.

1. المادة (51/7) من قانون حماية حق المؤلف الأردني. والمادة ( $7/1 \wedge 1/7$ ) من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري.

<sup>1 -</sup> المادة ( ٥١) من قانون حماية حق المؤلف الأردني.والمادة ( ١٨١/ ٢) من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصرى.

 $<sup>^{2}</sup>$  لطفي، موسوعة حقوق الملكية الفكرية، مرجع سابق،  $^{2}$  .

<sup>3.</sup> المرجع ذاته، ص٥٨٩.

وقد نص المشرع المصري صراحة على هذه الصورة من صور التجريم '. في حين ان المشرع العراقي قد نص عليها بطريق غير مباشرة من خلال استخدامه لعبارة مباشرة حقوق فناني الأداء بغير سند شرعي كما أسلفنا. أذا ان من ضمن مباشرة هذه الحقوق نشر الأداء المحمي بالوسائل الإلكترونية وبذلك يكون الركن القانوني لهذه الجريمة قد تحقق. ومن الوسائل الإلكترونية الحديثة التي يمكن ان تستخدم في نشر الأداء المحمي، أجهزة الحاسب الآلي أو شبكات الانترنت أو شبكات المعلومات أو شبكات الاتصال أو غيرها من الوسائل.

ويتحقق الركن المادي لهذه الجريمة بإتاحة الأداء المحمي للجمهور عن طريق وسيلة من هذه الوسائل، ونشرها بدون إذن كتابي من الفنان صاحب هذا الأداء، وعليه يتحقق الركن المادي لهذه الجريمة باستعمال جهاز الحاسب الآلي لعرض أو نشر أو بث أو إذاعة أو استنساخ أداء فني محمي، وكذلك يتحقق هذا الركن لجريمة النشر عبر الإنترنت بمجرد ان يكون في استطاعة المستخدم لهذه الشبكة سماع أو مشاهدة الأداء محل الاعتداء، كما يتحقق الركن المادي أيضا بمجرد بث الأداء المحمي عبر شبكة الاتصالات أو إتاحته للجمهور بهذه الوسيلة 2. والى جانب الركن المادي يشترط لقيام هذه الجريمة توفر ركن آخر ألا وهو الركن المعنوي الذي يتمثل بتوفر العلم لدى المعتدي بان الأداء الذي يقوم بنشره محمي وفقا لاحكام القانون، وتوافر الإرادة إلى جانب هذا العلم.

الفقرة الثانية : كيفية التعدي على الحق الادبي لفنان الاداء :

لقد حرم المشرع العراقي بموجب قانون حماية حق المؤلف الاعتداء على الحقوق الأدبية لفناني الأداء، فيكون بذلك عمم بعد التخصيص بأذا يشمل التحريم أي صورة من صور التعدي وبأي شكل على حقوق فناني الأداء .  $^{5}$  وهذا ما جاء به المشرع العراقي عندما استخدم عبارة" مباشرة حقوق فناني الأداء " وهذه تشمل الاعتداء الواقع على الحقوق الأدبية لفناني الأداء، الأ أن المشرع لم يبين أركان هذه الجريمة، وأكتفى بمجرد تعين العقوبات

2 . لطفى، موسوعة حقوق الملكية الفكرية، مرجع سابق، ص594.

 $<sup>^{1}</sup>$  - المادة (  $^{1}$  /  $^{1}$  ) من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري.

 $<sup>^{3}</sup>$  ـ المادة ( 1/1/1 ) من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري.

1.1

المترتبة عليها، وهذا سيكلف القاضي مهمة البحث عن عناصر التجريم في ثنايا النصوص التي نظمت الحقوق الأدبية لفناني الأداء.وهذا الأسلوب في تجريم الاعتداء على الحقوق الأدبية انما يعتبر صورة من صور التجريم على بياض، وهواسلوب معيب، لمخالفته مبدأ الشرعية الذي يفرض على المشرع تحري الدقة والوضوح عند صياغة النصوص الجزائية، وخطير لأن القاضي قد يوقع الجزاء على أنماط معينة ليست جديرة بالحماية، كما قد يترك أنماط أخرى أشد خطورة بدون عقاب طالما أن الامر خاضع لمطلق تقديره الشخصي من غير ضوابط محددة، ولا يخفى كذلك ان هذا النهج قد يؤدي الى تعطيل تطبيق النصوص القانونية المرصودة لحماية حقوق فناني الاداء.

وتجدر الاشارة الى ان الاعتداء على الحق الادبي مجرم في حد ذاته ولا يحتاج الى اعتداء على الحق المالي معه لتجريمه، فيعتبر جرما معاقبا عليه الاعتداء على حق الفنان المؤدي بأبوته على ادائه أو تشويه ادائه أو تحريفه حتى ولو لم يتم الاعتداء على الحقوق المالية له  $^2$ . فقد يتم الاتفاق بين فنان مؤد يؤدي عروضا مسرحية وبين متعهد مسرحي ويقوم هذا المتعهد باحترام الحقوق المالية لهذا الفنان الا انه يقوم بنشر الاداء تحت اسم مخالف لاسم الفنان الحقيقي أو نشره محرفا أو مشوها، فهنا تقوم جريمة الاعتداء على الحقوق الادبية لفناني الأداء دون الاعتداء على الحقوق المالية، كما ان النيل من الاداء تشويها أو تحريفا أو اغتصابًا ما يثبت له من ابوه على ادائه يعتبر جريمة حتى ولو كان هذا الاداء قد وقع في الملك العام لانتهاء مدة حماية حقوقه المالية.  $^7$ . وتجدر الأشارة أخيرا الى أن الاعتداء على حقوق فناني الأداء يشكل جريمة مستمرة  $^7$ .

-1 بلقاضي، مفهوم حق المؤلف وحدود حمايته جنائيا، مرجع سابق، ص ٤٧٢. ٤٧٣.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> . المرجع ذاته، 469 . ٤٧٠ .

 $<sup>^{3}</sup>$ . بلقاضي، مفهوم حق المؤلف وحدود حمايته جنائيا، مرجع سابق، ص $^{457}$ .

لا يستفاد من احكام المادتين 8) و (9 من قانون حماية على المؤلف وحده حق نسبة / المؤلف وحده حق نسبة / المؤلف رقم 1992 المؤلف اليه وذكر اسمه عليه وحق استغلال مصنفة ماليا باية طريقة يختارها ولا يجوز لغيره مباشرة هذا الحق دون اذن كتابي منه أو ممن يخلفه وعليه فان اقدام المشتكى عليهم بتقليد المصنف وتوزيعه ونشره وطرح المصنف للتداول يشكل جريمة مستمرة لان طرح المصنف للتداول لم ينقطع قبل صدور قانون العفو العام واستمر بعد ذلك ويكون بالتالى اسقاط المدعى العام دعوى الحق العام لصدور قانون العفو العام

#### الخاتمة

أن موضوع (عقد الاستئثار المؤقت) يثير مسألتين غاية في الاهمية. الاولى تتعلق بتسمية العقد. فالعقد الذي يبرم مع الفنان يسمى خطئا (عقد الاحتكار)، ورأينا كما سبق أن لفظ الاحتكار يطلق على حبس الاموال وحبس المنافع التي يترتب على احتكارها الحاق ضرر بالافراد. فأن حبس المنافع أذا صححنا العقد لايمكن اعتباره عقد أحتكار لان احتكار جهود الفنان لايترتب عليه الحاق ضرر بالافراد.

أما المسالة الثانية التي يثيرها هذا الموضوع فهو مصطلع ( فنان الاداء ). فأغلب التشريعات اطلقت اسم فنان الاداء على كل شخص يكون له نتاج فني او موسيقي او أدبي، مع العلم أن مصطلح فنان الاداء يطلق على طائفة أو فئة محددة من الاشخاص الذين يحترفون فن الاداء.

ولقد سلطنا الضوء على جزء من الحقوق المالية لحقوق فنانو الاداء التي تتعلق بالاداء العلني، ونعني بالاداء العلني حق الفنان في الحصول على الحقوق المالية بسبب البث العلني المتكرر من القنوات التلفزيونية. وبناءا على ما تقدم نوصى بالتالى:

1- الفصل بين حقوق الفنان وحقوق المؤلف، وسن تشريع خاص بكل منهما على حدة. فيكون احدهما متعلق بحق المؤلف وهو قانون حماية حق المؤلف. والثاني متعلق بحق الفنان وهو قانون حماية حقوق الفنانين.

٧- تغيير تسمية العقود المبرمة مع الفنانين من عقود احتكار الى ( عقود الاستئثار المؤقتة ).

٣. معالجة وتنظيم عقود الاستئثار المؤقتة من خلال سن تشريعات قانونية تنظم حقوق الاطراف المتعاقدة.

٤- التمييز في النصوص التشريعية بين الفنان بشكل عام وفنان الاداء بشكل خاص، أذ أن لكل منهما نشاط فنى يختلف فيه عن الاخر.

وقرار النائب العام بالموافقة على قرار المدعي العام مخالفا للقانون"، رقرار محكمة تمييز 1995المنشور على /2/ 1995تاريخ / 25 جزاء رقم .47 الصفحة 2836 من مجلة نقابة المحامين لسنة1995 . ٦ ـ تقديم الدعم المادي والمعنوي للفنانين من خلال تشكيل هيئة مختصة تختص برعاية شؤون الفنان المادية والمعنوية.

٧ ـ الاخذ بما استقرت عليه المعاهدات الدولية مثل أتفاقية التربس وتضمينها في التشريعات العراقية.

#### المراجع

#### اولا: كتب اللغة العربية:

- ١. أحمد بن محمد بن علي المقري الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، الجزء الأول والثاني في مجلد واحد، صححه: الأستاذ الشيخ حمزة فتح الله، راجعه ونقحه: الشيخ محمد حسنين الغمراوي، الطبعة الخامسة، المطبعة الأميرية بالقاهرة. ١٩٢٧.
  - محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي ، مختار الصحاح، مكتبة لبنان، ١٩٨٦.
- ٣. محمد بن يعقوب الفيروز آبادي مجد الدين المحقق: محمد نعيم العرقسوسي ، القاموس المحيط (ط.
   الرسالة)، الطبعة الثامنة، مؤسسة الرسالة ، ٢٠٠٦ ٢٠٠٥ .
  - المعجم الوجيز طبعة مجمع اللغة العربية بالقاهرة .
- ٥. المعجم الوسيط ، المؤلف: مجمع اللغة العربية، الطبعة الرابعة، الناشر: مكتبة الشروق الدولية، ٢٠٠٤.
   ثانيا: المراجع القانونية :
- ٦. ابو اليزيد المتيت، الحقوق على المصنفات الادبية والفنية والعلمية، منشأة المعارف، الاسكندرية،
   ١٩٦٧ .
- ٧. أسامة أحمد شوقي المليجي ، الحماية الإجرائية في مجال حق المؤلف والحقوق المجاورة في ضوء
   القانون رقم ٨٦ لسنة ٢٠٠٢ ، الناشر دار النهضة العربية، ٢٠٠٨ .
- ٨. حسام كامل الدين الاهواني، الحق في احترام الحياة الخاصة" الحق في الخصوصية"،الطبعة الاولى،
   مكتبة المدينة، القاهرة، ٣٠١٣.
- ٩. عصمت عبد المجيد بكر، نوري حمد خاطر، الحماية القانونية، للملكية الفكرية، ط١، بيت الحكمة،
   بغداد، ٢٠٠١م.
  - ١٠. حداد، النظام القانوني لحماية المصنف الأردني، دراسة مقارنة، عمان، ١٩٩٣.

- 11. حسام لطفي، حقوق الملكية الفكرية ،المفاهيم الأساسية ، القاهرة، ٢٠٠٤.
- ١٢. عدنان السرحان وخاطر، شرح القانون المدني الأردني، مصادر الحقوق الشخصية، الألتزامات، دراسة مقارنة، ٢٠٠٩.
  - ١٣. سعيد سعد عبد السلام، لحماية القانونية لحق المؤلف و الحقوق المجاورة، مكتبة المدينة، ٣٠١٣.
    - ١٤. زهير البشير الملكية الادبية والفنية (حق المؤلف)، الموصل، ١٩٨٩م.
- ١٠ عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام دراسة في القانون اللبناني والمصري، دار النهضة العربية،
   ١٩٧٩.
- ١٦. عبد الله عبد الكريم، تسوية المنازعات المتصلة بحق المؤلف والحقوق المجاورة، نشر مركز البحوث والدراسات، دبي، ٢٠٠٨ .
  - ١٧. عبد الوهاب عرفه، الوسيط في حماية حقوق الملكية الفكرية ، الطبعة الاولى، ٢٠١٢.
- ١٨. فاضلي أدريس، حقوق المؤلف والحقوق المجاورة، الطبعة الاولى، ديوان المطبوعات الجامعية،
   ٢٠٠٨،
  - ١٩. محمد فواز المطالقه، النظام القانوني لعقود اعداد برامج الحاسب الألي، مكتبة دار الثقافة، ٢٠١٢.
- ٢٠. سهيل حسين الفتلاوي، الوسائل القانونية لحماية حق المؤلف " الجزاء المدني" ، منشورات جامعة اليرموك، عمادة البحث العلمي والدراسات العليا 2001 ، .
- ٢٦. كلومبيه، المبادىء الأساسية لحق المؤلف والحقوق المجاورة في العالم، دراسة في القانون المقارن،
   ١٩٩٧.
- ٢٢. محمد حسام محمود لطفي، المرجع العملي في الملكية الأدبية والفنية في ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء ، الكتاب الرابع، ١٩٩٩.
- ٢٣. محمد عبد الجواد، المنافسة والاحتكار في الفقة والاقتصاد، رسالة دكتوراه مقدمة الى كلية الشريعة والقانون ( الازهر )، القاهرة .
  - ٢٤. محمود، الحماية الوقتية لحقوق الملكية الفكرية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٩.
    - ٢٥. مرسى، الحماية القانونية لحق المؤلف في التشريع الجزائري، ١٩٨٨.
- ٢٦. نعيم مغبغب، دراسة في الملكية الأدبية والفنية والحقوق المجاورة في القانون المقارن، جامعة ميشيغان،
   ٢٠٠٠ .
  - ٢٧. نجوى ابو هيبة، الحقوق المجاورة لحق المؤلف، دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع، ٢٠٠٤.
- ٢٨. نسرين شريقي، حقوق الملكية الفكرية حقوق المؤلف و الحقوق المجاورة حقوق الملكية الصناعية،
   دار بلقيس، ١٤٠٤ .
  - ٢٩. نواف كنعان، حق المؤلف، ط١، عمان، ١٩٨٧.

- ٣. نوري حمد خاطر، شرح قواعد الملكية الفكرية ـ حقوق المؤلف والحقوق المجاورة له، جامعة الامارات العربية المتحدة، العين، ٢٠٠٨ .
  - ٣٦. يسرية عبد الجليل، الحماية المدنية والجنائية لحق المؤلف، الطبعة الاولى ، ٥٠٠٥.
- ٣٢. يوسف أحمد النوافلة، الحماية القانونية لحق المؤلف، الطبعة الاولى، دار الثقافة والنشر والتوزيع، ٢٠١٤.
  - ٣٣. يونس عرب ، قانون الكمبيوتر ، اتحاد المصارف العربية، ٢٠٠١ .
    - ثالثا: البحوث والدوريات:
- ٣٤. رشدي، حماية الحقوق المجاورة لحق المؤلف،" دراسة في القانون المقارن، مجلة الحقوق، العدد الثاني،
   الكويت، 1998.
- ٣٥. محمد ابو زيد، الاحتكار ومعالجته في الفقه الإسلامي. بحث منشور ضمن حولية كلية الدراسات الإسلامية للبنات بالمنصورة، جد ٢٠٠٢م.
- ٣٦. ماجد ابو رخية، الاحتكار دراسة فقهية مقارنة، بحث منشور في مجلة فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، طبع دار النفائس، عمان، العدد الرابع، السنة الخامسة، ٢٠٠٥.
- ٣٧. محمد السعيد رشدي، حماية الحقوق المجاورة لحق المؤلف، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، المجلد : ٢٢ العدد : ٢٠ ١٩٩٨.
- ٣٨. ماجد ابو رخية، الاحتكار دراسة فقهية مقارنة، بحث منشور في مجلة فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة،
   طبع دار النفائس، عمان، العدد الرابع، السنة الخامسة، ٢٠٠٥.
- ٣٩. هدى حامد قشقوش، الحماية الجنائية و التقنية لحقوق الملكية الفكرية عبر الانترنت ،بحث منشور بمجلة النيابة العامة، عدد مارس ٢٠٠٨.
  - ٤. مجلة نقابة المحامين الاردنية، عمان، 1995.

# مسؤولية المنتج المدنية اتجاه المستهلك في نطاق عقد الامتياز التجاري

أ.م.و. محمر علي صاحب

#### **Abstract**

Contract Franchise choice of major projects and a private donor companies s a means of avoiding financial investment risks as well as enable them to nvest technological capital, Thnb donor procedures and Laws imposed by the State of the recipient, including the tax, since sufficient information provided by the recipient for his project out of respect for the independence of the Lafranchez innovative style invented by trade needs to increase sinessve ntures size and expand its circle and that a license for a project or several projects to sell products or provide services by following a certain Shel 1 articular trading system regards owned licensed project licensee licensed and trademark name use.

#### المقدمة

غقد الامتياز التجاري هو مفهوم حديث العهد هناك اشكالاً اخرى للتراخيص الاقتصدية يقوم بها المنتج او مالك الخدمة ترخيص استعمال اسمه التجاري مقابل ثمن يدفعه للمرخص له، والمفهوم الحديث للتراخيص يمكن ان يمتد الى اية عملية اقتصادية التي طور بموحبها حهاز الانتاج او طريقة التوزيع.

عقد الامتياز التجاري تختاره المشروعات الكبرى وخاصة الشركات المانحة كوسيلة تجنبهم مخاطر الاستثمار المالي وكذلك تمكنهم من استثمار راسمال التكنولوجي، تحنب المانح الاجراءات والقوانيين التي تفرضه دولة المتلقي ومنها الضريبة، اذ يكفي المعلومات التي يقدمها المتلقي عن مشروعه احتراماً للاستقلال بين مشروع المانح ومشروع المتلقي.

<sup>(\*)</sup>كلية القانون / المستنصرية.

الفرانشيز اسلوب مبتكر ابتدعته حاجات التجارة لزيادة حجم المشروعات التجارية وتوسيع دائرة نشاطها وذلك بترخيص لمشروع او عدة مشروعات ببيع المنتجات او تقديم الخدمات وذلك باتباع شكل معين ونظام تجاري معين يخص المشروع المملوك للمرخص، استعمال المرخص له اسم المرخص وعلامته التجارية.

ترخيص الملكية الصناعية ممارسة تجارية واقتصادية شائعة ومنتشرة في العالم لتصنيع المنتجات المصنعة في اسواق بعيدة عن سوق الام لهذه التكنولوجيا وعادة وضع علامة المرخص عليها والالتزام على مستوى النوعية والجودة والرقابة من قبل صاحب التكنولوجيا، ويكون التصنيع في بلد المرخص له وسوق للمنتجات التي تحمل علانة المرخص فيزيد الاستثمار وتزيد ارباح المنتج المانح والمتلقى.

يمكن ذكر اليابان وكوريا بعد الحرب العلمية الثانية حصلت اليابان على ترخيص التكنولوجيا الامرريكية، وفي الستينات اصبحت مستوى التكنولوجيا في اليابان تتطور وفي عام ١٩٨٧ اصبحت اليابان تصنع والشركات اليابانية هي التي تتفق على عقود امتياز لدول اخرى.

وفي كوريا في عام ١٩٦٦ بسبب التراخيص في الانتاج ادت تزايد تسجيل براءات الاختراع فيها والعلامات التحارية الاجنبية.

وعقد في الرياض مؤتمر الغرانشايز بالتعاون مع شركات التسويق الشامل والمعارض ماركوم على اجتذاب اكبر واهم الاتحادات العالمية اتحاد فرانشيز (ifa), ومقره امريكا والاتحاد الفرنسي للفرانشيز (FPI )ومقره فرنسا واتحاد الفرانشيز العالمي (FPI) لتطوير منتجات في مجال الفرانشيز مع وجود حشد من رجال الاعمال والاقتصاديين والاكاديميين (۱).

خطة البحث قسمنا البحث الى مبحثين المبحث الأول مفهوم عقد الامتياز التجاري والمبحث الثانى المسؤولية المدنية للمنتج في عقد الامتياز التجاري.

\_

 $<sup>^{-}</sup>$  صحيفة الرياض اليومية الصادرة من مؤسسة اليمامة الصحفية السعودية الخميس  $^{+}$  جمادي الأول  $^{+}$  1 ه  $^{-}$  مايوم  $^{+}$  1 العدد  $^{+}$  1 العدد  $^{+}$  1 .

#### المبحث الاول: مفهوم عقد الامتياز التجاري

لتحديد المقصود بالامتياز التجاري لا بد من تعريفه وبيان خصائصه وانواعه، لذا سنقسم المبحث الى مطلبين: الاول نخصصه لتعريف عقد الامتياز التجاري وخصائصه، والثاني لانواع عقود الامتياز.

## المطلب الأول: تعريف عقد الامتياز التجاري وخصائصه

عقد الامتياز التجاري بين الشركة المانحة والمتلقي محله استغلال عناصر المعرفة الفنية والتكنولوجيا التي يحتكرها المانح، بعد ما حققته علامته التجارية من شهرة بين المستهلكين، بمقابل يدفعه المتلقي مع نسبة من الارباح دون الخسائر، ويتحمل المتلقي مخاطر المشروع ونفقاته، فلابد من بيان تعريف عقد الامتياز التجاري وخصائصه الذي تميزه عن غيره، لذا سنقسم المطلب الى فرعين الآتيين:

# الفرع الأول: تعريف عقد الامتياز التجاري

تعرفه لجنة الاتحاد الاوربي على انه اتفاق بين مشروعات مستقلة يقوم احدهم وهو المانح بالسماح لمشروع او اكثر باعادة استغلال مقومات هذا التجاح والتمثلة باسمه التجاري وعلامته التجارية —الشعار، والطرق المبتكرة في الانتاج، فضلا عن كافة المعلومات الى ادت إلى هذا النجاح في مقابل حق دخول واقساط دورية  $)^{(1)}$ .

اما الاتحاد الدولي للفانشايز معلاقة تعاقدية بين المرخص والمرخص له، يلتزم بمقتضاه المرخص بنقل (عملية الفرانشايز هي علاقة تعاقدية بين المرخص والمرخص له، يلتزم بمقتضاه المرخص بنقل المعرفة الفنية وتدريب للمرخص له الذي يقوم بالعمل تحت اسم معروف وعام، او شكل او اجراءات مملوك او مسيطر عليها من قبل المرخص، وفي هذا العقد يقوم المرخص له باستثمار اموال خاصة في العمل المرخص به بحيث تكون مخاطر نجاح هذه العملية عليه ويتحملها وحده دون غيره (۲).

The british Franchciation Association) عبرفه الاتحاد البريطاني الفرانشيز

<sup>.</sup> ا نقلاً عن د. محمد محسن ابراهیم، مصدر سابق، ص $^{1}$ 

يعرفه الاتحاد الفرنسي للامتياز: طريق تعاون بين مشروع المانح من جهة وبين مشروع او عدة مشاريع من جهة اخرى وهو يفترض بالنسبة للمانح ما يلي:  $1 - \text{ملكية مركز رئيسي، اسم تجاري، شعار، نماذج وصور، علامات صناعية و تجارية خدمية كذلك معرفة فنية توضع تحت تصرف المتلقى <math>7 - \text{مجموعة منتجات او خدمات مجربة ومبتكرة}$ .

يعرفه الفقيه الفرنسي Ropert kojer (احدى صور التعاون بين مشروعات مستقلة، يقوم احدهم يسمى المانح بالترخيص لآخرين باستغلال اسمه وعلامته التجارية واشارات المصاحبة، في مقابل يتقاضاه عند التعاقد فضلاً عن اقساط دورية مدة الترخيص ).

يلاحظ على هذا التعريف انه يقتصر على استعمال الاسم التجارية فقط مع العلامة التجارية دون تزويد المتلقى بالمعرفة الفنية لمتطلبات هذا الترخيص.

كما يعرفه الدكتور مصطفى سلمان حبيب  $(^{7})$ (علاقة مستمرة بين المالك والمرخص له لا تشمل على المنتج والخدمة والعلامة التجارية فحسب بل تتعداها لتغطي جميع اشكال العمل التجاري من استراتيجية الخطة وتسويق المشروع والموسوعة التدريبية الدالة والمستويات القياسية كماً ونوعاً وطرق استمرارية الاتصال بين الطرفين ).

ب يسمى المرخص لة وفقاً للنود الاتب

(عقد الامتياز التجاري على انه عقد يتم بين شخص يسمى المرخص وشخص اخر يسمى المرخص له وفقاً للبنود الاتية ال - يسمح او يطلب من المرخص له ان يمارس خلال فترة معينة عملاً معيناً تحت اسم معين يخص او مملك للمرخص او مرتبط به. ٢ - يمارس المرخص سيطرة ورقابة مستمرة خلال مدة الترخيص على الاعمال التي يقوم بها المرخص له والتي تشكل موضوع الترخيص يلتزم المرخص بتزويد المرخص له بكل ما يلزم لتاديته الاعمال موضوع الترخيص ومساعدته في ذلك وبالاخص تنظيم عمل المرخص له وتدريب موظفيه والبضائع التخدمة. ٣ - يلتزم المرخص له خلال فترة الترخيص ان يدفع للمرخص اتعاب الترخيص والعمولات المستحقة نتيجة المبيعات التي يقوم بها ) نقلاً عن د. محمود احمد الكندري، اهم المستكلات العملية التي يها المتياز التجاري بحث منشور في ٢٠٠٩/٣/١٢ على: http:Lwww startemes.com

 $<sup>^{1}</sup>$  – نقلاً عن د. سامي بديع منصور، عقد الفرانشيز – الحماية القانونية للفرانشيز في القانون اللبناني مجلة جامعة بيروت العربية، المجلد الاول، تموز، 1970، 1970.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> - Ropert koyar , la mariee est en blance dens arret pronuptia la courde justhce des commonautes europeeunes blanchit le contract de Franchise de distribution gaz pal 1986,p:392.

<sup>-</sup> د. مصطفی سلمان حبیب، مصدر سابق، ص- 3

وهذا التعريف شامل لكن لا يشترط ان يشمل عقد الامتياز كل مراحل العملية الانتاجية فقد يكون التسويق باتفاق بين المتلقى وآخر غير المانح.

وعلى صعيد القضاء: عرفه القضاء الفرنسي (عبارة عن منهج بموجبه يقوم المانح بتزويد المتلقي بالمواد والبضائع والمساعدة الفنية واسرار البيع وعلامة الانتاج بالشكل الذي لا يحدث الخلط بين منتج المانح وغيره من المنتجات، ويقدم ايضاً الخبرة المستفادة من مركز البيع الاولى التي اقامها المانح، علاوة على ذلك فان المتلقي يعمل على تحسين سمعة العلامة التجارية وزيادة شهرتها في المنطقة المتفق عليها في العقد، حيث ينص العقد على ان يكون التعامل بين الطرفين على اساس قصري تبادلي )(١).

في القضاء اللبناني يعرف عقد الامتياز: (اتفاق يحصل بين تاجر او صناعي يتعاطى تجارة الجملة وبين شخص يتعاطى او يرغب بتعاطي تجارة المفرق بصور مستقلة لحسابه الخاص، فتعمد الشركة لى تسهيل تكوين مركز او محل تجاري يكون ملكاً للتاجر وتعطيه حق بيع بضاعة من ماركة مشهورة مع حق استعمال هذه الماركة والاسم التجاري في محله، على ان يمتنع التاجر عن بيع بضاعة اخرى مزاحمة لهذه الماركة )(1).

يعرفه الدكتور فايز نعيم رضوان  $(^{**})$  ( العقد الذي بمقتضاه يمنح احد طرفيه والذي يطلق عليه الفرانشيز -مانح الترخيص - الطرف الآخر الذي يطلق عليه المرخص له حق استخدام حق من حقوق الملكية الصناعية - الاسم التجاري - الرسوم والنماذج الصناعية - براءات الاختراع - العلامة التجارية، او المعرفة الفنية لانتاج السلعة أو توزيع المنتجاته او خدماته تحت العلامة التجارية التي يستخدمها مانح الترخيص ).

وهذا التعريف هو المفضل لانه يجعل محل عقد الامتياز عناصر الملكية الصناعية وان العلامة التجارية وسيلة وليست غاية لتحقيق منتجات متقاربة للمنتجات التي ينتجها المانح.

2 - د. لمى منصور، عقد الفرانشيز - الحماية القانونية للفرانشيزي في النظام القانوني اللبناني، مجلة العدل، بيروت لبنان، ع٢٩٩٩،١،١٩ص ٢٩.

-

<sup>1 -</sup> نقلاً عن د. ماجد عمار، عقد الامتياز التجاري، دار النهضة العربية، القاهة، ١٩٩٢، ص١٦٠.

<sup>3 -</sup> د. فايز نعيم رضوان، عقد الترخيص التجاري، مطبعة الحسين الاسلامية، القاهرة، • ٩ ٩ ٩، ص ٢٢.

ومن كل التعريفات السابقة يمكن القول ان عقد الامتياز التجاري يرتكز على العنصريين الآتيين :

الاول: محل عقد الامتياز التجاري هو شيء معنوي هو ينصب على حقوق الملكية الصناعية والتجارية (علامة تجلرية أو صناعية – اسم تجاري – رسوم ونماذج صناعية – حقوق المؤلف – براءات الاختراع) اي يتعلق بالعرفة الفنية، وهذه الحقوق مملوكة للمانح إلا انه يمنح المتلقى الحق باستغلالها كلاً او قسماً منها على ان تكون العلامة التجارية من بينها.

الثاني: يسمى الفرانشيز بطابعين الأول وحدة الشبكة من حيث وحدة العلامة التجارية والثاني استقلال مشروع المتلقي عن مشروع المانح وتحمله وحده مخاطر المشروع وخسارته، ولا تكون على المتلقي خسارة بل نسبة من الأرباح، وهذه الطبيعة المزدوجة للعقد تفرض على اجرافه التعاون المستمر طيلة فترة استمرار النشاط والذي يتخذ اشكالاً وصوراً متعددة بما يضفي على عقد الامتياز ذا تيته المستقلة وطابعه الخاص، وفضلاً عن ذلك فإن إعطاء الحق للمتلقي لاستغلال العلامة التجارية يقتضي رقابة واشراف من المانح على جودة المنتجات أو الخدمات التي يقدمها المتلقي، كما تقضي بذلك بعض التشريعات التي ترفض ان تكون العلامة التجارية محل حق استغلال للغير بدون هذه الرقابة، وكل هذا يقتضي تدخلاً مستمراً من قبل المانح في الرقابة على نشاط المتلقي والتزام المتلقي بالسرية وعدم التصرف بحقه باستغلال العلامة التجارية للغير إلا بموافقة مانح.

الفرع الثاني: خصائص عقد الامتياز التجاري

يتميز عفد الامتاز التجاري بالخصائص الاتية:

اولاً: عقد من العقود المستمرة: عقد الفرانشيز كغيره من عقود التوزيع الاخرى مثل الوكالة التجارية هو من العقود المستمرة اي الزمن يعتبر عنصراً جوهرياً من عناصر العقد، فهو من عقود المدة فلا يمكن الحصول على المنفعة استغلال المعرفة الفنية فور انعقاد العقد (١). فقد يحدد الطرفان المدة بصورة مباشرة اوغير مباشرة،لذا فهو عقد مؤقت ينتهى حتماً بانتهاء

 $<sup>^{1}</sup>$  - ينظر نفس المعنى استاذنا الدكتور حسن على الذنون، دور المدة في العقود المستمرة، بغداد،١٩٨٨،  $^{1}$  ،  $^{2}$ 

مدته، فلا يترتب عليه نقل ملكية براءة الاختراع او العلامة التجارية من المانح الى المتلقي بل يقتصر على حق الانتفاع بهما (1).

ثانياً: عقد من العقود غير المسماة: اي التي لم ينظمها المشرع احكامها بصورة خاصة او وضع نظام قانوني لها، مما يقتضي تطبيق القواعد العامة للعقود.

ثالثاً: عقد معاوضة: فكل من طرفيه يأخذ مقابل ما يعطي، المتلقي يعطي مقدماً مبلغ مقابل المعرفة الفنية والتكنولوجيا واستغلال براءة الاختراع والعلامة التجارية اضافة الى اجور دورية طوال مدة العقد ونسبة من الارباح (٢).

رابعاً: عقد ملزم للجانيين: إذ يلتزم المانح بتقديم المساعدة الفنية والمعرفة الفنية وادارة المشروع وتقديم التحسينات اللاحقة على المعرفة الفنية، ويلتزم المتلقي بدفع المقابل وجزء من الارباح والالتزام بالسية والنطاق الجغرافي المحدد والالتزام بالجودة (٣).

خامساً: عقد محله شيء معنوي وهو المعرفة الفنية: مما يجعله له صفة خاصة وطبيعة خاصة تميزه عن غيره من العقود المدنية والتجارية، المفهوم الواسع لتحديد المعرفة الفنية انها (مجموعة المعارف التكنولوجية النظرية والعملية، الصناعية، الادارية والتجارية الجديدة والقابلة للانتقال) (1). الأولى تضم المهارات والخبرات التقنية وهي الخبرات والمهارات المكتسبة في المشروع بمرور الزمن من خلال التجربة والخطا في تطبيق المعارف النظرية في العملية الانتاجية، اما الطائفة الثانية ي المعارف التي يمكن ان تجمد في محررات مكتوبة فالإرشادات والررسوم والتصاميم ويمثل لهذه الطائفة بالمعرف التقنية الطرق الصناعية (٥).

 $^{3}$  – د. محمد محسن ابراهیم، مصدر سابق، ص777وما بعدها.د. مصطفی سلمان حبیب، مصدر سابق، ص $^{3}$ وما بعدها.

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> - د. علاء عزيز، عقد الترخيص، ط١، دار الثقافة عمان الاردن، ٢٠١١، ص٢٦.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> - د. علاء عزيز، المصدر نفسه، ص٠٦.

 $<sup>^{4}</sup>$  - د. حسام محمد عيسى، نقل التكنولوجيا دراسة في الاليات القانونية للتبعية الدولية، دار المستقبل العربي، القاهرة،  $^{19AV}$ 

<sup>-</sup> د. حسام محمد، المصدر نفسه، - ۱۲۲.

الملكية الصناعية تعتبر اموال معنوية منقولة على الرغم من ان القوانين تختلف قليلاً في مفهومها لطبيعة الحق على هذه الاموال ومداه ومدته، الا انها تتفق على ان هذا الحق يمنح صاحبه حق الحصرية والاحتكار في استغلال الملكية الصناعية بكافة الاشكال القانونية ومنع منافسيه من استغلالها بدون ترخيص منه، وحق مالكها في منع الاخرين من استعمالها بدون اذنه، والقانون يضع تحت تصرف المالك الاجراءات والدعاوى الضرورية لحماية ها الحق، وعندما يأذن مالك العلامة لشخص آخر لاستعمال ملكيته الصناعية على منتجاته أو خدماته، يكون قد رخص له استعمال هذه الملكية وعندئذ ينشأ عقد الترخيص (١).

يخضع المتلقي لرقابة واشراف المانح رغم استقلال مشروع المتلقي عن مشروع المانح ولا توجد علاقة تبعية بين المانح والمتلقى وفق المفهوم القانوني في نطاق المسؤولية المدنية.

سادساً: عقد اذعان : يتوفر في عقد الامتياز التجاري شروط عقد الاذعان، يتمتع المانح في عقد الامتياز التجاري باحتكار قانوني وفعلي يعطيه سيطرة مستمرة على المتلقي فيستطيع ان يفرض ما شاء من الشروط مستنداً الى احتكار المعرفة الفنية ، اذ تتميز سوق التكنولوجيا بالطبيعة الاحتكارية، فالمانح محتكر لها والتي يتوقف نجاج مشروع المتلقى عليها.

وقد عالج المشرع العراقي عقود الاذعان في المادة (١٦٧) من القانون المدني رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ كصورة من صور القبول : "١- القبول في عقود الاذعان ينحصر في مجرد التسليم بمشروع عقد ذي نظام مقرر يضعه الموجب ولا يقبل فيه مناقشة " وعالجت الفقرة الثانية من المادة ١٦٧ الشروط التعسفية في عقد الاذعان التي يكون للقاضي سلطة تعديلها او اعفاء الطرف المذعن منها وفقاً لما تقضي به العدالة وحماية للطرف الضيف في العلاقة التعاقدية (٢).

1 - ندوة الويبو الوطنية عن الملكية الصماعية من اجل زيادة الاعمال والتجارة والبحث والتطوير تنظمها المنظمة العالمية

للملكية الفكرية (الويبو)في ٢٠٠٤/٣/١ على الموقع: . http;/www wipo/ip/Damcom. وينظر ايضاً حامي ادمون شماس، تقنية عقد الفرانشيز مقارنة مع عقد التمثيل التجاري افاق وحلول، مجلة العدل اللبنانية، ع٣و ١٩٩٨،٤،ص٩٩.د.سيبل جلول، عقد الفرانشيز، موجبات الفرقاء، المنشورات الحقوقية صادر، ييروت، ٢٠٠١،ص٩١.د.سلمي منصور، مصدر سابق، ص٩٧.

\_

 $<sup>^{2}</sup>$  - د.انس محمد غبد القاد، عقود الاذعان،دار الكتب القانونية نمصر،  $^{1}$   $^{1}$   $^{3}$ 

ان هذه الاجكام العامة لمنع الشروط التعسفية في عقود الاذعان لا تساعد على اعادة التوازن في عقد الامتياز التجاري للاسباب الآتية (1):

1- اختلاف التوازن الاقتصادي بين المانح والمتلقي وبين دولة المانح ودولة المتلقي، وهذا الاختلال يجعل السلطة القضائية التي تنظر في الشروط التعسفية لعقد الامتياز التجاري في دولة المتلقي واقعة تحت ضغط الظروف الاقتصادية، إضافة الى صعوبة تنفيذ الاحكام القضائية الصادرة في دولة المانح باعتبارها احكام اجنبية، وقد يضطر المتلقي التواطؤ مع المانح مرتضياً لنفسه الخضوع لعقد غير متوازن، وبهذا الخضوع يفقد المتلقي القضاء كمظلة لحمايته من الشروط التعسفية.

٢-قد يتضمن عقد الامتياز التجاري شرط التحكيم لحل النزاعات القائمة بين المتلقي
 والمانح.

٣- ان تعدد المتلقين في شبكة الفرانشيز لا يجعل لهم قوة لحمايتهم من تسلط المانح وتحقيق التوازن اللعقدي لعقد الامتياز التجاري، نظراً للاختلاف الاقليمي الذي يباشر كل متلقي نشاطه فيه وفق قيد الحصرية الاقليمية، واختلاف ظروف نشاط كل منهم، فلا توجد صلة مباشرة بين المتلقين لتعدد الروابط التي تربط كل متلقي بالمانح.

سابعاً عقد يقوم على الاعتبار الشخصي: يقوم الفرنشايز على الاعتبار الشخصي والثقة المتبادلة بين طرفيه، نظراً لأنه يتضمن نقل معرفة فنية تتسم بطابع السرية، لذا يلتزم المتلقي عدم التنازل عن استغلال عناصر المعرفة الفنية للغير إلا بموافقة المانح، فلا يجوز عقد الامتياز من الباطن ان صح التعبير كما في عقد الايجار والمقاولة للطبيعة الخاصة لعقد الامتياز عن غيره من العقود (1).

يقوم الفرانشايز على مفهوم خاص بالكفاءة يستند على الاعتبار الشخصي الذي يعول عليه كل من المانح والمتلقي، وتقرير كفاءة المتلقي يخضع للمعايير التي يحددها المانح،

http:/www.linkeden.com. : قارن ذلك مع د. ياسر السريحي، عقد الفرنشيز، الموقع -  $^2$ 

 $<sup>^{-1}</sup>$  - د. محمد محسن ابراهیم، مصدر سابق، ص $^{-7}$ .

كذلك يتحدد بالنظر الى مستوى مباشرة نشاطه، وقدرته على مباشرة نشاطه تتحدد بتنفيذ تعليمات المانح، فكفاءة المتلقى رهينة باستيعابه المعرفة الفنية (١).

ثامناً: ان عقد الفرانشايز من مواضيع القانون الدولي الخاص : فالعلاقة بين المنتج المانح والمتلقي من جهة، وعلاقة المستهلك بالمنتج المانح من جهة اخرى، علاقة مشوبة بعنصر اجنبي، فالمانح في دولة تختلف عن دولة المتلقي والمستهلك، وهنا تثور مشكلة تنازع القوانين وتحديد القانون الواجب التطبيق، كما تثور مشكلة تنازع الاختصاص القضائي مما يقتضي الرجوع الى قواعد الاسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق ولايجاد الحكم الموضوعي وقد تثار مشكلة الاحالة والتكييف القانوني لعقد الامتياز، فالمستهلك لا يستطيع الرجوع على المانح ويرجع على المتلقي مباشرة أذا كانت شخصيته القانونية قائمة لاختلاف اقليم المانح عن اقليم المستهلك غالرجوع على المتلقي اولى، وإذا انقضى الوجود القانوني للمتلقي يرجع على المانح باعتباره مالكاً للعلامة التجارية التي اولى المستهلك ثقته بمنتوج المتلقي بسببها، إلا ان مسؤولية المانح الاصلية تقوم إذا كان الخلل بجوهر المعرفة الفنية المملوكة له ولا مسؤولية على المتلقي اتجاه المستهلك (٢).

## المطلب الثاني: انواع عقد الامتياز التجاري

هناك اكثر من نوع لعقد الامتياز التجاري، فيقسم من حيث محل العقد الى عقود التصنيع والتوزيع والتسويق، كما يقسم من حيث النظام القانوني الذي يحكمه الى عقد الامتياز الدولي والاداري والامتياز المدني والتجاري، في ضوء ذلك نقسم المطلب الى الفرعيين الآتيين : الفرع الأول: أنواع عقد الامتياز التجاري من حيث محله

الامتياز التجاري يتحقق باكثر من صورة تشترك جميعها في كونها اتفاق على كيفية استغلال العلامة التجارية للمرخص، وطريقة مراقبة المرخص لاعمال المرخص له، ويمكن تقسيمها للانواع الثلاثة الآتية:

 $<sup>^{1}</sup>$  - د. محمد محسن ابراهیم، مصدر سابق، ص $^{1}$  -

أولاً: فرانشايز التصنيع: هذا النوغ من الفرانشايز يعتمد بالدرجة الاولى على نقل النعرفة الفنية لتصنيع المنتجات او تجميعها من المرخص الى المرخص له، ففي هذا العقد يقوم المرخص بنقل تكنولوجيا للمرخص له، فيكشف الاسرار الصناعية المتعلقة بكيفية انتاج للمنتجات، وعادة ما يكون محل هذا العقد الترخيص باستغلال براءة الاختراع او حق من حقوق الملكية الصناعية، وهذا النوع من الفرانشيز يكثر استخدامه في مجال صناعات المياه الغازية مثلا لعقود التي تبرمها شركتا الكوكاكولا والبيبسي الامريكية.

ثانياً: فرانشايز التوزيع: قي هذا النوع يقوم المرخص بتوريد المنتجات محل الترخيص خلال مدة العقد، بحيث يقوم المرخص له بتسويق هذه المنتجات من خلال نظام توزيع معين، ويكون المرخص له ان يستخدم الاسم والعلامة التجارية المرخص له، ويعطى للمرخص حق القصر، اي الموزع الوحيد لهذه المنتجات في منطقة نشاطه وهو ما يعرف بعقد التوزيع القصري.

ثالثاً: فرانشايز البنيان التجاري: في هذا النوع يعتمد المرخص له بدرجة كبيرة على السمعة التجارية وعلى شهرة العلامة التجارية المملوكة للمرخص، وهذه العلامة معروفة عند الجمهور الذي عادة ما يقبل على شراء هذه السلع او الخدمات التي تحمل هذه العلامة، ولذلك فان المرخص عادة مايبرم مثل هذا الاتفاق مع مجموعة كبيرة من المرخص لهم قد تصل الى عدة الالاف، ومن هذا المنطلق أو من هذه الفكرة فان الفائدة من وراء ذلك تكون كبيرة للمرخص، حيث انه يستطيع الانتشار دون ان يتكبد نفقات أو مصروفات، وبذلك يصبح كالاخطبوط منتشراً في كل مكان في العالم، إلا ان المرخص امام هذا الانتشار الكبير لسمعة العلامة التجارية لا يريد ان يفقد سمعته التجارية والتي يكون قد بناها في فترة طويلة من الزمن، ولذلك فإنه يقوم بفرض قيود صارمه على المرخص لهم او هذه السلسلة من المشروعات التي تستخدم جميعاً اسم المرخص وعلامته التجارية وسمعته التجارية

اهم ما يميز هذه المشروعات المتعددة انها تظهر امام الجمهو كشبكة واحدة، بل قد يظن العامة انها مملوكة لصاحب العلامة التجارية، إلا ان حقيقة هذه المشروعات مستقلة استقلالاً كاملاً من الناحية القانونية، وعليه فأن جوهر هذا العقد هو استقلال المرخص له عن المرخص من الناحية القانونية، والمقصود بهذا الاستقلال هو انفصال الذمة المالية لكل من المرخص والمرخص له، ومثال هذا النوع من الفرانشيز قطاع الفنادق ومطاعم الوجبات السريعة مثل

Mcdonaldes burger king ,pizza hut , Kentucky fried chicken: كذلك مكاتب تاجير السيارات Avis hertize وكثير من المحلات التي تقدم سلعاً أو بضائع مشهورة أو تلك التي تقدم خدمات للمستهلكين (١).

وقد بلغ عدد المجالات في بريطانيا حتى سنة 7.00 حوالي 7.00 جهاز منها 7.00 في مجال بيع المفرد في مجال التوزيع 7.00 في مجال الخدمات الصناعية والتجارية والفنادق و 7.00 في مجال البناء و 7.00 في مجال الخدمات حسب اتفاقية التخويل بالتصنيع وبيع السيارات و 7.00 التنظيف و 7.00 في خدمات دلالة العقار ونقل البضائع وفي اجهزة امتياز التصنيع لتصنيع البضائع تحت اسم العلامة العائدة للمرخص 7.00

الفرع الثاني: انواع الامتياز التجاري من حيث النظام القانوني الذي يحكمه

قد يخضع الامتياز التجاري للقانون الدولي او الاداري، او التجاري في ضوء ذلك الى الانواع الآتية :

اولا: عقد الامتياز الدولي: ظهر الامتياز في نطاق القانون الدولي العام منذ نشوء الدولة الحديثة اذ فرضت الدول الاستعمارية الاوربية على دول اسيا وافريقيا وامريكا اللاتينية امتيازات سياسية واقتصادية ارعاياها كافراد او لها كدولة، ولعل اشهر هذه الامتيازات الامتيازات التي تمنحها الدولة العثمانية للاجانب، ولمصطلح الامتياز في القانون الدولي العام مفهوم واسع جداً اذ انه يعني منح حق الانتفاع او الاجارة او التمليك او الهبة او الاحتكار او الحق الخاص لشركة اجنبية من قبل الدولة ضمن منطقة معينة من اراضيها لمدة معينة، كتنازل الصين عن حديد الصين الشرقية لروسيا وعن سكة حديد شانتةنغ وميناء كياجو لالمانيا وعن جزء من ميناء تيانسين لبلجيكا، ان ابرز عقود الامتياز في هذا المجال هي عقود الامتياز النفطية وهي عقود تبرم بين الكومة الايرانية وشركة تبرم بين شركات وبين الدول ذات الموارد النفطية كالاتفاق المبرم بين الكومة الايرانية وشركة

د. محمد احمد الكندري، اهم المشكلات العلمية التي يواجهها عقد الامتيازالتجاري ، بحث منشور في http:/www.startemes.com

ينظر نفس المعنى د. مصطفى سلمان حبيب، مصدر سابق،ص ٢٦.

 $<sup>^{2}</sup>$  – د. مصطفی سلمان، مصدر سابق،  $^{2}$ 

النفط الانجلوايرانية المبرم في ٢٩ نيسان ١٩١٣ (١). ولكن هذه العقود لا تُعد اتفاقيات دولية تخضع للقانون الدولي العام، وكان النزاع الناشيء عن هذا الاتفاق المناسبة التي افضحت فيها المحاكم الدولية عند عرض النزاع عليها عن طبيعة هذه الاتفاق وهو انها ليست اكثر من عقود امتياز بين دولة وشركة اجنبية (١).

ثانياً: في نطاق القانون الاداري: يستعمل فقه القانون الاداري في فرنسا تعبير الامتياز ليراد به معان متعددة كامتياز الخدمات العامة والاشغال العامة...الخ ويعرف (عقد بين الدولة وشخص طبيعي أو معنوي تمنح الدولة بموجبه الى صاحب الامتياز على سبيل الحصر حق ممارسة نشاط ما او مشروع ما ضمن منطقة معينة ولمدة معينة مع حصرهذا النشاط بحيث لا يمكن منح شخص آخر حق نشاط مماثل أو منافس ضمن المنطقة ذاتها وخلال الفترة ذاتها )(٣).

عرفت لجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الدولي عقود البوت (شكل من اشكال تمويل المشروعات تمنح بمقتضاه حكومة ما مجموعة من المستثمرين امتيازاً لصنع مشروع معين وتشغيله وادارته واستغلاله تجارياً لعدد من السنيين تكون كافية لاسترداد تكاليف البناء الى جانب تحقيق ربح مناسب للعائدات من تشغيل المشروع واستغلاله تجارياً او من مزايا اخرى

 $^2$  - د. احمد عبد الرواق خليفة السعيدان، القانون والسيادة وامتيازات النفط، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت،  $^2$  + 1999،  $^2$  -  $^2$  .

 $<sup>^{1}</sup>$  - شارل روسو، القانون الدولى العام، الأهلية للنشر والتوزيع، بيوت، ١٩٨٢، ص $^{2}$ .

 $<sup>^{3}</sup>$  – نقلاً عن د. عرفان سلوم، الامتيازات والتشريعات النفطية في البلاد العربية، وزارة الثقافة والارشاد القومي، دمشق،  $^{3}$  ١٩٧٨،  $^{3}$ 

تمنح لهم ضمن عقد الامتياز، وفي نهاية مدة الامتياز تنتقل ملكية المشروع الى الحكومة دون اي تكلفة او مقابل تكلفة مناسبة تم الاتفاق عليها اثناء التفاوض على منح امتياز المشروع) (۱). عرفه دكتور جابرجاد نصار (7) عقد البوت (منح الحكومة لمن لمن يرغب في الاستثمار في احد مشروعات البنية الاساسية او المرفق العام من الافراد والشركات الخاصة فرصة اقامة مشاريع على الارض التي تحددها الدولة وتحمله اعباء شراء وتزويد المشروع بالمعدات والتكنولوجيا اللازمة وتحمله نفقات التشغيل وذلك بغرض حصول المستثمر على ايرادات تشغيل المشروع خلال الفترة التي تحددها الحكومة والتي تعرف بفترة الامتياز والتي تتراوح بين 7-0.0 عاماً وبعد انتهاء هذه الفترة المحدودة في العقد يتم تحويل المشروع الى الحكومة التي يحق لها التصرف بمصيره وفقاً لما تراه من اعتبارات قومية واقتصادية ).

عقد البوت او الامتياز الاداري تلك المشرزعات التي يقوم القطاع الخاص بتمويلها وملكية المشروع للحكومة ويقوم المستثمر بالتصميم والبناء للمشروع وادارته خلال فترة العقد، وتكون عائدات المشروع وارباحه للمستثمر على ان يرد المشروع بحالة جيدة بدون مقابل للحكومة بعد انتهاء مدة العقد، وعقد البوت لا يخرج عن كونه احد عقود امتياز المرفق العام رغم الفارق بين العقدين (٣) والغاية من المشروع انشاء مرفق عام لاشباع الحاجات العامة وتقديم خدمات ذات النفع العام وللمرفق العام مدللولين الاول عضوي وشكلي يتمثل بالهيئية التي تتولى ادارة المرفق العام، والثاني موضوعي لتحقيق خدمة ذات نفع عام (٤).

يرى اغلب الفقه الاداري الى ان عقود البوت عقود ادارية فهو عقد جديد من عقود التزام المرفق العام، لان احد اطرافه جهة ادارية، ومحل العقد إنشاء مرفق عام يحقق المنفعة العامة

نقلاً عن د. عبد الفتاح بيومي حجازي، عقود البوت B.O.T. في القانون المقارن، دار الكتب القانونية، مصر، 7.7.7.

<sup>2 -</sup> د. جابرجاد نصار، عقود البوت والتطور الحديث للالتزام نقدية النظرية التقليدية لعقد الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١، ص٣٨. ونفس المعنى د. هاني صلاح الدين، الاطار القانون لمشروعات البنية الاساسية التي يتم تمويلها عن طريق القطاع الخاص، مجلة القانون والاقتصاد كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ع١٩٩٩، ٢٩،١٩،٥، ١٧٢.

 $<sup>^{3}</sup>$  – د. عبد الفتاح البيومي، مصدر سابق،  $^{1}$   $^{1}$   $^{0}$ 

 $<sup>^{4}</sup>$  - د. محمد محمود حافظ، نظرية المرفق العام، دار النهضة العربية القاهرة، ١٩٨٢، $^{0}$ 

كان المفروض ان تقوم به الجهة الادارية، وتتضمن عقود البوت شروطاً استثنائية لا يتضمنها العقد في القانون المدني والتجاري (۱). ويترتب على اعتبار عقد البوت عقد اداري خضوعه لاحكام القانون الاداري واختصاص محكمة القضاء الاداري بالنزاعات التي تثور بشأنه (۱). يذهب جانب اخر من الفقه الى ان عقد البوت عقد مدني، والسبب ان هذه العقود اساسها (العقد شريعة المتعاقدين) ترتب التزامات متبادلة بين الادارة وصاحب المشروع، ولا تظهر في المسالة مدار البحث السلطات التي تتمتع بهاا الادارة في العقود الادارية، كما ان نظام الاقتصاد الحر يقتضي ان تتخلى الدولة عن بعض سلطاتها الاستثنائية وان تتعامل مع الافراد كفرد عادي مما يضفي الصفة المدنية على عقودها (۱).

عقود التزام المرافق العامة هو الاتفاق مع الادارة على الاستئثار بجزء من المال العام لاستخدامه في ادارة المرفق العام، مثلاً امتياز مرفق النقل وتوريد المياه. اما الترخيص بالاستعمال غير الاعتيادي الترخيص بالاستئثار بجزء من المال العام لاغراض غير عامة بل خاصة مثلاً التعاقد على إقامة مطعم في متنزه عام للاستعمال الفردي غير الاعتيادي الذي يتم التعاقد مع الادارة يشبه الاستعمال ويشغل المتعاقد مع الادارة مركزاً تعاقدياً لا تنظيمياً، بانه اكثر قوة من مركز المرخص له في عقود امتياز المرافق العامة، فالادارة لها الحق في انهاء العقد الاداري بالارادة المنفردة حتى لو لم يرتكب الطرف الاخر خطأ أو تقصير، وعلى الرغم من ان الاداري بالارادة المنفردة متى لو لم يرتكب الطرف الاخر خطأ أو تقصير، وعلى الرغم من ان التي تثور بشأنه، لكن وفق المادة (٢/٧/د) من قانون مجلس شورى رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ المعدل بقانون رقم ٦٠ لسنة ١٩٧٩ (يقتصر بالنظر بالاوامر والتعليمات الصادرة من الموظفين والهيئات في دوائر الدولة والقطاع الاشتراكي التي لم يعين المشرع مرجع الطعن فيها الموظفين والهيئات في دوائر الدولة والقطاع الاشتراكي التي لم يعين المشرع مرجع الطعن فيها

-1 – د. جيهان حسن سيد حسن، دور السلطة التشريعية في الرقابة على الاموال العامة، دار النهضة العربية، القاهرة،

۲۰۰۱، ص۲۸۶.

<sup>2 -</sup> د. عبد الفتاح بيومي، مصدر سابق، ص٩٧.

 $<sup>^{3}</sup>$  – د. عبد الفتاح بيومي، المصدر نفسه ، ص ١١٠.

177

فقط) وبالتالي النزاعت التي تنشأ في عقد الترخيص بالاستعمال غير الاعتيادي لمحكمة عادية مدنية او تجارية حسب الاحوال(1).

اعتبر جانب من الفقه عقد البوت من عقود التجارة الدولية فاعمال المشروعات الاستثمارية ومنها مشروعات البوت هي من الاعمال التي تمارس على وجه الاحتراف وعلى شكل مشروع يتوفر عنصر المضاربة لتحقيق الربح<sup>(۲)</sup>.

ثالثاً: في القانون المدني والتجاري: ان مصطلح الفرانشيز اول من استعمله الفرنسيون في التجارة في العصور الوسطى ثم طواه النسيان، ثم استعمله الامريكان مرة اخرى في مطلع القرن العشرين، مالبث ان تبلور وشاع على المستوى الاقتصادي والقانوني خاصة عقب العالمية الثانية وابتداءاً من السبعينات تشكلت انحادات الفرانشيز من قبل كبار التجار وطدت اركانه، واهتم الفقه والقضاء به حتى ظهر اول تشريع امريكي للفرانشيز في نهاية السبعينات، وتعاقبت الاحكام القضائية في اوربا حتى صدور حكم في قضية —بروتويسيا —الشهير عام ١٩٨٦ وصدر الاتحاد الاوربي للفرانشيز القانون رقم ١٩٨٧ للسنة١٩٨٨، إلا ان المشرع الفرنسي لم ينظمه في اطار تشريعي تاركاً لتطبيق القواعد العامة التي تنظم العقد في القانون المدني.

بلغ عدد المانحين في امريكا ١٥٠٠ الف وخمسمائة مرتبطين باكثر من نصف مليون متلقي، بينما بلغت عدد شبكات الفرانشيز إلى ستمائة شبكة تضم ما يزيد ثمانية وعشرون الف متلقى (٣).

لم ينظم المشرع العراقي عقد الامتياز التجاري بتشريع خاص كما فعل المشرع الامريكي والاتحاد الاوربي رغم اهمية هذا العقد في الاستثمار الذي نظم القانون العراقي احكامه في قانون الاستثمار رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦(٤). ورغم اثر ذلك على المستهلك الذي يواجه خصمان

2 - د. عبد الفتاح بيومي، مصدر سابق، ص ١٣٤.ينظر نفس المعنى د. لطيف جبر كوماني، موجز القانون التجاري، مطبعة البرق، بغداد، ٢٠١٣، ص٢-٦٥.

\_

 $<sup>^{1}</sup>$  - د. علي احمد حسن اللهيبي، استعمال الأموال العامة المخصصة للاستعمال المباشر، بحث منشور في مجلة الحقوق الجامعة المستنصرية، المجلد الثاني، ع  $^{1}$  -  $^{1}$  الحقوق الجامعة المستنصرية، المجلد الثاني، ع  $^{1}$  -  $^{1}$  السنامية المستنصرية، المجلد الثاني، ع  $^{1}$  -  $^{1}$  السنامية المستنصرية، المجلد الثاني، ع  $^{1}$ 

<sup>-</sup> د. محمد محسن النجار، مصدر سابق، - 7

<sup>4 –</sup> انظر هذا القانون صباح صادق جعفر، مجموعة القوانين التجارية، المكتبة القانونية بغداد ٢٠٠٩.

بدلاً من واحد المنتج المتلقي في بلده والمنتج المانح الاجنبي رغم تنظيم قانون حماية المستهلك العراقي رقم واحد لسنة ٢٠١٠ الذي يقرر مسؤولية المجهز من منتج وصانع وبائع عن الاضرار التي تلحق بالمستهلك.

يتخذ المنتج او الصانع رمزاً او علامة معينة تميز منتجاته او خدماته التي يقدمها عن غيرها من المنتجات والخدمات، والعلامة التجارية تُعد وسيلة لمد جسور الثقة العملاء والمستهلكين بالمنتوج والخدمة اذ يمكن بواسطة العلامة التعرف على السلعة التي يرغب شرائها او الخدمة التي يريد الحصول عليها(١).

والسؤال الذي يمكن طرحه في هذا الشأن هل يجوز وفق القوانين التي تنظم العلامة التجارية إنشاء عقد الامتياز التجاري ؟الاجابة: هناك اتجاهين:

الاتجاه الأول: الرافض للتصرف بالعلامة التجارية استقلالاً عن المشروع: وهو الاتجاه المتاثر بالمفهوم التقليدي لوظيفة العلامة التجارية اي الاتجاه التقليدي، وانصار هذا الاتجاه لا يجيز التنازل عن العلامة التجارية بصورة مستقلة، إلا انه يجيز مثل هذا التنازل تبعاً للتصرف بالمشروع (٢)، فالغاية من نظرية المصدر حماية النزاهة في التعامل التجاري وحماية المستهلكين لعدم وقوعهم في الغلط او تعرضم للغش (٣).

الاتجاه الثاني: المؤيد للتصرف بالعلامة التجارية لقد تطورت وظيفة العلامة التجارية فلم تعد تقتصر على الدلالة على مصدر المنتجات اذ ظهرت لها وظائف جديدة منها الدلالة على نوعية المنتجات او مستوى جودتها، فالعلامة التجارية تفيد نوعية البضاعة وجودتها بغض النظر عن مصدر المنتوج، ففي فرنسا يرى الفقه ان حماية الجمهور من الغش والتضليل تضمنته قوانين خاصة بمكافحة الغش القانون الصادر في ١٩٠٥ ويرى هذا الفقه ان العلامة التجارية لا تضمن

 $^{1}$  - د. يعقوب يوسف صرحوه، النظام القانوني للعلامات التجارية  $^{-}$ دراسة مقارنة مطبوعات جامعة الكويت الكويت،

 $<sup>^{2}</sup>$  - د. حسام عبد الغني الصغير، الترخيص باستعمال العلامة التجارية، القاهرة،  $^{2}$  - 19 مسهورات عويدات، بيروت دون سنة الطبع،  $^{2}$  - د. حسام عبد الغني الصغير، الترخيص باستعمال العلامة التجارية، القاهرة،  $^{2}$  - د. محمود احمد الكندري، اهم المشكلات العملية التي يواجهها عقد الامتياز التجاري بحث منشور:. http:/www.startemes.com محدر سابق،  $^{2}$  - د. حسام عبد الغني الصغير، مصدر سابق،  $^{2}$  - د. معمد مصدر عباس، التشريع الاسلامي دار النهضة العربية القاهرة،  $^{2}$  - 19 مستى عباس، التشريع الاسلامي دار النهضة العربية القاهرة،  $^{2}$  - 19 مستى عباس، التشريع الاسلامي دار النهضة العربية القاهرة،  $^{2}$  - 19 متحدد مت

توافر صفات وخصائص معينة في المنتجات، لأن صاحب العلامة لا يلتزم بتوفير صفات وخصائص السلع ودون وجود قيد عليه في ذلك، ثم يخلص هذا الفقه الى نتيجة مفادهاا ان التصرف بالعلامة التجارية مستقلة عن المشروع او المحل التجاري لا يؤدي إلى خداع المستهلك أو تضليله (۱).

لقد استخلص القضاء وجود رقابة الجودة في حالات مختلفة من القضايا العملية التي عرضت الاربعة حالات الآتية (٢):

1- اقتران الترخيص باستعمال العلامة بالحق في استغلال براءة الاختراع: في قضية Folger باستغلال البراءة v. Folger باستغلال البراءة مع حق الاخير باستعمال العلامة التجارية التي تستخدم للدلالة على سخان الماء، وتضمن العقد حق مالك براءة الاختراع فسخ العقد إذا قام المرخص له باجراء اية تعديلات صناعية في المنتوج ومع ذلك قام المرخص باجراء التعديلات دون موافقة المرخص فرفع دعوى على المرخص له بالاستعمال غير المشروع لبراءة الاختراع والعلامة التجارية واصدر القضاء حكماً لصالح المدعى بفسخ العقد والزم المرخص له بعدم استعمال براءة الاختراع.

٧- توريد مستلزمات الإنتاج : وذهبت احكام القضاء الى ان تقديم المادة الاولية اللازمة لتصنيع السلعة من صاحب العلامة الى المرخص له يتضمن نوعاً من رقابة الجودة على الانتاج وحماية للمستهلك، لذا فقد اقر القضاء صحة عقود الترخيص باستعمال العلامة التجارية التي تتضمن توريد مستلزمات الانتاج للسلع التي تحمل العلامة التجارية موضوع الترخيص.

٣-مساهمة المرخص في مشروع المرخص له، ان مساهمة المرخص في راس مال مشروع المرخص له بالقدر الذي يمكنه من رقابة الجودة.

٤- استعمال العلامة التجارية بصدد عقود الترخص: ذهبت احكام القضاء الامريكي إلى ان استخدام العلامة التجارية الاجنبية من قبل شركات امريكية حصلت على حق التوزيع القصري لمنتجات اجنبية داخل الولايات المتحدة ليس من شانه تضليل الجمهور على اعتبار ان هذه

 $^{2}$  - د. د. حسام الدين عبد الغني، المصدر نفسه، ص  $^{2}$  - ١٠٧.

 $<sup>^{-1}</sup>$  د. يعقوب يوسف صرحوه، مصدر سابق، ص $^{-1}$  ۱ وينظر ايضا د. حسام الدين عبد الغني، مصدر سابق، ص

السلع مصنعة في الخارج فان دور المرخص له يقتصر على دور التوزيع دون ان يتدخل في درجة جودة المنتوج.

اما موقف المشع العراقي نجد ان المادة (١٨) من قانون العلامات والبيانات التجارية رقم ٢١ لسنة ١٩٧٥ تنص على انه: " ١ – تتنقل العلامة تبعاً لملكية المحل التجاري مالم يتفق على خلاف ذلك، واذا نقلت ملكية المحل التجاري بدون العلامة لناقل الملكية الاستمرار في صناعة المنتجات التي سجلت العلامة عليها وإنتاجها والاتجار بها هذا مالم يتفق على خلاف ذلك "، والمشرع العراقي بهذا النص يترك التصرف بالعلامة التجارية بصورة مستقلة عن المحل التجاري بارادة الطرفين المتعاقدين، وبالتالي ان النص الذي يمنع التصرف بالعلامة التجارية بمعزل عن المحل التجاري نص مفسر لارادة المتعاقدين وليس نص امر بقوله "...تنتقل العلامة تبعاً لملكية المحل التجاري مالم يتفق على خلاف ذلك "والواقع ان موقف المشرع العراقي في هذا الصدد وهو يتماشى مع الاتجاهات التشريعية و الفقهية والقضائية الحديثة التي تجيز التصرف بالعلامة التجارية، لكنه لم يبين حكم استعمال الغير للعلامة التجارية والانتفاع منها ولم ينص على عدم الترخيص باستعمال نفس العلامة التجارية، لكن قد يتعرض المستهلك للتضليل بتغير مالك العلامة التجارية وان عقد الامتياز التجاري لا يتضمن نقل ملكية العلامة التجارية وانما يسمح للمتلقي باستعمال العلامة التجارية خلال مدة عقفد الا متياز.

ان طبيعة الالتزامات التي يفرضها عقد الامتياز التجاري على المتلقي تحقق معايير رقابة الجودة التي يتطلبها القضاء الامريكي لاجازة الترخيص بالعلامة التجارية وبالمعايير التي تبناها القضاء الامريكي للتحقق من مدى رقابة الجودة يجيز استعمال العلامة التجاري من قبل المتلقى.

# المبحث الثاني: مسؤولية المنتج في عقد الامتياز التجاري

تناول المشرع الفرنسي تعريف االمنتج بحيث نصت عليه الفقرة السادسة من المادة السادسة من المادة الامرادة من قانون رقم ٣٩٨ لسنة ١٩٩٨ التي حددت متى يكون الشخص منتجاً إذا كان محترف صانع المنتجات في شكلها النهائي، ومنتج المادة الاولية تسمح بانتاج مادة اخرى ومنتج أو صانع جزء من الاجزاء التي يتركب منها المنتج، كل من يقدم نفسه منتج سواء بوضع

اسمه على المنتجات أو اي علامة تميزه مستورد المنتجات في اطار المجموعة الاوربية او لاي شكل من اشكال التوزيع.وهناك رايين راي يذهب لشمل المسؤولية المنتج والمورد والتاجر الوسيط لانه قد ينشأ العيب في المنتج بفعله ويسهل على المضرور مقاضاة التاجر الذي يعرفه دون المنتج والراي الاخر يرى ان يسال المنتج فقط لان العيب خلال عملية الانتاج (1).

قد يلحق المستهلك ضرر جراء استعمال المنتجات سواء أكان الضرر مادياً ام جسدياً، وسواء اكان مصدره عيباً خفياً في المنتجات ام كان يرجع الى خطورة فيه بسبب الاستعمال وبخاصة اذا لم يكن هناك تحذير من سوء الاستعمال، فهل يسال المرخص ؟وما اثر نسبية اثر العقد في امتداد المسؤولية ؟ وما اساس المسؤولية ؟ وما طبيعتها ؟ وما مسؤولية المنتج عن المنتج المتلقى من الباطن ان صح التعبير ؟

للاجابة على هذه الاسئلة نقسم المبحث الى مطلبين الاول: مسؤولية المنتج المانح (مالك العلامة التجارية) اتجاه المستهلك والثاني مسؤولية المنتج المتلقى.

المطلب الأول: مسؤولية المنتج المانح (مالك العلامة التجارية) اتجاه المستهلك ان الطبيعة المركبة لعقد الامتياز التجاري ووحدة العلامة التجارية وسلطة الرقابة والخضوع للمنتج المانح على المتلقي، واستقلال مشروع المانح عن مشروع المتلقي، وتحمل المتلقي وحده خسارة ومخاطر مشروعه، وتطور المسؤولية المدنية الى المسؤولية الموضوعية، وتاكيد قوانين حماية المستهلك على حماية المستهلك ومسؤولية المنتج، إضافة إلى القواعد العامة التي تقضي بحماية حسن النية وحماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية وهو المستهلك، مما يقتضي تحديد مدى مسؤولية المنتج المانح وما اساس مسؤوليته وطبيعتها ؟ للاجانة على هذه الاسئلة نقسم المطلب الى الغرعيين الأتيين :

1 - الجزائر ابرمت اتفاقية شركة مع الاتحاد الاوربي حو المسؤولية عن فعل المنتجات في حالة خروج والوفاة صانع السلعة في شكلها النهائي صانع الاجزاء التي يتركب منها المنتوج صانع المنتجات الطبيعية كل تاجر وسيط يظهر بمظهر المنتج او هوية الاشخاص المسؤولين مسؤولية عن الاضرار التي تسببها المنتجات من جهة اخرى جاءت ضيقة عند

المشرع الجزائري مقارنة مع المشرع الفرنسي وجعل مسؤولية مرحلة الانتاج والتوزيه بحيث يجيز رفع الدعوى على المنتج والمورد او الموزع بحث في المسؤولية المدنية للمنتج وفقا لاحكام القانون الجزائري ٢٠٠٩ على الموقع

http:/www.startemes.com.

الفرع الأول: مسؤولية المنتج المانح العقدية

رغم نسبية اثر العقد التي تحول دون انصراف اثر التصرف القانوني الذي ابرمه المتلقي مع من تعاقد معه الى المانح لا ستقلال مشروع المتلقي عن مشروع المانح، فان المبدأ الذي اتخذه الفقه هنا قيام المسئولية المدنية للمانح ولكن الاختلاف بينهم حول اساس هذه المسؤولية.

اولاً: مسؤولية المنتج المانح على اساس الوكالة الظاهرة: ان جل اهتمام المرخص في عقد الامتياز التجاري ان تظهر اعمال المرخص له امام المستهلكين وكأنها صادرة منه هو، والسبب في ذلك هو حرض المرخص على السمعة التجارية لعلامته التجارية وان السمعة التجارية للمشروع المرخص سوف تزدهر وتنتعش لدى انطباع المستهلكين ونظرية الوضع الظاهر معترف بها من قبل فقه القاننون التجاري لتبرير بعض الأوضاع القانونية التي لم يبين المشرع حكماً لها، مثلاً ممارسة التاجر العمل التجاري تحت اسم مستعار فهناك التاجر الظاهر الذي يتحمل المسؤولية اتجاه الغير حسن النية لاستقرار المعاملات (۱).

وذهب جانب من الفقه (۱) الى ان اساس نظرية الوضع الظاهر هو حسن النية وحماية الطرف حسن النية فعل سبيل المثال في العقد المبرم بين المدير المفوض ممثل الشركة ومالك التصرف باسمها ومن تعاقد معه وان من تعاقد مع المدير المفوض انخدع بالوضع الظاهر.حتى لوكان هذا الغير حسن النية يعتقد ان الوكيل يعمل في حدود وكالته فالامر لا يقتصر على حسن النية وحدها ولكن هناك حالات يتم فيها دعم حسن النية بمظهر خارجي منسوب الى الموكل، ويكون من شان هذا المظهر الخارجي ان يدفع الغيرر الى توهم غير الواقع ومن ثم ابرام العقد ففي مثل هذه الحالات فان هذا الغير – حسن النية – يكون هو الاولى بالحماية القانونية من الموكل الذي خلق المظهر الخارجي فاوقع الغير في الغلط وينصرف اثر التصرف الذي عقده الوكيل الى الموكل لا استنادا للوكالة بل استناداً للوضع الظاهر الذي تبناه الفقه والقضاء خفاظاً

 $^{1}$  - د. لطیف جبر کومانی، مصدر سابق، 0.11

 $<sup>^2</sup>$  – سلامة عبد الفتاح، احكام الوضع الظاهر في المعاوضات المالية، دار الجامعة الجديدة الاسكندرية،  $^2$ 0 –  $^$ 

على استقرار المعاملات ولو انه خرج بذلك عن المنطق القانوني الا ان اكثر التشريعات الحديثة قد وضعت لهذه النظرية سنداً تشريعياً في بعض تطبيقاتها المهمة.

لقد واجه القضاء الامريكي هذه المشكلة ناظراً لمصلحة المستهلك الذي قد يتضرر من اعمال المرخص له، فذهب الى مسؤولية المرخص عن اعمال المرخص له على اساس مسؤولية المتبوع عن اعمال تابعيه او على اساس الوكالة الظاعرة، فطالما ان المرخص له يعد وكيلاً عن المرخص وحماية للغير الحسن النية الذي كان يعتقد عند ابرام العقد انه يبرمه مع المرخص وذلك لقيام مظهر خارجي وهي ان المنتجات تحمل العلامة التجارية التي يملكها المرخص لذا فان اثار التصرف تنصرف الى الاصيل وهو المرخص (١).

والقضاء الانكليزي شأنه شأن القضاء الامريكي قد تبنى فكرى الوضع الظاهر الا انه تشدد في شروط قيام مسؤولية المرخص، اذ يشترط قيام دلائل او شواهد تؤكد وجود هذا الانظباع او التوهم الذي اوقع المستهلك حسن النية ودفعه للتعاقد، اي وجود وضع ظاهر غير منسوب الى المستهلك، ومن امثلة هذا المظهر الخارجي تماثل طريقة تقديم السلعة للجمهور وليس فقط مواصفاتها (٢).

اما في فرنسا يبدو ان مسؤولية المرخص تجاه الغير عن اعمال المرخص له تقوم على اساس نظرية الوكالة الظاهرة مادامت العلاقة بين المرخص والمرخص له علاقة الوكيل بالموكل، وان الموكل قد اجاز للوكيل المرخص له تصريف منتجاته او تقديم خدماته للجمهور باسم موكله، لكن هذه الوكالة قد ينظمها المرخص فتصبح احدى الوكالات التجارية المنظمة في القانون التجاري كما قد يكون بين المرخص والمرخص له عقد توزيع فقد تكون هذه الوكالة حسب الاحوال وكالة بالعمولة او وكالة توزيع.

لا يكون الاستقلال بين المانح و المتلقي ظاهراً ومحدداً فيكون المتلقي بمثابة وكيل عن المانح، فالوضع الطاهر اثراً قانونياً لحماية الحسن النية هو المستهلك الذي يتعاقد بالشراء مع المتلقى، وان علم المستهلك بالاستقلال القانوني بين المانح والمتلقى يحول دون تطبيق

د. محمود احمد الكندري، اهم المشكلات العملية التي يواجهها عقد الامتياز التجاري بخث منشور على الموقع http:/www.startemes.com

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> - المصدر نفسه.

الوضع الظاهر قد اوجب القانون الفرنسي ١٩٩٢ ان يعلن المشروع عن استقلاله وان يكون الاعلان ظاهر ومحدد لا يقبل اللبوس (١).

يلجأ القاضي الى فكرة الوضع الظاهر لتحقيق العدالة في حالات استثنائية عندما لا يجد وسيلة قانونية اخرى لتحقيق الامان في المعاملات القانونية، لذا وصفت نظرية الوضع الظاهر بانها نظرية احتياطية وان هذا الوصف لا يضعف دوره في تحقيق التوازن بين المنطق المجرد والضرورات العملية واستقرار المعاملات (٢).

لم يتضمن قانون التجارة العراقي النافذ رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ قواعد تنظم الوكالة بالعمولة وقد عالج قانون التجارة الملغي رقم ١٤ لسنة ١٩٧٠ هذه النوع من الوكالة من المادة ٢١١ - ٢٢ والرجوع الى قانون الوكالة والوساظة التجارية رقم ١١ لسنة ١٩٨٣ و تقرر المادة ٢٤٠ مدني عراقي "حقوق العقد تعود الى العاقد فاذا تعاقد الوكيل مع الغير باسم الموكل وفي حدود الوكالة فان العقد بقع للموطل وتعود كل حقوقه اليه "عقد الوكالة بالعمولة عقد يتعهد الموكل بان يجري باسمه لحساب الموكل التصرفات القانونية (٣) ان علاقة المرخص بالمرخص علاقة وكالة تجارية تنصرف اثا التصرف الى الاصيل الا اذا الوكيل تصرف بدون موافقة الاصيل وخرج عن حدود الوكالة (٤).

ثانياً المسؤولية التضامنية للمنتج المانح والمتلقي كثيراً ما تتضمن عقود البيع بين البائع والمستهلك شرطاً بالضمان لصيانة المنتجات، فإذا وجد هذا الشرط اعتبر شرط الضمان الوارد في عقد البيع بين المتلقي البائع والمستهلك التزاماً عاماً لشبكة الفرانشيز من مانح ومتلقي وليس التزاماً على المتلقي المتعاقد مع المستهلك مباشرة فقط، لكن لا يمتد هذا الالتزام الى غيره من المتلقين الذين انضموا لاحقاً ولم يشملهم شرط الضمان، اما اذا لم يتضمن العقد هذا الشرط فان نسبية اثر العقد تحول دون رجوع المستهلك على المانح بموجب المادة

 $^{2}$  – سلامة عبد الفتاح، مصدر سابق، ص $^{2}$  1.

<sup>1 -</sup> د. محمد محسن، مصدر سابق، ص 1 ۹

<sup>3 -</sup> د. مصطفى كمال طه، العقود التجارية، دار الفكر الجامعي الاسكندرية، ٢٠٠٨، ص٢١٦ د. باسم محمد صالح، القانون التجاري القسم الاول مكتبة السنهوري بغداد، ٢٠٠٨، ص٢٢٦.

 $<sup>^{4}</sup>$  – د. مصطفی کمال طه، مصدر سابق، $^{0}$ 

1/1 £ ٢ مدني عراقي " ينصرف اثر العقد الى المتعاقدين والخلف العام " ووجود شرط الضمان يبقى المانح ضامناً للسلعة التي باعها المتلقي ولو لم يكن مصدرها المانح نظرا للالتزام العام بضمان جودة المنتجات في عموم شبكة الفرانشيز (١).

التضامن السلبي بين المدينين المانح والمتلقي اتجاه المستهلك —الدائن — المتعاقد مع المتلقي لا يفترض بل لا بد من وجود نص بالاتفاق او بنص القانون، وهذا ما تقره صراحة المادة ٣٢٠ مدني عراقي " التضامن ما بين المدينين لا يفترض وانما يكون بناء على اتفاق او نص في القانون "هناك اساسين للتضامن بين المانح والمتلقى هما :

1- التضامن الاتفاقي بموجب فكرة المجموع العقدي: تتحلل فكرة المجموع العقدي الى نظريتين العقد المركب ومركب العقود، والعقد المركب يتكون من عدة اداءات يصلح احدها ان يكون محلاً لعقد مستقل بسيط، ويكون محله غير قابل للانقسام فكل التزام ضروري لتنفيذ الالتزام الاخر والعقد المركب لا يصلح اساساً لالتزام المانح بالضمان الى جانب المتلقي اتجاه المستهلك، لان التزاماته متعددة ومتعاصرة بين اطرافه والمعاصرة بينما عقد الامتياز التجاري هناك علاقة متتابعة بين المانح والمتلقي ثم علاقة بين المتلقي والمستهلك وليس بعقد واحد يجمع اطرافه الثلاثة (٢) اعتبار الفرانشيز مركب عقدي، والمركب العقدي مجموعة عقود واردة على محل واحد وتاخذ فكرة مركب العقود شكلين : الاول : عقود متوازية ومتعاصرة والثاني عقد متسلسلة، فعقد الامتياز التجاري يمكن اعتباره من طائفة العقود المركبة المتسلسلة، فهو من ناحية اخرى غاية اقتصادية واحدة، فكل من المانح والمتلقي ما مدفه تحقيق الربح. وبما ان فكرة مركب العقود تنصرف الى االتزامات متعددة تكون عقداً واحداً لذا يكون المانح مسؤولاً في مواجهة المستهلك النهائي رغم انه يعتبر طرف غير مباشر في عقد البيغ بين المستهلك والمتلقي، لان هذا النمط من العقود تنصرف اثاره الى الاطراف في عقد البيغ بين المستهلك والمتلقي، لان هذا النمط من العقود تنصرف اثاره الى الاطراف الداخلة في علاقة المركب العقدي (٢).

 $<sup>^{1}</sup>$  - د. محمد محسن، مصدر سابق،  $^{1}$ 

 $<sup>^{2}</sup>$  - ومثال العقد المركب عقد الفندقة حيث يتصمن عدة عقود بيع ايجار وديعة بحيث يصلح كل عقد قائم بذاته.

 $<sup>^{3}</sup>$  – نقلاً عن د. محمد محسن، مصدر سابق،  $^{3}$ 

تنتقد مظرية مركب العقود كاساس للمسؤولية التضامنية للمانح والمتلقي اتجاه المستهلك، لانها افتراض قانوني لا وجود لها في الواقع نادى بها بعض الفقه الفرنسي دون ان يكون لها صدى تشريعي كما تتطلب انصراف ارادة المانح والمتلقى لها (1).

Y – التضامن القانوني بين المنتج المانح والمتلقي على اساس الفرانشيز عقد شركة تضامنية: يذهب راي في الفقه الى ان الفرانشيز عقد شركة  $^{(Y)}$  ويذهب راي اخر من الفقه انه لايعتبر عقد شركة لعدم مشاركة المانح في الخسائر وله الارباح فقط  $^{(T)}$ .

وذهب الدكتور ماجد عمار <sup>(1)</sup> الى عدم مشاركة المانح في الخسائر في عقد الامتياز التجاري لا يحول دون اضفاء الصفة عليه عقد شركة لانه يحصل على الارباح على شكل اقساط دورية محددة مسبقاً. اذا اعتبرنا عقد الامتياز التجاري عقد شركة فلابد ان يتحمل كل شريك نسبة من الخسائر فاعفاء شريك من الخسائر يعتبر شرط اسدي ويعتبر شرط باطل و اذا كانت الشركة بسيط يعتبر العقد باطل ايضاً <sup>(0)</sup>.

وفق الفقرة ثالثاً من قانون الشركات العراقي رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧ المعدل مسؤولية الشركاء في الشركة التضامنية مسؤولية شخصية تضامنية غير محدودة عن جميع التزامات الشركة (٢٠). دائن الشركة من حقه مقاضاة كل شريك (٧).

 $<sup>^{1}</sup>$  – د. محمد محسن، مصدر سابق،  $^{0}$ 

<sup>2 -</sup> د. ماجد عمار، عقد الامتياز التجاري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢، ص٢٦.

 $<sup>^{3}</sup>$  – ينظر هذا الراي د. محمد محسن، مصدر سابق، $^{3}$ 

 $<sup>^{4}</sup>$  – د. ماجد عمار، مصدر سابق،  $^{7}$  - د.

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> – بموجب المادة ١٨٦ من قانون الشركات العراقي ويرى الفقه بطلان هذا الشرط رغم عدم وحود قاعدة عامة في القانون العراقي استناداً لنص المادة ٧٣ من قانون الشركات د. فاروق ابراهيم، الموجز في الشركات التجارية، ط٢،المكتبة القانونية،بغداد، ٢٠١١، ١٩ من ٩ الم يتضمن قانون الشركات حكماً وافياً بشان بطلان الشرط الاسدي ما عدا الشركة البسيطة ويرى دكتورنا باسم محمد صالح ان هذا الشرط باطل وقد اختلف الفقه حول الشرط الاسدي راي يجعل العقد باطل وراي الشرط يبطل والعقد صحيح ينظر تفاصيل ذلك د. باسم محمد صالح ود. عدنان احمد، القانون التجاري الشركات التجارية،مكتبة السنهوري بغداد ص ١٦٩

 $<sup>^{6}</sup>$  – د. فاروق ابراهیم، مصدر سابق،  $^{6}$ 

 $<sup>^{7}</sup>$  – ينظر المادة  $^{8}$  من قانون الشركات العراقى

144

ولا يمكن اعتبار الفرانشيز شركة مساهمة او محدودة، لان الفرانشيز يقوم على الاعتبار الشخصي ويلتزم المتلقي بالسية لاحتفاظ المانح بالاحتكار والهيمنة على السوق بانتاج منتج تنفرد به علامته التجارية، فلا بد ان يكون شركة تضامنية، لكن يشترط في الشركة التضامنية ان لا يكون احد الشركاء شخص معنوي وفق الفقرة ثالثاً من المادة ٦ من قانون الشركات العراقي لا يقل عدد الاشخاص الطبيعين الذي يكونون شركة تضامنية عن شخصين ولا يزيد عددهم على خمسة وعشرين شخصاً...."ومشروع المتلقي شركة فهو شخص معنوي لا يكون شريك متضامن في شركة المانح.

ورغم ان المشرع العراقي لم يشترط ان يكون الشريك شخص طبيعي في الشركة البسيطة كالشركة التضامنية لعموم المادة ١٨١ من قانون الشركات التي تعرف الشركة البسطة " عدد من الشركاء لا يقل عن اثنين ولا يزيد على خمسة " لكن الفقه يذهب الى اشتراط ان يكون الشريك ايضا في الشركة البسيطة شخصاً طبيعياً للاعتبار الشخصي والمسؤولية التضامنية بين الشركاء (١).

بمقتضى استقلال اطراف الفرانشيز ان كل طرف مستقل في مواجهة دائنيه وكذلك لا يدخل احد اطرافه في خصومة دخل فيها الطرف الاخر الا اذا كانت متعلقة بالرابطة العقدية، مع ذلك يذهب القضاء الفرنسي الى مسؤولية المنتج المانح اتجاه المستهلك عن افلاس المتلقي كذلك تنص بعض التشريعات الى اثارة هذه المسؤولية (٢).

قضت محكمة النقض الفرنسية الى مسؤولية المانح عن افلاس المتلقي استناداً للمادة ٣٢٦ من قانون ١٠٥٠ لسنة ١٩٩١ التي تقرر مسؤولية المانح عن افلاس المتلقي اعتمدت المحكمة في حكمها على معيارين الاول وحدة الشركاء ووحدة مقر الشركة والثاني كون المتلقي مجرد منفذ لتعليمات المانح واعد الوثائق المالية والحسابية لادارة مشروع مشروع المتلقي بمثابة مدير فعلى لمشروع المتلقى (٣).

<sup>1 -</sup> ينظر راي د. فروق ابراهيم، مصدر سابق، ص٥٥

 $<sup>^2</sup>$  - د. محمد محسن، مصدر سابق،  $^2$ 

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup>- revu trimmest de droit commercial et droit economigue juin 1994 p:320.m

لتصفية شركة المتلقي وتصفية ديونها ومنها حق المستهلك بالضمان وهنا يجد المانح اصبح استغلال عناصر الفرانشيز المعنوية مهددة والحاق ضرر بسمعته التجارية بسبب وقوع مشروع المتلقي تحت التصفة وتعرضه للاقشاء ومن ثم تعرض المعرفة الفنية لخطر الافشاء (١).

ثالثاً : مسؤولية المانح العقدية عن ضمان العيوب الخفية اتجاه المستهلك :

مسؤولية المانح الناشئة عن توريد البضائع يميز الفقه الايطالي بين توريد مستمر للبضائع فان مسؤولية المانح تنشأ كونه مورداً للبضاعة المعيبة اما في الحالة التي يعين فيها المانح جهة مزودة للبضاغة تكون مسؤوليته باعتباره ضامناً للشراء ومسؤولاً عن مستوى الجودة للبضائع المشتراة (٢). لكن اذا كان المانح قام بتوريد البضاعة للمتلقي او عين الجهة التي تورد فلا ضمان عليه إذا اثبت انه لم يصدر منه خطأ في التصميم او التصنيع، اما المتلقي اذا كان هو صانع البضاعة او مصصمها يكون ضامن لضمان العيوب الخفية، يختلف الضمان في نطاق الفرانشيز من حيث اختلاف نوع نشاط محل الفراشيز ويتسع ضمان المتلقي على ضمان المانح، لكن يمكن اثارة مسؤولية المانح بصورة غير مباشرة فاخلال المتلقي بمستوى الجودة العام للمنتجات يعكس اخلال المانح بالتزامه الرقابي مما يهدد علامته التجارية وسمعته التجارية بالسقوط، لذا يجد المانح نفسه مضطرا للضمان من باب اولى له من سقوط حقه في استغلال علامته التجارية في سوق اقليم المتلقي (٣).

وقد يبرم المانح عقود وكالة وتوزيع لبضاعته فالموزع لا يحق له ان ينتج منتجات على اساس براءة الاختراع التي صنع المنتج بموجبها او يستعمل العلامة التجارية نفسها على منتجاته فمن اجل ان يحق له ذلك لا بد ان يرخص له من قبل المانح وعقد التوزيع والوكالة لا يعطيه الحق باستعمال العلامة التجارية (1).

ا سابق،- د. محمد محسن ابراهیم، مصدر سابق،- سابق،- ۱ نفس المعنی د. فاروق، مصدر سابق،- ۱۳٤ محمد محسن ابراهیم، مصدر سابق،

 $<sup>^2</sup>$  - د. محمد محسن، مصدر سابق، 0

 $<sup>^{3}</sup>$  – د. محمد محسن، المصدر نفسه ، ص  $^{3}$ 

 $<sup>^{4}</sup>$  – ندوة الويبو الوطنية عن الملكية الصناعية من اجل زيادة الاعمال والتجار والبحث والتطوير تنظمها المنظمة العالمية  $^{1}$  للملكية الفكرية  $^{2}$  . http:/www.wipo?p.L4com.  $^{2}$  .

التمكين التكنولوجي يعتبر احد مستلزمات العقد بينما تلعب الطبيعة الذاتية للعقد دوراً جوهرياً لاستبعاد المقومات المادية من نطاق الحصرية ومنها البضائع، والحصرية الاقليمية تتيح للمتلقي احتكاراً يمكنه من تحقيق الربح في النطاق الاقليمي المحددله، والمانح يستفاد من الحصرية ايضاً بزيادة الاقساط التي يتقاضاها الفرانشيز بسبب زيادة الارباح. لا تعد المعرفة الفنية عنصراً مميزاً في عقد الامتياز التجاري فحسب بل يعبر عن وحدة المضمون الفني لكافة شبكة الفرانشيز فهل تتحقق مسؤولية المانح عن ضمان عيوب منتجات المتلقي بسبب المعرفة الفنية؟ ان التزام المانح بالضمان متولد عن التزام اخر بتقديم التكنولوجيا والمعرفة الفنية للمتلقي وله الاعفاء من المسؤولية باثبات خطأ المستهلك في استعمال السلعة او بسبب خطأ المتلقي في التخزين او بسبب خطأ في تصنيعا او جودتها من قبل المتلقي (1).

الفرع الثاني: مسؤولية المنتج المانح التقصيرية اتجاه المستهلك

ان العقد الذي يرتبط به المستهلك لشراء المنتجات التي ينتجها المنتج المتلقي هو عقد بينه وبين المتلقي والمنتج المانح يعتبر من الغير لهذا العقد فاذا صدر من المانح عمل غير مشروع لحق ضرراً بالمستهلك تنشأ مسؤولية المانح التقصيرية

# اولاً مسؤولية المانح عن الاعلان المضلل:

ان الاعلان في الفرانشيز له خصوصية فالمتلقي يكتسب حق استعمال وسائل المانح الاعلانية كجزء من مجمل محل العقد، ان الاعلان له اثراً اقليمياً للمتلقي المعلن بصفة خاصة وللشبكة بصفة عامة اذ قد يتضمن الاعلان دعاية كاذبة او مضللة يقع المستهلك ضحيتها وللوحدة القانونية للشبكة فانفراد المانح في السياسة الاعلامية للشبكة يقيم مسؤوليته التقصيرية اتجاه المستهلك اذ عناصر الفرانشيز المملوكة له وحدة لا تتجزا ومنها الاعلان الموجه للجمهور وان المتلقي منفذ لسياسة المانح واذا كان دوره يقتصر على تنفيذ اعلان المانح فان ذلك يعتبر الساساً لاعفائه من المسؤولية (٢).

 $<sup>^{1}</sup>$  - د. محمد محسن، مصدر سابق،  $^{1}$ 

 $<sup>^2</sup>$  - نقلا عن د. محمد محسن مصدر سابق  $^2$ 

لقد اعتبر قانون ٢٧ ديسمبر ١٩٧٣ الفرنسي الاعلان الكاذب جريمة ترتب المسؤولية الجنائية الى جانب المدنية بينما يقتصر المشرع المصري على المسؤولية المدنية دون الجنائية (١). كما ان المادة ٩ من قانون حماية المستهلك العراقي رقم واحد لسنة ٢٠١٠ نصت على " يحظر على المجهز والمعلن ما ياتي اولا ممارسة الغش والتضليل والتدليس واخفاء الحقيقة المواد المكونة للمواصفات " اذا يحظر في قانون حماية المستهلك العراقي على المنتج الاعلان الكاذب لتضليل المستهلك والا تحققت مسؤوليته المدنية.

عرفت المادة ١١ من قانون حماية المستهلك اللبناني رقم ٢٥٠٩ لسنة ٢٠٠٥ الاعلان المضلل " الذي يحصل باية وسيلة كانت لمضل متناولا سلعة او خدمة متضمناً عرضاً او بياناً او ادعاءاً كاذباً او كونه مصاغ بعبارات من شانها ان تؤدي بطريقة مباشرة او غير مباشرة الى خداع او تضليل المستهلك "(٢). وقد ينصب الاعلان المضلل على السلعة ذاتها او على عنصر من عناصرها من حيث طبيعتها وتركيبها او كميتها او صفاتها الجوهرية (٣).

ومن قرارات محكمة النقض الفرنسية الاعلان عن اثاث مصنوع من خشب اقل جودة او انه مصنوع من البلوط مع انه مصنوع من الزان الملون أو الاعلان عن مياه معدنية بينما هي صناعية او الاعلان عن عصير طبيعي بينما هو صناعي صبغ ونكهة فواكه (<sup>1)</sup>.

ثانياً مسؤولية المانح المتبوع عن اعمال تابعيه : تتداخل علاقات العمل مع علاقات الفراتشيز وحدة المظهر يلتزم المتلقي بالمحافظة عليه لذا يرتبط سائر المستخدمين في الشبكة بالمحافظة على هذا المظهر وهذا الالتزام لا يكون في مواجهة المانح بل في مواجهة المتلقين منه، ان رابطة العمل التي تربط المتلقي بمستخدميه لا تعود بالنفع عليه غحسب بل على المانح ايضاً وبالتالي لا تقوم العلاقة التبعية بين المانح ومستخدمي المتلقي اذ يشترط لعلاقة التبعية ان يكون المستخدم تحت سلطة صاخب العمل ويخضع لاشرافه ورقابته لتنفيذ العمل، وإذا كان المانح له سلطة التاهيل للعامل والاشراف الفني عليه وتدريبه فان السلطة الادارية تكون للمتلقي

1 منشورات الحلبي بيروت، 7 ، 1

 $<sup>^{1}</sup>$  – د. محمد محسن المصدرنفسه ص $^{1}$ 

<sup>3 -</sup> د. غسان رلباح، مصدر سابق، ص١١٣٠

<sup>1</sup> من نفسه، ص $^4$  – نقلاً عن د، غسان رباح، المصدر نفسه، ص $^4$ 

177

وتوافر سلطة الاشراف الفني وحدها لا تكفي لتحقق العلاقة التبعية بينما تكفي السلطة الادارية وحدها لذلك (۱). ويذهب الفقه والقضاء في كل من فرنسا ومصر على ضرورة ان يكون للمتبوع سلطة تمكنه من اصدار الاوامر والتعليمات الى التابع وخضوع الاخير له (۲).

تنص المادة ٢٩ من قانون العمل العراقي رقم ٧١ لسنة ١٩٨٧ " اتفاق بين العمل وصاحب العمل يلتزم فيه العامل باداء عمل معين لصاحب العمل وتبعا لتوجيهه وادارته ويلتزم صاحب العمل باداء الأجر المتفق عليه للعامل ".ويرى استاذنا الدكتور حسن على الذنون (٣)ان المعيار الذي يتحتم علينا الأخذ به هو ذلك المعيار الذي وضعه القضاء الفرنسي وتبعه القضاء المصري الى ان معنى التبعية ان يكون للمتبوع سلطة او حق اصدار الاوامر والتعليمات بما عهد الى التابع من اعمال (٤).

ويرى البعض الى تكييف العلاقة بين المانح ومستخدمي المتلقي كونه وكيلاً عن المتلقي في الاشراف على الكفاءة الفنية لمستخدمي المتلقي  $^{(0)}$  لكن يرد على هذا التكييف بان الوكالة لا تفترض بل لا بد من نص صريح.

وفي فرنسا تؤخذ بالمتبوع العرضي ان يضع المتبوع تابعه تحت تصرف شخص اخرخوله اصدار الاوامر والتعليمات غان وقع الضر بفعل التابع يسال المتبوع العرضي لانه له السلطة الفعلية (٦).

ويرتبط المستخدم في شبكة الفراشيز برابطتين ادارية يقوم بها المتلقي وفنية يقوم بها المانح (<sup>(^)</sup>).

 $<sup>^{1}</sup>$  - د. محمد محسن، مصدر سابق، ص  $^{1}$  - ۱- د.

د. حسن علي الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني المسؤولية عن فعل الغير، 4 ، دار الوائل عمان الاردن،  $^2$ 

<sup>77.00,7.77</sup> 

 $<sup>^{3}</sup>$  - د. حسن على الذنون، المصدر نفسه، ص $^{3}$ 

 $<sup>^{4}</sup>$  – د. حسن الذنون، المصدر نفسه، ص $^{2}$ 

 $<sup>^{5}</sup>$  – ينظر هذا الراي والاعتراض عليه د. محمد محسن مصدر سابق، ص  $^{5}$ 

 $<sup>^{6}</sup>$  – د. حسن علي الذنون، المصدر السابق، ص  $^{6}$ 

 $<sup>^{7}</sup>$  – د. محمد محسن، مصدر سابق، ص $^{7}$ 

 $<sup>^{8}</sup>$  – د. حسن على الذنون، مصدر سابق،  $^{8}$ 

ثالثاً الخطأ الشخصي للمانح: عدم كفاءة المتلقى قد يرجع الى خطا المانح اما لاخفاقه او امتناعه عن نقل المعرفة الفنية او فشل هذه المعرفة في تلبية احتياجات سوق المتلقى فان ذلك يعد اخلال من المانح بالتزامه بتاهيل المتلقى او تزويده بالدراسات الجادة في تنمية نشاطه ويواكب التطور عبر الزمن لدى اقليم المتلقي لذا تتحق مسؤولية المانح التقصيرية اذا لحق ضرر للمستهلك بسبب هذا التقصير (١).

## المطلب الثاني: مسؤولية المنتج المتلقى

يلتزم المتلقى كمنتح بالضمان طبقاً للقواعد العامة لضمان العيوب الخفية وضمان الاستحقاق، كما يلتزم طبقاً لقوانيين حماية المستهلك بضمان السلامة من خطورة المنتجات المعيبة لذا قسمنا المطلب لفرعين الآتيين:

> الفرع الأول: التزام المتلقى بضمان العيوب الخفية وضمان الاستحقاق اولاً: التزام المتلقى بضمان العيوب الخفية: (٢)

يشترط بمقتضى المادتين ٥٥١و ٥٥٩ مدن عراقي لرجوع المشتري على البائع بضمان العيوب الخفية ان يكون العيب خفياً وقديماً ومؤثراً، عندما يشتري مهنى ما يدخل ضمن صنعته او مهنته سلعة لا يستطيع ان يعي بالعيب الخفي كان المفروض ان يعرفه ويكشفه لو بذل عناية الرجل المعتاد (٣) في القانون الفرنسي افتراض علم البائع المحترف (٤) والمادة ٤٤٧ من المجموعة المدنية للقانون الفرنسي جعل البائع ضامنا العيب الخفي سواء كان عالماً او غيرعالم به<sup>(٥)</sup>.

1 - د. محمد محسن، مصدر سابق، ص٤٩-٩٤.

<sup>2 -</sup> ينظر تفاصيل اكثر لشروط ضمان العيوب الخفية د. جعفر محمد جواد الفضلي، الوجيز في عقد البيع منشورات زين الحقوقية بيروت ١٣٠١٥٧. غازي عبد الرحمن ناجى التزام البائع بضمان العيوب الخفية مجلة العدالة بغداد ع٣س٥ ص٢١ د. محمد حسين منصور شرح العقود المسماة ط١،منـشورات الحلبي الحقوقي بيروت، ١٠١٠، ص ٩ ٤ ١ د حسن عبد الباسط جميعي حماية المستهلك لرضا المستهلك في عقد الاستهلاك دا النهضة العربية القاهرة ۱۹۹۲ ص۲٥

 $<sup>^{3}</sup>$  - د. محمد شكري سرور، مسئولية المنتج عن الاضرار التي تسببها منتجاته المعيبة، دار الفكر العربي القاهرة ۱۹۸۳،ص٥٤

ا  $^4$  – نقلا عن د. غسان رباح، مصدر سابق، ص $^4$  ا  $^4$  ا  $^4$ 

 $<sup>^{5}</sup>$  – د. محمد شکري سرور، مصدر سابق،  $^{5}$ 

يكون المنتج مخطئاً اذا لم يلتزم بالضةابط الفنية المعروفة في مجال الانتاج الصناعي (۱). ولم يكتف القضاء الفرنسي الى خماية المستهلك من مد مطاق المسؤولية الى كل المشتركين في انتاج السلعة وتوزيعها، فلللمستهلك مقاضاة كل من منتج السلعة او البائعين على التعاقب وليس بائعة المباشر فقط بضمان العيوب الخفية فالمستهلك يتخير بين المساهمين للحصول على التعويض (۱). القضاء الفرنسي وسع من مفهوم ضمان التسليم عيةب الخفية وجعل منه وسيلة للتعويض عن الاضرار التي لحقت بالمستهلك نتيجة تسليم مبيع غير مطابق المواصفات التي اطلق عليها القضاء الفرنسي العيوب التعاقدية عدم مطابقة السلعة من حيث النوعية والحوجة كالعطل في صلاحية محرك السفينة لعجم توفر الصفة المطلوبة في العقد (۳).

الجوة مطلب يتطلع اليه المستهلك في كل منتج يحمل علامة تجارية او شعار سواء كان من قام بالانتاج المانح ام المتلقي ومن ثم الحفاظ على السمعة العامة لشبكة الفرانشيزالتزام المانح بالرقابة على جودة انتاج المتلقي يضمن الى الوصول الى المستوى المتجانس مع مستويات المتلقين الاخرين (4).

تؤدي العوامل الاقتصادية الى احداث بعض التباين في المنتجات سواء كان في حجم المنتج او بعض المكونات فيؤثر على حجم الطلب على المنتج في اقليم المتلقي، يخضع المتلقي لنوعين من الالتزامات اتجاه المانح الالتزام بجودة الانتاج، والمستوى الدولي بصلاحية السلعة للتبادل الدوليان حصول المانح على شهادة الايزو الانتاج لا تسري على المتلقي لا ستقلال مشروع كل منهما قانوناً (٥).

وينص قانون الاستثمار العراقي رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦ "على المستثمر في العراق الالتزام بنظم السيطرة النوعية المعمول بها في العراق والانظمة العالمية المعتمدة في هذا المجال والقوانين

 $<sup>^{1}</sup>$  - د. محمد شکری سرور، المصدرنفسه، - ٥٥ محمد شکری

ا الله عن د. غسان رباح، مصدر سابق، -2

 $<sup>^{3}</sup>$  – نقلا عن د حسن عبد الباسط،مصدر سابق، ص

<sup>4 -</sup> د. غسان رباح، مصدر سابق، ص ١٤٦

 $<sup>^{5}</sup>$  - د. محمد محسن، المصدر نفسه، ص ۲ ۲ - ۹ ۲ ۲.

المتعلقة بالامن والصحة والنظام العام وقيم المجتمع " $^{(1)}$  في حالة مخالفة المستثمر للهيئة الوطنية للاستثمار سحب اجازة الاستثمار وايقاف العمل بالمشروع والتعويض لمن لحقه ضور $^{(7)}$ .

تباين مستوى النشاط على اثر تباين الانظمة القانونية قد تتعارض بعض الخدمات مع النظام العام والاداب لذا تحظر قوانين بعض الدول بعض الخدمات وان مباشرة نشاط الفرانشيز في اقلم المتلقي يستلزم الحصول على الرخصة الادارية للتكد من توفر الشروط الصحية (٣). للمانح الحق في في تفتيش ومراقبة المؤونة والتجهيزات للموات الاولية المطلوبة او المنصادر التي يوصي الاخذ منها ومن مصلحة المانح النزام المتلقي بمواصفات ونوعية المنتج والالتزام بالقوانين الوطنية لبلد المتلقي (٤).

ان جرائم تزوير او تقليد العلامة التجارية او وضع علامة مملوكة للغير او وضع غلامة اقل جودة عندئذ يتعرض المستهلك للتضليل (٥)

اذا توفرت شروط ضمان العيوب الخفية يرجع المشتري على بائعه ولا يرجع على المنتج طبقاً للقواعد العامة لضمان العيوب الخفية لان اساس الضمان العقد ولا عقد بين المشتري والمنتج والضمان الذي يرجع به المشتري دعوى فسخ العقد مع المطالبة بالتعويض عما اصابه من ضرر خلال مدة ستة اشهر (1) وهناك حالات يقتصر فيها على انقاص الثمن (٧).

ان الغرض من التغليف وتعبئة المنتجات لا لغرض المحافظة عليها فقط بل لتجنب الخطر الكامن فيها، فقد يكون التجهيز معيب فنياً لا يتناسب وطبيعة او خواص المنتجات نفسها

<sup>1 -</sup> ينظر المادة ١٤ / خامساً من هذا القانون

ينظر المادة 7 من قانون الاستثمار العراقي  $^2$ 

 $<sup>^{3}</sup>$  – د. محمد محسن، مصدر سابق، ص $^{3}$ 

 $<sup>^{4}</sup>$  - د. مصطفى سلمان حبيب، الاستثمار في الترخيص الامتيازي،ط۲، دار الثقافة عمان الاردن ۲۰۰۱، ص $^{0}$  -  $^{0}$ 

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> - د. غسان رباح، مصدر سابق، ص۱۹۳۳

 $<sup>^{6}</sup>$  - د. جعفر محمد جواد الفضلي، مصدر سابق،  $^{0}$ 

 $<sup>^{7}</sup>$  – د. جعفر محمد جواد الفضلي، المصدر نفسه،  $^{0}$ 

كتغليف المنتج بغلاف يتفاعل مع مكونات المنتج مما يؤدي الى فسادها لذا العيب في التجهيز يؤثر على صلاحية المنتج ويعتبر غيبا خفياً موجب للضمان (١).

ثانياً: التزام المتلقى بضمان الاستحقاق

عند انقضاء عقد الامتياز التجاري يلتزم المتلقي برد البضاعة الى المانح فيلتزم بضمان الاستحقاق للمشتري فقد يحدد عقد الامتياز التجاري مصير البضاعة بعد انتهاء العقد الثاني طبيعة العلاقة القانونية التي تربط المانح بالمتلقي قد تسهم في تحديد مصير المخزرن المتبقي وهذه الطبيعة تتعلق بنوع البضاعة فالبضاعة ذات الموديل القديم او القابلة للهلاك لا تثير اهتمام المرخص بينما السلع المعنرة كقطع غيار السيارات او السلع التي لازالت موديلاتها محل استقطاب وطلب من المستهلكين تكون اهتمام المرخص فهذا يعني ان المخزون ملك للمانح ومال المتلقي الا عبارة عن وكيل عنه بالعمولة هذا اذا كان المركز القانوني للمتلقي كوكيل اما اذا كان كموزع فالموزع يتحمل مخاطر التجارة يكون مالكا للبضاعة التي يقوم بتوزيعها فاذا ما انتهت عقد الامتياز التجاري فان المرخص لا يستطيع استرداد البضاعة من مخازن المرخص له لا بد عند صياغة عقد الامتياز التجاري ان تحدد بدقة المسائل التي اثرناها مخازن المرخص له لا بد عند صياغة عقد الامتياز التجاري ان تحدد بدقة المسائل التي اثرناها حتى لا يدخل اجراف العقد في مشكلات وتحديد نيتهما الحقيقية من العبارات الواضحة للعقد "

فحسب هذ الظروف قد تستحق البضاعة المباعة من يد المتلقي فيرجع المشتري بضمان الاستحقاق فيرجع المشتري وفق المادة ٥٥٠ و ٥٥٠ بالتعويض ويختلف هذا التعويض حسب اذا كان البائع حسن النية او سيء النية.

الفرع الثاني: التزام المنتج المتلقي بضمان السلامة

حسب قانون ٣٨٩ مايو ١٩٩٨ الفرنسيوالذي اضاف للقانون المدني المادة ١٣٨٦ التي تقرر مسؤولية المنتج عن الضرر الجسدي الذي يحدثه منتجه المعيب بصرف النظر عن ارتباط المتضر بعقد مع المسؤول ام لا وتقوم المسئولية بقوة القانون مسؤولية موضوعية قائمة على

 $<sup>^{-1}</sup>$  - د. محمد شکري سرور، مصدر سابق، ص $^{-1}$  د. حسن عند الباسط، مصدر سابق، ص $^{-1}$  -  $^{-1}$ .

 $<sup>^{2}</sup>$  - د. اسامة احمد بدر، ضمان مخاطر المنتجات المعيبة دار الكتب القانونية مصر  $^{1}$  - ۲ ص  $^{2}$ 

الضرر دون اشتراط الخطا<sup>(1)</sup>المنتج الخطر هو ما يخشى شره بسبب ما يتضمنه من خطورة تتمثل احتمال وقوع الخطر <sup>(۲)</sup>.الاشياء الخطرة بذاتها هي التي تحمل هذه الصفة الخطرة وتؤدي الى احداث خطر اذا اتصلت بعوامل خارجية لها تاثير على تغيير خواصها وتتحول الى مادة خطرة <sup>(۳)</sup>. على المنتح والبائع المحترف الالتزام بضمان السلامة بتحديد طريقة الاستعمال وان يثبت معايير السلامة في السلع.

#### الخاتمة

#### اولاً النتائج:

١ عقد الامتياز التجاري محله عنصر معنوي وهو المعرفة الفنية يخول المرخص له استغلال علامته التجارية المملوكة للمانح لاغراض اقتصادية.

٢- لم تنظم القوانين العربية والمشرع العراقي عقد الامتياز التجاري بنصوص خاصة كما فعل
 الاتحاد الاوربي والمشرع الامريكي.

٣- بعض الفقه لا يجيز ترخيص استغلال العلامة التجارية حماية للمستهلك من التضليل وقانون البيانات والعلامات التجارية العراقي اجاز التصرف بالعلامة التجارية ونقل ملكيتها بمعزل عن المحل التجاري.

٤- يلتزم المنتج بضمان العيوب الخفية وضمان السلامة

و- الاعلان المضلل والخادع الذي يخدع المستهلك بالتلفزيون او القنوات الفضائية يكون المنجهز والمعلن مسؤول وفق قوانين حماية المستهلك

#### ثانياً:المقترحات

١- لا بد من النص صراحة على عقد الامتياز التجاري في قانون الاستثمار العراقي لا غراض نقل المعرفة الفنية وتحسين انتاج الصناعات الوطنية التي تحتكرها الشركات الصناعية الكبرى

 $<sup>^{1}</sup>$  - د. اسامة احمد بدر، مصدر سابق، ص ۱ د.

 $<sup>\</sup>Lambda$  • محمد شکري سرور ، مصدر سابق ، -  $^2$ 

<sup>3 -</sup> د غسان رباح،مصدر سابق، ص ۱۵۳ - ۱۵۵ م

124

٢- ضرورة النص في قواعد الاسناد العراقي على القانون الواجب التطبيق على النزاع بين المنتج المانح والمتلقي في حالة عدم اشتراط اللجوء الى التحكيم لفض النزاع.

٣- ضرورة تحديد المقصود بالمنتج في قانون حماية المستهلك بالتفصيل الذي بينه القانون الفرنسي في القانون رقم ٣٩٨ لسنة ١٩٩٨

٤- ضرورة عقد العراق اتفاقيات دولية مع اتحادات الفرانشيز الاتحاد الدولي البريطاني والفرنسي كما تفعل الدول النامية العربية الاخرى لتشجيع الاستثما وتطوير الانتاجية والصناعة وعقد الاتفاقية مع منظمة ويبو العالمية للملكية الفكرية لعقد الندوات والمؤتمرات في العراق لتنمية الصناعة الوطنية.

# قيود ممارسة الموظف للعمل التجاري

أ.م.و علي حسن عبر الأمير<sup>(\*)</sup>
 م.و سهام سواوي<sup>(\*\*)</sup>

#### المقدمة

هناك اختلاف كبير بين العمل في القطاع العام عنه في القطاع الخاص، فالموظف في القطاع العام يسعى ويعمل من اجل تحقيق اهداف وضعتها الحكومة والتي تكون بالدرجة الاساس عبارة عن خدمات تقدم الى المواطنين، ولا يجوز للموظف العام ان يطلب أي مردود عدا ما يمثل حقوقه الوظيفية كالراتب و المخصصات، ولا يمكنه ان يسعى الى تحقيق أي ارباح من القطاع الحكومى.

اما في القطاع الاهلي او الخاص، فان الوضع يكون مختلف، حيث ان العامل في القطاع الخاص انما يسعى الى تحقيق ارباحه الخاصة وفائدته الذاتية، ولايمكن ان يقوم بأي عمل دون الحصول على مقابل لذلك العمل بعد اخراج الهبة والتبرع طبعا ولايمكن لاحد ان ينتقده على هذا الامر لان القطاع الخاص يعمل لخدمة الفرد نفسه، وليس هذا الامر فقط بل ان العمل في القطاع الخاص ولحساب الشركات الخاصة يكون مختلف تماما عن العمل في القطاع العام، صحيح ان العامل في الشركة انما يعمل لتحقيق اهداف صاحب الشركة والتي هي تحقيق الارباح ايضا الا ان الوضع يبق مختلفا كذلك عن العمل في القطاع الحكومي وكما هو واضح من ناحية الغرض او الغاية في العمل بالشركات انما هي تحقيق الارباح في حين ان الغاية في العمل بالقطاع الحكومي انما تكون تحقيق المصلحة العامة والنفع العام.

<sup>^</sup>كلية القانون - الجامعة المستنصرية.

<sup>(\*\*)</sup> كلية القانون - الجامعة المستنصرية.

ان العمل في الوظيفة العامة يتطلب تفرغ الموظف العام تفرغا كليا لخدمة المصلحة العامة، حيث ان الوظيفة العامة تتطلب صفاء بال الموظف وعدم انشغاله بأي امور اخرى كالحصول على مردود من عمله او منافع خاصة، وهذا الامر يلزم الموظف العام بتخصيص وقته لخدمة المصلحة العامة، وقد ترجم هذا الامر حقيقة طبيعة العلاقة التي تربط الموظف بالدولة والتي خرجت كما سنرى في هذا البحث عن طبيعة العلاقات في القطاع الخاص.

الا ان القول بذلك لايعني معه ان الموظف قد تحول الى اله صماء وقد تخلى عن طبيعته الانسانية، فهو لايزال انسان ولايزال يريد ان يرى مقابل لما قام به وهذا المقابل يفيده في تسيير امور حياته اليومية وتوفير احتياجاته واحتياج افراد عائلته، فلا يعقل ان نجد شخص يمكن ان يعمل دون أي مقابل، ولايمكن الاحتجاج بأن خدمة الدولة وتحقيق مصالح الشعب هي غاية كل موظف عام موجود في الوقت الحاضر ويعمل بالقطاع الحكومي، صحيح ان الولاء للوظيفة العامة والرغبة في خدمة لمواطنين هي رغبة اغلب الموظفين الا انه لايمكن ان ننكر وجود نسبة كبيرة لاتأتي للوظيفة العامة لهذا الغرض وانما لغرض الحصول على الراتب الوظيفي وميزات العمل في الخدمة العامة، لابل ان اغلب الاشخاص يتجهون للعمل في القطاع الحكومي في اغلب الاحيان رغم المغريات الموجودة في القطاع الخاص، وذلك لان القطاع العام يوفر تأمين لهم بعد احالتهم للتعاقد غير متوفر في القطاع الخاص وهو الراتب التقاعدي.

ان كل هذه الحقائق تجعلنا نقول وبما لايقبل الشك ان الانسان وهو نفسه العامل في القطاع العام والمتجه للعمل بالقطاع الخاص،ورغبته متطابقة الى حد ما وهي رغبة انسانية لايمكن انكارها وتتمثل بالحصول على الارباح والعوائد،فهذه الرغبة لاتستطيع الدولة ان تغيرها، فلاتستطيع ان تتدخل في النفس البشرية وتحد من عنفوانها ورغبتها الشديدة التي قد تصل الى حد عد المردود المادي هو اساس الحياة،ولايمكن للدولة ان تقعد مع كل موظف

وتنصحهه بالتوجه للخدمة العامة وترك التفكير بالارباح والمردود المادي، وكيف نقول ذلك اساسا اذا ماعلمنا ان الدولة ذاتها هي شخص معنوي غير موجود وانه يتحرك من خلال الاشخاص الذين يحملون نفس الامنيات في الحصول على مردود مادي عالي يعينهم في ايامهم، فادوات الدولة نفسها هم الموظفون وهم يرغبون في كل مايريده أي موظف يتجه بفكره الى القطاع الخاص.

وسيحاول الباحثان في هذا البحث دراسة اهم نشاط يقوم به الموظف ويوازن به بين متطلبات المصلحة العامة والوظيفة العامة التي يعمل بها وبين رغبته الانسانية الدفينة في الحصول على مردود مادي يرفع مستواه الاقتصادي، حيث سيدرس الباحثان النشاط التجساري للموظف العام من خلال تقسيم هذا البحث المتواضع الى مبحثين نتناول في المبحث الاول دراسة ماهية النشاط التجاري الذي يمارسه الموظف العام واساس قدرة الموظف ممارسة الاعمال التجارية، اما المبحث الثاني فسنخصصه لدراسة نماذج الاعمال التجارية للموظف العام.

## المبحث الاول: تعريف العمل التجاري للموظف العام

تشير الاعمال التجارية الى جملة من الاعمال التي يمارسها التاجر بقصد الحصول على الربح، كما ان مصطلح الاعمال التجارية يجب ان لاينصرف فقط الى الاعمال التي يمارسها التاجر والتي تتعلق بالبيئة التجارية، بل هناك العديد من الاعمال التجارية التي يمارسها غير التاجر وتعد كذلك اعمال تجارية حتى وان تم ممارستها بشكل عرضي وحتى لو كانت لمرة واحدة، وهي مايطلق عليها بالاعمال التجارية المنفردة.

ان الاعمال التجارية انما تعكس رغبة الانسان في الحصول على مردود مادي وزيادة مدخولاته، وهذا امر يعد من ركائز الطبيعة البشرية حيث لايمكن انكار حب الانسان الى المال ليس لغاية المال بقدر ماهو وسيلة لحصول الانسان

على مايريد، وهذا الامر جعل الدولة تسعى الى عدم جعل نفسها حجر عشرة امام هذه الرغبة العارمة في حب المال، لذلك تجدها لا تقف بوجه نشاط الانسان بشكل مطلق، وانما تسعى فقط الى تنظيم هذه الرغبة التي هي بطبيعتها متقابلة بين الافراد ولايمكن ترك الحبل على القارب ليتصرف الانسان كما يريد في تحقيق هذه الرغبة لاننا سنعود بذلك الى دولة الفوضى.

وعند ملاحظة البيئة الادارية والتي تعد مظهر مهم من مظاهر الدولة قديما وحديثا نجد ان الوظيفة العامة والتي هي تكليف وطني وخدمة اجتماعية انما تضع بعض القيود على حرية الانسان في زيادة دخله قد لانجدها في بيئة القطاع الخاص، والسبب في ذلك ان الوظيفة العامة انما تريد وسائلها المادية وهم الموظفون على هبة الاستعداد في تلبية الحاجات العامة وان لايشغلهم عنها شغلهم الشاغل وهو المال، واذا ما اتاحت الفرصة للموظف العام في ممارسة اعمال اخرى الى جانب اعماله، فستجد ان ذلك الموظف لايتساوى من حيث العطاء والانتاجية مع الموظف الذي يخصص كافة وقته وابداعه في خدمة الوظيفة العامة،لذلك كانت الدولة في نقطة مصيرة تتمشل بتيارين متعاكسين ومهمين ولايمكن الاستغناء والتقييد لاحدهما دون الاخر، التيار الاول هو رغبة الطبيعة الانسانية وحب المال والاستزادة منه وهو طبيعة بشرية خلق وجبل الانسان عليها، ولايمكن للدولة ان تكبح هذه الطبيعة لانها ستواجه العديد من المشاكل قد تتمشل بعدم توفر موظفين كونهم لايرغبون بتقييد هذه الطبيعة او ان الموظفين الذين يعملون عندها سيلبون هذه الطبيعة تحت الطاولة ودون علم الادارة، لذلك لابد للادارة ان تمسك العصا من الوسط وان لاتحرم الانسان من طبيعته وان لاتحرم نفسها من وسائلها المادية، ولايتحقق ذلك الا بأقرار الاعمال التجارية ولكن بأصول وشروط. بعد هذه النظرة الموجزة سيحاول الباحثان دراسة الاعمال التجارية التي يمكن ان يمارسها الموظف العام، حيث سيكون للعمل التجاري خصوصية في هذا البحث يتمثل بعدم اعتماد البحث على كل الاعمال التجارية وانما على نوع محدد من هذه الاعمال وهي الاعمال التجارية التي يمكن للموظف العام ان يمارسها دون ان تثار عليه أي مسؤولية كما سنتناول خصائص العمل التجاري الذي يمارسه الموظف العام والذي يختلف عن الاعمال التجارية الاخرى التي يمارسها التاجر، وسنتناول ايضا دراسة اساس منح الموظف العام الحق في ممارسة الاعمال التجارية.

المطلب الأول: تعريف الاعمال التجارية للموظف العام'

سنحاول في هذا الفرع بيان تعريف الاعمال التجارية للموظف العام في اللغة والاعمال التجارية للموظف العام في الاصطلاح وكالاتي :-

الفرع الأول: - تعريف العمل التجاري للموظف العام في اللغة

اسم مصدر تجر،وهي تحريك المال بالبيع والشراء لغرض الربح ،اما الموظف فهو فهو مشتق من موظف يوظف توظيفا فهو وظف،وهو كل من اسند له وظيفة او عمل ".

وبذلك يكون تعريف الاعمال التجارية للموظف العام في اللغة العربية هو كل تحريك للمال يقوم به شخص اسند اليه وظيفة في عمل حكومي.

الفرع الثاني: - تعريف العمل التجاري للموظف العام في الاصطلاح يمكن تعريف العمل التجاري الذي يمارسه الموظف العام من خلال بيان موقف النظريات التي جاءت لتمييز العمل التجاري: -

- فالعمل التجاري للموظف العام يمكن تعريفه بأنه كل عمل يقوم به الموظف العام ويكون القصد منه المضاربة والربح، الا ان هذا التعريف قد انتقد لانه ليس كل مايقوم به الموظف العام في الجانب

3 https://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar

<sup>1</sup> د. فوزي محمد سامي، شرح القانون التجاري الجزء ١، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ٢٠٠٤

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> https://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar/% D8% AA% D8% AC% D8% A7% D8% B1% D8% A9/

التجاري قد يحقق ارباح كأن يبيع الموظف بالخسارة لغرض كسب الزبائن، كما ان هناك العديد من الاعمال المدنية يقصد منها تحقيق الربح الا انها لاينفى معها اعتبارها مدنية، كأن يقوم الموظف العام بفتح مكتب محاماة او مستوصف او مكتب هندسي، فكلها اعمال مدنية ولكنها تسعى الى تحقيق الربح الم

- وقد يعرف العمل التجاري للموظف العام بأنه كل عمل يقوم به الموظف العام لغرض تداول الشروة التي يملكها كممارسته لمهنة تداول السلع من نقل وبيع الخ، الا ان هذا التعريف، قد انتقد لانه ليس كل الاعمال التي يمارسها الموظف العام والمتعلقة بالتداول قد تكون تجارية كممارسة الموظف العمل الزراعي. "
- وقد يعرف العمل التجاري للموظف العام بأنه كل عمل يقوم به الموظف العام اذا ما قام بممارسته على وجه الاحتراف وتحقيق الارباح، الا ان هذا التعريف ايضا يمكن انتقاده بأن قانون التجارة قد نص على العديد من الاعمال التجارية التي يتم ممارستها بشكل منفرد ومع ذلك فقد وصفها بكونها تجار.

ومن خلال هذه التعاريف وتجنب الانتقادات التي وجهت اليها يمكن التأكيد على ان الاعمال التجارية التي يمارسها الموظف العام هي كل مايقوم به موظف او مكلف بخدمة عامة من اعمال تعد وفق قانون التجارة اعمالا تجارية وبعد مراعاة الخصوصية التي تتمتع بها البيئة الادارية.

2 د. باسم محمد صالح، القانون التجاري، العاتك لصناعة الكتب، ييروت، ص ٣٤.

الياس حداد ومحمد سامر عاشور، القانون التجاري، بري بحري جوي،منشورات جامعة  $^{1}$  دمشق،  $^{2}$  ۲۰۰۲،  $^{2}$ 

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> ^ Needles 'Belverd E.' Powers 'Marian (2013). Principles of Financial Accounting. Financial Accounting Series Cengage Learning.

الفرع الثالث: شروط الاعمال التجارية للموظف العام من خلال التعريفات التي وردت بشأن العمل التجاري للموظف العام نلاحظ ان هذا العمل يتميز بالخصائص الاتية :-

1- يجب ان يمارس العمل موظف عام :- والموظف العام حسب تعريف قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم ١٤ لسنة ١٩٩١ المعدل (كل شخص عهدت اليه وظيفة داخل ملاك الوزارة او الجهة غير المرتبطة بوزارة ') كما عرف قانون الخدمة المدنية رقم ٢٤ لسنة ١٩٦٠ الموظف العام بأنه (كل شخص عهدت اليه وظيفة دائمة داخلة في الملاك الخاص بالموظفين ).

ويطبق الحكم كذلك اذا كان الموظف موقتا استنادا الى قرار مجلس قيادة الثورة الذي شمل الموظف المؤقت بالاحكام التي تطبق على الموظف الدائم، وفي ذلك في هذا الشأن اصدر مجلس شورى الدولة قراره ذي العدد (٢٠٠٦/٩٩) لسنة ٢٠٠٦ بالاتي (تطبق على الموظفين المؤقتين الأحكام القانونية المطبقة على الموظفين في دوائر الدولة التي يعملون بها).

٢- ان يمارس الموظف العام عملا من شانه تداول ثروته الخاصة، وهذه الثروة قد تكون منقولات او عقارات. "

٣- ان يسعى الموظف العام من هذا العمل تحقيق الربح،اي ان يسعى الموظف العام الى تحقيق مردود مادي يتمثل بالفرق بين تكاليف ما

 $^{2}$  المادة  $^{7}$  من قانون الخدمة المدنية رقم  $^{7}$  لسنة  $^{7}$  المعدل النافذ.

-

<sup>1</sup> المادة الاولى الفقرة ثالثا من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم ١٤ لسنة المعدل النافذ

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> crim11dec1962,d,1963.99)by :Codes : Dalloz :codes pénal, Quarter-Vigtcinqueme , Edition Paris,1987-1988.

قام به وماعاد اليه ويكون هذا الربح هو الأساس في تحمل الموظف العام معاناة العمل التجاري والعمل الى جانب الوظيفة العامة  $^{1}$ 

٤- ان لايكون للعمل التجاري الذي يمارسه الموظف العام علاقة بالاعمال التي تكلفه بها دائرته الرسمية، لان مايقوم به في هذه الحالة هو من باب تنفيذ الاوامر الادارية الصادر عن رؤسائه استنادا الى نص المادة الرابعة من قانون انضباط موظفي الدولة القطاع العام رقم ١٤ لسنة ١٩٩١ المعدل ولايمكن عد الموظف في هذه الحالة ممارس للاعمال التجارية.

٥- يرجع في تقدير طبيعة العمل الذي يمارسه الموظف العام لكي يتم
 عده تجاريا الى احكام قانون التجارة وليس لاحكام الوظيفة العامة.

٦- يجب على الموظف العام ان يخضع للقيود التي تضعها القوانين
 الخاصة بالوظيفة العامة حتى يستطيع ممارسة الاعمال التجارية.

من ذلك نصل الى ان قيام الموظف العام بممارسة الاعمال التجارية تختلف عن ممارسته للمهنة والتي هي الوظيفة التي يقوم ببنائها من خلال العلم والخبرة، حيث يختلف ممارسة العمل التجاري عن ممارسة المهنة بأن الاخيرة تكون نتاج ماحصل عليه الانسان من معارف وهي لايصدق عليها وصف العمل التجاري ولايمكن تقييدها كونها حق من حقوق الموظف، كممارسة مهنة الطب او المحاماة او الهندسة. الخ مالم يخرج عن اطار ممارسة المهنة الى التجارة عندئذ يصدق عليه وصف العمل التجاري في نطاق التجاري، وتخضع الى القيود التي فرضت على العمل التجاري في نطاق الوظيفة العامة. أ

<sup>1</sup> crim11dec1962,d,1963.99)by :Codes : Dalloz :codes pénal, Quarter-Vigtcinqueme , Edition Paris,1987-1988.

2 محمد فاروق أبو الشامات وجمال الدين مكناس، الحقوق التجارية، المتجر،منشورات جامعة دمشق، ٨٠٠١- ٢٠٠٩،ص ١٢.

كما ان العمل التجاري الذي يمارسه الموظف العام لحسابه الخاص يختلف عن الاعمال التي يمارسها لحساب الادارة التي يعمل بها،حيث ان ممارسته لاحد الاعمال التي يصدق عليها وصف العمل التجاري لصالح دائرته لاتجعله يكسب وصف تاجر وفي نفس الوقت لايعد العمل تجاريا وانما يخضع ذلك العمل للاحكام المتعلقة بالتاجر وبالقدر الذي لا يتعارض مع طبيعة الخدمة التي تؤديها المؤسسة العامة، وهذا مانص عليه قانون التجارة العراقي بأنه "تسري على مؤسسات القطاع الاشتراكي الاحكام المتعلقة بالتاجر المنصوص عليها في القانون بالقدر الذي لا يتعارض مع طبيعة الخدمات التي تؤديها.

المطلب الشاني: المركز القانوني للموظف الذي يمارس الاعمال التجارية

من المعلوم ان التاجر Commerçantهو الشخص الذي تكون مهنته القيام بالأعمال التجارية، والتجارعلى فئتين: الأولى تشمل الأشخاص الطبيعيين الذين تكون مهنتهم ممارسة الأعمال التجارية، والثانية تشمل الشركات ذات الموضوع التجاري.

فأذا ماقام الموظف بممارسة الاعمال التجارية فهل يصدق عليه وصف التاجر في هذه الحالة وهل يمكن ان يكون هناك تاجر في صفوف الوظيفة العامة ؟.

في الحقيقة لاخلاف ان ممارسة الاعمال التجارية لوحدها لايكفي لاسباغ صفة التاجر على الموظف العام وانما يجب ان يقوم بهذه الاعمال بأسمه ولحسابه، بحيث يتحمل وحده مسؤولية هذه الاعمال وتبعاتها، اما عن قيام

-

أ د.عبدالهادي الغاصدي، د. بن يونس حسيني، القانون التجاري الأعمال التجارية، التاجر والشركات التجارية، الطبعة الثالثة، منشورات مكتبة الشقري، بيروت، ١٩٧٣، ص١٢٣.

الموظف العام بممارسة الاعمال التجارية بأسم زوجته على سبيل المثال فعندها لايعد تاجرا.'

وكذلك اذا ما قام الموظف العام بممارسة الاعمال التجارية بشكل مستتر فانه مع ذلك يطبق عليه احكام القانون التجاري ويصدق عليه وصف التاجر كون الاعمال ستكون لحسابه، ولايختلف بذلك عن ممارسة التاجر للتجارة بشكل مستتر سوى ان الدائرة التي يعمل بها لاتعلم بممارسته للتجارة، وفي هذه الحالة فأن الامر لايختلف بمنظور قانون التجارة، لان صفة التاجر لاتتوقف في القانون التجاري على موافقة الدائرة ولاتتقيد بها ويعد تاجرا، وان كان هذا الامر يثير مخالفة تأديبية تستوجب محاسبة الموظف العام الذي يقوم مارس العمل التجاري دون علم دائرته. ويعد تاجرا كذلك الشخص الذي يقوم الموظف العام بالاستعانة به لممارسة الاعمال التجارية. أ

ويترتب على اكتساب الموظف العام لصفة التاجر ان تجعله في مركز يختلف عن المركز الذي يتمتع به بقية الموظفين وكذلك بقية الاشخاص خارج الوظيفة العامة، حيث ان ممارسته للاعمال التجارية لايعني زوال صفته كموظف عام "، فهو عندما يتخذ الاعمال التجارية مهنة له بوصفه شخص طبيعي وكذلك عندما يقوم بتاسيس شركة يكون موضوعها تجاريا عندئذ يجب ان يقوم بتحقيق جملة من الالتزامات نص عليها قانون التجارة والزمها بالنسبة للتاجر، ومن بينها مسك السجل التجاري.

1 د. سليمان محمد الطماوي، الوجيز في القانون الإداري ( دراسة مقارنة)، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٨٤، ص٢٦٩.

2 د. سميحة القليوبي، الوسيط في شرح القانون التجاري المصري، الجزء الأول، دار النهضة العربية، ٥٠٠، ص ٢٣١.

<sup>3</sup> د. عبـــد الغنـــي بــسيوني عبـــدالله، القــضاء الإداري، منــشأة المعــارف،الإســكندرية، ١٩٩٦، ص١٢٣.

اما بالنسبة الى طبيعة الاعمال التجارية التي يمارسها الموظف العام فهي مشابهه الى الاعمال التجارية التي يمارسها التاجر في نطاق قانون التجارة، والملاحظ عادة وحسب الواقع العملي ان الموظفين عادة مايسعون الى ممارسة اعمال تجارية صغيرة لغرض الحصول على مردود محدود ومع ذلك فان الموظف يعد ممارسا للاعمال التجارية، اما بالنسبة للموظفين من اصحاب الدرجات الخاصة والمناصب السياسية فقد اكد الواقع العملي ان هؤلاء عادة مايمارسون الاعمال التجارية بشكل مستتر ودون علم الدائرة او بالتواطؤ معها، الا ان ذلك لاينفي اعتبارهم تجار وخاضعين لاحكام قانون التجارة.

ويترتب على ذلك ان الموظف العام عندما يمارس الاعمال التجارية فأنه يكون مقيد بالواجبات التي يلتزم التاجر بها، والسؤال الذي يطرح في هذا الجانب هل ان الموظف يكون ملزم بهذه الواجبات بشكل مستقل عن عمله الوظيفي ام ان هذه الواجبات تكون خاضعة لرقابة الدولة بحيث ان الموظف لايستطيع ان يخفي صفته الوظيفية ؟فعلى سبيل المثال ومن ضمن الواجبات التي يلزم بها التاجر هو مسك سجل تجاري، فهل ان اجراءات مسك السجل التجاري تلزمه بان يبرز موافقة دائرته على ممارسته العمل التجاري ؟

في الحقيقة ان القانون لم يلزم الموظف ان يبرز صفته كموظف امام مسجل الشركات او في حالة فتح السجل التجاري، ويعتقد الباحثان انه من الضروري ان يتم وضع فقرة ضمن الاستمارة الخاصة بفتح السجل التجاري تبين ان الشخص القائم بفتح السجل التجاري موظف ام ليس موظف لانه اذا كان موظف يطلب منه ابراز موافقة الدائرة او عدم وجود مانع يمنعه من ممارسة الاعمال التجارية حسب بيئة العمل الوظيفي، فهذا الاجراء يمثل ضمانة احتياطية ووسيلة لرقابة اعمال الموظفين العمومين حتى لايقومو بممارسة الاعمال التي تحضرها عليهم قوانين الوظيفة العامة مع توقيع التاجر على تعهد يثبت فيه صحة المعلومات والتي من ضمنها كونه غير موظف او موظف

ولكنه ابرز مايثبت عدم الممانعة الصحيحة والصادرة عن الدائرة التي يعمل بها. '

لذلك فمن اهم الواجبات الملقاة على عاتق الموظف التاجر

المطلب الثالث: اساس ممارسة الموظف العام للاعمال التجارية

تعددت الاسس التي تؤكد على امكانية ممارسة الموظف للاعمال التجارية، وهي ليست نفس الاسس التي تؤكد على ممارسة العمل التجاري بشكل عام، حيث ان القانون وضع اسس معينة لممارسة الاعمال التجارية كما وضح القضاء بعض الشروط لممارسة هذه الاعمال فضلا عن الاسس العلمية والفلسفية التي تؤكد على ان الموظف العام لا يختلف عن أي انسان اخر والرغبة موجودة لديه في الحصول على الاربح وان الوظيفة العامة لا يمكنها ان تغير هذه الطبيعة.

# الفرع الأول: الاساس القانوني

ان الاصل المقرر في تشريعات الوظيفة العامة ينص على امكانية قيام الموظف بمزاولة الاعمال الاخرى الى جانب عمله الوظيفي سواء كان بصفة اصلية او عرضية، فعلى سبيل المثال نصت المادة ٢٠ من قانون الشركات العامة رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٧ على ان " يتكون مجلس الادارة من مدير عام الشركة رئيسا وثمانية اعضاء تجري تسميتهم كالاتي :-

اولا: - اربعة اعضاء يختارهم الوزير من بين رؤساء التشكيلات في الشركة من ذوي الخبرة والاختصاص في الامور المتعلقة بنشاطها.

ثانيا: - عضوان ينتخبان من منتسبى الشركة.

ثالثاً: - عضوان من ذوي الخبرة والاختصاص يختارهم الوزير من خارج الشركة وبمصادقة هيئة الرأي.

<sup>1</sup> https://ar-r.facebook.com/DroitFsjesMohammedia/posts/764952726940224

رابعاً: - يكون لمجلس الادارة ثلاثة اعضاء احتياط ينتخب المنتسبون احدهم ويعين الوزير العضوين الاخرين.

خامسا :- ينتخب المجلس في اول اجتماع له نائبا للرئيس من بين اعضائه ويحل محل الرئيس في حالة غيابه.

لذلك وكما هو واضح فأن المشرع العراقي قد اجاز وحسب المادة اعلاه للموظف العام ان يكون عضوا في مجالس ادارة الشركات العامة، الا ان المشرع عاد وحظر على الموظف ممارسة الاعمال التجارية وتأسيس الشركات والعضوية في مجالس ادارتها وذلك حسب نص المادة الخامسة من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام '، ثم عاد واستثنى بعض الاعمال التجارية التي يمكن للموظف رغم المنع ان يمارسها وحدد هذه الاعمال بحالتين فقط وهي:—

اولا: - شراء اسهم الشركة المساهمة.

ثانيا: - الاعمال التي تخص الاموال التي الت اليه ارثا او ادارة اموال زوجته او اقاربه حتى الدرجة الثالثة التي الت اليهم ارثا، وعلى الموظف ان يخبر دائرته بذلك خلال ٣٠ يوما وعلى الوزير اذا راى ان ذلك يؤثر على اداء واجبات الموظف او يضر بالمصلحة العامة ان يخيره بالبقاء في الوظيفة وتصفية تلك الاموال او التخلي عن الادارة خلال سنة من تاريخ تبليغه بذلك وبين طلب الاستقالة او الاحالة الى التقاعد ٢.

ان موقف المشرع العراقي في قانون انضباط موظفي الدولة هو الذي يحكم النشاط التجاري للموظف العام ولاعبرة للنص الوارد في القوانين الاخرى كون الموظف خاضع الى قوانين الوظيفة التي يعمل بها، ومن الجدير بالذكر ان موقف قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم ١٤ لسنة ١٩٩١

\_

<sup>.</sup> ١٨، ١٩٧٩، مرانات التأديبية في الوظيفة العامة، طبعة ١٩٧٩، مرانات التأديبية في الوظيفة العامة، طبعة  $^2$  http://kenanaonline.com/users/EBENALRAFDEN/downloads/42087

المعدل قد جاء منسجما مع قرارات مجلس قيادة الثورة المنحل بصدد هذا الامر ومن ابرز هذه القرارات.

هذا وان الوزير يمتلك سلطة تقديرية في تخيير الموظف بين تصفية الاموال اوالاستقالة او الاحالة الى التقاعد، علما ان طلب الاحالة الى التقاعد يخضع لاحكام قانون التقاعد الموحد رقم ٢٧ لسنة ٢٠٠٦ كما يقضى الامر مراعاة قرارات مجلس قيادة الثورة المنحل التي لم يتم الغاؤها لحد الآن ومن ابرزها القرارات رقم ١٢١٥ لسنة ١٩٧٧ والقرار رقم ٥٦ لسنة ١٩٩٦ والذي اجاز للوزير اومن هو بدرجته او من يتقاضى راتب ومخصصات الوزير ورئيس اركان الجيش ومعاونيه ورؤساء ومديري الاجهزة ودوائر والمكاتب المرتبطة برئاسة الجمهورية ممارسة الاعمال التجارية وتأسيس الشركات المختلطة والمساهمة والخاصة ورئاسة مجلس ادارتها او عضويتها او اشغال منصب مدير مفوض في أي من هذه الشركات وتأسيس المكاتب الاستشارية بجميع انواعها بعد مضى سنة من تاريخ اعفاؤه من المسؤولية او انتهاء علاقته الوظيفية حسب مقتضى الحال، كما يمكن لوكيل الوزارة وصحب الدرجة الخاصة والمدير العام والضابط في قوات المسلحة او قوى الامن الداخلي من مرتبة مقدم فما فوق بعد انتهاء علاقته الوظيفية ممارسة الاعمل المشار اليها انفا بعد اخبار الوزارة او الجهة غير المرتبطة بوزراة حسب مقتضي الحال التي كان ينتسب اليها اذا كانت ممارسته للعمل مع العراقيين فقط واخبار جهاز المخابرات اذا كانت ممارسة العمل تتضمن اشخاص غير عراقيين. '

وقد ذهب بعض الفقه الى ان الانظمة الصناعية والتجارية محظوررة على الموظف العام بحسب ماورد في قانون الانضباط، الا ان الامر يكون مختلف بالنسبة للنشاط الزراعي، حيث ان الحظر جاء بالنسبة للنشاطات المهنية

<sup>1</sup> http://burathanews.com/arabic/studies/217672

والصناعية والتجارية، ولم يأت بالنسبة للنشاط الزراعي حتى وان تحقق ربح من مزاولتها، في حين يذهب الاتجاه الثاني الى ان الحظر قد جاء مطلق والمطلق يجري على اطلاقه وبالتالي فأن الحظر يشمل كذلك الاعمال التي تكون بالنسبة للنشاط الزراعي '.

الفرع الثاني: الاساس القضائي

لم يجد الباحثان قرار قضائي صادر عن محاكم مجلس الدولة العراقي يخص حالة الموظف التاجر، ولكن يمكن الاستعانة بموقف القضاء في الدول الاخرى وابرزها مصر، حيث اختلف موقف القضاء المصري فيما يتعلق بممارسة الموظف للاعمال التجارية، فعلى سبيل المثال

جاء في حكم محكمة القضاء الاداري "..إذا زاول العامل الأعمال التجارية فإنه بذلك يكون مرتكباً فعلاً محظوراً عليه يستأهل مساءلته تأديبياً ومجازاته غير أن اعتبار العمل الذي يزاوله العامل تجارياً أو العكس هو أمر لا يجوز أن يكون محلاً لاجتهاد أو تفسير الجهة الإدارية أو غيرها إذ أن العبرة في اعتبار العمل تجارياً هو ما يقضى به القانون ومن أن يتعين الرجوع إلى أحكام القانون لتحديد ما إذا كان العمل المنسوب إلى الطاعن عملاً تجارياً أو العكس—العمل المشار إليه لا يشترط فيه احتراف التجارة أي مزاولة الأعمال التجارية بصفة مستمرة ومنتظمة بل أن مراد الخطر هو أن يزاول الموظف أو العامل ما يعد عملاً تجارياً في مفهوم القانون التجاري وهو ما يتميز بعنصر جوهري هو المضاربة أي السعى للحصول على ربح"."

واصدرت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري فتوى في الطلب المقدم من رئيس الإدارة المركزية لشؤون الصيدليات في وزارة الصحة المصرية، لإيجاد الحلول لبعض التساؤلات التي

 $<sup>^{1}</sup>$  د. عثمان سلمان غيلان، اخلاقيات الوظيفة العامة، منشورات الحلبي، ٢٠١٤،  $^{3}$ 

فرضها حكم قضائي أصدرته المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية ما ورد بقانون مزاولة مهنة الصيدلة من حظر تملك الصيدلي موظف الحكومة لصيدلية. وجاء في فتوة الجمعية العمومية أن قانون الخدمة المدنية لا يوجد به نص صريح يحظر مزاولة الموظف العام للأعمال التجارية حظرا مطلقا. وأضافت الجمعية "... أن ذلك الحظر الوراد في قانون العاملين المدنيين

وأضافت الجمعية "... أن ذلك الحظر الوراد في قانون العاملين المدنيين بالدولة جاء أيضا، دفعا لمظنة أن يكون شغل تلك الوظائف مع ما يصاحبه من سلطات مجالا للتربح والمنفعة الشخصية، ومن ثم فلم يجز بناء على ذلك قيد الموظف العام في السجل التجاري، باعتبار أن الهدف من ذلك القيد هو مزاولة العمل التجاري، وأن ذلك الوضع جاء مختلفا في قانون الخدمة المدنية، الذي حل محل قانون العاملين المدنيين بالدولة منذ ٢ الخممة المدنية، الذي لم ينص صراحة على حظر مزاولة الموظف العام للأعمال التجارية، وإنما نص على حظر مباشرة الأعمال التي تتنافى مع الحيدة والتجرد والالتزام الوظيفي، أثناء ساعات العمل الرسمية، أو ممارسة أي عمل حزبي، أو سياسي داخل مكان العمل، أو بمناسبة تأديته لهذا العمل، أو القيام بجمع تبرعات، أو مُساهمة لمصلحة أحزاب سياسية، أو نشر الدعاية، أو الترويج لها".

وانتهت الجمعية إلى استمرار العمل بتراخيص فتح الصيدليات المستطلع الرأي بشأنها، ووجوب قيد الصيدلي الشاغل لإحدى الوظائف العامة المُرخص له بفتح صيدلية في السجل التجاري.

المبحث الثاني: قيود ممارسة الموظف للاعمال التجارية

ان التجارة وحسب المفاهيم التقليدية تعني عمليات البيع والشراء التي تتم من اجل الحصول على الارباح، فهي حسب تعريف ابن خلدون في مقدمته بأنها تنمية للمال بشراء البضائع ومحاولة بيعها بأغلى من ثمنها، الا ان مفهوم التجارة اذا كان كذلك في ظل المفاهيم التقليدية والتي اقتصرت على

عمليات البيعو الشراء لغرض الحول على الارباح، الا ان الاعمال التجارية تطورت كثير عن هذا المفهوم التقليدي، واصبحت اليوم على اشكال متنوعة ومختلفة ومتباينة بين دولة واخرى، فالتجارة لم تعد محصورة في عمليات التداول والتوزيع وانما كذلك عمليات الانتاج والتداول.

ان مفهوم الاعمال التجارية مختلف بين دولة ةاخرى، وحتى بالنسبة للدول اتي اخذت من فرنسا لم تطبق المنظور الفرنسي بحرفيته فيما يتعلق بالصبغة التجارية للاعمال التجارية، بل حاولت تحوير هذا المفهوم بما يتلائم والسياسة التشريعية ورؤية المشرع في كل دولة، واصب حان مايعد عملا تجاريا في دولة قد لايعد كذلك في دولة اخرى، اافة الستعدد المعايير والنظريات التي نظمت هذا الموضوع.

ونتيجة لذلك فقد اختلفت الدول كذلك في مسألة تنظيم الاعمال التجارية للموظف العام، حيث ان القيود على الموظف العام تختلف من دولة الى اخرى نتيجة لوجهة نظر تلك الدولة فيما يتعلق بالعمل التجاري، لذلك نجد ان بعض الدول تبيح للموظف العام ممارسة بعض الاعمال التجارية التيتحضرها دولا اخرى، وهناك دول قامت بوضع قائمة بالاعمال التجارية التي لايجوز للموظف العام القيام بها وترك ماعداها لحرية الموظف العام وهكذا.

وكما لاحظنا في المبحث الاول ان القانون لم يمنح الحرية المطلقة للموظف العام في ممارسة الاعمال التجارية بل وجدت التشريعات الادارية ان حرية الموظف في هذا الجانب يجب ان تتقيد ببعض القيود التي تلائم الوظيفة الادارية وتتناسب مع التزامات الموظف العام في الدائرة التي يعمل بها.

وسيتم تخصيص هذا المبحث لدراسة اهم القيود التي تفرض على الموظف في ممارسة الاعمال التجارية وكذلك تطبيقات الاعمال التجارية للموظف العام والجزاء الذي يفرض على الموظف العام اذا ماخالف هذه القيود.

المطلب الأول: القيود العامة المفروضة على الموظف

اورد المشرع العراقي بعض القيود على ممارسة الاعمال التجارية للموظف العام وهذه القيود منها مايكون متعلق بالموظف اثناء وجوده في الوظيفة العامة واثناء استمرار العلاقة الوظيفية واخرى تتعلق بالموظف حتى وان كان خارج نطاق الوظيفة. سنتناول دراسة هذه القيود تباعا.

اولاً: - منع الموظف العام من الاشتراك في المناقصات: - حيث يمنع على الموظف المشاركة في المناقصات التي تعلن عنها الدائرة التي يعمل بها، وكذلك المناقصات التي يتم اجرائها من قبل الدوائر الاخرى، والعلة من هذا المنع هو لتجنيب الموظف العام الشكوك التي يمكن ان تثار بشأن نزاهته وحياديته وقد تفسر احالة المناقصة عليه بأنها على سبيل الوساطة او المجاملة لذلك حظر على الموظف العام المشاركة في المناقصات والحظر جاء بشكل مطلق ويشمل كل انواع المناقصات العامة والمحدودة وذات المرحلتين واي نوع من المناقصات الوارد ذكره في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية. '

ثانياً: - منع الاشتراك في المزايدات العامة :- اما بالنسبة لمنع اشتراك الموظف العام من الاشتراك في المزايدات العامة والتي هي احالة العقد على من قدم اوطأ عطاء فهي لم تأت بنفس قوة المنع الذي ورد بالنسبة الى المناقصات العامة، حيث ان القانون منع الموظف من الاشتراك في المزايدات التي يكون عضوا او مشتركا في احدى المراحل التي تمر بها المزايدة، وبالتالي فأن المنع لايرد على المزايدات التي لايكون الموظف العام عضوا في احدى المراحل التي تمر بها، وكذلك فأن المنع لايرد لى المزايدات التي في احدى الموائر الاخرى غير دائرة الموظف، والعلة من ذلك واضحة بأن

المادة الخامسة من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم 1 لسنة 1 9 1 المعدل.

<sup>2</sup> د.مازن ليلو راضي، القانون الاداري،الطبعة الثالثة،مطبعة انوار دجلة، ٢ ٠ ١ ٦،ص ٠ ٣٥٠.

المزايدة العامة انما تتم من خلال الاحالة الى اعلى عطاء ولذلك لايمكن تصور حصول تواطأ طالما يتقدم الموظف بأعلى عطاء.

من جهة اخرى فأن المنع لايرد كذلك على المزايدات الاخرى التي تقوم بها غير دوائر الدولة حيث ان الموظف باماكنه بالااشتراك بأي مزايدة في القطاع الخاص.

ثالثا: - القيود الخاصة بدرجة الموظف العام الذي يمارس العمل التجاري: - ونجد ان القانون في مسألة الدرجة الوظيفية التي سمح للموظف العام ممارسة العمل التجاري اذا كان فيها جاء باوضاع مختلفة، فهو اخذ بنظر الاعتبار الدرجة الوظيفية وكذلك حساسية الوظيفة التي يشغلها الموظف العام الذي يمارس العمل التجاري، فبالنسبة للدرجة اكد القانون ان من يمارس الاعمال التجارية يجب ان يكون بالدرجة السابعة فما دون ( الثامنة والتاسعة والعاشرة )، وغالبا ما تكون الاعمال التي يكلف بها الموظف العام الذي يشغل هذه الدرجات لذلك لاضير من ممارسته للاعمال التجارية، اما من يشغل الدرجات الدلك والسادسة والخامسة والرابعة والثالثة والثانية والاولى والدرجات الخاصة ) فأنهم محظور عليهم ممارسة الاعمال التجارية بشكل مطلق وفي جميع الاحوال طالما كانو مستمرين في الخدمة الوظيفية.

من جهة اخرى فأن المشرع العراقي قد اخذ بنظر الاعتبار درجة حساسية بعض الوظائف ومدى قربها من المصالح العليا للدولة خاصة كالوظائف السياسية والعسكرية، حيث ان طبيعة هذه الوظائف قد تؤدي الى تأثر شاغليها بمغريات القطاع الخاص والمردود المادي الذي توفره التجارة، وعلى الرغم من الحكمة البالغة من تقييد النشاط التجاري لهؤلاء والتشديد عليهم اكثر من بقية الوظائف فأن المشرع قد غاب عن باله هذه المسألة وساوى بين كل الوظائف من حيث شروط ممارسة الاعمال التجارية، الا ان هناك بعض القرارات التي انتبهت لهذه النقطة الجوهرية واكدت على بعض القيود التي شملت حتى مابعد انتهاء العلاقة الوظيفية، ومن ذلك قرارات مجلس قيادة

الثورة المنحل جاء في القرار ١٢١٥ لسنة ١٩٧٧ "١- لا يجوز لوزير سابق او وكيل وزارة او مستشار او رئيس مؤسسة او مدير عام او من هم بدرجتهم او ضابط في القوات المسلحة فصل او عزل او استقال من وظيفته او احيل الى التقاعد منها العمل لدى الشركات العراقية الخاصة او الاجنبية العاملة في العراق او لدى افراد القطاع الخاص ولا يجوز له كذلك ان يكون رب عمل او مؤسسا او مشاركا في شركات او مكاتب تجارية او مهنية او استشارية او مقاولا مالم يحصل على اذن سابق من مجلس قيادة الثورة.

Y- ينفذ هذا القرار اعتبارا من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية وتشمل احكامه المذكورين في الفقرة ١ الذين لايزالون يعملون لدى الجهات المشار اليها ممن تنطبق عليهم نصوصه كأرباب عمل او كمؤسسين او مشاركين او مقاولين وعليهم استحصال موافقة مجلس قيادة الثورة خلال مدة اقصاها ثلاثة اشهر من تاريخ نفاذ هذا القرار.

٣- يعاقب المخالف لهذا القرار بالحبس مدة لاتقل عن ثلاث سنوات ولاتزيد عن خمس سنوات".

كما نص قرار مجلس قيادة الشورة المنحل رقم ٥٦ لسنة ١٩٩٦ على "اولا: للوزير ومن هو بدرجة وزير ومن يتقاضى راتب ومخصصات وزير ورئيس اركان الجيش ومعاونيه ورؤساء ومدراء الاجهزة والدوائر والمكاتب المرتبطة برئاسة الجمهورية ممارسة الاعمال الاتية بعد مضي سنة من تاريخ اعفاءه من المسؤولية او انتهاء علاقته الوظيفية حسب مقتضى الحال ١- ممارسة الاعمال التجارية ٢- تاسيس الشركات المختلطة والمساهمة والخاصة ٣- تأسيس المكاتب الاستشارية بجميع انواعها ٤- رئاسة مجلس الادارة وعضويته في الشركات المشار اليها في ٢ من هذا البند واشغال منصب المدير المفوض في أي من هذه الشركات

ثانيا : يلتزم المشمول بحكم البند اولا من هذا القرار ببيان نوع العمل الذي يمارسه وطبيعته وعنوانه ودور ه وحجم مشاركته فيه بشكل واضح ودقيق واستحصال موافقة امانة مجلس الوزراء.

ثالثا: لوكيل الوزراة وصاحب الدرجة الخاصة والمدير العام والضابط في القوات المسلحة وقوى الامن الداخلي من رتبة مقدم فما فوق بعد انتهاء علقته الوظيفية ممارسة الاعمال المنصوص عليها في البند اولا من هذا القرار بعد اخبار الوزارة او الجهة غير المرتبطة بوزارة حسب مقتضى الحال التي كان ينتسب اليها اذا كانت ممارسة مع عراقيين فقط اخبار جهاز المخابرات اذا كانت ممارسة العمل تتضمن اشخاص غير عراقيين.

رابعا: يلزم من تسري عليه احكام هذا القرار عند تغيير نوع وطبيعة العمل الذي يمارسه بما يأتي:-

۱- اخبار امانة مجلس الوزراء اذا كان من الاشخاص الوارد ذكرهم ضمن
 البند اولا

٢- اخبار الوزارة او الجهة غير المرتبطة بوزارة اذا كان ممن ورد ذكرهم
 في البند ثاثا. وكانت ممارسته مع العراقيين او اخبار جهاز
 المخابرا تاذا كانت الممارسة مع غير العراقيين.

رابعا: - القيود الواردة بشان موافقة الدائرة: -

بالنسبة لشاغلي الدرجة السابعة في السلم الاداري فأن حقهم في ممارسة الاعمال التجارية ليس مطلقا وانما يكون مقيد بضرورة استحصال موافقة دائرتهم على قيامهم بممارسة هذه الاعمال، ولم يبين القانون صيغة الطلب او البيانات التي يجب ان يدرجها الموظف العام لاستحصال موافقة الدائرة ونقترح ان يقدم الموظف طلبا واضحا بأنه يريد ممارسة العمل التجاري وان يبين نوع هذا العمل والوقت الذي يمارسه به ويجب ان يكون خارج اوقات

العمل مع تعهد الموظف بان العمل الذي يروم القيام به لايؤثر على واجبات الوظيفة العامة.

خامساً: - القيود الخاصة بالوقت المحدد لممارسة الموظف للاعمال التجارية

القيود الخاصة بالوقت المحدد لممارسة الاعمال التجارية وهذه القيود خاصة بالوظيفة العامة ولايمكن ايجادها في البيئة التجارية حيث ان الوظيفة العامة تؤكد على ان ممارسة الموظف للعمل التجاري يجب ان يكون بعد اوقات الدوام الرسمي وليس اثناؤه،وهذا القيد لايقيد التاجر خارج نطاق الوظيفة العامة حيث بامكانه ممارسة العمل التجاري في أي وقت يريد.

واستنادا لذلك لايمكن للموظف ان يمارس الاعمال التجارية داخل المؤسسة الحكومية، الا ان هذا المنع على الرغم من وضوحه هالا ان مخاطره قد تكون كبيرة،حيث ان المادة وان كانت لاتحتاج الى شرح الا انه مع تقدم وسائل الاتصال التكنلوجي قد يؤدي الى عرقلة فهم هذه المادة حيث ان الكثير من الاعمال التجارية بدأت اليوم تسير عن طريق الموبايل او مواقع التواصل الاجتماعي وقد نجد الموظف مشغول بالاتصالات التي ترده من عمله الاخر ليقوم بتسيير الامور وعقد الاتفاقات وهذا بدوره يجب ان يعد انه ممارسة للاعمال التجارية خلال اوقات العمل ويجب ان تمنع الا انه لايوجد وسيلة قانونية تثبت هذه الحالة لكي تمنعها حيث لايوجد سوى مراقبة الموظف ومدة استخدامه للهاتف اوم واقع التواصل الاجتماعي وهي امور من الصعب اثباتها ولاحل سوى تعديل هذه المادة بأضافة "ويعد العمل التجاري ممارس ضمن اوقات العمل اذا كان الموظف قد استخدم وسائل الاتصال الحديثة لامور تجارية ايا كان نوعها طالما كانت غير متعلقة بالعمل الحكومي المكلف به".

سادساً:-القيود الخاصة بالاعمال التجارية التي تـؤول للموظف بالارث

هناك قيود يتعلق بالاعمال التجارية التي تؤول للموظف ارثا، والارث كما هو معلوم هو كل ما يحصل عليه الانسان من اموال وثروات من شخص اخر بعد وفاته نتيجة وجود صلة قرابة حددها القانون لاستحقاق الارث حسب قانون الاحوال الشخصية، ومن الطبيعي ان الموظف يحصل على اموال متعددة ومختلفة وقد تكون من ضمن مايحصل عليه بعض المشاريع التجارية كحصص واسهم في شركات، وقد يكون الموظف في درجة وظيفية لاتسمح له ان يمارس الاعمال التجارية، او انه قد يكون ضمن درجة وظيفية تسمح له بذلك (الدرجة السابعة فما دون) الا ان طبيعة الاعمال التجارية التي الت اليه عن طريق الارث تتعارض مع واجباته الوظيفية لكثرتها وتطلب تفرغه التام لها.

وقد جاء في قرار مجلس قيادة الثورة رقم ٢٠٥ لسنة ١٩٨٧" أ: كل موظف انتقلت اليه ارثا ملكية حصص في مشروع صناعي او تجاري او خدمي او سهام او حصص في شركة تتطلب منه ادارتها ان يخبر دائرته بذلك خلال ثلاثين يوما وعلى الوزير المختص او رئيس الجهة غير المرتبطة بوزراة اذا رأئ ان ذلك يؤثر في ادائه لواجباته او يضر بالمصلحة العامة ان يخيره في البقاء في الوظيفة وتصفية الاموال او التخلي عن الادارة خلال سنة واحدة من تاريخ تبليغه وبين طلب الاستقالة او الاحالة على التقاعد.ب: يستثنى من احكام هذه الفقرة وارث المساهم في شركة مساهمة او مختلطة الا اذا تولى الادارة فيها وحينئذ يطبق بحقه هذا القرار."

ومن خلال هذا القرار نلاحظ ان هناك بعض القيود التي يلتزم بها الموظف العام وهي :-

- يجب ان يبلغ دائرته بهذه الاعمال خلال ٣٠ يوم من حصوله عليها.

- يجب على الوزير ان يقدر مدى انعكاس هذه الاعمال على الاداء الوظيفي للموظف العام وان يخيره بين التخلي عنها او الاحالة للتقاعد خلال سنة، ولم يتبين للباحثان سبب وجود القيد من حيث الزمن وهو السنة التي يطلب بها تصفية اعماله التجارية او ترك الوظيفية، فهل ان ذلك يعني انه يتفرغ هذه السنة للتصفية ام يستمر بالدوام ويصفي في نفس الوقت، كما لم تتبين الحكمة بهذه المدة خاصة انه اذا استطاع دارتها لمدة سنة فلماذا لايديرها الى الابد، كما لم تبين المادة كيف تستطيع الادارة ان تتثبت من قيامه بهذه التصفية ومايجب ان يقدمه لمذلك فهل تكتفي بكلام الموظف بأنه قد قام بالتصفية ام تطلب منه شئ اخر.
- ان هذه القيود لاتشمل مايحصل عليه الموظف من حصص في الشركات المساهمة حيث يمكن ان يبق ممتلك لهذه الاسهم والاستفادة منها.

ومن الجدير بالذكر ان القانون قد قصر هذه القيود على ادارة الاموال التي حصل عليها عن طريق الارث الا ان القانون لم يبين الاموال التي يحصل عليها عن طريق التبرع او الوصية، ونعتقد بأن هذه الاموال تأخذ حكم الاموال الاررثية في هذه الحالة وتخضع لذات القيود التي تخضع لها ادارة الاموال الارثية لتشابهما في العلة.

سابعاً:-القيود التي تتعلق بادارة الموظف للاعمال التجارية لحساب الغير:

ان القانون لم يفصل الموظف عن بيئته التي يعيش بها وكذلك لم يفصله عن الاعراف والعادت والتقاليد التي تطبق في المجتمع والتي تلزم الانسان بالوقوف الى جانب اقاربه خصوصا زوجته واولاده، لذلك اجاز القانون للموظف العام ان يقوم بأدارة الاعمال التجارية لهؤلاء ولكن ضمن قيود محددة وهي :-

- ۱ ان تكون الاموال عائدة لزوجته او احد اقاربه، ويرجع في تحديد هؤلاء الى قانون الاحوال الشخصية العراقي.
- ٧- ان تكون هذه الاعمال لغرض الادارة حصرا لا ان يقوم هو بممارستها، حيث يجب ان تكون كافة الاعمال التي يقوم بها في هذه الحالة بأسم وحساب زوجته او اقاربه، وفي الحقيقية فأن تقدير ذلك مسالة في غاية الصعوبة حيث ان القانون لم يضع طريقة لاثبات ان هذه الاموال عائدة لهؤلاء وليس للموظف حيث يحدث في كثير من الحالات ان يقوم الموظف العام بتسجيل اعماله بأسم وحساب زوجته او احد اقاربه ولكنها في الحقيقة تكون له، ونقترح وضع الية تلزم صاحب الاعمال التجارية التي يديرها له الموظف العام بأن يقدم مايثبت عائدية هذه الاعمال له ومصدر الاموال التي حصل عليها. وان يكتب كل من الموظف وصاحب الاعمال التجارية تعهد امام الادارة بصحة هذه المعولمات والا يتم مساءلتهم قانه ناً.

ويخير الوزير الموظف بين البقاء في الوظيفة او تصفية الاعمال خلال سنة واحدة، وبخلافه يعد مستقيلا او يحال على التقاعد.

المطلب الثاني: القيود الواردة في القوانين الخاصة

جاء في لائحة السلوك الوظيفي الصادرة عن هيئة النزاهة العامة مايأتي "الامتناع عن العمل او قبول أي مكافأة من أي جهة في القطاع الخاص لها علاقة مباشرة في مجال عمله السابق بعد انتهاء خدمته لمدة ثلاث سنوات ". فمن خلال هذا القيد لايجوز للموظف العام ايا كانت درجته ان يعمل في أي جهة كانت لها علاقة مباشرة في مجال عمله الا بعد مرور ثلاث سنوات على

<sup>1</sup> http://almerja.com/reading.php?idm=89193

انتهاء خدمته، ومثال على ذلك اذا كان الموظف يعمل في وزارة النفط واثناء عمله تتكون لديه العديد من العلاقات مع الشركات النفطية والتي تعمل في مجال التكرير واستخراج النفط او نقله، فلا يجوز للموظف ان يقوم بالعمل في هذه الشركات التي لها علاقة مباشرة في مجال عمله الا بعد انقضاء ثلاث سنوات ن وهذا الحظر ليس مفاده عدم استفادة هذه الشركات من الخبرات المتوفرة لدى الموظف الذي يعمل في هذه الوزارة، بل ان الحظر المقصود هو لغرض تجنب احتمالية قيام الموظف بالاستفادة من خدمته في الوظيفة لغرض تمشية معاملات هذه الشركات في الوزارة التي كان يعمل بها، الا انه وبعد انقضاء مدة ٣ سنوات لابد من ان الموظفين قد تغير واو ان وضع هذا الموظف قد تغيير عن السابق لانقطاع اخباره طيلة مدة ٣ سنوات فلاتعد له انفس المكانة التي كانت متوفرة له اثناء الخدمة او بعد مدة وجيزة من انتهاؤها.

واخيرا من الضروري التساؤل بأن كل القيود قد جاءت لتقييد العمل التجاري للموظف العام اثناء الوظيفة او بعدها ولكن ماالحكم اذا كان الموظف يمارس احد الاعمال التجاري قبل التحاقه بالوظيفة العامة ؟.

في الحقيقة لم يبين القانون حكم هذه المسألة ولم يحدد ما هو الحكم اذا كان الموظف يمارس الاعمال التجارية قبل التحاقه بالوظيفة،حيث سلط الضوء على الاعمال التجارية اثناء ممارسة الوظيفة او بعدها وقد تكون الاجابة بان التاجر لايحتاج الى وظيفة ولايمكن تصور ان يكون تارجر ويلزم نفسه بوظيفة لاتحقق له ماتحققه التجارة، الا ان هذا القول ليس صحيحا لان الكثير من التجار الذين يتعاملون مع الدوائر الحكومية يرغبون بأن يكون لهم يد داخل هذه الدائرة لتسهل لهم معاملاتهم فيها وقد يكون التعيين في احدها ليس لغرض الحصول على الراتب بقدر الحصول على التسهيلات داخل نظاق الوظيفة والحصول على المعلومات اللازمة بعملهم التجاري كاسماء مقاولين اخرين ومقدار عطاءاتهم الخ، كما ان كل النصوص القانونية اكدت

لاحدى المهن الحرة او لاحد الاعمال التجارية؟

على ضرورة التصريح اذا كان داخل الوظيفة العامة ومارس العمل التجاري لذلك فأن ممارسته للعمل التجاري قبل الالتحاق بالوظيفة يجعل النص القانوني لاينطبق عليه وهذا امر خطير لابد من تلافيه.

وقد انتبهت لائحة السلوك الوظيفي لهيئة النزاهة لهذا الامر وحاولت تلافيه من خلال الزام الموظف بضرورة التصريح بمصالحه الشخصية التي لها تأثير على عمله، ومع ذلك فأن هذا النص لم يكن نصا متكاملا حيث انها اكتفت بالتصريح ولم تبين طبيعة هذه الاعمال وانما فقد اذا ماكانت تؤثر على عمله، اما اذا لم تكن تؤثر فلامسؤولية على الموظف في عدم التصريح بها كما ان هذا النص لم يحدد الاعمال التجارية حصرا وانما أي عمل من شانه التأثير،لذلك لابد ان يكون اكثر تحديدا بأن يصرح الموظف بعدم اشتغاله بالتجارة قبل التعيين وانه يتحمل كافة التبعات القانونية اذا ماظهر العكس. واذا كان الهدف في الوظيفة العامة وكما لاحظنا سابقا مختلف تماما عن الهدف في العمل بالقطاع الخاص فالسؤال الذي يطرح هنا هل بالامكان الجمع بينهما؟ وهل بالامكان الشخص ان يكون موظفا حكوميا وممارسا الجمع بينهما؟ وهل بالامكان الشخص ان يكون موظفا حكوميا وممارسا

في الحقيقة ان الانظمة الحكومية قد وضعت حماية للوظيفة العامة وهذه الحماية تضمن تفرغ الموظف للعمل بالقطاع الحكومي معتبرة ان قيامه بالجمع بين الوظائف الحكومية والاعمال التجارية سيؤدي الى الاخلال بمستوى ادائه في الوظيفة العامة، حيث سيؤدي الى اختلال المعيار عنده بين العمل التجاري والوظائف الحكومية، لانه عند ممارسته للعمل التجاري سيكون قصده الربح في حين عند ممارسته للاعمال الحكومية سيكون قصده تحقيق المصلحة العامة ولاينظر لاي ارباح،اضافة الى ان السماح للموظف العام بأن يمارس الاعمال التجارية من شأنه ان يؤدي الى عدم انضباطه بالعمل الحكومي وتكرار تأخره او خروجه اثناء الدوام الرسمي كما ان هذا

الامر سيؤدي الى تقليل فرص العمل واخذ فرصة الغير في التعيين بالعمل الحكومي.

ولما ورد اعلاه وللاسباب التي ذكرت فقد منع الموظف من ممارسة بعض الاعمال التجارية انطلاقا من مدى تاثير هذا العمل او ذاك على الوظيفة العامة، فالعمل الذي تشعر به الدولة انه قد يأخذ وقت الموظف ويشتت انتباه او لايمكن الجمع بينه وبين الوظيفة تم حظره على الموظف العام، اما اذا لم يكن العمل كذلك فقد سمح للموظف العام ممارسته، وهناك حالة اخرى تضاف الى الحالات السابقة فيما يتعلق بالحظر او الجواز وهي ان الموظف العام قد يجبر في بعض الاحيان الى ممارسة العمل التجاري، وذلك لانه قد ال اليه العمل التجاري بالميراث ويطلب منه ان يدير ماورثه والذي قد يكون اعمال تجارية هي بالاساس محظورة على الموظف.

المطلب الثالث: ممارسة الاعمال التجارية خلال فترة اجازة الموظف ومن الامور التي سكت المشرع عن تحديدها هي مسألة الاعمال التجارية التي يقو مبها الموظف خلال فترة الاجازة، حيث ان من المعروف ان هناك بعض الاعمال التجارية التي يمكن تصور ان يقوم الموظف بممارستها خلال فترة تمتعه باجازته المتراكمة في الولظيفة العامة والتي قد تصل الى حد ١٢٠ يوم استنادا الى قانون الخدمة المدنية رقم ٢٤ لسنة المعدل النافذ، ويعد هذه الحالة ثغرة في القانون حيث انه لايمكن الاحتجاج ان الموظف خلال فترة الاجازة سوف يمارس اعمالا تجارية مؤقتة وفي فترة يكون منقطع فيها عن الوظيفة العامة وبالتالي فأن ممارسته لهذه الاعمال لن يؤثر على المصلحة العامة، بل يجب ان ننظر الى الامر من منظور اخر حيث ان عدم تقييد الموظف في ممارسته للاعمال التجارية منظور اخر حيث ان عدم تقييد الموظف في ممارسته للاعمال التجارية خلال فترة الاجازة له العديد من السلبيات، ويجب اولا ان نعلم ان قانون خلال فترة الاجازة له العديد من السلبيات، ويجب اولا ان نعلم ان قانون

<sup>1</sup> http://www.youm7.com/story/2017/5/19

التجارة العراقي قد اكد على ان هناك العديد من الاعمال التي تعد تجارية وتخضع للقانون التجاري حتى وان قام الموظف العام بممارستها لمرة واحدة كالشراء بقصد البيع وتحقيق الربح، فأذا كان هذا العمل مقيد بالقيود التي ذكرناهاسابقا خلال العمل الوظيفي لماذا لايكون كذلك خلال فترة الاجازة، ان الإدارة وان كانت لاتستفيد من خدمات الموظف خلال فترة الاجازة ولايضرها ان اشتغل بالتجارة، الا ان الادارة يجب ان تنظر الى الامر من زاوية اخرى، حيث ان ممارسة الموظف للاعمال التجارية خلال الاجازة سيلاحظ فيها اهمية العمل التجاري والعائد والذي يحصل عليه لذلك ستراه يطلب الاجازة ويستنفذ كل رصيده من الاجازات لغرض ممارسة العمل التجاري في حين انه قد لايقوم بذلك لو كان مقيد بممارسة العمل التجاري حتى خلال فترة الاجازة وسيسعى للحفاظ على رصيده من الاجازات لغرض الاستفادة منه كخدمة عند احالته على التقاعد، من جهة اخرى فأن انشغال الموظف بالعمل اللتجاري خلال فترة الاجازة سيجعله يصاب بالارهاق وسيأتي للوظيفة العامة وهو يشعر بالتعب وهو لايتساوى بذلك من يقوم بطلب الاجازة للاستجمام والراحة حيث ان الاخير سيأتي الى الوظيفة وهو بكامل نشاطه وهذا له اهمية في زيادة انتاجيته وابداعه وبالتالي تحقيق المصلحة العامة وسيكون اكثر فائدة من الموظف الذي يستغل اجازته للعمل التجاري وهذا كله له تأثير على المصلحة العامة.

المبحـث الثالث: جـزاء تجـاوز الموظـف لقيـود ممارسـة الاعمـال التجارية

ان هذه القيود التي وضعت من قبل المشرع والتي حكمت البيئة الادارية لم توضع كنصوص ارشادية او مبادئ وامال عسى ان يلتزم بها الموظف العام بل ان هذه النصوص تعد من قبيل المحظورات التي لايمكن للموظف العام القيام بها والا تعرض للمسؤولية التأديبية، ويرجع في تحديد قيام الموظف

العام بممارسة الاعمال التجارية الى قوانين الانضباط في الوظيفة العامة اضافة الى النصوص الخاصة التي جاءت بأحكام معينة كما هو الحال لدينا في العراق بنصوص قرارات مجلس قيادة الثورة المنحل وسوف ندرس هذه الاجزاءات تباعا وكالاتى :-

## المطلب الأول: المسؤولية التأديبية

ان المسؤولية التأديبية كما اكد على ذلك الدكتور سليمان الطماوي هي كل فعل أو امتناع يرتكبه العامل ويجافي واجبات منصبه، 'حيث ان قيام الموظف العام بتجاوز الواجبات التي فرضها المشرعو القيود التي وضعها على ممارسة الاعمال التجارية يتطلب اتخاذ الاجراءات التأديبية بحقه بوصفه مخالف للقوانين الانضباطية وخاصة المحظورات التي يفرض على الموظف العام تجنبها.

ولم يبن قانون التجارة العراقي الحكم في حالة اخلال الموظف بالقيود الواردة في القوانين بشان ممارسة الاعمال التجارية، وهو امر منطقي حيث ان قانون التجارة العراقي محدد بواجبات التاجر واذا ما تناول مسالة المخالفات فأنه انما يتناول مسألة مخالفة التجار للشروط الواردة في القانون التجارة، لذلك فقانون التجارة لايثير مسألة مخالفة الموظف للقيود الت ي ترد في القوانين الانضباطية، لذلك تبق المسألة محصورة بالادارة التي يعمل بها الموظف العام وفي هذه الحالة يكون جزاء الموظف المخالف للقيود انما جزاءا تأديبيا والذي يتمثل بتشكيل لجنة تحقيقية استنادا الى نص المادة العاشرة من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم ١٤ لسنة ١٩٩١ المعدل او استجواب الموظف وتوجيه احدى العقوبات المنصوص عليها في المادة الثامنة حسب التعديل رقم ٥ لسنة ٢٠٠٨.حيث لاتعد مخالفة جزائية تستوجب الاحالة الى المحاكم المختصة وانما هي مخالفة لواجبات الموظف

.

<sup>1</sup> https://hrdiscussion.com/hr14297.html

العام المنصوص عليها في المادة ٥ من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام والخاصة بالمحظورات التي يمتنع على الموظف العام القيام بها.

المطلب الثانى: المسؤولية الجزائية

اما بالنسبة للمحظورات التي ورد ذكرها في قرارات مجلس قيادة الثورة المنحل، اكد القرار المرقم (١٢١٥) في (١٩٧٧) بان الموظف الذي يخالف الاحكام الواردة في القرار يعاقب بعقوبة الحبسمدة لاتقل عن سنوات ولاتزيد عن ٥سنوات، وهذه المسؤولية تثار بالنسبة للوظائف ذات الاهمية السياسية والعسكرية والتي يكون فيها الموظف وكما اوضحنا سابقا ملزم بعدم ممارسة الاعمال التجارية حتى بعد انتهاء علاقته الوظيفية ولمدة سنة وجاء في نص القرار "٣- يعاقب المخالف لهذا القرار بالحبس مدة لاتقل عن ثلاث سنوات ولاتزيد عن خمس سنوات ".

ومن الجدير بالذكر ان الولايات المتحدة قد قامت بتطبيق جديد على اثر العديد من السلبيات التي تم تشخيصها على الشركات التجارية العاملة هناك عام ٢٠٠٤، حيث اضافت نظام جديد عرف بأسم (ضباط الاخلاق) وبموجب هذا النظام يتم ضمان الممارسات التجارية الاخلاقية حيث يتم تعيين ضباط الاخلاق يقومون بتقديم تقرير عن تقييم اخلاقيات الشركات والعاملين لديها ونشر المعلومات عن الموظفين العاملين فيها وسيرتهم الذاتية ويهتمون بشكل خاص على ابراز أي عمل غير قانوني مرتكب من قبل العاملين في الشركات او من قبل المعاملين في الشركات الخاصة.

وبأعتقاد الباحثان ان تعيين ضباط الاخلاق في الشركات او حتى في القطاع العام غير كافي من اجل ضبط سلوكيات واخلاقيات الموظف العام ومنعه من ممارسة الاعمال التجارية دون موافقة او علم الدائرة التي يعمل بها،حيث ان تنظيم الاخلاق او تأسيسها وغرسها يتجاوز الوظيفة العامة كونه مسألة تتعلق

بالشخص نفسه ومدى استعداده للانحراف وعدم تطبيق القانون، وهذه المسألة انما تنمو وتتأسس منذ مرحلة الطفولة وتصبح مسألة القضاء عليها مهمة صعبة من قبل المؤسسات او الهيئات العامة، لذلك علينا ان نزرع الوازع الاخلاقي وضرورة الالتزام بالقوانين منذ مرحلة الطفولة بأن تكون هناك دروس عن الاخلاق بشكل خاص والالتزام بالقانون بشكل عام وعدم مخالفة الانظمة والتعليمات داخل المدراس ومنذ المراحل الاولى حتى تتأسس القيم الاخلاقية والقانونية منذ نعومة الاظافر وتستمر معه حتى الكبر لا ان نترك المسالة هكذا بدون تنظيم او نطلب اخلاقيات من الشخص بعد ان تجاوز عمره ٢٥ سنة على سبيل المثال. ففي الصين على سبيل المثال هناك مادة دراسية لديهم تسمى (الاخلاق) تدرس خلال مرحلة الابتدائية وحتى مرحلة الكلية وهي تسعى الى الاستمرار بتذكير الانسان بأخلاقيات متنوعة ومختلفة حسب نضجهم العقلي، اما ان نترك المسألة كما هي عليه الان فلايعتقد الباحثان ان هذا الامر يمكن ان يتم منعه حيث اننا نكون في معادلة صعبة جدا وذلك لاننا نريد من الموظف ان يترك مسألة هي في الاصل من اهم مقومات النفس البشرية الا وهي حب المال والاستزادة منه لذلك لايمكن ان نتصور ان يترك صفة من صفاته البشرية والتي هي اصلا ليست محرمة، وحتى لو افترضنا امكانية اجباره على ذلك سنجد ان الوسائل التي تستخدمها الدولة في منع ظاهرة ممارسة الموظف للاعمال التجارية سنجدها معدمة حيث لايوجد وسيلة للتأكد والامر متروك لمحظ الصدفة اذا ماتم كشف ذلك مصادفة، ولا يمكن ان ننكر ان هناك العديد من الموظفين اليوم يمارسون الاعمال التجارية داخل المؤسسات الحكومية لابل يلجأ اليهم الموظفين الاخرين للعمل معهم او للاستفادة من نشاطهم التجاري وابرز مثال على ذلك اعمال الدلالة بالاموال العقارية '.

1 باري كاشوان، الموسوعة العالمية للوصف الوظيفي، دار الفاروق للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠٠٥.

لذلك يقترح الباحثان ضرورة تسليط الضوء على موضوع اخلاقيات الوظيفة العامة وكذلك اخلاقيات الاعمال بشكل عام، حيث لايوجد فرع متخصص بهذا المجال على الرغم من اهميته خاصة مع استمرار الفضائح التي تم كشفها في الفترة الاخيرة عن الاعمال التجارية التي يمارسها موظفين ومسؤولليين سياسين رفيعي المستوى ويجب ان تتخذ الاجراءات الرادعة والقوية لاليقاف هذه الظاهرة التي مافتأت ان ازدادت،لذلك يجب وكأجراء وقائي ان يتم فتح تخصص او على الاقل مادة تدرس ضمن المراحل الاكاديمية تتعلق بأخلاقيات الوظيفة العامة والاعمال وان تكون مطبقة في كافة الكليات والمعاهد وان يكون هناك قسم مستقل في الاجهزة الرقابية يتعلق بالرقابة على هذه المسالة ونقترح ان يطلق عليه قسم اخلاقيات الوظيفة والاعمال التجارية المتاكد من مدى تطبيق هذه المسائل على ارض الواقع. كما نقترح ان تكون هناك مجلة تعنى باخلاقيات الاعمال التجارية والواوظيفة وتنشر البحوث والدراسات المتعلقة بالموضوع.

### الخاتمة والتوصيات

وفي نهاية هذا البحقث المتواضع نصل الى ان قوانين الخدمة الوظيفية لم تقم بمنع الموظف العام من ممارسة حقه في زيادة دخله الذي يعينه هو وعائلته ويلبي احتياجاتهم، لكن ذلك يتم بعد ان يستوعب الموظف العام بأن عمله الوظيفي يتطلب منه خدمة المنفعة العامة وعدم تفضيل مصالحه الشخصية على المصلحة العامة وان التزامه مع الادارة لايمكن ان يفضل عليه رغبته في الاستزادة من الرزق.

وقد لاحظنا ان القوانين العراقية قد قيدت حق الموظف العام في ممارسة العمل التجاري اثناء خدمته الوظيفية ولكن لاحظنا بأن تنظيم الاعمال التجارية للموظف العام قد شابه بعض السلبيات والقصور الذي يتطلب اتخاذ الاتى :-

- 1- اكد القانون على الاعمال التجارية الارثية ولم يبين الاعمال التي يحصل عليها عن طريق التبرع او الهبة وهذا الاشارة الى أي اعمال يحصل عليها الموظف العام اثناء الخدمة وبغض النظر عن المصدر.
- ٧- لم يضع المشرع العراقي في قوانين الخدمة املدنية والانضباط قيود على الاعمال التجارية التي يمارسها الموظف العام الذي يشغل مناصب مهمة وسيادية وانما ترك تنظيمها الى قرارات لها قوة القانون وهذا الامر يتطلب التدخل التشريعي واضافة فقرة تتضمن قيود اضافية على من يشغل المناصب المهمة.
- ٣- ضرورة توقيع الموظفين لتعهد قانوني يشيرون فيه مسؤوليتهم القانونية
   كاملة في حالة ممارستهم للاعمال التجارية دون مراعاة القيود
   التي جاءت بها قوانين الخدمة المدنية.
- ٤- يقترح الباحثان ضرورة تسليط الضوء على موضوع اخلاقيات الوظيفة العامة وكذلك اخلاقيات الاعمال بشكل عام، حيث لايوجد فرع متخصص بهذا المجال على الرغم من اهميته خاصة مع استمرار الفضائح التي تم كشفها في الفترة الاخيرة عن الاعمال التجاريية التي يمارسها موظفين ومسؤوليين سياسين رفيعي المستوى ويجب ان تتخذ الاجراءات الرادعة والقوية لايقاف هذه الظاهرة التي مافتأت ان ازدادت،لذلك يجب وكأجراء وقائي ان يتم فتح تخصص او على الاقل مادة تدرس ضمن المراحل الاكاديمية تتعلق بأخلاقيات الوظيفة العامة والاعمال وان تكون مطبقة في كافة الكليات والمعاهد وان يكون هناك قسم مستقل في الاجهزة الرقابية يتعلق بالرقابة على هذه المسالة ونقترح ان يطلق عليه قسم اخلاقيات الوظيفة والاعمال التجارية للتأكد من مدى تطبيق قسم اخلاقيات الوظيفة والاعمال التجارية للتأكد من مدى تطبيق هذه المسائل على ارض الواقع. كما نقترح ان تكون هناك مجلة هذه المسائل على ارض الواقع. كما نقترح ان تكون هناك مجلة

تعنى باخلاقيات الاعمال التجارية والواوظيفية وتنشر البحوث والدراسات المتعلقة بالموضوع.

٥- ونقترح وضع الية تلزم صاحب الاعمال التجارية التي يديرها له الموظف العام بأن يقدم مايثبت عائدية هذه الاعمال له ومصدر الاموال التي حصل عليها.وان يكتب كل من الموظف وصاحب الاعمال التجارية تعهد امام الادارة بصحة هذه المعولمات والا يتم مساءلتهم قانوناً.

7- لم يبين القانون حكم هذه المسألة ولم يحدد ما هو الحكم اذا كان الموظف يمارس الاعمال التجارية قبل التحاقه بالوظيفة ن حيث سلط الضوء على الاعمال التجارية اثناء ممارسة الوظيفة او بعدها وقد تكون الاجابة بان التاجر لايحتاج الى وظيفة ولايمكن تصور ان يكون تارجر ويلزم نفسه بوظيفة لاتحقق له ماتحققه التجارة، الا ان هذا القول ليس صحيحا لان الكثير من التجار الذين يتعاملون مع الدوائر الحكومية يرغبون بأن يكون لهم يد داخل هذه الدائرة لتسهل لهم معاملاتهم فيها وقد يكون التعيين في احدها ليس لغرض الحصول على الراتب بقدر الحصول على التسهيلات داخل نطاق الوظيفة والحصول على المعلومات اللازمة بعملهم التجاري كاسماء مقاولين اخرين ومقدار عطاءاتهم الخ، كما ان كل النصوص القانونية اكدت على ضرورة التصريح اذا كان داخل الوظيفة العامة ومارس العمل التجاري لذلك فأن ممارسته للعمل التجاري قبل الالتحاق بالوظيفة يجعل النص

٧- ان عدم تقييد الموظف في ممارسته للاعمال التجارية خلال فترة الاجازة له العديد من السلبيات، ويجب اولا ان نعلم ان قانون التجارة العراقي قد اكد على ان هناك العديد من الاعمال التي

تعد تجارية وتخضع للقانون التجاري حتى وان قام الموظف العام بممارستها لمرة واحدة كالشراء بقصد البيع وتحقيق الربح،فأذا كان هذا العمل مقيد بالقيود التي ذكرناهاسابقا خلال العمل الوظيفي لماذا لايكون كذلك خلال فترة الاجازة، ان الادارة وان كانت لاتستفيد من خدمات الموظف خلال فترة الاجازة ولايضرها ان اشتغل بالتجارة، الا ان الادارة يجب ان تنظر الى الامر من زاوية اخرى، حيث ان ممارسة الموظف للاعمال التجارية خلال الاجازة سيلاحظ فيها اهمية العمل التجاري والعائد والذي يحصل عليه لذلك ستراه يطلب الاجازة ويستنفذ كل رصيده من الاجازات لغرض ممارسة العمل التجاري في حين انه قد لايقوم بذلك لو كان مقيد بممارسة العمل التجاري حتى خلال فترة الاجازة وسيسعى للحفاظ على رصيده من الاجازات لغرض الاستفادة منه كخدمة عند احالته على التقاعد، من جهة اخرى فأن انشغال الموظف بالعمل اللتجاري خلال فترة الاجازة سيجعله يصاب بالارهاق وسيأتي للوظيفة العامة وهو يشعر بالتعب وهو لايتساوى بذلك من يقوم بطلب الاجازة للاستجمام والراحة حيث ان الاخير سيأتى الى الوظيفة وهو بكامل نشاطه وهذا له اهمية في زيادة انتاجيته وابداعه وبالتالي تحقيق المصلحة العامة وسيكون اكثر فائدة من الموظف الذي يستغل اجازته للعمل التجاري وهذا كله له تأثير على المصلحة العامة.

٨- نقترح اضافة الفقرة الاتية الى قوانين الانضباط في الوظيفة العامة وفي الفقرة التي تضع قيود على ممارسة الاعمال التجارية بالنص على... "ويعد العمل التجاري ممارس ضمن اوقات العمل اذا كان الموظف قد استخدم وسائل الاتصال الحديثة لامور تجارية ايا

كان نوعها طالما كانت غير متعلقة بالعمل الحكومي المكلف به".

9- لم يبين قانون الانضباط كيف تستطيع الادارة ان تتثبت من قيام الموظف العام بتصفية اعماله التجارية الارثية ومايجب ان يقدمه لمذلك فهل تكتفي بكلام الموظف بأنه قد قام بالتصفية ام تطلب منه شئ اخر. وهذا الامر لابد من تلافيه بوضع سياق يلزم الموظف بتقديم مايثبت حصول هذه التصفية.

### المصادر

- ١- أعمار عمور، الوجيز في شرح القانون التجاري الجزائري، دار المعرفة،
   الجزائر، ٢٠٠٠.
- ۲- إلياس حداد ومحمد سامر عاشور، القانون التجاري بري بحري جوي
   (منشورات جامعةدمشق، ۲۰۰۷ ۲۰۰۷.
- ٣- إلياس حداد ومحمد سامر عاشور، القانون التجاري، بري بحري جوي، منشورات جامعة دمشق، ٢٠٠٧ ٢٠٠٧.
- ٤- بـاري كاشـوان، الموسـوعة العالميـة للوصـف الـوظيفي، دار الفـاروق للنـشر
   والتوزيع، القاهرة، ٢٠٠٥.
  - ٥- حنان عبد العزيز مخلوف، مبادئ القانون التجاري، ٢٠١١.
- ٦- د. صلاح الدين الناصي، الوسيط في شرح القانون التجاري العراقي، دار الحليي، ٩٩٩.
- ٧- د عزيــز العكيلــي، الــوجيز فــي القــانون التجــاري، دار الـسلام للطباعــة والنشر، بيروت، ١٩٨٠.
- ٨- د. أبو زيد رضوان: الشركات التجارية في القانون المصري المقارن، ص ٢٦٥
   ط. دار الفكر العربي، القاهرة ١٩٨٩.
- ٩- د. سليمان محمد الطماوي، الوجيز في القانون الإداري ( دراسة مقارنة)، دار
   الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٨٤.
- ١٠ د. سميحة القليوبي، الوسيط في شرح القانون التجاري المصري، الجزء الأول، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥.

#### ١٨٠ مجلة الحقوق . . العددان ٣٥ - ٣٦

- 11- د. عبد الغني بسيوني عبدالله، القضاء الإداري ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٩٦.
- ٢١ د. عبدالفتاح عبد الحليم الضمانات التأديبية في الوظيفة العامة، طبعة
   ١٩٧٩.
- ١٣ د. فوزي محمد سامي، شرح القانون التجاري الجزء ١، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ٢٠٠٤.
- ٤١- د. محمد عبدالله الشيباني الخدمة المدنية على ضوء الشريعة الإسلامية،
   مدخل لنظرية،، الرياض دار عالم الكتب للنشر والتوزيع، ط٢،
   ١٩٩٠.
- د. محمود مختار برياري، قانون المعاملات التجارية، الجزء الأول، دار
   النهضة العربية، ٢٠٠٠.
- ١٦ د. محمود مختار برياري، قانون المعاملات التجارية، الجزء الأول، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠.
  - ١٧- د. مصطفى كامل طه، الوجيز في القانون التجاري، ١٩٦٦.
  - ١٨ د .محسن شفيق : الوسيط في القانون التجاري،الجزء الأول ١٩٦٢.
  - ١٩ د. باسم محمد صالح، القانون التجاري، العاتك لصناعة الكتب، ييروت.
- ٢٠ د.جـ الله وف محمدين، المبادئ العامة في القانون التجاري، الدار الجامعية للطباعة والنشر والتوزيع.
  - ٢١ د. حسن ذنون، فلسفة القانون.
- ۲۲- د. سعيد الحباب، عقد نقل البيضائع في قانون التجارة الجديد، منشورات الددر، بيروت ۲۰۱۱.
- ٣٣ د.شادلي نورالدين، القانون التجاري، دار العلوم للطباعة والنشر والتوزيع، ٣٠٠٣.
- ٢٠ د.عشمان سلمان غـيلان ناخلاقيات الوظيفة العامة، منـشورات الحلبي، ٢٠١٤.
  - ٥٧- د. فوزي محمد سامي، شرح القانون التجاري نمنشأة المعارف، ١٩٩٨.
- ٢٦ د.مازن ليلو راضي، القانون الاداري، الطبعة الثالثة، مطبعة انوار
   ٢٠١٦.

- ٣٧ طالب حسن موسى، قانون التجارة الدولية، المركز العربي للدراسات،
   ٢٠٠٨.
- ٢٨ طالب حسس موسى، مبادئ القانون التجاري، منشأة المعارف،
   الاسكندرية، ٩٩٩٠.
- ٢٩ عبد المعطي محمد حشاد، الشيك، رؤية مصرفية وقانونية، دار المعارف،
   الاسكدنرية، دون سنة طبع
- ٣- عبدالله بن راشد السنيدي، مبادي الخدمة المدنية وتطبيقانها في المملكة العربية السعودية، مطابع الحميضي، ٢٠٠٤.
- ۳۱ محمد انس قاسم، الوسيط في القانون العام، ، منشورات نوار النيل، محمد ١٩٨٥.
- ٣٢ د. محمد فريد العريني، القانون التجاري اللبناني، منشورات دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٣

# الرسائل والاطاريح

١- محمد جود الملط، المسؤولية التأديبية للموظف العام، محمد جودت الملط،
 رسالة دكتوراه منشورة، جامعة القاهرة، مصر، ١٩٦٧.

# المواقع الالكترونية :-

- 1- https://www.almaany.com/ar/dict/arar/%D8%AA%D8%AC%D8%A7%D8%B1%D8%A
- 2- https://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar
- 3- https://ar
  - ar.facebook.com/DroitFsjesMohammedia/posts/764 952726940224
- 4- http://kenanaonline.com/users/EBENALRAFDEN/dow nloads/42087
- 5- http://burathanews.com/arabic/studies/217672
- 6- https://sqarra.wordpress.com/sharinv
- 7- : http://www.alukah.net/web/fouad/0/28782/#ixzz57TX mC6q9
- 8- http://www.aljazeera.net/news%2Fhealthmedicine%2 F2015%2F2%
- 9- http://www.youm7.com/story/2017/5/19/%D9%85%D8 %AD%D8
- 10-http://almerja.com/reading.php?idm=89193
- 11-https://www.arab-ency.com/ar
- 12-https://ar.wikipedia.org/wiki

- 13- http://www.uobabylon.edu.iq/uobColeges/lecture.aspx ?fid=7&lcid=13146
- 14-# http://www.incfile.com/WashingtonDC-LLC-Corporation/
- 15-https://www.aabu.edu.jo/thesis/fiqh/thesis19.doc

المصادر باللغة الانكليزية :-

- 1- Needles 'Belverd E.' Powqers 'Marian (2013). *Principles* of Financial Accounting Series Cengage Learning.
- 2- crim11dec1962,d,1963.99)by :Codes : Dalloz :codes pénal, Quarter-Vigtcinqueme, Edition Paris,1987-1988.
- 3- <u>sterioti 'peggy'</u> Sheffrin'e Steven M. (2003). *Economics:*Principles in Action. Upper Saddle River, New Jersey:
  Pearson Prentice Hall
- 4- Lyon Caen et Renault w: Traité élémentaire de droit commercial 'Tome I '1972
- 5- Jean-Louis RIVES-LANGE et Monique CONTAMINE-RAYNSUD, Droit bancair†, 6éme,
- 6- Molitor, Die Auslandisch Regelung der G.m.b.H. und die deutsch Reform, (1927); and 12 Zeitscrift für auslandisches and internationales Privatrecht 341 (1938).
- 7- acob J. Rabinowitz (Mayi 1956). "The Origin of the Negotiable Promissoryi Note. University of Pennsylvania Law Review.

القوانين

١- قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم ١٤ لسنة ١٩٩١ المعدل
 النافذ

٢- قانون الخدمة المدنية رقم ٢٤ لسنة ١٩٦٠ المعدل النافذ.

٣- قانون التجارة العراقي.

# مسؤولية صاحب العمل غير العقدية في القانون الإنكليزي دراسة تحليلية مقارنة بالقانون العراقي

أ.م.و. يونس صلاح الرين علي (\*)

## المستخلص

تعد مسؤولية صاحب العمل غير العقدية في القانون الإنكليزي أحد الأنواع الرئيسة للمسؤولية التي فرضها قانون الأخطاء المدنية الذي يعد قانوناً غير مكتوب يستند على نظام السوابق القضائية للمحاكم الإنكليزية وجزءً من قانون الأحكام العام الإنكليزي .أما القانون العراقي فقد نص على حالات معينة لمسؤولية صاحب العمل غير العقدية ، ورد بعضها في قانون العمل النافذ رقم (٣٧) لسنة ١٠٠٥، والبعض الآخر في قانون التقاعد والضمان الاجتماعي للعمال رقم (٣٧) لسنة ١٩٧١، فضلاً عن القواعد العامة للمسؤولية المدنية في القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.

#### **Abstract**

Employer's non-contractual liability is considered as one of the main types of tortious liability imposed by the Law of Torts, which is considered as an unwritten law based upon the system of judicial precedents , and as a part of the English common law. It is also worth-mentioning that the Iraqi law included certain provisions establishing this type of liability , some of which have been provided for in the labour law No.37 of 2015 , and the law of retirement and social security of workers No.39 of 1971 , as well as the general rules of the Iraqi civil law No.40 of 1951.

<sup>🖰</sup> كلية القانون والعلاقات الدولية — جامعة جيهان الخاصة.

### المقدمة

# وتتضمن النقاط الآتية:

أولاً: مدخل تعريفي بموضوع البحث: تعد مسؤولية صاحب العمل غير العقدية في القانون الإنكليزي أحد الأنواع الرئيسة للمسؤولية التي فرضها قانون الأخطاء المدنية ( Torts)، وتتخذ ثلاث صور هي المسؤولية الشخصية لصاحب العمل، ومسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه،ومسؤولية صاحب العمل الناجمة عن الإخلال بالواجب التشريعي . أما القانون العراقي فقد نص على حالات معينة لمسؤولية صاحب العمل غير العقدية ، ورد بعضها في قانون العمل النافذ رقم ( ٣٧) لسنة ٥ ، ٢ ، والبعض الآخر في قانون التقاعد والضمان الاجتماعي للعمال رقم ( ٣٧) لسنة ١٩٧١ ، فضلاً عن القواعد العامة للمسؤولية المدنية في القانون المدني العراقي رقم ( ٤٠) لسنة ١٩٥١

ثانياً: أسباب اختيار موضوع البحث: إن السبب الرئيس في اختيار موضوع البحث هو أن مسؤولية صاحب العمل غير العقدية في القانون الإنكليزي تعد من الإنواع الرئيسة للمسؤولية في قانون الأخطاء المدنية الإنكليزي ، المبني على الأعراف والسوابق القضائية. في حين لم ينل هذا النوع من المسؤولية ما يستحق من الإهتمام في قوانين العمل العراقية.

ثالثاً: أهمية البحث: تكمن أهمية البحث في دراسة موضوع وضع له القانون المقارن ، متمثلاً بالقانون الإنكليزي الكثير من الحلول القانونية المعقولة، لمعالجة الآثار المترتبة على الحوادث التي تقع في المجتمعات الصناعية الكبرى، فضلاً عن المعالجات التي يقدمها نظام التأمبن.

رابعاً: مشكلة البحث: تكمن مشكلة البحث في عدم تنظيم القانون العراقي لمسؤولية صاحب العمل غير العقدية تنظيماً دقيقاً ، خلافاً للقانون الإنكليزي، وذلك بسبب اهتمام قانون العمل العراقي ، وكذلك القانون المدني العراقي بعقد العمل، الذي تترتب عليه آثار قانونية واسعة ، ولاسيما التزامات صاحب العمل العقدية ، والتي يترتب على الإخلال بها مسؤوليته العقدية ، على الرغم من أن واقع بيئة العمل أثبت أهمية مسؤولية صاحب العمل غير العقدية

خامساً: نطاق البحث: يتسع نطاق هذه الدراسة ليشمل البحث في ماهيته مسؤولية صاحب العمل غير العقدية وأنواعها في القانونين الإنكليزي والعراقي، ومقارنتهما مع بعضهما البعض.

سادساً: منهجية البحث: انتهجت الدراسة منهج البحث القانوني التحليلي المقارن، بإجراء تحليل قانوني لموضوع أو لهذا النوع من أنواع المسؤولية في القانونين الإنكليزي والعراقي، ومقارنتهما مع بعضهما البعض .

سابعاً: خطة البحث: في ضوء ما تقدم فقد توزعت هذه الدراسة على ثلاثة مباحث وكما يأتي: المبحث الأول: التعريف بمسؤولية صاحب العمل غير العقدية في القانونين الإنكليزي والعراقي المبحث الثاني: أنواع مسؤولية صاحب العمل غير العقدية في القانونين الإنكليزي والعراقي المبحث الثالث :مقارنة موقف القانون الإنكليزي بموقف القانون العراقي

المبحث الأول: التعريف بمسؤولية صاحب العمل غير العقدية في القانونين الإنكليزي والعراقي

لقد تضمن القانون الإنكليزي ثلاث صور لمسؤولية صاحب العمل غير العقدية ، جاءت إثنتان منهما ضمن نطاق قانون الأحكام العام (common law). فالأولهي صورة من صور المسؤولية المدنية الناجمة عن الإهمال (negligence liability) (موت بمسؤولية المدنية الناجمة عن إخلاله بواجب شخصي على عاتقه باتخاذ الحيطة والحرص المعقول صاحب العمل الناجمة عن إخلاله بواجب شخصي على عاتقه باتخاذ الحيطة والحرص المعقول لضمان سلامة عماله أثناء العمل(Employer's Personal Liability in Negligence)، فضلاً عن القواعد العامة التي تنظم المسؤولية المدنية الناجمة عن الإهمال والتي ترسخت في هذا القانون بتأثير من نظام السوابق القضائية، والمعروفة بقواعد قانون الأحكام العام المنظمة فقد ترسخت في قانون الأحكام العام أيضاً وتعرف بمسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه فقد ترسخت في قانون الأحكام العام أيضاً وتعرف بمسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه (Employer's vicarious liability). المسؤولية صاحب العمل الناجمة عن الإخلال بالواجب التشريعي (Employer's Liability for Breach of Statutory Duty). أما القانون العراقي فقد نص على حالات معينة لمسؤولية صاحب العمل غير العقدية. وعلى هذا أما القانون العراقي فقد نص على حالات معينة لمسؤولية صاحب العمل غير العقدية. وعلى هذا أما القانون العراقي فقد نص على حالات معينة لمسؤولية صاحب العمل غير العقدية. وعلى هذا

 $<sup>(^1)</sup>$  Kirsty Horsey and Erika Rackely, Tort law,  $3^{\rm rd}$  edition, Oxford University press,2013 , P.206.

<sup>(2)</sup> Catherine Elliott & Frances Quinn, Tort law Eighth ed Longman 2011, P.142.

الأساس فسوف نكرس هذا المبحث للتعريف بمسؤولية صاحب العمل غير العقدية في القانونين الإنكليزي والعراقي عن طريق بيان ماهيتها ، وذلك في المطلبين الآتيين :

المطلب الأول: ماهية مسؤولية صاحب العمل غير العقدية في القانون الإنكليزي

لغرض دراسة ماهية مسؤولية صاحب العمل غير العقدية في القانون الإنكليزي، فأنه ينبغي علينا تعريف هذا النوع من أنواع المسؤولية، وبيان أهم خصائصه وتطوره التاريخي وكما يأتي :

الفرع الأول: تعريف مسؤولية صاحب العمل غير العقدية في القانون الإنكليزي

يعرف جانب من الفقه الإنكليزي<sup>(۱)</sup> مسؤولية صاحب العمل غير العقدية بأنها نوع من أنواع المسؤولية التقصيرية عن الخطأ المدني (Tortious Liability) لصاحب العمل،التي فرضها قانون الأحكام العام عليه، لأجل ضمان سلامة عماله، والتي تنهض على أساس خطئه المدني الشخصي (Tort)، والمتمثل بإهماله وتقصيره، أو على أساس عمل الغير، أو على أساس الإخلال بالواجبات التي فرضتها بعض التشريعات على عاتق صاحب العمل، وعرفها جانب آخر من الفقه الإنكليزي<sup>(۱)</sup> بأنها تلك المسؤولية التي تنشأ بسبب خطأ الإهمال أو التقصير الذي يرتكبه صاحب العمل ضد عماله، والذي عده قانون الأحكام العام كأحد الأخطاء المدنية ، أو بسبب أعمال تابعيه، أو هي جزاء إخلاله بواجباته التشريعية (أي التي فرضتها عليه التشريعات)، وعرفها آخرون (۱) بأنها ذلك النوع من المسؤولية التي تضمنها قانون الأحكام العام والتي فرضتها عليه التشريعات)، وعرفها آخرون (۱) بالذي هو جزء من قانون الأحكام العام والتي تتخرج خارج نطاق قانون العمل (Law of Torts) ويتبين من هذه التعاريف بأن مسؤولية صاحب العمل غير العقدية في القانون الإنكليزي تتخذ ثلاثة صور هي: ۱ مسؤولية صاحب العمل على أساس خطئه المدنى الشخصي، والمتمثل باهماله وتقصيره تجاه عماله ، ۲ مسؤولية العمل على أساس خطئه المدنى الشخصي، والمتمثل باهماله وتقصيره تجاه عماله ، ۲ العمل على أساس خطئه المدنى الشخصي، والمتمثل باهماله وتقصيره تجاه عماله ، ۲ العمل على أساس خطئه المدنى الشخصي، والمتمثل باهماله وتقصيره تجاه عماله ، ۲ العمل على أساس خطئه المدنى الشخصي، والمتمثل باهماله وتقصيره تجاه عماله ، ۲ العمل على أساس خطئه المدنى الشخصي والمتمثل باهماله وتقصيره تجاه عماله ، ۲ العمل على أساس خطئه المدنى الشعر على العمل على أساس خطئه المدنى الشعر العمل على أساس خطئه المدنى الشعر على العمل على أساس خطئه المدنى الشعر على العمل على العمل عبي العمل على أساس خطئه المدنى الشعر على العمل على أساس خطئه المدنى الشعر على العمل على أساس خطئه المدنى الشعر على العمل على أليه المدنى الشعر على العمل على ألي التعرب العمل غير العمل

<sup>(&</sup>lt;sup>1</sup>)John Cooke, Law of Tort, Fourth Edition, Financial Times, Pitman Publishing, 1999, P.192.

<sup>(2)</sup> Vera Bermingham, Nutshells, Tort, Sixth Edition, Thomson Sweet & Maxwell, 2003, P.72. (3) Paula Giliker and Silas Beckwith, Tort, Forth Edition, Sweet & Maxwell, Thomson Reuters, 2011, P.199.

مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه، وذلك على أساس الأخطاء المدنية التي يرتكبها تابعو صاحب العمل أي العمال ، ٣- مسؤولية صاحب العمل على أساس اخلاله بواجبه التشريعي. الفرع الثاني: خصائص مسؤولية صاحب العمل غير العقدية في القانون الإنكليزي تتسم مسؤولية صاحب العمل غير العقدية في القانون الإنكليزي بالخصائص الآتية:

أولاً: أنها نوع من أنواع المسؤوليات القديمة التي يرجع أصلها إلى قانون الأحكام العام الإنكليزي<sup>(1)</sup>، والذي هو قانون عرفي غير مكتوب ومبني على السوابق القضائية للمحاكم الإنكليزية.

ثانياً: يستند الأساس القانوني لمسؤولية صاحب العمل غير العقدية على أساس الخطأ المدني (Tort)، على الرغم من أن هذه المسؤولية تتخذ ثلاثة صور (٢): الأولى هي مسؤوليته على أساس الخطأ المدني الشخصي المتمثل بإهماله وتقصيره تجاه عماله (٢)، والثانية مسؤوليته على أساس الخطأ المدني الصادر عن أحد عماله وعلى أساس التبعية، وذلك في حالة عدم صدور خطأ مدني شخصي عن صاحب العمل نفسه، وهو ما يعرف بمبدأ المسؤولية الموضوعية الخلاله بواجباته التشريعية، والتي تقوم على أساس الضرر وحده. والثالثة هي مسؤوليته عن اخلاله بواجباته التشريعية، والتي تقوم بدورها أيضاً على فكرة الإهمال في بعض الحالات، وعلى مبدأ المسؤولية الموضوعية في حالات أخرى (٤)، ويعرف الإهمال في هذه الصورة الثالثة من صور مسؤولية الموضوعية في حالات أخرى (١٤)، وعلى (١٤ المسؤولية الموضوعية في حالات أخرى (١٤)، ويعرف الإهمال العرفي المقرر بمقتضى قانون صور مسؤولية صاحب العمل عير العقدية بالإهمال العرفي المقرر بمقتضى قانون الأحكام العام (Negligence) ، ويبرز الاختلاف بين الإهمال الأحكام العام (Common Law Negligence) ، ويبرز الاختلاف بين الإهمال التشريعي والإهمال العرفي من حيث الاثبات، ففي دعوى المسؤولية الناجمة عن الإهمال، فأنه التشريعي على المدعى اثبات عدم قيام المدعى عليه ببذل العناية المعقولة ( Reasonable ينبغى على المدعى اثبات عدم قيام المدعى عليه ببذل العناية المعقولة ( Reasonable ينبغى على المدعى اثبات عدم قيام المدعى عليه ببذل العناية المعقولة ( Reasonable ينبغى على المدعى اثبات عدم قيام المدعى عليه ببذل العناية المعقولة (

<sup>(</sup>¹)Carol Brennan, Tort Law Concentrate: Law Revision and Study Guide, 3<sup>rd</sup> edition, Oxford University Press, 2015, P.102.

<sup>(2)</sup> John Cooke, ibid, P.193.

<sup>(3)</sup>Joseph Glannon, the law of torts, examples and explanations, 4<sup>th</sup> edition, Aspen publishers, 2010, P.529

<sup>(4)</sup> John Cooke, op. Cit, P.189.

Care) ، أما في دعوى المسؤولية الناجمة عن الإهمال التشريعي، فأن مخالفة النص التشريعي تعد إخلالاً بواجب بذل العناية المطلوبة، ولا يتوجب على المدعي اثبات ذلك<sup>(١)</sup>.

ثالثاً: تعد مسؤولية صاحب العمل غير العقدية أحد الأنواع الأساسية أو الرئيسة للمسؤولية التي فرضها قانون الأخطاء المدنية الإنكليزي (Law of Torts).

رابعاً: يستند هذا النوع من المسؤولية على أسس من العدالة والانصاف، فقد نشأت في ظل قانون الأحكام العام كرد فعل على نظام المسؤولية العقدية الذي كان سائداً في مطلع القرن التاسع عشر، والذي تمخض عنه فرض شروط تعسفية على العمال ضمن نطاق عقد العمل، بسبب التفاوت الكبيرفي المركز الاقتصادي بين صاحب العمل الذي يتمتع بمركز اقتصادي قوي، وبين العامل الذي يعاني من مركز اقتصادي ضعيف، والذي يترتب عليه عدم التعادل في القوة التفاوضية بين الطرفين (Inequality of Bargaining Power).

خامساً: تعد مسؤولية صاحب العمل غير العقدية خروجاً واضحاً عن نطاق قانون العمل الإنكليزي.

الفرع الثالث: التطور التاريخي لمسؤولية صاحب العمل غير العقدية

لقد تبنت المحاكم الإنكليزية موقفا صارما وسلبياً حيال دعاوى العمال المتضررين والمصابين من جراء إصابات العمل في مطلع القرن التاسع عشر، وكان السبب في هذا التشدد والسلبية هو أن النظام القانوني الذي كان قائماً في ذلك الوقت هو نظام المسؤولية العقدية (٣)، فلم تكن مسؤولية صاحب العمل لتنهض إلا نتيجة إخلاله بواجباته أو التزاماته التعاقدية، إلا أن التفاوت الكبير في المركز الاقتصادي بين صاحب العمل وبين العامل مكن أصحاب العمل من فرض شروطهم التعسفية على عقد العمل، نتيجة عدم التعادل في القوة التفاوضية بين الطرفين فرض شروطهم التعملية على عقد العمل، نتيجة عدم التعادل في القوة التفاوضية بين الطرفين مسؤولية صاحب العمل في أغلب الأحيان (٤)، وقد عارضت المحاكم في ذلك الوقت إقامة مسؤولية صاحب العمل في أغلب الأحيان (٤)، وقد عارضت المحاكم في ذلك الوقت إقامة

(<sup>2</sup>)Simon Deakin, Angus Johnston and Basil Markesinis, Markesinis and Deakin's Tort Law, Seventh Edition, Clarendon Press, Oxford, 2013, P.543.

<sup>(1)</sup>John Cooke, ibid, P.183.

<sup>(3)</sup>Mark lunney and ken Oliphant Tort law Text and Materials Fifth edition Oxford University Press, 2013, P.533

<sup>(4)</sup> John Cooke, op. Cit, P.192.

المسؤولية المدنية لصاحب العمل على أساس الخطأ المدني (Tortious liability). ولأجل تحقيق ذلك فقد منعت العامل المتضرر من إقامة دعوى المسؤولية المدنية الناجمة عن الخطأ المدنى، إلا أنها ما لبثت أن رضخت وسمحت للعمال المتضررين إقامة دعوى المسؤولية المدنية الناجمة عن الخطأ المدني، ولكنها تعمدت في وضع العصى في عجلة تلك الدعوىعن طريق ثلاثة أنواع من الدفوع سمحت المحاكم الإنكليزية لصاحب العمل باللجوء إليها لرد دعـوى المـدعي (العامـل المتـضرر). فالـدفع الأول هـو الـدفع بالعمـل بالمـشترك ( defence of common employment) والذي بمقتضاه يمكن لصاحب العمل رد دعوى العامل المتضرر والذي يصاب بسبب إهمال أحد زملائه العمال الآخرين أثناء العمل. أما الدفع الثاني فهو الدفع برضاء المضرور بالضرر (volenti non-fit injuria) والذي يمكن بمقتضاه لصاحب العمل رد دعوى العامل المتضرر، والذي يستند في دعواه على أساس المخاطر المحدثة، أي التي يحدثها صاحب العمل بسبب ظروف العمل، والتي يكون العامل على علم بها، إلا أنه يستمر بالعمل على الرغم من ذلك. أما الدفع الثالث فهو الدفع بالإهمال المشترك من جانب العامل (contributory negligence). إلا أن نقطة التحول البارزة حدثت في نهاية القرن التاسع عشر، فقد تضاءلت الأهمية القانونية للدفع برضاء المضرور بالضرر(1)، فقد جعلت قضية (1891 smith v. Baker) من الصعب على أصحاب العمل التمسك بها لدفع مسؤوليتهم المدنية، وتتلخص وقائع تلك القضية في قيام المدعى بالعمل في مشروع بناء سكة الحديد العائد للمدعى عليهم، وفي أثناء عمله قامت إحدى الرافعات برفع كمية من الأحجار فوق رأسه، وكان العامل وكذلك أصحاب العمل على علم بالخطورة الكامنة في سقوط الأحجار على رأس العمال الذين يعملون تحت الرافعة، من حدا بالعامل أن يشتكي لدى أصحاب العمل من هذه المخاطر، وذات يوم سقطت حجرة على رأس ذلك العامل وأصابته بأضرار، فقاضي أصحاب العمل على أساس المسؤولية المدنية الناجمة عن الإهمال، فدفع أصحاب العمل برضاء المضرور بالضرر، إلا أن المحكمة رفضت هذا الدفع، وجاء في حكمها بأنه على الرغم من علم المدعى بهذه المخاطر واستمراره في

<sup>(1)</sup> John Cooke, ibid, P.192.

العمل، فإنه لم يثبت بأنه رضى بتحمل الضرر الناجم عن تلك المخاطر بإرادته، فمجرد استمرار العامل بالعمل على الرغم من تلك المخاطر، لا يعنى دائما رضاه بالضرر. ومنذ عام ١٩٤٥ لم يعد بإمكان أصحاب العمل التمسك بالدفع بالإهمال المشترك ، وصار هذا الدفع أساسا لتوزيع المسؤولية بدلاً عن نفيها، إذ سمح تشريع الإصلاح القانوني الخاص بالإهمال المشترك لعام The Law Reform (contributory negligence) Act )1950 1945) للمحاكم بتوزيع المسؤولية، عندما يشترك المدعى بإهماله في تعرضه للضرر. أما الدفع بالعمل المشترك (the defence of common employment) فقد ألغى نهائيا عام ١٩٤٨ عن طريق تشريع الإصلاح القانوني الخاص بالأضرار الشخصية لعام مع العلم (1948) The law reform (personal injuries) Act (1948) ۱۹٤٨). مع العلم بأن هذا الدفع كان قد فقد الكثير من قوته القانونية حتى قبل هذا التاريخ، وذلك بسبب فرض المحاكم على عاتق صاحب العمل واجبا شخصيا غير قابل للتفويض (٢) (clyde coal v. English 1938) ابتداء من قضية (non-delegable duty فلم يعد بإمكان صاحب العمل الذي يخل بهذا الواجب أن يتمسك بالدفع بالعمل المشترك، وتمكنت المحاكم الإنكليزية في هذه المرحلة من وضع حد فاصل بين مسؤولية صاحب العمل عن فعله الشخصي وبين مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه (vicarious liability)، وفي مرحلة لاحقة كانت معظم التعويضات التي يحصل عليها العامل المتضرر تأتي عن طريق التأمين (insurance) وليس عن طريق نظام المسؤولية عن الخطأ المدني (tort system)، وهو ما توصلت إليه لجنة (pearson) التي قدرت نسبة التعويض الذي يحصل عليه العامل المتضرر من الإصابة الصناعية عن طريق نظام التعويض على أساس الخطأ المدنى ( tort damages system) ما بين ١٠-٥١%، وقد بدأ العمل بنظام التأمين منذ صدور تشريع تعويض العمال لعام ١٨٩٧ ( the workmen's compensation Act 1897) والذي مكن العمال من الحصول على التعويض دون الحاجة إلى إثبات خطأ صاحب العمل، فصار صاحب العمل مؤمنا للاصابات التي تحدث أثناء أو خارج نطاق العمل على حد

(¹) Vera Bermingham, op. Cit , P.77. (²) Vera Bermingham, ibid, P.77.

سواء، كما استبدل هذا النظام بنظام ضحايا الحوادث والأمراض الصناعية، وهو نظام حكومي تدعمه الدولة خاص بتعويض المتضررين من حوادث العمل الصناعي والأمراض الناجمة عنه، وفي الوقت الحاضر فإن مسؤولية صاحب العمل عن الخطأ المدني ( liability) الذي يرتكبه ضد سلامة عماله قد تتخذ ثلاث صور (1):

- 1. مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه: وتنهض مسوؤلية صاحب العمل عن إهمال أحد عماله، والذي يتسبب في إلحاق الضرر بالعامل المدعي، وتكون مسؤولية صاحب العمل في هذه الحالة مسؤولية موضوعية تقوم على أساس الضرر وحده، ولا تستند على أي خطأ من جانبه.
- المسؤولية الناجمة عن الإخلال بواجب تشريعي (مفروض بنص القانون) يؤدي إلى إلحاق (breach of statutory duty).
- Themedelia litier at a litier and a litier at a litier at litier and litier at litier and litier at litier and litier and and litier and and litier and lit

<sup>(1)</sup> John Cooke, op. Cit, P.193.

<sup>(2)</sup> Kirsty Horsey and Erika Rackely, op. Cit, P.206.

المطلب الثاني: ماهية مسؤولية صاحب العمل غير العقدية في القانون العراقي

حدد القانون العراقي بعض حالات مسؤولية صاحب العمل غير العقدية وتطبيقاتها، وقد وردت هذه الحالات في نصوص متفرقة من قانون العمل العراقي النافذ رقم (٣٧) لسنة ٢٠١٥، وقوانين العمل السابقة، وكذلك قانون التقاعد والضمان الاجتماعي للعمال المعدل رقم (٣٩) لسنة ١٩٧١، فضلاً عن إمكانية الرجوع إلى القواعد العامة للمسؤولية في القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ لتحديد مسؤولية صاحب العمل غير العقدية، وسوف نقوم بدراسة مسؤولية صاحب العمل غير العقدية، وذلك عن طريق تعريفها وبيان أهم خصائصها في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: تعريف مسؤولية صاحب العمل غير العقدية في القانون العراقي

تتخذ مسؤولية صاحب العمل غير العقدية في القانون العراقي ثلاث صور هي مسؤوليته عن أعماله الشخصية، ومسؤوليته الموضوعية، فضلاً عن مسؤوليته كمتبوع من أعمال تابعيه، وقد عرف جانب من الفقه في العراق<sup>(۱)</sup> مسؤولية صاحب العمل عن أعماله الشخصية بأنها تلك المسؤولية التي تنشأ غالباً عن قيام صاحب العمل بارتكاب خطأ أو إهمال يؤدي إلى وقوع الاصابة، كأن تقع بسبب عدم توفر وسائل الوقاية أو عدم اتخاذ الاحتياطات اللازمة لحماية العمال من مخاطر العمل ، أما المسؤولية الموضوعية لصاحب العمل فقد عرفها جانب آخر من الفقه<sup>(۲)</sup> بأنها ذلك الجزاء الذي يفرض على رب العمل فيكون بمقتضاه مسؤولاً عن تعويض العامل عن كل إصابة لحقت به ودون التفات إلى عنصر الخطأ، سواء أكان ثابتاً أم مفترضاً، وتقوم على فكرة تحمل التبعة، في حين عرف جانب من الفقه<sup>(۳)</sup> مسؤولية صاحب العمل كمتبوع عن أعمال تابعه بأنها ذلك الجزاء الذي يفرض على صاحب العمل ويتمثل بجواز العمل كمتبوع عليه دون خطأ من جانبه ، بعده متبوعاً، إذا كان سبب الضرر أحد الأشخاص التابعين الرجوع عليه دون خطأ من جانبه ، بعده متبوعاً، إذا كان سبب الضرر أحد الأشخاص التابعين

 $\binom{2}{2}$ د. حسن علي الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني، الخطأ، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر،  $\binom{2}{2}$  ٢٠٠٦،  $\frac{2}{2}$ 

.

<sup>(1)</sup>د. عدنان العابد و د. يوسف الياس، قانون الضمان الاجتماعي، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، جامعة بغداد، دون سنة طبع، ص  $1 \pm 1$ .

<sup>. 1</sup> د. عدنان العابد ود. يوسف الياس، المصدر السابق، ص $^{3}$ 

له، وعلى أساس المسؤولية عن فعل تابعه. ويلاحظ على هذه التعاريفبأن جانباً من الفقه في العراق يتمسك بفكرة الخطأ ويعدها الأساس القانوني للمسؤولية عن الأعمال الشخصية، وهو بالطبع يقصد الخطأ الواجب الاثبات، وليس الخطأ المفترض<sup>(۱)</sup>، علىالرغم من أن القانون المدني العراقي لم يؤسس المسؤولية عن الأعمال الشخصية على أساس فكرة الخطأ، بل أقامها على أساس فكرة التعدي<sup>(۱)</sup>.

الفرع الثاني: خصائص مسؤولية صاحب العمل غير العقدية في القانون العراقي تتميز مسؤولية صاحب العمل غير العقدية في القانون العراقي بالسمات والخصائص الآتية:

أولاً: تتخذ مسؤولية صاحب العمل غير العقدية ثلاث صور: هي مسؤولية صاحب العمل عن أعماله الشخصية ومسؤوليته الموضوعية ومسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه.

ثانياً: تعد مسؤولية صاحب العمل غير العقدية مسؤولية استثنائية، بمقتضى أحكام قانون العمل العراقي رقم (٣٧) لسنة ٢٠١٥، لأن هذا القانون نظم أحكام عقد العمل الفردي تنظيماً تفصيلياً (٣)، في حين أفرد بعض النصوص المتفرقة لمسؤولية صاحب العمل غير العقدية، فضلاً عن قانون التقاعد والضمان الاجتماعي للعمال، والذي وردت فيه بعض النصوص التي أقامت مسؤولية صاحب العمل على أساس الخطأ غير المقصود، والخطأ المقصود والخطأ العمد، والإهمال.

ثالثاً: لم يتوسع قانون العمل العراقي ولا قانون التقاعد والضمان الاجتماعي للعمال في إرساء مبدأ المسؤولية الموضوعية لصاحب العمل، لمواكبة التطورات الهائلة في مجال

(<sup>2</sup>)د. عصمت عبد المجيد بكر، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، مصادر الالتزام، الطبعة الأولى، الذاكرة للنشر والتوزيع، بغداد، ٢٠١١، ص٣٥١، ٩٤٥، ٠٦٠. ينظر أيضاً: د. جبار صابر طه، أساس المسؤولية المدنية عن العمل غير المشروع بين الخطأ والضرر، دراسة مقارنة في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، دار الكتب القانونية، مصر، ١٠٠، ص٣٨٣. ينظر أيضاً: د. منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية العربية والأجنبية معززة بآراء الفقه وأحكام القضاء، منشورات آراس، أربيل، ٢٠٠٦، ص٢٨١.

د. عدنان العابد ود. يوسف الياس، مصدر سابق، -0.1 . (1)

<sup>(3)</sup>د.عماد حسن سلمان، شرح قانون العمل الجديد رقم ٣٧ لسنة ٢٠١٥،مكتبة السنهوري، بيروت، ٢٠١٧، ص١٤٤

تكنولوجيا الصناعة وانتشار الآلات الميكانيكية في ميادين العمل، على الرغم من إيرادهما لبعض التطبيقات (١).

رابعاً: يتحدد نطاق تطبيق مسؤولية صاحب العمل غير العقدية في قانون العمل ضمن مجالات حماية الأحداث والصحة والسلامة المهنية، أما في قانون التقاعد والضمان الاجتماعي للعمال فيتحدد ضمن مجال إصابات العمل<sup>(٢)</sup>.

خامساً: أبقى المشرع العراقي على نظام المسؤولية المدنية قائماً ضمن نطاق قانون التقاعد والضمان الاجتماعي للعمال رقم (٣٩) لسنة ١٩٧١، كوسيلة من وسائل حماية العمال إلى جانب أنظمة الضمان الاجتماعي المقررة، كالضمان الصحي وضمان إصابات العمل، خلافاً للمشرع المصري الذي استغنى عن نظام المسؤولية المدنية كوسيلة من وسائل حماية العمال بنظام التأمينات الاجتماعية، وذلك بمقتضى القانون رقم (٣١) لسنة ١٩٥٩ (٣)، في حين بقي نظام المسؤولية المدنية، بما في ذلك مسؤولية صاحب العمل، قائماً بمقتضى نص المادة (٤٥) من قانون التقاعد والضمان الاجتماعي للعمال العراقي.

سادساً: يمكن أن تنهض مسؤولية صاحب العمل غير العقدية، حتى في حالة إخلاله بالتزاماته العقدية تجاه العامل، إذا كان الإخلال يتمثل بغش أو بخطأ جسيم ارتكبه صاحب العمل، فالغش أو الخطأ الجسيم يلحق مسؤولية صاحب العمل بالمسؤولية التقصيرية، حتى وإن نشأت عن الإخلال بالتزامات تعاقدية (٤).

سابعاً: في الحالات التي لم يحدد فيها قانون العمل وكذلك قانون التقاعد والضمان الاجتماعي للعمال الأساس القانوني لمسؤولية صاحب العمل غير العقدية تجاه عماله، فأنه ينبغي الرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني العراقي لتحديد ذلك الأساس القانوني، كما هو الحال بالنسبة إلى المادة (١٥٥) من قانون العمل النافذ رقم (٣٧) لسنة ١٥٠٥، والتي

<sup>(1)</sup>د. حسن على الذنون، المبسوط، الجزء الثاني، مصدر سابق، ص٥٦.

د. عدنان العابد ود. يوسف الياس، مصدر سابق، ص $^{(2)}$ د.

<sup>.</sup> حسن على الذنون، المبسوط، الجزء الثاني، مصدر سابق، ص00.

<sup>(&</sup>lt;sup>4</sup>)د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، الجزء الأول في مصادر الالتزام، مع المقارنة بالفقه الإسلامي، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، ١٩٦٣، ص٣٥٣.

نصت على أن (يكون صاحب العمل مسؤولاً عن توفير الحد الأدنى لمتطلبات الصحة والسلامة المهنية في جميع المشاريع التي يعمل فيها العمال والمعدات الموجودة فيها حسب التعليمات الصادرة من الوزير بعد التشاور بين منظمات وأصحاب العمل الأكثر تمثيلاً للعمال)، وكذلك الفقرة (أولاً—أ) من المادة (١١٧) من نفس القانون والتي نصت على ما يأتي: (على صاحب العمل القيام بما يأتي: اتخاذ الإجراءات اللازمة لتوفير الوقاية للعمال أثناء العمل من مخاطر المهنة ومخاطر العمل والآلات التي تضر بصحتهم)، إذ يستفاد من هذا النص الأخير ضرورة الرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني العراقي لتأسيس مسؤولية صاحب العمل التي تنشأ في حالة ارتكابه لفعل ضار أو إهمال يؤدي إلى حدوث الاصابة بسبب عدم اتخاذ الإجراءات اللازمة لتوفير الوقاية للعمال أثناء العمل من مخاطر المهنة ومخاطر العمل والآلات التي تضر بصحتهم.

المبحث الثاني: أنواع مسؤولية صاحب العمل غير العقدية في القانونين الإنكليزي والعراقي

تتنوع مسؤولية صاحب العمل غير العقدية في القانونين الإنكليزي والعراقي وفقاً للأساس القانوني الذي تستند عليه تلك المسؤولية، والذي يؤدي إلى نهوضها، لذا سوف نكرس هذا المبحث لدراسة أنواع مسؤولية صاحب العمل غير العقدية في القانونين الإنكليزي والعراقي، وكما يأتي:

المطلب الأول: أنواع مسؤولية صاحب العمل غير العقدية في القانون الإنكليزي

تصنف مسؤولية صاحب العمل غير العقدية في القانون الإنكليزي إلى ثلاثة أنواع هي المسؤولية الشخصية لصاحب العمل، ومسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه، ومسؤولية صاحب العمل الناجمة عن الإخلال بالواجب التشريعي، لذا سوف نقوم بدراسة الأنواع الثلاثة لمسؤولية صاحب العمل عن الخطأ المدني (tortious liability) وكما يأتي:

الفرع الأول: المسؤولية الشخصية لصاحب العمل

لقد تطور هذا النظام القانوني أصلاً للتغلب على الدفع بالعمل المشترك الذي كان سائدا في القرن التاسع عشر. والذي بمقتضاه يمكن لصاحب العمل أن يدفع دعوى المدعى العامل

المضرور، بسبب الإصابة الناجمة عن الإهمال المرتكب من أحد زملائه في مكان العمل، بأن يثبت عدم مسؤوليته إما: أ- لأن الإصابة نجمت عن خطأ أحد زملاء العامل المصاب الآخرين في مكان العمل أو ب- لأن صاحب العمل كان قد بذل العناية المعقولة ( reasonable care) في اختيار العامل المخطئ. فيسبب قيام صاحب العمل بتفويض واجبه للعمال الآخرين، فإنه يكون غير مسؤول عن كيفية تنفيذ ذلك الواجب، وهذا يعني بأن الضحية المضرور، لا يجد أمامه سوى الدعوى ضد زميله العامل المخطئ ، والتي غالباً ما تكون ضئيلة القيمة، لصعوبة إثبات خطأ العامل المتمثلبالإهمال، إلا أن الحكم الصادر في القضية المعروفة بـ (Wilson and clyde coal co v. English 1938) ذلل هذه الصعوبة عن طريق تحويل واجب صاحب العمل من واجب قابل للتفويض (delegable duty) إلى واجب غير قابل للتفويض (١) non-delegable duty). ولا يعني الواجب غير القابل للتفويض في هذا المقام عدم قدرة صاحب العمل على تفويض واجباته بضمان سلامة وصحة العمال في مكان العمل، لأن مثل هذه الواجبات لا يمكن القيام بها، في ظل ظروف العمل الحديثة ، دون تفويض، إلا أنه يعني عدم قدرته على تفويض مسؤوليته القانونية، فهو ليس بإمكانه أن يدفع المسؤولية عن نفسه بإثبات أنه بذل العناية اللازمة لاختيار العامل المختص والكفوء الذي يضطلع بواجب ضمان السلامة، إذا ما أصيب عامل آخر بسبب عدم بذل العناية اللازمة، فحينئذ تنهض مسؤولية صاحب العمل (٢). لذا فسوف نسلط الضوء على شروط المسؤولية الشخصية لصاحب العمل ثم الأساس القانوني لهذه المسؤولية وذلك في المقصدين الآتيين:

المقصد الأول: شروط المسؤولية الشخصية لصاحب العمل

يشترط لنهوض مسؤولية صاحب العمل الناجمة عن الإخلال بالواجب الشخصي المفروض على عاتقه باتخاذ الحيطة والحرص اللازمين لضمان سلامة عماله توافر ثلاثة شروط هي: قيام واجب شخصي على عاتق صاحب العمل باتخاذ الحيطة والحرص المعقولين لضمان

<sup>(1)</sup> Tony weir, Tort Law, clarendon law series, Oxford University Press, 2002, P.126 see also Paula Giliker and silas Beckwith, op. Cit, P.201.

<sup>(2)</sup> Tony weir, ibid, P.126.

سلامة عماله، وإخلال صاحب العمل بهذا الواجب الشخصي، وإصابة العامل بضرر نتيجة إخلال صاحب العمل بواجبه الشخصي، وسوف نتناول بالبحث هذه الشروط وكما يأتي: الغصن الأول: قيام واجب شخصي على عاتق صاحب العمل باتخاذ الحيطة والحرص المعقولين لضمان سلامة عماله

يفرض قانون الأحكام العام واجباً شخصياً على عاتق صاحب العمل باتخاذ الحيطة والحرص المعقولين لضمان سلامة عماله أثناء العمل ( duty of reasonable care for the safety of employees in the duty of reasonable care for the safety of employees in the (course of their employment). ويتسم بأنه واجب شخصي لا يمكن تفويضه إلى الغير، ويمثل التزاماً ببذل عناية. ويكون صاحب العمل قد أوفى بالتزامه، إذا اتخذ الحيطة والحرص المعقولين لضمان سلامة عماله (فقص القاضي اللورد (wright) أثناء النظر في قضية (Wilson and clyde coal co Ltd v. English 1938) بأن هذا الواجب يقوم على ثلاث مقومات هي توافر طاقم عمل كفوء، وتوافر المعدات والأدوات الملائمة، وتوافر مكان عمل آمن، ثم أضافت السوابق القضائية اللاحقة مقوماً رابعاً هو توافر نظام عمل آمن، وسوف نبحث في هذه المقومات الأربعة وأهميتها في قيام واجب اتخاذ الحيطة والحرص المعقولين لضمان سلامة العمال.

أولا: توافر طاقم عمل كفوء (competent staff).

عندما يقوم صاحب العمل بتشغيل عامل لا يتمتع بالخبرة الكافية ، ويتسبب ذلك العامل في إصابة عامل آخر ، ففي مثل هذه الحالة يعد صاحب العمل مخلاً بواجبه الشخصي باتخاذ الحيطة والحرص المعقولين تجاه عماله الآخرين (۱٬ إلا أن الأهمية العملية لهذا المقوم تتحدد أو تقل في الكثير من الدعاوى بسبب قدرة العامل المصاب على مقاضاة صاحب العمل على أساس مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه (vicarious liability) عن الأخطاء التي يرتكبها زملاؤه الآخرون أثناء العمل (۳). وتظهر أهمية هذا المقوم في الحالات التي لا يستطيع فيها العامل المصاب مقاضاة صاحب العمل على أساس مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه، مثال

<sup>(1)</sup> John Cooke, op. Cit, P.194 see also Kirsty Horsey and Erika Rackely, op. Cit, P.206

<sup>(2)</sup> Catherine Elliott & Frances Quinn, op. Cit, P.142. (3) Catherine Elliott & Frances Quinn, ibid, P.142.

ذلك إذا لم تكن الإصابة ناجمة عن خطأ عامل معين، أو إذا كان العامل المحدث للضرر يعمل المعلى المحدث للضرر يعمل الطرح وقت العمل، أو يؤدي عملاً آخر لا علاقة له بالعمل الأصلي. ففي قضية ( V. Ridge manufacturing co Ltd 1957 الضرر نتيجة قيام أحد العمال بممازحة زميله ، ولم يتمكن العامل من مقاضاة صاحب العمل على أساس مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه، لأن المحكمة كيفت فعل المزاح كفعل خارج عن نطاق العمل. فنهضت مسؤولية صاحب العمل لعدم اتخاذ أية خطوات من شأنها كبح جماح هذه العادة التي يتسم بها هذا العامل، فعد صاحب العمل مخلاً بواجبه الشخصي باتخاذ الحيطة والحرص المعقولين لضمان سلامة عماله.

ثانيا: توافر المعدات والأدوات اللازمة (Adequate equipment and Material).

كما يفرض على صاحب العمل واجب اتخاذ الحيطة والحرص المعقولين لتجهيز عماله بالمعدات والأدوات الملائمة التي تمكنهم من أداء عملهم. كما وسعت المحاكم الإنكليزية من نطاق هذا الواجب ليشمل تحذير العمال وحثهم بل إجبارهم على استخدام تلك المعدات (1)، كما في قضية (Bux v. Slough metals 1973)والتي تتلخص وقائعها في أن المدعي كان عاملاً في معمل لصهر الحديد الصلب. ونتيجة تطاير رذاذ معدن مصهور فقد العامل البصر في إحدى عينيه، وقد تبين بأن صاحب العمل كان ملتزماً بالتشريع الصادر بهذا الخصوص، والذي يلزم أصحاب العمل بتجهيز عمالهم بالنظارات الواقية، إلا أن المحكمة قررت بأن مدى واجبه الشخصي بمقتضى قانون الأحكام العام (common law) أبعد من الواجب التشريعي (statutory duty) ، إذ يلتزم بتشجيع العمال على استعمال المعدات الواقية، لا بل الالحاح على ارتدائها إذا اقتضى الأمر ذلك، ولأنه لم يفعل ذلك فقد نهضت مسؤوليته المدنية الناجمة عن الإخلال بهذا الواجب تجاه عامله المصاب.

ثالثاً: توافر مكان عمل آمن (A safe place of work).

وينبغي على صاحب العمل أيضا أن يتخذ الإجراءات المعقولة لإقامة مكان عمل آمن يكون خالياً من المخاطر، على الرغم من أن جانبا من الفقه الإنكليزي<sup>(٢)</sup> يرى عدم إمكانية

<sup>(1)</sup> Catherine Elliott & Frances Quinn, ibid, P.143.

<sup>(2)</sup> Catherine Elliott & Frances Quinn, ibid, P.144.

استبعاد جميع المخاطر، ولاسيما بعض المخاطر المتوقعة (foreseeable risk)، والتي يكون استبعادها أمراً شاقاً (ا)، وهذا ما أكده الحكم الصادر في قضية ( V. (AEC Ltd 1952) والتي تتلخص وقائعها بغمر مياه الفيضان لمصنع المدعى عليهم في أعقاب هطول أمطار غزيرة على نحو غير معتاد، جعلت أرضية المصنع قابلة للإنزلاق ، وعلى أعقاب هطول أمطار غزيرة على نحو غير معتاد، جعلت أرضية المصنع قابلة للإنزلاق ، وعلى الرغم من قيام المدعى عليهم بتغطية بعض تلك الأجزاء بمادة تمنع الإنزلاق ، فقد بقيت أجزاء غرى دون غطاء، فأصيب المدعى وهو أحد عمال المصنع بأضرار ، وقاضى المدعى عليهم على أساس عدم اتخاذهم الاحتياطات الكافية لمواجهة تلك المخاطر، وأنه كان ينبغي عليهم غلق المصنع. وعلى الرغم من أن مجلس اللوردات أقر بأن الوسيلة الوحيدة لدرء المخاطر كانت في اغلاق المصنع لا يتناسب مع حجم المخاطر المحدثة، ولم تنهض مسؤولية المدعى عليهم. وجدير بالذكر أيضا بأنه إذا كان مكان العمل هو نفس المكان الذي توجد فيه إدارة صاحب العمل، والذي يفرض عن طريقها إشرافه ورقابته وسيطرته على العمال، فإن ذلك سوف يسهل مهمة صاحب العمل في القيام بواجب اتخاذ الحيطة والحرص المعقولين لضمان سلامة العمال، ويتصرف تصرف صاحب العمل العاقل أو المعتاد (reasonably prudent employer).

رابعاً: توافر نظام عمل آمن (A safe system of working).

يتضمن هذا المقوم العديد من المسائل من أبرزها كيفية تنظيم العمل، ويقصد به الأسلوب والنظام المتبع في تنفيذ العمل، والعدد المطلوب من العمال لتنفيذ كل مجموعة من الأعمال، ونوع العمل الذي ينبغي على كل عامل القيام به. فينبغي على كل صاحب عمل وضع النظام المناسب لتنفيذ أعماله (٣)، وتوفير الإجراءات الوقائية لضمان سلامة العمال، وينبغي عليهإتخاذ الحيطة والحرص المعقولين لضمان امتثال عماله لهذا النظام، وأن يأخذ بنظر الاعتبار دائماً مسألة إهمال العامل لسلامته الشخصية (٤)، كما أن عدم توفير صاحب العمل لنظام عمل آمن يعد إخلالاً بالقيام بواجبه الشخصي باتخاذ الحيطة والحرص المعقولين لضمان سلامة

<sup>(1)</sup> John Cooke, op. Cit, P.195.

<sup>(2)</sup> John Cooke, ibid, P.195.

<sup>(3)</sup> John Cooke, ibid, P.196.

<sup>(4)</sup> Catherine Elliott & Frances Quinn, op. Cit, P.144.

عماله، وقد أخذت المحكمة الإنكليزية بهذا المبدأ في حكمها الصادر في قضية (General cleaning contractors v. christmas 1953 Ac180) (1). والقاضي بمسؤولية أصحاب العمل على أساس الإخلال بواجبهم الشخصي باتخاذ الحيطة والقاضي بمسؤولية أصحاب العمل على أساس الإخلال بواجبهم الشخصي باتخاذ العيطة بقيام أصحاب العمل بإرشاد المدعي وهو عامل تنظيف نوافذ على طريقة تنظيف النوافذ، إلا أن التعليمات لم تتضمن كيفية التعامل مع كل نوع من أنواع النوافذ على حدة، وفي الوقت الذي كان فيه العامل ممسكاً بإطار النافذة التي يقوم بتنظيفها سقطت عليه النافذة وطرحته أرضا، فقضت المحكمة بمسؤولية أصحاب العمل على أساس الإخلال بواجبهم الشخصي باتخاذ الحيطة والحرص المعقولين لضمان سلامة عمالهم، إذ كان ينبغي عليهم إرشاد المدعي على اختبار إطار كل نافذة يقوم بتنفيذها للتأكد ما إذا كانت مثبتة بأحكام أم لا، وفي حالة عدم اتثبيتها بأحكام فإنه كان ينبغي أن يكون لدى العامل نوع من الأسفين لتثبيتها، ولأن أصحاب العمل لم يوفروا له هذه الوسيلة، فقد أخفقوا في توفير نظام عمل آمن (۲).

الغصن الثاني: إخلال صاحب العمل بواجبه الشخصي

يشترط أيضاً لنهوض مسؤولية صاحب العمل أن يكون قد أخل بواجبه باتخاذ الحيطة والحرص المعقولين لضمان سلامة عماله، وهو واجب شخصي ملقى على عاتق صاحب العمل، لا يمكن تفويضه للغير (٣)، ويمثل التزاماً ببذل عناية، ولا تبرأ منه ذمة صاحب العمل المدين به تجاه عماله، إلا باتخاذ الحيطة والحرص المعقولين لضمان سلامة العمال، كما يتسم هذا الواجب، فضلا عن كونه واجباً شخصياً، بأنه ليس واجباً مطلقاً (١٤) (absolute duty) أي بمعنى أن صاحب العمل لا يفرض على عاتقه التزام بنتيجة مؤداها استبعاد جميع المخاطر التي يمكن أن تواجه العمال أثناء العمل. وهو ما أخذت به المحكمة حكمها الصادر في قضية يمكن أن تواجه العمال أثناء العمل. وهو ما أخذت به المحكمة حكمها الصادر في المدعية في السابق إلى الإصابة بالتهاب جلدي نجم عن ملامستها لدهون التشحيم والتزييت أثناء العمل، السابق إلى الإصابة بالتهاب جلدي نجم عن ملامستها لدهون التشحيم والتزييت أثناء العمل،

<sup>(1)</sup> Vera Bermingham, op. Cit, P.73.

<sup>(</sup>²) Vera Bermingham, ibid, P.73.

<sup>(3)</sup> John Cooke, op. Cit, P.194.

<sup>(4)</sup> Catherine Elliott & Frances Quinn, op. Cit, P.149.

فقاضت المدعى عليهم أصحاب العمل، إلا أن محكمة الاستئناف ردت دعواها وذلك لأن المدعى عليهم فعلوا كل ما في وسعهم، وكل ما يعد معقولاً في نظر الشخص المعتاد، واتخذوا الحيطة والحرص المعقولين لضمان سلامتها ، ولم تنهض مسؤولية أصحاب العمل، لعدم اخلالهم بواجب اتخاذ الحيطة والحرص<sup>(1)</sup>.

الغصن الثالث: إصابة العامل بضرر نتيجة إخلال صاحب العمل بواجبه الشخصى

ويشترط أخيرا لنهوض مسؤولية صاحب العمل أن يصاب العامل بضرر نتيجة إخلال صاحب العمل بواجبه الشخصي باتخاذ الحيطة والحرص المعقولين لضمان سلامة العمال مع قيام علاقة السببية بين الإخلال بالواجب وبين الضرر الذي أصاب العامل، وتتخذ الأضرار التي تصيب العامل ثلاث صور (۲): هي الضرر الجسدي (physical harm) والضرر النفسي (psychiatric harm) والخسارة الاقتصادية (economic loss). وسوف نبحث في هذه الصور الثلاثة للأضرار التي تصيب العامل وكما يأتي:

أولا: الضرر الجسدي (physical harm).

تتصدر الأضرار الجسدية قائمة الإصابات التي غالبا ما يتعرض لها العامل المصاب، وتشمل كل أنواع الأذى الجسدي كإصابات العمل والأمراض التي يمكن أن يصاب بها العامل من جراء العمل ويقع على عاتق صاحب العمل واجب اتخاذ كل الاحتياطات اللازمة لمنع تعرض العامل إلى مثل هذه الأضرار، وهو نفس الواجب التي تفرضه قواعد المسؤولية المدنية الناجمة عن الإهمال (٣)، إذ ينبغي على صاحب العمل اتخاذ الخطوات المعقولة للحيلولة دون إصابة العامل بضرر جسدي متوقع (foreseeable physical harm).

ثانيا: الضرر النفسى (psychiatric harm).

يقع على عاتق صاحب العمل اتخاذ ما يلزم من الخطوات المعقولة لحماية العامل من الضرر النفسي المتوقع (foreseeable psychiatric harm)، إلا أن قضاء المحاكم الإنكليزية يسلم بالحقيقة التي مؤداها أن توقع حدوث الأضرار النفسية أصعب من توقع حدوث الأضرار الجسدية، لأن صاحب العمل غالبا ما يفترض توافر الإمكانية والإرادة

<sup>(1)</sup> Vera Bermingham, op. Cit, P.77.

<sup>(2)</sup> Catherine Elliott & Frances Quinn, op. Cit, P.145.

<sup>(3)</sup> Catherine Elliott & Frances Quinn, ibid, P.145.

لدى العامل لتحمل الضغوط الاعتيادية التي يفرضها العمل، ما لم تظهر دلائل واضحة تشير إلى وجود ضغوط غير اعتيادية، ويقع على عاتق صاحب العمل واجب الامتناع عن إلحاق أضرار  ${f v}.$  نفسية بعمالـه $^{(1)}$ ، فعلى الرغم من أن الحكم الصادر في قبضية  ${f v}.$ walker Northumberland county council 1995) فرض على عاتق صاحب العمل واجب اتخاذ جميع الخطوات والإجراءات المعقولة لضمان سلامة العمال، إلا أنه فرض عليه واجب الامتناع عن إلحاق أو إحداث إضرار نفسية بعماله، وتتلخص وقائع هذه القضية بقيام المدعى بالعمل لدى مجلس أو جمعية تشرف على أربعة فرق تضم كل من العاملين في مجال الخدمة الاجتماعية وفي مجال عمل يركز على الأطفال الذين يتعرضون للمخاطر، وقد واجه العاملون حالات كثيرة من هذا القبيل ينبغي معالجتها، وبسبب تراكم هذا الكم الهائل من المشكلات، فقد تعرض المدعى إلى ضغط نفسي كبير وإجهاد أثناء العمل، فأصيب عام ١٩٨٦ بانهيار عصبي نتيجة الإجهاد الناجم عن العمل (workplace stress) جعله طريح الفراش لمدة ثلاثة أشهر، وعندما عاد إلى ممارسة عمله، وافق المجلس على تقديم مساعدة له تتمثل بتقليل حجم الأعباء المهنية الملقاة على عاتقه، إلا أنه لم ينفذ ذلك بصورة صحيحة، فتعرض المدعى بعد ستة أشهر إلى انهيار عصبي ثاني جعله هذه المرة غير قادر على ممارسة العمل، فقاضي المجلس على أساس مسؤوليته المدنية الناجمة عن الإهمال، فقضت المحكمة بمسؤولية المجلس عن الانهيار العصبي الثاني، وجاء في حكمها أنه وبمجرد تعرض المدعى للانهيار العصبي الأول، فقدكان متوقعا وفقا لمنظور الشخص العاقل، أن استمرار تعرض المدعى للإجهاد والضغط النفسيين سوف يعرض صحته العقلية للخطر، لذا فقد نهضت مسؤولية المجلس الناجمة عن الإهمال بسبب إخفاقهم في اتخاذ الخطوات والإجراءات المعقولة لمنع تعرض المدعى لذلك الإجهاد (٢٠)، وقد أرست هذه القضية مبدأ قانونيا مؤداه أن واجب صاحب العمل في اتخاذ الحيطة والحرص لضمان سلامة العامل ينطوي أيضا على الواجب في الامتناع عن إلحاق أضرار نفسية بالعامل أو التسبب في حدوث تلك الأضرار (٣).

(1) Kirsty Horsey and Erika Rackely, op. Cit, P.106.

<sup>(2)</sup> Catherine Elliott & Frances Quinn, op. Cit, P.145.

<sup>(3)</sup> Catherine Elliott & Frances Quinn, ibid, P.145.

ثالثاً: الخسارة الاقتصادية (economic loss).

فرضت بعض الأحكام الصادرة عن المحاكم الإنكليزية واجبا على عاتق صاحب العمل بالامتناع عن التسبب في إحداث خسارة اقتصادية للعامل، وقد ظهر هذا الاتجاه بوضوح في قضية (crossley v. Faithfull and Gould Holding Ltd 2004) والتي ذكر الصادر فيها أنه على الرغم من وجود واجب مفروض على عاتق صاحب العمل بالامتناع عن إحداث خسارة اقتصادية للعامل، إلا أن هذا الواجب لا يمكن أن يصل إلى حد العناية بالرفاهية الاقتصادية للعامل، وتتلخص وقائع هذه القضية بخسارة المدعي للمنافع النقدية المترتبة على نظام التأمين الخاص بأصحاب العمل، بسبب استقالته من العمل، إذ لولا الاستقالة لكان قد حصل على تلك المنافع، إلا أنه لم يكن يعلم بهذا الأثر القانوني المترتب على الاستقالة، ولكن صاحب العمل كان يعلم ذلك جيدا، وعلى الرغم من ذلك فقد نصحه بالاستقالة، ولكن صاحب العمل كان يعلم ذلك جيدا، وعلى الرغم من ذلك فقد نصحه بالاستقالة، واحرص المعقولين لضمان الرفاهية الاقتصادية لعمالهم، لكن محكمة الاستئناف رفضت ذلك، وذكرت في حكمها بأنه إذا كان صاحب العمل قد أخذ على عاتقه المسؤولية لتقديم المشورة المالية لأحد عماله، فإن واجبه في هذه الحالة يتمثل باتخاذ الحيطة والحرص المعقولين في تقديم تلك المشورة وفقا للمبادئ الواردة في قضية ( Byrne) وليس دعم الوضع المالي للعامل.

المقصد الثاني: الأساس القانوني للمسؤولية الشخصية لصاحب العمل

إن المسؤولية المدنية الناجمة عن الإخلال بواجب شخصي مفروض على عاتق صاحب العمل باتخاذ الحيطة والحرص أو ببذل العناية اللازمة لضمان سلامة العمال هي صورة من صور المسؤولية المدنية الناجمة عن الإهمال (negligence) واللذي عرفه (أي الإهمال) جانب من الفقه الإنكليزي (أبأنه إخفاق مرتكب الفعل الضار في اتخاذ الحيطة والحرص أو بذل العناية المعقولة (reasonable care) مما يترتب عليه وقوع ضرر متوقع (foreseeable injury) يصيب شخصاً آخر في جسمه أو ماله. ويشترط لنهوض

<sup>(1)</sup> Cathy Okrent, Torts and personal injury law, Fourth edition, DELMAR, 2010, P.21.

المسؤولية المدنية الناجمة عن الإهمال وعلى وجه العموم توافر أربعة شروط هي: ١-قيام واجب اتخاذ الحيطة والحرص أو بذل العناية المعقولة ( duty of reasonable care/(''). ٢-إخلال مرتكب الخطأ المدني بهذا الواجب عن طريق سلوكه غير المعقول (breach of the duty by unreasonable conduct). ٣-ضرر حقيقي يلحق بالضحية المضرور (Damages to the victim as actual harm). ٤-قيام علاقة السببية بين الإخلال بالواجب و الضرر الذي لحق بالضحية المتضرر (causation of injury to the victim). ويعد الأهمال أحد أنواع الأخطاء المدنية التي تضمنها قانون الأخطاء المدنية الإنكليزي. فالحالة الذهنية ( state of mind)المكونة للركن المعنوى للخطأ المدنى في القانون الإنكليزي تتسم بثلاثة أوجه أو ســمات بــارزة هــي ســوء النيــة (malice) والعمــد (intention) والإهمــال (negligence)("). وإذا ما وجد أحد هذه الأوجه أو الصور الثلاث في الحالة الذهنية المكونة للركن المعنوى، فإن المسؤولية المدنية تكون حينيذ مسؤولية خطئية (-fault) (based liability) وبالمقابل تكون المسؤولية موضوعية (strict liability) إذا ما قامت على أساس ركن الضرر وحده، ودون الحاجة إلى إثبات ركن الخطأ متمثلاً بالأوجه أو الصور الثلاث البارزة المكونة للحالة الذهنية التي يتألف منها الركن المعنوي للخطأ المدني (أ). والمقصود بالإهمال هو إرادة الفعل دون إرادة النتيجة على العكس من الفعل العمد الذي تتوفر فيه إرادة الفعل والنتيجة معا(5). أو هو (خطأ مدنى يتمثل في عدم التبصر أو عدم الحرص يترتب عليه ضرر يصيب شخصاً آخر)<sup>(6)</sup>. فالمسؤولية المدنية الناجمة عن الإهمال في القانون الإنكليزي هي مسؤولية خطئية أساسها العلم والإدراك والإرادة (٧)، وهي إرادة الفعل دون إرادة

(1) Cathy Okrent, ibid, P.22

<sup>(2)</sup>William Buckley & Cathy Okrent, Torts & personal injury law, 3<sup>rd</sup> edition ,Delmar Cengage Learning , 2003, P.19

<sup>(3)</sup> Catherine Elliott and Frances Quinn, op. Cit, P.4.

<sup>(4)</sup> John Cooke, op. Cit, P.8

<sup>(5)</sup>Linda Edwards, Stanley Edwards, Patricia Kirtely wells, tort law, Fifth edition, DELMAR, 2012, P.32

<sup>(6)</sup>Fleming, An Introduction to the law of Torts, Second Edition, Clarendon Press, 1986, p.11. (7) John Cooke, op. Cit, P.9.

النتيجة، ويتمشل ذلك في عدم بذل العناية المعقولة (١٠). إلا أن المسؤولية الشخصية ويتمشل ذلك في عدم بذل (personal liability) لصاحب العمل والناجمة عن الإهمال تختلف بعض الشيء عن المسؤولية المدنية الاعتيادية الناجمة عن الإهمال، والتي تقوم على أساس الإخلال بواجب بذل العناية المعقولة (١٠). ففي نطاق المسؤولية الشخصية لصاحب العمل والناجمة عن الإهمال، فإن واجب لا يتمثل بذل العناية المعقولة فحسب، ولكن يمكن وصفه، وعلى نحو أدق، بأنه واجب التأكد أو التيقن من بذل العناية المعقولة (١٠) ( care is taken التأكد أو التيقن من بذل العناية المعقولة (١٠) ( يثبت إخلال صاحب العمل بواجب بذل العناية المعقولة، وأن الضرر الذي لحق به نجم عن ذلك الإخلال. وقد تتطلب السمات الخاصة بالعامل بذل قدر إضافي من العناية المعقولة، ففي قضية ( Paris v. stepney) قررت المحكمة بأنه كان ينبغي على صاحب العمل بذل قدر أكبر من العناية المعقولة عن طريق اتخاذ إجراءات إضافية لضمان السلامة (١٤) بسبب فقدان العامل مسبقاً الإحدى عينيه، لذا نهضت مسؤولية المدعى عليهم أصحاب العمل، لعدم توفيرهم نظارات الأمان (Safety goggles) لهذا العامل، على الرغم من عدم وجود واجب على عاتقهم بتوفير مثل هذه النظارات للعمال الاعتياديين.

الفرع الثاني: مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه

تقوم مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه (vicarious liability) في القانون الإنكليزي على مبدأ راسخ من مبادئ قانون الأحكام العام هو مبدأ المسؤولية الموضوعية (strict liability). ويختلف مفهوم هذه المسؤولية عن المسؤولية الشخصية وكذلك عن المسؤولية الناجمة عن الإخلال بالواجب التشريعي، فهي لا تقوم على أساس الخطأ المدني (tort) الذي يرتكبه الشخص بنفسه، بل على أساس أخطاء مدنية يرتكبها الغير ويكون المدعى عليه مسؤولاً عنها من كما أن هذه المسؤولية لا تعنى بأن مرتكب الخطأ

<sup>(1)</sup> Catherine Elliott & Frances Quinn, op. Cit, P.4.

<sup>(2)</sup>John wilman, Brown: GCSE Law,nineth edition, Thomason, Sweet and Maxwell, 2005, P.212

<sup>(3)</sup> Paula Giliker and silas Beckwith, op. Cit, P.204.

<sup>(4)</sup> Tony weir, op. Cit, P.162.

<sup>(5)</sup> Paula Giliker and silas Beckwith, op. Cit, P.218.

المدني (tortfeasor) غير مسؤول شخصياً عن إهماله، ولكن المدعي له الخيار أما في مقاضاة مرتكب الفعل الضار وهو العامل أو صاحب العمل . وغالباً ما يقاضي صاحب العمل لأنه الأكثر ملاءة. إلا أنه وعلى الرغم من ذلك فقد أكد مجلس اللوردات في بعض أحكامه سعي صاحب العمل في الرجوع على العامل مرتكب الفعل الضار بمبلغ التعويض. ولكن هذه الفرضية نادراً ما تحدث، نتيجة توصل شركات التأمين فيما بينها إلى اتفاق أدبي أو شرفي الفرضية نادراً ما تحدث، نتيجة توصل شركات التأمين فيما بينها إلى اتفاق أدبي أو شرفي التواطؤ أو سوء السلوك المتعمد (Gentlemen's agreement) بعدم مقاضاة العمال، إلا في حالة وجود دليل يثبت التواطؤ أو سوء السلوك المتعمد (willful misconduct). ويشترط لنهوض مسؤولية صاحب العمل عن أعمال تابعه توافر بعض الشروط. لذا سوف نقومبدراسة هذه الشروط أولاً ثم لبيان الأساس القانوني لمسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه وكما يأتي:

المقصد الأول: شروط مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه

يشترط لنهوض مسؤولية المتبوع صاحب العمل عن أعمال تابعه توافر ثلاثة شروط هي: صدور خطأ مدني عن العامل التابع، وقيام علاقة التبعية بين العامل وصاحب العمل، وارتكاب العامل للخطأ المدني أثناء قيامه بالعمل لحساب المتبوع، وسوف نبحث في هذه الشروط وكما يأتى:

الغصن الأول: صدور خطأ مدنى عن العامل التابع

يعد هذا الشرط شرطاً بديهيا<sup>(۱)</sup>، فإذا لم يصدر عن العامل أي خطأ مدني، فإنه لا يكون مسؤولاً، وبالتالي لا تنهض مسؤولية صاحب العمل كمتبوع عن عمل تابعه العامل ، لذا ينبغي على المدعي أثبات توافر ركني الخطأ المدني المادي والمعنوي في سلوك العامل لكي ينجح في دعواه.

الغصن الثاني: قيام علاقة التبعية بين العامل وصاحب العمل

لقد تسبب هذا الشرط في حدوث بعض الإرباك للمحاكم، والذي بلغ ذروته، لأن employer/employee ) معظم القضايا المتعلقة بالعلاقة بين العامل وصاحب العمل (tort) ولكن على أساس الخطأ المدنى (tort) ولكن على أساس

<sup>(1)</sup> John Cooke, op. Cit, P.308,

<sup>(2)</sup> Paula Giliker and silas Beckwith, op. Cit, P.219.

منازعات العمل أو المنازعات الضريبية، فلا يكفي القول بأن مرتكب الخطأ المدني يؤدي عملاً لحساب المدعى عليه. وعلى هذا الأساس فقد ميزت المحاكم بين عقد العمل ( of service) (اوالذي بمقتضاه يستخدم الشخص بوصفه عاملاً وبين عقد تقديم الخدمات (contract for services) (اوالذي بمقتضاه يستخدم الشخص بعده مقاولاً مستقلاً (contract for services)، فصاحب العمل لا يكون مسؤولاً على أساس النبعية عن أعمال المقاول المستقل (الله أن المحاكم ليس بإمكانها التمييز دائماً وبوضوح بين هذين العقدين، وقد يكون السبب في ذلك التغيير الذي طرأ حديثاً على طبيعة العمل، فصار العامل أقل أمناً مما كان عليه الحال سابقاً. وصار من الممكن استخدام العمال أو فصار العامل أقل أمناً مما كان عليه الحال سابقاً. وصار من الممكن استخدام العمال أو الصحيح. كما زاد من هذه الصعوبة لجوء العمال إلى أوضاع وترتيبات مختلفة لتحديد المعاولية م الضريبية (tax liability) إلى أدنى حد، إذ غالبا ما يطلقون على أنفسهم تسمية المقاول المستقل لتحقيق هذا الغرض، لذا واجهت المحاكم الإنكليزية تحديا حقيقيا عند قيامها بالتمييز بين هذين النوعين من العقود، إلا أنها لجأت إلى بعض المعايير التي ساعدتها في المستقل ومن أبرز هذه المعايير.

أولاً: بنود العقد (The terms of the contract).

wording of the ) غالبا ما تشير المحاكم وبوضوح بأنها لا تتقيد بصياغة العقد (contract the substance of the ) ولكنها تسعى إلى الوقوف على موضوع العقد (contract (Ferguson v. Dawson 1976) وعلى سبيل المثال، ففي قضية (contract اتفق الأطراف على تسمية العمال الذين جرى استخدامهم في موقع البناء (كمقاولين فرعيين self-employed Labour only sub-) وبهذه الوسيلة تمكن العمال من تجنب استقطاعات ضريبة الدخل واشتراكات التأمين الوطني (national insurance contributions) وعدم

<sup>(</sup>¹)Alastair mullis and Ken Oliphant, torts, 4th edition, Palgrave Macmillan, ۲۰۱۱, P.330

<sup>(2)</sup> Edward Kionka, Torts in a nutshell, 5th edition, west, 2010, P.304

<sup>(3)</sup> Paula Giliker and silas Beckwith, op. Cit, P.220.

سريانها على أجورهم الأسبوعية (١). وعندما تعرض المدعى الذي يعمل في موقع البناء العائد للمدعى عليهم للإصابة، فقد حاول إقناع المحكمة بأنه عامل وليس مقاول مستقل مما يسمح له مقاضاة المدعى عليهم على أساس الإخلال بالواجب التشريعي. وذهبت المحكمة في حكمها إلى أن العلاقة القائمة بين الطرفين هي في واقع الأمر علاقة العامل بصاحب العمل (employer/employee relationship) إذ يمكن للمدعى عليهم طرد العمال من عملهم، ونقلهم بين أماكن البناء المختلفة، وإصدار الأوامر إليهم بشأن الأعمال الواجب القيام بها، وتزويدهم بمعدات العمل، وكل هذه العوامل تثبت بأنهم مجرد عمال وليسوا مقاولين مستقلين.

ثانياً: اختبار السيطرة (control test).

كان هذا الاختبار يعد في السابق مؤشرا رئيساً تلجأ إليه المحاكم لإثبات قيام علاقة بين العامل وصاحب العمل. فكانت تقرر وجود هذه العلاقة عندما كان بمقدور صاحب العمل تحديد الأعمال التي كان ينبغي على العامل القيام بها فضلا عن الطريقة أو الكيفية التي ينبغي القيام بها، إلا أن هذا المعيار صار قديما بحيث لا ينسجم مع طبيعة الأعمال الحديثة، ففي عصر التكنولوجيا المتقدمة، فإن العمال غالبا ما يمتلكون حرية التصرف فضلا عن السلطة التقديرية والقدرة على المبادرة التي تمكنهم من إنجاز العمل<sup>(٢)</sup>، إذ ليس من المتوقع إصدار الأوامر إلى المهنيين الذي يتمتعون بقدر كبير من المهارة والخبرة وذلك بخصوص نوعية الأعمال التي ينبغي القيام بها والكيفية التي يجب من خلالها القيام بتلك الأعمال، وذلك ضمن السياق المعتاد للعمل اليومي. وأفضل مثال على ذلك الطبيب الذي يعمل في ردهة الطوارئ في المستشفى، إذ يكون من المستحيل على صاحب العمل إصدار الأوامر إليه بخصوص الكيفية التي ينبغي من خلالها أداء واجباته، إذ من المتوقع أن يمارس ذلك الطبيب قدرا كبيرا من السلطة التقديرية وحرية التصرف في تحديد كيفية معالجة المريض.

<sup>(</sup>¹) Tony weir, op. Cit, P.227. (²) Paula Giliker and silas Beckwith, op. Cit, P.221.

ثالثاً: العلاقة الإجمالية (The relationship as whole).

ويعد هذا العامل أسلوباً حديثاً يجمع بين المعيارين السالفي الذكر<sup>(۱)</sup>. وقد أشارت القضايا إلى عدد من العوامل التي ينبغي على المحاكم أخذها بنظر الاعتبار عند تقرير ما إذا علاقة العامل بصاحب العمل (أي علاقة التبعية) قائمة أم لا. ومن أبرز هذه العوامل:

١- مدى عد العمل الذي يقوم به العامل جزءا مكملاً للمشروع أم أنه ثانوي بالنسبة إليه.

٢- مدى وجود التزامات متبادلة (mutual obligations) على عاتق الأطراف، إذ يترتب على عقد العمل (contract of employment) وجود التزام على عاتق صاحب العمل بدفع الأجور للعامل فضلا عن توفير مواد العمل له، في مقابل وجود التزام على عاتق العامل بالقيام بالعمل وأن يكون مستعدا للقيام به. وتؤكد القضايا الحديثة في قانون العمل (employment law) بأن الصفة التبادلية للالتزام (mutuality of obligation) وكذلك السيطرة (control تشكلان الحد الأدنى لأى عقد عمل والذي لا يمكن النزول إلى ما دونه. وقد أشار القاضي (Elias) إلى أهمية هذين العاملين في ضوء قضية (Elias) Delphi Diesel system Ltd) بقوله (إن أهمية الصفة التبادلية (mutuality) تظهر في تحديد وجود العقد أصلا، أما أهمية السيطرة (control) فتظهر في تحديد وجود العقد بين العامل وصاحب العمل، فإذا ما توافر العاملان فإنه يمكن تكييف ذلك العقد كعقد عمل ( contract of service) وبخلاف ذلك فإنه يمكن تكييفه كأي عقد آخر وليس عقد عمل). وعلى هذا الأساس فقد عدت المحكمة وفي ضوء قضية ( Market (investigations v. minister of social security 1969 part-time مقدمي برامج المقابلات التلفازية غير المتفرغين كليا ( interviewers) عمالاً، على الرغم من أنهم كانوا يعملون بموجب عقود قصيرة

<sup>(1)</sup> Paula Giliker and silas Beckwith, ibid, P.221.

الأجل (short-term contracts) مع شركة متخصصة بإجراء بحوث السوق، إلا أن أصحاب العمل فرضوا قدرا كبيرا من السيطرة على أعمالهم (1).

الغصن الثالث: ارتكاب العامل للخطأ المدني أثناء قيامه بالعمل أثناء قيامه بالعمل لحساب المتبوع

تنهض مسؤولية صاحب العمل بمقتضى هذا الشرط عن الأخطاء المدنية (torts) التي يرتكبها العامل أثناء مجرى قيامه بالعمل الذي يؤديه لحساب صاحب العمل ( course of employment) (تا وقد أثارت عبارة (أثناء مجرى القيام بالعمل لحساب صاحب العمل) مشكلات كبيرة في التفسير (")، إذ ليس بإمكان صاحب العمل أن يثبت بسهولة أن العامل عندما ارتكب الخطأ كان خارج مجرى العمل المكلف به ، أو أنه غير مكلف بعمل أصلا من صاحب العمل عند ارتكابه للخطأ المدني، الأمر الذي يمكن أن يقوض مبدأ مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه (vicarious liability) لذا تلجأ المحاكم إلى استعمال معيار ذو مفهوم واسع (")، يعد بمقتضاه سلوك العامل واقعا أثناء قيامه بالعمل الذي يؤديه لحساب صاحب العمل، إذا ما أجاز صاحب العمل ذلك السلوك، أو أن أداء العمل المكلف به تم بوسيلة غير مرخص بها من صاحب العمل ( performance صاحب العمل الذي أو مأذون له القيام به، ولكن بوسيلة غير مرخص بها، ويتضح من ذلك بأن مسؤولية صاحب العمل تنهض عن الأعمال التي أجاز غير مرخص بها، ويتضح من ذلك بأن مسؤولية صاحب العمل تنهض عن الأعمال التي أجاز غير مرخص بها، ويتضح من ذلك بأن مسؤولية صاحب العمل تنهض عن الأعمال التي أجاز

(1) Tony weir, op. Cit, P.276. (2) Tony weir, op. Cit, P.270.

<sup>(3)</sup>William P. statsky Torts. Personal Injury litigation 5th ed DELMAR CENGAGE learning 2011, P.608

<sup>(4)</sup> يعرف هذا المعيار في الفقه الإنكليزي بمعيار سالموند ( Salmond test )، والذي وضعه الفقيه الإنكليزي (salmond) لتحديد الخطأ المدني الذي يرتكبه التابع أثناء قيامه بالعمل المأجور الذي يؤديه لحساب المتبوع، والذي يؤدي إلى نهوض مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه، ، فيكون الفعل خطأ مدنياً موجباً للمسؤولية: ١- إذا كان فعلاً خاطئاً (wrongful act) أجاز المتبوع لتابعه القيام به. ٢- إذا لم يكن فعلاً خاطئاً وأجاز المتبوع لتابعه القيام به ورخصه بذلك، إلا أنه وعلى الرغم من ذلك فقد قام به التابع بأسلوب أو طريقة تختلف عن الطريقة التي أراد المتبوع أن يجري فيها العمل، وأجاز لتابعه القيام بها، فصار فعلا خاطئا عن طريق أسلوب التنفيذ الخاطئ وغير المرخص به من المتبوع ( wrongful and unauthorized mode of doing some act authorized by the master ).

العامل أو رخصه القيام بها، وقد واجهت المحاكم صعوبات في تفسير هذه الفئة الثانية من الأعمال، أي الأعمال التي رخص صاحب العمل العامل القيام بها، ولكن الأخير يؤديها بوسيلة غير مرخص بها. لذا يلجأ القضاء في الوقت الحاضر إلى تفسيرها كسلوكيات مرتبطة ارتباطاً وثيقاً بالعمل الذي يؤديه العامل والمكلف به من صاحب العمل، وجدير بالذكر أيضا فإن تفسير عبارة (أثناء مجرى القيام بالعمل in the course of employment) يعتمد على وقائع كل قضية. وتشير مجموعة الأحكام التي يتضمنها قانون السوابق القضائية ( case law) إلى المعيار الذي تبنته المحاكم الإنكليزية في تفسير هذه العبارة، إذ يتبين على وجه العموم بأن المحاكم كانت قد تبنت معياراً واسعاً (١). كما في قضية ( Century ) insurance V NI Road Transport Board 1942) والتي عدت المحكمة فيها سلوك سائق شاحنة البترول بأنه واقع أثناء القيام بالعمل المكلف به ولحساب صاحب العمل، عندما رمي عود ثقاب كان يستعمله لإشعال سيكارة، وذلك أثناء قيامه بعملية نقل البترول، الأمر الذي أدى إلى حدوث انفجار نجم عنه تلف الصهاريج، فضلا عن شاحنة نقل البترول، وأضرار أخرى لحقت بالدور المجاورة، فعدت المحكمة إشعال السيكارة بعود الثقاب عملاً عن أعمال الراحة (act of comfort and convenience) التي لا يمكن عدها خارج نطاق العمل المكلف به العامل. كما تبني مجلس اللوردات أيضا معيارا واسعا في قضية (smith v. stages 1989) والتي أثارت بعض المشكلات بخصوص ما إذا كان العمال الذين يقودون السيارات من وإلى مكان العمل يتصرفون ضمن نطاق العمل المكلفين به لحساب صاحب العمل وقد قررت المحكمة في حكمها بأنه لا يمكن عد تصرف العمال ضمن نطاق العمل المكلفين بها، ما لم توجد ظروف خاصة تشير إلى ذلك، كأن ينص عقد العمل، على سبيل المثال، على التزام العامل باستعمال سيارة النقل الخاصة بصاحب العمل للذهاب من وإلى مكان العمل، وعلى نحو مماثل، إذا ما كانت مهنة العامل تتطلب السفر أو الرحلات إلى مناطق بعيدة، فإن مثل هذه الرحلات تعد ضمن نطاق القيام بالعمل الذي يؤديه لحساب صاحب العمل (within the course of his or her employment)، أما

<sup>(1)</sup> Tony weir, op. Cit, P.287 see also Paula Giliker and silas Beckwith, op. Cit, P.225.

بالنسبة إلى الانحراف عن طريق العمل أثناء القيام بالعمل الذي يؤديه العامل لحساب صاحب العمل. فغالبا ما تكيفه المحاكم بأنه خروج عن نطاق العمل المكلف به العامل والذي يؤديه لحساب صاحب العمل (1)، ما لم يكن عملا تبعياً مرتبطاً بالعمل الرئيس.

المقصد الثاني: الأساس القانوني لمسؤولية المتبوع صاحب العمل عن أعمال تابعه

تقوم مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه على أساس مبدأ راسخ من مبادئ قانون الأحكام العام الإنكليزي وهو مبدأ المسؤولية الموضوعية (strict liability)، والتي تقوم على أساس ركن الضرر وحده، ودون الحاجة إلى إثبات الخطأ ، متمثلاً بالأوجه الثلاثة المكونة للحالة الذهنية للركن المعنوي للخطأ المدني وهي: العمد وسوء النية والإهمال. كما يستند التبرير المنطقي لهذه المسؤولية على حجة مؤداها أن مبدأ مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه يتيح للشخص المتضرر من خطأ التابع أن يرجع بالتعويض على المصدر الأكثر ملاءة والأقوى من الناحية الاقتصادية وهو المتبوع، مقارنة بالطرف الآخر الأضعف اقتصادياً وهو التابع، والذي قد يكون معسراً في أغلب الأحيان (٢).

الفرع الثالث: مسؤولية صاحب العمل الناجمة عن الإخلال بالواجب التشريعي

يعد الإخلال بالواجب التشريعي خطأ من الأخطاء المدنية في القانون الإنكليزي، وعلى الرغم من أنه لا يقتصر على قضايا قانون العمل، إلا أن تطبيقاته الأساسية تظهر في هذا المجال<sup>(٣)</sup>، ولاسيما في القضايا المتعلقة بالسلامة الصناعية (industrial safety). لذا فهو يعد أحد الأخطاء المدنية التي من المتوقع أن يرتكبها صاحب العمل<sup>(٤)</sup>. ولأجل التعرف على هذا النوع من المسؤولية فسوف نقوم بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين نتناول في الأول تفسير نية المشرع وفي الثاني شروط المسؤولية المدنية الناجمة عن الإخلال بالواجب التشريعي.

<sup>(1)</sup> Paula Giliker and silas Beckwith, ibid, P.225.

<sup>(2)</sup> Paula Giliker and silas Beckwith, ibid, P.232.

<sup>(3)</sup> Paula Giliker and silas Beckwith, ibid, P.208.

<sup>(4)</sup> Chirs Turner, Key cases Tort Law, second edition Routledge, 2011, P. 108

المقصد الأول: تفسير نية المشرع

إن أول خطوة ينبغي على المحكمة القيام بها عند النظر في دعاوى المسؤولية المدنية الناجمة عن الإخلال بالواجب التشريعي هي إلقاء نظرة فاحصة على صياغة النص التشريعي (the wording of the statutory provision) الذي جرى الإخلال به (۱). وقد جرت العادة لدى المحاكم الإنكليزية على تبنى الإتجاه الضيق في تفسير نية المشرع للتعرف على الحالات التي يمكن فيها نهوض مسؤولية صاحب العمل عن الإخلال بالواجب التشريعي إلى وجود بعض القيود المفروضة على السلطة التقديرية للمحاكم، والتي تمكنت المحاكم في ضوئها من تطوير بعض القواعد التوجيهية (guidelines) التي تلجأ إليها لتقرير ما إذا كانت نية المشرع قد اتجهت إلى السماح بمنح المعالجات المدنية جبراً للأضرار الناجمة عن الإخلال بالواجب التشريعي (٢)، وتعد قضية ( Lonrho Ltd v. shell petroleum co. Ltd (NO2) 1982) من أبرز القضايا التي تبني فيها مجلس اللوردات الاتجاه الضيق في تفسير نية المشرع ، ورفض تبنى الاتجاه الواسع في تفسير نية المشرع، والذي بمقتضاه يمكن أن تنهض المسؤولية متى ما كان الضرر نتيجة طبيعية ومباشرة للإخلال بالواجب التشريعي، وألزم القاضي اللورد (Diplock) في حكم مجلس اللوردات المحاكم بتبنى وجهة النظر الضيقة (restrictive view) في تفسير نية المشرع، ولاسيما إذا كان التشريع ينص بحد ذاته على جزاءات معينة، مما يعنى ضمنياً عدم اتجاه نية المشرع إلى السماح بمنح المعالجات المدنية جبراً للأضرار الناجمة عن الإخلال بالواجب التشريعي $^{(7)}$ . المقصد الثاني: شروط المسؤولية المدنية الناجمة عن الإخلال بالواجب التشريعي

يشترط لنهوض المسؤولية الناجمة عن الإخلال بالواجب التشريعي توافر أربعة شروط وهي:

أولاً: أن يكون الدائن بالواجب التشريعي مدع معين : ينبغي على المدعي بمقتضى هذا الشرط أن يثبت انتماءه إلى تلك الفئة من الأفراد الذين اتجهت نية المشرع إلى حمايتهم (٤)، وهذا لا

<sup>(1)</sup> John Cooke, op. Cit, P.188.

<sup>(2)</sup> Paula Giliker and silas Beckwith, op. Cit, P.209.

<sup>(3)</sup> Paula Giliker and silas Beckwith, ibid, P.210.

<sup>(4)</sup> John Cooke, op. Cit, P.188.

يتحقق إلا من خلال تفسير التشريع. ففي قضية ( 1949 على الارتفاعات المطلوبة لاجتياز ( 1949 حدث إخلال بالتعليمات الخاصة بالمحافظة على الارتفاعات المطلوبة لاجتياز تقاطعات السكك الحديد أدى إلى تأرجح إحدى البوابات، والذي نجم عنه إصابة سائق القطار، إلا أن المحكمة رفضت السماح بإقامة الدعوى على أساس هذا الإخلال، لأنه وعلى الرغم من أن النص التشريعي يعطي الحق في إقامة الدعوى للحصول على المعالجات المدنية، إلا أنه قصر الاستفادة من هذا الحق على الأشخاص الذين يستعملون الطريق وليس بركاب القطارات عموماً، سواء أكانوا سائقين أم مسافرين.

ثانياً: أن يصدر إخلال من المدعى عليه بواجبه التشريعي تجاه المدعى : بمقتضى هذا الشرط ينبغي أن يشكل تصرف المدعى عليه إخلالاً بواجبه التشريعي، مما يستوجب من المحكمة الرجوع إلى الصياغة التشريعية للنص للتحقق مما هو مطلوب من المدعى عليه القيام به أو الامتناع عنه. كما ينبغي عليها التحقق من طبيعة الواجب وما إذا كان مجرد بذل العناية المعقولة (reasonable care) أم أن النص التشريعي يفرض مبدأ المسؤولية الموضوعية ( liability). وفي مجال التشريعات الصناعية، فإن المحكمة غالبا ما تفسر النص لمصلحة العامل، فعلى سبيل المثال فقد فسرت المحاكم العبارة التي تنص على أنه (ينبغي على صاحب العمل في كل تصرف يقوم به أن يكون ممكنا من الناحية العملية وعلى نحو معقول) على أساس أنها تضع عبء الإثبات على عاتق صاحب العمل لإثبات أن السبب في عدم اتخاذه لبعض الاحتياطات هو أن اتخاذها غير ممكن من الناحية العملية وعلى نحو معقول، إلا أن المحكمة غالباً ما تتقيد بالتفسير الضيق للتشريع (١)، ففي قضية ( chipchase v. British titan products co Ltd 1956) كانت الأنظمة والتعليمات السائدة تتطلب أن يكون عرض منصات العمل التي يحتمل أن يسقط منها الأشخاص بما لا يقل عن أربعة وثلاثين (٣٤) أنجا، إذا كان ارتفاعها يزيد عن ستة أقدام وستة أنجات فقط، وقد سقط المدعى من منصة يبلغ عرضها تسعة أنجات فقط، إلا أن ارتفاعها عن الأرض يبلغ ستة أقدام فحسب لذا امتنعت المحكمة عن قبول دعوى المدعى على أساس أن العمل بالصياغة الضيقة للتشريع لا يسمح

<sup>(1)</sup> Paula Giliker and silas Beckwith, op. Cit, P.215.

بإقامة الدعوى، وأفهم المدعي بإقامة دعواه على أساس المسؤولية المدنية الناجمة عن الاهمال (١).

ثالثاً: أن يتسبب الإخلال في وقوع الضرر: ينبغي بمقتضى هذا الشرط إثبات علاقة السببية (causation) بين الإخلال بالواجب التشريعي والضرر، كما هو الحال بالنسبة إلى خطأ الإهمال (tort of negligence). ومن المشكلات التي غالبا ما تظهر فيما يتعلق بهذا الشرط هي أنه عندما تتجه نية المشرع إلى حماية كل من العامل وصاحب العمل من خلال النص التشريعي، ويتسبب العامل في سلوكه بوقوع الحادثة، على الرغم من اتخاذ صاحب العمل كل الاحتياطات والخطوات المعقولة لمنع وقوع مثل تلك الحوادث، ففي مثل هذه الحالة تمتنع المحاكم عن فرض المسؤولية على صاحب العمل، بسبب إخلال العامل بواجبه Boyle v. Kodak Ltd ) التشريعي  $^{(1)}$ ، وقد تجسدت هذه الحالة بوضوح في قضية 1969 W.L.R) والتي تتلخص وقائعها بتعرض المدعى للإصابة من جراء سقوطه من سلالم كان النص التشريعي النافذ يشترط سلامتها ومتانتها، وعند رجوع المحكمة إلى سوابق قضائية مشابهة لهذه القضية فقد تبين لها بأن المسؤولية المدنية (civil liability) غالبا ما تنهض عند الإخلال بالواجب التشريعي، إلا أن قضاء مجلس اللوردات اتجه إلى عدم إمكانية فرض المسؤولية على عاتق صاحب العمل، إذا ما تسبب المدعى بخطئه فحسب في الإخلال بالواجب التشريعي<sup>(٣)</sup>. وذكر القاضي اللورد (Reid) في حكمه الصادر في هذه القضية بأن من السخافة أن يطالب العامل بالتعويض عن الأضرار التي لحقت به من جراء سلوكه الخاطئ فحسب، على الرغم من اتخاذ صاحب العمل لكل الإجراءات المعقولة والمتوقع منه القيام بها امتثالاً للأنظمة والتعليمات ولوائح العمل، إلا أن العامل تسبب بسلوكه الخاطئ في وضع صاحب العمل موضع المخل بتلك الأنظمة والتعليمات، عن طريق تعمده عصيان أوامر صاحب العمل. إلا أن المحاكم اتجهت في أحكام أخرى إلى توزيع المسؤولية مناصفة وبنسبة (٥٠: • ٥ %) بين العامل وصاحب العمل، وذلك في حالة ما إذا أخفق صاحب العمل في إثبات أن الحادثة نجمت عن خطأ العامل المدعى وحده، فحينئذ يتم توزيع المسؤولية على أساس

(1) John Cooke, op. Cit, P.189.

<sup>(2)</sup> Paula Giliker and silas Beckwith, op. Cit, P.215.

<sup>(3)</sup> John Cooke, op. Cit, P.190.

الإهمال المشترك (Contributory negligence) من جانب المدعي. وجدير بالذكر فقد توصلت المحكمة وفي ضوء قضية (Boyle) السالفة الذكر إلى وضع سابقة قضائية مؤداها أن المحكمة لا ترفض عادة الحكم بالمسؤولية المدنية الناجمة عن الإخلال بالواجب التشريعي، إلا إذا فرض هذا الواجب على عاتق كل العامل وصاحب العمل، وصدر الخطأ عن العامل وحده.

رابعاً: أن يكون الضرر من النوع الذي تتجه نية التشريع إلى منع وقوعه: يعتمد تطبيق هذا الشرط أيضا على تفسير النص التشريعي. فإذا ما تبين للمحكمة بأن العامل المدعي تعرض إلى أضرار تختلف في نوعها عن الأضرار المنصوص عليها في التشريع، ففي هذه الحالة لا يكون بمقدوره الحصول على التعويضات (المنصوص عليها في التشريع، ففي هذه المحكمة بتفسير مصطلح (الضرر) (damage). وكانت المحكمة قد تبنت الاتجاه الضيق في التفسير في قضية (Gorris v. Scott 1874) إذ كان التشريع النافذ في حينه يستلزم نقل الحيوانات في حظائر منعا من تفشي الأمراض السارية أو المعدية (contagious diseases)، إلا في حظائر منعا من تفشي الأمراض السارية أو المعدية (court of exchequer)، التجاها ضيقا طقس سيء للغاية (court of exchequer) اتجاها ضيقا في التفسير، وجاء في حكمها بأن الضرر الحاصل يختلف تمام الاختلاف عن الضرر الذي قصدته نية المشرع وكان موضوعا للتشريع الصادر عن البرلمان وخسر المدعي دعواه.

المطلب الثاني: أنواع مسؤولية صاحب العمل غير العقدية في القانون العراقي

تضمن قانون العمل وكذلك قانون التقاعد والضمان الاجتماعي للعمالثلاث صور لمسؤولية صاحب العمل غير العقدية، وهي المسؤولية عن الأعمال الشخصية<sup>(٣)</sup>، ومسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه، والمسؤولية الموضوعية<sup>(٤)</sup>. وسوف نحاول في هذا المطلب دراسة كل نوع من هذه الأنواع الثلاثة لمسؤولية صاحب العمل غير العقدية في القانون العراقي وكما يأتي:

. عدنان العابد ود. يوسف الياس، قانون الضمان الاجتماعي، مصدر سابق، ص1 1 1.

<sup>(1)</sup> Tony weir, op. Cit, P.223.

<sup>(2)</sup> Tony weir, ibid, P.223.

د. عدنان العابد ود. يوسف الياس، قانون العمل، مكتبة السنهوري، بغداد،  $^{4}$ ،  $^{0}$ 0،  $^{0}$ 0.

# الفرع الأول: المسؤولية عن الأعمال الشخصية

أقام القانون المدني العراقي المسؤولية المدنية الناجمة عن العمل غير المشروع على أساس فكرة التعدي .ولم يقمها على أساس فكرة الخطأ، ولكن أقامها على ركن التعدي ( $^{(1)}$ ), والذي لايقابل الخطأ بمعناه القانوني ( $^{(1)}$ ) يركنيه المادي والمعنوي)، بل يقابل الركن المادي من الخطأ فحسب  $^{(1)}$ ), وهو مجرد تجاوز الحد دون ركنه المعنوي  $^{(2)}$  . وذلك بمقتضى المادة ( $^{(2)}$ ) منه، التي حددت الاساس القانوني للمسؤولية المدنية الناجمة عن العمل غير المشروع ، ونصت على أن (كل تعد يصيب الغير بأي ضرر آخر غير ما ذكر في المواد السابقة يستوجب التعويض). الا أن القانون المدنيالعراقي ، وعلى الرغم من تأثره بالفقه الاسلامي عند إقامته للمسؤولية المدنية عن العمل غير المشروع على أساس فكرة التعدي، الا أنه أجرى تحويراً على القواعد السائدة في الفقه الاسلامي  $^{(2)}$ )، وذلك بمقتضى المادة ( $^{(1)}$ ) منه  $^{(3)}$ ، وذلك بمقتضى المادة ( $^{(1)}$ ) منه أم متسبباً وجدير بالذكر فقد تضمن قانون العمل العراقي النافذ رقم ( $^{(1)}$ ) لسنة الإمام من المسؤولية عن الأعمال الشخصية على الرغم من أن المشرع العراقي استعمل بعض التطبيقات للمسؤولية عن الأعمال الشخصية، على الرغم من أن المشرع العراقي استعمل في كل هذه القوانين مصطلح (الخطأ)، مع أن القانون المدني العراقي لم يؤسس المسؤولية عن ذلك الأعمال الشخصية على فكرة التعدي. ومن الأمثلة على ذلك المسؤولية عن ذلك المسؤولية عن الأعمال الشخصية على فكرة التعدي. ومن الأمثلة على ذلك في خلاك منا الشخصية على فكرة الخطأ، بل أسسها على فكرة التعدي. ومن الأمثلة على ذلك

 $^{1}$ د. جبار صابر طه مصدر سابق  $^{1}$ 

<sup>(</sup>²) د. عصمت عبد المجيد بكر. النظرية العامة للالتزامات. مصدر سابق. ٢٠١١. ص ٤٩ و ٥٥٥ و ٦٨٠

 $<sup>\</sup>binom{3}{2}$ د. درع حماد، النظرية العامة للالتزامات، القسم الأول، مصادر الالتزام، مكتبة السنهوري، بيروت،  $\binom{3}{2}$  .  $\frac{3}{2}$ 

<sup>(&</sup>lt;sup>4</sup>) د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، الجزء الأول في مصادر الالتزام مع المقارنة بالفقه الإسلامي مع المقارنة بالفقه الإسلامي، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، ١٩٦٣، ص٤٤٣.

<sup>(</sup> $^{5}$ ) نصت المادة (1۸٦) من القانون المدني العراقي على أنه (1 -إذا أتلف أحد مال غيره او أنقص قيمته مباشرة أو تسببا يكون ضامنا إذا كان في إحداثه هذا الضرر قد تعمد أو تعدى.  $^{7}$  - وإذا اجتمع المباشر والمتسبب ضمن المتعمد أو المتعدى منهما، فلو ضمنا معاكان متكافلين في الضمان)

المادة (٢٣) من قانون التقاعد والضمان الاجتماعي للعمال (١)، والتي يمكن بمقتضاها نهوض مسؤولية صاحب العمل غير العقدية عن الخطأ غير المقصود أو الخطأ العمد الذي يتسبب في وقوع إصابة العمل، ويلزم صاحب العمل إذا كان هو المتسبب في حدوث الإصابة بالتعويض المذي تقرره المحكمة للدائرة الضمان الاجتماعي في ضوء القواعد العامة في القانون المدني (١)، والمقصود بثبوت القصد هو التعمد أو التعدي بالعمد، أما الخطأ غير المقصود فهو (التعدي بالخطأ) ويشمل التقصير أو الإهمال أو عدم الاحتراز (٣). ويرى جانب من فقه القانون المدني العراقي (أ) بأن مسؤولية المدين تلحق بالمسؤولية التقصيرية، إذا ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً، حتى وإن كانت مسؤوليته في الأصل عقدية، إذ يمكن أن تنهض مسؤولية صاحب العمل غير العقدية حتى في حالة إخلاله بالتزاماته التعاقدية تجاه العامل، إذا كان الإخلال يتمثل بغش أو بخطأ جسيم ارتكبه صاحب العمل، فالغش أو الخطأ الجسيم يلحق مسؤولية صاحب العمل بالمسؤولية التقصيرية، ويسأل عن الإخلال بالتزامات تعاقدية، ويسأل عن العمل بالمسؤولية التقصيرية، ويسأل عن

<sup>(1)</sup> نصت المادة (٦٣) على أنه (على المؤسسة والإدارات وأصحاب العمل تبليغ الشرطة وقسم تفتيش العمل في الوزارة فوراً عن كل إصابة عمل تقع، وعلى لجنة تفتيش العمل المختصة أن تجري تحقيقاً عاجلاً عن أسباب الإصابة، وتبين ظروفها وأسبابها وجميع الملابسات التي رافقتها، وإذا ظهر لها أن مسؤولية الإصابة تقع على العامل أو على صاحب العمل، أو على جهة ثالثة، بينت ذلك بوضوح في تقريرها وأعطت مستنداته، وعلى المؤسسة أن تطبق حكم المادة (٥٨) من هذا القانون بحق العامل، أو أن ترجع على الجهة التي تسببت بإصابته، إذا تراءى لها من تقرير التفتيش ما يستوجب أحد هذين الاجرائين، وفي جميع الحالات يلزم الشخص المتسبب بالإصابة بالتعويض الذي تقرره المحكمة للمؤسسة على ضوء القواعد العامة، إذا ثبت أن فعله نتيجة خطأ غير مقصود، أما في حالة ثبوت القصد فيحكم عليه للمؤسسة بتعويض تقدره المحكمة يعادل جميع ما يمكن أن تتحمله المؤسسة من أعباء مالية تبعاً للإصابة)

 $<sup>^{(2)}</sup>$ د. عدنان العابد ود. يوسف الياس، قانون الضمان الاجتماعي، مصدر سابق، ص $^{(2)}$ د.

<sup>(3)</sup>د. عصمت عبد المجيد، مصدر سابق، ص٥٥١.

 $<sup>\</sup>binom{4}{}$ د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، الجزء الأول، مصادر الالتزام، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، جامعة بغداد، ١٩٨٠، ص١٩٨٠.

<sup>(&</sup>lt;sup>5</sup>)وينتقد جانب من الفقه فكرة انقلاب المسؤولية العقدية إلى تقصيرية بالغش أو الخطأ الجسيم، ويرى بأن مسؤولية المدين لا تزال عقدية، فإرادة المتعاقدين تحدد نطاق المسؤولية العقدية، طالما أنها تقوم على أساس العقد، ويفترض القانون أن النطاق المعقول الذي تتجه إرادة المتعاقدين إلى تحديده يتمثل بالضرر المباشر المتوقع، وتحديد نطاق المسؤولية العقدية بهذا القدر يعد شرطاً اتفاقياً، فاذا ارتكب المدين غشاً أو خطاً جسيماً بطل هذا الشرط، ويعود المدين في هذه الحالة الأخيرة إلى الأصل في المسؤولية، عقدية كانت أم تقصيرية، وهو التعويض عن الضرر المباشر كله، فيكون

الضرر المباشر كله، متوقعاً كان أم غير متوقع، في حين أن الأصل في المسؤولية العقدية أن المدين لا يسأل إلا عن الضرر المباشر المتوقع بمقتضى الفقرة الثالثة من المادة (١٦٩) من القانون المدنى العراقي (١).

## الفرع الثاني: مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه

نظم القانون المدني العراقي رقم –  $\cdot$  3 – لسنة ١٩٥١ مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه في المادة (٢١٩) منه (٢) منه (٢) واختلف فقه القانون المدني العراقي في تفسير عبارة (كل شخص يستغل إحدى المؤسسات الصناعية أو التجارية)، فذهب الإتجاه الأول (٣) الى ان المقصود بها يشمل كل شخص طبيعي أو معنوي أي الأفراد والشركات التي تقوم باستغلال مشروع صناعي أو تجاري ينطبق عليه وصف المؤسسة. في حين ذهب الإتجاه الثاني (٤) الى أن المقصود بهذه العبارة هو الأفراد والشركات التي تقوم بمشروعات تجارية أو صناعية أياً كان عدد الأفراد الذين تستخدمهم لذلك، فكل ما تشترطه هذه المادة ، بحسب هذا الرأي، هو وجود مشروع، وليس من المهم ما اذا كان يوصف بوصف المؤسسة أم لا، لأن المقصود بالمؤسسة هو المحل التجاري المهاعي. وبصرف النظر عن الاختلاف بين هذين الاتجاهين اللذين تبناهما فقه القانون

\_

ملزماً بالتعويض عن الضرر المباشر، متوقعاً كان أم غير متوقع، فنطاق التعويض أو مداه مسألة ثانوية لا أثر لها على طبيعة المسؤولية. لمزيد من التفصيل حول هذا الاتجاه الفقهي ينظرد. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، منشأة المعارف بالاسكندرية، ٢٠٠٤، ص٥٦٥. ويؤيد هذا الرأي أيضاً في فقه القانون المدني العراقي، الدكتور حسن علي الذنون، لمزيد من التفصيل ينظر: د. حسن علي الذنون، شرح القانون المدني، أصول الالتزام، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧٠، ص١٩٧٠.

<sup>(&</sup>lt;sup>1</sup>) نصت المادة (١٦٩) على أنه (إذا لم يرتكب المدين غشاً أو خطاً جسيماً فلا يجاوز في التعويض ما يكون متوقعاً عادةً وقت التعاقد من خسارة تحل أو كسب يفوت).

 $<sup>^{3}</sup>$  د. حسن على الذنون . اصول الالتزام . مصدر سابق . ص  $^{3}$ 

<sup>(&</sup>lt;sup>4</sup>) د. عبد المجيد الحكيم. الموجز في شرح القانون المدني. مصادر الالتزام. المكتبة القانونية. بغداد. ٢٠٠٧. ص٧٢٥

المدني العراقي، فقد أقر القضاء العراقي<sup>(۱)</sup> بمسؤولية صاحب العمل كمتبوع عن أعمال تابعه العامل. ويشترط لنهوض مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه قيام علاقة التبعية بين التابع والمتبوع، وصدور تعد من التابع، وأن يصدر التعدي من التابع أثناء قيامه بخدمة متبوعه (۱)، وجدير بالذكر فأن القضاء العراقي لم يشترط في المتبوع أن ينطبق عليه وصف المؤسسة (۱) كما أقامت الفقرة الثانية من المادة (۲۱۹) من القانون المدني العراقي مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه على أساس الخطأ المفروض أو المفترض فرضاً بسيطاً قابلاً لاثبات العكس. ويتجسد

(1) جاء في حكم لمحكمة تمييز العراق بأنه (إدعى المدعي أنه بينما كانت سيارته سائرة في الطريق وقع حجر كبير من ارتفاع خمسين متراً حطم ماكنتها وأجزاء أخرى منها، وقد حدث الحادث نتيجة لعدم وضع شارات الخطر في الطريق الفريق اللذي كان يجري العمل فيه، ومن عدم تثبيت الصخور المقلوعة من قبل العمال تثبيتاً فنياً بالنظر لانحدار الجبل مما يجعل الصخور معرضة للتدحرج وبسبب العمال المستخدمين لدى الإدارة المحلية، ودون أن يتخذوا الحيطة اللازمة لمنع الأضرار بالغير، وقد بلغت أضراره من جراء الحادث (...) ديناراً منها (...) ديناراً عن أجرة التصليحات و(...) ديناراً عما فاته من كسب نتيجة تعطيل السيارة لمدة ثلاثة أشهر، فحكمت له المحكمة بمبلغ (...) ديناراً، فميز المدعى عليه القرار فأعيد منقوضاً بالقرار المرقم ١٩٧١/حقوقية/٥ والمؤرخ ١٩٥/١٢/١ ولكن محكمة البداءة أصرت على حكمها المنقوض فنقض ثانية من قبل الهيئة العامة بالأكثرية، لدى التدقيق والمداولة من قبل الهيئة العامة وجد أن المادة (١٩٩) مدني جعلت الحكومة والبلديات والمؤسسات الأخرى وكل شخص يستغل إحدى المؤسسات الصناعية والتجارية مسؤولون عن الضرر الذي يحدثه مستخدموهم، إذا كان الضرر ناشئاً عن تعد وقع من العمال، لذا يكون إصرار المحكمة مميؤ مستند إلى سبب قانوني يؤيده، وعليه قرر نقض الحكم الصادر، وصدر بالأكثرية في ١٩٤/٤/١٩). حكم محكمة تمييز العراق رقم ١٩٠٤/حقوقية/٥ في ١٩٤/١/١٩ نقلاً عن سلمان بيات، القضاء المدني العراقي، الجزء الأول، تمييز العراق رقم ١٩٠٤/حقوقية/٥ في ١٩٠/٤/١٠ انقلاً عن سلمان بيات، القضاء المدني العراقي، الجزء الأول،

(<sup>2</sup>)د. عصمت عبد المجيد بكر، المسؤولية التقصيرية في القوانين العربية، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٦، ص٣٩١.

(<sup>3</sup>)قضت محكمة تمييز العراق بمسؤولية شركات النقل والمقاولين عن أعمال عمالهم دون أن تشترط انطباق وصف المؤسسة عليهم، وجاء في أحد أحكامها بأن (السائق الذي يعمل لدى شركة (...) صدم بسيارته سيارة أخرى في الطريق نتيجة إهمال وتقصير منه، وحيث أن الفقرة الأولى من المادة (٢١٩) من القانون المدني العراقي تعتبر المؤسسات التجارية والصناعية مسؤولة عن الضرر الذي يحدثه مستخدموها، إذا كان الضرر ناشئاً عن تعد وقع منهم أثناء قيامهم بخدماتهم فيصبح قضاء محكمة الموضوع بإلزام الشركة بالتعويض صواباً. حكم محكمة تمييز العراق رقم ١٩٦٧/مدنية ثالثة/١٩٧٥ في ١٩٧٥/١١ منشور في مجموعة الأحكام العدلية، العدد الرابع، السنة السادسة، ص ٢٠ وحكمها رقم ٣٦٠/عامة/١٩٧١ في ١٩٧٧/٢/١٩ منشور في مجلة القضاء، العددان الأول والثاني، ١٩٧٧ من ٢٠ وحكمها ص ٣١٣، والنشرة القضائية، العدد الأول، السنة الثانية، ١٩٧٢ من ٢٠٤٠.

الخطأ المفترض في مسؤولية المتبوع في الخطأ في اختيار تابعيه، أو الخطأ في توجيه ورقابة التابعين (١). ولم ينص قانون العمل العراقي النافذ رقم (٣٧) لسنة ١٠١٥، ولا قانون التقاعد والضمان الاجتماعي للعمال رقم (٣٩) لسنة ١٩٧١ على مسؤولية صاحب العمل كمتبوع عن أعمال تابعه العامل، إلا أننا نرى بأن نص الفقرة الأولى من المادة (١٣٧) من قانون العمل العراقي النافذ رقم (٣٧) لسنة ٢٠١٥ يمكن أن يستوعب مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه (٢٠)، على الرغم من أن النص يحدد مسؤولية العامل عن أعماله الشخصية أزاء صاحب العمل، لأن الفقرة الثالثة من هذه المادة اشترطت في الأضرار التي يحدثها العامل أن تكون ناتجة عمداً أو عن إهمال فادح أو نتيجة خطأ جسيم، وهو ما ينسجم مع فكرة التعدي أو التعمد التي أقام القانون المدني العراقي على أساسها المسؤولية عن الأعمال الشخصية. فالعامل يكون مسؤولاً أمام صاحب العمل عن الأضرار التي يتسبب بها نتيجة إخلاله بواجبات عمله، وتنهض مسؤولية العامل عن أعماله الشخصية، وينبغي على صاحب العمل في هذه الحالة اثبات خطأ العامل، أي تعديه أو تعمده، ولاسيما إذا أخل العامل بالنظام الداخلي الذي يضعه صاحب العمل لتنظيم تنفيذ العمل وسلوك العمال (٣) . إلا أننا يمكن أن نستنتج من هذا النص وعلى نحو غير مباشر نهوض مسؤولية صاحب العمل كمتبوع عن أعمال تابعه العامل، وذلك في حال قيام العامل بالحاق الضرر بالغير بسبب تعمده أو إهماله أو خطئه الجسيم، فتنهض مسؤولية صاحب العمل كمتبوع عن أعمال تابعه العامل، مثال ذلك أن يلحق العامل ضرراً بأحد العمال الآخرين أثناء العمل، فإذا لم يكن العامل

د. خالد عبد الفتاح محمد، المسؤولية المدنية، دار الكتب القانونية، مصر،  $7 \cdot 9$ ،  $0 \cdot 1 \cdot 1$ .

<sup>(^2)</sup>نصت المادة (١٣٧) من قانون العمل العراقي النافذ رقم (٣٧) لسنة ٢٠١٥ على أنه (أولاً: يكون العامل مسؤولاً أمام صاحب العمل عن الأضرار التي يتسبب بها نتيجة إخلاله بواجبات عمله أو بما يتصل بهذه الواجبات بشكل مباشر أو غير مباشر. ثانياً: على أصحاب العمل اثبات خطأ العامل، ويحدد التعويض الذي يجب على العامل دفعه بقرار قضائي، إلا إذا اتفق الطرفان على تسويته بطريقة ودية. ثالثاً: يقصد بـ (الإخلال بالواجبات) المنصوص عليه في البند (أولاً) من هذه المادة الأضرار الناتجة عمداً أو عن اهمال فادح أو نتيجة خطأ جسيم).

<sup>(^)</sup>د. صبا نعمان رشيد الويسي، سلطة صاحب العمل الإدارية في إطار المشروع، الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية. بيروت، ٢٠١١، ص٥٣ ينظر أيضاً د. عماد حسن سلمان، مصدر سابق ، ص٧٠٧

777

التابع مخطئاً (أو بعبارة أخرى متعمداً أو متعدياً وفقاً لنصوص القانون المدني العراقي)، فلا تنهض مسؤوليته ولا مسؤولية متبوعه صاحب العمل(١٠).

#### الفرع الثالث: المسؤولية الموضوعية

تقوم المسؤولية الموضوعية على ركن الضرر وحده، دون الحاجة إلى اثبات ركن التعمد أو التعدي، وتعرف أيضاً بالمسؤولية المادية. ويستند نهوض المسؤولية الموضوعية لصاحب العمل على قاعدة (الغرم بالغنم) (٢)، والمنفعة التي يجنيها صاحب العمل من نشاط العامل ، وهي ترتبط أيضاً بقواعد العدالة والأخلاق التي تقضي بأن كل من يجني المغانم والمكاسب المترتبة على عمل أو سلوك معين، ينبغي أن يتحمل أيضاً المغارم الناجمة عن الأضرار التي يلحقها ذلك العمل أو السلوك بالغير (٣). فكل نشاط يترتب عليه ضرر يلحق بالغير يجعل من صاحبه مسؤولاً عن الضرر الذي سببه (١)، وهذا النوع من أنواع المسؤولية يتناغم كثيراً مع بيئة العمل، والتي تتسم بكثرة ما يقع فيها من حوادث تصيب العمال، والذين يتعذر على غالبيتهم الحصول على تعويض لجبر الضرر الذي يلحق بهم ، لعجزهم عن اثبات خطأ صاحب العمل. لذا فأن تبني المشرع لمبدأ المسؤولية الموضوعية الذي يقوم على أساس ركن الضرر يعد في مصلحة العمال، الذين ازدادت نسبة الموضوعية الذي يتعرضون لها بسبب المخترعات الحديثة والتقنيات المعاصرة (٥)، وقد أخذ قانون العمل العراقي النافذ رقم (٣٧) لسنة ٥ ١ ٠ ٢ بمبدأ المسؤولية الموضوعية بمقتضي المادة (٢ • ١)

(1)د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، في الالتزامات في الفعل الضار والمسؤولية المدنية، المسئوليات المفترضة، المجلد الثاني، الطبعة الخامسة، دون مكان نشر، ١٩٩٢، ص٢٥٨.

<sup>(&</sup>lt;sup>2</sup>)د. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، الجزء الأول، الضرر، شركة التايمس للطبع والنشر المساهمة، بغداد، ١٩٩١، ص١١٧.

د. محي هلال السرحان، القواعد الفقهية ودورها في اثراء التشريعات الحديثة، جامعة بغداد،  $^{19AV}$ ،  $^{0}$ .

د. عصمت عبد المجيد بكر، مصادر الالتزام، ج ١، مصدر سابق، ص ٢٥٠.  $\binom{4}{2}$ 

<sup>(&</sup>lt;sup>5</sup>)د. هدى عبد الله، دروس في القانون المدني، الأعمال غير المباحة، المسؤولية المدنية، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٨، ص٢١.

منه(١)، والتي أقامت مسؤولية صاحب العمل عند إصابة عامل حدث أثناء العمل أو بسببه على ركن الضرر وحده، وبصرف النظر عن توفر ركن الخطأ من جانب صاحب العمل. كما عالجت هذه المادة أيضاً موضوع آثار تنفيذ عقد العمل الباطل، بسبب تشغيل عامل حدث لا يجوز تشغيله بمقتضى أحكام قانون العمل، إما لكونه لم يبلغ السن القانونية اللازمة لممارسة العمل، أو لمخالفة الشروط التي حددها لممارسة الأحداث للعمل، وبحسب الفئة العمرية التي ينتمي إليها (٢)، أو لتشغيله في الأعمال التي قد تضر بطبيعتها أو لظروف العمل بصحتهم أو سلامتهم أو أخلاقهم <sup>٣٠</sup>. ويكون العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً، إذا تم تشغيل عامل حدث دون السن القانونية اللازمة لمباشرة العمل، وذلك بسبب مخالفة قاعدة آمرة من قواعد قانون العمل تتعلق بالنظام العام، لأن الحدث يعد فاقداً لأهلية الأداء اللازمة لإبرام عقد العمل (٤)، والعقد الباطل لا ينتج أي أثر من الآثار القانونية التي كانت ستترتب عليه لو انعقد صحيحاً، لذا وجب إعادة الطرفين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد(٥)، ما لم ينفذا الالتزامات التي ترتبت عليهما بمقتضى العقد الباطل، ففي مثل هذه الحالة يكون من المستحيل إعادتهما إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، فليس باستطاعة صاحب العمل أن يعيد الجهد الذي قدمه إليه العامل خلال فترة تنفيذ العقد الباطل (٢٠)، لأن النشاط الإنساني للعامل يعد أداءً رئيساً في عقد العمل، فينبغي على صاحب العمل دفع الأجر المتفق عليه إلى الحدث خلال فترة تنفيذ العقد الباطل، وإذا قضت المحكمة ببطلان عقد العمل، فأنها تقضى بالتعويض عن الأضرار التي تصيب العامل على أساس المسؤولية التقصيرية لا العقدية،

<sup>(&</sup>lt;sup>1</sup>)نصت المادة (١٠٢) من قانون العمل النافذ على أنه (إذا وجدت علاقة عمل بين صاحب عمل وحدث لا يجوز تشغيله بموجب أحكام هذا القانون يلتزم صاحب العمل بدفع أجوره المتفق عليها وبتعويضه في حال إصابته أثناء العمل أو من جرائه بصرف النظر عن توفر ركن الخطأ)

<sup>(2)</sup> الفقرة الأولى من المادة (٩٨) من قانون العمل النافذ رقم ( $^{8}$ ) لسنة ( $^{2}$ ) لسنة ( $^{2}$ )

<sup>(3)</sup> الفقرة الأولى من المادة (90) من قانون العمل النافذ رقم ( $^{8}$ ) لسنة  $^{3}$ .

<sup>(</sup> $^4$ )د. صلاح محمد أحمد دياب، بطلان عقد العمل وتأثيره على العامل في علاقات العمل الفردية، دار الكتب القانونية في مصر،  $^4$ ،  $^4$ ،  $^4$ .

 $<sup>\</sup>binom{5}{2}$ د. عصمت عبد المجيد بكر، نظرية العقد في القوانين المدنية العربية، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية،  $\binom{5}{2}$   $\frac{5}{2}$ 

د. عدنان العابد ود. يوسف الياس، قانون العمل، مصدر سابق، ص $(^6)$ د.

لزوال الرابطة العقدية بين طرفي عقد العمل بأثر رجعي، وما يوجبه ذلك من إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، وعلى هذا الأساس فقد ألزم المشرع العراقي صاحب العمل بتعويض الحدث في حالة تعرضه لإصابة عمل أثناء فترة تنفيذ عقد العمل الباطل، وأقام مسؤولية صاحب العمل غير العقدية في هذه الحالة على أساس المسؤولية الموضوعية أو ما يعرف بمبدأ تحمل التبعة (۱۰)، دون اشتراط توفر الخطأ، ويلاحظ على نص المادة (۱۰) أيضاً بأن المشرع العراقي استعمل مصطلح (ركن الخطأ) وأراد به ركن التعمد أو التعدي، لأن القانون المدني العراقي لم يأخذ بفكرة الخطأ التقصيري ولكن بفكرة التعدي.

المبحث الثالث: مقارنة موقف القانون الإنكليزي بموقف القانون العراقي

لا تبدو الجدوى من وراء الدراسات المقارنة واضحة دون القيام بعقد مقارنة فعلية بين القوانين المقارنة موضوع الدراسة للتوصل إلى تحديد أوجه الشبه والاختلاف بينها، مما يساعد على فهم القانون الوطني على نحو أفضل، لأن الفهم المعمق لأي قانون لا يتأتى إلا عن طريق دراسته ثم مقارنته بغيره من القوانين لبيان أوجه الشبه والاختلاف (٢). لذا سنحاول في هذا المبحث إجراء مقارنة بين موقف القانونين الإنكليزي والعراقي من حيث مسؤولية صاحب العمل غير العقدية وكما يأتى:

أولاً: أوجه الشبه: يتشابه موقف القانونين الإنكليزي والعراقي في المسائل لآتية:

1 – ويتشابه موقف القانونين الإنكليزي والعراقي من حيث أن كليهما أخذ بمبدأ المسؤولية الموضوعية لصاحب العمل، ولكن القانون الإنكليزي أخذ بها على نحو غير مباشر عندما أقام مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه على أساس مبدأ المسؤولية الموضوعية، إذ تنهض مسؤولية صاحب العمل بمجرد وقوع الضرر نتيجة خطأ تابعه العامل، حتى وإن لم يصدر عن صاحب العمل أي خطأ مدنى (Tort) ولاسيما الإهمال، أما القانون العراقي فقد أخذ بها على نحو مباشر،

د. عدنان العابد ود. يوسف الياس، قانون العمل، المصدر نفسه، ص $\cdot$  ٥٠.

<sup>(2)</sup>د. محمد حسين منصور، القانون المقارن، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠١٠، ص٣٦.

وأقام مسؤولية صاحب العمل على ركن الضرر وحده، ودون الحاجة إلى إثبات ركن التعمد أو التعدي<sup>(١)</sup>.

Y – كما يتشابه موقف القانونين الإنكليزي والعراقي من حيث مضمون التزام صاحب العمل غير العقدي، ولاسيما في المسؤولية الشخصية، أو المسؤولية عن الأعمال الشخصية، ويتمثل في القانون الإنكليزي بواجب شخصي على عاتق صاحب العمل باتخاذ الحيطة والحرص المعقولين لضمان سلامة عماله، وكذلك في القانون العراقي فهو التزام صاحب العمل ببذل العناية اللازمة لتحقيق نفس الغرض، كما يتحدد هذان الالتزامان بمعيار موضوعي قوامه الشخص المعتاد.

٣- ويتشابه موقف القانونين من حيث تعدد التشريعات التي نظمت مسؤولية صاحب العمل غير العقدية، ففي القانون الإنكليزي برز دور تشريعات الأمن والسلامة الصناعية غير العقدية، ففي القانون الإنكليزي برز دور تشريعات الأمن والسلامة في (Industrial Safety Legislations) بولاسيما فيما يتعلق العمل لعام ١٩٧٤ (Health and Safety at Work 1974)، ولاسيما فيما يتعلق بمسؤولية صاحب العمل على أساس إخلاله بواجبه التشريعي، أما في القانون العراقي فقد نظمها قانون العمل النافذ رقم (٣٧) لسنة ١٩٠٥، وقانون التقاعد والضمان الاجتماعي للعمال رقم (٣٩) لسنة ١٩٧١، فضلاً عن القواعد العامة في القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.

ثانياً: أوجه الاختلاف: على الرغم من أوجه الشبه السالفة الذكر، فقد برزت أوجه الاختلاف الآتية بين موقف القانونين الإنكليزي والعراقي:

1- من حيث الأصل: يختلف موقف القانون الإنكليزي عن موقف القانون العراقي من حيث أصل مسؤولية في القانون الإنكليزي يرجع أصل مسؤولية في القانون الإنكليزي يرجع إلى قانون الأحكام العام (Common Law) وهو قانون عرفي غير مكتوب مبني على السوابق القضائية للمحاكم الإنكليزية، أما في القانون العراقي فهذه المسؤولية ذات أصل تشريعي، إذ نظمها قانون العمل العراقي النافذ رقم (٣٧) لسنة ٢٠١٥، وقانون التقاعد

(2) John Cooke, op. Cit, P.188.

 $<sup>\</sup>binom{1}{2}$ د. عدنان العابد ود. يوسف الياس، قانون العمل، مصدر سابق، ص $\binom{1}{2}$ 

والضمان الاجتماعي للعمال رقم (٣٩) لسنة ١٩٧١، فضلاً عن القواعد العامة في القانون المدنى العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.

Y – أقامت السوابق القضائية للمحاكم الإنكليزية الواجب الشخصي لصاحب العمل في اتخاذ الحيطة والحرص المعقولين لضمان سلامة عماله على أربعة مقومات هي توافر طاقم عمل كفوء، وتوافر المعدات والأدوات الملائمة، وتوافر مكان عمل آمن، فضلاً عن توافر نظام عمل آمن أما في القانون العراقي فأن التزام صاحب العمل ببذل العناية اللازمة لضمان سلامة العمال يتطلب منه اتخاذ الاجراءات اللازمة لتوفير الوقاية للعمال أثناء العمل من مخاطر المهنة، ومخاطر العمل، والآلات التي تضر بصحتهم، وذلك بمقتضى الفقرة (أولاً—أ) من المادة (1.14) من قانون العمل العراقي النافذ رقم ((2.14)) لسنة (2.14)

٣- تقوم مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه في القانون الإنكليزي على أساس مبدأ المسؤولية الموضوعية (Strict Liability)، أي على ركن الضرر وحده، ودون الحاجة إلى اثبات الخطأ المدني (Tort) لصاحب العمل، أما في القانون العراقي فتقوم على أساس الخطأ المفترض أو المفروض فرضاً بسيطاً قابلاً لاثبات العكس.

٤- تقوم المسؤولية الشخصية (Personal Liability) لصاحب العمل في القانون الإنكليزي على أساس فكرة الخطأ المدني، والمتمثل بخطأ الإهمال ( Negligence) أما المسؤولية عن الأعمال الشخصية في القانون العراقي فتقوم على أساس فكرة التعدي.

٥- حظيت مسؤولية صاحب العمل غير العقدية في القانون الإنكليزي باهتمام كبير من قانون الأخطاء المدنية الإنكليزي (The Law of Torts)، كرد فعل للخلل الكبير الذي كان يعاني منه نظام المسؤولية العقدية في مطلع القرن التاسع عشر، نتيجة التفاوت الكبير في المركزالقانوني بين صاحب العمل وبين العامل. أما في القانون العراقي فلم يكن اهتمام المشرع كبيراً بمسؤولية صاحب العمل غير العقدية بسبب اهتمام المشرع العراقي بعقد العمل، بحيث

<sup>(</sup>¹)Carl Brennan, op. Cit, P.104. See also: Mark Lunney and Ken Oliphant, op. Cit, P.541. (²)Tony Weir, A Casebook on Tort, Tenth edition, Thomson, Sweet & Maxwell, London, 2004, P.282.

كانت الالتزامات التي فرضتها قوانين العمل العراقية المتعاقبة على صاحب العمل أوسع بكثير من الالتزامات الواردة في القانون المدني<sup>(۱)</sup>.

الخاتمة

بعد الانتهاء من دراسة موضوع البحث في متن هذه الدراسة فقد خصصنا الخاتمة لبيان أهم النتائج التي توصلنا إليها فضلاً عن بعض التوصيات التي نراها ضرورية وكما يأتي:

أولاً: النتائج: وقد توصلت الدراسة إلى النتائج الآتية:

1 – إن مسؤولية صاحب العمل غير العقدية في القانون الإنكليزي هي ذلك الجزاء الذي ينشأ بسبب خطأ الإهمال أو التقصير الذي يرتكبه صاحب العمل ضد عماله، والذي عده قانون الأحكام العام (Common Law) كأحد الأخطاء المدنية، أو بسبب أعمال تابعيه، أو هي جزاء إخلاله بواجباته التي فرضتها عليه التشريعات.

٢ - يشترط لنهوض المسؤولية الشخصية لصاحب العمل في القانون الإنكليزي توافر ثلاثة شروط هي: أ - قيام واجب شخصي على عاتق صاحب العمل بإتخاذ الحيطة والحرص المعقولين لضمان سلامة عماله، ب - إخلال صاحب العمل بواجبه الشخصي، ج - إصابة العامل بضرر نتيجة إخلال صاحب العمل بواجبه ، وقيام علاقة السببية بين الإخلال بالواجب وبين الضرر.

٣- يتمثل مضمون التزام صاحب العمل غير العقدي في القانون الإنكليزي بواجب شخصي على عاتق صاحب العمل باتخاذ الحيطة والحرص المعقولين لضمان سلامة عماله، ويقوم هذا الواجب على أربعة مقومات هي: أ- توافر طاقم عمل كفوء، ب- توافر المعدات والأدوات الملائمة، ج- توافر مكان عمل آمن، د- توافر نظام عمل آمن.

٤ ـ يشترط لنهوض مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه في القانون الإنكليزي توافر ثلاثة شروط هي: أ - صدور خطأ مدني عن العامل التابع، ب - قيام علاقة التبعية بين العامل وصاحب العمل، ج - ارتكاب العامل للخطأ المدنى أثناء قيامه بالعمل لحساب المتبوع.

<sup>(1)</sup>د. عماد حسن سلمان ، مصدر سابق، ص111 ينظر أيضاً وبنفس المعنى د.عدنان العابد ود. يوسف الياس، قانون العمل، مصدر سابق، ص801.

هـ يشترط لنهوض مسؤولية صاحب العمل على أساس إخلاله بواجبه التشريعي توافر أربعة شروط هي: أ- أن يكون الدائن بالواجب التشريعي مدع معين، ب- أن يصدر إخلال من المدعى عليه بواجبه التشريعي، ج- أن يتسبب الإخلال بوقوع الضرر، د- أن يكون الضرر من النوع الذي تتجه نية المشرع إلى منع وقوعه.

7-نظم القانون العراقي مسؤولية صاحب العمل غير العقدية، فقد نظم قانون العمل العراقي النافذ رقم (٣٧) لسنة ٢٠١٥ بعض حالاتها، ونظم قانون التقاعد والضمان الاجتماعي للعمال رقم (٣٩) لسنة ١٩٧١ حالات أخرى، فضلاً عن إمكانية الرجوع عموماً إلى القواعد العامة في القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ لتأصيل مسؤولية صاحب العمل غير العقدية قانونياً.

ثانياً: التوصيات: بعد الانتهاء من عرض النتائج التي توصلت إليها الدراسة، فأننا نقترح التوصيات الآتية:

1- نقترح على المشرع العراقي إدراج مسؤولية صاحب العمل الناجمة عن عدم اتخاذ الإجراءات اللازمة لتوفير الوقاية للعمال أثناء العمل أو إخلاله بالتزامه في اتخاذ تلك الإجراءات ضمن نطاق المسؤولية عن الأعمال الشخصية وإقامتها على أساس فكرة التعدي وبنص صريح، انسجاماً مع القواعد العامة في القانون المدني العراقي، وبمقتضى المادتين وبنص صريح، انسجاماً مع القواعد العامة في القانون المدني العراقي، وبمقتضى المادتين الواجب الشخصي لصاحب العمل باتخاذ الحيطة والحرص المعقولين لضمان سلامة عماله في القانون الإنكليزي، والذي يمشل مضمون التزامه غير العقدي، لذا فأننا نقترح النص الآتي لتعديل الفقرة (أولاً –أ) من المادة (١٩٨١) من قانون العمل العراقي النافذ: (على صاحب العمل اتخاذ الإجراءات اللازمة لتوفير الوقاية للعمال أثناء العمل مسؤولاً مديناً، ويلزم بتعويض العامل والآلات التي تضر بصحتهم، ويكون صاحب العمل مسؤولاً مديناً، ويلزم بتعويض العامل المتضرر، إذا تعمد أو أهمل أو قصر بعدم اتخاذ تلك الإجراءات، وترتب على ذلك ضرر أصاب العامل، وفي جميع الأحوال فأن على صاحب العمل أن يبذل عناية الرجل المعتاد وفي أصاب العامل، وفي جميع الأحوال فأن على صاحب العمل أن يبذل عناية الرجل المعتاد وفي

٧- ونقترح على المشرع العراقي إقامة مسؤولية صاحب العمل عن إصابات العمل التي تصيب العامل أثناء العمل أو بسببه على أساس المسؤولية الموضوعية، وعليه نقترح إضافة النص الآتي إلى قانون التقاعد والضمان الاجتماعي للعمال رقم (٣٩) لسنة ١٩٧١: (مع مراعاة أحكام المادة (٥٨) من هذا القانون يكون صاحب العمل مسؤولاً ويلزم بتعويض العامل المتضرر عن الإصابات التي تلحق به أثناء العمل أو بسببه، وذلك على أساس ركن الضرر وحده، ودون الحاجة إلى توفر ركن التعمد أو التعدي).

٣- نقترح على المشرع العراقي الاهتمام بمسؤولية صاحب العمل غير العقدية عن الأضرار النفسية التي تصيب العامل والناجمة عن الضغط والاجهاد النفسيين بسبب العمل، وإقامة هذا النوع من المسؤولية على ركن الضرر أيضاً، وعليه فأننا نقترح النص الآتي: (يكون صاحب العمل مسؤولاً ويلزم بتعويض العامل عن الأضرار النفسية التي تصيب العامل بسبب الاجهاد النفسي الناجم عن العمل، وذلك على أساس ركن الضرر وحده ودون الحاجة إلى توفر ركن التعمد أو التعدى).

المصادر

أولا: المصادر باللغة العربية.

- أ- الكتب القانونية.
- ١- د.جبار صابر طه. أساس المسؤولية المدنية عن العمل غير المشروع بين الخطأ والضرر، دراسة مقارنة في الشريعة
   الاسلامية والقوانين الوضعية. دار الكتب القانونية. مصر. ٢٠١٠
  - ٢- د. حسن على الذنون، شرح القانون المدنى، أصول الالتزام، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧٠
- ٣- د.حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، الجزء الأول، الضرر، شركة التايمس للطبع والنشر المساهمة، بغداد، ١٩٩١
  - ٤- د. حسن علي الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني، الخطأ، دار وائل للنشر عمان، ط١، ٢٠٠٦.
    - د. خالد عبد الفتاح محمد، المسؤولية المدنية، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠٠٩
    - ٢٠١٦ د.درع حماد، النظرية العامة للالتزامات، القسم الأول، مصادر الالتزام، مكتبة السنهوري، بيروت، ٢٠١٦
- ٧- د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، في الالتزامات في الفعل الضاروالمسؤولية المدنية،
   المسئوليات المفترضة، المجلد الثاني، الطبعة الخامسة، دون مكان نشر، ١٩٩٢
- ٨- د.صبا نعمان رشيد الويسي، سلطة صاحب العمل الإدارية في إطار المشروع ، منشورات الحلبي الحقوقية ،
   بيروت، ٢٠١١ .

- ٩- د. صلاح محمد أحمد دياب، بطلان عقد العمل وتأثيره على العامل في علاقات العمل الفردية، دار الكتب القانونية في مصر، ٢٠١٠
- ١-د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الإلتزام ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، ٢٠٠٤
- ١ د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، الجزء الأول في مصادر الالتزام مع المقارنة بالفقه الإسلامي، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، ١٩٦٣،
  - ١٢-د.عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني،مصادرالالتزام. المكتبة القانونية.بغداد. ٢٠٠٧
- ١٣-د. عبد المجيد الحكيم، د. عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، الجزء الأول، مصادر الالتزام، وزارة التعليم العالى والبحث العلمي، ١٩٨٠
- ٤ ا د. عدنان العابد ود. يوسف الياس، قانون الضمان الاجتماعي، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، جامعة بغداد،
   دون سنة طبع.
  - ٥ ا د. عدنان العابد ود. يوسف الياس، قانون العمل، مكتبة السنهوري، بغداد، ٩ ٠٠٠.
- ٦١-د.عصمت عبد المجيد بكر، المسؤولية التقصيرية في القوانين العربية، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية،
   بيروت، ٢٠١٦
- ١٧ د.عصمت عبد المجيد بكر.النظرية العامة للالتزامات. الجزء الأول. مصادر الالتزام. الطبعة الأولى.الذاكرة للنشر والتوزيع.بغداد. ٢٠١١.
  - ١٨-د.عصمت عبد المجيد بكر، نظرية العقد في القوانين المدنية العربية، دار الكتب العلمية، ٢٠١٥
  - ١٩-د.عماد حسن سلمان، شرح قانون العمل الجديد رقم ٣٧ لسنة ١٥٠٥،مكتبة السنهوري، بيروت،٢٠١٧
    - ٢ د. محمد حسين منصور، القانون المقارن، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢ ١
    - ٢١-د.محي هلال السرحان.القواعد الفقهية ودورها في إثراء التشريعات الحديثة.جامعة بغداد. ١٩٨٧
      - ٢٢- د. مصطفى إبراهيم الزلمي، المنطق القانوني في التصورات، مركز أبحاث القانون المقارن، ٢٠٠٩
- ٢٣-د.منذر الفضل. الوسيط في شرح القانون المدني.دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية العربية.معززة
   بآراء الفقه وأحكام القضاء.الطبعة الأولى.منشورات آراس.أربيل. ٢٠٠٦
- ٤٢-د. هدى عبد الله ، دروس في القانون المدني، الأعمال غير المباحة، المسؤولية المدنية، الجزء الثالث، الطبعة
   الأولى،منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٨٠٠٨
  - ب-مجموعات أحكام القضاء
  - ١ النشرة القضائية، العدد الأول، السنة الثانية، ١٩٧٢
  - ٧ سلمان بيات، القضاء المدني العراقي، الجزء الأول، شركة الطبع والنشر الأهلية، ١٩٦٢
    - ٣-مجلة القضاء، العددان الأول والثاني، ١٩٧٢
      - ج—القوانين
    - ١ القانون المدنى العراقي رقم ٠٠ ك لسنة ١٩٥١

٢-قانون العمل رقم ( ٣٧) لسنة ٢٠١٥ ٣- قانون التقاعد والضمان الاجتماعي للعمال رقم (٣٩) لسنة ١٩٧١ ثانياً: المصادر باللغة الانكليزية.

#### First: Books

- Alastair mullis and Ken Oliphant, torts, 4<sup>th</sup>edition, Palgrave Macmillan, 2011
- Carol Brennan, Tort law concentrate, Law revision and study Guide, 3rd edition, oxford university press, 2015
- Catherine Elliott & Frances Quinn, Tort law, Eighth edition, Longman 2011
- Cathy Okrent, Torts and personal injury law, Fourth edition: DELMAR, 2010
- 5 Chirs Turner, Key cases Tort Law, second edition, Routledge, 2011.
- Edward Kionka, Torts in a nutshell, 5th edition, west, 2010. 6.
- Fleming, An Introduction to the law of Torts, Second Edition, clarendon Press, 1986. 7.
- John Cooke Law of tort financial times pitman publishing fourth edition, 1999
- John wilman Brown: GCSE Law nineth edition Thomason Sweet and Maxwell 2005
- 10. Joseph Glannon, the law of torts, examples and explanations, 4<sup>th</sup> edition, Aspen publishers,
- 11. Kirsty Horsey, Erika Rackely, Tort law, 3<sup>rd</sup> edition, oxford university press, 2013
- 12. Linda Edwards, Stanley Edwards, Patricia Kirtely wells, tort law, Fifth edition, DELMAR, 2012.
- 13. Mark lunney and ken Oliphant Tort law Text and Materials Fifth edition Oxford University Press 2013
- 14. Paula Giliker and Silas Beckwith, Tort, Forth Edition, Sweet & Maxwell, Thomson Reuters, 2011.
- 15. Simon Deakin, Angus Johnston and Basil Markesinis, Markesinis and Deakin's Tort Law, Seventh edition, Clarendon Press, Oxford 2013.
- 16. Tony weir, Tort Law, clarendon law series, Oxford University Press, 2002.
- 17. Tony Weir, A Casebook on Tort, Tenth Edition, Thomson, Sweet & Maxwell, London, 2004
- 18. Vera Bermingham, Nutshells Tort, Sixth Edition sweet and Maxwell, 2003.
  19. William Buckley&Cathy Okrent Torts&personal injury law 3<sup>rd</sup> Edition Delmar Cengage Learning 2003.
- 20. William P. Statsky Torts. Personal Injury litigation 5th Edition DELMAR CENGAGE learning 2011.

#### Second: Laws

- 1- The Law Reform (contributory negligence) Act 1945.
- 2- The law reform (personal injuries) Act 1948.

# الحقوق العينية الأصلية المترتبة على السفينة طبقا للقانون البحري الليبي

( م.وا حسن ملي مشيري

#### **Abstract**

#### Rights in rem of the ship in accordance with Libyan maritime law

The ownership of the ship is acquired in accordance with the Civil Code through purchase, donation or after death through inheritance or will. In addition to that, it can be acquired on grounds related to public law, such as the confiscation of the ship for violation of laws. It can be acquired through the acquisition of bulk ships or enemy ships by seizing which is part of public law. There are special reasons for maritime law to gain ownership of the ship by construction or by abandoning or abandoning the ship's ownership to the insured after the owner's compensation for the loss sustained by the insured maritime accident.

This paper studies the special reasons for gaining ownership of the ship in accordance with maritime law, such as purchase construction and letting. The latter reason to be included in the subject of marine insurance. Construction is considered as a reason to gain ownership of the ship

I divide this search to two chapters. In the first we discuss reasons for gaining ownership. In the second we discuss ownership of the ship kinds.

المقدمة

تُعد السفينة من الأموال المنقولة القابلة للتعامل فيها، فهي ليست من الأموال الخارجة عن دائرة التعامل، وبالتالي تكون السفينة محلا للملكية شأنها شأن بقية المنقولات، وقد تعددت صور ملكية السفينة، فقد تكون ملكية السفينة فردية أي تكون مملوكة لشخص طبيعي

<sup>(\*)</sup>كلية القانون - الجامعة المستنصرية.

أو لشخص معنوي كالشركة مثلا، وقد تكون السفينة مملوكة على الشيوع، وقد تعدد أسباب كسب ملكيتها، فملكية السفينة يمكن اكتسابها بأحد الأسباب العامة التي نص عليها المشرع الليبي في القانون المدني، أو طبقا للقانون العام أو طبقا للقانون البحري، وقد تكون السفينة محلا للحقوق العينية التبعية كالرهن أو الامتياز البحري أو يتم الحجز عليها لصالح الدائنين لاستيفاء ديونهم .

عليه نقسم هذا البحث إلى مبحثين ، نتناول في المبحث الأول أسباب كسب الملكية، وندرس في المبحث الثاني صور ملكية السفينة.

المبحث الأول: أسباب كسب ملكية السفينة

تكتسب ملكية السفينة طبقا للقانون المدني عن طريق الشراء أو الهبة، أو تكتسب الملكية بعد الموت عن طريق الميراث أو الوصية، يضاف إليها الأسباب المتصلة بالقانون العام كمصادرة السفينة لمخالفتها القوانين، أو تكتسب عن طريق الاستيلاء على السفن السائبة أو على سفن العدو عن طريق الاغتنام والتي تدخل ضمن القانون العام، وهناك أسباب خاصة بالقانون البحري لكسب ملكية السفينة وهي عن طريق البناء، أو بواسطة الترك أو التخلي عن ملكية السفينة للمؤمن بعد تعويض مالكها عن الخسائر التي لحقت به من الحادث البحري المؤمن عليه.

لذا سوف نقتصر على دراسة الأسباب الخاصة لكسب ملكية السفينة طبقا للقانون البحري، البحري كالشراء والبناء والترك، وهذا السبب الأخير يدخل ضمن موضوع التأمين البحري، وعليه نقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نخصص الأول لبيان أحكام عقد شراء السفينة كأحد أسباب كسب ملكية السفينة، ونتناول في المطلب الثاني البناء كسبب لكسب ملكية السفينة.

المطلب الأول: شراء السفينة

يُعد شراء السفينة من احد أسباب كسب الملكية، حيث تسري عليه الأحكام الواردة في القانون المدني المتعلقة بعقد البيع المتعلقة بالأركان العامة ، حيث يشترك مع بقية العقود بوجوب توافر الأركان العامة مثل الرضا والمحل والسبب، يضاف إليها شروط خاصة بالقانون البحري، حيث تعرض المشرع الليبي إلى أحكام خاصة تتعلق بشراء السفينة في مواضع معينة من القانون البحري، عليه سوف نستعرض هذه الأحكام الخاصة بعقد شراء السفينة على النحو الآتى :

أولا – مدى تجارية عقد شراء السفينة ؟ أشارت إلى تجارية عقد شراء أو بيع السفينة الفقرة (٩) من المادة (٩٠٤) من قانون النشاط التجاري رقم ٢٣ لسنة ٢٠١، وذلك إذا كان البيع أو الشراء يهدف لتحقيق الكسب طبقا لشروط القانون التجاري، أما إذا كان بيع السفينة لا يهدف لتحقيق الكسب، كما لو باع شخص سفينة حصل عليها عن طريق الميراث أو الوصية، أو باع أو اشترى احدهم سفينة لغرض النزهة فلا نكون أمام عمل تجاري وإنما يُعد الشراء أو البيع من الأعمال المدنية، ومع ذلك تخضع هذه الأعمال للقانون البحري، لاسيما تلك المتعلقة بتسجيل التصرفات في سجل السفينة الخاص حتى ترتب آثارها القانونية بين المتعاقدين ويمكن الاحتجاج بها على الغير طبقا لنص المادة (٢٠) من القانون البحري (١).

ثانيا – المحل في عقد شراء السفينة، يتعين أن يكون محل العقد وارد على سفينة بمعناها القانوني أي يجب أن تكون السفينة صالحة ومخصصة للملاحة البحرية ويشمل ملحقاتها اللازمة لاستغلالها ، إلا إذا اتفق المتعاقدين صراحة خلاف ذلك طبقا لنص المادة الأولى من القانون البحري، سواء كانت سفينة تجارية أو سفينة للصيد أو للنزهة،

 $^{-}$  د/ محمد السيد الفقي، القانون البحري، دار الجامعة الجديدة، مصر، الطبعة الأولى، ٢٠٠٧، ص  $^{-}$  ١٠٩

777

أما إذا كان محل العقد وارد على حطام سفينة أو مركب مخصص للملاحة النهرية أو سفينة غير مخصصة للملاحة البحرية مثل السفن التي تتخذ منها فنادق على الشواطئ ، فهذا البيع يخضع للقانون المدني أو التجاري حسب طبيعة العقد.

ويجب أن تكون السفينة موجودة ومعينة تعينا نافيا للجهالة وقت إبرام العقد وفقا للقاعدة العامة المنصوص عليها في المادة (١٣٢) من القانون المدني، باستثناء ما يعرف بالبيع بشرط الأخبار الحسنة أو السيئة، أو المسمى البيع أيا كانت الظروف، حيث يكون مصير السفينة مجهولا، بمعنى أن أطراف العقد لا يعلمون بوجود السفينة وقت إبرام العقد، وذلك مقابل ثمن منخفض يدفعه المشتري إلى البائع (١).

وعقد بيع السفينة عقد رضائي يتم بمجرد اتفاق الأطراف، فالقانون البحري الليبي لا يشترط توافر الكتابة في عقد بيع السفينة ولا يشترط تسجيل العقد في السجل الخاص بالسفن إلا لغرض الإثبات، ولترتيب آثاره القانونية بين المتعاقدين والاحتجاج به أمام الغير، بينما القانون المصري و يتطلب أن يكون إبرام العقد في ورقة رسمية ، وتسجيل عقد البيع بالسجل الخاص بالسفن حتى ينعقد العقد فإذا تخلفت الشكلية المطلوبة كان عقد بيع السفينة باطلا، كذلك تطلب المشرع العراقي أن يكون عقد بيع السفينة بسند مكتوب وإلا كان البيع كأنه لم يكن، إذ نصت على ذلك المادة الثالثة من قانون التجارة البحرية (٢).

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> – نصت المادة الثالثة من قانون التجارة البحرية العراقي على أن ( بيع السفينة كاملة أو حصة منها سواء كان قبل سفرها آو في أثناء السفر إذا وقع في ممالك الدولة العلية يجري بسند رسمي بحضور رئيس الميناء في محله وإذا وقع في الممالك الأجنبية فبمواجهة شهبندرية الدولة العلية يعني قناصلها وإذا لم يحصل على هذه الصورة فيكون البيع كأنه لم يكن.....).

فالشكلية طبقا للقانون العراقي والقانون المصري هي بتوافر الكتابة الرسمية إذ تعد ركنا من أركان عقد بيع السفينة (١)، أما المشرع الليبي تطلب توافر الكتابة لإثبات العقد، ولكي يرتب العقد آثاره القانونية بين المتعاقدين وحتى يمكن الاحتجاج به أمام الغير طبقا للمادة (٢٠) من القانون البحري حيث نصت (كل اتفاق وكل عقد بعوض أو غير عوض وكل حكم واجب التنفيذ وبوجه عام كل عمل غايته إنشاء حق عيني مترتب عن سفينة مسجلة أو الإخلاء منه أو تعديله أو إسقاطه أو تحويله لا يكون له اثر حتى بين المتعاقدين إلا بعد تسجليه في دفتر التسجيل)، فعقد بيع السفينة لا يرتب آثاره القانونية بين المتعاقدين أو مع الغير ولا ينقل الملكية للمشتري إلا بعد تسجليه في سجل السفينة الخاص لكي ينتج آثاره القانونية، فكتابة عقد بيع السفينة الهدف منه إثبات العقد، فلا تعد ركناً من أركان العقد طبقا للقانون البحري الليبي.

ثالثا – أطراف العقد، هما البائع والمشتري، الأصل يجب أن يكون البائع هو مالك للسفينة أو مفوضا في بيعها، فقد يكون بيع السفينة من قِبل مالكها إذا كانت ملكيته للسفينة فردية، ويجوز أن يبيع حصة إذا كانت السفينة مملوكة لشركة، وقد يكون بيع جزء في السفينة إذا كانت مملوكة على الشيوع بين عدة أشخاص، وعليه لا يجوز للربان أن يبيع السفينة إلا إذا كان لديه تفويض خاص بالبيع من المالك، طبقا لنص المادة (١٢٥) من القانون البحري التي نصت على انه (يقع باطلا بيع الربان للسفينة بدون تفويض خاص من صاحبها إلا إذا ثبت قانونا وحسب الأصول أن السفينة غير صالحة للملاحة ويجري البيع وفقا لتعليمات صاحب السفينة إن وجدت وإلا فبالمزاد العلني)، وقد أشارت المادة (٢٥) من قانون التجارة البحرية العراقي إلى عدم إمكانية بيع السفينة من قبل الربان ما لم يثبت أن السفينة غير صالحة وغير قابلة للسفر أو الإبحار.

1 - د/ محمد السيد الفقى، القانون البحري، مرجع سابق، ص ١١٠.

والأصل يقع باطلا بيع الربان للسفينة بدون تفويض خاص من المالك، والاستثناء يجوز للربان أن يبيع السفينة في حالتين، الأولى إذا كان لدى الربان تفويض خاص بالبيع صادر من المالك، ويرجع ذلك أن بيع السفينة يُعد من التصرفات التي لا يجوز فيها الوكالة العامة، أما الحالة الثانية يجوز للربان أن يبيع السفينة دون الحاجة إلى تفويض خاص من المالك إذا توافرت الشروط التالية: ١- إذا تبث عدم صلاحية السفينة للملاحة البحرية، ويجب على الربان أن يثبت واقعة عدم صلاحية السفينة بالطرق القانونية، عن طريق تعيين خبير من قبل المحكمة أو يعينه قنصل ليبيا في الخارج، يثبت فيه عجز السفينة عن الملاحة. ٢- أن يتم البيع وفقا لتعليمات مالك السفينة إن وجدت أو بالمزاد العلني.

أما المشتري قد يكون شخص طبيعي أو شخص اعتباري يحمل الجنسية الليبية، وقد يكون المشتري أجنبيا، إلا أن المشرع وضع قيودا نص عليها في المادة (٧٣) من القانون البحري تتعلق ببيع السفينة إلى الأجنبي، إذ يتعين على مالك السفينة الليبية إذا أراد بيعها لأجنبي أن يخطر السلطات الليبية المختصة، ويحق لهذه السلطات أن تعترض على التصرف حماية للمصلحة العامة أو لحقوق الغير خلال ستين يوما من إعلامها بالعزم على ذلك، كما يحق لها أن تستملك السفينة مقابل ثمن معقول، وعلى السلطات المختصة أن تعلن العزم على الشراء عند إبلاغها به، ويجب أن تقدم للسلطات الاعتراضات على ذلك خلال ثلاثين يوما من الاعلان (١).

وتطبق الأحكام ذاتها إذا آلت السفينة الليبية لأجنبي بطريق الإرث أو الوصية أو إذا فقد صاحبها جنسيته الليبية ، ولا يجوز بيع السفينة المحجوزة أو المرهونة في الخارج إذا كان

المشتري أجنبيا إلا بموافقة السلطات المختصة (١)، ويُعد مالك السفينة مرتكب جريمة خيانة الأمانة إذا باع سفينته المرهونة في ليبيا إلى شخص أجنبي في الخارج (٢).

ويترتب على بيع السفينة إلى شخص أجنبي سقوط الجنسية الليبية عن السفينة، ويتعين على البائع إرجاع سند الملكية إلى مكتب تسجيل السفينة خلال خمسة عشر يوما إذا كان البيع داخل ليبيا، وخلال ثلاثة أشهر إذا كان البيع تم خارج ليبيا ليقوم بشطبها من سجل السفن وإلغاء صحيفة السجل الخاص بالسفينة طبقا لنص المادة (١٧) من القانون البحري الليبي.

فإذا انعقد عقد بيع السفينة رتب آثاره بين المتعاقدين، حيث يلتزم المشتري بدفع الثمن المتفق عليه واستلام السفينة، ويلتزم البائع بتسليم السفينة إلى المشتري بمجرد العقد أو في الميعاد المتفق عليه، ويلتزم أيضا بضمان العيوب الخفية الموجودة في السفينة طبقا للقواعد العامة ما لم يتم الاتفاق على إعفاء البائع أو يثبت وجود غش أو تعمد بإخفاء العيب، ويلتزم البائع بضمان التعرض المادي أو القانوني الصادر عنه وضمان التعرض القانوني الصادر عنه وضمان التعرض القانوني الصادر عن الغير، ويلتزم كذلك بضمان الاستحقاق.

#### المطلب الثاني: بناء السفينة

القانون البحري الليبي لم ينظم أحكام عقد بناء السفن، باستثناء ما نصت عليه المادة (٦٦) بخصوص جواز رهن سفينة وهي في طور البناء، وقد أشار قانون النشاط التجاري في المادة (٤٠٩) إلى تجارية بناء السفن أو بيعها أو شرائها أو استئجارها بحكم القانون، وهذه الأعمال تعد تجارية بالنسبة للباني، أما بالنسبة لطالب البناء قد يكون بناء السفينة عملا تجاريا

انظر المادة (v = 1) من القانون البحري الليبي -

انظر المادة ( $\mathbf{Y}$ ) من القانون البحري الليبي.

لأغراض نقل الركاب أو السلع أو لصيد الأسماك، وقد تكون هذه الأعمال لغرض غير تجاري كمن يتفق على بناء سفينة للنزهة خاصة به.

وبناء السفن كسبب من أسباب كسب الملكية في الوقت الراهن يتم من الناحية العملية بطرقتين.

أولا - طريقة البناء المباشر، حيث يتكفل الباني أو المجهز ببناء السفينة بنفسه وتوفير المعدات ومواد البناء والأيدي العاملة المتخصصة، وهذا النوع من البناء يقتصر على بناء السفن الصغيرة المخصصة لصيد الأسماك أو للنزهة، وهذه الطريقة لا تثير أية مشكلة حيث تكون ملكية السفينة لشخص واحد وتعتبر ملكا للباني من بداية البناء حتى مرحلة الانتهاء من بناء السفينة، وطريقة البناء المباشر بدأت تختفي في الوقت الحاضر بسبب ضخامة حجم السفن وتطور المعدات اللازمة للبناء وعدم توفر المواصفات الفنية المطلوبة في السفن التي قد لا تتوفر لدى الباني (١).

ثانيا- طريقة البناء غير المباشر، وبموجبها يتعاقد شخص مع مصنع متخصص لبناء سفينة طبقا للموصفات التي يحددها طالب البناء وتسليمها له فور الانتهاء من البناء مقابل دفع الثمن يتم دفعه على أقساط من بداية إبرام عقد البناء حتى الانتهاء من بناء السفينة.

والطريقة الثانية قد تثير مشاكل قانونية تتعلق بطبيعة العقد المبرم بين المصنع وطالب البناء، إذ برز التساؤل حول طبيعة عقد بناء السفينة هل يُعد عقد مقاولة أم عقد بيع شيء مستقبل، لذا يتعين بيان هذه المسائل على النحو الآتي:

فإذا تم تكييف عقد بناء السفينة بأنه عقد مقاولة، فإن طالب البناء يكون هو مالك السفينة من بداية مرحلة البناء وعليه تقع تبعة هلاك السفينة، إلا أن هذا التكييف معيب وذلك

<sup>1 –</sup> د/ طالب حسن موسى، القانون البحري،دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، ٢٠٠٧ ، ص ٤٧.

لان طالب البناء لا يقوم بالإشراف المباشر على المصنع في تنفيذ عقد بناء السفينة كما هو الشأن في عقود المقاولة المعتادة بحيث تؤول ملكية ما تم بناؤه تباعا إلى طالب البناء.

أما إذا تم تكييف عقد بناء السفينة باعتباره عقد بيع، وهذا ما استقر عليه الرأي الراجح، فإن طالب البناء لا يكون هو مالك السفينة إلا إذا تم الانتهاء من بناء السفينة، لذا اعتبر عقد بيع أشياء مستقبلية الذي أجازته الفقرة الأولى من المادة (١٣١) من القانون المدنى الليبي.

وعليه يترتب على هذا التكييف النتائج الآتية : يترتب على اعتبار أن عقد بناء السفينة عقد بيع أشياء مستقبلية أن ملكية السفينة لا تنتقل إلى طالب البناء إلا بالتسليم، ويتحمل المصنع تبعة هلاك السفينة قبل تسليمها إلى الشخص طالب البناء، ما لم يكن الهلاك قد حصل بعد اعذرا طالب البناء بتسلم السفينة ففي هذه الحالة يتحمل طالب البناء تبعة الهلاك طبقا لما تنص عليه المادة (٤٢٦) من القانون المدنى، وإذا حكم بشهر إفلاس المصنع فلا يجوز لطالب البناء استرداد السفينة من التفليسة لأنها مازالت ملكا للمصنع، ويلتزم المصنع بضمان العيوب الخفية الموجودة في السفينة كما يلتزم بضمان الصفات والمواصفات المطلوبة وقت التسليم (١).

المبحث الثاني: صور ملكية السفينة

تتعدد صور ملكية السفينة، فقد تكون ملكية فردية بواسطة شخص طبيعي أو شخص اعتباري من أشخاص القانون الخاص كالشركات أو من أشخاص القانون العام كسفن الدولة عن طريق احد مؤسساتها أو شركاتها التي تأسست على نمط الشركات الخاصة ، أو تكون ملكية

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> - راجع – د/ لطيف جبر كوماني، القانون البحري، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع و دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، ٢٠٠٣،ص ٢٥.

727

السفينة جماعية أو ملكية على الشيوع عن طريق شراء مجموعة من الأشخاص لسفينة واحدة واشتراكهم في ملكيتها، أو يكون الشيوع ناتجا عن طريق الميراث أو الوصية أو الهبة.

فقد كان استغلال السفن في الملاحة البحرية في السابق يقتصر على ملكية الأفراد للسفن، وبتطور صناعة السفن وتعقيداتها ولمواجهة الأعباء المالية والفنية للاستغلال البحري بدأت ملكية الشركات تحل محل الملكية الفردية، واقتصرت الملكية الفردية على السفن الصغيرة وسفن النزهة أو الصيد، وهذه الصور لملكية للسفن لا تثير مشاكل أو صعوبات قانونية تحتاج إلى تفصيل فهي تخضع للقواعد العامة.

وعليه سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين، تناول الملكية الشائعة للسفينة في المطلب الأول، وندرس ملكية الدولة للسفن في المطلب الثاني.

# المطلب الأول: ملكية السفينة على الشيوع

القانون البحري الليبي لم ينظم أحكام الملكية الشائعة للسفينة بشكل مفصل، باستثناء بعض الأحكام المتعلقة بأخذ رأي الأغلبية بصحة قرارات المالكين المنصوص عليها في المادة (١١٠) لمصلحة الشركاء، والمادة (١١١) المتعلقة بمدى مسؤولية المالك، لذا تخضع الملكية الشائعة للسفينة لأحكام القانون المدنى.

عليه سوف نتعرف على الملكية الشائعة للسفينة من خلال بيان تعريف الشيوع وطبيعة الشيوع في السفينة ثم إدارته وكيفية انقضائه.

### أولاً تعريف الشيوع البحري.

عرفت المادة (٨٣٤) من القانون المدني الليبي الشيوع على انه (إذا ملك اثنان أو أكثر شيئا غير مفرزة حصة كل منهم فيه، فهم شركاء على الشيوع وتحسب الحصص متساوية إذا لم يقم دليل على غير ذلك)، وعليه إذا اشترك أكثر من شخص في ملكية كل جزء من أجزاء سفينة دون أن تكون حصة كل واحد منهم مفرزة كانوا شركاء على الشيوع في ملكية

السفينة، سواء كان الشيوع اختياري كملكية السفينة عن طريق الشراء، أو كان الشيوع إجباري عن طريق الميراث أو الوصية أو الهبة. وبطبيعة الحال السفينة تُعد من الأموال الشائعة التي لا تقبل القسمة بطبيعتها، وبالتالي لا يمكن أن يكون لكل مالك حصة مفرزة فيها، حيث جرى العرف البحري على تقسيم السفينة إلى أربع وعشرون جزء أو قيراط، تكون حصص الشركاء متساوية ما لم يقم الدليل على عدد الأجزاء التي يملكها الشريك، وعليه يستطيع كل شريك أن يرتب على نصيبه أو على الأجزاء التي يمتلكها الحقوق العينية الأصلية أو التبعية بشرط عدم الأضرار بالآخرين (۱).

# ثانيا- طبيعة الشيوع البحري.

724

اختلفت الآراء حول طبيعة الشيوع في ملكية السفينة، ما إذا كان يعتبر نوعا من أنواع الشركات التجارية أم يعد نوعا من الشيوع العادي.

جانب من الفقه والقضاء الفرنسي يرى أن الشيوع البحري شركة تجارية ذات شخصية معنوية مستقلة موضوعها استغلال السفينة (٢)، على اعتبار أن إشهارها القانوني يتم بمقتضى السند الرسمي الذي تحصل عليه السفينة من الجهة التي تولت تسجيلها في سجل الخاص بالسفن، ولأنها تتمتع بنفس النظام المتبع في إدارة شركات الأموال من خلال تقديم الحصص والمساهمة في استغلال السفينة لتحقيق الأرباح.

وقد انتقد هذا الرأي على أساس أن الشيوع البحري قد لا يتوافر فيه نية الاشتراك المطلوبة في الشركات، ويضاف إلى ذلك مسؤولية الشركاء المشتاعين غير محدودة بمقدار السفينة بل يسألون في كل أموالهم وهذا يتعارض مع طبيعة المسؤولية في شركات الأموال،

 $^{2}$  – راجع د/ طالب حسن موسى، القانون البحري، مرجع سابق، ص  $^{2}$  0.

<sup>.</sup> -1 محمد السيد الفقى، القانون البحري، مرجع سابق، ص -1

722

وكذلك لا ينشا عن الشيوع البحري شخص معنوي تنتقل إليه ملكية السفينة بل يبقى كل شريك مالكا لحصته في السفينة يستطيع التصرف بها كيفما يشاء(١).

ويذهب جانب أخر من الفقه العربي إلى اعتبار الشيوع البحري يُعد نوعا من الشيوع العادي افرد له المشرع تنظيما يكفل إدارته واستغلاله ضمن القانون البحري، فإذا وجد نقص يتم الرجوع إلى القواعد العامة في الشيوع المدني<sup>(٢)</sup>، فلا يُعد الشيوع البحري شركة تجارية لعدم اكتسابها الشخصية القانونية المستقلة عن شخصية الشركاء المشتاعين و لعدم توفر نية الاشتراك في تأسيس شركة تهدف لتحقيق الأرباح، وبشكل خاص في الشيوع الإجباري<sup>(٣)</sup>. ثالثا— إدارة الشيوع البحري.

إدارة الملكية الشائعة للسفينة إما تكون جماعية من الشركاء المشتاعين، وإما تكون إدارة الشيوع البحري عن طريق المدير المجهز سواء أكان ذلك بواسطة احد الشركاء أو عن طريق شخص أجنبي من غير الشركاء على التفصيل الآتي :

1-إدارة جماعية للسفينة، الأصل أن إدارة السفينة يكون من حق الشركاء مجتمعين، حيث تقضي القواعد العامة بأن تكون إدارة المال الشائع من حق الشركاء مجتمعين ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك طبقا لنص المادة (٨٣٦) من القانون المدني الليبي، فإذا اتفق الشركاء جميعا على إدارة السفينة فلا توجد مشكلة في ذلك، أما إذا اختلف الشركاء على إدارة السفينة، فيجب اعتماد رأي أغلبية الشركاء في كل ما يتعلق بمصلحتهم المشتركة في أعمال الإدارة المعتادة للسفينة، كتعيين الربان والملاحين أو إبرام عقود التأمين أو تأجيرها أو إصلاحها، وقد نصت على ذلك الفقرة الأولى من المادة (١١٠) من القانون البحري، والأغلبية المطلوبة هي أغلبية الأنصبة التي تزيد قيمة حصصهم على نصف قيمة السفينة وليست الأغلبية العددية.

<sup>.</sup> -1 محمد السيد الفقى، القانون البحري، مرجع سابق، ص -1

<sup>.</sup> وراجع المواد (۸۵۸–۸۳٤) من القانون المدنى الليبي.  $^2$ 

<sup>.</sup>  $^{3}$  – راجع د/ عبد القادر حسين العطير، الوسيط في شرح قانون التجارة البحرية، مرجع سابق،  $^{3}$  - 0.

720

أما إذا كان القرار المطلوب هو إبرام عقد رهن على السفينة فلا يصح هذا الرهن إلا إذا اتخذ القرار من غالبية أصحابها التي تزيد قيمة حصصهم على نصف قيمة السفينة وإذا كانت هذه الأغلبية في نفس الوقت تمتلك ثلاثة أرباع السفينة طبقا لما نصت عليه المادة (٦٣) من القانون البحري.

وقد وفر المشرع الحماية للأقلية من قرارات أغلبية الشركاء المشتاعين في السفينة بتخويلهم حق اللجوء إلى القضاء بطلب بطلان القرار الذي اتخذته الأغلبية إذا اثبتوا أن الأغلبية قد تعسفت في استعمال حقها بأن تعمدت الأضرار بهم، أو أن الأغلبية قد انحرفت عن تحقيق المصلحة المشتركة للشركاء، كما يحق لهم طلب التعويض إذا تم تنفيذ القرار، ويجوز لكل شريك إذا رفض قرار الأغلبية أن يتبرأ من الالتزامات الناتجة عنه بتخليه عن حصته لبقية الشركاء، حيث توزع حصته عليهم بنسبة حقوق كل واحد منهم في السفينة تطبيقا لما جاء في الفقرة الثانية من نص المادة (١٩١١) من القانون البحري.

أما في الأعمال التي تخرج عن الإدارة المعتادة للسفينة، كبيع السفينة أو وقف نشاطها الملاحي، أو تغير غرض السفينة من النقل التجاري إلى الصيد البحري أو العكس، أو تغير جنسية السفينة، أو ما يناقض شروط عقد التجهيز، فيجب اتخاذ القرارات بالإجماع من جميع الشركاء المشتاعين، وقد نصت على ذلك الفقرة الثانية من المادة (١١٠) من القانون البحري بالقول (على أن القرارات بتغير غاية التجهيز والقرارات المناقضة لشروط العقد لا تكون صحيحة إلا إذا اتخذت بالإجماع)، فلا تملك الأغلبية اتخاذ قرارات تهدف منه الخروج على الإدارة المعتادة للسفينة كقرار بيع أو إنهاء استغلال السفينة أو تغير طبيعة عملها.

وبهذا اختلف القانون البحري عن قاعدة الأغلبية المنصوص عليها في المادة (٨٣٨) من القانون المدني والتي تقرر (للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع، أن يقرروا في سبيل تحسين الانتفاع بهذا المال من التغيرات الأساسية والتعديل في

الغرض الذي أعد له ما يخرج عن حدود الإدارة المعتادة على أن يعلنوا قراراتهم إلى باقي الشركاء).

٢- إدارة السفينة من المدير المجهز، قد يتفق جميع الشركاء على اختيار احدهم لإدارة السفينة أو بناء على قرار صادر من أغلبية ملاك نصف السفينة دون اعتراض من بقية الشركاء تطبيقا للقاعدة العامة الواردة في نص المادة (٨٣٦) من القانون المدني، أو تُعهد إلى شخص من الغير يكون أكثر خبرة و إلمامًا بالعمل البحري يُعرف بالمدير المجهز ليتولى إدارة واستغلال السفينة بما يحقق المصلحة المشتركة لجميع الشركاء، ويجوز للمحكمة عند الضرورة أن تعين مديرا للسفينة بناء على طلب احدهم في حالة وجود خلاف بين الشركاء المشتاعين على اختيار من يتولى إدارة واستغلال السفينة.

والمدير المجهز قد يتم تعيينه في عقد الشيوع أو يتم تعيينه في اتفاق مستقل بين الشركاء المشتاعين في السفينة ليقوم بأعمال الإدارة المعتادة دون أعمال التصرف كبيع السفينة أو رهنها إلا إذا كان لديه تفويض خاص من الملاك للقيام بها، حيث نصت المادة (١١٢) من القانون البحري على انه ( لا يجوز لمجهز السفينة المكلف بإدارتها وتجهيزها من قبل أصحابها أن يبيع السفينة أو أن يعقد تأمينا عليها ما لم يفوضوا إليه ذلك بتفويض خاص غير انه يجوز له أن يعقد ضمانا عليها ضمن صلاحياته العامة).

وفي حالة تعيين أكثر من مدير يجب أن يعملوا مجتمعين في إدارة السفينة، ما لم يكن هناك اتفاق بين أصحاب السفينة ينظم عملهم، ويجب تسجيل وشهر اسم المدير أو المديرين في حالة التعدد في سجل السفينة استنادا إلى الفقرة (٩) من المادة (١٠) من القانون البحري(١).

<sup>1 -</sup> د/ محمد السيد الفقي، القانون البحري، مرجع سابق، ص ١٢٥.

فيكون للمدير المجهز القيام بأعمال الإدارة المعتادة التي يتطلبها استغلال السفينة مثل تعيين الربان والتعاقد مع الملاحين، وإبرام عقد النقل أو عقد التأمين، وتجهيز السفينة بالوقود والمؤن، وتمثيل أصحاب السفينة أمام القضاء في كل ما يختص بالتجهيز والرحلة (١).

ويعتبر المدير المجهز وكيلا عن ملاك السفينة، وصلاحيات المدير قد يتم الحد منها أو تقيدها من قِبل أصحاب السفينة، وهذه القيود لا يمكن الاحتجاج بها أمام الغير الذي تعاقد مع المجهز بحسن نية تطبيقا للمادة (١١٣) من القانون البحري والتي نصت على (إذا كانت صلاحيات المدير قد حصرت بناء على تعليمات خاصة من أصحاب السفينة فلا يحتج بهذا الحصر على الغير الذي جهله وتعاقد مع المجهز عن حسن نية)، وبما أن المدير المجهز يُعد وكيلا مفوضا فانه يكون مسئولا في مواجهة ملاك السفينة عن أخطائه في الإدارة، ويتعين على المدير أن يقدم حسابا عن أعماله إلى الشركاء، ويحق لكل مالك أن يناقشه في هذا الحساب وعند إخلاله بهذا الواجب يحق للملاك عزله ومطالبته بالتعويض إن كان له مقتضى.

رابعا- انقضاء الشيوع البحري.

ينقضي الشيوع البحري إما باتفاق الشركاء على إنهاء حالة الشيوع وبيع السفينة لأحدهم أو لشخص أخر، وإما بانقضاء المدة المحددة للشيوع البحري، وإما بحكم يصدر من المحكمة ببيع السفينة بالمزاد العلني في حالة وجود خلافات بين الشركاء تتعلق باستغلال السفينة، وإما بحكم الواقع كهلاك السفينة أو عدم صلاحيتها للملاحة البحرية أو مصادرتها من قبل السلطات المختصة في حالة مخالفتها للقانون أو إذا تم الاستيلاء عليها من قبل العدو.

ولا ينقضي الشيوع البحري بوفاة احد الشركاء أو إفلاسه أو إعساره أو الحجز عليه، لان الشيوع في السفينة لا يُعد شركة تجارية كما تبين لنا فيما سبق.

\_

أ - انظر الفقرة الثانية من نص المادة (١١٢) من القانون البحري الليبي، د/ عبد القادر حسين العطير، الوسيط في شرح قانون التجارة البحرية، مرجع سابق، ص٠٠٠.

وبشكل عام تطبق القواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني فيما يتعلق بإنهاء حالة الشيوع وقسمة الأموال المشتركة بين الشركاء (١).

المطلب الثاني: ملكية الدولة للسفن

تتنوع السفن التي تمتلكها الدولة إلى سفن حربية أو سفن مخصصة للخدمة العامة وسفن تجارية تستخدم للاستغلال البحري.

أولا – السفن الحربية والعامة، وهذه الأنواع تخضع في نشاطها إلى قانون خاص بها أو تحكمها الاتفاقيات الدولية، إذ تتمتع بحصانة قضائية تمنع الحجز عليها أو مقاضاتها أمام محاكم الدول الأجنبية لأنها تمثل سلطة الدولة وسيادتها، ومع ذلك يجوز مقاضاتها أمام محاكم الدولة التي تمتلك السفينة ورفع الدعوى عليها من قبل صاحب المصلحة للمطالبة بالتعويض، دون الحجز عليها (<sup>۲)</sup>، في حالة الدعاوى المتعلقة بالحوادث البحرية كالتصادم البحري وتقديم المساعدة والإنقاذ والدعاوى المتعلقة بالإصلاحات أو التوريد أو غيرها من العقود المتعلقة بالسفينة.

ثانيا – السفن التجارية، بالإضافة إلى السفن الحربية والسفن المخصصة للخدمة العامة، الدولة قد تمتلك سفن تجارية أو تستأجرها وتستخدمها في الاستغلال البحري، مما قد يثير صعوبات أو مشاكل قانونية تتعلق بمدى مقاضاتها أمام محاكم الدول الأخرى، وهل يجوز الحجز عليها في حالة حصول نزاع يتعلق بالسفينة؟ أي هل تخضع هذه السفن عندما تمارس نشاطها التجاري لقواعد وأحكام القانون البحري؟

 $^2$  نصت المادة (۸۷) من القانون المدني (۱ – تعتبر أموالا عامة، العقارات والمنقولات التي للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة والتي تكون مخصصة للمنفعة العامة بالفعل أو بمقتضى قانون أو قرار،.....  $\Upsilon$  – وهذه الأموال لا يجوز التصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم).

أ - راجع تفاصيل ذلك د/ جمعة محمود الزريقي، الحقوق العينية الأصلية والتبعية في التشريع الليبي، الجزء الأول، مطبعة الازدهار مصراته، ليبيا، الطبعة الثالثة، ٢٠١٠، ص ١٣٠ وما بعدها.

اختلف قضاء الدول وانقسم إلى اتجاهين، الاتجاه الانجليزي يأخذ بحصانة سفن الدولة التجارية وتمتعها بحصانة السفن الحربية، فلا يجوز مقاضاة سفن أجنبية أمام القضاء الوطني ولو كان الأمر يتعلق بسفن تجارية تمتلكها الدولة، أما الاتجاه الفرنسي يرى أن السفن التجارية التي تمتلكها الدولة لا تتمتع بحصانة السفن العامة بل تخضع للمقاضاة أمام محاكم الدول الأجنسة (١).

وقد تم تنظيم أحكام وقواعد السفن الخاصة المملوكة للدول في معاهدة بروكسل الدولية الصادرة ١٠ ابريل ١٩٢٦ الخاصة بتوحيد بعض القواعد الخاصة بحصانة السفن الحكومية والمعدلة بمعاهدة بروكسل الصادر ٢٤ مايو ١٩٣٤، حيث أشارت المادة الأولى على أن السفن التجارية التي تملكها الحكومات أو التي تستغلها والشحنات المملوكة لها وما تنقله هذه السفن من شحنات وركاب وكذلك الدولة التي تملك هذه السفن أو تستغلها، تخضع فيما يختص بالمطالبات المتعلقة باستغلال هذه السفن ونقل هذه الشحنات لنفس قواعد المسئولية ونفس الالتزامات التي تسري على السفن والشحنات الخاصة، وتنص المادة الثانية بأن تسري على هذه المسئوليات والالتزامات فيما يتعلق باختصاص المحاكم والدعاوى والمرافعات، نفس القواعد المقررة للسفن التجارية الخاصة وللشحنات الخاصة ولأصحابها، ويجوز للحكومات أن تثير كافة أوجه الدفاع والتقادم وتحديد المسئولية التي يمكن للسفن الخاصة ولأصحابها التمسك بها طبقا للمادة الرابعة من الاتفاقية (٢).

المراجع

أولا - الكتب القانونية

د/ سعيد بن سلمان العبري، القانون البحري العماني، دار النهضة العربية، مصر طبعة ١٩٩٤.

 $^{-1}$  - د/ عبد القادر حسين العطير، الوسيط في شرح قانون التجارة البحرية، مرجع سابق، ص $^{-1}$  .

<sup>2-</sup> د/ مصطفى كمال طه، القانون البحري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية مصر، طبعة ٢٠٠٠، ص ١٤٥.

- ٢. د/ طالب حسن موسى، القانون البحري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى الإصدار الثاني
   ٢٠٠٧.
  - ٣. د/ عبد الحميد الشواربي، قانون التجارة البحرية، منشاة المعارف بالإسكندرية، طبعة ٣٠٠٣.
- ٤. د/ عبد الفتاح مراد، الوسيط في القانون البحري، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية ،مصر، الطبعة الأولى ١٩٩٠.
- د. حبد القادر حسين العطير، الوسيط في شرح قانون التجارة البحرية، دار الثقافة للشر والتوزيع، الأردن،
   الطبعة الأولى، ٩٩٩٨.
  - ٢. د/ عادل على المقدادي، القانون البحري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الخامسة، ٢٠١١.
    - ٧. د/ عاطف محمد الفقي، قانون التجارة لبحرية، دار الفكر الجامعي، مصر، الطبعة الأولى ٢٠٠٧.
- ٨. د/ لطيف جبر كوماني، القانون البحري، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الثانية، الإصدار
   الثالث، ٢٠٠٣.
- ٩. د / مجيد حميد العنبكي، القانون البحري العراقي، بيت الحكمة، العراق، الطبعة الأولى، بغداد، العراق،
   ٢٠٠٢.
  - ١٠. د/ محمد السيد الفقى، القانون البحري دار الجامعة الجديدة، مصر، الطبعة الأولى، ٢٠٠٧
- ١١. ١/ محمد طه البشير، د/ غني حسون طه، الحقوق العينية، الجزء الثاني، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة،
   الطبعة الرابعة، ٢٠١٠.
  - ١٢. د/ مصطفى كمال طه، القانون البحري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، طبعة ٢٠٠٠.

#### ثانيا - التشريعات

- 1. قانون البحري الليبي لسنة ١٩٥٣.
- ٢. قانون التجارة البحرية العراقي لسنة ١٨٦٣.
- ٣. قانون التجارة البحرية الكويتي رقم ٢٨ لسنة ١٩٨٠.
- ٤. قانون التجارة البحرية المصري رقم ٨ لسنة ١٩٩٠.
  - ٥. القانون المدنى العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١
    - ٦. القانون المدنى الليبي لسنة لسنة ١٩٥٣
  - ٧. قانون النشاط التجاري رقم ٢٣ لسنة ١٠١٠
- ٨. معاهدة بروكسل الدولية الصادرة ١٠ ابريل ١٩٣٦ الخاصة بتوحيد بعض القواعد الخاصة بحصانة السفن
   الحكومية والمعدلة بمعاهدة بروكسل الصادر ٢٤ مايو ١٩٣٤

# الكارثة الطبيعية ...بين الواقع والضرورة الدستورية

أ.م.و. منجر منصور الحلو

## المبحث التمهيدي: ماهية حالة الضرورة

لاشك ان لنظرية الضرورة ارتباطا وثيقا بحالة الكارثة الطبيعية موضوع البحث. اذ ان هذه الاخيره ماهي الا نوع من الاحوال الاستثنائية التي تنطوي عليها نظرية الضروره مما يجعل من المفيد جدا استعراض عام لمفهوم الضروره ومفهومها في القانون الدستوري ، وصولا لحالة الكارثة الطبيعية والبحث فيهما وفقا لما يأتي من الفروع التي سيتناولها هذا المبحث.

# الفرع الاول: مفهوم نظرية الضروره.

تبنى نظرية الضروره من الناحية القانونية على وجود خطر جسيم وحال يهدد كيان الدولة او سلامتها ، حتى ان النظام القانوني بما يحويه من قواعد قانونية متعدده ومتنوعه لا يمكنها ان تكون كافية لمواجهة هذا الخطر . ويكون هذا الخطر الجسيم الحال في مجال القانون الدستوري خارجيا كالحرب او داخليا كالثورة او العصيان المسلح او الاضطرابات او الكوارث التي لايجدي التنظيم القانوني القائم مواجهتها .

ومايستشف، ان حالة الضرورة من اجل قيامها ، لابد من ان تستند الى ركنين ، الاول موضوعي، يتعلق بالخطر الذي تواجهه الدولة، ويتمثل في وجود فعل او مجموعة افعال تشكل خطرا يهدد مصلحة جوهرية معتبره قانونيا وبحيث لا يكون لادارة صاحب المصلحة المهدده دخل في وقوع هذا الفعل او تلك الافعال. اما الركن الاخر فهو ركن شخصي، ويتمثل في رد الفعل ازاء الفعل للخطر الجسيم الحال في الركن الاول (الموضوعي)، بحيث ان صاحب الحق الذي يحق به الخطر ويتهدده يجد نفسه امام طريقين لا ثالث لهما، اما ان يخرق القانون لكي يحمي

 <sup>1</sup> د. يسري محمد العصار ، نظرية الضروره في القانون الدستوري والتشريع الحكومي في فترات ايقاف الحياة النيابية ،
 دار النهضة العربية \_ القاهرة، مصر ، ١٩٩٥، ص. ١٠ ـ ١١.

حقه، او ان يهدر الحق لكي يحافظ على القانون، وهو في كلا الطريقين امام حالة من الاختيار'.

ايا ما كان مفهومها، فأن حالة الضروره تعرف بانها: ((تلك الحالة من الخطر الجسيم الحال الذي يتعذر تداركه بالوسائل العادية مما يدفع السلطات القائمة ان تلجا الى الوسائل القانونية والاستثنائية لدفع هذا الخطر ومواجهة الازمات...) .

المبحث الثاني: موقف الفقة من نظرية الضروره

انقسم الفقه ما بين مؤيد ورافض لنظرية الضروره وكل من الفريقين كان له حجه التي تؤيد وجه النظر التي يتبناها.

اما المؤيدون لنظرية الضروره، فقد انقسموا على نفسهم، ومنهم من يرى ان الضروره لايمكن ان تكون اساسا للخروج عن القواعد القانونية، لكنهم يذهبون الى ان للضروره اساسا من الواقع او السياسة. ومن الفقهاء الفرنسيين الذين قالو بهذا الاتجاه (ايمان) و(باتلمي ودويز) و(كارية وي مالبير).

ومنهم من ذهب الى موقف مؤيد وبشده لنظرية الضروره فبهذا الاتجاه كان موقف الفقه الالماني ومنهم من الفقه الفرنسي . هذا الاتجاه يرى ما قال به (هيكل) من ان الدولة هي ارادة الله على الارض وهي الحقيقة المطلقة غير المحدودة وانها الوحيدة التي يكون لها وجود موضوعي، اما الفرد فليس له وجود موضوعي ولا يمكن ان يكون له وجود الا لكونه عضوا في الدولة. ولا يمكن ان يكون له وجود الا لكونه عضوا في الدولة. ويمكن ان يكون لحياته معنى الا اذا كان ضمن اطار الدولة، وبالنسبة للقانون فهو التعبير عن روح الدولة لاتلتزم بالقانون بناءا على ذلك الا بارادتها الذاتية، وبهذا فأن الدولة يمكن لها بل تهدر القانون في حال واجهها خطر ما لان القانون هو تعبير عن ارادة الدولة ووسيلة لحمايتها ولا يمكن ان تقدم الوسيلة على الغاية وهذا ما جاء به (يللنك) و(اهرنك) من تطور لافكار

2-حسن ضياء الخلخالي ، نظرية الضرورة كاستثناء يرد على مبدأ سمو الدستور، اطروحة دكتوره ، كلية القانون جامعة بغداد، ٢٠٠٦ ، ص٣٣.

<sup>1</sup> د. يحيى الحمل، نظرية الضروره في القانون الدستوري، دار النهضة العربية \_ القاهره ، مصر، دون سنة طبع، ص9\_٠١.

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup>لتفضيل ينظر: د يحيى الجمل ، نظرية الضروره ، مصدر سابق ، ص٢٣ ومابعدها.

(هيكل) ومن الفقة الفرنسي الذي ذهب الى اتجاه مشابه للفقه الالماني السابق كان من (دكي)، و (هوريو)، الا انهما لم يتطابقا تماما مع المدرسة الالمانية ٢.

بالنسبة للقسم الثاني (الرافض) لنظرية الضروره وخلجهم من الفقه الانكلوسكسوني ، فهم يرون بان سيادة البرلمان وحصر الاختصاصات المهمه بين يديه هو التطور الذي يستمر فيه النظام الدستوري الانكليزي ، واي حاله لمنح الاختصاصات للسلطة التنفيذية فان ذلك يكون غير ديمقراطي ويسير بعكس التطور المنشود بغض النظر عن اي اعتبار نظري او فلسفي فسيادة القانون هي الاساس الذي لايمكن الخروج عليه في جميع الاحوال الاعتيادية او الاستثنائية. وهذه القاعدة (سيادة البرلمان) نشأن عن قاعدة عرفية قانونية لا تقل شأنا عن باقي القوانين العرفيه التي تسوداعمال الدولة والافراد كافه . وذلك بحكم المبدأ الاساس الموصوف (سيادة القانون)، حتى صدرت لائحة الحقوق في سنة ١٦٨٩ والتي صرحت بسيادة البرلمان بجانب سيادة القانون عليه القانون القانون القانون القانون القانون القانون الموصوف المهادة القانون القانون القانون القانون الموصوف المهادة القانون القانون القانون القانون الموسوف القانون القانون القانون القانون الموسوف القانون القانون القانون القانون القانون الموسوف القانون الموسوف الموسوف القانون القانون القانون القانون القانون الموسوف القانون القانون القانون القانون المهام الدولة والافراد كافه القراد القراد كافه الموسود القراد كافه القرا

الا ان ذلك لا يعني ان البرلمان هو من يقوم بمواجهة حالة الضروره بنفسه ، نظرا لضمور قاعدة امتيازات التاج (Prerogatives of the crown) في مقابل استقرار مبدأ سيادة البرلمان ، فان البرلمان اخذ على عاتقه مهمة اصدار قوانيين تخول السلطة التنفيذية من الصلاحيات ما يمكنها من مواجهة الضروف الاستثنائية ، حتى لو كان ذلك بخلاف وثائق دستورية نظرا للطبيعة المرنه للنصوص الدستورية البرطانية . وهذه القوانين تقارب قوانيين السلطة الكاملة والتي تعرف بقوانين الطوارئ (Emergency Acts) ، اذن فالحكومة لا تستطيع ان تتصرف في اوقات الازمات الا بناءأ على اذن مسبق من البرلمان يمكنه من التصرف بناءا اصدار الانظمة ، وعلى ان تعرض هذه القرارات والاوامر على البرلمان بعد انتهاء الظروف الاستثنائية لغرض اقرارها او الغائها .

1. يسرى مخمد الحصار ، مصدر سابق ، ص ١٥ ومابعدها .

<sup>1</sup> المصدر السابق ص13

 $<sup>^{2}</sup>$  د يحيى الجمل ، المصدر السابق و  $^{2}$ 

 <sup>4 .</sup> رباط، الوسيط في القانون الدستوري العام ، ج ،ط، دار العلم للملاييين - بيروت ،دون سنة طبع ص١٧٨ - ١٧٩

 $<sup>^{5}</sup>$  د يحيى الجمل ، مصدر سابق ، - ۲  $^{-}$  ۲ د يحيى الجمل ، مصدر

من كل ذلك ما لايمكن القول ان نظرية الضروره ، هي الاطار العام الذي تنطوي ضمنه كل ما يمكن ان يعتري الدولة من ظروف غير اعتيادية قد تهدد سلامة وأمن الدولة . سواء كانت هذه الظروف تمثل ما متعارف عليه من ظروف الحرب والاضطراب وغيرها . او ظروف من نوع اخر تمثل ما يسمى بالكارثة الطبيعية موضوع البحث .

# المبحث الاول: ماهي الكارثة الطبيعية

قد يحدث كما قلنا ان تواجه الدولة ظروفا غير طبيعية تجعل من عمل مؤسساتها في حالة من الارتباك او الشلل بما ينذر بخطر يهدد كيانها ككل . وتتنوع هذه الاخطار من حيث اهميتها وانواعها . فقد تكون خطرا عسكريا يواجه هذه الدولة ، او خطرامرده الطبيعة ذاتها .اما ما يخص موضوع الدراسة ، سنحاول التركيز حول الاخطار التي يكون للطبيعة اليد الطولى في احداثها والتي تواجهها الدولة بوسائل مختلفة.

## المطلب الاول: مفهوم الكارثة الطبيعية

تعددت التعريفات الفقهية التي تناولت الكارثة الطبيعية وما يشتبه بها من المصطلحات القريبة منها نسبيا من حيث المعنى ، لذلك سنحاول التعريف بالكارثة ومن ثم تمييز الكارثة الطبيعية مما يشتبه بها من المصطلحات الاخرى.

#### الفرع الأول: تعريف الكارثة الطبيعية

يمكن تعريف الكارثة الطبيعية بانها (حدث مفاجئ ينجم عنه خسائر كبيرة في الارواح والممتلكات ويتطلب موارد وامكانيات لمواجهتهم تفوق الموارد والامكانيات التي تتمتع بها الدولة، وقد تكون بحاجة الى عون خارجي من الاخرين) $^{(1)}$ وتعرف ايضا (حدث مفاجئ غالبا مايكون بفعل الطبيعة يهدد المصالح القومية للبلاد ويخل التوازن الطبيعي للامور وتشارك في مواجهة كافة اجهزة الدولة  $^{(7)}$ .

(^)د. محمد هيكل، مهارات ادارة الازمات والكوارث والمواقف الصعبة، الهيأة المصرية العامة للكتب، ٢٠٠٦، ص٢٥.

 $a^{(1)}$ د. محمد الفاتح محمود بشير المغربي ، ادارة الازمات من منظور اداري ، امانه البحوث والتوثيق والنشر ، الخرطوم ، دون سنة طبع ، ص $\Lambda$ 

تعرف ايظا بانها: ((حدث طبيعي او من صنع الانسان مفاجئ او متوقع يؤثر بشكل كبير على الحياة الطبيعية مما يترتب على المجتمعات ان تتخذ اجراءات استثنائية لمجابهته بقدراتها الذاتية ا وبمساعدة خارجية)) (۳).

وتعرف ايظا بانها: ((حدث او واقعه مفاجئة ناتجة عن ظواهر الطبيعة او بفعل الانسان سواء كان اراديا او لا اراديا تسبب اظرار فادهه في الارواح او الممتلكات او في كليهما معا ... وتتطلب مواجهتها عملا قد يفوق امكاناتهم او قدراتهم.. وتتطلب تدخلا سريعا من جهات متخصصة تملك من الوسائل والامكانات بما يسمح لها بوقاية افراد المجتمع قبل وقوعه..)(1). وعرفها البعض: ((حالة محدده زمنيا ومكانيا ينجم عنها تعرض مجتمع باكمله او جزء من مجتمع الى اخطار مادية شديدة، وخسائر في الارواح تؤثر في البناء الاجتماعي بارباك حياته وتوقف توفير المستلزمات الضرورية واستمرارها ))(1).

وتعرفها المنظمة الدولية للحماية المدنية بانها (حادثة كبية ينجم عنها خسائر كبيرة في الارواح والممتلكات وتكون طبيعية ، مردها فعل الطبيعية ، وتتطلب مواجهتها معونة الحكومية الوطنية او على المستوى الدولي اذا كانت قدرة مواجهتها تفوق القدرات الوطنية) (٣)

من خلال هذه التعريفات المختلفة للكارثة الطبيعية يمكن استنتاج بعض العناصر المشتركة التي اشتملت عليها التعريفات السابقة للكارثة

1- انها حادث مفاجئ غير متوقع يواجه اي طارئ يصعب توقعه وهذا في الحقيقة ما يزيد من صعوبة مواجهتها. وبالنتيجة يتوجب اتخاذ الاجراءات الازمة والسريعة بقصد

http://www.odocd.gov.ae\magagine disaster.html.

<sup>(</sup>أمراجعة القوانين والتشريعات النافذه ذات العلاقة بالكوارث الطبيعية وادارتها ضمن منطقة العقبة الاقتصادية الخاصة، مشروع بناء القدرات الوطنية للتقليل من الخطر الزلزالي لمنطقة العقبة الاقتصادية الخاصة الاردن، يراجع الموقع الالكتروني: (http://www.preventionweb.net).

<sup>ً</sup> احمد محمد موسى الزهراني ، الاسس النظرية والعلمية لادارة الكوارث ومدى تطبيقها في ادارة الازمة، اكاديمية نايف العربية للعلوم الاسلامية ، ١٩٩٧ ، ص٢٤.

<sup>&</sup>quot;فهد احمد الشعلان، ادارة الازمات: الاسس، الراحل، الاليات، الوطنية للتوزيع — الرياضي، ٢٠٠٢، ص٣٤.

مصطفى جمعة شعبان، ثقافة الكارثة، ينظر الموقع الالكتروني:

- معالجتها او القضاء عليها تجنبا للخسائر التي قد يتعرض لها الافراد في الارواح او الممتلكات كالزلازل ، والفيضانات ، والبراكيين .. ألخ.
- ٢- انها حادثة بفعل الطبيعة المحض او انه حادث طبيعي ينتج عن عمل سابق من
   الانسان.
  - ٣- انها تؤدي الى خسائر للدولة في الارواح او الممتلكات او كليهما معا.
- ٤- انها حادثة قد تفوق امكانات الدولة المادية من حيث حجم الاضرار التي تختلفها مما
   يستدعي تدخلا دوليا لمساعدة الدولة في التخفيف من اضرارها.
- ان تكون اجراءات الدولة في مواجهتها تستهدف التقليل من الخسائر الى ادنى
   درجةممكنة.

# الفرع الثاني : انواع الكوارث الطبيعية

يمكن تقسيم الكوارث الطبيعية الي تقسيمات متعددة بالنظر الى مصدرها او حجم الاضرار التي تسببها او الى زمن حدوثها او مكانها . ولكن التقسيم العام الذي يمكن ان يكون تقسيم الصالح لموضوع البحث الاتى :

#### ١ - الكوارث الطبيعية التقليدية:

وقد تحدث الكوارث الطبيعية نتيجة لخلل قد يصييب التوازن الطبيعي من دون ان يكون للانسان دخل في حدوثها ، وقد يكون بالاحرى غير قادر اساسيا على السيطرة عليها او التنبوأ بها سلفا. كالزلازل امطار غزيرة وعواصف وانزلاقات ارضية والجفاف والتصحر وزحف الرمال.. الخ<sup>(۱)</sup>.

لكن يمكن ان يكون للانسان في هكذا نوع من الكوارث دورا في زيادة حجم الخسائر المترتبة على وقوعها بالاهمال وعدم اتخاذ الاحتياطات الملائمة لتفادي تلك الاثار الضاره او التخفيف من اثارها (٢)

(٢) مشعل عايض العتيبي ، فاعليه التخطيط الاستراتيجي بالدفاع المدني للحد من الكوارث الطبيعية، كلية الشرطة / جامعة نايف العربية للعلوم الامنية ، رسالة ماجستير ، ٢٠١١ السعودية ، ص٨٢.

<sup>(1)</sup> مراجعة القوانين والتشريعات النافذة ، المصدر السابق ، ص١٢.

وتكتسب هذه الكوارث الطبيعية بذاتها ( القدرية ) اهمية كبيرة من حيث تصاعد وتيرة حدوثها وشدتها، حيث اكدت منظمة الارصاد العالمية بمناسبة اليوم العالمي للوقاية من الكوارث الطبيعية في مختلف انحاء العالم انها تسير في خط بياني متصاعد رغم التقدم التكنولوجي الحالي، حيث ان الكوارث قد تسببت منذ عام ١٩٧٠ حتى عام ٢٠٠٠ في وفاة حوالي ثلاثة ملايين شخص والحاق الضرر بحوالي مليار شخص باضرار مختلفة الى جانب الخسائر المالية التي بلغت حوالي (٨٠) مليار دولار ، فقد حدث في عام ٢٩٩١ وحده (٢١٣) كارثة طبيعية كزلزال اليابان الذي اوقع (٢٠٠٠) قتيل وفيضانات كوريا الشمالية وتايلاند (٣) وبالرغم من كل هذه الخسائر فان الجمعية العامة للامم المتحدة قد اعلنت في قرارها رقم (٢٣٣٤) عام ١٩٩٠ انه اعتبرعقد التسعينات من القرن الماضي عقد الوقاية من الكوارث الطبيعية، فان العقد الاول من القرن الحالي كان عقد الكوارث الطبيعية بنتيجة لزيادة وتيره حصولها حجما وكما واثارها ، حيث حدث فيضان تسونامي في عام ٢٠٠٤

وزلازل الجزائر عام ٢٠٠٣ <sup>(٤)</sup> ويمكن ان تكون الامطار الغزيرة التي هطلت على العراق في ربيع عام ٢٠١٣ نوعا من الكوارث الطبيعية التي نقصدها هنا. حيث ادت الى فيضانات في عدة مدن عراقية.

#### ٢-الكوارث الطبيعية غير التقليدية:

هي الكوارث التي تقع من جزاء فعل يقوم به الانسان فيتحول فعله الى كارثة طبيعية . سواء اكان هذا الفعل الانساني عمدي او قد صدر عن اهمال مثل الحرائق العمدية واعمال التخريب المختلفة او بسبب مداهمة الاخطار الطبيعية لمواقع المصانع او الانفجار او التسرب الاشعاعي النووي ألخ..(١).

وهذا، ويمكن ان تكون الاضطرابات العامة والفتن والحروب والحوادث الارهابية نوعا من الكوارث الطبيعية غير التقليدية<sup>(۲)</sup>.

\_

<sup>&#</sup>x27;د. عباس ابو شامه عبد المحمود ، مواجهة الكوارث غير التقليدية ، ط ، الرياض ، ٢٠٠٩ و ص٣١–٣٢.

<sup>ً</sup>د. عباس ابو شامه عبد المحمود ، مواجهة الكوارث غير التقليدية ، ط ، الرياض ، ٢٠٠٩ و ص٣١–٣٢.

<sup>&</sup>quot;د. عباس ابو شامة ، مصدر سابق ، ص٢٣-٣٣.

<sup>·</sup> صرار جمال ، مصدر سابق ، ص٩٣٠ وما بعدها ،مشعل عايض العتيبي ، مصدر سابق ، ص٨٤.

لاشك ان لهذا النوع من مسببات متعدده ومصادر متنوعه لعل من اهمها التلوث بانواعه المتعدده والذي يمكن تعريفه بشكل بانه: (( التدهور الناشئ من الانشطة البشرية المختلفة ، وذلك نتيجة لاستخدام تلك الانشطة لكل من الماء والهواء وتقليل فعالية كفاءة هذه المواد))(۱۳).

وهذا التلوث المسبب للكوارث تتنوع اشكاله فقد يكون تلوثا بايولوجيا او تلوثا كيميائيا او فيزيائيا، وتتنوع حدوده فقد يكون اقليما او محليا اي لايتجاوز حدود الدولة. وقد يكون التلوث بعيد المدى اي ان اشارة تتجاوز حدود الدولة . ومن الامثلة على التلوث البيئي المسبب للكوارث الطبيعية غي التقليدية انفجار مفاعل تشرنوبل في اوكرانيا عام ١٩٨٦ الذي كان له اثر على جميع الاصعدة البيئية الزراعية والصناعية والانسان وكذلك . ايظا التسرب النفطي في خليج المكسيك بسبب تحطم منصة للبترول والذي ادى الى اضرار بالغة بالحياة البحرية على السواحل الامريكية عام ٢٠١٠ ، والتسرب النووي من تفاعل فوكوشيما النووية نتيجة لموجة تسونامي التي ضربة اليابان عام ١ ١ ٠ ٢ وغيرها .

الفرع الثالث: تمييز الكارثة الطبيعية عما يشبه بها من المصطلحات

وقد تتعد المصطلحات وتختلط المفاهيم في مجال الكلام حول ما تتعرض لها الدولة من ظروف استثنائية ووصف هذه الظروف بتسميات متعدده، كالازمة، كارثة، طوارئ ، قوه قاهرة.. الخ. وهذا الوضع يتطلب بيان حقيقه المفاهيم وتكييفها وفقا لطبيعتها الحقيقية . لذلك سنحاول في هذا المقام تمييز الكارثة الطبيعية عما يشتبه بها من المصطلحات الاخرى.

١- الكارثة الطبيعية والازمة: ويبدو من خلال تتبع المصادر الخاصة بكتب ادارة الازمات في مجال علم السياسة ، وان المختصيين هناك لايفرقون من حيثالاصطلاح ما بين الكارثة الطبيعية وما بين الازمة ، حيث تعرف الازمة بانها (( تدهور خطير في العلاقات بين دولتين او اكثرنتيجة ثغر البيأة الخارجية او الداخلية ... )) او انها : ((حدث فجائي يهدد المصلحة القومية وتتم مواجهته في ظروف ضيق الوقت، وقلة

. Lund, Industrial pollution contral,MCGrawHill,New yors,1971,p:5. 'ينظر:

الأمكانات ويترتب على تفاقمه نتائج خطيرة))(() ، فالأزمة هي حسبالتعريفات اعلاه حدث فجائي يؤدي الى خسائر كبيرة في الأرواح او الأموال. ويحدث في ظروف صعبة من حيثالامكانات او التوقيت . وإذا كان الأمر كذلك ، فان لهذين المصطلحين في علم القانون ، ومجال دراسة القانون الدستوري بالتحديد ، مفهومان مختلفان . فالأزمة في علم القانون الدستوري وتسمى ايضا سلطات الأزمة فهي تعبير يعني منح وسائل ذات طبيعة ومدى مختلفين لمواجهة اوضاع استثنائيةذات طابع محلي او وطني ويمكن ان يكون هذا التعبير جزء من مفهوم اوسع واعم وهو السلطات الاستثنائية، فالازمة تعني وجود احكام لمواجهة اوضاع ذات طبيعة سياسية (الحرب، الانقلاب، التدمير .. الخ). في حين ان السلطات الاستثنائية طبيعتها تتضمن ايضا احكام تهدف التجاوب مع اوضاع استثنائية مستقله عن اي طابع سياسي (الكوارث الطبيعية). اي النجاوب مع اوضاع الذي بيناه يقابل مفهوم السلطاتالاستثنائية .(1)

وهذا، وغالبا ما تنظم سلطات الازمة مسبقا بموجب الدستور والقانون المرسوم ، في حين ان حالة الكوارث الطبيعية او السلطات الاستثنائية في اغلب الدول لا وجود لمثل هذا التنظيم القانوني المسبق . وبالتالي يمكن ان تكون هناك جهات وهي الحكومة او رئيس الدولة يتح سلطات خاصة لمواجهة هذه الظروف (الكارثة).

ومن الامثلة عن التنظيم المسبق للسلطات الازمة ( الازمة ) ماجاء في الدستور الفرنسي الحالي لعام ١٩٥٨ في المادة (١٦) حيث جاء فيها : ((اذا اصبحت انظمة الجمهورية او استقلال الوطن او سلامة اراضيه او تنفيذ تعهداته الدولية يهدده بخطر جسيم وحال ونشأ عن ذلك وانقطاع السلطات العامة الدستورية عن مباشرة مهامها كالمعتاد يتخذ رئيس الجمهورية الاجراءات التي تقضيها هذه الظروف بعد التشاور ويخطر الشعب بذلك برسالة ، ويجب ان يكون الغرض من هذه الاجراءات هو تكليف السلطات العامة الدستورية من

 $^{(1)}$ د. محسن محمد العبودي و نحو استراتيجية عملية في مجال ادارة الازمات والكوارث و دار النهضة العربية – القاهرة و  $^{(1)}$  ،  $^{(1)}$  ،  $^{(1)}$  .

(<sup>۲)</sup> ينظر في كل ذلك: اوليفية و وهاميل و المعجم الدستوري ، ترجمة منصور القاضي ، ط ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر – بيروت ، ١٩٩٦ ، ص٠٥ ومابعدها .

القيام بعملها في اقرب وقت ممكن ، ويستشار المجلس الدستوري فيما يختص بهذه الاجراءات ، ويجمع البرلمان بحكم القانون ولايجوز حل الجمعية الوطنية اثناء ممارسة هذه السلطات الاستثنائية)).

وقد اشار الدستور العراقي الحالي لحالة الازمة في المادة (٦٦)/ تاسعا / ج: ((يخول رئيس مجلس الوزراء الصلاحيات اللازمة التي تمكنه من ادارة شؤون البلاد في اثناء مدة اعلان الحرب وحالة الطوارئ ، وتنظم هذه الصلاحيات بقانون، بما لا يتعارض مع الدستور)). نجد في النص اشارة واضحة الى حالتي الطوارئ وحالة الحرب. وهي تختلف من حيث شدتها مع حالات اخرى كالظروف الاستثنائية او ما يشابهها من حيث شدتها وجدير بالاشارة الى ان الدستور العراقي لم يمر في موضع اخر الى ما قد يفوق حالة الطوارئ وحالة الحرب .

Y- الكارثه الطبيعيه والطوارئ: الحقيقه ان حالة الطوارئ هي حالة اختلال النظام الداخلي نتيجة لاضطرابات داخليه تهدد النظام العام (1). وقد تعلن حالة الطوارئ كأحد الاسلحه لمواجهة الكوارث العامة (٢). والحقيقة ان يوسع صلاحيات الضبط الاداري ولكن لاينقل هذه الصلاحيات الى القوات العسكريه مثلما هو موجود في حالة الاحكام العرقية . مبدئيا الا انه يمكن ان تفوض القوات المسلحهوالشرطه الصلاحيات اللازمه لحفظ النظام (٣) .

وقد نظم الدستور العراقي الحالي حالة الطوارئ في المادة (٦٦) / تاسعا في الفقره أ بالموافقة على اعلان حالة الطوارئ والحرب ، اما الفقره (ب) فقد نصت على : (( تعلن حالة الطوارئ لمدة ثلاثين يوما قابلة للتمديد وبموافقه عليها في كل مره )) . اما الفقره (ج) المشار اليها سابقا فقد خولت رئيس مجلس الوزراء الصلاحيات اللازمه لمواجهة حالة الطوارئ خلال مدة اعلانها . واوكل الدستور الامر الى الشرع العادي باصدار قانون ينظم تفاصيل هذه الحاله.

A.W. BradlyK.d.Zwing: comstitionalAdmimistrative law, 12<sup>th</sup>elitioom, p:677, lamgmam, lamd <sup>(\*)</sup>I bid: p678.

<sup>(</sup>۱) د. علي محمد بدير واخرون ، مبادى واحكام القانون الاداري ، مديرية دار الكتب للطباعة والنشر ، ١٩٩٣ ، ص٢٢٧.

<sup>(</sup>٢) اوليفية دوهاميل ، مصدر سابق ، ص٧٠٨ و كذلك ينظر:

اما الفقره (ء) من هذه الماده اوصت على رئيس المجلس عرض الاجراءات المتخذه والنتائج على مجلس النواب خلال فترة (١٥) يوما من تاريخ انتهاء حالة الطوارئ .

اما في فرنسا فقد نظمت حالة الطوارئ في فرنسا بقانون ٣ نيسان ١٩٥٥ والعدل في عام ١٩٦٠ وقد طبقت عدة مرات من خلال حرب الجزائر وفي كاليدونيا الجديدة في عام ١٩٨٤ (٤) وحديثا بعد التفجيرات التي تعرضت لها باريس في وقت سابق من العام الماضي. المطلب الثاني: علاقة الكارثة الطبيعية بفروع القانون

اذا كان كل ما ذكر سابقا يمثل مفهوما مبسطا حول الكارثة الطبيعية من الناحية العامة . فقد اخذت هذه الفكرة مأخذها من الفقة القانوني الا ان كان لها تسميات مختلفة في هذا الفرع او ذاك من فروع القانون. وسنحاول استعراض فكرة الكارثة الطبيعية في مجال القانون. اولا: نظرية الظروف الطارئة

# الفرع الأول: الكارثة الطبيعية والقانون المدني

يمكن ان نتلمس وجود فكرة الكارثة الطبيعية في مجال القانون المدنى والقانون الاداري على وجه الخصوص. ففي القانون القانون المدني، وجدت نظرية الظروف الطارئة والمتعلقة بنظرية العقد. وتقضى هذه النظرية بانه اذا. حدثت ظروف طارئة غير متوقعه اثناء تنفيذ العقد اودت بالتوازن الاقتصادي بين المتعاقدين فجعلت تنفيذ الالتزام مرهقا على المدين ، فيجوز للقاضى تعديل العقد بحيث يعيد التوازن الاقتصادي ويخفف من عبى الالتزام على المدين وقد وجدت هذه النظرية في العصور الوسطى وخاصتا في القانون الكيني. (١)

وتتجسد هذه الحوادث الطارئة بالكوارث الطبيعية موضوع الدراسة ، وقد تجسدت في كلمات بعض التشريعات المدنية وفي قانون الالتزامات البولوني حيث نص على نظرية الظروف الطارئة في المادة (٢٦٩) على ماياتي : (( اذا وجدت حوادث استثنائية كالحرب او وباء او اهلاك المحصول هلاكلاً كليا أو غير ذلك من النوازل الطبيعية ، فاصبح تنفيذ الالتزام محوطا

اوليفية دوهاميل و مصدر سابق ، ص٧٠٨.

<sup>ً</sup> د عبدالرزاق احمد الستهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج١، منشاة المعارف الاسكندرية، ٢٠٠٤، ص ٤ ١ ٥، ومابعدها.

بصعوبات شديدة او صار يهدد احد المتعاقدين بخسارة فادحة لم يكن المتعاقدان يستطيعان توقعها وقت ابرام العقد، جاز للمحكمة، اذا رأت ضرورة لذلك تطبيقا لمبادئ حسن النية.... ان تعين طريقة تنفيذ الالتزام او ان تحدد مقداره بل وان تقضي بفسخ العقد )). وكذلك القانون المدنى الايطالي والقانون المدنى المصري في المادة (١٤٧). (٢)

وقد جارى الشرع العراقي المشرع في هذه الدول واخذ بنظرية الظروف الطارئة في المادة لل ٢/(١٤٦) منه، حيث نص: ((على انه اذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها ان تنفذ الالتزام التعاقدي، وان لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخساره فادحة جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ان تنقض الالتزام المرهق الى الحد المعقول ان اقتضت العدالة ذلك . ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك)). (١)

وتطبيقا لذلك فقد قرر القضاء العراقي في اكثر من مناسبة تطبيقا لنظرية الظروف الطارئة ان الفيضان او انحباس الامطار بصوره مفاجئة وكذلك صدورقانون الاصلاح الزراعي قبل تسجيل بيع العقار في دائرة التسجيل العقاري ، وكذلك الحوادثالتي رافقت الاعتداء الاسرائيلي سنة 197۷ وتوقف الشحن الجوي بين انكلتررا والعراق كلها من قبيل الظروف الطارئة التي توجد اثارا قانونية على العقد والمتعاقدين. (1)

ثانيا: يمكن ان ترى بوضوح فكرة الكارثة الطبيعية في القانون المدني من خلال نظرية اخرى غير نظرية الطرية الله الطارئة التي سبق شرحها هذه الفكرة تتجسد في فكرة اخرة وهي فكرة ( القوة القاهرة ) او ( الافه السماوية ).

اما الافة السماوية ، فهي فكرة اخذ بها القانون المدني العراقي من الفقة الاسلامي ومثا لها . الصواعق والزلازل والبراكيين والامطار . فاذا هطلت امطار غزيرة ادت الى انهيار جدار على دار مجاورة فاحدث فيها ضررا فلا يسأل صاحب الجدار المنهار عن تعويض الضرر الذي حصل

القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة و ١٩٥١.

القلاعند. الستهوري ، المصدرالسابق ، ص٧٣٥.

د. عبدالمجيد الحكيم واخرون ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، ج ، دار الكتب للطباعة — الموصل ، ١٩٨٠ ، ص١٩٤٠.

لجاره. وبالنسبة للقوة القاهرة والحادث الفجائي، فقد استعار القانون المدني هذين المصطلحين من القانون المدني الفرنسسي لكنهما تعبيران مختلفان يدلان على معنى واحد وهو امر غير متوقع الحصول ولا ممكن الدفع فيكون السبب في حصول الضرر . اما مثال القوة القاهرة فيكون بنشوب حرب او ثورة او عصيان ، القصف بالقنابل .. ألخ .<sup>(٣)</sup>

وسواء اكنا امام افه سماوية او قوة قاهرة او حادث فجائي فان الاثر الذي تحدثه في الحياة القانونية في مجال القانون الخاص متشابه . فبالنسبة للمسؤولية التقصيرية فانها تعفي من الضمان اما بالنسبة للمسؤولية القامدية فانها تعفي المدين من تنفيذ التزامته اما نهائيا اذا كان التنفيذ مستحيلا استحاله مطلقة او ان تقضيه مؤقتا اذا كان الالتزام غير ممكن التنفيذ لفترة مؤقته أن وقد نص القانون المدني على القوة القاهرة والافة السماوية والحادث الفجائي في المادة (٢١١) مدني عراقي بقولها: ((إذا اثبت الشخص قد نشأ عن سبباجنبي لا يد له فيه كأفة سماوية او حادث فجائي او قوة قاهرة ... كان غير ملزم بالضمان ما لم يوجد نص او اتفاق على غير ذلك)).

#### الفرع الثاني: الكارثة الطبيعية والقانون الأداري

لقد وجدت فكرة الكوارث الطبيعية مجالا اكبر في الفقة الاداري من مجال التنظير بها في القانون المدني فبالاضافة الى فكرة الظروف الطارئة التي استعارها القانون الاداري من القانون المدني وطبعها في العقود الادارية، فان الفقة والتقاء الاداريين قد اتبعا نظرية اخرى تتعلق بالكوارث الطبيعية وهي ماتسمى بنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، وكما سيأتي ذكرهما. اولا: نظرية الظروف الطارئة: يرجع اصل فكرة الطارئة في مجال القانون الادراري الى جهود مجلس الدولة الفرنسي في القضية الشهيرة بقضية (غازبوردو). من حيث المفهوم العام للنظرية فانه لايختلف عن المضمون الذي سبق الاشاره اليه في مجال القانون المدني الافي بعض التفاصيل التي تتعلق بخصوصية القانون الاداري. اما التفاصيل هذه القضية في بعض التفاصيل هذه القضية

<sup>&#</sup>x27;ينظر في ذلك: د. علي محمد بدير واخرون ، مبادى واحكام القانون الاداري و ومصدر سابق، ص ١٢-٥١٣.

د. سليمان محمد الطحاوي، الاسس العامة للعقود الادارية، دار الفكر العربي، ط٤، جامعة عبيد شمس، ١٩٨٤، ص ١٦ - ٢١٦.

فتتلخص في ان بعد نشوب الحرب العالمية الاولى ارتفعت اسعار الفحم الحجري وهي المادة المستخدمة لتحضير الغاز المستعمل في الانارة ارتفاعا فاحشا ، بحيث ارتفع سعر الطن الواحد من الفحم (٣٥) فرنكا في بداية عام ١٩١٥ الى (١٧٧) فرنكا في اذار عام ١٩١٦... فوجدت شركة الاضاءة الملتزمة بانارة مدينة بوردو بالغاز ان الاسعار التي تتقاضاها بعيدة عن تغطية النفقات الادارية، فطلبت من السلطة المانحةللالتزام رفع سعر الغاز المثبت في عقد الامتياز كما طالبت الشركة بتعويض عن الخسائر التي لحقت بها بسبب ارتفاع سعر الفحم . لكن السلطة رفضت الطلب وتمسكت ببنود العقد وادعت ان تنفيذ الالتزام لم يصبح مستحيلا لان الفحم موجود حتى لو كان سعره مرتفعا لكن مجلس الدولة قد تدخل في هذه القضية التي عرضت عليه فأقر مبدأ جديدا متحدا مع قاعدة دوام سير المرافق العامة، مفادهان للمدين الطلب من الادارة لو لفترة مؤقته المساهمة في الخسائر التي تلحق به نتيجة لقيام ظروف لم تكن في الحسبان عن قيام العقد وقد اخلت بتوازن العقد اخلالا جسيما (١).

اما عن طبيعة هذه الظروف الطارئة، فان الفقة الكلاسيكي ان الظرف الطارئ الذي حملت النظرية اسمه يجب ان يكون اقتصاديا ، تاسيسا على ان هذه النظرية انما قصد بها حماية المتعاقد حتى المخاطر الاقتصادية .. لكن يجب ان يقال ان مجال الظرف الطارئ او نطاق متسع جدا في الوقت الحاضر . فقد يكون ظرفا طبيعيا كالزلازل والفيضانات ، وقد يكون اقتصاديا كارتفاع الاجور او الاسعار ارتفاعا فاحشا وقد يكون الظرف من عمل جهة ادارية غير الجهة المتعاقدة . (٢)

فالملاحظ من خلال الاستعراض السريع لهذه النظرية في القانون الاداري فانها تشمل الكوارث الطبيعية بكلا نوعيها التقليدية وغير التقليدية وكان لهذه النظرية صدى قوي في القضاء الاداري المصري من خلال قضاء المحاكم الادارية العليا ومجلس الدولة (١٠).

(1) ينظر موقف القضاء الاداري في مصر ، المصدر السابق ، ص٦٠٦ ومابعدها .

<sup>(&</sup>lt;sup>۲)</sup>د. رياض عبد عيسى الزهيري ، اسس القانون الاداري ، ط ، دار السهتوري للطباعة – بغداد ، ٢٠١٦ ، ص٣٢٨. "مكرر . د. عبدالمجيد الحكيم ، الموجز وشرح القانون المدني العراقي ، شركة الطبع والنشر الاهلية – بغداد ، دون سنة طبع ، ص٣٤٥ ـ ٤٥٤.

ثانيا: نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة :ابتدع القضاء الاداري في فرنسانظرية اخرى بالاضافة الى نظرية الظروف الطارئة نظرية ثانية اسميت بنظرية الصعوبات المادية وغير المتوقعه. وترجع هذه النظرية الى منتصف القرن التاسع عشر وتتلخص بالاتي: اذا صادفت المتعاقد في تنفيذ التزاماته صعوبات مادية ذات طبيعية استثنائية خالصة ولا يمكن توقعها بحال من الاحوال عندابرام العقد ، من شائنها ان تجعل تنفيذ مرهقا فان من حقه ان يطالب بتعويض كامل عنما تسببه هذه الصعوبات من اضرار (۲).

يمكن ان نجد صدى فكرة الكوارث الطبيعية من خلال شروط تطبيق النظرية . حيث يشترط لتطبيقها ان تكون الصعوبات مادية منحيث طبيعتها اي انها ترجع في غالبها الى الظواهر طبيعية كان تحدث انهيارات في الاتربة بكميات ضخمة تستلزم جهودا غير عادية في رفعها . وقد يكون مصدر هذه الصعوبات المادية من فعل الانسان لكنه من الغير عن العقد ، كان يفاجأ المتعاقد بتلوث عمدي لماء من المفترض عليه تهيأته للشرب بحيث يجعل هذه العملية مستحيلة او صعبة .

ثالثا: الكارثة الطبيعية والقانون الجنائي: - لم تتناول مفردات قانون العقوبات ما يشير الى تبني القانون اي نص يتعلق بتنظيم حالة الكارثة الطبيعية بشكل مباشر. لكن يمكن ان تكون المادتين (٤٩٧-٤٩٦) التي تضمنها قانون العقوبات في باب المخالفات المتعلقة بالصحة العامة من الموضوعات التي تتعلق بالكارثة الطبيعية وقد تمت الاشارة سابقا الى ان الكوارث الطبيعية غير التقليدية اي التي تحدث بفعل الانسان ، يمكن ان تحصل نتيجة التلوث الذي يأت به الانسان فيأدي بالنتيجة الى كارثة طبيعية .

اما ما المعلق بالمادة (٩٩٦) ق. ع. ع فقد نصت على ان : ( ( يعاقب بالحبس ثانيا : - من القى في نهر او ترعه او مبزل او اي مجرى من مجاري المياه ، جثة حيوان او مواد قذرة او ضارة بالصحة .))

'مكد. عبدالمجيد الحكيم ، الموجز وشرح القانون المدني العراقي ، شركة الطبع والنشر الاهلية - بغداد ، دون سنة طبع ، ص٤٥٤-٤٥٤.

فالصورة الجرمية واضحة الدلالة في هذه الفقرة ، حيث انها تقتضي القاء جثة حيوان او مواد قذرة ، سواء كانت هذه المواد صناعية ، اي مخلفات المصانع ، او مواد قذرة نتيجة لاستخدامات شخصية للانسان في مجرى مائي سواء كان في نهر جاري او ترعه او مبزل . فيمكن لهذا الفعل ان يكون سببا في حدوث كارثة طبيعية اذا تصورنا ان هذه المواد المقذوفة او الملقاة كانت مواد كيمياوية او مخلفات الى مواد مشعة مما يسبب بالضرر الجسيم لمستخدمي هذه الانهار او الترع او المبازل قد تتسع رقعة اثره الى حودو الاقليم الارظى للدولة بالكامل.

ان المادة (٤٩٧) ق. ع. ع فقد احتوت فقرتيها ثانيا ، ثالثا على عدة صور من السلوك التي جرمها قانون العقوبات فنصت الفقرة على ان(( ثانيا : من القى او وضع في شارع او طريقه او ساحة او منتزه عام قاذورات او اوساخا او مياة قذرة او غير ذلك مما يضر بالصحة .

ثالثا: من تسبب عمدا او اهمالا في تسرب الغازات او الابخره او الادخنة او المياه القذرة وغير ذلك من المواد التي شأنها ايذاء الناس او مضايقتهم او ثلوثهم )) من مقتضى هذه المادة فان التسريب المتعمد او الناتج عن اهمال الغازات او الابخره او الادخنه او المياة القذرة كب ذلك يمكن ان يؤدي الى وجود كارثة طبيعية واسعة كذلك وضع المواد القذرة في مكان عام قد يؤدي الى نفس النتيجة المذكورة وقد يتبادر في الذهون اشكالية فيما اذا كان لحالة الضرورة في القانون الجنائي علاقة بالكارثة الطبيعية والتي نص عليها ق . ع . ع حالتين الاولى في حالة الدفاع الشرعي وما قد يواجه الانسان من خطر جسيم تجعله يرتكب فعلا مجرما لكنه بحكم هذه الحالة الضروره واستخدامه للدفاع الشرعي يقع تحت يرتكب فعلا مجرما لكنه بحكم هذه الحالة الضرورة واستخدامه للدفاع الشرعي يقع تحت البي نص عليها القانون في المادة ٣٠٤) ق . ع .ع ام الحالة الثانية فهي حالة الضرورة التي نص عليها القانون في المادة ٣٠٣ ق ع ع والتي تلجأ الفرد الى القيام بجريمه الى انه لا يسأل عنها جنائيا كونه احدى موانع المسؤولية .

وفي كلتا الحالتين فان اثر هذه الحالتين لاتؤدي الى كارثة طبيعية فهي في الحقيقة ظروف تحيط بمرتكبي الفعل وتجبره على القيام بافعال مجرمه لكنها قانونا تعد سببا للاباحة او مانعه من المسؤولية فالغرض الذي تفترضه هو العكس تماما ، اي فعل فردي يؤدي الى كارة طبيعية ولذلك فان هذه النظرية ( الضرورة ) لا تكمن ضمن مدار بحثنا .

المبحث الثاني: تنظيم حالة الكارثة الطبيعية الفرع الاول: التنظيم الدستوري للكارثة الطبيعية

كما هو مسلم به فان الدستور له العلوية والسمو على كل القواعد الدستورية . وبذلك عند التحري عن موضوع من موضوعات القانون ومدى امكانية تنظيمها فان الذهن يتصرف مباشرا نحو تحري نصوص الدستور ومعرفة ما اذا كان هذا الدستور قد سمح بتنظيم هذا الموضوع مباشرة بنصوص دستورية فيكون تنظيمه دستوريا ، واما ان يكون التنظيم لهذا الموضوع محالا على الشرع العادي ليتولى هو بنفسه تنظيمه بنصوص تشريعيه خاصه او ضمن تشريع يعالجه بشكل ضمني وبناءا على ذلك ، لابد من التحري والتفتيش عن نصوص دستورية تعالج حالة الكارثة الطبيعية ففي الدساتير المقارنه و الدستور العراقي ، يمكن القول ان معظم الدساتير لم تكن جميعها قد تضمنت حالة الكوارث الطبيعية غير التقليدية اي الكوارث الطبيعية التي قد تحدث بفعل الانسان ، لاسيما حالات الفتن والحروب او الاضطرابات الداخلية ... الخ وهي ليست مدار البحث ، فنحن نبحث في الكوارث التقليدية نصت المادة (١٦) من الدستور الفرنسي : (( اذا اصبحت انظمة الجمهورية او استقلال الوطن او سلامة اراضيه او تنفيذ تعهداته الدولية مهدده بخطر جسيم وحال ... )) والواضح من هذه العبارات ان طبيعة الخطر الجسيم الحال الذي تتعرض له الدولة بموجب هذه المادة تنصب على حالة الحرب او الاحتلال او الاعتداء المادي على اقليم الدولة ، فاستقلال الوطن او سلامة ارضية اوتنفيذ تعهداته ، كلها تعبيرات تقود لمعنى الاعتداء على السيادة التي تتمتع بها السلطة وهي في كل الاحوال بعيدة كل البعد عن حالة الكارثة الطبيعية التقليدية .

وفي حين لم ينص الدستور الامريكي في مواده على اي نص يمنح بها جهة من الجهات سلطات استثنائية سواء في حالة الكوارث الطبيعية التقليدية او غير التقليدية ، بل ان مايتمتع به رئيس الولايات النتحدة الامريكية من سلطة اصدار قرارات لها قوة القانون كان بناءا على

تفويض الكونكرس والذي اجبر على منحه من خلال العرف والالحاح الذي يصطبغ به الظرف الاستثنائي (١) .

اما في الدول العربية ،فيمكن ان نقول بعد ان تفحص لمواد الوثائق الدستورية فيما انها في معظمها قد نظم حالة الكوارث الطبيعية غير التقليدية والتفى المشرع الدستوري بذاك ولم ينظم حالة الكارثة الطبيعية التقليدية . شانه في ذلك شانه معظم المشرعين الدستوريين في العالم .

ففي الدستور الاردني نجد ان التنظيم الدستوري للظروف غير الطبيعية جاء في المادتين ( ١٢٥-١٢٥) حيث نص في المادة الاولى على حالة الخطر الذي يداهم الوطن ويستدعي للدفاع عنه ويصدر قانون باسم قانون الدفاع يمكن من خلاله للجهة التي تمنح هذه الصلاحيات الاستثنائية عند وقوع طوارئ ان توقف القوانين العادية للدولة الاسلامية لهذا الغرض.

اما المادة (١٢٥) فنصت على حالة ما اذا كانت هذه الصلاحات الممنوحه غير كافية في المادة السابقة فيمكن للملك ان يعلمه الاحكام العرفية التي تعد بطبيعة الحال اشد وطأة من حالة الطوارئ التي يمكن للملك فيها اي تعليمات تقضيها الضروره.

كان الشرع الدستوري البحريني اكثر اقتضابا في ذكر ما تتعرض له الدولة من حوادث استثنائية ، اذا قد مر بشكل سريع مقتضب على هذا الموضوع في المادة ( $77/\nu$ ) منه على ما نصه : (( لاتعلق حالة السلامة الوطنية او الاحكام العرفية الا بمرسوم ، ويجب في جميع الاحوال ان يكون اعلانها لمدة لاتتجاوز ثلاثة اشهر ، ولا يجوز مدها الا بموافقة المجلس الوطني باغلبية الاعظاء الحاضرين )).

اما الدستور الجزائري لعام ١٩٩٦ ، فقد كان اكثر تفصيلا في تنظيم حالة الظروف الاستثنائية حيث نص في المادة (٩١) منه وجاءت هذه المادة قريبة من حيث الاجراءات للواجب على رئيس الدولة اتخاذها لتقرير حالة الضرورة او حالة الحصار (١٦) من المادة (١٦) من الدستور الفرنسي، اما الدستور الجزائري لعام ١٩٩٦ ، فقد كان اكثر تفصيلا في تنظيم

-

<sup>(&#</sup>x27;)ينظر في ذلك : د. سامر عبدالمجيد محمد ، عدم دستورية القانونين في النظام الامريكي والمصري ، المروحة دكتواره — جامعة الاسكندرية ، كلية الحقوق ، ٢٠٠٨ ، ص٧٣.

جاء الدستور الجزائري متأثرا بالدستور الفرنسي في اقرار حالة الضرورة وحالة الحصار والتي تعني :

حالة الظروف الاستثنائية حيث نص في المادة (٩١) منه على (( يقرر رئيس الجمهورية اذا دعت الضرورة الملحة حالة الطوارئ او الحصار بعد اجتماع المجلس الاعلى للامن واستشارة رئيس المجلس الشعبي الوطني ورئيس مجلس الامة ورئيس الحكومة ورئيس المجلس الدستوري ويتخذ كل التدابير الازمة لاستتباه الوضع )) اما المادة (٩٢) فقد اوجبت ان يكون لتحديد حالة الطوارئ وحالة الحصار بموجب قانون لغوي ، وقد قررت المادة (٩٤) بان (( يقرر رئيس الجهورية حالة التعبئة العامة في مجلس الوزراء بعد الاستماء الى مجلس الاعلى الا من استشارة كل من رئيس المجلس الشعبي الوطني ورئيس مجلس الامة )) وفي المادة (٩٥) فقد اوجبت ترتيبات دستورية يعلن منخلالها الرئيس الحرب: (( اذا وقع عدوان فعلى على البلاد او يوشك ان يقع حسب ما نصت عليه الترتيبات الملائمة لميثاق الامم المتحدة يعلن رئيس الجمهورية الحرب بعد اجتماع مجلس الوزراء والاستماع للمجلس الاعلى للامن واستشارة رئيس المجلس الشعبى الوطنى ورئيس مجلس الامة وليجتمع البرلمان وجوبا ويوجه رئيس الجمهورية خطابا للامه يعلمها بذلك). اما المادة (٩٦) فهي الأكثر خطورة فيما يتعلق بالحياة الدستورية والقانونية ( يوقف العمل بالدستور مدة حالة الحرب ويتولى رئيس الجمهورية جميع السلطاة واذا انتهت المدة الرئاسية تتمدد وجوبا الى غاية نهاية الحرب ، وفي حالة استقالة رئيس الجمهورية او وفاته او حدوث اي مانع اخر له ليخول رئيس مجلس الامة بالنيابة رئيسا للدولة كل الصلاحيات التي نسقو فيها حالة الحرب حسب الظروف نفسها التي تجري على رئيس مجلس الجمهورية شغور رئاسة مجلس الجمهورية ورئاسة مجلس الامة يتولى رئيس المجلس الدستوري وظائف رئيس الدولة حسب الشروط المبينه سابقا ).

اما الدستور الكويتي لعام ١٩٦٦ فنجد فالمادة ( ١٨١) مايشير الى حالة الكارثة الطبيعية غير التقليدية حسب ما نصت عليه هذه المادة ( لايجوز تعطيل اي حكم من احكام هذا الدستور الا اثناء قيام الاحكام العرفية في الحدود التي بينها القانون ولا يجوز باية حال تعطيل انعقاد مجلس الامة في تلك الاثناء او الاساس بحصانة اعضائة ) ، وفي ذلك اشارة واضحة الى حالة الاحكام العرفية لكن المشرع قد غيب تفاصيل هذه الحالة او مدى الصلاحيات التي قد تمنح بموجب هذا الدستور الى هذه الجهة او تلك من الجهات الحكومية وبذلك يكون موقفه قريبا من موقف الدستور البحريني واقتضابه لهذه الصوره.

اما المشرع العماني فقد نظم في النظام الاساسي لسلطة عمان في الباب الرابع المسمى (رئيس الدولة) نظم صلاحيات الرئيس في المادة (١) حيث جاء فيها (يكون السلطان بالمهام الاتية: – المحافظة على استقلال البلاد ووحدة اراضيها ..) و (واتخاذ الاجراءات السريعة اي خطر يهدد سلامة السلطنة او وحدة اراضيها او امن شعبها ومصالحه او يعوق مؤسسات الدولة عن اداء مهامها) وبذلك قد ذهب المشرع الدستوري لهذه الدولة الى ما ذهبت الهالدساتير الخليجية السابقة.

وفي ما يتعلق بالدستور العراقي فقد نص في المادة ( ٦١/ تاسعا / أ ) على اعلان حالة الطوارئ والحرب من قبل مجلس النواب اما الفقره (ب) فقد نصت على (تعلن حالة الطوارئ لمدة ثلاثين يوما قابلة للتمديد وبموافقة عليها فيكل مرة) . اما الفقره (ج) فقد خولت رئيس مجلس الوزاراء الصلاحيات الازمة لمواجهة حالة الطوارئ خلال مدة اعلانه وقد اوكل الدستور الامر الى الشرع العادي باصدار قانون ينظم تفاصيل حالة الطوارئ ، اما الفقره (د) من هذه المادة فقد اوجبت على رئيس مجلس الوزراء عرض الاجراءات المتخذه خلال حالة الطوارئ والنتائج المترتبة على مجلس النواب خلال فترة (١٥) يوم من تاريخ انتهاء حالة الطوارئ ، وبذلك فقد سار الشرع الدستوري العراقي على المنهج الذي استشملهم المشرع الدستوري في الدول العربية او الدول الاجنبية ، فلنجد في النهاية ان التنظيم الدستوري لحالة الكارثة الطبيعية تنظيم قاصر على صوره واحدة من صور الكارثة الطبيعية وهي الكارثة الطبيعية غير التقليدية ولم يتطرف الشرع الدستوري الى تنظيم حالة الكارثة الطبيعية التقليدية .

# الفرع الثاني: التنظيم التشريعي للكارثة الطبيعية

بعد التطرق بالفرع السابق الى التنظيم الدستوري للكوارث الطبيعية في مختلف الدول لابد الا من التطرق الى موقف الشرع العادي في دول العالم المختلفة حول تنظيم حالة الكارثة الطبيعية و خصوصا التقليدية منها، فقد نظم المشرع العادي في بعض الدول نظاما قانونيا خاصا يعالج حالة الكارثة الطبيعية (التقليدية). ففي الولايات المتحدة الامريكية مثلما قلنا لم بنص الدستور على اي مفرده تتعلق بالحالات الاستثنائية او الكوارث الطبيعية التقليدية او

http://www.disaster.ifas.edu اکثر ینظم: –(۱)

غير التقليدية منها ، الا ان الشرع العادي لم يكن موقفه كما هوالحال مع الشرع الدستوري ، يبدأن ما يجب ا ن يقال ان المشرع العادي لم يكن على وعي كامل او ادراك لمسألة الكوارث الطبيعية التقليدية في مجمل دول العالم وباختلاف الازمنة. ، لذلك نجد ان السياسة التشريعية في هذا التخصص لم تكن على قدر من الاستقرار ، وعليه فنجد أن الكونكرس الامريكي قد صادق على (١٢٨) تشريع منفرد يخص الكوارث الطبيعية التقليدية ، اي ان كل قانون كان يشرع لغرض معالجة حالة منفردة في هذا الصدد ، وقد صادق الكونكرس على هذه التشريعات للفترة بين عامي (١٨٠٣-١٩٥٠)(١) . وكانت اغلب التشريعات المذكورة تتضمن منح مساعداة فدرالية في حالة الكوارث الطبيعية التقليدية الكبرى ، لذلك فأن النظام القانوني في مثل هذه الحالة يمكن وصفه بأنه نظام غير مستقر لعدم وجود ثوابت في الاجراءات المتبقية حيال هذه الظروف الملحة، فقد صادق الكونكرس في عام (١٩٥٠) على قانون سمى قانون (الغوث من الكوارث الفدرالية) (fedral disaster relief act) حيث كان بموجبه يتم تخويل رئيس الولايات المتحدة السلطة لمنح مساعدات اضافية عند حالة تقديم طلب من قبل حاكم الولاية المنكوبة للمساعدة بسبب وقوع الكارثة الطبيعية الحاصلة ضمن نطاق الحدود الادارية لولايته . والرئيس بدوره يمكنه الموافقة على طلب الحاكم وذلك من خلال اعلان حالة الكارثة الطبيعية في هذه الولاية(٢) ويمكن ان نقول ان لهذا القانون الفضل الكبير في بناء رؤية واضحة حول مفهوم للكارثة الطبيعية التقليدية الاستجابة لها عند حدوثها والمساعدة على تجاوزها ، فالقانون من خلال استقرار مواده يبين وبوضوح ان الحكومة الفرالية لم يكن لها الدور الاساس في تقديم المساعدات للمنطقة المنكوبة ، بل مساندة الولايات المنكوبة في الكارثة الطبيعية ويكون دورها ثانويا في اغلب الاحوال (٣)، وفي عام ١٩٦٨ اتخذت الحكومة الفدرالية خطورة اخرى باتجاه الاهتمام بالكارثة الطبيعية والمساعدة على التخلص منها ، حيث شرع قانون سمى قانون الحماية من الفيضانات وما يؤخذ على هذا القانون ، انه جعل الافراد يتحملون المسؤولية في اعادة الحالة الى ماكانت عليها سابقا و من دون الاتكال على

Act Zen Growde to Duster Auistame,CH3, At:www.traing.fema.gov :ينظر (¹)I bid .

http://www.disaster.ifas.edu (٣) التفصيل اكثر ينظم:

777

المساعدات الحكومية الفدرالية ، وذلك من خلال تطور الوسائل والتقنيات الخاصة بحالة تجنب خطر الفيضانات. (١)

وخلال فترة رئاسة الرئيس الاسبق كارتر للولايات المتحدة الامريكية بين عامين (١٩٧٦-١٩٨٠ ) فأن الادارة الامريكية اخذت على عاتقها محاولة تقييم واسع حول استجابتها للكارثة الطبيعية والعمل على اعادة الاوضاع الى ماقبل وقوعها عند حصول الكارثة ، وكذلك تقييم البرامج الخاصة لهذا العدد ومحاولة التمييز فيما بينها لمعرفة اي من هذه البرامج التي يمكن تعزيزها من اجل زيادة لجاعة اثارها وتقليل المصاريف الحكومية ، ولذلك الفرض فقد تم تأسيس وكالة خاصة بادراة الكوارث ( الطوارئ الفدرالية ) والمعروفة اختصارا به (fema) عام ١٩٧٩ . وهذه الوكالة احتوت بين لفتيها على عدة برامج لادارة الكوارث . وهذه البرامج تدار من قبل ادرات اخرى لكنها تعمل تحت ضل الوكالة الاساسية (fema) . (٢)واول كارثة تم وضع اعتماد مالي لها بموجب برامج هذه الوكالة كان في عام ١٩٨٠ عند ثوران بركان جبل ( سانت هيلن) في مدينة واشنطن و وكان هذا الاعتماد الحالي ممول بنسبة ٧٥% من الحكومة الاتحادية و ٢٥% من مصادر غير حكومية .

واخيرا وضع تشريع سمى تشريع ( روبرت ستافورد) والذي يمنح حكومة الفدرالية المرونة في الاستجابة للكارثة الطبيعية واعادة الحال الى ما قبل وقوعها . وقد كان هذا القانون الاكثر تفصيلا في هذا الصدد حيث حدد حالات وقوع وشروط وقوع الكارثة الطبيعية التي تستحق تقديم المساعدة المنصوص عليها في هذا القانون ، وقد جعل القانون من اعلان حالة الطوارئ ادارة طبيعية بيد رئيس الدولة لغرض تقديم المساعدة المطلوبة<sup>(٣)</sup>.

واذا كان الحال كذلك في الولايات المتحدة فقد اوجدت (روسيا) منذ عقد التسعينات وزارة خاصة سميت بوزارة الطوارئ وهذا دليل على اهتمام كبير من قبل الدولة بالكارثة الطبيعية وهو جاء كرد فعل عنما حصل في هذه الدولة من كوارث سابقة ومن اهمها انفجار المفاعل ( تشر نوبل) في اوكرانيا في ثمانينات القرن الماضي.

<sup>(\*)</sup>A citizen Guide to Disaster, opcit

اما في (الجزائر) فقد حدث في عام ٢٠٠٤ قانون خاص بادارة الكوارث والمخاطر الكبرى حيث تضمن هذا القانون النص على مخطط حكومي سمى بالمخطط الوطني لتنظيم تدخلات الدولة والمعروف اختصارا بـ (Orsec) وبموجب هذا النظام فانه بمجرد الاعلان عن نفاذه يؤشر ذلك على وقوع كارثة طبيعية ، وينتهى العمل به بانتهائها و هذا النظام يعمد الى تعبئة كل الموارد العامة والخاصة لمواجهة الكارثة حتى انه اصبح على مستوى كل بلدية و ولاية مخطط خاص بها ، لكن جميع هذه المخططات تدخل ضمن اطار المخطط الوطني للتخفيف من الكوارث وقد سبقت الاشارة الى مخطط (orsec) سابق الذكر في قانون سابق صدر عام ١٩٨٥ والذي حدد بدقة الاطراف المتدخلة في اعلان وتنفيذ المخطط الوطني ، كذلك تنفيذ هذه التدخلات الحكومية على مستوى البلديات<sup>(١)</sup> ولا يقتصر الامر على الجزائر ، فهناك من الدول العربية من تعتمد على منظمات على مستوى عالمي من التنظيم لمواجهة الكوارث الطبيعية كمنظمات الحماية المدنية ومنظمات الدفاع المدنى كذلك انشاء مراكز اكادمية وتعليمية تقدم فيها نصح وطرق مبتكره للتعامل مع الكوارث والازمات ومن هذه الدول دولة الامارات العربية المتحدة . كذلك المنظومة القانونية المتكاملة التي وضعها المشرع الاردني في هذا الصدد نذكر منها: قانون الدفاع المدني (١٨) لسنة ١٩٩٩ ، والذي تضمن تشكيل المديرية العامة للدفاع المدنى التي كلفت بواجبات منها الوقاية والحماية واجرائات وقائية لكافة مؤسسات الدولة والتي تساهم الى حد بعيد في الحد من الخسائر المادية والبشرية عند وقوع الكوارث . وذلك في المواد ( ١٣ ، ١٤، ١٦، ١٧، ٢٨) منه .

كذلك فان المشرع قد ارفد هذا القانون بقانون سابق عليه وهو قانون القوات المسلحة الاردنية المؤقت (٦٤) لسنة ٢٠٠١ ، حيث منح القوات المسلحة دورا لايستهان به في مجال المساعدة في الحد من آثار الكارثة الطبيعية . وهذا مانص عليه المشرع في هذه المادة (٥) من هذا القانون .

وجاء في قانون الأمن العام وتعديلاته رقم( $^{8}$ ) لسنة  $^{9}$  ما يشير الى واجبات قوى الأمن في حال وقوع الكارثة . حيث عددة المادة ( $^{2}$ ) من هذا القانون واجبات هذه القوى :-

 $^{(1)}$  حوار جمال ، مصدر سابق ، ص  $^{(1)}$  ومابعدها .

الحفاظ على الامن والاستقرار ضمن المنطقة المنكوبة وادارة عمل المرافق العامة والخدمات ، تنظيم حركة السير امام وحدات الانقاذ والاخلاء الاسعاف والمشاركة فيها (٢)

المبحث الثالث: الاثار المترتبة على حالة الكارثة الطبيعية

بعد التعرف على الموقف الدستوري التشريعي فيما يخص الكارثة الطبيعية ، لابد من التطرق الى الاثار التي تخلفها الكارثة عند وقوعها سواء من الناحية المادية ام القانونية في ما يلى من الفروع

الفرع الاول: الاثار المادية للكارثة الطبيعية

تتجسد هذه الاثار المادية للكارثة فيما يتعلق بتعامل الدولة التي حصلت فيها الكارثة مع الحادث الطبيعي الذي يكون المادة الاساسية للكارثة الطبيعية ، وعلى كل الاحوال فأن الكارثة الطبيعية من حيث الاثار المادية وكيفية تعامل الدولة حيالها يمكن تميزها الى ثلاث مراحل رئيسة وهي :-

- 1- مرحلة ماقبل الكارثة
- ٢- مرحلة التعامل مع الكارثة وادارتها
- ٣- مرحلة مابعد الكارثة ( التعامل مع اضرار الكارثة )

المرحلة الاولى: - ماقبل الكارثة

وهي المرحلة السابقة على نشوء الكارثة التي يتحدد وفق طبيعتها وتحليل بياناتها التنبؤ بوقوعها . وهذا مادفع الكثير من الباحثين لاطلاق تسمية (التنبؤ بالكارثة) كمرادف لتسمية مرحلة ماقبل الكارثة . وفي هذه المرحلة فأن الدولة تستعين بما لديها من امكانيات لمواجهة هذه الكارثة حال حدوثها ويمكن عد اهم الادوات او الاستعدادات لمواجهتها هي تلك التي تتمثل في محاولة جمع المعلومات والبيانات عن هذه الكارثة والتخطيط لمجابهتها ووضع الخطط البديلة ، كذلك تشكيل لجان تسمى (لجان ادارة الازمة) ولتحديد اختصاصاتها بكل

<sup>&#</sup>x27;هذا بالاضافة الى قوانين اخرى نصت على اجراءات احترازية لمواجهة الظروف الاستثنائية كقانون الصحة العامة المؤقت رقم (٤٤) لسنة ٢٠٠٦ وقانون حماية البيئة رقم (٥٢) لسنة ٢٠٠٦ وقانون حماية البيئة رقم (٥٢) لسنة وقانون ، وقانون الطاقة النووية والوقاية الاشعاعية رقم (٩٢) لسنة ٢٠٠٢.

دقة .  $^{(1)}$ وتشمل المعلومات والبيانات التي يتم الحصول عليها عنصرا هاما وحيويا في تخطى حاجز المفاجئة وعدم التوقع ، لانها تهيئة الظروف المناسبة قد تحد من عدم التوقع ومن ثم تجعل الحدث قابل للتعامل معه ، هذه المعلومات والبيانات التي يمكن الحصول عليها حول الكارثة لاتؤخذ على ما هي عليه ، بل يجب ان تخضع لعمليات تقييم وتخصيص وبالتالي بلورة المعلومات المفيدة والتي تؤدي الى القيام بدور مهم في عملية مجابهة هذه الكارثة (٢). والحقيقة ان المعلومات والبيانات التي يتم الحصول عليها لم تعد مجرد اداة ثانوية تساعد في واجبات مجابهة الكارثة ، وانما اصبحت علما يمثل الجزء الاكبر من مراحل معالجة هذه الكارثة ، خاصا بعد ان اصبح اجهزة الحاسب الالي واحدة من المستلزمات الاساسية في اي منشأة من منشأت الدولة .(1) واذا كان الامر كذلك ، فيما يتعلق بجمع المعلومات والبيانات ، فلا بد ايضا من وجود تخطيط مسبق وواضح لمجابهة الكارثة ، ولذلك يعرف الفقهاء عنصر التخطيط بأنه ( التدبير الذي يرمى الى مواجهة المستقبل بخطة منظمة سلفا لتحقيق اهداف محددة )(٢). وبهذا المعنى فأن التخطيط يمكن اعتباره تنبؤا مدروسا قائما على معلومات وبينات مسبقة وهذا التنبؤ يهدف الى تحقيق اهداف من خلال الملائمة بين الاحتمالات وبين الامكانيات المتوفرة بواسطة تنظيم محدد. والتخطيط للازمة يكون باستخدام قاعدة المعلومات والبيانات التي امكن الحصول عليها وتطويعها في خدمة الحدث الطبيعي الذي يكون الكارثة الطبيعية ، وحتى تكتمل الخطة بشكلها النهائي يجب ان توضع بدائل لها تساعد على انضاجها واكتمالها وهذه البدائل تتأتى عن احتمال الفشل في تطبيق الخطة الاصلية.

وبالاضافه الى هذا التخطيط فأن هناك امر ظروريا لايقل اهمية عن التخطيط يتجسد في تشكيل لجان خاصة للتعامل مع حالة الكارثة وهذه اللجان اصبحت لها اهمية بمكان لما لها من خطورة بالغة على سير الاحداث المرافقة للكارثة وهذه الجان ليست على نوع واحد فهي

فهد احمد الشعلان ، مصدر سابق ، ص ۷۰ ومابعدها  $^{(7)}$ 

<sup>&</sup>quot;فهد احمد الشعلان ، مصدر سابق ، ص ٧٠ ومابعدها

أفهد احمد الشعلان ، مصدر سابق ، ص • ٧ ومابعدها أ

يمكن تصنيفها الى ثلاث لجان رئيسية وهي ( اللجنة العليا) و ( اللجنة الدائمة) و ( لجنة ادارة الكارثة في موقع الحدث  $\binom{n}{2}$ .

### المرحلة الثانية: - التعامل مع الكارثة

277

وهذه المرحلة تمثل المحور الاساسي في العملية الادارية لمواجهة الكارثة الطبيعية من قبل الدولة ، حيث تبدأ هذه المرحلة عند بدء تنفيذ الخطة الموضوعية سلفا كذلك لتحديد الادوار والاختصاصات والاستعداد للتعامل مع الحدث الذي وقع بالفعل (1).

وجدير بالذكر ان هذه المرحلة تتطلب مهارات عالية وكفاءة في الاداء حتى تصل اللجان المشكلة الى الدرجة المطلوبة لغرض التعامل مع الحدث . وهذه المهارات يكتسبها اعضاء الفريق من التمرس على مجابهة هذه الانواع المختلفة من الاحداث التي تشكل صورا مختلفة للكارثة الطبيعية والتعامل مع معطياتها بصوره مستمره مما يكسبها القدره الفائقة للتعامل مع كافة المواقف عند تعرضهم لها . (٥)وتعد هذه المرحلة الاختبار الحقيقي للمرحلة السابقة وما تتضمنه من عناصر مختلفة اي ان كلما كان التخطيط والاعداد للحدث بصورة موضوعية كلما كان التفاعل مع هذه الازمةاو الكارثة اكثر يسرا او افضل نتأئجا

#### المرحلة: - مابعد الكارثة

وهي المرحلة الثالثة من مراحل العملية الادارية التي تغطي حالة الكارثة الطبيعية ( التقليدية ) ومحاولة السيطرة عليها وتتسم هذه المرحلة بوجودمعالجات مختلفة ، ليست على المستوى المادي ( المالي ) فقط بل قد تشمل معالجات اجتماعية ومعالجة امنية بالإضافة الى معالجات اقتصادية .

وتشمل هذه المرحلة ايظا على تقويم الكارثة ومراحل التعامل معها بهدف الاستفادة قدر الامكان مما قد حصل سابقا ومحاولة معالجتها في الاحداث المستقبلية ، وتشمل هذه المرحلة وخصوصا فيما يتعلق بتقييم الازمة (الكارثة) على عناصر متعددة من اهمها جودة توقع الازمةو

۱ احمد محمد موسى الزهراني ، مصدر سابق ، ص۷۰.

 $<sup>^{7}</sup>$  د. محمد الفاتح محمود بشير المغربي ، مصدر سابق ، ص  $^{7}$  .

<sup>&</sup>lt;sup>۳</sup> د. محسن محمد العبودي ، مصدر سابق ، ص٤٣.

دقة التخطيط وتقدير الخسائر المتوقعه في بداية الحدث واختيار الاسلوب المناسب مع طبيعة الازمة ومداها ، كذلك الجوانب الفنية لفريق ادارة الكارثة ومهارات ادائهم للخطة الموضوعة مسبقا ، وكذلك العمل على تحقيق اقل معدل من الخسائر حتى ان تهدئة الرأي العام تعد من العناصر المهمةلتقويم الازمة (١)

وهذه المرحلة تتضمن العنصر الاكثر اهمية وهو محاولة اعادة الاحوال الى ما كانت عليه قبل وقوع الازمة او الكارثة فيما يتعلق بالمتضررين منها من خلال تقديم اصناف متعددة من المساعدة المالية وغيرها مما قد يحتاج اليه الافراد في هذه المرحلة<sup>(٢)</sup>.

الفرع الثاني: التطبيقات العملية لمراحل ادارة الكارثة الطبيعية (الولايات المتحدة الامريكية انموذجا)(٣)

تعد الولايات المتحدة الامريكية الدولة الاكثر تنظيما في مجال التعامل مع الكوارث الطبيعية التقليدية وعلى هذا الاساس فقد تم انشاء وكالة فدرالية خاصة لمجابهتهم وادارة التعامل مع الكوارث الطبيعية سميت به (الوكالة الفدرالية لادارة الكوارث (fema) وهي وكالة مستقلة يتكون الهيكل التنظيمي لها من (٢٦٠٠) موظف بدوام كامل يعملون في المركز الرئسي لها الذي يقع في العاصمة واشنطن وتمتلك هذه الوكالة مركز رئيسي في ولاية (مريلاند) ويحتوي على عدد كبيرمن الموظفين المساعدون يصل عددهم الى (٢٠٠٠) موظف ، وهؤلاء الموظفون المساعدون تكون وظيفتهم الاساسية هي المساعدة المادية في حالة الكوارث حيث يكونون على اهمية الاستعداد للمساعدة عند وقوع الكارثة في اي منطقة من مناطق الولايات المتحدة الامريكية.

وتعمل هذه الوكالة بالمشاركة مع منظمات اخرى يطلق على مجموعها ( النظام الوطني لادارة الكوارث). وبالاضافة الى شركاء اخرين في الوكالات المحلية التابعة لكل ولاية الخاصة

(<sup>۳)</sup>في مراجع هذا الموضوع تنظر المراجع التي ذكرت سابقا حول التنظيم التشريعي للكارثة الطبيعية بخصوص الولايات المتحدة.

<sup>(</sup>۱)مصطفى جمعة شعبان ، مصدر سابق .

<sup>(\*)</sup>www.training.fema.edu.opcit.

بادارة الكوارث والازمات ، وهذا بالاضافة الى (٢٧) وكالة فدرالية بالاضافة الى الصليب الاحمر الامريكي .

وتحتوي هذه الوكالة على (١٠) مكاتب اقليمية بالاضافة الى مكتبين متخصصتين ، اما هذه المكاتب الاقليمية فأن كل منها يغطي عددا من الولايات وكادر هذا المكتب يعمل بصورة مباشرة مع الولايات التي يغطيها من اجل وضع الخطط للكوارث المحتملة وتطوير برامج للتخفيف من حدوثها ومواجهة الحاجات الملحة عند حصول هذه الكوارث،

اما عن مراحل ادارة الازمات او الكوارث فأنها تقسم بصوره عامة الى مرحلتين: -

المرحلة الاولى :- مرحلة الاستجابة للكارثة الطبيعية .

المرحلة الثانية: - اعادة الاوضاع الى ماقبل الكارثة

الأولى: - الجدير بالذكر ان المساعدة الفدراليه في حالة حصول الكارثة الطبيعية لايمكن ان تأتي بصورة تلقائية الا بعد تقديم الطلب الرسمي من قبل حاكم الولاية التي حصلت بها الكارثة، وبالتالي فأن هناك سلطة تقديرية لرئيس الجمهورية في الاستجابة لهذا الطلب من خلال اعلان حالة الطوارئ والتي على اثرها تمنح المساعدات الفدرالية. وهذا الاعلان يعتمد على تقدير الرئيس لاهمية وخطورةونطاق تأثير الكارثة الطبيعية في كل حالة على حده فبعد ان تحصل الكارثة الطبيعية يأمر حاكم الولاية باعداد تقريرتمهيدي عما حصل في داخل ولايته، وبعد انجاز هذا التقرير يطلب الحاكم من رئيس الدولة اعلان حالة الكارثة الوطنية او حالة الطوارئ بالنسبة للمناطق المتأثرة بها . وهذا الطلب يكون محل استجابة كما قلنا طالما ان الدمار وصل حدا من الجسامة بحيث يكون من الواجب عليه اعلان حالة الطوارئ. وفي اغلب الاحيان فأن من الحدث المكمن للكارثة في هذه الاثناء يكون فعالا وموجودا. وفيما اذا ارتاى الرئيس اعلان حالة الطوارئ فأن هذا الاعلان يسمح لرئيس الدولة بارسال اعتمادات مالية مساعدة للولاية المنكوبة ولجهود الانقاذ المحلية لانقاذ الارواح وحماية المستمسكات .

ووفقا للقانون فأن هذه المساعدات المالية الممنوحة بموجب الاعلان لاتزيد عن (٥ مليون) دولار . وبالحقيقة ان الاعلان عن حالة الكارثة الوطنية من قبل الرئيس فقد تعد اعترافا منه بأن خطورة الكارثة وجسامتها هي ابعد بشكل كبير عن امكانيات او قدرات الولاية لان تجابهها ا ونقوم بادارتها بنفسها والمساعدات المالية الممنوحة لموجب هذا الاعلان تكون لكلا

القطاعين العام والخاص ، وبموجب هذا الاعلان فأن وكالة ادارة الكوارث سابقة الذكر تخول الصلاحيات لاستخدام قدرات وامكانيات (١٢) وزارة فدرالية وكالتين فدراليتين ، وكذلك صلاحية الحكومة المحلية للولاية المنكوبة ، وهذا كله في حالة الآعلان عن وجود الكارثة.

اما المرحلة الثانية: فانها تتضمن تقديم المساعدات للولايات المتأثرة بهذه الكارثة، فحاكم الولاية المنكوبة يمكنه طلب ثلاث انواع من المساعدات الفدرالية وهي (المساعدات الخاصة بالافراد والعوائل وبقية طبقات المجتمع كالفلاحين والعمال). وهذه المساعدات تتجسد على شكل قروض مالية او هبات او اسكان الافراد في منازل بشكل اضظراري، كذلك تأخذ هذه المساعدات صورا اخرى كالتخفيف من الظرائب ومساعدات وظيفيه اخرى .

اما الفرع الاخر من المساعدات فهي ( المساعدات العامة ) وهذه المساعدات تكون ذات طبيعية مالية ايظا تمنح الجمعيات غير الرسمية في محاولة لحفظ النظام داخل الولاية او الولايات المتأثرة بالكارثة .

وهناك نوع ثالث من المساعدات يكون لها دور التخفيف من حدة الكارثة وتهدف الى تقليل الخطر عن المناطق المعرضة للتخريب نتيجة لوقوع هذه الكارثة .

وعلى اي حال فأن المساعدات الفدرالية بالاضافة الى كل ماقيل قد تتضمن اشكالا اخرى غير المساعدة المالية وهي كالاتي :-

1- التزويد للمعدات او تجهيزات تساعد في عملية التعامل مع اثار الكارثة كذلك تزويد المناطق المتأثرة بفرق متخصصة بهذا الغرض.

٢- قروض مالية وفي بعض الاحيان هبات ممنوحة للمتضربين

وللتميز بشكل عام بين مرحلة الاستجابة للكارثة وبين مرحلة اعادة الحال الى ماقبل الكارثة يمكن القول ان مرحلة الاستجابة تبدأ عندما تنكشف الكارثة او عندما يبأ تهديدها منطقة معينة .

اما مرحلة اعادة الاوضاع فتشمل تخصيص وتعبئة التجهيزات الطارئة كذلك محاولة اخراج او ابعاد الافراد عن المناطق المتأثرة والتجهيز بالاغذية الازمة والخدمات والملاجئ الصحية ومحاولة اعادة الخدمات المتضررة الى العمل بصورة طبيعية .

وفي هذه الحالة فأن المشاركين في هذه المرحلة هي كل الجهات المحلية ذات العلاقة بالاضافة الى الوكالات الحكومية والمنظمات الخاصة ، هذا وان مرحلة اعادة الاوضاع الى ما قبل الكارثة تتجسد في اعادة البناء للبنى التحتية ، وقد تستغرق هذه المرحلة عدة اشهر او حتى سنوات لتكتمل وفقا لنوع وشدة الاثار المترتبة على وقوع هذه الكارثة .

# استخدام القوات المسلحة في ادارة الكارثة

ومما تجدر الاشارة اليه ان هناك دولا تستعين بالقوات المسلحة في عملية ادارة الكارثة الطبيعية في مختلف المراحل، فالولايات المتحدة الامريكية قد شرعت فيها الكثير من القوانين التي سبق ذكرها وهي تعالج بشكل مباشر موضوع الكارثة الطبيعية التقليدية ومن اهم هذه التشريعات تشريع (ستافورد للتخفيف من الكوارث) كذلك قانون (المساعدة في حالة الطوارئ) فهناك القوانين تخول رئيس الدولة هناك كما تم ذكره ، بوضع هامش واسع من المساعدات الفدرالية التي يمكن تقديمها للولايات المهددة بالكوارث الطبيعية . فقانون (ستخدامها الاهو التخفيفوالتلطيف من اثار الكارثة والمشاركة في فعاليات مختلفة كعمليات استخدامها الاهو التخفيفوالتلطيف من اثار الكارثة والمشاركة في فعاليات مختلفة كعمليات الزالة الانقاض واعادة فتح الطرق ، وعمليات البحث عن المفقودين ، وعمليات الانقاذ وتقديم العناية الطبيعية الطارئة ، والاسكان في ملاجئ وتوفير الطعام والماء وتقديم النصائح التقنية التي تساعد حاكم الولاية المنكوبة في ادارة الكارثة والسيطرة على اثارها واستخدام القوات المسلحة بهذا الشكل لايشكل استثنائ على تشريع اخر يسمى اختصارا (تشريع حالة الذي يمنع بشكل صربح استخدام اي جزء من استخدام القوات المسلحة الامريكيةالا في حالة وجود نص دستوري او تشريع صادر من الكونكرس يسمح باستخدام هذه القوات المسلحة في وجوء من اجزاء اقليم الولايات المتحدة.

على هذا الاساس فأن الكارثة الطبيعية التي تسبب تدهورا كبيرا في مستوى استقرار النظام العام والقانون تجعل هذه القوانين تسمح للسلطة باستخدام الجنود الفدراليين لانجاز مهمة تتعلق بفرض القانون واعادة النظام العام فالقوات الفدرالية لقانون (p.c.a) لا تمتلك الصلاحية مثلا لانها تتحكم بحركة السيارات في الطرقات او توفير الحماية في عمليات السطو وتعيين

الدوريات في الاحياء السكنية ، الا اذا كان ذلك متعلقا بغرض عسكري اخر، لكن بالرغم من ذلك فأن العمليات الانسانية المتعلقة بالكارثة الطبيعية كعمليات توصيل الاغذية وغيرها من الانشطة لاتمثل وفقا لهذا المنطق ضرفا او نتهاكا لقانون (P.C.A) المذكور وبناءا على طلب حاكم الولاية المنكوبة فأن الرئيس الامريكي يمتلك صلاحية تولي وزارة الدفاع من اجل تقديم اي عمل طارئ يفكر فيه لغرض حفظ حياة وممتلكات الافراد في فترة وقوع الكارثة او بعدها والتي يتطلب معها مساعدة بشكل ملح للمناطق المنكوبة و الجديربالذكر ان هذه الصلاحية التي تمنح لرئيس الجمهورية تكون لمدة (١٠) ايام تبدأ للفترة من اعلان رئيس الدولة لحالة لحالة الكارثة . وخلال هذه الفترة يستطيع الرئيس توجيه القوات المسلحة للقيام بمختلف الانشطة التي تبين ذكرها لغرض التخفيف من اثار الكارثة، والنصوص القانونية في هذا العدد هي في الحقيقة مهمةللحالات التي قد تكونفيها مشكلة في عمليات الاتصالات ، والتي قد تعين بالتالي لقاء او اجتماع الاطراف ذات العلاقة باعلان حالة الطوارئ او الاتصال لغرض المساعدة مع مؤسسة ( fema).

#### المطلب الثاني

في هذا المطلب ستحاول التعرف على الاثار القانونية للكارثة الطبيعية بكلا نوعيها التقليدية وغير التقليدية و حيث تختلف فترة الاثار بحسب نوعها وكالاتي

الفرع الأول: الآثار القانونية للكارثة الطبيعية التقليدية

لاشك ان الدولة بعد كل ماقيل عن دورها في عملية ادارة الكارثة الطبيعية ومحاولة التخفيف من اثارها، تكون مسؤولة من الناحية القانونية عند اعادة الحال الى ماكانت عليه قبل وقوع الكارثة، والحقيقة ان اعادة الحلة الي ماكانت عليه يمكن ان تكون من خلال تعويض المتضررينمن وقوع الكارثة الطبيعية ، سواء كانت تقليدية ان غير تقليدية . لكن مايجب ذكره ، ان اساس المسؤولية للدولة ازاء الكارثة الطبيعية باختلاف انواعها تختلف وفقا لنوع هذه الكارثة. وعلى هذا الاساس يمكن القول ان مسؤولية الدولة في التعويض عن الكارثة الطبيعية التقليدية وعلى النحو التالى:

ففي حالة الكارثة الطبيعية التقليدية فأن الدولة تكون مسؤولة عن تعويض المتضررين منها على الساس نظرية المخاطر التي تقوم بدورها على مبادئ قانونية متعددة اهمها ( مبدأ المساواة امام الاعباء العامة) كذلك (تحمل التبعة او التكاليف العامة ) $^{(1)}$ . وهناك عدة عوامل ادت الى نشأة واقرار نظرية المخاطر كأساس لمسؤولية الدولة من دون خطا هي :—

اولا : - قيام ادارة وتسيير المرافق العامة باساليب وادوات خطيرة تبعا لتطور وظيفة الدولة وقيام الثورة الصناعية ، مما ادى الى اعتماد المرافق العامة على الاساليب التقنية الحديثة وظهور انواع جديدة من هذه المرافق كالمرافق التجارية والاقتصادية . وهذا كله جعل الافراد يعتمدون كليا على الادارة في امور حياتهم المختلفة . واصبح هذا الفرد هو الطرف الضعيف امامها لانها تمتلك جميع مقومات حياته وقد نتج عن هذا الوضع ان يكون التعامل اليومي مع الادارة بشكل ضروره لابد منها وتجعل الافرادمهددين بالمخاطر نتيجة استخدام الاساليب التقنية الخطرة لادارة الدولة لمرافقها ، واصبح بالتالي وقوع الضرر ظاهرة تقتضي التنظيم من خلال وجوب ازالته وحماية الافراد في كل الاحوال و لذلك اجمع الفكر القانوني في البداية الى جص الضرر باعتباره هدف ينبض الوصول اليه مباشرة من دون الحاجة الى الجنة عند الخطا وبالتالي فأن المسؤولية على اساس الخطأ لم تفي بالغرض القانوني لهذه الحالة ولا تتطابق مع ظروف الحياة ".

ثانيا: – قصور المسؤولية الخطئية (المسؤولية القائمة على الخطأ) حيث اثبتت هذه النظرية عجزها مقابل استخدام الدولة لوسائل وطرق خطرة في ادارة المرافق العامة، وعجزت هذه النظرية عن تحقيق التعويض الذي يتم بموجبه جبر الضرر في الحالات اللاحقةوذلك لعدم وجود خطا خصوصا مع اتخاذ كافة التدابير الازمة لمنع وقوع الضرر، فاصبح التعويض الذي تدفعه الدولة تحت تأثير فكرة العدالة التي تتنافى مع تحمل فرد او مجموعه من الافراد عبىء دون باقي الافراد بحجة عدم وجود خطأ ، واصبح التمسك بفكرة الخطا ضاهرا عند مواجهة جميع الاضرار الواجب تعويضها تحقيقا للعدالة ، كذلك المساواة في تحمل وتوزيع عبئ

<sup>(1)</sup> د. سيد صبري ، نظرية المخاطر كالاساس للمسؤولية في القانون الاداري ،مجلة العلوم الادارية ، ع ، القاهرة ، ص ٢٠ ٠ .

<sup>(</sup>٢) د. سعاد الشرقاوي ، الوجيز في القضاء الاداري، ج، ١٩١٨ ، ص٥ ومابعدها .

التكاليف العامة هذا من جانب ومن جانب اخر اثبتت الوقائع عدم قدرة الفرد على اثبات الخطا من جانب الدولة امام تعقيد وتشعب وظائفها وصعوبة الوصول الى المسؤول الحقيقي عن الخطا من موظفى الدولة .(١)

ثالثا: - الحاجة الى تحقيق العدالة الاجتماعية ، فالعدالة تتأثر بشكل كبير من كثرة حالات الضرر التي لاتجد تعويضا مع التمسك بفكرة الخطا في الوقت الذي يكون فيه المضرور قد فقد مورد رزقه الوحيد ، او اصبح عاجزا عن الكسب وفي حاجة ماسة الى حمايته ومساعدتة على تحمل الضرر الذي لم يكن له يد في وقوعه. (٢)

ما هيت النشاط الخطر

يتناول تكييف النشاط الخطر اتجاهين فقهيين: - (٣)

الاول: - يأخذ بمعيار مزدوج ( موضوعي وشخصي ) حيث رأى هذا الاتجاه ان النشاط يكون خطرا في حالتين: -

1- ان يكون الشيء خطرا بطبيعته لما يتصف به من خطوره ذاتيه بحكم تكوينه وطبيعته وتركيبته الخطرة ، ومن امثلته المواد الكيمياوية سريعة الاشتعال وغير ذلك ، كذلك التيار الكهربائي.

٢- ان يكون الشيء خطرا بسبب الظروف والملابسات التي وجد فيها استخدام هذا
 الشيء ، ولا يكون له هذه الصفة بغير هذه الظروف .

الاتجاه الثاني: - فأنه يقصر الاشياء الخطرة على الاشياء التي تكون خطرة بطبيعتها وتختلف الاشياء التي تكمن فيها مكانة الخطر - ومن بين هذه الاشياء الخطرة تختلف درجة الخطر ومن شي الى اخر ، ومنعا من وجود خلافات بشأن طبيعة الخطرالكامنه في الشيء فأنه ينبغي تدخل المشرع او القضاء لوضع قائمة تحدد وتعدد الاشياء الخطره المحدثة للضرر الموجب

(^)د. احمد كمال الدين موسى ، نظرية الاثبات في القانون الإداري ، دون مكان طبع ، ١٩٧٧، ص ٤٤٥ ومابعدها .

<sup>(</sup>٢) د. سليمان محمد الطحاوي ، القضاء الاداري – قضاء التعويض ، دار الفكر العزي – القاهرة ، ١٩٦٨ ، ص ٤٤٠ - على الفكر العزي – القاهرة ، ١٩٦٨ ، ص ٤٤٠ .

<sup>(&</sup>lt;sup>٣)</sup>لتفصيل أكثر حول هذيين المعيارين ينظر: د. محمد ماهر ابو العينين، التعويض عن اعمال السلطات العامة، ج١، المركز القومي للاصدارات القانونية – القاهرة، ٢٠١٣، ص ٨٠٦م ومابعدها.

للمسؤولية من قبل الادارة وان لم يقع من جانبها اي خطا ، وقد فعل القضاء الاداري الفرنسي ذلك من خلال وضع قائمة تحتوي على العديد من الاشياء الخطرة وقد احتوت هذه القائمة على اشياء وعقارات ومباني

الفرع الثاني: مسؤولية الدولة في حالة الكارثة الطبيعية غير التقليدية

مرة مسؤولية الدولة عند اعمالها في حالة الكارثة غير التقليدية (الظروف الاستثنائية) بمراحل تطور متعددة ، حيث كان الوضع في المرحلة الاولى : – في فرنسا او مصر : ان القضاء لايسأل الادارة عن التدابير التي تتخذ اثناء حالة الضرورة (الظروف الاستثنائية ) حيث كان الاصل هو عدم مسؤوليتها عن الاضرار التي تلحق بالافراد. ولعل السبب في ذلك يرجع الى اعتبار هذه التدابير المتخذة من قبل الادارة هي من قبيل اعمال السيادة (۱).

ففي نشأتها في فرنسا بعد استقرار هذه النظرية كان الرأي السائد لدى الفقة اعتبار هذه الاعمال من قبيل اعمال السيادة ، ويبدء هذا الرأي واضحا في عبارة فقهاء القانون الفرنسيون امثال ( لافريد – هوريو – ديكي )  $(^{7})$  وغيرهم من الفقهاء وفقا لاحد اهم المعايير التي قبلت في تصنيف الاعمال الصادرةعن الادارة وهو معيار (طبيعية العمل الحكومي ) بالرغم من المحاولات الفقهية الحد من اثار هذه النظرية عن طريق لتضيف القرار ضد الالغاء دون التعويض او جعل طائفة من الاعمال التي كانت موجودة من ضمن القائمة القضائية التي اعدها القضاء الاداري هناك ليست من اعمال السيادة، ومع ذلك فان مجلس الدولة الفرنسي لازال يستعملم عمال السيادة في بعض الاحكام الحديثة ،

واذا افترضنا ان الاعمال التي تتعلق بامن الدولة او سلامتها او الحربشرعة بقوانين خاصة وانها تدخل ضمن نطاق مفهوم نظرية اخرى وهي نظرية الظروف الاستثنائية في مجال القانون الاداري، فأن الادارة غير مسؤولة عن التعويض حتى في ظل هذه النظرية على اساس الخطأ، بل ان تسأل عن اعمالها اثناء حالة الظروف الاستثنائية على اساس المخاطر ، حيث ان قرارات

<sup>(</sup>١) بهذا المعنى ينظر : د. مازن ليلو راضي ، القضاء الاداري ، دون مكان للطبع ، ٢٠١٠ ، دهوك ، ص٧٤-٣٤.

<sup>(</sup>٢)د. وسام صبار العاني ، القضاء الاداري ، مكتبة السفهوري – بغداد و ٢٠١٣ ، ص٥٦ .

الادارة تكون مستندة الى قوانين خاصة وهي قوانين مشرعة لذلك من الصعب الاستناد الى فكرة المسؤولية على اساس الخطأ.

واذا كان هذا الوضع في فرنسا فأنه لايختلف كثيرا عن الوضع في مصر $(^{7})$ , حيث كان في ظل هذه المرحلة من التطور يتأثر القضاء الاداري بالقانون المدني المصري واحكامه ،من حيث عدم اسناد الخطأ للقرارات والاعمال المتخذه من السلطة القائمة على حالة الضرورة سيما قرارات العلمية الاصادرة استنادا الى قانون الطوارئ او غيره من القوانين في هذا المجال حيث رفضت محكمة القضاء الاداري في مناسبات متعددة كطلبات التعويض المطالب بها استنادا الى انه مادام لم يتوفر في جانب الادارة خطأ فأنه ليست ثمت مسؤولية تقع على عاتقها .

اما المرحلة الثانية: فقد اتجه القضاء الاداري المصري الى اقامة مسؤوليةالادارة عن اعمالها اثناء حالات الضرورة على اساس القضاء ولم يشترط القضاء في هذا الخطأ ان يكون على درجة معينة من الجسارة، فأيا كانت درجة جسارة الخطأ الناشئ عن اعمال الادارة فأنه يمكن ان يكون مهلا للمساءلة، وقد جاءت المحاكم الادارية في مصر بالكثير من القرارات التي تؤكد هذا المسلك، حيث ابطلت قرارات الادارة على اساس الخطأ اثناء حالة الضرورة والحكم بتعويض المتضررين من جراء تنفيذ هذه القرارات.

اما المرحلة الثالثة: فقد ان اتجه القضاء الاداري في مصر الى ما اتجه اليه مجلس الدولة الفرنسي من مسلك في عملية اسناد المسؤولية للادارة جراء تصرفاتها اثناء حالة الضرورة، لكن التطور البارز في هذه المرحلة هو اشتراط ان يكون الخطأ الذي ابدته الادارة نتيجة تصرفاتها او قراراتها على درجة كبيرة من الجسامة.

اذن فالمبدأ العام هو انه لايمكن مساءلة الادارة عن قراراتها اثناء حالة الضرورة اذا كان الخطأ بسكل بسيطا، اواذا كان خطأ معتادا، بل يجب حتى يتم تعويض المتضرر ان يكون الخطأ بشكل جسيم. بحيث يعد خروجا على المشروعية وتكون فيه الادارة متعهدة احداث هذا الغرض حتى يتم اسناد المسؤولية الى الادارة. كذلك فلا بد من ان تكون هناك علاقة السببية بين الخطأ والضرر، فأذا اكتملت وجب تعويض المتضرر من هذه القرارات، وفي مثل هذه الحالة فأن على

للتفصيل اكثر حول هذا التطور القضائي في مصر، ينظر: د. محمد ماهر ابو العينين، مصدر سابق، ص٦٩٣ ومابعدها.

#### ٢٨٦ مجلة الحقوق . العددان ٣٥ - ٣٦

المدعي ان يثبت الاوصاف المطلوبة في هذا الخطأ من حيث شدة الجسارة والخروج الصارخ غير المألوف عن المشروعية من جهة الادارة، وبعكس ذلك فأن الادارة لايمكن نسبة المسؤولية اليها اذا كان الخطأ الذي اقترفته لاتنطبق فيه الشروط والاوصاف التي تم ذكرها.

# احكام جريمة الرشوة في الشريعة الإسلامية والقانون اليمني

و. باسم محمر (حمر الفراجي

#### مقدمة

جريمة الرشوة من الجرائم المنصوص عليها في جميع التشريعات العقابية المعاصرة للدول فهي احدى الجرائم التي ارتكبها الانسان منذ القدم كجريمة القتل والاصابة والسرقة والزنا وشهادة الزور وغيرها التي هي ليست حديثة النشأة.

ان لجريمة الرشوة اضرار شتى على حقوق ومصالح الفرد والمجتمع و الدولة ذلك ان من يرتكبها هما طرفان :

الطرف الاول (المرتشي) وهو الموظف الذي انيطت به وظيفة عامة كي يقوم بواجباتها ويقدم خدمات الدولة بمختلف اجهزتها ومؤسساتها ودوائرها الى الناس اصحاب الحاجات والمصالح المختلفة مما يستوجب ان تتوفر في الموظف الصفات و الشروط الواردة في قواعد السلوك الوظيفي وفي مقدمتها ان يكون الموظف على قدر كبير من النزاهة والامانة و الاخلاص والحرص في تأدية اعمال وظيفته وواجباته. الا ان هناك بعض الموظفين من ضعاف النفوس و الضمائر يتاجر بالوظيفة العامة لمنافع شخصية مما يشكل ذلك اعتداء على الوظيفة العامة اذ انه مسلك يخل وينتهك قواعد السلوك الوظيفي المطلوبة فيمن يتولاها.

والطرف الثاني (الراشي) وهو كل صاحب حاجة أو مصلحة سواء كانت على وجه حق أو من غير وجه حق يقدم منفعة مادية أو معنوية للموظف (المرتشي) للقيام باعمال وظيفته. من اجل ذلك جرم المشرع في كل النظم القانونية للدول قديما وحديثا سلوكية الموظف (المرتشي) والراشي حماية للمصلحة العامة المتمثلة في ضرورة نزاهة الوظيفة العامة حتى لا تنعدم الثقة بعدالة وموضوعية ونزاهة الموظفين واجهزة الدولة.

<sup>(\*)</sup>كلية القانون- الجامعة المستنصرية.

لقد اضحت جريمة الرشوة مشكلة خطيرة في القرنين العشرين والواحد والعشرين ليس على الصعيد الوطني انما الدولي ايضا نتيجة مرحلة العولمة التي دخلتها الدول والمجتمع البشري والتي ادت الى الزيادة والتشابك الكبيرين في المصالح الاقتصادية والسياسية والعسكرية والامنية والثقافية والتكنولوجية للدول و المجتمع البشري وارتباطها بمصادر الطاقة ومواد الخام وفرص العمل وانتاج السلع والبضائع والخدمات وتبادلها واستهلاكها وانما تعدى ذلك الى حركة و انتقال اليد العاملة ومن بينها الخبراء والعلماء عبر مؤسسات وشركات دولية عابرة للقارات. فجريمة الرشوة باعتبارها احد صور ظاهرة الفساد الاداري و المالي المستشري في العالم تؤثر سلبا على سير وحركة تلك المصالح لكونها بالضرورة تحتاج الى اجراءات في العالم تؤثر سلبا على سير وحركة تلك المصالح لكونها بالضرورة تحتاج الى اجراءات على موظفين مرتشين من الدرجات الدنيا الذين يشكلون قاعدة الهرم الوظيفي وانما تتعداها الى الدرجات الرفيعة والمناصب العليا الموجودة في قمة الهرم الوظيفي الذين هم اشد خطورة على الدرجات الرفيعة والمناصب العليا الموجودة في قمة الهرم الوظيفي الذين ومليارات الدولارات.

من اعلاه تبرز اهمية هذا البحث الذي سيتم فيه تسليط الاضواء على احكام الشريعة الاسلامية واحكام القانون اليمني المتمثلة في قانون الجرائم والعقوبات رقم ١٢ لسنة ١٩٩٤م المستمدة احكامه من التشريع الجنائي الاسلامي ذات العلاقة بجريمة الرشوة باعتبارها احدى جرائم التعازير وفي ختامه سنحدد ابرز نتائجه.

#### تعريف جريمة الرشوة:

في ادناه نعرض تعريف للرشوة لغة وشرعا وقانونا.

اولا- الرشوة في اللغة هي بكسر الراء وضمها وقيل بفتحها، (١) والجمع (رشا) بكسر الراء وضمها وقد (رشاه) من باب عدا. وارتشى اخذ الرشوة، واسترشى في حكمه طلب الرشوة عليه، وارشاه اعطاه الرشوة. (٢)

ثانيا- الرشوة في الاصطلاح الشرعي هي ما دفع ليبتغى به من ذي جاه عونا على ما لا يجوز، أو هي السحت الذي حرمه الله وذم آكله. (٣) والمرتشى هو قابض الرشوة. والراشى هو دافعه

أي الذي يدفعها الى المرتشي. (<sup>4)</sup> والرائش هو السفير بينهما أو هو الذي يتوسط بينهما أو هو الذي يمشى بينهما. (<sup>0)</sup>

ثالثا- الرشوة في الاصطلاح القانوني هي:

(اتجار الموظف العام في اعمال وظيفته وذلك بتقاضيه أو قبوله أو طلبه مقابلا نظير قيامه بعمل من اعمال وظيفته أو امتناعه عنه). (٦)

أو (متاجرة الموظف بسلطته لعمل شئ أو امتناعه عن عمل يكون من اختصاص وظيفته ).  $^{(V)}$  أو ( نوع من الاتجار غير المشروع باعمال الوظيفة أو الخدمة العامة أو انتهاز ما يتصل بها من سلطة أو عمل للاستفادة بغير حق).  $^{(\Lambda)}$ 

وتعريفنا لجريمة الرشوة بانها (قيام موظف عام او من في حكمه بأداء عمل معين او بالامتناع عنه مشروعا كان او غير مشروع يدخل ضمن اختصاصه الوظيفي حقيقة او حكما لصالح شخص اخر لقاء مقابل ).

وعليه فان جريمة الرشوة تستلزم وجود طرفين فيها :(٩)

الطرف الاول: - موظف يقبل ما يقدم اليه من فائدة او وعد بها او يطلب شيئا من ذلك نظير تأديته او امتناعه عن عمل من إعمال الوظيفة على وجه حق او من غير وجه حق ويسمى (المرتشى).

والطرف الثاني: - صاحب المصلحة او الحاجة يتقدم بالفائدة او الوعد بها إلى الموظف كي يؤدي له عملا من أعمال الوظيفة او يمتنع عنه سواء كان ذلك على وجه حق او من غير وجه حق ويسمى (الراشي).

اذن حسب الأصل تعتبر جريمة الرشوة واحدة من صور الجريمة ذات الفاعل المتعدد التي تتكون الواقعة الإجرامية فيها من سلوكين متقابلين. (١٠)

وتعد جريمة الرشوة من جرائم الخطر مما يعني ذلك انعدام الشروع فيها فهي اما تقع تامة او لا تقع والعدول عنها لا ينتج أي أثر يذكر ذلك ان الحماية الجنائية مقررة لنزاهة الوظيفة العامة فالاعتداء يتحقق بمجرد صدور السلوك الإجرامي سواء من جهة المرتشي ( طلب الفائدة او قبول الوعد بالفائدة ) او من جهة الراشي ( عرض الفائدة ) .

مصادر تجريم الرشوة في الشريعة الإسلامية:

تعتبر الرشوة محرمة شرعا وقد جاء تحريمها في المصادر الاساسية للشريعة الإسلامية وهي القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة و اجماع فقهاء المسلمين. (١١)

اولا- القرآن الكريم:

قال الله تعالى: (يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها الى الحكام لتأكلوا فريقا من اموال الناس بالإثم وأنتم تعلمون )(١٢)

ثانيا- السنة النبوية الشريفة:

قال رسول الله صلوات الله عليه وسلامه : (لعن الله الراشي والمرتشي  $^{(17)}$  وفي رواية اخرى : (لعن الله الراشي والمرتشى في الحكم  $^{(15)}$ 

وفي رواية لثوبان رضي الله عنه قال: (لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم، الراشي والمرتشى والرائش بينهما) (١٥٠)

وفي رواية لجابر رضي الله عنه، عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال: (هدايا الأمراء غلول) (١٦)

وفي رواية لابي حميد الساعدي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث ابن اللتبية على الصدقة فلما جاء قال: يا رسول الله هذا لكم وهذا الذي اهدي الي، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: فهلا قعدت في بيت ابيك وامك فنظرت، أيهدى لك أم لا ؟ ثم قام النبي صلى الله عليه وسلم عشية على المنبر بعد الصلاة فتشهد واثنى على الله بما هو أهله ثم قال: أما بعد: فما بال العامل (۱۲) نستعمله فيأتينا فيقول: هذا من عملكم، وهذا الذي أهدي الي فهل قعد في بيت أبيه وأمه فنظر هل يهدى له أم لا ؟ والذي نفس محمد بيده لا يقبل احد منكم شيئا الا جاء به يوم القيامة يحمله على عنقه، إن كان بعيرا جاء به له رغاء، وإن كانت بقرة جاء بها ولها خوار، وإن كانت شاة جاء بها يتعر، فقد بلغت، قال ابو حميد: ثم رفع النبي صلى الله عليه وسلم يديه حتى أننا لننظر الى عفرة إبطيه. (۱۸)

#### ثالثا- اجماع فقهاء المسلمين:

الرشوة محرمة باجماع الفقهاء المسلمين منذ عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى يومنا هذا ولم يوجد من يخالف ذلك وسواء كانت الرشوة للقاضي أو للعامل على الصدقة ولأي شخص ولي امرا من امور المسلمين.

وتصنف جريمة الرشوة ضمن جرائم التعازير في التشريع الجنائي الاسلامي الذي اعتمد تقسيم الجرائم الى ثلاثة اقسام هي جرائم الحدود و جرائم القصاص و الديات و جرائم التعازير و لكل منها عقوبات معينة نستعرضها بايجاز كالآتى: (١٩)

جرائم الحدود: تتميز جرائم الحدود بما يأتى:

١ – انها افعال محرمة في القرآن الكريم.

٢-العقوبة المفروضة عليها مقررة بنص شرعي هو القرآن الكريم أو الاحاديث النبوية الشريفة
 او اجماع فقهاء المسلمين.

٣-لا يحق لولى الامر أو الناس العفو عن العقوبة فيها أو تخفيفها أو تشديدها.

٤ – القاضي لا يمتلك سلطة تقديرية عند الحكم بالعقوبة.

و تتفرع الى سبع جرائم هي:

١ - جريمة الردة وعقوبتها القتل.

٢ - جريمة السرقة وعقوبتها بدنية هي قطع يد السارق.

٣-جريمة شرب الخمر وعقوبتها بدنية هي الجلد.

٤ - جريمة القذف وعقوبتها بدنية هي الجلد.

حجريمة الحرابة و عقوبتها ما بين الحبس أو قطع اليد والرجل أوالاعدام أو الاعدام
 والصلب.

٣-جريمة الزنا و عقوبتها الجلد للزاني غير المحصن و الرجم حتى الموت للزاني المحصن.

٧-جريمة البغي جزاؤها القتل أو الاصابة ميدانيا اثناء القتال و إلا تصير الى جريمة تعزيرية عند اسر الباغي وعقوبتها تعزيرية هي الحبس.

جرائم القصاص و الديات: تتميز جرائم القصاص بما يأتي:

١ - انها افعال محرمة في القرآن الكريم والاحاديث النبوية الشريفة.

٢-العقوبات المفروضة عليها مقررة بنص شرعي وهو القرآن الكريم و الاحاديث النبوية الشريفة.

٣-لا يحق لولي الامر العفو عن العقوبة فيها أو تخفيفها أو تشديدها و لكن يجوز للمجني عليه أو ورثته العفو.

٤ - القاضى لا يمتلك سلطة تقديرية عند الحكم بالعقوبة.

و تتفرع الى خمس جرائم هى:

١ - جريمة القتل العمد وعقوبتها القتل قصاصا.

٢ - جريمة القتل شبه العمد وعقوبتها الدية المغلظة و الحبس.

٣-جريمة القتل الخطأ وعقوبتها الدية.

٤ - جريمة الاصابة العمد وعقوبتها القصاص بمثل الاصابة.

٥-جريمة الاصابة الخطأ وعقوبتها الدية أو الارش.

جرائم التعازير: تتميز جرائم التعازير بما يأتي:

١-انها افعال محرمة في القرآن الكريم أو الاحاديث النبوية الشريفة أو التشريع الوضعي
 الاسلامي.

٢ – العقوبات المفروضة عليها يقررها المشرع الوضعي الاسلامي.

٣-يحق لولى الامر العفو فيها أو تخفيفها أو تشديدها و لا يحق للناس ذلك.

٤ – القاضي يمتلك سلطة تقديرية عند الحكم بالعقوبة ما بين الحد الادنى و الحد الاقصى
 للعقوبة المقررة من قبل المشرع الوضعي الاسلامي.

وعقوبات جرائم التعازير متنوعة تتدرج من ادنى عقوبة كالنصح و الانذار مرورا بالغرامة المالية أو الحبس أو الجلد الى اعلى عقوبة الاعدام. وعليه فهي ما كانت عقوبتها ليس حدا أو قصاصا أو دية أو ارشا.

هذا وان قانون الجرائم والعقوبات اليمني رقم ١٢ لسنة ١٩٩٤م اعتمد التقسيم المقرر للجرائم في التشريع الجنائي الاسلامي. فقد بين الكتاب الاول منه- الاحكام العامة

### موقف التشريعات العقابية من جريمة الرشوة:

البعض من التشريعات العقابية تأخذ بنظام وحدة الجريمة وبهذا تعتبر الرشوة جريمة واحدة وبالخصوص جريمة موظف عمومي مما يعني ذلك ان الاصل في التجريم يقع ابتداء على مسلك الموظف غير السليم المتعلق بالوظيفة العامة والمتمثل بخروجه عن النزاهة المطلوبة فيها وليس على مسلك صاحب المصلحة او الحاجة . (٢٠)

فالموظف هو الفاعل الأصلي لما له من دور رئيسي في ارتكاب هذه الجريمة بينما صاحب المصلحة او الحاجة هو شريك تبعي لا يمتلك ألا دورا ثانويا وتبرير هذا الاتجاه ان الموظف اقرب للوظيفة العامة واكثر خطرا عليها من صاحب المصلحة او الحاجة .

واخذ بهذا النظام كل من التشريع اليمني والتشريع الليبي والتشريع السعودي والتشريع الايطالي والتشريع الدنماركي والتشريع البولندي والتشريع الليتواني .

ويعاب هذا النظام من ان مسائلة ومعاقبة صاحب المصلحة او الحاجة في حالة عرضه للفائدة على الموظف ورفض الأخير لذلك غير ممكنة ذلك ان القواعد العامة للاشتراك تقتضي ان يبدأ الفاعل الأصلي بالتنفيذ ، وما دام الفاعل الأصلي لم يصدر من قبله سلوكا مجرما لرفضه العرض المذكور فان السلوك المتمثل يعرض الفائدة الصادر من قبل صاحب المصلحة او الحاجة باعتباره شريكا تبعيا لا يشكل جريمة .

وقد عالجت التشريعات العقابية التي تأخذ بنظام وحدة الجريمة هذا القصور عن طريق تجريم ومعاقبة من يعرض الفائدة ولم يستجب له الموظف باعتباره فاعلا اصليا تحت تسمية جريمة عرض الرشوة وتبنى قانون الجرائم والعقوبات اليمني رقم ١٢ لسنة ١٩٩٤م هذا الطريق من المعالجة في المادة (١٥٤) اذ نص على جريمة عرض الرشوة.

والنظام الثاني الذي أخذت به التشريعات العقابية الأخرى هو ثنائية الجريمة أي نشوء جريمتين في الرشوة جريمة رشوة سلبية ومرتكبها الموظف وجريمة رشوة ايجابية ومرتكبها

صاحب المصلحة او الحاجة ولكل منهما شركاء وعقوبات مما يعني ان كل واحد منهما فاعل اصلي وتبرير هذا الاتجاه ان الخطورة الواقعة على نزاهة الوظيفة العامة ليس مصدرها فقط مسلك الموظف انما أيضا مسلك صاحب المصلحة او الحاجة الذي يغري الموظف على الفساد بل قد يكون المحرك لمسلكه ومن التشريعات العقابية التي اعتمد نظام ثنائية الجريمة التشريع السوداني والتشريع الألماني والتشريع اليوغسلافي والتشريع الفرنسي والتشريع الروسي.

والفرق بين نظام وحدة الجريمة ونظام ثنائية الجريمة هو كالآتي :-

الحسب نظام وحدة الجريمة المرتشي يعتبر فاعلا اصليا أما الراشي والوسيط والقابض فهم شركاء تبعيين ويترتب على ذلك ان عدم تنفيذ المرتشي الجريمة يؤدي الى عدم إمكانية تجريم الشركاء التبعيين استنادا الى قواعد الاشتراك العامة .

Y - حسب نظام ثنائية الجريمة يعتبر المرتشي فاعلا اصليا وله شركاء تبعيين والراشي يعتبر فاعلا اصليا وله شركاء تبعيين ويترتب على ذلك ان تجريم الراشي ممكنة حتى في حالة عدم تنفيذ المرتشي الجريمة لعدم انطباق قواعد الاشتراك العامة على الراشي لكونه فاعلا اصليا وليس شريكا تبعيا وبالتالي إذا اختلفت عقوبة الراشي عن المرتشي فان العقوبات التي تقع على الشركاء التبعيين لهما تختلف ايضا .

# نصوص جريمة الرشوة في القانون العقابي اليمني:

تضمن قانون الجرائم والعقوبات رقم ١ 1 لسنة ١ ٩٩٤م نصوص جريمة الرشوة في الفرع الاول – تحت تسمية الرشوة – من الفصل الاول تحت تسمية جرائم الموظفين العامين ومن في حكمهم من الباب الرابع تحت تسمية الجرائم الماسة بالوظيفة العامة من الكتاب الثاني – القسم الخاص وكما يلى :

المادة (١٥١) تحت تسمية الارتشاء تنص على ان: (يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على عشر سنوات كل موظف عام طلب او قبل عطية او مزية من أي نوع او وعدا بها لأداء عمل او الامتناع عن عمل إخلالا بواجبات وظيفته وتكون العقوبة الحبس الذي لا تزيد مدته على ثلاث سنوات إذا كان العمل او الامتناع حقا ويعفى الشريك من العقوبات إذا بادر بإبلاغ السلطة القضائية او الإدارية او أعترف بها قبل قفل التحقيق الابتدائي.)

المادة ( ١٥٢) تحت تسمية الارتشاء حكما تنص على ان : ( يعاقب بالعقوبة المقررة في المادة السابقة كل موظف عام حصل على شئ مما ذكر للقيام بعمل او الامتناع عن عمل يعتقد خطأ او يزعم انه من أعمال وظيفته ) .

المادة ( ١٥٣ ) تحت تسمية الارتشاء اللاحق تنص على ان : ( يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سبع سنوات كل موظف عام أدى عملا او أمتنع عن أداء عمل إخلالا بواجبات وظيفته ثم طالب او قبل مالا او منفعة ملحوظا فيها انها مكافأة او هدية في مقابل ذلك ولو لم يكن هناك اتفاق سابق ) .

المادة ( £ 10 ) تحت تسمية عرض الرشوة تنص على ان : ( يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات كل من عرض على موظف عام عطية او مزية او وعد بها لأداء عمل او للامتناع عن عمل إخلالا بواجبات وظيفته ولم تقبل منه أما إذا كان العمل او الامتناع حقا فيعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة او بالغرامة ) .

المادة ( 100 ) تحت تسمية الراشي والرائش تنص على ان: ( يعتبر راشيا كل صاحب مصلحة عرض على موظف عام رشوة على نحو ما هو مبين في المواد السابقة ويعتبر وسيطا (راشيا ) كل من عاون الراشي والمرتشي بأية طريقة كانت على ارتكاب جريمة رشوة وكان عالما بها ويعاقب كل منهما بنفس العقوبات المقررة للجريمة التي اشترك فيها )

المادة ( ١٥٦ ) تحت تسمية قابض الرشوة تنص على ان : ( يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات كل شخص عين لقبض الرشوة دون ان تتوفر فيه صفة الراشي إذا كان عالما عند قبضها بانها رشوة ) .

المادة ( ١٥٧ ) بدون تسمية تنص على ان : ( يعفى من العقوبات المقررة في المواد السابقة من بادر من الجناة الى إبلاغ السلطة القضائية او الإدارية بالجريمة او أعترف بها قبل قفل التحقيق الابتدائي ولا يسري هذا الحكم على الجريمة المنصوص عليها في المادة ١٥٣ ).

المادة ( ١٥٨) تحت تسمية رشوة موظفي القطاع الخاص تنص على ان : ( يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنتين او بغرامة مالية لا تتجاوز أربعة الاف ريال كل مستخدم طلب لنفسه او لغيره او قبل او أخذ وعدا او عطية بغير علم مخدومه ورضائه لاداء عمل من الأعمال المكلف بها او للامتناع عنه ) .

المادة ( 109 ) تحت تسمية استغلال النفوذ تنص على ان : ( يعد في حكم المرتشي ويعاقب بالعقوبة المنصوص عليها في المادة 101 كل موظف عمومي طلب لنفسه او لغيره او قبل او أخذ وعدا او عطية لاستعمال نفوذ حقيقي او مزعوم للحصول او محاولة الحصول من أية سلطة عامة على أعمال او اوامر او أحكام او قرارات او نياشين او التزام او ترخيص او اتفاق توريد او مقاولة او وظيفة او خدمة او أية مزية من أي نوع . فإذا لم تتوافر صفة الموظف العام في الجاني كانت عقوبته الحبس الذي لا يجاوز ثلاث سنوات او الغرامة التي لا تزيد على عشرة الاف ريال ويعتبر في حكم السلطة العامة كل جهة خاضعة لإشرافها ) .

المادة ( ١٦٠) تحت تسمية الارتشاء من جهة أجنبية تنص على ان : ( يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على عشر سنوات كل من طلب لنفسه او لغيره او أخذ بالوساطة من دولة أجنبية اومن أحد ممن يعملون لمصلحتها نقود او أية منفعة أخرى او قبل وعداً بشيء من ذلك بقصد ارتكاب عمل ضار بمصلحة الدولة ) .

المادة ( ١٦١ ) تحت تسمية المصادرة تنص على ان : ( يحكم في جميع الأحوال بمصادرة ما تحصل او عرض من الرشوة او استغلال النفوذ ) .

# أركان جريمة الرشوة:

سبق ان ذكرنا بان جريمة الرشوة تتضمن طرفين هما الراشي والمرتشي ومعنى ذلك ان الواقعة الإجرامية للرشوة تتكون من سلوكين متقابلين . وعليه يستوجب التطرق الى الأركان المتعلقة بإجرام الراشى .

## الأركان المتعلقة بإجرام المرتشى:

الأركان الواجب توفرها في إجرام المرتشي هي ركن صفة الموظف العام وركن صفة العمل او الامتناع وهما ركنان خاصان والركن المادي والركن المعنوي وهما ركنان عامان وسنتكلم عن هذه الأركان بالتفصيل في أدناه:

## اولا: ركن صفة الموظف العام:

لا تقع جريمة الرشوة إلا إذا توفرت صفة الموظف العام حقيقة او حكما في المرتشي وهذه الصفة غير لازمة في الراشي سواء كان فاعلا أصليا استنادا إلى نظام ثنائية الجريمة او

شريكا تبعياً استنادا إلى نظام وحدة الجريمة وكذلك في جميع الشركاء التبعيين الآخرين والتساؤل الذي يثار من هو الموظف العام ؟

لقد بينت ذلك المادة (١) من قانون الجرائم والعقوبات رقم ١٢ لسنة ١٩٩٤م حيث نصت على ان: (يعد وفقا لأحكام هذا القانون موظفا عاما رئيس الجمهورية ونائب الرئيس ورئيس وأعضاء مجلس الوزراء وكل من تولى أعباء وظيفة عامة بمقابل او بغير مقابل بصرف النظر عن صحة قرار تعيينه فيها ويشمل أعضاء السلطة القضائية وأفراد القوات المسلحة والشرطة وأعضاء الهيئات العامة وأعضاء المجالس النيابية العامة او المحلية المنتخبين منهم والمعينين والمحكمين والخبراء والعدول والوكلاء والمحامين والحراس القضائيين الذين تعدل لديهم الأموال وأعضاء مجالس إدارة الشركات والبنوك وموظفيها التي تسهم الدولة في رأس مالها).

وكذلك المادة (٢) من قانون الإجراءات الجزائية اليمني رقم ١٣ لسنة ١٩٩٤م حيث نصت على ان: ( يقصد بالموظف العام لأحكام هذا القانون:

أ →القائمون بأعباء السلطة العامة والعاملون في الدولة والمؤسسات التابعة لها.

ب - رجال السلطة القضائية وأفراد القوات المسلحة والأمن كما يشمل أعضاء المجالس النيابية العامة او المحلية أثناء فترة ولايتهم.)

ويستخلص من المادتين أعلاه ان الموظف العام هو كل شخص يعمل في مرفق عام وقد رسخ في ذهن الناس ان قيامه بالعمل هو باسم الدولة ويمثلها أمام الغير وهو مفهوم واسع التزمه القانون الجنائي خلافا للمفهوم الضيق المعتمد في القانون الإداري ومفاده ان الموظف العام هو الشخص الذي يؤدي عملا بصورة منتظمة ودائمة في مرفق عام تديره الدولة او أحد الأشخاص المعنوية العامة وفقا للقانون .

#### ثانيا: ركن صفة العمل او الامتناع

لا يكفي توفر صفة الموظف العام في المرتشي لتحقق جريمة الرشوة انما يجب ان يكون العمل المطلوب تأديته او الامتناع عنه الذي التزم به الموظف العام قبل الراشي من ضمن اختصاصه الوظيفي . ولكن ما المراد بالاختصاص الوظيفي : انه مجال العمل النوعي والمكاني

وغير ذلك المكلف به الموظف بناء على المخاطبة المباشرة او غير المباشرة للشارع . وعليه فان تحديد الأعمال الداخلة ضمن الاختصاص الوظيفي قد تستند الى القوانين او اللوائح او القرارات او الاوامر الكتابية والشفوية الصادرة من الرؤساء لمرؤ سيهم.

## الزعم والوهم بالاختصاص:

إذا كان الاختصاص الوظيفي الحقيقي شرطا لتحقق جريمة الرشوة فان ذلك لا يمنع من قيام جريمة الرشوة حتى لو كان الموظف غير مختص حقيقة انما زعما او وهما منه. إذ ان المشرع ساوى في درجة المسائلة والعقوبة فيما كان الموظف المرتشي مختصا حقيقة او زعما او وهما منه وبصرف النظر عن اعتقاد الراشى ذلك.

والزعم او الادعاء بالاختصاص هو سلوك صادر من الموظف نفسه (المرتشي) او بواسطة غيره ولحسابه لإيهام صاحب المصلحة او الحاجة (الراشي) بان المصلحة او الحاجة التي ينشدها داخلة ضمن أعمال وظيفته .ويمكن ان يتدرج الزعم مبتدأ بمجرد القول وليتسع كل المظاهر والأشكال المعقدة وهو أما ان يكون صريحا كما لو طلب موظف غير مختص فائدة من صاحب المصلحة او الحاجة مقابل تأدية عمل للأخير معرباً له بانه الموظف المختص او ضمنيا كما لو قدم الراشي فائدة لموظف غير مختص ظنا منه بانه مختص لتأدية عمل ما فقبلها الموظف المذكور ساكتا . وهذا الموظف أكثر خطورة من الموظف صاحب الاختصاص الفعلي لانه جمع بين مسلكين إجراميين الرشوة والاحتيال .

أما الوهم اوالاعتقاد الخاطئ بالاختصاص فانه نشاط ذهني أحاط المرتشي الموظف فجعله يعتقد بانه يمتلك الاختصاص الوظيفي دونما اقترانه بمسلك الاحتيال فلو أقترن لأصبح زعما وهو أما ان يكون صريحا او ضمنيا .

ويشترط لتحقق جريمة الرشوة من قبل الموظف الزاعم او الواهم بالاختصاص ان تكون وظيفته لها ارتباط بالعمل او الامتناع المطلوب تأديته مقابل الفائدة فمن كان موظفا في وزارة المالية وادعى او توهم في اختصاصه في وزارة العدل بغية الحصول على فائدة من صاحب المصلحة او الحاجة للقيام بعمل ما للأخير في وزارة العدل لا يعتبر مرتكبا لجريمة

الرشوة انما لجريمة نصب او لجريمة استغلال نفوذ حسب توفر عناصر إحدى هاتين الجريمتين.

أما إذا كان العمل او الامتناع المطلوب تأديته ضمن إطار وزارة المالية ولكن قرار البت فيه ليس بيد الموظف المذكور وانما من سلطة موظف أخر فانه أي الموظف الاول يعتبر مرتكبا لجريمة الرشوة على الرغم من ذلك .

ومما ذكر يفهم ان تنفيذ العمل او الامتناع عنه ليس شرطا في تحقق جريمة الرشوة فالتنفيذ او عدم التنفيذ سيان.

#### صور العمل او الامتناع:

تتمثل صور العمل او الامتناع المطلوب من الموظف (المرتشي) القيام به مقابل الفائدة التي يحصل عليها كما يلي:

أ - العمل او الامتناع ليس إخلالاً بواجبات الوظيفة وعلى النحو الآتى:

1 - تأدية عمل على وجه حق: كما لو قدمت فائدة من صاحب المصلحة او الحاجة (الراشي) لموظف في دائرة الصحة او غيرها لاستخراج شهادة او تقرير يثبت توفر كافة الشروط المطلوبة فيه او في مشروعه او منتجاته وكانت الشروط متوفرة فعلا او لموظف في دائرة الجوازات للحصول على جواز سفر رغم توفر كافة الشروط المطلوبة ..

٢ – الامتناع عن عمل على وجه حق: كما لو قدمت فائدة من الراشي لموظف في دائرة البلدية للامتناع عن هدم دار رغم عدم وجود موجب للهدم او لرجل الشرطة للامتناع عن إلقاء القبض على الراشي من دون ان يكون هناك سبباً للقبض.

ب - العمل او الامتناع إخلال بواجبات الوظيفة وعلى النحو الآتي :-

1 – تأدية عمل من غير وجه حق: كما لو قدمت فائدة من الراشي لرجل الشرطة لغرض إلقاء القبض على شخص بصورة غير مشروعة او لطبيب او خبير من أجل إصدار تقرير طبي او فني على خلاف الحقيقة او لموظف إداري أعلى لمنح موظف أدنى تقديراً او ترقية دون استحقاقه او لمدرس لانجاح طالبا دون استحقاقه او لقاض من أجل إصدار حكم بالبراءة او الإدانة ضد

المتهم من دون توفر شروط أي منهما او لعضو النيابة العامة من أجل إصدار قرار بإلقاء القبض والتفتيش رغم عدم توفر شروط ذلك او لأمين المكتبة لغرض اختلاس كتاب او مخطوطة.

٢ - الامتناع عن عمل من غير وجه حق: كما لو قدمت فائدة من الراشي لقاض من أجل
 الامتناع عن إصدار حكم في نزاع معروض أمامه او حتى التراخي في إصدار الحكم.

من أعلاه يلحظ بان الأفعال المرتكبة من قبل الموظفين لا تشكل جريمة الرشوة فحسب انما جرائم أخرى أيضاً ففي الفقرة (أ) بشقيها ( ١ و ٢ ) كونت أفعالهم جرائم رشوة وجرائم تأديبية بينما في الفقرة (ب) بشقيها ( ١ و ٢) كونت افعال الموظفين جرائم رشوة وجرائم تأديبية وجرائم إساءة استعمال السلطة وجرائم انكار العدالة وجرائم التزوير وجرائم الاختلاس كما يبدو ان صور العمل هي أكثر من صور الامتناع في الواقع والتطبيق .

ثالثا: الركن المادي:

يتكون الركن المادي في إجرام المرتشي من السلوك الإجرامي والنتيجة الإجرامية والرابطة السببية بينهما ويتخذ السلوك الإجرامي ثلاث صور هي :-

اولا: طلب الفائدة:

يعتبر الطلب أحد صور السلوك الإجرامي لاجرام المرتشي ويتجسد بمطالبة الموظف للفائدة من صاحب المصلحة او الحاجة مقابل أداء العمل او الامتناع عنه وبه تتحقق جريمة الرشوة سواء استجاب له صاحب المصلحة او الحاجة او لم يستجب أي رفض الطلب.

ولا يشترط وصول طلب المرتشي الى صاحب المصلحة او الحاجة. فلو كلف الموظف شخصا (الوسيط) بإيصال طلبه الى صاحب المصلحة او الحاجة ولكنه لم يفعل انما قام بإبلاغ السلطات المختصة بذلك فان جريمة الرشوة تتحقق لان انطلاق السلوك الإجرامي (الطلب) من الموظف سواء وصل الى علم صاحب المصلحة او الحاجة وقبله او لم يصل تم به الاعتداء على الوظيفة العامة وتحققت النتيجة الإجرامية وهي انعدام نزاهة الوظيفة.

وهناك رأي أخر يقول بوجوب وصول الطلب الى علم صاحب المصلحة او الحاجة كى تتحقق جريمة الرشوة وهو رأي يفتقر الى الحجة .

4.1

هو الصورة الثانية للسلوك الإجرامي في أجرام المرتشي ويعني استلام الموظف او أخذه للفائدة او انتفاعه بالفائدة المقدمة من قبل الراشي. وتسمى الرشوة في صورتها هذه بالرشوة المعجلة لان المرتشي يقبض او يحصل على الفائدة قبل أداء العمل او الامتناع عنه المتفق عليه مع الراشي.

#### ثالثا: قبول الوعد بالفائدة:

الصورة الأخيرة للسلوك الإجرامي في أجرام المرتشي قبول الوعد بالفائدة المقدم من الراشي أي استلام الموظف للفائدة او انتفاعه بالفائدة في المستقبل. وتسمى الرشوة في صورتها هذه بالرشوة المؤجلة لان المرتشي يؤدي العمل او يمتنع عنه بعد ان تم الاتفاق عليه مع الراشي ثم يقبض او يحصل على الفائدة بعد ذلك.

## رابعا: الركن المعنوي:

جريمة الرشوة من الجرائم العمدية مما يعني ذلك ان الركن المعنوي فيها لا يتخذ صورة الخطأ انما صورة القصد الجنائي فقط. القصد الجنائي المطلوب توفره في إجرام المرتشي هو القصد العام أي ان يكون الجاني (الموظف) عالما بحقيقة سلوكه الإجرامي المتمثل في واحد من صوره الثلاثة المذكورة سابقا وبان المقابل (الفائدة) المقدمة من صاحب المصلحة او الحاجة (الراشي) هي لغرض أداء العمل او الامتناع عنه وعالما بالنتيجة الإجرامية المتمثلة بانعدام النزاهة المطلوبة في الوظيفة العامة ومريدا لهما أي للسلوك الإجرامي والنتيجة الإجرامية الإجرامية المذكورين.

وإذا كان الأصل في القصد الجنائي تزامنه مع السلوك الإجرامي أي توفره من لحظة انطلاق السلوك الإجرامي حتى لحظة انتهائه لكي تكون هناك مسائلة جنائية الا انه من الممكن ان يرد عليه الاستثناء أي الأعتداد بالقصد الجنائي حتى لو توفر بعد انتهاء السلوك الإجرامي وهذا يستوجب اعتبار السلوك الإجرامي للمرتشي ليس مقتصرا على الوقت الذي يتم فيه الطلب للفائدة او القبول للفائدة او القبول بالوعد للفائدة فهو عملية وقتية فورية انما ممتدا حتى الوقت الذي يعلم المرتشى فيه ان غرض الفائدة المقدمة من الراشى هو الأرشاء ولكن هل

يعتد بالقصد الجنائي المتوفر بعد انتهاء السلوك الإجرامي وتترتب على ضوئه المسائلة الجنائية في جميع الحالات .

هذه المسألة لها علاقة بصور السلوك الإجرامي لجريمة الرشوة ففي صورة الطلب لا توجد إشكالية تذكر فالقصد الجنائي دائما يتعاصر مع السلوك الإجرامي منذ بداية صدوره ومن ثم يعتد بالقصد الجنائي وتترتب عليه المسائلة الجنائية .

أما عندما تكون صورة السلوك الإجرامي قبول الفائدة او قبول الوعد بالفائدة فان القصد الجنائي له وجهان : إذا تعاصر القصد الجنائي مع السلوك الإجرامي اعتد به وترتبت عليه المسؤولية الجنائية . أما إذا لم يتعاصر القصد الجنائي مع السلوك الإجرامي كما لو قبل الموظف بحسن النية هدية مقدمة له من شخص على معرفة به ثم بعد أيام يطلب هذا الشخص من الموظف القيام بعمل من أعمال وظيفته او الامتناع عنه فيتضح للموظف ان الهدية ما قدمت له إلا على هذا الإساس ( الأرشاء ) . أي ان العلم بغرض الفائدة حصل بعد استلام الهدية وليس وقت استلامها . ففي رأينا هذه المسألة ذات اوجه أربعة :

الوجه الاول: إذا أعاد الموظف الهدية ينتفي القصد الجنائي ولا توجد مسائلة جنائية باعتبار ان الإعادة هي دليل على الرفض لعرض الرشوة .

الوجه الثاني: إذ لم يعد الموظف الهدية ولم يؤدي العمل او الامتناع عنه وهو على وجه مشروع او غير مشروع ينتفي القصد الجنائي ولا توجد مسائلة جنائية باعتبار ان الإعادة غير لازمة ما دام الموظف هو حسن النية عند استلامه للهدية اولا وربما الموظف غير قادر على الإعادة بسبب استهلاكه للهدية فتصبح الإعادة إرهاق لكاهله المالي من دون وجه حق.

الوجه الثالث: إذا لم يعد الموظف الهدية وأدى العمل او الامتناع عنه وهو على وجه مشروع ينتفي القصد الجنائي ولا توجد مسائلة جنائية وتبرير ذلك هو نفس تبرير الوجه الثاني أعلاه.

الوجه الرابع: إذا لم يعد الموظف الهدية وأدى العمل او الامتناع عنه وهو على وجه غير مشروع يتوفر القصد الجنائي وتوجد مسائلة جنائية باعتبار ان الموظف قبل عرض الرشوة واتضحت نيته السيئة.

# الأركان المتعلقة بإجرام الراشي:

الأركان اللازم توفرها في أجرام الراشي هي ركن تحقق الواقعة الإجرامية في الرشوة وهو ركن خاص والركن المادي والركن المعنوي وهما ركنان عامان وسنتكلم عن هذه الاركان بالتفصيل في ادناه:

# اولا: ركن تحقق الواقعة الإجرامية في الرشوة:

أي تحقق أجرام المرتشي ( الموظف ) ويتم ذلك عند طلب الموظف للفائدة او حصوله عليها او قبوله للوعد بها من ( الراشي ) صاحب المصلحة او الحاجة في أداء العمل او الامتناع عنه . وجوهر هذا الركن هو تحقق الواقعة المادية ذاتها من خلال انطباق وصف الرشوة عليها وليس ثبوت مسئولية المرتشي الجنائية من عدمه فقد تنعدم المسئولية الجنائية قبله كما لو انعدم قصده الجنائي .

#### ثانيا: الركن المادي:

يقوم على العنصر الاول السلوك الإجرامي في صورة تقديم الفائدة او الوعد بها للراشي يقابل السلوك الإجرامي للمرتشي في صوره الثلاثة المعروفة ولا أهمية لأي من السلوكين الإجراميين المذكورين كان هو الاول أي سلوك الراشي او سلوك المرتشي . والعنصر الثاني النتيجة الإجرامية انعدام النزاهة في الوظيفة العامة والعنصر الثالث الرابطة السببية بين السلوك الإجرامي والنتيجة الإجرامية .

#### ثالثا: الركن المعنوى:

كما ذكرنا سابقا الركن المعنوي في جريمة الرشوة يتخذ صورة القصد الجنائي مما يستوجب ان يكون الراشي عالما بحقيقة سلوكه الإجرامي وهو تقديم فائدة الى موظف كيما ينجز له عملا او يمتنع عن عمل يدخل ضمن اختصاصه الوظيفي سواء كان على وجه حق او غير حق وعالما بالنتيجة الإجرامية المتمثلة في انعدام نزاهة الوظيفة العامة ومريداً للسلوك الإجرامي والنتيجة الإجرامية المذكورين.

#### جريمة عرض الرشوة:

سبق البيان بان التشريعات العقابية تتبنى واحداً من نظامين عند مواجهة جريمة الرشوة الاول نظام وحدة الجريمة والثاني نظام ثنائية الجريمة وان المشرع اليمني أعتمد النظام الاول مما يعنى ان صاحب الحاجة او المصلحة عندما يعرض الرشوة (الفائدة) على الموظف من أجل ان يؤدي عملا او امتناعا عنه يدخل ضمن اختصاصه الوظيفي ويرفض الأخير لا تتحقق جريمة الرشوة ذلك ان القواعد العامة للاشتراك تستلزم ان يبدأ الفاعل الأصلى بالتنفيذ من أجل مسائلة الشريك التبعي وطالما أن الفاعل الأصلي وهو الموظف لم يصدر من قبله سلوكا مجرما ( طلب الفائدة او قبول الفائدة او قبول الوعد بالفائدة ) لرفضه عرض الفائدة المقدمة من صاحب الحاجة او المصلحة فان الأخير باعتباره شريكا تبعيا لا تنهض عليه المسؤولية الجنائية لان سلوكه المذكور لا يكون جريمة ، وهذه الحالة تؤدى الى إفلات عارض الرشوة من قبضة العدالة فيما ان أمثال هؤلاء يشكلون خطورة كبيرة على نزاهة الوظيفة العامة لا تقل عن خطورة الموظف المرتشى ولربما خطورتهم أكبر نظرا لتعقد وصعوبة الحياة وتطورها بشكل كبير حيث اصبح الموظف ضمن الشرائح الاجتماعية الأكثر احتياجا وعوزا مقابل شرائح ذات ثراء فاحش الغالبية منها لا يهمها سوى جنى الأرباح ومضاعفة الأموال بأي طرق حتى لو كانت غير مشروعة حيث تمارس مسلكا انحرافيا وإجراميا وفي مقدمته إغراء الموظفين ضعاف النفوس عن طريق الرشاوي من أجل التخلي عن نزاهتهم الوظيفية وتجريد الوظيفة العامة من النزاهة المعهود فيها . ولهذه الأسباب عالج المشرع هذه الثغرة من خلال النص على جريمة عرض الرشوة وهي واحدة من جرائم الرشوة لها خصوصيتها التي تميزها عن جريمة الرشوة العادية وعلى النحو آلاتي:-

١- السلوك الإجرامي فيها يتحقق في صورتين الاولى عرض الفائدة مع الاستعداد لتسليمها في الحال أي عرض الرشوة المعجلة والصورة الثانية عرض للفائدة مع الاستعداد لتسليمها في المستقبل أي عرض الرشوة المؤجلة .

٢ عدم قبول العرض للفائدة المقدم من الراشي صاحب الحاجة او المصلحة أي لا وجود
 لأي شكل من أشكال الاتفاق بين الموظف العام وصاحب الحاجة او المصلحة حول المشروع

الإجرامي. وعدم قبول العرض يتخذ صور متعددة أما بالرفض الصريح او الضمني من قبل الموظف العام او بتظاهر الموظف قبوله الرشوة من أجل تسهيل عملية القبض على الراشي متلبسا بجريمته من قبل الأجهزة المختصة او عندما تداهم الأجهزة المختصة الراشي حال عرضه الرشوة على الموظف وقبل ان يبدي الأخير موافقته او رفضه.

٣- يعتبر مرتكب جريمة عرض الرشوة وهو صاحب الحاجة او المصلحة فاعلا اصليا وله
 شركاء تبعيون .

3 – العقوبة التي تفرض على مرتكب جريمة عرض الرشوة لها صورتين : الأولى : عندما يكون العمل المراد تأديته من قبل الموظف او الامتناع عنه غير مشروع تكون العقوبة الحبس ما بين (75) أربع وعشرين ساعة كحد أدنى و (7) ثلاث سنوات كحد أعلى والثانية عندما يكون العمل المراد تأديته من قبل الموظف او الامتناع عنه مشروعا تكون العقوبة أما الحبس مابين (75) أربع وعشرين ساعة كحد ادنى و(1) سنة واحدة كحد اعلى او الغرامة ما بين (10) مائة ريال كحد أدنى و (10) سبعين ألف ريال كحد أقصى مما يعني ان العقوبة في الصورة الثانية تخييرية .

وهذه العقوبات منصوص عليها في المادة (٣٤) والمادة (١٥٤) من قانون الجرائم والعقوبات رقم ١٢ لسنة ١٩٩٤م .

#### جريمة الارتشاء اللاحق:

لقد سبق وتكلمنا عن جريمة الرشوة العادية وتوضح لنا بان هذه الصورة من جرائم الرشوة تستلزم وجود اتفاق بين الراشي والمرتشي أي ان المسشروع الإجرامي يبدأ بطلب الموظف المرتشي فائدة من صاحب الحاجة او المصلحة او يقبل فائدة او وعدا بها من الراشي صاحب الحاجة او المصلحة نظير العمل او الامتناع عنه الذي سيقوم به سواء كان مشروعا او غير مشروع والذي يدخل ضمن اختصاصه الوظيفي . إلا ان الواقع العملي تظهر فيه صورة أخرى للاعتداء على نزاهة الوظيفة العامة حينما يبدأ المشروع الإجرامي بطلب صاحب الحاجة او المصلحة من الموظف ان يقوم بعمل او يمتنع عنه يدخل ضمن اختصاصه الوظيفي من دون ان يعرض عليه فائدة وبعد إتمام الموظف لعمله او امتناعه عنه يقوم صاحب الحاجة او

المصلحة بتقديم الفائدة له او الوعد بها فيقبلها الموظف او يطلب الموظف الفائدة من صاحب الحاجة او المصلحة . او يبدأ المشروع الإجرامي بقيام الموظف بعمل او يمتنع عنه يدخل ضمن اختصاصه الوظيفي من دون طلب صاحب الحاجة او المصلحة أي من تلقاء نفسه وبعد إتمام الموظف لعمله او امتناعه عنه يطلب من صاحب الحاجة او المصلحة الفائدة او يقوم صاحب الحاجة او المصلحة الفائدة او يقبلها الموظف بتقديم الفائدة او الوعد بها فيقبلها الأخير .

ونخلص مما ذكر انفا ان جريمة الارتشاء اللاحق لها خصائص قد تتشابه او تختلف مع جريمة الرشوة العادية وعلى النحو الآتى:

1 – لا وجود لاتفاق سابق بين الموظف وصاحب الحاجة او المصلحة حول جوانب المشروع الإجرامي وبالذات عنصر المقابل (الفائدة) سواء قام الموظف بالعمل او الامتناع عنه والذي يدخل ضمن اختصاصه الوظيفي من تلقاء نفسه او بناءا على طلب صاحب الحاجة او المصلحة. ومن المفيد هنا ان نلفت نظر المشرع الى ضرورة حذف كلمة (لو) من نص المادة (١٥٣) ليصبح النص سليما ومنسجما مع بقية نصوص جرائم الرشوة لان وجود الاتفاق السابق يجعل المشروع الإجرامي جريمة رشوة عادية تخضع لنص المادة (١٥١).

٢- يتحقق السلوك الإجرامي بذات صور السلوك الإجرامي في جريمة الرشوة العادية وهي الطلب للفائدة والقبول للفائدة والقبول بوعد الفائدة .

٣-لا تتحقق جريمة الارتشاء اللاحق إلا إذا كان العمل المطلوب تأديته او الامتناع عنه يعتبر إخلالا بواجبات الوظيفة أي غير مشروع وكما فصلناه سابقا عند كلامنا عن صور العمل او الامتناع عنه في جريمة الرشوة العادية وفوق ذلك ان يتم تنفيذ العمل او الامتناع عنه .

بينما تتحقق جريمة الرشوة العادية اذا كان العمل او الامتناع عنه مشروعا او غير مشروع وسواء تم تنفيذ العمل او الامتناع عنه ام لم ينفذ بل تقوم الجريمة حتى لو كان في نية المرتشي عدم القيام بالعمل او الامتناع عنه .

ومن المفيد هنا التنويه بان الاتجاه الذي تبناه المشرع اليمني في عدم قيام جريمة الارتشاء اللاحق بحق الموظف الذي يحصل على فائدة من صاحب الحاجة او المصلحة نظير تأديته عملا او امتناعا عنه ان كان مشروعا فيه قدر من الحكمة والواقعية ذلك ان مسلك

الموظف هذا لا يكشف عن نزعة إجرامية خاصة إذا كان صاحب الحاجة او المصلحة هو المبادر في تقديم الهدية (الفائدة) وان مسائلة الموظف إداريا تعد كافية ان كان لها مقتضى حسب الحال.

٤-عدم تحقق جريمة عرض الرشوة قبل صاحب الحاجة او المصلحة الذي عرض الفائدة من اللاحقة على الموظف وتم رفضها من قبل الأخير لانها لا تتحقق إلا إذا كان عرض الفائدة من قبل صاحب الحاجة او المصلحة على الموظف سابقا للعمل المطلوب تأديته او الامتناع عنه .
 ٥-العقوبة المقررة على مرتكبي جريمة الارتشاء اللاحق وهو الموظف المرتشي وشركائه وفي مقدمتهم الراشي هي الحبس ما بين (٢٤) أربع وعشرين ساعة كحد أدنى و (٧) سبع سنين كحد أقصى وهي عقوبة أخف مقارنة بعقوبة جريمة الرشوة العادية التي يبلغ الحبس فيها ما بين (٢٤) أربع وعشرين ساعة كحد أدنى وعشر سنين كحد أعلى عندما يكون العمل او الامتناع عنه غير مشروعا أيضا.

ومبررات تخفيف الحد الأعلى للعقوبة ان مسلك الموظف المرتشي في جريمة الارتشاء اللاحق اقل خطورة من مسلك الموظف المرتشي في جريمة الرشوة العادية ففي المسلك الاول لا يوجد هناك النفاق سابق أي لا يوجد هناك مساومات على قيمة المقابل (الفائدة) بينما في المسلك الثاني يوجد اتفاق سابق بشان جوانب متعددة حول المشروع الإجرامي ومن بين ذلك المساومة على قيمة المقابل (الفائدة).

## الاشتراك في الرشوة:

سبق ان ذكرنا بان قانون الجرائم والعقوبات رقم ١٢ لسنة ١٩٩٤م اخذ بفكرة وحدة الجريمة في الرشوة وبالتالي فان من ينطبق عليهم مفهوم الاشتراك التبعي في جريمة الرشوة هم الراشي والوسيط والقابض وغيرهم. وشروط اشتراك الراشي سبق التطرق اليها عند تكلمنا عن أجرام الراشي.

أما اشتراك الوسيط والقابض فالأول يتم اشتراكه في حالة تقديمه العون والمساعدة لطرفي جريمة الرشوة الراشي والمرتشي او أحدهما والثاني يتم اشتراكه في حالة استلامه الفائدة من الراشي وتسليمها للمرتشي مع ضرورة توفر الركن المعنوي (القصد الجنائي) في إجرام كليهما.

#### العقوبة والإعفاء:

تعتبر جريمة الرشوة من جرائم التعازير حسب قانون الجرائم والعقوبات رقم ١٢ لسنة المفروضة على مرتكبيها بموجبه على الحبس والغرامة ، ويلاحظ بان القانون شدد موقفه إزاء المرتشي والراشي والوسيط فيما اذا كان العمل المطلوب من الموظف تأديته او الامتناع عنه غير مشروع حيث جعل العقوبة الحبس الذي يتراوح ما بين (٢٤) أربع وعشرين ساعة كحد أدنى و (١٠) عشر سنين كحد أعلى ، بينما إذا كان العمل المطلوب من الموظف تأديته او الامتناع عنه مشروعا فان العقوبة الحبس الذي يتراوح ما بين المطلوب من الموظف تأديته او الامتناع عنه مشروعا فان العقوبة الحبس الذي يتراوح ما بين (٢٤) أربع وعشرين ساعة كحد أدنى و (٣) ثلاث سنين كحد أقصى.

وهذا يعني ان الحالة الاولى لجريمة الرشوة هي من الجرائم الجسيمة والحالة الثانية لجريمة الرشوة هي من الجرائم غير الجسيمة استنادا الى نص المواد (١٥، ١٦، ١٧) من القانون المذكور .

ومن المأخذ على القانون ان تشديده المعروض أعلاه أقتصر على الحد الأعلى للعقوبة فيما يخص الحالة الاولى المذكورة بينما الحد الأدنى للعقوبة في الحالتين المذكورتين متساويتين وهي الحبس (٢٤) أربع وعشرين ساعة وهذه ثغرة قد تستغل على وجه غير حسن من قبل القضاء إذا ما كان غير كفوء وليس على قدر من مستوى المسئولية . ذلك ان المشرع منح القاضي صلاحية واسعة في تقدير العقوبة يحق له فيها إيقاع قدرا واحدا من عقوبة الحبس تبدأ في حدها الأدنى وهو (٢٤) أربع وعشرون ساعة حتى ثلاث سنوات في كلا الحالتين المذكورتين أعلاه . والأجدر بالمشرع ان يجعل الحد الأدنى لعقوبة الحبس فيما يخص الحالة الاولى اكثر من ثلاث سنين لتلافى ما ذكرناه من قصور .

وقد افرد القانون عقوبة لقابض الرشوة هي الحبس الذي يتراوح بين حد أدنى (٢٤) أربع وعشرين ساعة وحد أعلى (٣) ثلاث سنين وبهذا يتبين رغبة المشرع في عدم تشديد العقوبة إزاء قابض الرشوة باعتبار ان دوره لا يرتفع إلى دور الأطراف الأخرى في الجريمة من الخطورة حيث لم يترك الأمر لتطبيق قواعد الاشتراك العامة في باب العقوبة .

وإضافة الى العقوبات المقررة أعلاه فان القانون تضمن عقوبة تكميلية وجوبية هي مصادرة الرشوة المقدمة من الراشي للمرتشى ولا يتحقق ذلك ألا بشرطين:

الاول: ان تكون الرشوة مالا سواء كان منقولا او عقارا.

الثاني : ان تكون الرشوة ضبطت من قبل الأجهزة المختصة الإدارية او القضائية .

عليه ان كانت الرشوة عبارة عن منفعة او خدمة فلا تخضع للمصادرة . كما لا يجوز مصادرة الأشياء المشتراة من حصيلة الرشوة النقدية او العينية حتى لو كانت هي المضبوطة وتبرير ذلك هي الصعوبات التي تبرز عند تنفيذ المصادرة في مثل هذه الحالات وربما تصل الى حد الاستحالة أحيانا ولكون عقوبة المصادرة يجب ان تقع على ذات الأشياء التي استخدمت باعتبارها أدوات او وسائل في تنفيذ الجريمة .

ومما اورده القانون الإعفاء من العقوبات لمن يساهم من الجناة بالكشف عن جريمة الرشوة دون فرق بين راشي او مرتشي او وسيط او قابض ولكن المساهمة المشمولة بالإعفاء تقع في حالتين:

اولا: حالة الإبلاغ: ويعني ذلك ان الجاني المستفيد من الإعفاء يقدم أخبارا شاملا مفصلا بكل ما يعرفه عن جريمة الرشوة للسلطات المختصة سواء كانت إدارية او قضائية قبل اكتشافها. أي قبل ان يصل أي علم لهذه السلطات عن وقوع الجريمة.

ثانيا: حالة الاعتراف: يعني ذلك ان الجاني المستفيد من الإعفاء يقدم إقرارا شاملا مفصلا بكل ما يعرفه عن جريمة الرشوة للسلطات المختصة السالفة الذكر بعد ان اكتشفتها هي من خلال وسائلها وسبلها من شانه ان يؤدي الى كشف الجوانب الغامضة والخفية التي لم تستطع السلطات المذكورة التوصل اليها ومن بين ذلك كشف اسماء الاشخاص المتورطين في جريمة الرشوة.

ويجب ان يقع الاعتراف قبل التحقيق الابتدائي أي أثناء مرحلة جمع الاستدلالات او أثناء مرحلة التحقيق الابتدائي فلو وقع بعد قيام النيابة العامة برفع الدعوى الجزائية الى القضاء او أثناء قيام المحاكمة فلا يصبح الاعتراف منتجا للإعفاء .

ومن الجدير بالذكر ان مرتكبي جريمة الارتشاء اللاحق فاعلون وشركاء لا يستفيدون من الإعفاء مدار البحث حتى في حالة مبادرتهم بالإبلاغ او الاعتراف .

#### الخاتمة

من اهم النتائج التي توصلنا اليها في هذا البحث الآتي:

١-ان الشريعة الاسلامية حرمت الرشوة من خلال مصادرها الاساسية الثلاثة القرآن الكريم والاحاديث النبوية الشريفة واجماع الفقهاء المسلمين فالتشريع الجنائي الاسلامي منذ عهد الرسول صلى الله عليه وسلم لم يحيد عن تجريم الرشوة ومعاقبة مرتكبها.

٢- ان التشريع الجنائي الاسلامي صنف الرشوة ضمن جرائم التعازير التي لها خصائصها وشروطها وعقوبتها المميزة عن جرائم الحدود والقصاص والديات.

٣- ان قانون الجرائم والعقوبات اليمني رقم ١٢ لسنة ١٩٩٤م في تجريمه للرشوة وتصنيفها وشروطها وعقوبتها ما هو الا امتداد للتشريع الجنائي الاسلامي.

٤- ان خطورة جريمة الرشوة في العصر الراهن تعدت نطاق اقليم الدولة الى النطاق العالمي لما لها من اضرار على مصالح الدول جميعا الاقتصادية والسياسية والعسكرية والامنية والثقافية والتكنولوجية وتعلقاتها.

٥- ان جريمة الرشوة هي منتجة لجرائم اخرى حسب الحال فقد يتولد عنها جريمة تزوير أو جريمة احتيال ونصب أو جريمة اختلاس أو جريمة انكار العدالة أو جريمة اساءة استعمال السلطة أو جريمة اتجار بالاسلحة أو المخدرات أو جريمة تأديبية وغير ذلك.

٦- نلفت نظر المشرع اليمني الى ضرورة اجراء تعديلات على بعض نصوص قانون الجرائم
 والعقوبات رقم ١٢ لسنة ١٩٩٤م وكما بينا سالفا فى متن هذا البحث.

#### هوامش ومراجع

١ –القاموس المحيط /مادة (رشا).

٢ – مختار الصحاح /مادة (رشا).

٣- النهاية في غريب الحديث /ج٢ صفحة ٢٢٦، نفحات النسائم المفتحة عن زهر الكمائم في آداب المفتي والحاكم/تحقيق د. محمد شحود احمد خرفان/الطبعة الاولى /صفحة ١٥٨

٤- نيل الاوطار شرح منتقى الاخبار/ج٨ صفحة ٣٠١، نفحات النسائم المفتحة عن زهر الكمائم في آداب المفتي والحاكم/المرجع السابق/صفحة ١٥٨

٥- القضاء والاثبات الشرعي في الفقه و القانون/د. صالح الضبياني/صنعاء/صفحة ٢٦٦، نفحات النسائم المفتحة عن زهر الكمائم في آداب المفتي والحاكم/مرجع سابق/صفحة ١٥٨، نيل الاوطار شرح منتقى الاخبار/مرجع سابق/صفحة ٣٠١،

٣- شرح قانون العقوبات اليمني- القسم الخاص/د. حسني الجندي ود. مجدي عقلان/صنعاء/١٩٩٣/صفحة ٥٩

٧- قانون العقوبات- القسم الخاص/د. واثبة داود السعدي/بغداد/١٩٨٩/صفحة ١٧

٨- الوسيط في شرح قانون الجزاء الكويتي - القسم الخاص/د. عبد المهيمن بكر سالم/الكويت/١٩٨٢/صفحة ٢٠
 ٩- مذكرات في القسم الخاص من مشروع قانون الجرائم والعقوبات الشرعية بالجمهورية اليمنية/د. احمد عبد العزيز الالفي/صنعاء/١٩٨٣/صفحة ٩ وما بعدها، شرح قانون العقوبات اليمني - القسم الخاص/د. حسنى الجندي ود.

الالعي العندي العندي العندي العندي العندي العندي العندي العندي ود. مجدي عقلان مرجع سابق صفحة 0 وما بعدها، قانون العقوبات القسم الخاص/د. واثبة داود السعدي مرجع سابق/صفحة 0 وما بعدها ،الوسيط في شرح قانون الجزاء الكويتي — القسم الخاص/د. عبد المهيمن بكر سالم مرجع

سابق/صفحة ١٩ وما بعدها

• ١ - مثل جريمة الزنا واللواط والسحاق

1 1 - التشريع الجنائي الاسلامي مقارنا بالقانون الوضعي/د.عبدالقادرعودة/مؤسسة الرسالة/بيروت/٩٩٨

١٨٨ - سورة البقرة/الآية ١٨٨

١٣ - اخرجه ابو داود رقم الحديث (٣٥٨٠)

١٤ - تفسير ابن كثير/ج١ صفحة ٢٢٤ وما بعدها

٥١ – اخرجه احمد في الفتح الرباني رقم الحديث (٢١٣/١٥)

١٦ - مجمع الزوائد ومنبع الفوائد رقم الحديث (١٥١/٤)

١٧ - العامل هو كل من اوكل اليه امر من امور الامة وهو هنا ابن اللتبية عبد الله بن اللتبية صحابي جليل ارسله الرسول صلى الله عليه وسلم على الصدقات .

انظر: الاصابة في تمييز الصحابة رقم الحديث (٣٥٥/٢)

١٨ - اخرجه البخاري رقم الحديث (٢٥٩٧)

91- التشريع الجنائي الاسلامي مقارنا بالقانون الوضعي/د. عبدالقادرعودة/مؤسسة الرسالة/بيروت/١٩٩٨،جرائم وعقوبات في الشرائع السماوية مقارنة بالقانون العقابي اليماني/د. باسم محمد احمد الفراجي/مجلة البلقاء/العدد / المعة عمان الاهلية/٢٠٠٦.

• ٢ - شرح قانون العقوبات القسم الخاص/د. محمود نجيب حسني/القاهرة/١٩٨٦/صفحة ١٤ وما بعدها ،الوسيط في قانون العقوبات العقوبات القسم الخاص/د. احمد فتحي سرور/القاهرة/١٩٨٥/صفحة ١٩ وما بعدها ،الوسيط في شرح قانون الجزاء الكويتي القسم الخاص/د. عبد المهيمن بكر سالم/مرجع سابق/صفحة ١٩ وما بعدها ، شرح قانون العقوبات اليمني الخاص/د. واثبة داود حسني الجندي و د. مجدي عقلان/مرجع سابق/صفحة ٥٩ وما بعدها ، قانون العقوبات القسم الخاص/د. واثبة داود السعدي/مرجع سابق/صفحة ١٩ وما بعدها ، مشروع قانون الجرائم والعقوبات الشرعية بالجمهورية المعدي/مرجع سابق/صفحة ٩ وما بعدها .

# الحدود القضائية لولاية المحكمة الدستورية على قواعد القانون الخارجي (الاتفاقيات والمعاهدات الدولية)

و. کاظم علي عباس

#### المقدمية

أن الحقيقة التي لايمكن انكارها هي ما للمعاهدات والأتفاقيات الدولية من اهمية متعاظمة كمصدر رئيس للقانون الدولي العام المعاصر، أذ تنظم من خلالها أطر التعاون والتواصل بين اعضاء المجتمع الدولي على مختلف الاصعدة، وكذلك في تعديها الى نطاق تنظيم جوانب من موضوعات القانون الداخلي ، التي تمس بشكل او بآخر الحقوق والحريات الخاصة بالافراد ، والتي تجد لها اقراراً في دساتير الدول وحماية لها ، اذ اصبحت الحقوق والالتزامات التي تقررها في تماس مباشر لاشخاص القانون الداخلي للدول ، مع احتمالية تباين التنظيم الذي تضعه المعاهدات مع ما موجود او منظم داخلياً مما يحتاج الى ترجيح او تفضيل لاحدهما على الاخر من خلال انفاذ المعاهدات الدولية داخل المنظومة القانونية للدولة ، وتحديد مكانتها ضمن القواعد القانونية المختلفة داخلها.

ذلك لان النظم القانونية للدول تقوم على مبدأ سمو الدساتير على سائر الاعمال التشريعية، من خلال الاعتراف بوجود اختلاف في طبيعة القواعد الدستورية الموجودة داخل الوثيقة الدستورية او خارجها ومكانتها مع القاعد التشريعية الادنى درجة سواء كانت عادية او فرعية ، حيث يتطلب ذلك توافق القواعد الدنيا على ما يعلوها شكلاً ومضموناً ، ذلك لان القواعد

(\*)استاذ القانون الدستوري المساعد، مركز المستنصرية للدراسات العربية والدولية.

الدستورية قواعد ثابتة لا تتغير الا بأجراءات خاصة تكفل عدم العبث بها، وينبغي احترامها من قبل الافراد والحكام على حد سواء فالدستور يمثل رأس الهرم بالنسبة للقواعد التي تطبق داخل الدولة، مما تطلب ايجاد وسيلة لضمان احترام هذا الاختلاف والعلو تتمثل في اقرار الرقابة على الدستورية كضامن لسمو الدستور وعلويته.

ومن هنا جاء اعتراف الدول المختلفة ومنها العراق بالرقابة على الدستورية لضمان سيادة الدستور على القواعد القانونية الاخرى، ولكون المعاهدات اصبحت جزءاً من المنظومة القانونية للعراق والدول المختلفة، تنفذ بصورة مباشرة او غير مباشرة، مما يعني احتمالية تعارضها مع الدستور واردة باعتبارها تصرفاً قانونياً ينشأ عن اتفاق ارادتين او اكثر تتمتع بالسيادة على الصعيد الدولي، مما يتطلب بيان فيما اذا كانت محصنة من الرقابة على دستوريتها ام انها تخضع للرقابة شأنها شأن القوانين العادية ، حيث نجد الكثير من الدول اعترفت صراحة بخضوع المعاهدات للرقابة على دستوريتها، بينما جاء دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ خالياً من النص الصريح على هذه الرقابة عند تنظيمه لدور المحكمة الاتحادية العليا في ضمان علوية نصوصه.

إن الرقابة على دستورية المعاهدات الدولية تمثل مبحثاً اساسياً يتفرع من موضوع تقليدي هو العلاقة بين القانون الدولي وبالخصوص قواعده الاتفاقية و قواعد القانون الداخلي (الوطني) للدول الاعضاء في المجتمع الدولي، وإذا كان بحث المسألة قد استفيض من قبل فقهاء القانون الدولي العام، فإن بحثها من وجهة نظر القانون العام بحاجة الى تفصيل يوضح الاثار المترتبة على صيرورة المعاهدة الدولية قاعدة قانونية داخلية خاضعة للموائمة مع ما موجود في الدستور من احكام، خصوصاً مع التطور الحقيقي في المجتمع الدولي، وزيادة فاعلية الارادة الدولية في مواجهة سلطان القانون الداخلي للدول وتعاظم اهمية نظام الجزاءات الدولية وتفعيله في مناسبات مختلفة، ويعزز ذلك وجود منظمات عالمية تضم في عضويتها جميع دول العالم، مع عدول الدول عن نظام الاجماع في التعامل الدولي الى نظام الاغلبية والاعتراف بسمو القانون الدولي بقواعده الآمرة واجبة الاحترام والعمل.

لذلك ستتضمن خطة البحث بيان نطاق رقابة القاضي الدستوري على المعاهدات الدولية من حيث ولاية القاضي وما يصدره من احكام والحجية القانونية لها في مختلف الانظمة القانونية، وكذلك القيود الذاتية التي تبناها القضاء والتي تحكم عمل القاضي الدستوري.

وسيختم البحث بخاتمة تضم خلاصة ما سنتوصل اليه من الاستنتاجات والتوصيات المبحث الاول: ولاية المحكمة الدستورية على المعاهدة الدولية

يعد ما يصدره القاضي الدستوري من احكام عند رقابته على المعاهدات الدولية الاداة المثلى لحماية نصوص الدستور بما تحمله من حقوق وحريات للافراد من الانتهاك من خلال التصرفات القانونية الصادرة من السلطات العامة داخل الدولة ، كما تضمن هذه الوسيلة سيادة القانون بما يؤديه على احترام الاحكام الصادرة من صيانة لبنود الدستور باعتبارها القانون الاعلى للدولة .

وسنبحث في هذا الصدد الانماط التي تصدر فيها هذه الاحكام والحجية التي تتمتع بها باختلاف الانظمة القانونية المقارنة .

المطلب الأول: انماط الأحكام التي يصدرها القاضي الدستوري

تتنوع الاحكام التي يصدرها القضاء الدستوري باختلاف الفكرة التي يعلن عنها تجاه ما تعرض عليه من مسائل ، حيث يتراوح ما يصدره القاضي في هذا الخصوص بين رد الدعوى وعدم النظر فيها او الاعلان عن توافق المعاهدة مع الدستور او عدم توافقها.

اولاً: الاحكام الصادرة دون النظر في موضوع الدعوى. ان القاضي الدستوري عند نظره للدعوى فانه يتبع في ذلك تسلسلاً منطقياً يفرض نفسه عليه، حيث لا يتصور بداهةً ان تنظر المحكمة في موضوع الدعوى قبل ان تفحص ماهيتها اولاً ومدى امكانية النظر فيها، وذلك بتحديد المعاهدات وفيما اذا كانت تدخل ضمن ولاية القاضي الدستوري ام لا، وبعدها ستبحث المحكمة في مدى توافر شروط قبول الدعوى شكلاً قبل البت في الموضوع، حيث يمكن اجمال الاحكام في الفروض الاتية:

أ.الرد لعدم الاختصاص: — إذا تبين للقاضي عدم اختصاصه في النظر في الدعوى المرفوعة المامه وجب عليه عدم السير في اجراءاتها ، ففي فرنسا لا يمكن فرض الرقابة اللاحقة على

.

 $<sup>^1</sup>$  عز الدين الدناصوري ود. عبد الحميد الشواربي ، عز الدين الدناصوري ود. عبد الحميد الشواربي ، ، الدعوى الدستورية مع موجز احكام المحكمة الدستورية العليا منذ نشأتها وحتى الآن ، منشأة المعارف،الاسكندرية ،  $^1$  ،  $^1$  ،  $^1$  ،  $^1$  .  $^1$  .  $^1$  .  $^1$  .  $^1$  .

نصوص تشريعية تتعلق بتطبيق نصوص اتفاقيات دولية لتحصنها من الدفع بعدم دستوريتها استناداً الى قاعدة العقد شريعة المتعاقدين التي اقرتها الفقرة (١٤) من ديباجة دستور ١٩٤٦ باعتبارها قاعدة من قواعد القانون الدولي العام أ. اما في مصر فقد اخرجت المحكمة الدستورية طائفة من المعاهدات الدولية باعتبارها من اعمال السيادة، وذهبت الى "... ان العبرة في تحديد التكييف القانوني للأعمال السياسية، وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة، هي طبيعة العمل ذاته لا بالاوصاف التي يخلعها عليه المشرع...." أ.

كما ان المحكمة الاتحادية العليا في العراق رفضت النظر في طعن قدم اليها بصدد اتفاقية انسحاب القوات الامريكية من العراق وتنظيم انشطتها خلال وجودها المؤقت فيه وذلك لعدم اكتمال التصديق عليها". حيث اعتبرت ان الاتفاقية " .... في دور التشريع وغير معمول بها وغير نافذة ... ولم تصبح قانوناً وفق الاجراءات الدستورية...". ذلك ان المعاهدة وقت رفع الدعوى لم تكتسب صفة القاعدة القانونية الملزمة، حيث تملك الجهات المختصة بابرامها رفض اكمال الاجراءات، متى رفضها اغلبية اعضاء مجلس النواب، لذا وضحت المحكمة ان دعوى المدعي اقيمت قبل أوانها وأن لا سند قانوني لأقامتها ابتداءً، هنا المحكمة بحثت في الوجود المادي للمعاهدة وقت رفع الدعوى، فولايتها لا تكون الا على المعاهدات الدولية النافذة، وهذا لا يتحقق الا بعد استحصال موافقة مجلس النواب ومصادقة رئيس الجمهورية، وما يتلو ذلك من وجوب النشر في الجريدة الرسمية، ليتحقق العلم لدى المخاطبين بأحكامها، فالمحكمة تمتنع عن النظر في المعاهدات التي لا تزال في طور الانعقاد كونها غير ملزمة قانوناً، فهي لم تتحول بعد الى قاعدة قانونية حتى تدخل في نطاق ولاية المحكمة.

ب.رد الدعوى لسبق الحكم فيها. ان كانت المعاهدة قد سبق ان نظر بها القاضي او اصدر حكماً بعدم الدستورية او رفض الدعوى عن ذات الخصوم او الموضوع والاسباب فانه يحكم

<sup>1</sup> <u>Jérôme Roux</u>, Contre quels textes soulever la question prioritaire de constitutionnalité?, Lextenso editions, Paris, 2010, P 36.

 $<sup>^{2}</sup>$  قرار المحكمة الدستورية العليا الصادر في  $^{1}$  ١٩٩٣/٦/١٦، القضية رقم  $^{1}$  السنة  $^{1}$  (قضائية دستورية).

<sup>3</sup> قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم (٤٤) لسنة ٢٠٠٨ الصادر بتاريخ ٢٠٠٩/٢/٩. منشور على الموقع الالكتروني للسلطة القضائية العراقية . /http://www.iraqja.iq/s.2009

بردها لسبق الفصل فيها'، والحكمة هنا في رد الدعوى هو ما يتعلق بالحجية المطلقة لاحكام القاضي الدستوري وهي التي تحول دون المجادلة واعادة طرح الموضوع عليه مرة اخرى كون الخصومة في الدعوى تكون غير مقبولة لسبق الفصل في الدعوى <sup>٢</sup>.

ج.عدم قبول الدعوى. حيث يرد القاضي الدستوري الدعوى ان افتقدت لشروط معينة، ففي الأحوال التي ترفع فيها الدعوى بغير الطريق المرسوم قانوناً او دون استيفاءها الشكل المحدد فانها تكون محكومة بعدم القبول<sup>7</sup>. كذلك في الحالات التي لا تتوافر مصلحة في رافع الدعوى<sup>3</sup>، او عند قيام المدعي برفعها بصفة شخصية امام المحكمة الاتحادية العليا دون تقديم عريضتها من قبل محام بصلاحيات مطلقة، او ان الخصومة غير متوجهة فان الدعوى ترد في هذه الحالات °.

# ثانياً: الحكم بدستورية المعاهدة الدولية.

في الحالات التي لا تتعارض فيها بنود المعاهدات الدولية والدستور فان الحكم الذي يصدر يقر بهذه النتيجة، وهي عدم التعارض سواء بالنسبة للمعاهدة او لقانون التصديق عليها تبعاً لمنهج الدولة في الرقابة، وعدم التعارض هذا يكون على درجتين، اما عدم تعارض مطلق او مشروط. وعدم التعارض المطلق يكون في الأحوال التي تتوافق فيها بنود او نصوص المعاهدة

 $^2$  قرار المحكمة الاتحادية العليا في العراق رقم  $^2$ اتحادية $^2$  ٢٠١٤ الصادر في  $^2$  ٢٠٠٤ ، بخصوص قانون التقاعد الموحد رقم (٩) لسنة  $^2$  ٢٠٠٤ منشور على الموقع الالكتروني للسلطة القضائية الاتحادية.

 $<sup>^{1}</sup>$  عز الدين الدناصوري ود. عبد الحميد الشواربي، المصدر السابق، ص $^{1}$ 

<sup>3</sup> د. محمد علي سويلم، الرقابة على دستورية القوانين وتطور الانظمة الدستورية، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، ٢٠١٣ م ٦٣٠٥.

 $<sup>^{7}</sup>$  انظر قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم  $^{1}$  التحادية  $^{1}$  الصادر في  $^{1}$  المدين وقد نصت المادة ( $^{7}$  اولاً) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا على الشروط الواجب توفرها في رافع الدعوى ومنها المصلحة . وكذلك ينظر القرار رقم ( $^{7}$  اتحادية  $^{7}$  العليا على الشروط الواجب تخصوص عدم دستورية المادة ( $^{7}$  ) من اتفاقية الرياض للتعاون القضائي، حيث ذهبت المحكمة الى ان المدعى عليها لا تصلح خصماً في الدعوى لكون الأخير ينبغي ان يترتب على اقراره حكم بتقدير صدور اقرار منه وان يكون محكوماً او ملزماً بشيء على تقدير ثبوت الدعوى.

والدستور، فالمجلس الدستوري الفرنسي يصدر احكامه في هذا السياق تحت عبارة عدم احتواء التعهد الدولي احكاماً متعارضة مع الدستور '، هذا يعني دستورية المعاهدة بكافة بنودها وبالتالي لا يمكن الطعن باحكامها لاحقاً لتمتعها بحجية الشيء المقضي به '.

اما الدرجة الثانية للاحكام الصادرة هي الموافقة مع الدستور بشرط التفسير، او ما يسمى بالتفسير المشروط، ومرجع هذا الاسلوب الى القضاء الدستوري الايطالي والالماني<sup>7</sup>، ويتضمن قيام القاضي بتفسير النصوص بطريقة تجعل المعاهدة متفقة مع الدستور لتفادي الحكم بعدم الدستورية ، سواء انصب التفسير على القاعدة الدستورية او القاعدة القانونية، للحيلولة دون ابطال النصوص ما دام بالامكان تفسيرها بطريقة تجعلها متوافقة، حفاظاً على وحدة النظام القانوني °، اما في العراق فان المحكمة متى وجدت ان المعاهدة المطعون بقانون تصديقها

 $\underline{http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/les-decisions. \ref{http://www.conseil-constitutionnel}. \ref{http://www.conseil-constitutionnel} and \ref{http://www.conseil-constitutionnel}. \ref{http://w$ 

<sup>1</sup> القرار رقم ٨٥-١٨٨ في ١٩٨٥/٥/٢٢ الخاص بالبروتوكول رقم ٦ الاضافي للاتفاقية الاوربية لحقوق الانسان وحرياته الاساسية الخاصة بالغاء عقوبة الاعدام.منشور على الموقع الالكتروني للمجلس.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Patrick Gaia, Le Conseil Constitutionnel et l'insertion des Engagements Internationaux Dans l'order Juridique Interne, Paris, Economica, 1991, p 122.

<sup>3</sup> د. امين عاطف صليبا، دور القضاء الدستوري في ارساء دولة القانون ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، طرابلس ، ٢٧٦، ٢٧٠.

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> Louis Favoreu et Loïc Philip, Les grandes décisions du Conseil constitutionnel, Sirey, Paris, 1989, p 32.

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> د.مها بهجت يونس، الحكم بعدم دستورية نص تشريعي ودوره في تعزيز دولة القانون، بيت الحكمة العراقي، بغداد ، م ٩٠٠٠، ص٠٠٠. وقد لجأ المجلس الدستوري في قراره الصادر بتاريخ ١٩٧٩/١٢/٢٩ الى هذا الاسلوب عند بحثه مدى تعارض احد قرارات مجلس وزراء المجموعة الاوربية المتضمن اسلوب الاقتراع العام المباشر كاسلوب موحد بين الدول الاعضاء لاختيار ممثليها في البرلمان الاوربي وكان الطعن قائماً على اساس انه سيؤدي الى تقسيم الجمهورية الفرنسية الى عدة دوائر انتخابية بما يتعارض مع مبدأ عدم قابليتها للتجزئة المنصوص عليه في المادة (١٧) من دستور الفرنسية الى عدة دوائر انتخابية بما يتعارض مع مبدأ عدم قابليتها للتجزئة المنصوص عليه في المادة (١٧) من دستور المعدل، حيث رفع التعارض الظاهر من خلال تفسير القرار بانه لم يقصد به اهدار هذا المبدأ وبالتالي فانه قابل للتطبيق لكن في حدود عدم اهداره لوحدة الجمهورية الفرنسية، هنا تقوم المحكمة بتقييد السلطات بالتفسير الذي تعطيه كحدود للنصوص والذي يتلائم مع الاطر الدستورية وبالتالي يعطيها بعداً محدداً عند التنفيذ لاتستطيع السلطات تجاوزه كونها ستجعل النص غير دستوري ، والملاحظ بالنسبة للحكم بالدستورية انه لا يقتصر على المعاهدة وانما يتعداها الى قانون تصديقها اذا كانت الدولة تعطي الحق باي منها باعتبار ان القانون وجد لغرض انفاذ احكام الاتفاق الدولي داخل النظام القانوني الوطني، فالحكم بدستورية المعاهدة يستتبعه اعتبار قانون تصديقها متوافق مع الدستور متى خلا من اي عبد دستوري شكلي. وكذلك قرار المجلس بالرقم ٣٥٠ – ٢٠ ١ ك في ١٩/٨/٢ بخصوص معاهدة الاستقرار عيب دستوري شكلي. وكذلك قرار المجلس بالرقم ٣٥٠ – ٢٠ م عدم عدم الدستور متى خلا من اي عيب دستوري شكلي. وكذلك قرار المجلس بالرقم ٣٥٠ – ٢٠ م عدم عدم الدستور متى خلا من اي عبد دستوري شكلي. وكذلك قرار المجلس بالرقم ٣٥ – ٢٠ م عدم عدم الدستور متى خلا من اي عدم دود عدم الدستور متى خلا من اي عدم داخل عدم المستور عدم المدر المجلس بالرقم ٣٥ – ٢٠ م بخصوص معاهدة الاستور عدم عدم المدرد المجلس بالدولي داخل المجلس بالوقم ١٩٥٠ م بخصوص معاهدة الاستور عدم المدرد المجلس بالدولي داخل المدر المجلس بالرسود المحدود المدر المجلس بالوقم ١٩٥٠ م بخصوص معاهدة الاستور المحدود المدرد المحدود المدرد المحدود عدم المدر المحدود المدرد المدر المحدود المدر المحدود المدر المحدود المدرد المحدود المدرد ال

متوافقة مع الدستور فانها تحكم بدستوريتها ورد الطعن المقدم ضد احكامها ، وكذلك في الأحوال التي لا تتعارض اجراءات سن قانون التصديق مع القواعد الشكلية الواجب اتباعها دستورياً فانها ترفض الدعوى المقدمة '.

# ثالثاً: الحكم بعدم الدستورية.

اذا لم يجد القاضي امكانية للتوفيق بين النص الدستوري والمعاهدة موضوع الرقابة فانه يعلن في حكمه عدم الدستورية ما يترتب على ذلك من اعاقة اصدار المعاهدة او القانون المخالف بالنسبة للرقابة السابقة او الغاء النص في الرقابة اللاحقة او الامتناع عن تطبيقه .

وقد لايكون هذا الحكم متعلق بجميع نصوص الاتفاقية وانما في بعض الاحيان تجد المحكمة ان هنالك اجزاء من المعاهدة لا تتوافق مع الدستور، هنا لا يمكنها سوى الأعلان عن عدم الدستورية بالنسبة للنص المعنى دون باقى الاحكام كما هو الحال بالنسبة للرقابة على التشريعات العادية.وهذا يؤدي الى عدم امكانية تطبيق النص في احوال الرقابة اللاحقة ، اما بالنسبة للرقابة السابقة فانه يمنع من التصديق على الاتفاقية الدولية او المعاهدة ككل ٢.

والتنسيق والحوكمة في الاتحاد الاقتصادي النقدي الموقعة في بروكسل حيث بين وجوب مراعاة صلاحية الحكومة والبرلمان في صياغة واعتماد القوانين المالية وفقاً لمبدأ سنوية الموازنة، كون انفاذ المعاهدة دون مراعاة هذا التقسيم للصلاحيات يتطلب اعادة النظر في الدستور. انظر القرار المنشور على الموقع الالكتروني للمجلس.

http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-pardate/decisions-depuis-1909/les-decisions-par-date. \$714.html

انظر قرار المحكمة الاتحادية العليا (١٥/ اتحادية / ٢٠٠٩) في ٢٠٠٩/٦/١٥ والذي بينت المحكمة فيه ان  $^1$ اجراءات عقد الاتفاقية المبرمة بين العراق والولايات المتحدة بشأن تنظيم وجود قواتها العسكرية قد تمت وفقاً لاحكام الدستور وقانون عقد المعاهدات الدولية رقم (١١١) لسنة ١٩٧٩ المعدل والنافذ حينها، لذا ردت الدعوى لاستيفاء المعاهدات اجراءات عقدها الشكلية ، وكذلك انظر قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم ٢١/اتحادية/٢٠١ في ٢٠١٤/١٢/١٨ بخصوص قانون التصديق على اتفاقية تنظيم الملاحة بين العراق والكويت في خور عبد الله ، حيث اعتبرت المحكمة انه مستوفى الشكلية القانونية التي نص عليها الدستور.

قوار المحكمة الاتحادية العليا رقم (١٦/اتحادية /٢٠١٥) بخصوص المادة (٤٠/ج) من اتفاقية الرياض لسنة  $^2$ ١٩٨٣. حيث قضت المحكمة بتعارض احكام هذه المادة مع الدستور لمخالفتها احكام المادة (٢١/ اولاً) من الدستور وبالتالي قضت بتعطيل العمل باحكامها، بينما نجد ان الدستور الفرنسي نص على وجوب العمل على اتخاذ الاجراءات اللازمة لتعديل الدستور في الاحوال التي تتعارض فيها المعاهدة معه ان اريد الالتزام بها، وذلك طبقا للمادة

المطلب الثاني: حجية الأحكام الصادرة في القضايا الدستورية

يتمتع الحكم القضائي بعد صدوره بحجية، تتمثل بالاثر الاجرائي الذي يعطيه القانون للحكم الصادر، وهي قوة أو فاعلية معينه يصبح بمقتضاها حجة في المسائل التي فصل فيها ، ويؤدي إلى تقييد الخصوم برأي القاضي فيما يخص مركزهم الموضوعي المدعى به ، وهذا يلزم القاضي اللاحق بأن يحترم هذا الرأي، ويمتنع عن البت فيه مجدداً '، فالاثر الاجرائي له وجهان سلبي، يتمثل بعدم جواز طرح ذات الموضوع مرة ثانية أمام القضاء، ووجه ايجابي يظهر في ضرورة احترام أو تنفيذ ما قضي به ، وهذه الحجية تثبت للعمل القضائي بصورة عامة سواء أكان مدنياً ام جنائياً ام إدارياً ام دستورياً وتبعاً للنص التشريعي .

والحكمة من هذا الحفاظ على المصلحة العامة إذ لو أجيز لكل خصم خسر الدعوى ان يجددها مرة اخرى لتعددت الأحكام الصادرة في نفس النزاع مما يؤدي إلى تناقضها وابتعاد القضاء عما يجب أن تتوافر له من قدسية واحترام، فهذه الحجية يكتسبها الحكم حتى اذا كان قابلاً للطعن فيه بإحدى الطرق المقررة قانوناً ٢.

وحجية الاحكام القضائية تنقسم الى نوعين: حجية نسبية وأخرى مطلقة، حيث ينحصر أثر الحجية النسبية بأطراف الدعوى التي صدر فيها الحكم وهذا الأصل في الأحكام القضائية ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، اما الحجية المطلقة فتسري في مواجهة الكافة بحيث يكون الحكم الصادر في الدعوى ملزماً للجميع دون استثناء، وتمنع نظر أية دعوى أخرى متعلقة بذات الموضوع الذي صدر فيه، وهي تحتاج الى نص صريح للاقرار بها"، وتعتبر احكام القضاء الدستوري بصورة عامة من هذا النوع كونها تنهى النزاع ولا تسمح باثارته مرة اخرى، وهذا ما

(\$0) من الدستور ، مما يحول دون اصدارها خالية من النص المخالف للدستور في الاحوال التي يمكن اعمال باقي احكامها دون النص المخالف كما هو الحال بالنسبة للتشريعات العادية. ينظر

Louis Favoreu, Patrick Gaïa, Richard Ghevontian, Jean-Louis Mestre, Otto Pfersmann, Guy Scoffoni, et André Roux, Droit Constitutionnel, Dalloz, 9 e éd, 2006, p 317.

"د. نبيل إسماعيل عمر، أصول المرافعات المدنية والتجارية، ط١، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٨٦، ص٤٥،

۲ د. محمود احمد زكى، الحكم في الدعوى الدستورية، ط ۲، دار النهضة العربية ، القاهرة، ٤٠٠٥/٢٠٠٤، ص ٤٣.

<sup>°</sup>د. عبـدالغني بـسيوني عبـدالله ، الـنظم الـسياسية والقـانون الدسـتوري ، منـشأة المعـارف ، الاسـكندرية ، ١٩٩٧، ص٨١٣ ـ ٨١٤ .

سيعرضه البحث بالنسبة الدول المقارنة على مختلف توجهاتها سواء كانت تأخذ بقضاء الالغاء او الامتناع وكذلك الحال بالنسبة للعراق، وبصورة عامة ، فان كان رفض الدعوى لسبب شكلي كحالات انقضاء ميعاد رفع الدعوى او تخلف شرط المصلحة او عدم توجه الخصومة ، كل هذه الحالات لا تتمتع الا بحجية نسبية لا تتعدى طرفي النزاع وموضوعه ، اما في حالة صدور حكم بناءً على سبب موضوعي فان الحالة تحتاج الى بيان وتفصيل وكما يأتي: – اولاً : حجية الاحكام الصادرة.

الدول التي تأخذ بالرقابة عن طريق الامتناع كالولايات المتحدة الامريكية، يقتصر دور القضاء فيها بالامتناع عن تطبيق النصوص ان اكتشف تعارضها مع الدستور، فلا جزاء مباشر بحق النص المخالف، وانما يتم الفصل في النزاع من خلال تجاهله والرجوع الى الدستور، وهذا يقتضي نسبية الحجية للحكم الصادر حيث لا يتعدى طرفي النزاع وفي موضوع الخصومة بينهما، الا اننا نجد ان مبدأ السوابق القضائية المطبق في الولايات المتحدة الامريكية والدول الانكلوسكسونية القاضي بترك ما سبق الفصل فيه من جانب القضاء قائماً بتطبيقه على القضايا ذات الوقائع المتشابهة من قبل المحاكم المتماثلة او المحاكم الأدنى درجة، ولخصوصية المحكمة العليا في امريكا اعتبارها تمثل قمة الجهاز القضائي وهي صاحبة القول الفصل في الرقابة على الدستورية، فان صدور السابقة منها في مسائل تتعلق بالدستور تكون ملزمة للمحاكم المواء كانت اتحادية او تابعة للولايات.

رأي القاضي(Jackson) اشار اليه د.عبد العزيز محمد سالمان ، الرقابة على دستورية القوانين ، ط  $^1$  ، دار الفكر العربي، القاهرة ،  $^1$  ،  $^1$  ،  $^1$  ، دار الفكر

 $<sup>^{3}</sup>$  توني م.فاين، النظم القانونية الامريكية ، ترجمة عادل واحد،ط  $^{1}$  ،الجمعية المصرية لنشر المعرفة والثقافة العالمية  $^{3}$   $^{3}$   $^{4}$   $^{1}$   $^{1}$   $^{1}$   $^{1}$   $^{1}$   $^{2}$   $^{3}$ 

<sup>4</sup> د. مها بهجت يونس، المصدر السابق، ص ١٢٤. و كذلك توني م. فاين ، النظم القانونية الامريكية ، ترجمة عادل واحد،ط١،الجمعية المصرية لنشر المعرفة والثقافة العالمية ،١٩٩٧، ص٤٢، ود. اسماعيل الغزال، الدساتير والمؤسسات السياسية ، عز الدين للطباعة والنشر، بيروت ،١٩٩٦، ص٤٦٢.

\*\*

وعلى هذا الأساس فان هذا المبدأ يؤدي من الناحية العملية الى اعتبار رفض الطعن للاستورية النص بمثابة تحصين له من الطعن اللاحق، اما قرار عدم الدستورية الصادر منها بمثابة الغاء للنص ، وان كان هذا الاطلاق محل اخذ ورد ، حيث يذهب جانب فقهي ان مبدأ السوابق القضائية قد عزز حجية الاحكام الدستورية باتجاه الحجية المطلقة من خلال احقية تمسك اي شخص في المستقبل بالحكم السابق امام المحاكم مادامت الاخيرة ملزمة باتباع تلك السوابق بما يوسع مفهوم الحجية النسبية باتجاه اطلاقها .

ان ما تلتزم به المحكمة من الناحية الفنية هو الأسس الدستورية والقانونية الضرورية لاصدار الحكم وهو مايعرف بـ (اساس الحكم)، وما عداها لا تتوافر فيه القوة الالزامية ذاتها من تستطيع المحكمة العيا ان تعدل عن السوابق التي اصدرتها سابقاً شرط مراعاة المبدأ القائل بان اية مخالفة لقاعدة الابقاء على الاحكام تتطلب تبريراً من نوع خاص بما جعل الرأي يذهب الى مساواة بين الالتزام بهذه القاعدة والزامية النص القانوني من حيث تأثيرها في الاحكام الصادرة عن المحكمة .

والسؤال المطروح هنا اذا كانت المحاكم الدنيا ملزمة باحكام المحكمة العليا فماهي حجية الحكم باتجاه السلطتين التشريعية والتنفيذية فهل يترتب على القول بعدم دستورية المعاهدة وجوب التحلل منها ام لا؟. سبق وان تبين ان الحكم الصادر عن المحكمة العليا يقتصر على رفض تطبيق النص بما يعني ان السلطات العامة غير مجبرة على الغاء المعاهدة او طلب الانسحاب منها ، الا ان مبدأ السوابق القضائية يؤدي الى منع تطبيق المعاهدة داخلياً من الناحية العملية ، وبالتالى فان التصرف الصادر من السلطات العامة لا يعدو اثره الجانب

Gustavo Fernandes de Andrade, Comparative Constitutional Law, Judicial Review, Journal Of Constitutional Law, University of Pennsylvania Law School, vol 3, 2001, P978.

د. سليمان محمد الطماوي، النظم السياسية والقانون الدستوري، دار الفكر العربي، 19۸۸، محمد العربي، -30، د. عبد العزيز محمد سالمان ، المصدر السابق، -30

توني م. فاين، المصدر السابق، ص ٤٣،وايضاً  $^2$ 

 $<sup>^{3}</sup>$  لورانس بوم، المحكمة العليا، ترجمة مصطفى رياض ، الجمعية المصرية لنشر المعرفة والثقافة العالمية ،  $^{199}$   $^{199}$  .  $^{197}$ 

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> المصدر نفسه، ص۱۷۳.

\*\*

الشكلي من حيث الاهمية، كما تملك المحكمة متابعة تنفيذ احكامها عن طريق اصدار اوامر الامتثال او التنفيذ في مواجهة موظفي السلطة التنفيذية بناءً على دعوى احتياطية ضمن الاحتصاص الاستئنافي لها او من خلال المساعدة التي تقدمها السلطات الفيدرالية لها، الرئيس او الكونغرس في احوال عدم الامتثال لاحكامها، اما في فرنسا فنجد ان قرارات المجلس الدستوري حددت حجيتها من خلال نص المادة (٦٢) من الدستور والتي بينت ان القرارات لا تقبل اي طريق للطعن وانها تفرض على السلطات العامة وعلى كافة السلطات الادارية والقضائية.

الا ان الفقه اختلف حول تفسير المادة، ومدى تمتع قرارات المجلس بحجية الشيء المقضي به، تبعاً لاختلافه حول طبيعة المجلس، حيث ذهب اتجاه الى ان المادة (٦٢) لم تنص صراحة على حجية الشيء المقضي به ، كما ان الدستور لم ينص على تعبير احكام وانما قال قرارات ، وعليه فان ما يصدر ليس حكماً قضائياً ، في المقابل طرح اتجاه آخر طبيعة خاصة للقرار باعتبار انه مفروض على كل السلطات بما يعني تمتعها بقوة قانونية ملزمة بحكم الدستور، لكنها لاتصل في كل الاحوال الى قوة الأمر المقضي به، فطبيعة المجلس شبه القضائية تجعل قراراته تحمل ذات الصفة ".

<sup>1</sup> المصدر نفسه ، ص ١٧٤ – ١٧٧. ومن امثلة اوامر الامتثال الحكم الصادر بحق الرئيس نيكسون والزامه بتسليم اشرطة التسجيل كدليل لتوجيه اتهام لبعض المسؤولين الحكوميين مما دفعه للاستقالة في اب ١٩٧٤ (روبرت أكارب ورونالد ستيدهام ، المصدر السابق، ص ٤٤٢) واستدعاء الرئيس ايزنهاور عام ١٩٥٧ قوات فيدرالية لضمان دمج التلاميذ السود في مدارس مدينة روك في ولاية اركنساس بعد الحكم بعدم دستورية قانون الفصل العنصري في المدارس العامة في قضية براون ضد مجلس التعليم ١٩٥٤.

<sup>2</sup> د.عبد الحفيظ الشيمي ، القضاء الدستوري وحماية الحريات الاساسية في القانون المصري والفرنسي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠١ ، ص٤٩-٥٠، د.عبد العظيم عبد السلام ، الرقابة على دستورية القوانين (دراسة مقارنة) ، الولاء للطبع والنشر ، شبين الكوم، ١٩٩١، ص٥٠٠.

 $<sup>^{3}</sup>$  د.عصام سعيد عبد احمد ، الرقابة على دستورية القوانين (دراسة مقارنة)، اطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق / جامعة الموصل ، 7.00 ، 9.00 ، 9.00

اما الاتجاه الراجح فانه يذهب الى تمتع قرارات المجلس بقوة الشيء المقضي به كونها سمة كل قرار يصدر عن جهة قضائية '، وان عدم استخدام عبارات صريحة بالحجية المطلقة لا تعني ان عبارات المادة ('7) غير قاطعة باتجاه ارادة المشرع الدستوري، بل ان المجلس قد اعطى لقراراته هذه الحجية ومنذ السنوات الاولى لنشوءه عند تعرضه لتفسير المادة نفسها '، وبين ان فرض قراراته على كافة السلطات والهيئات القضائية يشمل كل ما يصدر عنه سواء تتعلق بالدستورية او الطعون الانتخابية، وبين في قراراه الصادر في '1,9 من المعروف باسم (ماسترخت '7) الى ان اجراء رقابة على مخالفة المعاهدة للدستور، لا يمكن تحريكها من جديد دون مخالفة حجية قرارات المجلس عملاً باحكام المادة ('7) من الدستور، الا في حالتي بقاء الدستور بعد التعديل مخالفاً لنص او اكثر من المعاهدة او اذا ادرج نص جديد يؤدي الى وجود تعارض معها '.

وترتبط حجية الامر المقضي به في قرارات المجلس الدستوري بمنطوق القرار والاسباب التي تسانده وتشكل اساساً له، وهي ترتبط بالنصوص محل الرقابة دون ان يكمن اثارتها في مواجهة نص اخر، الا اذا كان الأخير قد تناول في الحقيقة النص الذي تقرر عدم دستوريته، كما ان هذه الحجية المطلقة لا تقف عند احوال الحكم بعدم الدستورية، وانما تشمل حالات الدستورية المقترنة بتحفظات حيث ينبغي العمل بالتفسير الذي اعطاه المجلس للنص كون اي تفسير اخر يشكل مخالفة دستورية°.

وهو ما يؤيده الفقهاء فالين وفيدل ولوشير ، ينظر  $^{1}$ 

 $\frac{http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/}{^4 Louis Favoreu et d'autre, op .cit, p320 . et Dominique \textit{Chagnollaud}, op. cit , p 369 .}$ 

François Lachaire, Le Conseil Constitutionnel, Economica, Paris ,1980 , P50 . 

François Lachaire, Le Conseil Constitutionnel, Economica, Paris ,1980 , P50 . 

François Lachaire, Le Conseil Constitutionnel, Economica, Paris ,1980 , P50 . 

François Lachaire, Le Conseil Constitutionnel, Paris ,1980 , P50 . 

François Lachaire, 1980 , P50 . 

François Lachaire, Le Conseil Constitutionnel, Economica, Paris ,1980 , P50 . 

François Lachaire, 1980 , P50 . 

Franç

<sup>3</sup> انظر القرار ٩٢ -٣١٣ في ٣١/٩/٢ منشور على الموقع الالكتروني للمجلس .

قرار رقم ۱۸۱ ُلسنة ۱۹۸۶ ، اشار اليه  $^{5}$ 

Simone Veil, Les Relations Entre le Conseil Constitionnel Français et Les Cours Supremes: La Cour de Cassation et le Conseil d'état, Rapport Prepare Par le Conseil Constitutionnel Français a L'Occasion de la 3'eme conference des Chefs D'Institution Membres de L'Accpuf, 18–19 Mars 2000, p13.

اما الاحكام التي تصدرها المحكمة الدستورية العليا في مصر فانها تتمتع بحجية الشيء المقضي به ايضاً ، فالمادة (٩٥) من دستور جمهورية مصر العربية لعام ٢٠١٢ المعدل عام ٢٠١٤ تنص على" تنشر في الجريدة الرسمية الاحكام والقرارات الصادرة من المحكمة الدستورية العليا، وهي ملزمة للكافة وجميع سلطات الدولة وتكون لها حجية مطلقة بالنسبة لهم ..."، على ذلك فان احكام المحكمة وفي حدود مافصلت فيه بصورة قطعية لها حجية مطلقة لا تسري على اطراف النزاع فقط وانما تتعداها في مواجهة جميع السلطات العامة والاشخاص القانونية ، وقضاء المحكمة بخصوص الحجية المطلقة لاحكامها مطرد دون تفرقة بين الحكم الصادر بالدستورية من عدمها،حيث لا يجوز طرح موضوع الدعوى مرة اخرى كون قرارها اصبح عنواناً للحقيقة واعلاناً لصحيح احكام الدستور '.

حيث تذهب المحكمة الى القول " ان الرقابة القضائية التي تباشرها المحكمة الدستورية العليا دون غيرها على دستورية القوانين واللوائح هي رقابة شاملة تمتد الى الحكم بعدم دستورية النص فتلغي قوة نفاذه او الى تقرير دستوريته وبالتالي سلامته من جميع العيوب واوجه البطلان بما يمنع من نظر اي طعن يشور من جديد بشأنها \(^1\), وعليه فان الحجية المطلقة تكون فيما يخص الاحكام الموضوعية دون الاحكام الصادرة بعدم قبول الدعوى شكلاً او لعدم توافر شرط المصلحة او الخصومة وماشابه ذلك كون هذه الحالات تكون الحجية فيها نسبية لا تمنع من قبول الدعوى مرة اخرى ".

كما وتمتد الحجية المطلقة الى اسباب الحكم ايضاً ان ارتبطت بالمنطوق ارتباطاً وثيقاً بحيث لا يستقيم بدونها ، كما ينبغي تمييز حالة كون الطعن منصب على العيوب الشكلية

1 د. مدحت احمد محمد يوسف، الاتجاهات الحديثة في رقابة دستورية القوانين في الانظمة اللاتينية، ط١، المركز القومي للاصدارات القانونية، القاهرة ،٢٠١٤، ص٢٠٤.

 $<sup>^2</sup>$  انظر نص قرار المحكمة الصادر في 1/0/1 ، اورده عز الدين الدناصوري ود.عبد الحميد الشواربي ، المصدر السابق ، 0.77 ، وكذلك الحكم الصادر في 0.77 ، 0.77 قضية ، 1 لسنة 0.77 ، 0.77 ، 0.77 عبد الباسط ، ولاية المحكمة الدستورية العليا في المسائل الدستورية، منشأة المعارف، الاسكندرية ، 0.77 ، 0.77 ، 0.77 ، 0.77 . 0.77 . 0.77 . 0.77 . 0.77 . 0.77 . 0.77 .

<sup>4</sup> د.محمد فؤاد عبد الباسط،المصدر السابق،ص٨٩٧.

للمعاهدة دون الموضوعية فالحكم الصادر بالنسبة للعيوب الشكلية لا يمنع من رفع دعوى بخصوص موضوع المعاهدة اما العكس فانه غير متحقق كون البحث في الموضوع يقتضي سبق البت في توافق الشكل مع الاطار الدستوري المرسوم'.

وان كان هذا محل اتفاق فقهي ففي المقابل تتباين الاراء حول امكانية قصر الحجية المطلقة على الحكم بعدم الدستورية دون حالات رفض الدعوى موضوعاً، واعتبار حجية الرد هنا نسبية وبالامكان اثارتها مرة اخرى في نزاع اخر، واستند هذا الرأي الى امكانية الطعن مرة اخرى متى كانت الاسباب ووجوه الطعن مغايرة لتلك التي صدر الحكم بناءً عليها <sup>7</sup>، وفي المقابل فان الاتجاه السائد فقهياً لا يفرق بين الحالتين من حيث حجيتها من خلال تأييد المحكمة لذلك في احكامها المتكررة".

في جانب اخر فان حجية احكام القضاء الدستوري العراقي مطلقة أيضاً، وهي نتيجة منطقية لطبيعة الرقابة المعمول بها فهي رقابة قضائية مركزية، تكون الدعوى فيها عينية لا شخصية، فالمادة (٩٤) من الدستور نصت على ان قرارات المحكمة ملزمة للسلطات كافة، وهذا النص يمكن الاستناد اليه في اعتبار ما يصدر عنها متمتعاً بحجية مطلقة في مواجهة السلطات كافة،وان كان اقتصار النص على السلطات دون باقي اشخاص القانون محل نقد فقهي على ال ن هناك من ذهب الى اعتبار الحجية هنا شبه مطلقة باعتبار عدم شمولها لكافة

الدستور ليكون للاتفاقية قوة القانون ، وذلك فيما يتعلق بابرامها والتصديق عليها ونشرها وفقاً للوضاع المقررة. 2 د. نبيلة عبد الحليم كامل، الدعاوى الادارية والدستورية، ط١،دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٧ ، ص٩١-٩٤،

ـُـ د. نبيلة عبد الحليم كامل، الدعاوى الادارية والدستورية، ط١،دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٧ ، ص٩١-٩٤. ود.محمد علي سويلم، المصدر السابق، ص٢٠٢.

<sup>3</sup> د. رمزي الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري، مطبعة جامعة عين شمس، القاهرة ، ١٩٧٩ ، ص٣٠٨. ود. محمد فؤاد عبد الباسط، المصدر السابق ،ص٤٠٩، ود. محمد صلاح عبد البديع ، قضاء الدستورية في مصر في ضوء قانون واحكام المحكمة الدستورية العليا، دار النهضة العربية ،٢٠٠٤، ص٢١٤.

د. مها بهجب الصالحي ، اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا بالرقابة على دستورية القوانين ، بحث مجلة الحقوق كلية النهرين ، عدد 1 لسنة 1.1.1 ، 0.1.1 .

الاشخاص '، والحجية المطلقة لقرارات المحكمة تتعلق بطبيعة الحال بالاحكام الصادرة بالدستورية او عدم الدستورية المستندة الى اسس موضوعية، كونها تعد عنواناً للحقيقية واقراراً بسلامة المعاهدة في العيوب واوجه التعارض مع الدستور في احوال الحكم بالدستورية، اما ان كان الحكم بعدم الدستورية فانه لا يمكن للسلطة التنفيذية الاستناد الى نص المعاهدة لتطبيقها على الحالات الفردية كما لا يجوز للقضاء اعمالها في القضايا المعروضة امامه وهذه الحجية تحول دون عرض الموضوع مرة اخرى امام المحكمة ولنفس الاسباب، اما رد الدعوى من الناحية الشكلية فانه لا يعني عدم امكانية الطعن مرة اخرى متى تم تجاوز السبب الذي ادى الى الحكم برد الدعوى '، وان كان هناك من يذهب الى ان الحجية المطلقة بالاستناد الى اطلاق نص المادة (٩٤) من الدستور يسري على جميع حالات رد الدعوى سواء كان موضوعياً او شكلياً "، وهذا الرأي لا يستقيم مع المنطق القانوني كون الحكم الصادر في الجوانب الشكلية كعدم توافر المصلحة او رفعها من قبل محامي مقيد الصلاحية يمكن تجاوزها دون ان يؤثر على الحكم الاول وهو ما ذهبت اليه المحكمة.

ثانياً: الطعن باحكام القضاء الدستوري.

بصدور الحكم لا يمكن للقاضي المختص اعادة النظر فيما قضى به الا في الاحوال التي يسمح بها القانون، فالمحكمة عندما تحسم النزاع المعروض عليها ، تنقضي سلطتها اتجاهه ولا يعود لها اي ولاية في اعادة بحثه او تعديل قرارها ما لم يعطيها المشرع صلاحية ذلك .

.  $^{1}$  د. عصام سعید عبد احمد ، المصدر السابق ،  $^{0}$ 

 $^2$  ينظر قراري المحكمة الاتحادية العليا (  $^2$   $^3$  / اتحادية /  $^3$  ) و ( $^3$  / اتحادية /  $^3$  ) . حيث ردت الدعوى شكلاً لعدم صدور قانون بالمعاهدة في الاتفاقية الامنية بين العراق والولايات المتحدة ، واعادت المحكمة النظر فيها مرة اخرى بعد صدور قانونها بعد ان قام نفس الشخص بالطعن قيها .

د. مصدق عادل طالب ، القضاء الدستوري في العراق ، دار السنهوري ، بيروت ، 30 ، 00 ، و صلاح خلف عبد ، المحكمة الاتحادية العليا في العراق تشكيلها و اختصاصاتها (دراسة مقارنة) ، رسالة ماجستير، كلية الحقوق / جامعة النهرين، 31 ، 31 .

<sup>4</sup> د. احمد ابو الوفا ، نظرية الاحكام في قانون المرافعات، ط٤، منشأة المعارف ، الاسكندرية، ١٩٨٠، ص٣٦٩ ومابعدها، ود. عباس العبودي ، شرح أحكام قانون المرافعات المدنية (دراسة مقارنة) ، دار الكتب للطباعة والنشر ، الموصل ، ٢٠٠٠ ، ص٣٩٣.

ولو رجعنا الى الدول المقارنة لوجدنا ان قرار المحكمة العليا الامريكية يمكن اعادة النظر فيه من خلال التماس يقدمه الطرف الخاسر خلال خمسة وعشرون يوماً من صدور الحكم او القرار ، ويتم قبول النظر بهذا الالتماس باغلبية الاعضاء '، ومن الناحية العملية نادراً ما يتم قبول النماس اعادة النظر، وقد حدد القاضي برادلي الاسباب التي تحول دون قبول هذه الالتماسات ، فكون المحكمة هي الملجأ الأخير للمتقاضين وان القضايا التي تنظرها لا تصدر احكامها الا بعد دراسة وتأمل، واذا كانت امكانية اغفال القضاة عن بعض النقاط في احوال العجلة لا تمنع من تنبيه المحكمة الا ان هذا لا يعني الأعتقاد بامكانية دفعها لأعادة النظر في القضية لتعارضه مع مركز المحكمة وطبيعة عملها '.

اما في فرنسا فان المادة (٦٢) من الدستور صريحة بعدم امكانية الطعن بأي شكل من الاشكال في قرارات المجلس الدستوري، ومع ذلك فان المجلس قبل امكانية طلب تصحيح قراراته بسبب وجود خطأ مادي فيها بالنسبة للطعون الانتخابية ولا يوجد ما يمنع شمول الرقابة على دستورية المعاهدة بذلك"، وكذلك الحال في مصر فلا يمكن الطعن في احكام المحكمة الدستورية العليا لصراحة المادة (٩٥) من الدستور في هذا المجال، مع امكانية قيامها بتصحيح ما يقع من اخطاء مادية بحتة في الحكم وتغيير ما قد يقع من منطوق الحكم من غموض او ايهام، وفقاً للقواعد المقررة في قانون المرافعات المدنية والتجارية التي نصت المادة (٥١) من قانون المحكمة على سريانها بما لا يتعارض وطبيعة القضاء الدستوري ، حيث لا يمكن طلب اعادة النظر فيما صدر من قرارات لأجل الغاءها.

اما في العراق اشارت المادة (٩٤) من الدستور و المادة (٥/ ثانياً) من قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٥ الى كون الاحكام الصادرة عن المحكمة باتة واعاد النظام الداخلي للمحكمة رقم (١) لسنة ٢٠٠٥ في المادة (١٧) هذا الحكم وبين عدم قبول

<sup>1</sup> د. حسن زكريا، المحكمة العليا الامريكية ، مطبعة الحكومة ، بغداد ، ١٩٦٦ ، ص٣٣.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> لورانس بوم ، المصدر السابق، ص ١٦٤.

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Sinone Veil, Simone Veil, Les Relations Entre le Conseil Constitionnel Français et Les Cours Supremes: La Cour de Cassation et le Conseil d'état, Rapport Prepare Par le Conseil Constitutionnel Français a L'Occasion de la 3'eme conference des Chefs D'Institution Membres de L'Accpuf, 18–19 Mars 2000, p10.

اي طريق من طرق الطعن ، لكن هذا لا يمنع من طلب تصحيح الاخطاء المادية الموجودة في منطوق الحكم وفقاً لأحكام المادة (١٦٧) من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل ما دام النظام الداخلي قد اشار صراحة الى تطبيق احكام قانون المرافعات المدنية فيما لم يرد به نص خاص في قانون المحكمة .

اما بالنسبة لتفسير الحكم في احوال غموض المنطوق او ابهامه فان قانون المرافعات خالٍ من هذا الحكم وكذلك قانون المحكمة ، وهذا يدعو الى ايجاد نص يعالج هذه المسألة في قانون المحكمة المزمع تشريعه .

المبحث الثاني: القيود القضائية لحدود ولاية القاضي الدستوري في الرقابة على دستورية المعاهدات الدولية

ان القاضي الدستوري لا يمارس رقابته دون قيد او شرط ، فولايته ليست مطلقة لا تحدها الضوابط او القيود، كون ذلك يؤدي الى غلبة ارادته على ارادتي السلطتين التشريعية والتنفيذية بما يؤدي الى اضعاف مركزيهما في النظام السياسي بمواجهة السلطة القضائية بالأضافة الى فقدان ثقة الناخبين بهم ، فانعدام الضوابط في ممارسة الرقابة على الدستورية يؤدي الى خلق حكومة قضاة تسمو ارادتها على باقي الارادات وهذا يتعارض مع الدور المخصص للقضاء في داخل الدولة .

كما سيؤدي الى خلق نزاع غير مبرر ستسعى عن طريقه السلطتين الى اضعاف دور القضاء باللجوء الى الوسائل الدستورية متى كانت الأغلبية السياسية المؤيدة للقائمين على السلطة متوافرة في المجالس النيابية او ان كان الرأي العام الشعبي متفق مع توجهاتها، لذا فان القاضي الدستوري يمارس دوره ضمن قيود تدور حول كونه قاض دستورية ، حيث يضع القضاء الدستوري جملة من الضوابط يقيد بها عمله حتى لا يتجاوز على اختصاصات السلطات الاخرى ولتجنب الآثار القانونية والسياسية الخطيرة المترتبة على ما يصدره من احكام ، لذا هناك عدة

أنصت المادة (19) من النظام الداخلي للمحكمة على ان " تطبق أحكام قانون المرافعات المدنية رقم ( $\Lambda$ \*) لسنة 1979 وقانون الإثبات رقم ( $\Lambda$ \*) لسنة 1979 فيما لم يرد به نص خاص في قانون المحكمة الاتحادية العليا وفي هذا النظام ".

قيود مفروضة على القضاء الدستوري مرجعها ذاتيته ، وهذا ما سنبحثه في المطالب الثلاث الاتية:

# المطلب الأول: الرقابة في حدود القواعد الدستورية

لا يختلف اثنان حول استناد القاضي عند رقابته على المعاهدات الدولية او اي نص قانوني اخر الى القواعد الواردة في الوثيقة الدستورية بوصفها تملك مكان الصدارة في البنيان القانوني للدولة مما يتعين معه احترامها والالتزام بحدودها من قبل السلطات الحاكمة جميعها، وابتداءً يفترض النظر الى الدستور كوحدة واحدة متكاملة الاجزاء ، لكل منها وظيفة محددة تقع ضمن الوظيفة العليا للدستور الا وهي حفظ النظام واستقرار الدولة ، لذا فان كل قاعدة دستورية تستمد اهميتها من اهمية الدستور نفسه فاهمالها او عدم العمل بها يؤدي بلا شك الى انتفاء اهمية الدستور وقيمته لذا لا يجوز لأي سلطة ممارسة اختصاصات خارج نطاق ما محدد فيه.

لكن الأشكال يُثار في مدى قبول وجود مبادئ او قواعد فوق الدستورية يمكن الاستناد اليها عند ممارسة الرقابة على الرغم من عدم ادراجها في الوثيقة الدستورية سواء لرسوخها في ضمير الشعب او لقصور الدستور '، وقد أيد جانب مهم من الفقه مسألة وجود هذه المبادئ وعلويتها على النص الدستوري نفسه ،حيث ذهب الفقيه ( Duguit ) الى ان وجود هذه القواعد باعتبارها قانوناً أعلى للدولة، تنشأ من طبيعة الروابط الاجتماعية المتطورة التي تقوم على اساس التضامن الاجتماعي وهي من الالزام بحيث لا يجوز لواضعي الدستور تجاوزها "، اما ( Hauriou) فقد ارجعها الى الحقوق الطبيعية التي لا يمكن المساس بها من قبل السلطة المؤسسة للدستور '، في المقابل ارجع جانب آخر '، هذه المبادئ الى الفكرة القانونية السائدة

 $^{2}$  د. محمود عاطف البنا، النظم السياسية ، ط $^{7}$  ، دار الفكر العربي ، القاهرة ،  $^{198}$  –  $^{198}$  ،  $^{198}$ 

<sup>1</sup> د. صبري السنوسي ، الوجيز في القانون الدستوري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٧، ص٢٥.

<sup>3</sup> د. منذر الشاوي، مذاهب القانون، مركز البحوث القانونية في وزارة العدل ، بغداد،١٩٨٦، ص٩٣-٩٤.

<sup>4</sup> وفيما يخص الفقه الامريكي ، انظر.. د. حسين جبر حسين، ا قرينة دستورية التشريع ( دراسة مقارنة ) ،اطروحة دكتوراه ، كلية القانون / جامعة بابل ، ٢٠١٤ ، ص٣٦١ ومابعدها.

في المجتمع السياسي والتي تعلو على الدستور حيث لا يعدو ان يكون مجسداً لها ومتمتعاً بالعلو من خلالها.

وقد انتقدت فكرة وجود مبادئ غير مكتوبة اعلى من الدستور كونها تعني التسليم للقضاء بسلطة واسعة مقتضاها الحكم على نصوص مكتوبة من خلال الرجوع الى قواعد ومبادئ غير واضحة وتفتقر الى التدوين مما يعطي للقاضي امتيازاً على باقي السلطات ، ويغريهم بان يجعل من تفسيرهم للدستور هو السيد على باقي السلطات، او بعبارة اخرى هو المعبر عن مضامين الدستور دون غيره، فيؤدي الى احتكار القاضي للسلطة التأسيسية وتحكمه في تعديل بنود الدستور بصورة واقعية من خلال التفسير الذي لن يمس الالفاظ لكنه سيغير المعنى مما يخلق حكومة قضاة .

اما بالنسبة للفكرة القانونية السائدة فان التسليم باعلويتها يؤدي الى قيام القاضي بتحديد علاقة الدستور بالنص الخاضع للرقابة من خلال الفكرة السائدة في المجتمع السياسي ، فهو يراقب النص ومدى اتفاقه مع الفكرة الموجودة في الدستور ثم يراقب الدستور في مواكبته لتطورات الفكرة القانونية السائدة ، وهذا قد يخرج من اختصاص القاضي لدخوله في نطاق الملائمة .

ويربط جانب من الفقه العربي هذه المبادئ المهيمنة على الدستور والتي تعلو على احكامه من خلال صلاحية القاضى التفسيرية والتي تعطيه الحق في استخلاصها من خلال

3 د. احمد كمال ابو المجد، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الامريكية والاقليم المصري، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٠ ، ص ٢٠١ . د. فائز اسعد عزيز، المصدر السابق، ص٩٨ - ٩٩.

د. فائز عزيز اسعد ، مبدأ علو الدستور ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون والسياسة / جامعة بغداد ، 19.0 ، 0.0 ، د. احسان حميد المفرجي و د. كطران زغير نعمة و د. رعد الجدة ، النظرية العامة في القانون الدستوري والنظام الدستوري في العراق ، مطبعة دار الحكمة ، بغداد ، 0.0 ، 0.0 ، 0.0 .

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> د. عصام سعيد عبد احمد ، المصدر السابق ، ص٩٩٥.

<sup>4</sup> د. اسماعيل مرزة ، مبادئ القانون الدستوري والعلم السياسي ، ط٣ ، دار الملاك للفنون والادب والنشر ، بغداد ، ٢٠٠٤ ، ص٣٥٧.

التقريب بين النصوص الدستورية '، وفي الاتجاه نفسه يذهب رأي الى امكانية استخلاصها في احوال النقص او الغموض او القصور او التعارض في الدستور من خلال الصلاحية التفسيرية للقاضي شرط عدم تجاهل صريح احكامه، فهو لن يخرج عنها وانما يعمد الى الاستعانة بهذه المبادئ التي استخلصها منه ومن الايديلوجية والمفهوم السائد في المجتمع'، ومن هنا فان اقصى ما يمكن للقاضي الدستوري ايجاده من هذه المبادئ العليا ينبغي ان لا يكون مخالفاً لصريح الدستور او مقتضياته، فهذه المبادئ من غير الممكن استخلاصها خارج اطار النص الدستوري كالتوسع في تفسير بعض المصطلحات الواردة فيه من خلال ما يمارسه القاضي من وظيفة علمية هي تفسير النص دون ان يكون لمظاهر شخصيته أثر في النتيجة التي يتوصل اليها وذلك بالرجوع الى وسائل التفسير الداخلية والخارجية للوصول الى قصد المشرع الدستوري في احوال السكوت او الغموض او التناقض او التعارض حتى يستخلص مبادئ ذات قيمة احتوال السكوت او الغموض او التناقض او التعارض حتى يستخلص مبادئ ذات قيمة دستورية.

وبالرجوع الى التطبيقات العملية نجد ان المجلس الدستوري الفرنسي قد مارس رقابته في حدود الكتلة الدستورية التي شملت احكام دستور ١٩٥٨ ومقدمته وما تحيل اليه من اعلان حقوق الانسان والمواطن عام ١٧٨٧ ومقدمة دستور ١٩٤٦ وكذلك الاعلان البيئي لعام٠٠٠٠.

وقد افرزت احكام المجلس عدد من المبادئ ذات القيمة الدستورية من خلال رقابته للمعاهدات، حيث رجع اليها لبحث مدى التعارض بينها وبين المعاهدة الدولية التي تم التوقيع عليها ومنها مبدأ السيادة الوطنية في قراره الصادر في ١٩٦٢/١١/٦ بالرقم ٢٠-٦٦، ومبدأ

. عبد الرزاق السنهوري، مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية ، مجلة مجلس الدولة ، السنة الثالثة ، دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ، ١٩٥٧ ، ص ١٠٠٥ ود.عبد العزيز محمد سالمان، المصدر

السابق ، ص٦٦.

<sup>2</sup> د. محمد ماهر ابو العينين، د. محمد ماهر ابو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته (دراسة تطبيقية في مصر)، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٧، صحر) .

<sup>3</sup> اعترف المجلس بالقيمة الدستورية للمقدمة في قراره الصادر في ١٩٧١/٧/١٦ بالرقم ١٩٧١/٤٤ .منشور على الموقع الالكتروني للمجلس =thttp://recherche.conseil-constitutionnel.fr/?expert

احترام الحق في اللجوء السياسي في قراره الصادر في ٢٩-٣٠/٩/٣٠ بالرقم ٧١-٧٦ ، ومبدأ استقلالية السلطة القضائية في قراره الصادر في ١٩٨٠/٧/١٧ بالرقم ١١-٨٠٠ .

اما المحكمة العليا الامريكية فقد انشأت ايضاً الكثير من المبادئ ذات القيمة الدستورية في قراراتها الخاصة بالتشريعات منها ان للحكومة الاتحادية تنظيم ما تشاء من الشؤون الداخلية للولايات كلما قدرت ان لهذه الشؤون انعكاساً او تأثيراً جوهرياً على مصلحة من المصالح الاتحادية وذلك في قرارها في قضية (United States r. Darby) عام ١٩٤١ الخاصة بحق الكونغرس في تنظيم التجارة بين الولايات التي اشارت اليها المادة (١/ ثامناً/٣) من الدستور، عندما وسعت من تفسير الأثر الجوهري في المادة لصالح توسيع صلاحيات السلطات الاتحادية أ.

اما في مصر والعراق فان المشرع الدستوري قد وسع من نطاق الدستورية التي يجب على القاضي الرجوع بطريقة غير مباشرة لتقييد المشرع من خلال احكام الشريعة الاسلامية بحيث اذا تعارضت المعاهدات او التشريعات معها تكون غير دستورية حيث نص الدستور المصري لعام ٢٠١٢ المعدل عام ٢٠١٤ في المادة الثانية منه على ان "الاسلام دين الدولة واللغة العربية لغتها الرسمية ومبادئ الشريعة الاسلامية المصدر الرئيس للتشريع"، وعليه فان مخالفة الاحكام القطعية الثابتة في الشريعة الاسلامية تعد مخالفة للمادة الثانية من الدستور، اما ان كان الحكم غير قطعي فيكفي تبني رأي فقهي للمذاهب الاجتهادية المشهورة المتفقة مع الشرع لتقرير الدستورية "، وقد بين دستور ٥٠٠٠ العراقي في المادة (٢/اولاً) ان الاسلام دين

. القرارات منشورة على الموقع الالكتروني للمجلس  $^{1}$ 

http://recherche.conseil-constitutionnel.fr/?expert=

 $<sup>^{-}</sup>$  د. احمد كمال ابو المجد، المصدر السابق ، ص $^{-}$ 

<sup>3</sup> د. سامي جمال الدين ، القانون الدستوري والشرعية الدستورية وفقاً لدستور ٢٠١٤ ، ط ٣ ، مؤسسة حورس الدولية ، الاسكندرية ، ٢٠١٥ ، ص ٢٢١ ومابعدها. اما بالنسبة لدستور ١٩٧١ الملغى الذي كان يتضمن نفس النص الحالي فقد قيدت المحكمة اطلاق النص من خلال تحديد سريانه من تاريخ اقراره بالتعديل الدستوري الصادر في فقد قيدت المحكمة اطلاق النص من خلال الحكم بعدم دستورية التشريعات السابقة سيؤدي الى ارباك تشريعي واضطراب في المعاملات مع وجود الزام سياسي على المشرع يقتضي بتعديلها تدريجياً (د. فتحي فكري ، تعليق على اقتراح تعديل المادة الثانية من الدستور الكويتي مع تقييم بعض جوانب قضاء المحكمة الدستورية العليا في مصر

الدولة وهو مصدر اساسي للتشريع ولا يجوز سن قانون يتعارض مع كل من ثوابت احكام الاسلام ومبادئ الديمقراطية والحقوق والحريات الأساسية الواردة في الدستور. ومن الملاحظ ان الدستور وسع نطاق القاعدة التي تستند اليها المحكمة الاتحادية العليا من خلال استنادها في رقابتها الى الاحكام الخاصة بالشريعة الاسلامية وكذلك ما يتعلق بمبادئ الديمقراطية، اي ان الاحكام الثابتة للشريعة الاسلامية ومبادئ الديمقراطية تعتبر من المصادر غير المباشرة للقضاء عند فرض رقابته على الدستورية ، وان كان هذا الجمع محل نقد فقهي أ، كون مسألة التعارض بين احكام الشريعة ومبادئ الديمقراطية واردة في فروض معينة وجمع النقيضين مسألة غير متصورة خصوصاً في المنطق القانوني.

## المطلب الثاني: قرينة الدستورية

ان الاصل في النصوص التي تخضع للرقابة هو حملها على قرينة الدستورية بافتراض مطابقتها للدستور، فكل ما يصدر عن المشرع يعد من حيث الاصل قد تم في نطاق الحدود التي المرسومة لتلك السلطة أ، فالحكم بعدم الدستورية لا يصدر الا في الاحوال التي يكون فيها التعارض بين الدستور والنص محل الرقابة بدرجة تعطي القاضي قناعة واضحة وقوية بعدم المكانية التوافق بينهما أ، وبذلك فان هذه القرينة تلقي عبء الاثبات على عاتق المدعي بعدم الدستورية ، اذ لابد ان يقنع المحكمة المختصة بالادلة المقدمة من قبله بحيث لا يترك لديها اي مجال للشك عند اصدار حكمها، لانها سترد دعواه متى ما وجد لديها شكاً وكان معقولاً، حيث ستفسره لمصلحة دستورية المعاهدة او التشريع وضرورته وغاياته وفي الوسائل التي الوقائع التي اعتمدها المشرع والمتمثلة في اسباب التشريع وضرورته وغاياته وفي الوسائل التي

بشأن المادة المقابلة من دستور ١٩٧١، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي بجامعة الكويت ، العدد ٤ ، ١٩٩٤، ص٣١٣ ومابعدها .)

<sup>1</sup> د. غازي فيصل مهدي، نصوص دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ في الميزان، ط١، الموسوعة الثقافية( الناشر صباح صادق الانباري) ، بغداد، ٢٠٠٨ ، ص ٦ ومابعدها .

 $<sup>^{2}</sup>$  د. احمد كمال ابو المجد، المصدر السابق،  $^{2}$ 

 $<sup>^{3}</sup>$ د. حسين جبر حسين، المصدر السابق ، ص $^{3}$ 

<sup>4</sup> روبرت أ. كارب ورونالد ستيدهام ، الاجراءات القضائية في أمريكا ، ط١ ، (ترجمة د. علا أبو زيد) ، الجمعية المصرية لنشر المعرفة والثقافة العالمية ، ١٩٩٧ ، ص١٧٩.

رأى المشرع انها ملائمة لتحقيق الغايات'، وبالتالي لا يصدر الحكم بعدم الدستورية الا في احوال التعارض الصريح والواضح بين البدائل التي اختارها المشرع في نطاق السبب او الغاية او المحل باعتبارها الانسب للمصلحة العامة وبين النص الدستوري'، فقرينة الدستورية تؤدي الى قيام المحكمة بافتراض صحة التفسير الذي تقوم به السلطات للنص الدستوري، وسلامة نيتها في مراعاة سموه عند ابرامها للمعاهدات او سنها للتشريعات كونها ملزمة اصلاً بوجوب احترامه، لذا لا يصدر الحكم بنقض النصوص الا في حال تجاوزت السلطات ما رسم لها دستورياً بما لا يترك مجالاً للشك.

كما تلزم هذه القرينة القاضي بتطبيق مبدأ عام مقتضاه الميل الى التفسير بوجود الدستورية متى ما احتمل النص محل الرقابة تفسيرين احدهما غير دستوري، باعتبار ان هناك مجالاً معقولاً للحكم بوجود الدستورية "، وقد اعمل القضاء هذه القرينة في الكثير من احكامه، فنجد ان المحكمة العليا الامريكية قد طبقت ومنذ بداية نشأتها مبدأ الشك المعقول عندما قضت باحقية الكونغرس عام ١٧٩٦ في وضع تشريع يفرض به الضرائب على العربات وعلى الرغم من عدم تفريق الدستور بشكل واضح بين الضرائب المباشرة وغير المباشرة وكذلك عدم بيان امكانية الكونغرس في فرض الضرائب المباشرة ، فالفقرة اولاً من المادة الأولى من الدستور حددت توزيع الضرائب المباشرة على الولايات وفق نسبة السكان في حين ان الفقرة الثامنة اعطت للكونغرس سلطة فرض الضرائب شرط ان تكون موحدة في كل الولايات أ.

كما اختط المجلس الدستوري الفرنسي لنفسه طريقة خاصة هي التحفظات الدستورية عمل من خلالها على تجنب الحكم بعدم الدستورية من خلال اعلانه المطابقة بشرط ان يتم تفسير النص وتطبيقه بالشكل الذي يشير اليه المجلس وهو ما يعرف بقرارات المطابقة مع

د. عبير حسين السيد حسين، دور القاضي في الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع، دار النهضة، القاهرة،  $^{2}$  د. عبير حسين السيد حسين، دور القاضي في الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع، دار النهضة، القاهرة،  $^{2}$  د. عبير حسين السيد حسين، دور القاضي في الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع، دار النهضة، القاهرة،  $^{2}$  د.

Melissa A. Flynn, Separation of Powers: Permissive Judicial Review or Invasion of Congressional Power, Florida Law Review, vol 54, 2002, P 992.

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> د. حسين جبر حسين ، المصدر السابق، ص ٢٠.

<sup>3</sup> د. احمد كمال ابو المجد، المصدر السابق، ص٤٤٨، وايضاً ينظر

<sup>4</sup> د. حسين جبر حسين ، المصدر السابق، ص١١٤.

التحفظ'. وقد ظهرت هذه القرارات باشكال عدة اولها قيام المجلس بتوضيح صيغ تطبيق النص التشريعي غير المتعارض مع الدستور من خلال التفسير الذي يعطيه للنص ويلزم السلطات كافة بوجوب احترامه والعمل بمقتضاه وهي ما يصطلح عليها بطريقة التفسير التوجيهي او ان المجلس يقوم بادخال ماكان ينقص النص ليكون متطابقاً مع المجموعة الدستورية وهو ما يعرف بالتفسير البناء'، ففي القرار الصادر في ١٩٧٦/ ١٩٧٦ قام المجلس بتفسير قرار مجلس وزراء المجموعة الاوربية القاضي باعتماد اسلوب الاقتراع المباشر في انتخابات البرلمان الاوربي مع تقسيم الجمهورية الى دوائر انتخابية كبيرة، تشمل احد الاقاليم، وبما يتعارض صراحة مع نص المادة (٢) من الدستور، حيث بين المجلس ان القرار لم يقصد منه اهدار مبدأ عدم قابلية الجمهورية للتقسيم، وعلق دستورية القرار على تطبيقه بصورة لا تؤدى الى اهدار هذا المبدأ المنصوص عليه دستورياً.

اما المحكمة الاتحادية العليا في العراق فلم تتعرض الى هذه الحالة عند فحصها لدستورية المعاهدات لكنها، طبقت مبدأ الشك المعقول في قراراتها الخاصة بدستورية التشريعات العادية، مستهدفة الحفاظ على استقرار الاوضاع القانونية فيما يتعلق بنص المادة الثانية من قانون رقم (١٣٨) لسنة ١٩٧١ المتعلقة بنزع الملكية من خلال رفضها قبول الدفع بعدم دستورية عبارة بحكم المستملكة حيث اعتبرتها لا تتعارض مع احكام الدستور المؤقت لعام ١٩٧٠ الملغي، كما تجنبت الحكم بعدم الدستورية من خلال تفسيرها للتشريع بصورة متوافقة للدستور في القرارات المتعلقة بالاستيلاء على الاراضي لأغراض المصلحة العامة فيما يخص تنفيذ الطرق العامة في قرارها (٤٨/اتحادية /٨٠٠٨) في ٢١/١٠١٠ ولم تعتبرها من قبيل المصادرة كما ادعى المدعى " .

وعلى هذا يتبين لنا ان قرينة الدستورية لمصلحة التشريع تعد من القيود الذاتية التي تضبط عملية الرقابة وتحول دون اختلال التوازن بين السلطات داخل الدولة لصالح السلطة القضائية

<sup>1</sup> Dominique Chagnollaud , Droit Constitutionnel Contemporain, Sirey, Dalloz, Paris, 1999, P368 .

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Ibid, P369.

وهي تقتضي صحة النص الخاضع للرقابة مع امكانية قيام المدعي باثبات عكس ذلك ، كما ان القاضي عندما يقوم بتفسير النص بطريقة تجعله متوافقاً مع الدستور فان الحكم الصادر في هذه الحالة يكون مشروطاً باحترام واتباع التفسير القضائي كون النص غير دستوري في الاحوال الاخرى.

#### المطلب الثالث: ملائمة النص

227

يقتضي مبدأ الفصل بين السلطات عدم تجاوز اي من سلطات الدولة الثلاث الصلاحيات المرسومة لها دستورياً، ولكون السلطتين التشريعية والتنفيذية يملكان من حيث الاصل سلطة تقديرية واسعة عند تنظيم العلاقات الدولية والالتزام بالتعهدات في نطاق المجتمع الدولي عن طريق التفاوض الذي تقوم به السلطة التنفيذية والاقرار بما تم الالتزام به من قبل السلطة التشريعية ، ومن خلال المفاضلة بين البدائل المختلفة واختيار الانسب منها تحقيقاً لمصلحة الدولة، فإن القضاء الدستوري امتنع من مد رقابته الى الملائمة باعتبارها قيداً على سلطاته . ويتنازع هذه المسألة اتجاهين فقهيين، الاول يمثل غالبية الفقه أ، يذهب الى الاقرار بعدم جواز امتداد الرقابة الى الملائمة كونها رقابة مشروعية لا تتدخل في البواعث الدافعة لاصدار النص او مدى ضرورته لتحقيق الاهداف المتوخاة منه .

في المقابل ذهب اتجاه الى امتداد الرقابة الى الملائمة سواء بالاستناد الى وجود بعد سياسي في الرقابة على الدستورية يختلط مع البعد القانوني او باعتباره اصلاً لها ، مما يعطي للقاضي دوراً كبيراً يمتلك من خلاله اعمال معياره الشخصي بالاضافة الى الضوابط الموضوعية

 $<sup>^{1}</sup>$  د. احمد كمال ابو المجد، المصدر السابق، ص $^{1}$ 2. د. عبد العزيز محمد سالمان، المصدر السابق، ص $^{1}$ 9.

د.محمد علي آل ياسين، ، القانون الدستوري والنظم السياسية ، ط١ ، مطبعة المعارف ، بغداد ، ١٩٦٤ ، ص٧٩ .

د. فاروق عبد البر، دور المحكمة الدستورية في حماية الحقوق والحريات، النسر الذهبي للطباعة ، القاهرة ، ٢٠٠٤،

ص ٣٠.د. محمد عصفور ، مذاهب المحكمة الادارية العليا في الرقابة والتفسير والابداع، المطبعة العالمية ،ص٨٤ . د.

عبد الحميد متولي، الوسيط في القانون الدستوري، دار الطالب لنـشر الثقافـة الجامعيـة، الاسكندرية، ١٩٥٦،

ص ۲۲۷ – ۲۲۸.

227

في تحديد مدى الدستورية'، او الاستناد الى ان كل قاعدة قانونية يتم صياغتها هي عبارة عن حصيلة لدراسة الوقائع السياسية والاقتصادية والاجتماعية مع التصور المستقبلي لها ، وان للقاضي ان يمد رقابته الى مدى ملائمتهما وبيان فيما اذا وقع المشرع في غلط بتقدير هذه الظروف'.

وفي ذات الاتجاه هناك من يذهب الى ان تقدير البدائل المختلفة واختيار احدها دون غيرها يخضع لرقابة القاضي الدستوري لمعرفة مدى تحقيقه للمصلحة العامة او وفاءه لمتطلباتها باعتبارها داخلة في مجال الغلط البين في التقدير حيث لا يستهدف القاضي سوى التأكد من رقابة الملائمة بين الحلول المختارة من قبل المشرع دون بحث تقدير الاسباب او الوقائع المادية التي قام عليها التشريع"، بينما ارجع رأي رقابة الملائمة الى ان السلطة التقديرية للمشرع ليست مطلقة كونها ذات طبيعة قانونية تهدف للوصول الى البديل الملائم الذي يحقق المصلحة العامة فان لم تتحقق هذه المصلحة امكن القول بخروج المشرع على سلطته التقديرية. وعلى القضاء فرض ولايته والحد من ذلك باللجوء الى معايير موضوعية كمبدأ التناسب ومعيار المعقولية .

والحق يقال انه لا يمكن الميل الى الرأي الاول كونه يجعل سلطة القاضي الدستوري مقيدة بشكل واسع من خلال حصرها بالمطابقة بين النص الخاضع للرقابة والنص الدستوري دون ان تكون له اي سلطة في مواجهة عنصر الملائمة في التشريع ، كون هذا ينطبق فقط على حالات كون النصوص الدستورية واضحة ومحددة وهو ما لا يمكن تصوره بالنسبة لجميع بنود الوثيقة الدستورية، فالغموض او عدم التحديد وارد، وهو يعطي للمشرع سلطة تقديرية في تنظيم جانب من الحقوق والحريات بوسائل قد لا تتناسب مع الهدف المرتجى او الوقائع الدافعة

1 د. هشام محمد فوزي ، رقابة دستورية القوانين بين امريكا ومصر مع تحليل الاحكام الدستورية بين البلدين ، دار

النهضة العربية ، القاهرة ، ۲۰۰۷ ، ص۷۷۰. د.فائز عزيز اسعد، مبدأ علو الدستور ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون والسياسة / جامعة بغداد ، ۱۹۸۰ ، ص ۱۱۶.

 ${\it Jean-Jacques\ Pardini\ , La\ }\ J^{urisprudence\ Constitutionnelle\ et\ les\ faits\ ,\ Universite\ }\ De\ Toulon\ ,\ 2003\ ,\ p17-19.$ 

<sup>3</sup> د. عادل الطبطبائي ، الحدود الدستورية بين السلطتين التشريعية والقضائية ، ط١ ، مجلس النشر العلمي ، جامعة الكويت ، ٢٠٠٠ ، ص٤٨٤ ومابعدها.

 $<sup>^{4}</sup>$  د. سامى جمال الدين ، المصدر السابق، ص  $^{20}$  ومابعدها .

للتنظيم ، ففي هذه الأحوال لا يمكن القول بعدم امتداد الرقابة على الدستورية الى هذه الحالات بحجة منع القاضي من احلال نفسه محل المشرع كون هذا يعني امتلاك المشرع لسلطة تحكمية غير منضبطة ، فالقاضي الدستوري بامكانه مراقبة جوانب معينة من الملائمة عندما تكون عنصراً من عناصر صحة النص من الناحية الدستورية . وبالتحديد ما يدخل في مجال التناسب باعتباره "صلة بين العمل القانوني والقواعد التي تحكمه ، كما انه صلة داخلية في العمل القانوني بين بعض مكوناته او اركانه وبالتحديد بين سببه ومحله" .

اما توافق النص مع توقيت صدوره والظروف الاجتماعية والسياسية والاقتصادية السائدة، فانها داخلة في السياسة التشريعية التي يمتنع القضاء عن التدخل فيها لخروجها على مبدأ الفصل بين السلطات ، فهو لا يراقب الملائمة كون النص قد يكون ملائماً لكنه غير دستوري والعكس بالعكس، وقد اقر القضاء الدستوري هذا النهج المتمشل بالنأي عن التدخل في الملائمة التشريعية ، فالمحكمة العليا الامريكية اتخذت هذا المنهج في حكمها بقضية ( ) الملائمة التشريعية ، فالمحكمة العليا الامريكية اتخذت هذا المنهج في محكمها بقضية التشريع ومدى ضرورته يدخل في اختصاص الهيئة التشريعية وحدها باعتباره عنصراً في السياسة التشريعية الممنوع على المحاكم التدخل فيها أ ، كما عبر المجلس الدستوري الفرنسي على التشريعية المال الملائمات التشريعية عندما اشار في قراره ٥ ١/١/١ الخاصة تقييد سلطته في مجال الملائمات التشريعية عندما اشار في قراره ٥ ١/١/١ الخاصة بالاجهاض الى ان المادة (٦١) لا تعطيه سلطة عامة في التقدير والتقرير شبيهة بسلطة البرلمان ، اما القضاء الدستوري في مصر، فقد بينت المحكمة العليا ان ولايتها لا تمتد الى

<sup>1</sup> د. جورجي شفيق ساري ، رقابة التناسب في نطاق القانون الدستوري ، دار النهضة ، القاهرة ، ٢٠٠٠ ، ص٥٧.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> د. احمد كمال ابو المجد، المصدر السابق، ص ٤٦١. وللتوسع في الامثلة القضائية في هذا المجال انظر.. جيروم أ.بارون و س.توماس دينيس، ، الوجيز في القانون الدستوري، ترجمة محمد مصطفى غنيم ، ط ١ ، الجمعية المصرية لنشر المعرفة والثقافة العالمية ، القاهرة ، ١٩٩٨ .

ت ص ۱۰ و ص ۱۰ و العدها و Timothy Zick, Marbury Ascendant, The Rehnquist Court and the Power to (say what the law is), Washington and Lee Law Review–School of Law, V. 59, N. 3, 2002, P874.

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> انظر هنري روسيون ، المجلس الدستوري الفرنسي،ترجمة محمد وطفة ، ط۱، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، ۲۰۰۱، ص۹۰.

مناقشته ملائمة التشريع او بواعث اقراره كونه يدخل في السلطة التقديرية للمشرع'، كذلك بينت المحكمة الدستورية ان الملائمة التشريعية هي من اطلاقات السلطة التقديرية للمشرع '.

اما ما يمكننا القول بامكانية تطبيقه من قبل المحكمة الاتحادية العليا في العراق ، فطبقاً للمادة (٤٦) من الدستور الحالي التي تنص على " لا يكون تقييد ممارسة اي من الحقوق والحريات الواردة في هذا الدستور او تحديدها الا بقانون او بناءً عليه ، على ان لا يمس ذلك التحديد والتقييد جوهر الحق او الحرية " ، فامكانية تقييد الحقوق جائزة خصوصاً في الظروف الاستثنائية او لاعتبارات المصلحة العامة او النظام العام، الا انه يجب ان يكون بتوازن بين العبء المفروض على ممارسة هذه الحقوق والمصلحة المستهدفة من تحقيقها فان وصل التنظيم او التقييد الى درجة اهدار الحق او الانتقاص منه بحجة المصلحة العامة امكن اخضاع ذلك لرقابة المحكمة الاتحادية العليا .

وقد ابتعدت المحكمة عن بحث الاضرار التي لحقت العراق نتيجة المصادقة على اتفاقية تنظيم الملاحة بين العراق والكويت في خور عبد الله، وما ترتب عليها – وفقاً لأدعاء المدعي – من منح دولة الكويت التمدد الحدودي باتجاه السواحل العراقية ومصادرة مسطحات وكرينات الصيد والملاحة، واقرار سيادة الكويت على الخور، وما ينتج عنها من خسائر

<del>-</del>

ينظر القرار في الدعوى رقم ١١ للسنة القضائية الدستورية الأولى الصادر في ١٩٧٢/٤/١ ، ياقوت العشماوي و عبد الحميد عثمان ، احكام وقرارات المحكمة العليا ، ج١ ،الهيأة العامة للكتاب ، القاهرة ، ١٩٧٣، ص٧٤ .

أنظر القرار الصادر في ١٩٨٤/٢/١٨، قضية رقم ٩٣ لسنة ٤ ق.د. اشار اليها د. محمد فؤاد عبد الباسط، ولاية المحكمة الدستورية العليا في المسائل الدستورية، منشأة المعارف، الاسكندرية ، ٢٠٠٧، ص٢٦٨، وللتوسع في اتجاهات المحكمة الدستورية المصرية مراجعة المصدر نفسه ،ص ٢٦ ومابعدها، وكذلك عز الدين الدناصوري ود. عبد الحميد الشواربي ، ، الدعوى الدستورية مع موجز احكام المحكمة الدستورية العليا منذ نشأتها وحتى الان ، منشأة المعارف،الاسكندرية ، ٢٠٠١، ص ٣٠٨ وما بعدها .خصوصاً ما يتعلق بشرط المعقولية في ارتباط القوانين بالمصلحة العامة والتزام القيود والضوابط التي يحددها الدستور ومشروعية الخيارات التي يتبناها المشرع باعتبارها ليست من قبيل الملائمة السياسية وإنما من باب التناسب الذي يراقبه القاضي الدستوري.

للمنصات النفطية العائمة ، لعدم دخولها في اختصاصات المحكمة حيث اعتبرت هذه التفاصيل داخلة ضمن ما يملكه مجلس النواب من خيار تشريعي لا ولاية لها عليه '.

الخاتمة

ان خضوع المعاهدات الدولية لوجوب توافقها مع الدستور وعدم الخروج على احكامه في العراق، يؤدي منطقياً الى اعمال الرقابة على دستورية المعاهدات التي تخضع للموافقة عليها من قبل مجلس النواب العراقي من خلال قانون التصديق ، مع عدم امكانية تعكز المحكمة الاتحادية العليا بصورة مطلقة على نظرية أعمال السيادة او الأعمال السياسية لأخراج المعاهدات من ولايتها لتعارض ذلك مع صريح احكام دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ ، ولما يشكله استبعاد الرقابة عليها الى امكانية تعديل الدستور من خلالها دون الرجوع الى السلطة التأسيسية المشتقة التي تملك دون غيرها هذا الحق، وانما ينبغي ان يكون الأخذ بالأعمال السياسية مقيداً باضيق الحدود، كما يؤدي مباشرة هذه الرقابة الى التأكيد على احترام القواعد الواردة في الوثيقة الدستورية، بما يكفل نفاذ الدستور وتطبيقة تطبيقاً سليماً .

ومهما كانت القيود التي يلزم بها المشرع العادي عند مباشرته اختصاصاته، فانها لا تؤدي الى انعدام سلطته التقديرية بصورة تامة، فالنصوص الدستورية بعموميتها واقتضابها تتيح للمشرع العمل على تقدير مدى الحاجة الى النص ومدى ضرورته ، حيث لا يعقل ان يحدد الدستور مدى الحاجة للتشريع بصورة مستقبلية.

وان عدم تقييد المشرع الدستوري للسلطة التشريعية لا يعني تخلي القضاء الدستوري عن ممارسة وظيفته في المحافظة على الشرعية الدستورية متى انحرفت هذه السلطة بمخالفة لمقاصد الدستور او خروجها عن حدودها في التنظيم التشريعي باقرارها معاهدة تسعى من خلالها الى الانتقاص من بعض الحقوق او نقضها.

تباينت اتجاهات الدول المقارنة في تحديد زمان تحريك الرقابة على المعاهدات الدولية، سواء قبل نفاذ المعاهدة او بعد التصديق عليها، وكذلك من حيث مدى مركزية جهة الرقابة من

1 القرار رقم (٢١/اتحادية/اعلام/٢٠١) الصادر في ٢٠١٤/١٢/١٨ ، منشور على موقع الالكتروني للسلطة القضائية

في العراق . http://www.iraqja.iq/s.2014/ .

عدمها، وتبين ان الرقابة السابقة على مصادقة المعاهدات الدولية توفر مزايا متعددة مقارنة بالرقابة اللاحقة، حيث انها توفر حماية للقواعد الدستورية الاجرائية والموضوعية، بالاضافة الى عدم تعارضها مع ما هو معمول به لدى القضاء الدولي من عدم جواز التحلل من المعاهدات بحجة انتهاكها لأحكام القانون الداخلي، فهي النموذج الأنسب ومن خلالها يمكن تدارك التعارض قبل الالتزام نهائياً باحكام المعاهدات.

وبناء على ما سبق نرتأي غل المشرع العراقي :

1. الاخذ بالرقابة السابقة على دستورية المعاهدات الدولية بالاضافة الى الرقابة الموجودة حالياً، من خلال اعطاء كل من رئيس مجلس الوزراء ورئيس الجمهورية ورئيسي مجلس النواب ومجلس الاتحاد (عند تشكيله) بالاضافة الى (٢٥) عضو من مجلس النواب او مجلس الأتحاد، الحق في اثارة مسألة عدم الدستورية، بما يتيح للقائمين على السلطتين التشريعية والتنفيذية امتلاك هذا الحق وكذلك المعارضة داخل مجلسي النواب او الأتحاد، بما يحول دون الدخول في تعهدات مخالفة للدستور، وبما يضمن جعل تصرفات السلطات العامة متوافقة ومشروعة مع القواعد الداخلية والدولية.

٢. ان الاخذ بالرقابة السابقة سيؤدي الى ايجاد ضمانة اكثر قوة لسمو الدستور وضمان احترام احكامه، وذلك لعدم امكانية صدور المعاهدة مخالفة له ، كما انها ستضمن دراستها بصورة متأنية ودقيقة من قبل مجلس الوزراء ومن بعده مجلس النواب تجنباً للحكم بعدم الدستورية ، كما تجنبنا الاثار المترتبة على الغاء النص بعد تطبيقه وانشاءه للمراكز القانونية .

٣. جعل النظر في الرقابة على دستورية المعاهدات من الأمور المستعجلة من خلال تحديد فترة زمنية قصيرة نسبياً لصدور قرار المحكمة، لتلافى اشكاليات التأخير في المصادقة.

٤. النص في الدستور على اللجوء الى اتخاذ اجراءات تعديل احكامه في حال رغبت السلطات داخل الدولة المضي في الالتزام بالمعاهدة التي اعلن عدم دستوريتها ، خصوصاً في حال كونها من المعاهدات الشارعة، التي لها دور في تطوير المجتمع الدولي والتعاون فيما بين اشخاصه، حيث سيكون للأرادة الشعبية دوراً في القول الفصل في مسألة مدى الالتزام بالمعاهدة من عدمها.

٥. الابقاء على الرقابة اللاحقة على المعاهدات الدولية بصيغتها الحالية بالاضافة الى الرقابة السابقة للاستفادة من مميزاتها حيث انها تعطي للقضاء وللافراد ومن يملك مصلحة من اشخاص القانون الحق في تحريك الرقابة على المعاهدات من خلال قانون التصديق عليها في احوال مسها لحقوقهم وحرياتهم ، بما يعزز ضمانات احترام الدستورية بعدم قصر الرقابة على ما تقوم به السلطات قبل الالتزام بالمعاهدات، وانما من خلال ابقاء الحق للافراد في امتلاك الوسيلة القانونية لمنع الأعتداء على حقوقهم المكفولة دستورياً، خصوصاً في الاحوال التي تتوافق فيها السلطات سياسياً على عدم تحريك الرقابة على الرغم من وجود شبهة عدم الدستورية

#### المصادر

- د. احسان حميد المفرجي و د. كطران زغير نعمة و د. رعد الجدة ، النظرية العامة في القانون الدستوري والنظام الدستوري في العراق ، مطبعة دار الحكمة ، بغداد ، ١٩٩٠.
  - ٢٠ د. احمد فتحى سرور ، الحماية الدستورية للحقوق والحريات ، ط١ ، دار الشروق ، القاهرة، ٩٩٩.
- ٣. د.احمد كمال ابو المجد، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الامريكية والاقليم المصري، دار
   النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٠ .
  - ٤. د. اسماعيل الغزال، الدساتير والمؤسسات السياسية ، عز الدين للطباعة والنشر، بيروت ،١٩٩٦.
- د. اسماعیل مرزة ، مبادئ القانون الدستوري والعلم السیاسي ، ط۳ ، دار الملاك للفنون والادب والنشر ،
   بغداد ، ۲۰۰۴.
- ٦. د. امين عاطف صليبا، دور القضاء الدستوري في ارساء دولة القانون ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، طرابلس ،
   ٢٠٠٢.
- ٧. توني م.فاين، النظم القانونية الامريكية ، ترجمة عادل واحد،ط١،الجمعية المصرية لنشر المعرفة والثقافة
   العالمية ١٩٩٧.
  - ٨٠ د. جورجي شفيق ساري ، رقابة التناسب في نطاق القانون الدستوري ، دار النهضة ، القاهرة ، ٢٠٠٠ .
- ٩. جيروم أ. بارون و س. توماس دينيس، الوجيز في القانون الدستوري، ترجمة محمد مصطفى غنيم ، ط١ ،
   الجمعية المصرية لنشر المعرفة والثقافة العالمية ، القاهرة ، ١٩٩٨ .
  - ١٠. د. حسن زكريا، المحكمة العليا الامريكية ، مطبعة الحكومة ، بغداد ، ١٩٦٦.
- ١١. د. حسين جبر حسين، ١ قرينة دستورية التشريع ( دراسة مقارنة ) ،اطروحة دكتوراه ، كلية القانون / جامعة بابل
   ٢٠١٤ ،
  - ١ ٩٠٨. د. رمزي الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري، مطبعة جامعة عين شمس، القاهرة ، ١٩٧٩.

- ١٣. د. سامي جمال الدين ، القانون الدستوري والشرعية الدستورية وفقاً لدستور ٢٠١٤، ط ٣ ، مؤسسة حورس الدولية، الاسكندرية ، ٢٠١٥
  - ٤ ١. د. سليمان محمد الطماوي، النظم السياسية والقانون الدستوري، دار الفكر العربي،١٩٨٨.
  - ١٥. د. صبري السنوسي ، الوجيز في القانون الدستوري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٧.
- ٦٠. صلاح خلف عبد، المحكمة الاتحادية العليا في العراق تشكيلها و اختصاصاتها (دراسة مقارنة) ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق / جامعة النهرين، ٢٠١١ .
- ١٧. روبرت أ. كارب ورونالد ستيدهام ، الاجراءات القضائية في أمريكا ، ط١ ، (ترجمة د. علا أبو زيد) ، الجمعية المصرية لنشر المعرفة والثقافة العالمية ، ١٩٩٧.
- ١٠ د. عادل الطبطبائي ، الحدود الدستورية بين السلطنين التشريعية والقضائية ، ط١ ، مجلس النشر العلمي ،
   جامعة الكويت ، ٢٠٠٠.
- ١٩. د.عبد الحفيظ الشيمي ، القضاء الدستوري وحماية الحريات الاساسية في القانون المصري والفرنسي ، دار
   النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠١.
- ٢. د. عبد الحميد متولي، الوسيط في القانون الدستوري ،دار الطالب لنشر الثقافة الجامعية، الاسكندرية ،
- ١٠. د. عبد الرزاق السنهوري ، مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية ، مجلة مجلس الدولة ، السنة الثالثة ، دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ، ١٩٥٢ .
  - ٢٢. د.عبد العزيز محمد سالمان ، الرقابة على دستورية القوانين ، ط١ ، دار الفكر العربي، القاهرة ، ٩٩٥.
- ٢٣. د.عبد العظيم عبد السلام ، الرقابة على دستورية القوانين (دراسة مقارنة) ، الولاء للطبع والنشر ، شبين
   الكوم، ١٩٩١
- ٢٠. د. عبد الغني بسيوني عبد الله ، النظم السياسية والقانون الدستوري ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ،
   ١٩٩٧.
- ٢٠. د. عبير حسين السيد حسين ، دور القاضي في الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع، دار النهضة ، القاهرة،
   ٢٠٠٩.
- ٢٦. عز الدين الدناصوري ود. عبد الحميد الشواربي ، ، الدعوى الدستورية مع موجز احكام المحكمة الدستورية العليا منذ نشأتها وحتى الان ، منشأة المعارف،الاسكندرية ، ٢٠٠١.
- ۲۷. د.عصام سعید عبد احمد، الرقابة على دستوریة القوانین (دراسة مقارنة)، اطروحة دکتوراه ، کلیة الحقوق /
   جامعة الموصل ، ۲۰۰۷.
- ٨٠. د. غازي فيصل مهدي، نصوص دستور جمهورية العراق لسنة ٥٠٠٥ في الميزان، ط١، الموسوعة الثقافية (
   الناشر صباح صادق الانباري) ، بغداد، ٢٠٠٨
- ٢٩. د. فائز عزيز اسعد ، مبدأ علو الدستور ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون والسياسة / جامعة بغداد ،
   ١٩٨٠.

- ٣٠. د. فاروق عبد البر، دور المحكمة الدستورية في حماية الحقوق والحريات ، النسر الذهبي للطباعة ، القاهرة ،
   ٢٠٠٤.
- ١٣. د. فتحي فكري ، تعليق على اقتراح تعديل المادة الثانية من الدستور الكويتي مع تقييم بعض جوانب قضاء المحكمة الدستورية العليا في مصر بشأن المادة المقابلة من دستور ١٩٧١، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي بجامعة الكويت ، العدد٤ ، ١٩٧٤، ص٣١٣ ومابعدها .
  - ٣٢. د. نبيلة عبد الحليم كامل، الدعاوى الادارية والدستورية، ط١،دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٧ .
- ٣٣. لورانس بوم، المحكمة العليا، ترجمة مصطفى رياض ، الجمعية المصرية لنشر المعرفة والثقافة العالمية
   ١٩٩٧.
- ٣٤. د. محمد صلاح عبد البديع ، قضاء الدستورية في مصر في ضوء قانون واحكام المحكمة الدستورية العليا، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٤.
  - د.محمد عصفور، مذاهب المحكمة الادارية العليا في الرقابة والتفسير والابداع، المطبعة العالمية.
- ٣٦. د.محمد علي آل ياسين، ، القانون الدستوري والنظم السياسية ، ط١ ، مطبعة المعارف ، بغداد ، ١٩٦٤.
- ٣٧. د. محمد علي سويلم، الرقابة على دستورية القوانين وتطور الانظمة الدستورية، دار المطبوعات الجامعية ،
   الاسكندرية ، ٣٠١٣.
- ٨٣. د. محمد فؤاد عبد الباسط، ولاية المحكمة الدستورية العليا في المسائل الدستورية، منشأة المعارف،
   الاسكندرية ، ٢٠٠٢، ص ٨٤١.
- ٣٩. د. محمد ماهر ابو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته (دراسة تطبيقية في مصر) ، دار
   النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٧.
- ٤. محمـود احمـد زكـي، الحكـم فـي الـدعوى الدسـتورية، ط ٢، دار النهـضة العربيـة ، القـاهرة، ٢٠٠٥/٢٠٠٤
- ١٤. د. مدحت احمد حمد يوسف ، الاتجاهات الحديثة في رقابة دستورية القوانين في الانظمة اللاتينية، ط١،
   المركز القومي للاصدارات القانونية، القاهرة ، ٢٠١٤.
  - ٢٤. د. محمود عاطف البنا، النظم السياسية ، ط٢ ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٨٤ ١٩٨٥.
    - ٣٤. د. مصدق عادل طالب ، القضاء الدستوري في العراق ، دار السنهوري ، بيروت، ٢٠١٥.
      - ٤٤. د. منذر الشاوي، مذاهب القانون، مركز البحوث القانونية في وزارة العدل ، بغداد،١٩٨٦.
- ٤٠. د.مها بهجت يونس الصالحي، الحكم بعدم دستورية نص تشريعي ودوره في تعزيز دولة القانون، بيت الحكمة العراقي، بغداد ، ٢٠٠٩.
- ٤٦. د. مها بهجب الصالحي ، اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا بالرقابة على دستورية القوانين ، بحث مجلة الحقوق كلية النهرين ، عدد ١ لسنة ٢٠١١.
  - ٤٧. د. نبيل إسماعيل عمر، أصول المرافعات المدنية والتجارية، ط١، منشأة المعارف بالإسكندرية ، ١٩٨٦.

- ٨٤. د. هاشم محمد فوزي، رقابة دستورية القوانين بين امريكا ومصر مع تحليل الاحكام الدستورية بين البلدين ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ۲۰۰۷.
- 9 ٤. د. هاشم محمد فوزي، رقابة دستورية القوانين بين امريكا ومصر مع تحليل الاحكام الدستورية بين البلدين، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ۲۰۰۷.
- ٥. هنري روسيون ، المجلس الدستوري الفرنسي، ترجمة محمد وطفة ، ط١، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر
- ١٥. ياقوت العشماوي و عبد الحميد عثمان ، احكام وقرارات المحكمة العليا ، ج١ ،الهيأة العامة للكتاب ، القاهرة ، ١٩٧٣.

Jérôme Roux, Contre quels textes soulever la question prioritaire de constitutionnalité?, Lextenso editions, Paris, 2010.

Patrick Gaia . Le Conseil Constitutionnel et l'insertion des Engagements Internationaux Dans l'order Juridique Interne, Paris, Economica, 1991.

Gaïa, Richard Ghevontian, Jean-Louis Favoreu, Patrick Mestre ,Otto Pfersmann, Guy Scoffoni, et André Roux, Droit Constitutionnel, Dalloz 9 e éd. 2006.

Gustavo Fernandes de Andrade, Comparative Constitutional Law, Judicial Review, Journal Of Constitutional Law, University of Pennsylvania Law School, vol 3, 2001.

François Lachaire, Le Conseil Constitutionnel, Economica, Paris ,1980.

Dominique Chagnollaud, Droit Constitutionnel Contemporain, Sirey, Dalloz, Paris, 1999. Simone Veil, Les Relations Entre le Conseil Constitionnel Français et Les Cours Supremes: La Cour de Cassation et le Conseil d'etat, Rapport Prepare Par le Conseil Constitutionnel Français a L'Occasion de la 3'eme conference des Chefs D'Institution Membres de L'Accpuf, 18-19 Mars 2000.

Melissa A. Flynn, Separation of Powers: Permissive Judicial Review or Invasion of Congressional Power, Florida Law Review, vol 54, 2002.

Jean-Jacques Pardini, La Jurisprudence Constitutionnelle et les faits, Universite De Toulon, 2003.

Timothy Zick, Marbury Ascendant, The Rehnquist Court and the Power to (say what the law is), Washington and Lee Law Review-School of Law, V. 59, N. 3, 2002. مواقع الكترونية

http://www.iraqja.iq/s

http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/pdf/conseilconstitutionnel-52882.pdf

# التنظيم القانوني لمجلس الدولة العراقي علماً وعملاً

و. محموه عبر علي الزبيري (١٠)

المقدمة:

أولاً: التعريف بالموضوع وأهميته :

لا مراء أن الحكومة أو السلطة التنفيذية في الدولة هي التي تقوم بتطبيق القانون وتنفيذه والسهر على راحة المواطنين وتلبية خدماتهم المشروعة ، وهي تقوم بذلك من خلال أجهزة ودوائر متعددة ، قد تخطئ هذه الأجهزة في تنفيذ القانون فعند ذلك تظهر الحاجة لمن يصحح هذا الخطأ، وقد لا تستطيع أن تضع تشريعاً لها أو تفسر تشريعاً موجوداً تفسيراً صحيحاً أو قد يكون التشريع ناقصاً ، فلكل ذلك أصبحت أغلب أجهزة الدولة تحتاج إلى مستشارٍ لها ينير لها الدرب ويبين لها جادة الصواب ، فضلاً عن الطبيعة الخاصة للنزاع الذي تكون الإدارة طرفاً فيه بوصفها ذات سيادة وسلطان جعلت الإدارة لا تقبل إلا أن يكون لها قضاء إداري متخصص ، إذ لابد لكل دولة من دول العالم أن تنشئ جهازاً قضائياً ، وذلك لأن مقياس تطور الدول ورقيها يعتمد على مدى خضوعها للقانون ولكي يتحقق ذلك لابد من أن تكون جميع العلاقات في المجتمع في إطار القانون وأن أي خروج عن هذا الإطار لابد أن يواجه بجزاء رادع تتولى السلطة القضائية إيقاعه ، وذلك للتأكد من أن مبدأ علوية القانون ما زالت له الهيبة المطلوبة.

لموضوع هذه الدراسة أهمية من الناحيتين النظرية والعملية تحتاج إلى بيان أهمية وجود جهاز فني يعمل على إعداد المادة الأولية للتشريعات وصياغتها إذ أن هذا العمل لا تقوم به، السلطة التشريعية نفسها مصدرة العمل التشريعي بل يعهد بذلك إلى أجهزة يغلب عليها الطابع

\_

<sup>(\*)</sup>كلية القانون الجامعة المستنصرية.

الفني كذلك فإن تنفيذ القوانين لا يأتي على نحو مادي بل يتطلب أحياناً تفسيراً لنصوصه أو إجلاء لما يشوبها من غموض أو يعتريها من نقص فيتولى عادةً الجهاز الذي قام بالصياغة بمهمة التفسير وإجلاء الغموض وتنطلق أهمية موضوع الدراسة أيضاً من واقع القضاء الإداري في العراق ، وذلك لخصوصية التجربة العراقية في مجال القضاء الإداري التي جاءت متدرجة باتجاه تكوين قضاء إداري متكامل بصدور قانون مجلس دولة .

ثانياً: مشكلة البحث: تظهر مشكلة هذه الدراسة في صدور قانون مجلس دولة لم يأتي بجديد لواقع القضاء الإداري في العراق سوى تغيير اسم ( مجلس شورى الدولة ) الى ( مجلس دولة ) وتحويل صلاحيات الوزير العدل الى رئيس مجلس الدولة ، بينما كان المفروض أن يأتي القانون الجديد بنظام متكامل يساير مجالس الدولة في الدول المقارنة ، ويتجاوز النقص والقصور في القانون السابق .

رابعاً: تقسيم البحث: قسمنا هذا الموضوع مبحثين نخصص المبحث الأول: لتنظيم مجلس الدولة وسنقسم هذا المبحث في مطلبين نخصص الأول: لرئيس وأعضاء مجلس ونخصص الثاني: للهيكل التنظيمي لمجلس الدولة. ونخصص المبحث الثاني: لاختصاصات مجلس الدولة، وسنقسم هذا المبحث الى مطلبين: نخصص الأول: اختصاصات مجلس الدولة الاستشارية ونخصص المطلب الثاني: لاختصاصات مجلس الدولة القضائية.

#### المبحث الأول: تنظيم مجلس الدولة

حدد القانون رقم (١٠٦) لسنة ١٩٨٩ ، قانون التعديل الثاني لقانون مجلس الدولة ، كيفية تشكيل مجلس شورى الدولة سابقا (مجلس الدولة حالياً) في العراق ، الا انه أبقى ارتباطه بوزارة العدل ، كما هو الحال قي قانون رقم(١٧) لسنة ٢٠١٣ قانون التعديل الخامس للقانون مجلس الدولة ، وبناءً على ما جاء في نص المادة (١٠١) من دستور جمهورية العراق للقانون مجلس الدولة ، وبناءً على ما جاء في نص المادة (١٠٠) من القضاء الإداري والإفتاء والصياغة، وتمثيل الدولة وسائر الهيئات العامة، أمام جهات القضاء، الا ما استثني منها بقانون)، وبذلك فقد تطلب الأمر تحويل مجلس شورى الدولة المؤسس بموجب القانون رقم (١٥) لسنة ١٩٧٩ إلى (مجلس دولة) وتحقق ذلك بموجب قانون مجلس الدولة رقم (٧١)

لسنة ٢٠١٧ الذي ألغى هذا الارتباط وجعل مجلس الدولة مستقلاً ويتمتع بشخصية معنوية يمثلها رئيس المجلس ، لذلك فلابد من بيان تشكيلات المجلس من حيث الأعضاء والأقسام في مطلبين نخصص الأول لرئيس وأعضاء مجلس الدولة ، ونخصص الثاني لأقسام مجلس الدولة .

# المطلب الأول: رئيس وأعضاء مجلس الدولة

نصت المادة الأولى من قانون مجلس الدولة رقم (٧١) لسنة ٢٠١٧ ، على أن: " ينشأ بموجب هذا القانون مجلس دولة ، يختص بوظائف القضاء الإداري ، والإفتاء والصياغة ، ويعد هيأة مستقلة تتمتع بالشخصية المعنوية يمثلها رئيس المجلس ويتم اختياره من قبل رئاسة المجلس على أن يكون من بين المستشارين فيه ويعين وفقاً للقانون "(١)..

ويكون مقره في بغداد ويتألف من رئيس ونائبين للرئيس أحدهما لشؤون التشريع والرأي والفتوى والأخر لشؤون القضاء الإداري وعدد من المستشارين لا يقل عن (0.0) خمسين مستشاراً وعدد من المستشارين المساعدين لا يقل عن (0.0) ولا يزيد على نصف عدد المستشارين ، ويعد كل من رئيس المجلس ونائبيه والمستشار و المستشار المساعد قاضياً لأغراض هذا القانون عند ممارسة مهام القضاء الإداري (0.0). ولذلك سنتناول هذا المطلب في الفروع الاتية .

### الفرع الأول: رئيس مجلس الدولة واختصاصاته

لقد بين قانون مجلس الدولة رقم(٧١) لسنة ٢٠١٧، طريقة اختيار رئيس المجلس والصلاحيات الممنوحة له وقد توزعت على ثلاثة مجموعات ، لذلك سنتناول هذا الفرع في البنود الآتية :

#### البند الاول- اختيار رئيس مجلس الدولة:

لقد حددت المادة الأولى من قانون مجلس الدولة طريقة اختيار رئيس المجلس من قبل (رئاسة المجلس) على أن يكون من بين المستشارين العاملين فيه إذ يشترط لتعيينه فضلاً عن

<sup>(</sup>١) . ينظر المادة(١) من قانون مجلس الدولة رقم(٧١) لسنة ٢٠١٧ .

<sup>(</sup>٢) . ينظر المادة(١) من قانون مجلس الدولة رقم(٧١) لسنة ٢٠١٧ .

الشروط العامة الواجب توافرها للتعيين في الوظيفة العامة ، الشروط الواجب توافرها فيمن يعين بوظيفة مستشار ، ويعين رئيس مجلس الدولة بمرسوم جمهوري بصورة مباشرة ، بعد أن يتم اختياره من قبل رئاسة المجلس وهم الرئيس ونائبيه ، ونعتقد بأن يم اختيار الرئيس من قبل هيأة الرئاسة يكون الأفضل ، وذلك لغرض توخي الدقة في اختيار الاكفئ والأكثر خبرة ، لأنها تضم في عضويتها رؤساء الهيئات في المجلس والمحكمة الإدارية العليا

البند الثاني – صلاحيات رئيس مجلس الدولة : وهي تكون على ثلاثة أنواع وكالآتي:

الأولى – صلاحيات الوزير المختص بموجب التشريعات: يكون لرئيس مجلس الدولة صلاحيات الوزير المختص المنصوص عليها في التشريعات (١)،هي الصلاحيات التي يتمتع بها الوزير في نطاق وزارته كالصلاحيات القانونية والإدارية والمالية .

الثانية – الصلاحيات المنقولة إليه بموجب قانون مجلس الدولة رقم(٧١) لسنة ٢٠١٧: هي الصلاحيات التي منحت له حكماً بموجب قانون مجلس الدولة وهي جميع صلاحيات وزير العدل التي كان يتمتع بها قبل فك ارتباط مجلس شورى الدولة عن وزارة العدل ، إذ انتقلت هذه الصلاحيات إلى رئيس مجلس الدولة حالياً بموجب قانون مجلس الدولة رقم(٧١) لسنة ٢٠١٧، وهي كالآتي :

1- إصدار التعليمات لتنفيذ إحكام قانون المجلس<sup>(۲)</sup>، ولتحديد مهام التشكيلات التي يتكون منها مجلس الدولة وتقسيماتها مثل قسم الشؤون الإدارية والمالية وقسم إدارة المحكمة الإدارية العليا وقسم مصادر التشريعات وقسمي إدارة محاكم القضاء الإداري وقضاء الموظفين في بغداد والمحافظات وغيرها<sup>(۳)</sup>.

٢- إحالة القضايا التي يرتئي إحالتها إلى المجلس وتكليف عضو أو أكثر من أعضاء
 المجلس لدراستها وإبداء الرأي فيها أو إعداد مشروعات التشريعات في المسائل التي يحيلها .

(٢) . ينظر المادة(٣٣) من قانون مجلس الدولة رقم(٦٥) لسنة١٩٧٩ المعدل.

<sup>(</sup>١) . ينظر المادة(٤) من قانون مجلس الدولة رقم(٧١) لسنة٧٠٧ .

<sup>(</sup>٣) . ينظر البند (ثانياً) من المادة (٣) من قانون مجلس الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل.

- ٣- تكليف عضو من أعضاء المجلس لتمثيل المجلس أو الوزارات وسائر الهيئات العامة أمام القضاء (١).
- ٤- الموافقة على تأليف هيئات خاصة لدراسة مشروعات التشريعات وإبداء الرأي فيها (٢).
- الطلب من الهيأة العامة أعادة النظر في قرارها مع بيان الأسباب الموجبة لذلك في القضايا التي يحيلها إليها الرئيس<sup>(٣)</sup>.
- 7 لرئيس المجلس انتداب بصفة مستشار للعمل بالمجلس حسب الشروط المنصوص عليها في القانون ولمدة سنتين قابلة للتجديد مرة واحدة فقط من مجلس القضاء الأعلى وهم قضاة الصنف الأول ورئيس الادعاء العام وأعضاء الادعاء العام و من وزارة العدل وهم المدراء العامين في دوائر الوزارة والمفتشين العدليين للعمل في المجلس ومن دوائر الدولة الأخرى: وهم المدراء العامين ممن لهم خبرة في الامور القانونية أو الادارية أو الاقتصادية ومن وزارة التعليم العالي والبحث العلمي و هم أعضاء الهيأة التدريسية (أ). وذلك بمرسوم جمهوري وبناء على اقتراح من رئيس مجلس الدولة وموافقة وزير المختص ( $^{(a)}$ ).
- اصدار بيان تشكيل محاكم إدارية أخرى: يجوز عند الاقتضاء تشكيل محاكم أخرى للقضاء الإداري ولقضاء الموظفين في مراكز المحافظات ببيان يصدره رئيس مجلس الدولة وبناء على اقتراح من هيأة الرئاسة وينشر في الجريدة الرسمية (٢).

<sup>(</sup>۱). ينظر المادة (۱۰) من قانون مجلس الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل. وكذلك المادة (١٠١) من دستور جمهورية العراق ٢٠٠٥.

<sup>(</sup>٢) . ينظر البند(رابعاً) من المادة(١١) من قانون مجلس الدولة رقم(٥٦) لسنة ١٩٧٩ المعدل.

<sup>(</sup>٣) . ينظر المادة(١٨) من قانون مجلس الدولة رقم(٦٥) لسنة١٩٧٩ المعدل.

<sup>(</sup>٤) . ينظر البندان(أولا) و (ثانياً) من المادة(٢٤) من قانون مجلس الدولة رقم(٦٥) لسنة١٩٧٩ المعدل.

<sup>(</sup>٥) . ينظر البندان (أولا) و (ثانياً/أ) من المادة(٢٥) من قانون مجلس الدولة رقم(٦٥) لسنة١٩٧٩ المعدل.

<sup>(</sup>٦) . ينظر البند (ثانياً) من المادة(٧) من قانون مجلس الدولة رقم(٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل.

٨- دوره في رفع الحصانة عن الأعضاء: لا يجوز توقيف الرئيس ونائب الرئيس والمستشار و المستشار المنتدب والمستشار المساعد أو اتخاذ الإجراءات الجزائية ضدهم في غير حالة ارتكابهم جناية مشهودة إلا بعد استحصال إذن رئيس مجلس الدولة(١).

ثالثاً :الصلاحيات الأصلية: بموجب قانون مجلس شورى الدولة سابقاً رقم(٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل وهي كالأتي :

- -1 رئاسة الهيأة العامة وهيأة الرئاسة $^{(7)}$ ورئاسة المحكمة الإدارية العليا $^{(7)}$ .
- Y عند الضرورة ترشيح من يراه من المستشارين لرئاسة الهيأة المتخصصة $^{(2)}$ .
- ۳- اختيار ثلاثة أعضاء لتكوين هيأة تعيين المرجع من بين أعضاء مجلس الدولة (٥).
- 2- إحالة مشروعات القوانين المنجزة(7)، والقضايا في بعض الأحوال على الهيأة العامة(7).

#### البند الثالث- نواب رئيس مجلس الدولة:

نصت المادة الأولى من القانون على أن لرئيس مجلس الدولة نائبين أحدهما لشؤون التشريع والرأي والفتوى، والأخر لشؤون القضاء الإداري ، يتم اختيارهم من بين المستشارين من قبل هيأة الرئاسة (^). ويتم تعيينهم بمرسوم جمهوري بصورة مباشرة (٩). ويتولون المهام الآتية :

-1 رئاسة الهيأة العامة بتخويل من الرئيس عند غيابة(1) ورئاسة الهيأة المتخصصة(1).

<sup>(</sup>١) . ينظر المادة(٢٧) من قانون مجلس الدولة رقم(٥٦) لسنة١٩٧٩ المعدل.

<sup>(</sup>٢) . ينظر البندان (أولا/أ) و (ثانياً/أ) من المادة(٢) من قانون مجلس الدولة رقم(٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل.

<sup>(</sup>٣) . ينظر البند (رابعاً/أ) من المادة(٢) من قانون مجلس الدولة رقم(٦٥) لسنة١٩٧٩ المعدل.

<sup>(</sup>٤) . ينظر البند (خامساً/ب) من المادة(٢) من قانون مجلس الدولة رقم(٥٦) لسنة ١٩٧٩ المعدل.

<sup>(</sup>٥) . ينظر البند (ثاني عشر) من المادة(٧) من قانون مجلس الدولة رقم(٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل.

<sup>(</sup>٦) . ينظر البند (أولا) من المادة(٢٥) من قانون مجلس الدولة رقم(٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل.

<sup>(</sup>٧) . ينظر البند (ثانياً) من المادة(١٧) من قانون مجلس الدولة رقم(٦٥) لسنة١٩٧٩ المعدل.

<sup>(</sup>٨) . ينظر البند (ثالثا/ب) من المادة (٢) من قانون مجلس الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل.

<sup>(</sup>٩) . ينظر المادة (٢٢/ثانياً) من قانون مجلس الدولة رقم(٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل.

<sup>(</sup>١٠) . ينظر البند (ثانياً/أ) من المادة(٢) من قانون مجلس الدولة رقم(٦٥) لسنة١٩٧٩ المعدل.

-7 رئاسة محكمة القضاء الإداري ومحكمة قضاء الموظفين $^{(7)}$ .

### البند الرابع- المستشارون:

404

حدد قانون مجلس الدولة عدد المستشارين بما لا يقل عن (٥٠) خمسين مستشاراً ، وهم ينقسمون إلى فئتان : المستشارون المعينون على الملاك والمستشارون المنتدبون :

الفئة الأولى \_ المستشارون المعينون على ملاك مجلس الدولة : حددت المادة الأولى من القانون عدد المستشارين بما لا يقل عن (•  $\circ$ ) خمسين مستشاراً ، إذ يعد كل منهم قاضياً، لأغراض هذا القانون عند ممارسة مهام القضاء الإداري<sup>(٣)</sup>. ويتم تعيينهم بمرسوم جمهوري بصورةً مباشرةً (•):

أولاً - عراقياً بالولادة ومن أبوين عراقيين .

ثانياً - لا يزيد عمره على (٥٥) خمسة وخمسون سنة .

ثالثاً - حاصل على شهادة جامعية أولية في الأقل في القانون .

رابعاً – له خدمة فعلية بعد التخرج من الكلية مدة لا تقل عن (١٨) ثماني عشرة سنة في وظيفة قضائية أو قانونية في دوائر الدولة والقطاع العام ، تكون مدة الخدمة المنصوص عليها في أعلاه (١٦) ست عشرة سنة للحاصل على شهادة الماجستير في القانون و(١١) أربعة عشر سنة للحاصل على شهادة الدكتوراه في القانون ، سواء أكانت هذه الخدمة قبل أو بعد حصوله على أحدى هاتين الشهادتين وتعد مدة الدراسة الأصغرية للحصول على أحدى هاتين الشهادتين خدمة لأغراض هذا القانون.

الفئة الثانية \_ المستشارون المنتدبون: أجاز القانون انتداب بعض فئات من موظفي السلطتين القضائية والتنفيذية من ذوي الخبرة والاختصاص للعمل في مجلس الدولة لمدة محددة كمستشارين على أن لا يتجاوز عددهم ثلث عدد المستشارين المعينين ، وهم كالأتى :

<sup>(</sup>١) . ينظر البند (خامساً/أ) من المادة(٢) من قانون مجلس الدولة رقم(٦٥) لسنة١٩٧٩ المعدل.

<sup>(</sup>٢) . ينظر البند (اولاً) من المادة(٧) من قانون مجلس الدولة رقم(٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل.

<sup>(</sup>٣) . ينظر البند (ثالثا) من المادة (١) من قانون مجلس الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل.

<sup>(</sup>٤) . ينظر المادة(٢٠) من قانون مجلس الدولة رقم(٦٥) لسنة١٩٧٩ المعدل.

<sup>(</sup>٥) . ينظر المادة (٢٠) من قانون مجلس الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل.

- ١- القضاة وأعضاء الادعاء العام: لرئيس مجلس الدولة انتداب القضاة من الصنف الأول ورئيس الادعاء العام وأعضاءه للعمل في المجلس كمستشارين وحسب الشروط المنصوص عليها في القانون لمدة سنتين قابلة للتجديد لمرة واحدة فقط.
  - ٢ المدراء العامين: يتم انتدابهم من:

402

- أ- من وزارة العدل: لرئيس مجلس الدولة انتداب المدراء العامين في دوائر وأجهزة الوزارة والمفتشين العدليين للعمل في المجلس كمستشارين وحسب الشروط المنصوص عليها في القانون لمدة سنتين قابلة للتجديد لمرة واحدة فقط.
- ب- دوائر الدولة خارج وزارة العدل: يجوز انتداب المدراء العامين ممن لهم خبرة في الامور القانونية أو الإدارية أو الاقتصادية وتتوافر فيهم الشروط المنصوص عليها في المواد المتقدمة للعمل في المجلس كمستشارين لمدة سنتين قابلة للتجديد لمرة واحدة فقط ، وذلك بمرسوم جمهوري بناء على اقتراح من رئيس مجلس الدولة وموافقة الوزير المختص(١).
  - ۳- أساتذة القانون: يتم انتدابهم من بين أعضاء الهيئة التدريسية والأتى:
- أ- الخبراء: لرئيس مجلس الدولة وبموافقة وزير التعليم العالي والبحث العلمي الاستعانة بخبرة عضو الهيئة التدريسية في الجامعات العراقية للمشاركة في بعض أعمال المجلس ذات الصلة بإختصاصه.
- ب- التدريسيين: يجوز انتداب عضو الهيئة التدريسية في كلية القانون ممن تتوافر فيهم الشروط المنصوص عليها في المواد المتقدمة للعمل بالمجلس كمستشارين في المجلس لمدة سنتين قابلة للتجديد مرة واحدة فقط، وذلك بمرسوم جمهوري وبناء على اقتراح من رئيس مجلس الدولة وموافقة وزير التعليم العالى والبحث العلمي<sup>(۲)</sup>.

يتولى المستشارون المهام الآتية:

- ١- رئاسة المحكمة الإدارية العليا بتخويل من رئيس مجلس الدولة (٣).
  - ٧- رئاسة الهيأة المتخصصة في حالتين:

<sup>(</sup>١) . ينظر البندان(اولا) و (ثانياً) من المادة(٢٤) من قانون مجلس الدولة رقم(٦٥) لسنة١٩٧٩ المعدل.

<sup>(</sup>٢) . ينظر البندان (أولا) و (ثانياً/أ) من المادة(٢٥) من قانون مجلس الدولة رقم(٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل.

<sup>(</sup>٣) . ينظر البند (أولاً) من المادة(٢٢) من قانون مجلس الدولة رقم(٦٥) لسنة١٩٧٩ المعدل.

- أ- عند غياب نائب الرئيس لشؤون التشريع والفتوى(١).
- ب- لرئيس مجلس الدولة عند الضرورة ترشيح من يراه من المستشارين لرئاسة الهيأة المتخصصة (٢).
- ٣- رئاسة محكمة القضاء الإداري ومحكمة قضاء الموظفين في مناطق الشمالية والوسطى والفرات الأوسط والجنوبية (٣).

ونلاحظ أن المستشارين في مجلس الدولة الفرنسي يقومون بعمل محدد إذ يقوم المستشارون بالمناقشة والتقرير في المسائل التي تعرض على المجلس، وكذلك فأن القانون المصري قد عمل على توزيع العمل بين أعضاء المجلس إذ يخلق نوعاً من التناسب بين أهمية الاختصاص ودرجة من يعهد به إليه (٤).

أما في قانون مجلس الدولة العراقي فأن الأمر مختلف إذ أن القانون لم يحدد اختصاصاً معيناً لكل عضو في المجلس لكي يتناسق العمل في المجلس ويوزع بين الأعضاء إذ يمكن أن يعمل المستشار في القسم القضائي وفي الوقت نفسه يمكن ممارسة مهمة إعداد التشريع أو تقديم الفتاوى ، وهذا أمر منتقد إذ لابد أن يختص كل عضو بعمل معين .

#### البند الخامس- المستشارون المساعدون:

حدد قانون مجلس الدولة عدد المستشارين المساعدين لا يقل عن (٢٥) خمس وعشرون مستشاراً مساعداً ولا يزيد على نصف عدد المستشارين (٥). وهم فئة واحدة يتم تعيينهم بمرسوم جمهوري وبصورة مباشرة (7). ويشترط فيمن يعين بوظيفة مستشار مساعد ما يأتي (7):

أولاً - عراقياً بالولادة ومن أبوين عراقيين .

<sup>(</sup>١) . ينظر البند (خامسا/أ) من المادة(٢) من قانون مجلس الدولة رقم(٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل.

<sup>(</sup>٢) . ينظر البند (خامسا/ب) من المادة(٢) من قانون مجلس الدولة رقم(٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل.

<sup>(</sup>٣) . ينظر البند (أولاً/أ،ب،ج،د) من المادة(٧) من قانون مجلس الدولة رقم(٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل.

<sup>(\*)</sup> ينظر د. ماجد راغب الحلو: القضاء الإداري، المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، ١٩٩٤، ص٩٣.

<sup>(</sup>٥) . ينظر المادة (٢٢/ثانياً) من قانون مجلس الدولة رقم(٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل.

<sup>(</sup>٦) . ينظر المادة البند (أولا) من المادة(١) قانون مجلس الدولة رقم(٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل.

<sup>(</sup>٧) . ينظر المادة (٢١) من قانون مجلس الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل.

707

ثانياً - لا يزيد عمره على (٥٠) خمسون سنة .

ثالثاً - حاصل على شهادة جامعية أولية في الأقل في القانون.

رابعاً - له خدمة فعلية بعد التخرج من الكلية مدة لا تقل عن (١٤) أربع عشرة سنة في وظيفة قضائية أو قانونية في دوائر الدولة والقطاع العام .

وتكون مدة الخدمة المنصوص عليها في أعلاه (١٢) اثني عشرة سنة للحاصل على شهادة الماجستير في القانون و(١٠) عشر سنوات للحاصل على شهادة الدكتوراه في القانون ، سواء أكانت هذه الخدمة قبل أو بعد حصوله على أحدى هاتين الشهادتين وتعد مدة الدراسة الأصغرية للحصول على أحدى هاتين الشهادتين خدمة لأغراض هذا القانون.

ويحضر المستشارون المساعدون اجتماعات الهيأة العامة ويشتركون في النقاش دون حق التصويت ( $^{(1)}$ )، كما يساهمون في أعمال الهيأة المتخصصة بشرط أن لا تزيد نسبتهم على ثلث عدد المستشارين  $^{(7)}$ .

ويجوز ترقية المستشار المساعد إلى وظيفة مستشار على أن يكون قد أمضى مدة لا تقل عن (٣) ثلاث سنوات في وظيفته وأثبت خلالها كفاءة جيدة ومقدرة على العمل ونشر بحثين قانونيين قيمين في الأقل بناءً على تقييم وتوصية هيأة الرئاسة (٣).

البند السادس - حصانة أعضاء مجلس الدولة:

لقد حرص المشرع العراقي في توفير الحصانة لأعضاء مجلس الدولة فقد منع توقيف الرئيس ونائب الرئيس والمستشار و المستشار المنتدب والمستشار المساعد أو اتخاذ الإجراءات الجزائية ضدهم في غير حالة ارتكابهم جناية مشهودة إلا بعد استحصال إذن من رئيس مجلس الدولة<sup>(٤)</sup>.

أن هذه الحصانات غير كافية لذلك نجد من الضروري إضافة ضمانات أخرى لأعضاء المجلس منها عدم جواز عزلهم أو إحالتهم إلى التقاعد قبل بلوغهم سن (٦٣) الا بعد تقديم

<sup>(</sup>١) . ينظر الفقرة (ج) البند (أولا) من المادة (٢) قانون مجلس الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل.

<sup>(</sup>٢) . ينظر الفقرة(أ) البند (خامساً) من المادة(٢) قانون مجلس الدولة رقم(٦٥) لسنة١٩٧٩ المعدل.

<sup>(</sup>٣) . ينظر المادة(٢٣) من قانون مجلس الدولة رقم(٦٥) لسنة١٩٧٩ المعدل.

<sup>(</sup>٤) . ينظر المادة(٢٧) من قانون مجلس الدولة رقم(٦٥) لسنة١٩٧٩ المعدل.

طلب تحريري أو لأسباب صحية وبناء على تقرير من لجنة طبية رسمية ، وجواز اعتزالهم الخدمة مع استحقاقهم للحقوق التقاعدية ، وكذلك نجد من الضروري أن يشكل مجلس انضباط خاص ينظر بمخالفات أعضاء مجلس الدولة يتكون من رئيس المجلس رئيساً وعند غيابه يرأسه أقدم نواب الرئيس وعضوية عدد من المستشارين يحددهم الرئيس حسب أهمية موضوع المخالفة . المطلب الثاني : الهيكل التنظيمي لمجلس الدولة (تكوين المجلس)

يضم الهيكل التنظيمي للمجلس وفق القانون هيئات فنية وتشكيلات إدارية مساعدة لقيام مجلس الدولة بمهامه ، وسنتناول ذلك بفرعين نخصص الفرع الأول: لهيئات مجلس الدولة والفرع الثاني: لتشكيلاته الإدارية .

# الفرع الأول: هيئأت مجلس الدولة

نصت الفقرة الأولى من المادة الثانية من قانون مجلس الدولة على أنه يتكون المجلس من مجموعة من الهيئات والمحاكم الإدارية ، لذلك سنتناول هذا الفرع في البنود الآتية : البند الأول - الهيأة العامة :

تتألف الهيأة العامة من رئيس المجلس ونائبيه والمستشارين وتعقد جلساتها برئاسة الرئيس أو من يخوله من نائبيه عند غيابه  $^{(1)}$ . وتنعقد الهيأة العامة بحضور أكثرية عدد أعضائها ، وتتخذ قراراتها بأكثرية عدد الأعضاء الحاضرين وإذا تساوت الأصوات يرجح الجانب الذي صوت معه الرئيس  $^{(7)}$ . ويحضر المستشارون المساعدون اجتماعات الهيأة العامة ويشتركون في النقاش من دون حق التصويت  $^{(7)}$ . وتقع الهيأة العامة على رأس الهيئآت الفنية في مجلس الدولة ، فهي أعلى هيأة فيه وتمارس الاختصاصات الآتية :

1- يحيل رئيس المجلس ما تنجزه أحدى الهيئات أو الهيأة الخاصة من مشروعات القوانين على الهيأة العامة لمناقشة المبادئ التي تضمنها مشروع القانون ، بحضور ممثل الجهة

<sup>(</sup>١) . ينظر الفقرة(أ) البند (ثانيا) من المادة(٢) قانون مجلس الدولة رقم(٥٦) لسنة ١٩٧٩ المعدل.

<sup>(</sup>٢) . ينظر الفقرة(ب) البند (ثانيا) من المادة(٢) قانون مجلس الدولة رقم(٦٥) لسنة١٩٧٩ المعدل.

<sup>(</sup>٣) . ينظر الفقرة(ج) البند (ثانيا) من المادة(٢) قانون مجلس الدولة رقم(٦٥) لسنة١٩٧٩ المعدل.

أو الجهات ذات الشأن ، عند الاقتضاء أو بناء على توصية الهيأة المكلفة بدراسة المشروع وتترك صياغته للهيأة المكلفة به ابتداءً (١٠).

٧- لرئيس المجلس إحالة القضية على الهيأة العامة في الأحوال التي حددها القانون (٢)... وتتخذ الهيأة العامة قراراتها بأغلبية عدد الأعضاء الحاضرين وإذا تساوت الأصوات يرجح الجانب الذي فيه الرئيس ، للرئيس أن يطلب من الهيأة العامة أعادة النظر في قراراها مع بيان الأسباب الموجبة لذلك ، وله في هذه الحالة أن يرأس الهيأة العامة ، ويتخذ القرار بأغلبية عدد أعضاء الهيأة العامة ويصبح قراراها نهائياً (٣). .

#### ثانياً\_ هيأة الرئاسة:

تنعقد هيأة الرئاسة برئاسة رئيس المجلس وعضوية ونائبيه ورؤساء الهيئآت ورئيس المحكمة الإدارية العليا<sup>(1)</sup>. وتختص هيأة الرئاسة بالنظر فيما يأتي :

- 1- تقديم تقرير سنوي أو كل ستة أشهر كلما رأت ذلك إلى الأمانة العامة لمجلس الوزراء أو ديوان الرئاسة يتضمن ما أظهرته الأحكام أو البحوث من نقص في التشريع النافذ أو غموض فيه أو حالات إساءة استعمال السلطة من أي جهة من جهات الإدارة أو تجاوز تلك لسلطاتها أو اقتراح بإعداد تشريع جديد (٥)..
  - ٧- إعادة النظر في زيادة عد الهيئات المتخصصة في المجلس أو دمجها.
- ٣- اقتراح تشكيل محاكم أخرى ، للقضاء الإداري أو قضاء الموظفين في مراكز المحافظات عند الاقتضاء.
- ٤- اختيار نائبي رئيس المجلس من بين المستشارين و التوصية بتعيين المستشار والمستشار المساعد في المجلس أو ترقيته إلى مستشار .

<sup>(</sup>١) . ينظر البند (أولاً) من المادة(١٧) قانون مجلس الدولة رقم(٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل.

<sup>(</sup>٢) . ينظر البند (ثالثا) من المادة(١٧) قانون مجلس الدولة رقم(٦٥) لسنة١٩٧٩ المعدل.

<sup>(</sup>٣) . ينظر المادة( ١٨) قانون مجلس الدولة رقم(٥٦) لسنة١٩٧٩ المعدل.

<sup>(</sup>٤) . ينظر الفقرة (أ) البند (ثالثاً) من المادة(٢) قانون مجلس الدولة رقم(٦٥) لسنة١٩٧٩ المعدل.

<sup>(</sup>٥) . ينظر البند (رابعاً) من المادة(٥) قانون مجلس الدولة رقم(٦٥) لسنة١٩٧٩ المعدل.

٥- التوصية بانتداب القضاة من الصنف الأول ورئيس الادعاء العام والمدعين العامين والمدراء العامين في دوائر وأجهزة الوزارة والمفتشين العدليين من وزارة العدل ومن الوزارات الأخرى، وأعضاء الهيأة التدريسية في الجامعات وكليات القانون من أساتذة وخبراء للعمل كمستشارين في مجلس الدولة.

التوصية بتعيين سكرتير عام المجلس من بين موظفى المجلس<sup>(۱)</sup>.

البند الثاني \_ الهيأة المتخصصة: تنعقد الهيأة المتخصصة برئاسة نائب الرئيس لشؤون التشريع والرأي والفتوى أو أقدم المستشارين وعدد من المستشارين والمستشارين المساعدين شرط أن لا تزيد نسبتهم عن ثلث عدد المستشارين، ولرئيس المجلس عند الضرورة ترشيح من يراه من المستشارين لرئاسة الهيأة المتخصصة (٢). ويكون لكل هيأة من الهيآت المتخصصة سكرتير لا تقل درجته عن مدير حاصل على شهادة جامعية أولية في القانون ويعاونه عدد من الموظفين (٣). البند الثالث \_ الهيأة الموسعة: وهي هيأة مؤقتة، يتم تكوينها كلما اقتضت الحاجة من هيأتين متخصصتين يعينهما الرئيس وتعقد برئاسته أو رئاسة أحد نائبيه ، ويحضر المستشارون المساعدون اجتماعاتها ويشتركون في النقاش من دون حق التصويت (٤). تشكل الهيأة الموسعة عندما تحيل أحدى الهيئات المتخصصة ما تنجزه في مجال المشورة وإبداء الرأي الى رئيس المجلس إذ له أن يوافق عليه فيصبح بذلك نهائياً ، أما إذا كان للرئيس رأي يخالف رأي الهيأة فيعيده إليها (إلى الهيأة المتخصصة) لبحث الموضوع من جديد وعندئذ تعقد اجتماعها برئاسته، فإذا صدر قرارها بالاتفاق يصبح نهائياً ، ولكن قد لا يحصل مثل هذا الاتفاق فلرئيس المجلس إحالة القضية أما إلى الهيأة العامة أو إلى الهيأة الموسعة المؤلفة من الهيأة المتخصصة ذات العلاقة وهيأة متخصصة أخرى يعينها الرئيس ، وتنعقد الهيأتان اجتماعهما برئاسته ويصدر القرار النهائى بالاتفاق أو الأكثرية وإذا تساوت الأصوات فيرجح الجانب الذي صوت معه الرئيس ، النهائى بالاتفاق أو الأكثرية وإذا تساوت الأصوات فيرجح الجانب الذي صوت معه الرئيس ،

<sup>(</sup>١) . ينظر الفقرة(ب/١) البند (ثالثا) من المادة(٢) قانون مجلس الدولة رقم(٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل.

<sup>(</sup>٢) . ينظر الفقرة(أ/ب) البند (خامساً) من المادة(٢) قانون مجلس الدولة رقم(٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل.

<sup>(</sup>٣) . ينظر البند (سادساً) من المادة(٢) قانون مجلس الدولة رقم(٦٥) لسنة١٩٧٩ المعدل.

<sup>(</sup>٤). ينظر الفقرة(ب) البند (ثانيا) من المادة(٢) المعدلة بقانون التعديل الثاني رقم(١٠٦) لسنة ١٩٨٩ لقانون مجلس الدولة رقم(٢٠٥) لسنة ١٩٨٩ المعدل.

وبعد ذلك يعد عضو الهيأة المتخصصة خلاصة بالمبدأ القانوني الذي تضمنه القرار المتفق عليه (١).

#### البند الرابع \_ المحكمة الإدارية العليا:

47.

استحدثت المحكمة الإدارية العليا بقانون رقم(١٧) لسنة 7.17 قانون التعديل الخامس لقانون مجلس الدولة ، لتكون على قمة هرم القضاء الإداري في العراق لتعمل كجهة طعن لأحكام المحاكم الأدنى ، وتشكل المحكمة الإدارية العليا في بغداد وتنعقد برئاسة رئيس المجلس أو من يخوله من المستشارين وعضوية (7) ستة مستشارين و(3) أربعة مستشارين مساعدين يسميهم رئيس المجلس ، وتمارس المحكمة الإدارية العليا الاختصاصات التي تمارسها (محكمة التمييز الاتحادية ) المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية رقم (7) لسنة 7.7 المعدل (7) عند النظر في الطعن بقرارات محكمة القضاء الإداري ومحكمة قضاء الموظفين (7).

وتختص المحكمة الإدارية العليا على وفق قانون مجلس الدولة رقم(٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل ، بالنظر فيما يأتى: :

- الطعون المقدمة على القرارات والأحكام الصادرة عن محكمة القضاء الإداري
   ومحاكم قضاء الموظفين .
- ٢- التنازع الحاصل حول تعيين الاختصاص في نظر الدعوى الذي يقع بين محكمة القضاء الإداري ومحكمة قضاء الموظفين .
- ٣- 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 احدهم طرفاً في هذين الحكمين وترجح احد الحكمين وتقرر تنفيذه من دون الحكم الأخر (٤).

<sup>(</sup>١) . ينظر البندان (أولاً)و (ثانيا) من المادة(١٥) قانون مجلس الدولة رقم(٦٥) لسنة١٩٧٩ المعدل.

<sup>(</sup>٢) . ينظر المادة (٢٠٣) قانون المرافعات المدنية رقم(٨٣) لسنة١٩٦٩ المعدل.

<sup>(</sup>٣) . ينظر الفقرتان (أ/ب) البند (رابعا) من المادة(٢) قانون مجلس الدولة رقم(٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل.

<sup>(</sup>٤) . ينظر الفقرة (ج) البند (رابعا) من المادة(٢) قانون مجلس الدولة رقم(٦٥) لسنة١٩٧٩ المعدل.

البند الخامس - محاكم القضاء الإداري:

771

تــم أنــشاء محكمــة القــضاء الإداري لأول مــرة فــي العــراق بالقــانون رقــم (١٠٦) لسنة ٩٨٩ قانون التعديل الثاني لقانون مجلس الدولة رقم(٥٦) لسنة ١٩٧٩ اذ جاء فيه: ( تشكل محكمة تسمى (محكمة القضاء الإداري) في مجلس الدولة ويجوز عند الاقتضاء تشكيل محاكم أُخرى للقضاء الإداري في مراكز المناطق الإستئنافية ببيان يصدره رئيس مجلس الدولة ، بناء على اقتراح من هيأة الرئاسة في مجلس الدولة ينشر القرار في الجريدة الرسمية )(١). وبعد ذلك بادر المشرع بإصدار قانون التعديل الخامس لقانون مجلس الدولة رقم (١٧) لسنة ٢٠١٣ والذي تم بموجبه تشكيل محاكم للقضاء الإداري وقضاء الموظفين برئاسة نائب الرئيس لشؤون القضاء الإداري أو المستشارين المساعدين في أربع مناطق من العراق وكالآتي:

أ— المنطقة الشمالية وتشمل المحافظات نينوى وكركوك وصلاح الدين ويكون مقرها في مدينة الموصل.

ب— منطقة الوسط تشمل محافظات بغداد و الأنبار و ديالى و واسط ويكون مقرها مدينة بغداد.

ج- منطقة الفرات الأوسط وتشمل محافظات كربلاء والنجف وبابل والقادسية ويكون مركزها في مدينة الحلة.

د- المنطقة الجنوبية، تشمل محافظات ذي قار والمثنى و ميسان والبصرة ويكون مقرها في مدينة البصرة<sup>(۲)</sup>. كما أجاز القانون الجديد عند الاقتضاء تشكيل محاكم جديدة للقضاء الإداري ولقضاء الموظفين في مراكز المحافظات ببيان يصدره رئيس المجلس بناء على اقتراح من هيأة الرئاسة في مجلس الدولة وينشر في الجريدة الرسمية، كما أجاز انتداب القضاة من

<sup>(</sup>١) . ينظر الفقرة (أ) من البند/ ثانيا /من المادة (٦) من القانون رقم(١٠٦) لسنة ١٩٨٩ قانون التعديل الثاني لقانون مجلس الدولة رقم (٥٦) لسنة ١٩٧٩ المعدل ،

<sup>(</sup>٢) . ينظر البند (أولا) من المادة (٥) من قانون رقم(١٧) لسنة ٢٠١٣ قانون التعديل الخامس لقانون مجلس الدولة رقم(٦٥)لسنة ١٩٧٩ المعدل.

الصنف الأول والثاني بترشيح من مجلس القضاء الأعلى إلى محاكم القضاء الإداري أو محاكم قضاء الموظفين (١).

#### البند السادس - محاكم قضاء الموظفين:

كان مجلس الانضباط العام قبل صدور قانون التعديل الخامس يمارس الاختصاص القضائي لمجلس الدولة في مجال الوظيفة العامة والخدمة المدنية، فيتولى الفصل في دعاوى الموظفين المتعلقة بالحقوق الناشئة عن تطبيق قانون الخدمة المدنية والأنظمة الصادرة بمقتضاه ، إلى جانب النظر في الطعون المقدمة من الموظفين ضد العقوبات الانضباطية الصادرة بحقهم ، بموجب قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام..

#### تشكيل محكمة قضاء الموظفين:

بموجب القانون رقم (١٧) لسنة ٢٠١٣ قانون التعديل الخامس لقانون مجلس الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل، تم استحداث محكمة قضاء الموظفين لتحل محل مجلس الانتضباط العام الذي أنشئ سنة ١٩٧٩، اذ تم إلغاء تسمية ( مجلس الانتضباط العام ) واستبدالها ( بمحكمة قضاء الموظفين) ، وذلك بموجب المادة (٥) من قانون التعديل الخامس سالف الذكر والتي نصت على ( أولا: تشكل محكمة لقضاء الموظفين برئاسة نائب الرئيس لشؤون القضاء الإداري أو مستشار وعضوين من المستشارين أو المستشارين المساعدين في المناطق الآتية... ) وهذه المناطق هي المناطق الأربع التي تم استحداثها بموجب قانون التعديل الخامس وإلى جانب محاكم القضاء الإداري تم أستحدث محاكم لقضاء الموظفين ، وقد أجاز القانون إنشاء محاكم لقضاء الموظفين جديدة عند الاقتضاء في مراكز المحافظات الأخر ببيان يصدره رئيس مجلس الدولة بناء على اقتراح من هيأة الرئاسة ينشر في الجريدة الرسمية، ويمكن أيضاً انتداب قضاة من الصنف الأول أو الثاني ويكون ذلك بترشيح من مجلس القضاء الإداري ٢٠).

<sup>(</sup>۱). ينظر البندان (ثانيا و ثالثا/) من المادة (٥) من القانون رقم (١٧)لسنة ٢٠١٣ قانون التعديل الخامس لقانون مجلس الدولة رقم(٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل.

<sup>(</sup>٢) ينظر البندان (ثانيا وثالثا) من المادة (٥) من القانون رقم(١٧) لسنة ٢٠١٤ قانون التعديل الخامس لقانون مجلس شورى الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل .

ولذلك لا نجد اختلاف من حيث التشكيل بين محاكم القضاء الإداري ومحاكم قضاء الموظفين فالاختلاف يكون من حيث موضوع الدعوى الذي تنظر فيه المحكمتين، وبصدور قانون مجلس الدولة رقم(٧١) لسنة ٢٠١ والذي أنشأ مجلس دولة فأصبح القضاء الإداري متكامل من حيث تشكيل المحاكم و الهيئات لذلك أصبح لزاماً توسيع الاختصاصات ليكون لدينا قضاء إداري متكامل من حيث الاختصاص شأنه في ذلك شأنه القضاء الإداري في الدول المقارنة.

# البند السابع \_ هيأة تعين المرجع:

إذا تنازع اختصاص محكمة القضاء الإداري أو محكمة قضاء الموظفين مع اختصاص محكمة مدنية فيعين المرجع هيأة تسمى (هيأة تعيين المرجع) قوامها (٦) ستة أعضاء (٣) ثلاثة يختارهم رئيس محكمة التمييز الاتحادية من بين أعضاء المحكمة و(٣) ثلاثة آخرون يختارهم رئيس مجلس الدولة من بين أعضاء المجلس ، وتجتمع الهيأة برئاسة رئيس محكمة التمييز الاتحادية ويكون قرار الهيأة الصادر بالاتفاق أو الأكثرية باتاً وملزماً (١).

ومن الملاحظ على تكوين الهيأة أن غالبية أعضائها من القضاء المدني ومن بينهم الرئيس ، فلتحقيق نتائج أفضل في تحديد الاختصاص يمكن أن تكون رئاسة الهيأة بالتناوب بين رئيس محكمة التمييز ورئيس مجلس الدولة وزيادة عدد الأعضاء غير المصوتين في الهيأة من الخبراء في مجال القانون العام وخصوصاً أن قرارات الهيأة باتة وملزمة فلا معقب عليها بعد صدور قراراها .

## الفرع الثانى: التشكيلات الإدارية لمجلس الدولة

لمجلس الدولة مجموعة من التشكيلات الإدارية المهمة والتي تدير الجوانب الإدارية لمحاكم وهيئات مجلس الدولة وتقسم هذه التشكيلات إلى مجموعة من الأقسام يتم إدارتها من لدن الموظفين من ذوي الخبرة والاختصاص وعلى رأس كل قسم مدير إدارة ويتم الإشراف عليها من لدن السكرتير العام للمجلس وسكرتير الهيأة المتخصصة، وسنتناول هذا الفرع في البنود الأتى :

<sup>(</sup>١) . ينظر البند (ثاني عشر) من المادة(٧) قانون مجلس الدولة رقم(٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل.

البند الاول- السكرتير العام لمجلس الدولة:

نص القانون على" أن للمجلس سكرتير عام لا تقل درجته عن الدرجة الأولى حاصل على شهادة جامعية أولية في القانون يرتبط برئيس المجلس ويعاونه عدد من الموظفين ويتولى ما يأتي: أ- تنظيم مراسلات المجلس ومتابعة مواضيع اختصاص المجلس المنصوص عليها في المادتين (٥) وهي مجال التقنين والمادة(٦) وهي مجال الرأي والمشورة القانونية المعروضة على المجلس.

ب- الإشراف على تنظيم وتبويب قرارات المجلس و تهيئة أوليات القضايا المعروضة على الهيأة العامة ويكون مقرراً لها<sup>(١)</sup>.

ج-تسجيل مشروعات التشريعات والقضايا التي تحال على المجلس في سجل خاص وتدقيق توفر الشروط المنصوص عليها في المواد (0و 0و) من القانون ويبين ملاحظاته إلى الرئيس 0.

د- يتولى السكرتير العام الإشراف على التشكيلات الآتية :

التشريعات.
 الشؤون الإدارية والمالية و قسم مصادر التشريعات.

٢ قسم نظم المعلومات و قسم التدقيق والرقابة الداخلية.

٣- قسم إدارة المحكمة الإدارية العليا .

٤- قسم التخطيط والمتابعة و قسم التقاعد.

المكتب الفنى ومكتب رئيس المجلس.

وقد تخرج من رقابة وإشراف السكرتير العام للمجلس أقسام مهمة من تشكيلات مجلس الدولة

#### وهي :

١- أقسام إدارة محاكم القضاء الإداري في بغداد والمحافظات .

Y - أقسام إدارة محاكم قضاء الموظفين في بغداد والمحافظات  $(^{(7)})$ .

<sup>(</sup>١) . ينظر البند (أولا) من المادة (٣) قانون مجلس الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل.

<sup>(</sup>٢) . ينظر البند (ثانيا) من المادة (٣) قانون مجلس الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل.

<sup>(</sup>٣) . ينظر البندان(أولا، ثانيا) من المادة(١١) قانون مجلس الدولة رقم(٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل.

البند الثاني - سكرتير الهيئة المتخصصة:

يكون لكل هيأة من الهيئات المتخصصة سكرتير لا تقل درجته عن درجة مدير حاصل على شهادة جامعية أولية في القانون ويعاونه عدد من الموظفين . يتولى المهام الآتية :

أ-تسجيل مشروعات التشريعات والقضايا المحالة على الهيأة ويرفعها إلى الرئيس $^{(1)}$  .

ب-يوزع تقرير عضو الهيأة مع مشروع الرأي أو مشروع التشريع المنجز من أعضاء الهيأة على بقية الأعضاء تمهيداً للاجتماع لمناقشتها واتخاذ القرار (٢).

البند الثالث - مدير إدارة التشكيلات الإدارية:

ينص القانون على أن يدير التشكيلات المنصوص عليها في القانون ، موظف بعنوان مدير حاصل على شهادة جامعية أولية في الأقل في حقل الاختصاص ومن ذوي الخبرة ولديه خدمة لا تقل عن (٨) سنوات . ويتولى مدير الإدارة المهام الآتية :

- ١- مسك سجل الإعلام وختم المحكمة وسجل القرارات الصادرة من المحكمة وفتح
   باب المرافعة
- ٢- مسك سجل الدعاوى المحالة إلى المحاكم المختصة و تهيئة الدعاوى التي أفهم
   فيها ختام المرافعة وعرضها على رئيس المحكمة.
- ٣- تهيئة البريد الوارد إلى المحكمة وعرضه على رئيس المحكمة وإعداد الكتب والمخاطبات الرسمية الصادرة من المحكمة.
- ٤- تسليم قرارات الحكم الصادر من المحكمة إلى أطراف الدعوى ، وتصديق قرارات الحكم المكتسبة درجة البتات
  - وبط اللوائح التمييزية بأضابير الدعاوى وإرسالها إلى شعبة التمييز (٣).

ويلاحظ على قانون مجلس الدولة عدم تناوله الملاك الإداري والمالي لمجلس الدولة في الوقت الذي يوجد فيه هذا الملاك في المجلس وكذلك عدم تناوله للتشكيلات الإدارية والمالية

<sup>(</sup>١) . ينظر البند (أولا) من المادة(١٢) قانون مجلس الدولة رقم(٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل.

<sup>(</sup>٢) . ينظر البندان(أولا)و (ثانيا) من المادة(١٤) قانون مجلس الدولة رقم(٦٥) لسنة١٩٧٩ المعدل.

 <sup>(</sup>٣) . ينظر مؤيد أحمد إبراهيم محمد: بحوث في قضاء الموظفين ، ط١، مكتبة القانون والقضاء ، بغداد ،
 ٢٠١٦ ، ص٢٠.

للمجلس، فإن ذلك يعد نقصاً تشريعياً على المشرع معالجته، لان العمل الفني لا يمكن القيام به بشكل سليم من دون أن يدعمه ملاك مالي وإداري يتمتع بالخبرة والكفاءة .

## المبحث الثاني: اختصاصات مجلس الدولة

يختص مجلس الدولة بوظائف القضاء الإداري والإفتاء والصياغة وإعداد ودراسة وتدقيق مشروعات القوانين وإبداء الرأي في الإمور القانونية لدوائر الدولة والقطاع العام<sup>(١)</sup>، في ضوء السياسة التشريعية للدولة ، ولذلك سنتناول هذا المبحث في مطلبين نخصص الاول : لاختصاصات مجلس الدولة الاستشارية ونخصص الثاني : لاختصاصات المجلس القضائية ، وكالآتى:

## المطلب الأول: اختصاصات مجلس الدولة الاستشارية

أن مهمة الصياغة التشريعية ومراجعة مشروعات القوانين والأنظمة المعدة من وزارات الدولة وهيئاتها المختلفة لابد أن تعهد إلى جهة تتكون من مختصين من رجال القانون لديهم الخبرة العملية والفنية اللازمة، إذ لابد من أن تعمل هذه الجهة على تحقيق الترابط والتضامن بين مختلف القوانين والأنظمة وإذاكان دور الصياغة يتمثل في الإفصاح عن مفهوم معين سبق اختياره فإن مدى دقة تحديد هذا المفهوم تحديداً مانعاً جامعاً كالتعريف المنطقى لا شك له تأثير على هذا المفهوم نفسه ، وفي سبيل ذلك يمارس مجلس الدولة في لأداء دوره الاستشاري، اختصاصات في مجال التقنين والرأي والمشورة القانونية ، ولذلك سنتناول هذا المطلب في فرعين وكالاتي:

## الفرع الأول: دور المجلس في مجال التقنين

إذ كانت الصياغة التشريعية تعني التعبير القانوني الذي يضع حكماً يتسع لسلطة تقدير من يتولى تطبيق القاعدة القانونية التي لا تعطى صورة ثابتة ومحددة غير قابلة للتغير بحيث يعطى

<sup>(</sup>١) . ينظر المادة(٤) قانون مجلس الدولة رقم(٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل.

للقاضي حرية إبداء الرأي وإعطاء الحلول لكل حالة طبقاً لظروفها وتحقق الغرض منها<sup>(۱)</sup>. فإنها تعد من الأمور المهمة لمشروعات القوانين والتشريعات الفرعية (النظم والتعليمات) ، إذ تسهم دقة الصياغة في ديمومة التشريع وبقائه ، بخلاف ذلك يؤدي إلى تعرضه للتعديلات والتفسيرات التي تؤدي الى ضياع مضمونه الحقيقي وغايته الأساسية التي أرادها المشرع ، ، لذلك يعهد بمهمة الصياغة التشريعية إلى متخصصين أكفاء من الخبراء في القانون (۱)، وبناءً على ذلك يمارس مجلس الدولة بموجب المادة (۵) من القانون في مجال التقنين الاختصاصات الآتية:

أولا- الإعداد والصياغة: يمارس المجلس إعداد وصياغة مشروعات التشريعات المتعلقة بالوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة بطلب من الوزير المختص أو الرئيس الأعلى للجهة غير المرتبطة بوزارة بعد أن يرفق بها ما يتضمن أسس التشريع المطلوب من جميع أولياته وآراء الوزارات أو الجهات ذات العلاقة (٣). ونلاحظ أن وهذا المسلك من المشرع العراقي كان بسبب الفرق بين الصياغة والإعداد اذ أن الصياغة هي مجرد إفراغ الحكم المقترح في العبارة السليمة دون لبس أو غموض أو نقص، أما الإعداد فإنه يتعدى إلى تقديم الحلول الموضوعية فهو إسهام في إعداد التشريع وهذا ما جعل المشرع يُّلزم الوزارات أو الجهات غير المرتبطة بوزارة في اللجوء إلى مجلس الدولة في مهمة الإعداد و الصياغة التشريعية وبصورة إلزامية.

ثانياً - التدقيق: يدقق المجلس جميع مشروعات التشريعات المعدة من الوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة من حيث الشكل والموضوع على النحو الآتي :

أ-تلتزم الوزارة المختصة أو الجهة غير المرتبطة بوزارة بإرسال مشروع التشريع الى الوزارة أو الوزارات أو الجهات ذات العلاقة لبيان رأيه فيه قبل عرضه على المجلس.

ب-يرسل مشروع التشريع الى المجلس بكتاب موقع من الوزير المختص أو الرئيس الأعلى للجهة غير المرتبطة بوزارة مع أسبابه الموجبة وأراء الوزارات أو الجهات ذات العلاقة مشفوعة

<sup>(</sup>۱) ينظر حسين مرزة الحسيني: دور مجلس شورى الدولة في الصياغة التشريعية والتنظيمية، محكمة القضاء الإداري ومجلس الانضباط العام، اللقاء القضائي العراقي حول النظام القضائي في العراق ، واقع وآفاق ، المملكة الأردنية الهاشمية ، ٢-٤ أكتوبر، ٢٠٠٤. ، ص٣.

<sup>(</sup>٢) . ينظر د. محمد علي جواد : القضاء الاداري ، مكتبة الغفران للخدمات الطباعية ، بغداد، ٢٠١٠، ص٩٦.

<sup>(</sup>٣) . ينظر البند (أولا) من المادة(٥) قانون مجلس الدولة رقم(٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل.

بجميع الأعمال التحضيرية ، ولا يجوز رفعه الى ديوان الرئاسة مباشرةً الا في الأحوال التي ينسبها الديوان.

ج- يتولى المجلس دراسة المشروع وإعادة صياغته عند الاقتضاء واقتراح البدائل التي يراها ضرورية وإبداء الرأي فيه ورفعه مع توصيات المجلس الى ديوان الرئاسة وإرسال نسخة من المشروع وتوصيات المجلس الى الوزارة أو الجهة ذات العلاقة (١).

ومن خلال النص يتضح لنا أن استشارة مجلس الدولة حول تدقيق مشروعات التشريعات هي استشارة واجبة ، ويعد عدم القيام بها عيباً في الإجراءات إذ يعد العمل سواء أكان قانوناً أم قراراً غير مشروع وحقيقاً بالإلغاء إذا كان قراراً وغير دستوري إذا كان قانوناً ، وذلك بوصفه إجراء من الإجراءات الجوهرية التي فرضها القانون ، الا أن المجلس لا يمارس دوره بإعداد وصياغة التشريعات إلا إذا طلبت إليه الوزارة أو الجهة غير المرتبطة بوزارة ، على أن تعمل هذه الجهات على تزويد المجلس بأسس التشريع المطلوب مع جميع الأوليات وآراء الوزراء أو الجهات ذات العلاقة إذ يفترض إنها أعرف من غيرها بالغايات التي يستهدفها المشرع وألصق بالمشاكل المعينة بالحل وبالفراغ الذي أظهره التطبيق العملى للتشريع النافذ، لذلك ألزم القانون الجهات التي تطلب من المجلس إعداد وصياغة مشروع التشريع أن يزود المجلس بأسس التشريع المطلوب مع جميع الأوليات وآراء الوزارات أو الجهات ذات العلاقة ، وأن المهام الرئيسة التي يباشرها مجلس الدولة في مجال الصياغة التشريعية هو إبداء الرأي في جميع مشروعات القوانين وتدقيقها من حيث الشكل والموضوع ويمارس المجلس في سبيل تحقيق ذلك صلاحيات واسعة فبعد دراسة مشروع التشريع يستطيع المجلس إعادة صياغته عند الاقتضاء بما يتجاوز الناحية الفنية أو الصياغة اللفظية المجددة اذ يستطيع إدخال البدائل التي يراها ضرورية وإدخال أحكام جديدة وأخيراً يستطيع المجلس إبداء الرأي في المشروع المراد من حيث تأييد تشريعه أو الإيصاء بعدم تشريعه لمخالفته للسياسة التشريعية للدولة أو لعدم

<sup>(</sup>١) . ينظر البند (ثانيا) من المادة(٥) قانون مجلس الدولة رقم(٦٥) لسنة١٩٧٩ المعدل.

وجود الأسباب التي توجب تشريعه كقصور الأحكام التي يتضمنها عند معالجة المشكلة المعينة بصورة جذرية (١٠).

ثالثاً - ضمان وحدة التشريع: يسهم المجلس في ضمان وحدة التشريع وتوحيد أسس الصياغة التشريعية وتوحيد المصطلحات و التعابير القانونية (٢).

رابعاً – تقديم تقرير دوري إلى ديوان الرئاسة: تقدم هيأة الرئاسة في المجلس كل ست أشهر وكلما رأت ذلك إلى ديوان الرئاسة (مجلس الوزراء) تقريراً متضمناً ما أظهرته الأحكام أو البحوث من نقص في التشريع القائم أو غموض فيه أو حالات إساءة استعمال السلطة من أية جهة من جهات الإدارة أو مجاوزة تلك الجهات لسلطتها (٣).

وإذا كان المشرع العراقي قد منح مجلس الدولة صلاحية البحث في موضوع التشريع وهي مهمة لم يمنحها المشرع المصري الى مجلس الدولة رغم عراقته (<sup>1)</sup>، الا أنه نأمل من المشرع أن يضع نصاً في قانون المجلس: ( يخص بموجبه مجلس الدولة بتدوين وصياغة مشروعات التشريعات من القوانين وأنظمة و أنظمة داخلية وتعليمات، ولا تتم مناقشة أي مشروع تشريع أو نشره في الجريدة الرسمية ما لم يكن مدققاً من مجلس الدولة).

الفرع الثاني: دور المجلس في مجال الرأي والمشورة القانونية

يؤدي مجلس الدولة دوراً هاماً أخر هو إبداء الرأي وتقديم المشورة القانونية للجهات الإدارية التي تطلبها لأهميته في حسن سير العمل الإداري وتنظيمه ، فالأصل هو حرية الجهات الإدارية في الرجوع إلى المجلس لأخذ رأيه الاستشاري أو عدم الرجوع إليه لاستطلاع رأيه في أمر من الأمور قبل البت فيه ولا يستثنى من ذلك إلا الأمور التي يرد بشأنها نص ، ولذلك سنتناول في هذا الفرع اختصاصات المجلس الاستشارية والقيود الوارده عليها ، في البنود الآتية:

(٢) . ينظر البند (ثالثا) من المادة(٥) قانون مجلس الدولة رقم(٦٥) لسنة١٩٧٩ المعدل.

<sup>(1).</sup> ينظر د. منذر الشاوي: وزارة العدل، المسيرة والإنجاز، مصدر سابق، ص١١٨.

<sup>(</sup>٣) . ينظر البند (رابعاً ) من المادة(٥) قانون مجلس الدولة رقم(٥٦) لسنة١٩٧٩ المعدل.

 <sup>(</sup>٤) . ينظر د. مازن ليلو راضي : أصول القضاء الإداري ، ط٣، مكتبة الغفران للطباعة ، بغداد ، ٢٠١٦،
 ص١١٩.

البند الأول - اختصاصات المجلس في المشورة القانونية: لقد بينت المادة(٦) من قانون مجلس الدولة اختصاص المجلس في مجال الرأي والمشورة القانونية ، على النحو الأتى : أولا - إبداء المشورة القانونية في المسائل التي تعرضها عليه الجهات العليا ، وهذه الجهات

هي ديوان رئاسة الجمهورية ومجلس الوزراء .

ثانياً إبداء المشورة القانونية في الاتفاقيات والمعاهدات الدولية قبل عقدها أو الانضمام إليها(١). قد تدخل الوزارات أو الجهات غير المرتبطة بوزارة (كالبنك المركزي العراقي وديوان الرقابة المالية ) في مفاوضات بعد موافقة مجلس الوزراء مع دول أو منظمات دولية أو إقليمية لغرض التوصل الى تفاهم حول مشروع معاهدة أو اتفاقية أو الانضمام إليها ، ففي هذه الحالة يختلف اختصاص مجلس الدولة من حيث اتصاف المعاهدة أو الاتفاقية بالصفة الدولية من

-اتصافها بالصفة الدولية: اذا كانت الاتفاقية أو المعاهدة تخضع لأحكام القانون الدولي حسب نصوص قانون عقد المعاهدات الدولية والتي جاء فيه: (تعرض الجهات المختصة مشروع المعاهدة قبل التفاوض في شأن عقده لفترة مناسبة على مجلس الدولة لإبداء المشورة القانونية بشأنها وتعرض على وزارة الخارجية لدراستها وإبداء الرأى فيها $^{(7)}$ .

وبناء على ذلك فان مجلس الدولة يتولى تدقيق مشروع الاتفاقية أو المعاهدة قبل عقدها ، وللمجلس إعادة صياغة المشروع من الناحيتين الشكلية والموضوعية بعد مراعاة أحكام الدستور والقوانين النافذة ، بعدها يكون المشروع أساساً للتفاوض تمهيداً للتوقيع عليه ، ويتولى المجلس كذلك إعداد مشروع قانون التصديق على مشروع الاتفاقية وأسبابه الموجبة بعد حصول موافقة مجلس الوزراء ويتولى المجلس إبداء المشورة القانونية في المعاهدات والاتفاقيات الدولية الداخلة حيز النفاذ ، قبل الانضمام إليها وبعد مراعاة أحكام الدستور والقوانين النافذة .

عدم اتصافها بالصفة الدولية: أن الاتفاقيات والبروتوكولات التي تعقد بين المؤسسات العراقية والمؤسسات الدولية المناضرة لها ، لا يختص مجلس الدولة بإبداء المشورة القانونية

<sup>(</sup>١) . ينظر البندان (أولاً)و (رابعاً ) من المادة(٦) قانون مجلس الدولة رقم(٦٥) لسنة١٩٧٩ المعدل.

<sup>(</sup>٢) ينظر البند(١)من المادة(٤) من قانون عقد المعاهدات رقم(١١١)لسنة ١٩٧٩، المنشور في الوقائع العراقية، العدد ٢٧٣١ في ١٩٨٩/٩/٧.

بصددها، وإنما يكفي لعقدها الحصول على موافقة مجلس الوزراء عليها ، وذلك لعدم اتصافها بالصفة الدولية .

ومن الملاحظ في هذا الصدد أن اتجاه قانون مجلس الدولة في المادة (٦/ثانياً) كان غير موفق ، لأنه من الضروري إخضاع تلك الاتفاقيات غير الدولية لتدقيق مجلس الدولة وإبداء المشورة القانونية فيها قبل عقدها أو التوقيع عليها فهي تحتاج إلى التدقيق من الناحيتين الشكلية والموضوعية ، وهذا ما أثبته الواقع العملي ، في تطبيق نص المادة أعلاه والذي جاء فيه: (إبداء المشورة القانونية في الاتفاقيات والمعاهدات الدولية قبل عقدها أو الانضمام إليها)، لذلك نرى من الأدق أن يكون نص المادة كالأتي: (إبداء المشورة القانونية في الاتفاقيات والمعاهدات الدولية قبل التفاوض بشأنها أو عقدها أو الانضمام إليها أو المصادقة عليها) ، لكي تكون أكثر دقة وشمولاً لجميع الاتفاقيات والبروتوكولات المتمتعة بالصفة الدولية وغيرها (١).

ثالثاً – الاحتكام إلى المجلس: للمجلس إبداء الرأي في المسائل المختلف فيها بين الوزارات أو بينها وبين الجهات غير المرتبطة بوزارة إذا احتكم أطراف القضية الى المجلس ويكون رأي المجلس ملزماً له (٢).

وفي الواقع العملي يشترط موافقة الوزيرين أو رئيس الجهة غير المرتبطة بوزارة بشكل تحريري قبل النظر في الموضوع المراد تحكيم المجلس فيه ، وعلى الرغم من أن الاحتكام يؤدي إلى الاقتصاد بالوقت والجهد والنفقات والإجراءات ، الا انه يلاحظ قلة حالات الاحتكام إلى المجلس ، ونعتقد أن سبب ذلك هو يرجع الى ابتعاد الجهات الإدارية عن كل الالتزامات التي يمكن أن تأتي بالضد من توجهاتها وآرائها في القضية المراد تحكيم المجلس فيها .

رابعا – التردد: للمجلس إبداء الرأي في المسائل القانونية اذا حصل تردد لدى إحدى الوزارات أو الجهات غير المرتبطة بوزارة، على أن تشفع برأي الدائرة القانونية فيها مع تحديد النقاط المطلوب إبداء الرأي بشأنها والأسباب التي دعت إلى عرضها على المجلس يكون رأيه ملزما

<sup>(</sup>١) . ينظر د. عصمت عبد المجيد بكر : مجلس شورى الدولة ، مصدر سابق ، ص ١٩.

<sup>(</sup>٢) . ينظر البند (ثالثاً ) من المادة(٦) قانون مجلس الدولة رقم(٦٥) لسنة١٩٧٩ المعدل.

للوزارة أو للجهة طالبة الرأي،وهذا الاختصاص قد تم إلغائه بموجب قانون مجلس الدولة رقم(٧١) لسنة٧١٠ الحالي(١).

خامساً – توضيح الأحكام القانونية: للمجلس توضيح الأحكام القانونية عند الاستيضاح عنها من إحدى الوزارات أو الجهات غير المرتبطة بوزارة (٢). في هذه الحالة لا يكون رأي المجلس ملزماً للطرف المستوضح الا أن هذا الرأي يكون له إلزاماً أدبياً يجنب المستوضح المسؤولية عند تطبيق القانون فقد جرى العمل في الجهات طالبة الاستيضاح على الالتزام برأي المجلس، وفي كل ذلك يشترط القانون على إنه لا يجوز لغير الوزير المختص أو رئيس الجهة غير المرتبطة بوزارة عرض القضايا على المجلس (٣). وفي ذلك نجد أن المشرع العراقي قد نظم الاستشارة في ثلاث حالات وهي كالأتي:

أولاً: - الاستشارة الاختيارية من دون إلزام برأي المجلس من لدن الجهة المستشيرة: وهذه الاستشارة تتمثل في حرية الجهة الإدارية في اللجوء إلى مجلس الدولة ابتداء لأخذ رأيه في مسألة من المسائل مع عدم إلزام القانون الجهة المستشيرة الأخذ بالرأي الاستشاري. كالمسائل التي تعرضها عليها الجهات العليا كالمسائل الدولية والدستورية والتشريعية وغيرها من المسائل القانونية التي تحال إليها بسبب أهميتها من هذه الجهات.

ثانياً: الاستشارة الاختيارية مع إلزام الجهة المستشيرة برأي المجلس: يكون للجهة المستشيرة الحرية الكاملة في اللجوء إلى مجلس الدولة لاستشارته مع إلزام الجهة المستشيرة بالرأي الاستشاري، هذه الحالة الاستشارة التي يقدمها المجلس التي تنطوي على حل يحسم النزاع الذي ينشأ بين الوزارات أو هيئاتها وبين الجهات غير المرتبطة بوزارة، اذا احتكم أطراف القضية لديه وفي حالة إعطاء المجلس للاستشارة فإنها تكون ملزمة لأطراف النزاع ولا يحق لهم مخالفة رأي المجلس، اذ بموجب القواعد العامة على الإدارة احترام ما يفرضه القانون إذ لا

<sup>(</sup>۱). ينظر المادة(٥) من قانون مجلس الدولة رقم(٧١) لسنة٢٠١٧ والتي جاء فيها (تسري أحكام قانون مجلس شورى الدولة رقم(٦٥) لسنة ١٩٧٩ وتعديلاته باستثناء الفقرة (رابعا) من المادة (٦) منه على مجلس الدولة المنصوص عليه في المادة (١) من هذا القانون .)

<sup>(</sup>٢) . ينظر البند (خامسا) من المادة (٦) قانون مجلس الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل.

<sup>(</sup>٣) . ينظر البند (سادسا) من المادة(٦) قانون مجلس الدولة رقم(٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل.

تملك سلطة تقديرية بل سلطتها مقيدة وان وعدم الالتزام بالرأي الاستشاري للمجلس يعني ارتكاب الإدارة مخالفة قانونية ولذوي الشأن اللجوء إلى القضاء للطعن في تصرف بالامتناع عن الأخذ برأي المجلس وامتناع الإدارة يعد قراراً إدارياً ضمنياً يمكن الطعن به أمام القضاء.

ونرى أن اتجاه المشرع العراقي في جعل الاستشارة ملزمة في مجال التحكيم وإبداء الرأي كان موفقاً اذ أن هذا الالتزام يجعل للرأي الاستشاري قيمة قانونية وضمانه لحقوق الآخرين ، وذلك لأنه في حالة عدم وجود هذا الالتزام بالرأي الاستشاري فأن جهة الإدارة تكون حرة في مخالفتها لهذا الرأي ومن ثم بقاء الخلاف في الرأي قائماً من دون حل يفرض من جهة محايدة حددها القانون ، لذلك على الأطراف المحتكمة إلى المجلس في تفسير نص أن تلتزم بما ينتهي إليه المجلس من رأي سواء لصالحها أم ضدها.

ثالثاً – الاستشارة الإلزامية: أن الاستشارة الإلزامية تعني أنه يحتم على الإدارة ضرورة أخذ رأي المجلس مقدماً في مسألة من المسائل وهذا الالتزام يكون مفروضاً بنص القانون ، فإن قانون مجلس الدولة العراقي لم يورد نصاً يلزم الإدارة باللجوء إلى المجلس لأخذ رأيه إذ أن الأصل حرية الإدارة في اللجوء إلى المجلس لأخذ رأيه في مسألة من المسائل القانونية إلا أن قانون عقد المعاهدات قد نص على أن: (تعرض الجهات المختصة مشروع المعاهدة قبل التفاوض في شأن عقده لفترة مناسبة على مجلس الدولة لإبداء المشورة القانونية بشأنها وتعرض على وزارة الخارجية لدراستها وإبداء الرأي فيها) (1).

أما قانون مجلس الدولة العراقي فقد نص على أن: (ابداء المشورة القانونية في الاتفاقيات والمعاهدات الدولية قبل عقدها أو الانضمام إليها) (٢). فيبدي رأيه في مدى انسجام نصوصها مع النظام القانوني للدولة أو تعارضها معه ، وبما أن النص الوارد في قانون عقد المعاهدات هو نص خاص والنص في قانون مجلس الدولة هو نص عام والخاص يقيد العام، ومن ثم يجب العمل بالنص الوارد في قانون عقد المعاهدات الذي يلزم الإدارة باللجوء إلى المجلس قبل عقد المعاهدة أو الانضمام إليها وقبل التفاوض ، فيكون المشرع العراقي قد أورد حالة من حالات

-

<sup>(1).</sup> ينظر المادة البند(۱) من المادة (٤) من قانون عقد المعاهدات رقم( ١١١) لسنة ١٩٧٩، المنشور في الوقائع العراقية، العدد ٢٧٣١ في ١٩٨٩/٩/٧.

<sup>(</sup>٢) . ينظر البند (ثانياً) من المادة(٦) من قانون مجلس الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل.

الاستشارة الوجوبية ولكنه لم يجعل من رأي المجلس في هذا الخصوص ملزماً للجهة الإدارية المستشيرة ونظراً لكون عقد المعاهدات من المسائل الهامة في سياسة الدولة فقد أكد المشرع على وجوب أخذ رأي المجلس في هذا الأمر بخلافه يكون عملها غير مشروع نظراً لمخالفته ما تطلبه القانون وهو أخذ رأي المجلس مقدماً ومن ثم يكون قرارها معيباً في شكله.

## البند الثاني – القيود الواردة على اختصاصات مجلس الدولة:

منعت المادة ( $\Lambda$ ) من القانون المجلس من إبداء الرأي والمشورة القانونية في القضايا المعروضة على القضاء وفي القرارات التي لها مرجع قانوني للطعن فيها . وقد ثار خلاف فقهي حول المقصود بتعبير ( مرجع قانوني للطعن ) الواردة في المادة أعلاه فقد ذهب رأي الى إن تعبير المرجع القانوني للطعن تعني المرجع قضائي ( $\Gamma$ ). وفي اتجاه أخر ذهب رأي الى أنه لا يعني المرجع القضائي اذ لا محل لتخصيص المرجع ( بالمرجع القضائي ) $\Gamma$ ). وفي جانب أخر استقرت أحكام محكمة القضاء الإداري على رد الدعاوى المتعلقة بقرارات إدارية إذا حدد القانون مرجع للطعن بها $\Gamma$ ). وقد بين رئيس محكمة القضاء الإداري في العراق في مذكرته التحريرية في 0/0/1 و وقد بين رئيس محكمة القضاء الإداري في العراق أو قضائياً ، فالمرجع قد يحرم المواطن من طلب الحماية المرجع قد يكون أدارياً أو قضائياً ، فالمرجع الإداري قد يحرم المواطن من طلب الحماية القضائية ، لأن المرجع يشكل من الموظفين التابعين الى الدائرة ذاتها ، التي أصدرت الأمر المطعون فيه ، وإن قضاء مجلس الدولة المصري قد استقر على قصر المرجع على المرجع

(١) . ينظر. د. ماهر صالح علاوي : الرقابة على تحقق النفع العام في قرارات الإستمالاك ، مجلة العلوم الإدارية ، عدد (١) ، مجلد(١٠)، ١٩٩٤، ص٧٩-٨٠.

<sup>(</sup>٢) . ينظر د. غازي فيصل مهدي : الحدود القانونية لسلطة محكمة القضاء الاداري في العراق ، مجلة العدالة ، العدد(٢) ، بغداد ، ٢٠٠١ ، ص٨٩ الهامش .

<sup>(</sup>٣) . ينظر حكم محكمة القضاء الإداري رقم ١٤١/ إداري / تمييز/ ٢٠١٣ في ٢٠١٣/١٢/٣٠ ، خميس عثمان خليفة الهيتي : المرشد لقرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة ، ط٢، مكتب زاكي ، بغداد ، ٢٠١٦ ، ص ٢٥١، وكذلك قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم (٢٦ / اتحادية/ تمييز/٢٠١٧) في ٢٠١٨ ) أحكام وقرارات المحكمة الاتحادية العليا لعام ٢٠١٢ ، مجلة التشريع والقضاء ، المجلد ٥ ، ٢٠١٣ ، ص ٢٠١٨ – ٢٠١٩

القضائي ، لذلك نؤيد ما ذهب إليه رأياً في الفقه الى اقتراح تعديل النص القانوني أعلاه فيما يخص تعبير المرجع القانوني ليقتصر المرجع على الجهة القضائية أو هيأة يرأسها قاض ) (1). الفرع الثانى : سير العمل في مجلس الدولة عند أداءه لاختصاصاته الاستشارية :

حدد قانون مجلس الدولة الإجراءات التي يتبعها المجلس في أدائه لدوره الاستشاري بعد تسجيل مشروعات التشريعات والقضايا لدي سكرتير عام المجلس واستكمال نواقصها من لدن الجهات ذات العلاقة ، يحيل الرئيس مشروعات التشريعات والقضايا المعروضة على المجلس اليهات أو الى هيأة خاصة تؤلف بموافقة رئيس مجلس الدولة ، لدراستها وإبداء الرأي فيها $^{(7)}$ . يحيل رئيس الهيأة المتخصصة مشروع التشريعات أو القضية مع الأوليات الى عضو أو أكثر من أعضاء الهيأة لدراستها وإعداد تقرير عن الموضوع مع مشروع التشريع أو الرأي $^{(7)}$ . ولعضو الهيأة المكلف بدراسة موضوع القضية أو مشروع التشريع وفي سبيل ذلك طلب حضور ممثل عن الجهة ذات الشأن لاستكمال المعلومات على أن يكون بدرجة مدير عام لمناقشتها واتخاذ القرار، ويجوز للهيأة أن تدعو ممثل الجهة أو الجهات ذات الشأن للحضور لمناقشتها واتخاذ القرار، ويجوز للهيأة أن تدعو ممثل الجهة أو الجهات ذات الشأن للحضور المناقشة المشروع $^{(9)}$ . وبعد أداء الهيأة لمهمتها يحال ما تنجزه الهيأة ، في مجال المشورة المناقشة الملريس وعند موافقته عليه يصبح نهائياً ، أما اذا كان للرئيس وأياً يخالف رأي الهيأة المتخصصة فيعيده إليها وعندئذ تعقد اجتماعاً برئاسته ، فإذا صدر قراراها بالاتفاق يصبح نهائياً، والا فللرئيس إحالة القضية على الهيأة العامة أو الموسعة المؤلفة من الهيأة المتخصصة ذات العلاقة وهيأة متخصصة أخرى يعينها الرئيس ، وتنعقد الهيأتان برئاسته ويصدر القرار النهائي العلاقة وهيأة متخصصة أخرى يعينها الرئيس ، وتنعقد الهيأتان برئاسته ويصدر القرار النهائي

<sup>. .</sup> ينظر د. عصمت عبد المجيد بكر : مجلس شورى الدولة ، مصدر سابق ، - 79 .

<sup>(</sup>٢) . ينظر البنود (أولا وثانياً وثالثا) من المادة(١١) قانون مجلس الدولة رقم(٦٥) لسنة١٩٧٩ المعدل .

<sup>(</sup>٣) . ينظر البند (ثانيا) من المادة(١٢) قانون مجلس الدولة رقم(٥٦) لسنة١٩٧٩ المعدل.

<sup>(</sup>٤) . ينظر المادة(١٣) قانون مجلس الدولة رقم(٦٥) لسنة١٩٧٩ المعدل.

<sup>(</sup>٥) . ينظر البندان (أولا و ثانياً ) من المادة(١٤) قانون مجلس الدولة رقم(٦٥) لسنة١٩٧٩ المعدل.

بالاتفاق أو بالأكثرية وإذا تساوت الأصوات فيرجح الجانب الذي معه الرئيس ، ومن ثم يعد عضو الهيأة خلاصة بالمبدأ الذي تضمنه القرار (١).

أما في مجال مشروعات القوانين يحيل رئيس المجلس ما تنجزه احد الهيئات أو الهيأة الخاصة من مشروعات القوانين على الهيأة العامة لمناقشة المبادئ التي تضمنها مشروع القانون، بحضور ممثل الجهة أو الجهات ذات الشأن ، عند الاقتضاء أو بناء على توصية الهيأة المكلفة بدراسة المشروع وتترك صياغته للهيأة المكلفة به ابتداء ، وللرئيس إحالة القضية على الهيأة العامة في الأحوال الآتية:

- ١- إذا أقرت إحدى الهيئأت مبدأ جديداً.
- ٧- إذا كان للمجلس رأى سابق يخالف الرأى الجديد.
  - إذا أوصت الهيأة المكلفة بدراسة القضية بذلك .
- ٤- إذا رأي رئيس المجلس أن القضية ذات أهمية أو تشكل مبدأ مهماً .

وفي جميع هذه الحالات تتخذ الهيأة العامة قراراتها بأغلبية عدد الأعضاء الحاضرين وإذا تساوت الأصوات يرجح الجانب الذي فيه الرئيس<sup>(۲)</sup>. ولرئيس المجلس أن يطلب من الهيأة العامة إعادة النظر في قراراها مع بيان الأسباب الموجبة لذلك ، وله في هذه الحالة أن يرأس الهيأة العامة ، ويصبح القرار المعترض عليه نهائياً اذا صدر بأغلبية عدد أعضاء الهيأة العامة (٣).

المطلب الثاني: اختصاصات مجلس الدولة القضائية

يظهر الدور القضائي لمجلس الدولة في بالاختصاصات التي تتولاها كل محاكم قضاء الموظفين ومحاكم القضاء الإداري والمحكمة الإدارية العليا والتي سبق بيان تكوين كل منها ولذلك سنتناول اختصاص كل منها بشكل مفصل في الفروع الآتية:

<sup>(</sup>١) . ينظر البندان (أولا و ثانيا ) من المادة(١٥) قانون مجلس الدولة رقم(٦٥) لسنة١٩٧٩ المعدل.

<sup>(</sup>٢) . ينظر البندان (أولا و ثانيا وثالثا ) من المادة(١٧) قانون مجلس الدولة رقم(٦٥) لسنة١٩٧٩ المعدل.

<sup>(</sup>٣) . ينظر المادة(١٨) من قانون مجلس الدولة رقم(٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل.

الفرع الأول: اختصاص محاكم قضاء الموظفين

لقد بينا بأنه قد حلت محاكم قضاء الموظفين محل مجلس الانضباط العام الذي كان يمارس اختصاصاته القضائية قبل صدور قانون التعديل الخامس رقم (١٧) لسنة ٢٠١٣ لقانون مجلس الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل ، بموجب قوانين سابقة هي قانون الخدمة المدنية رقم(٢٤) لسنة ١٩٦٩ المعدل ، وقانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم(١٤) لسنة ١٩٩١ المعدل ، وبعد صدور قانون التعديل الخامس سالف الذكر فقد حددت اختصاصات محاكم قضاء الموظفين بموجب قانون مجلس الدولة اذ جاء فيه :" تختص محاكم قضاء الموظفين بالفصل في المسائل الآتية :

1- النظر في الدعاوى التي يقيمها الموظف على دوائر الدولة والقطاع العام في الحقوق الناشئة عن قانون الخدمة المدنية أو القوانين و الأنظمة التي تحكم العلاقة بين الموظف وبين الجهة التي تعمل فيها .

Y - النظر في الدعاوى التي يقيمها الموظف على دوائر الدولة والقطاع العام للطعن في العقوبات الانضباطية المنصوص عليها في قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم(١٤) لسنة ١٩٩١ المعدل "(١). وبناء على ذلك فإن محاكم قضاء الموظفين تمارس اختصاصها في مجالين رئيسين هما كالأتى :

المجال الأول – اختصاص محكمة قضاء الموظفين النظر في الدعاوى الانضباطية :

لقد حدد قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم (١٤) لسنة ١٩٩١ المعدل ، واجبات الموظف ، والعقوبات التي يجوز فرضها عليه وآثارها ، وإجراءات فرضها ، وطرق الطعن فيها<sup>(٢)</sup>. وبناء على ذلك فقد اختصت محاكم قضاء الموظفين بالنظر في الطعون التي

<sup>(</sup>١) . ينظر البند (تاسعاً/أ) من المادة(٧) قانون مجلس الدولة رقم(٥٦) لسنة ١٩٧٩ المعدل.

<sup>(</sup>٢). ينظر البند (ثانيا) من المادة(٢) قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام(١٤) لسنة ١٩٩١ المعدل، والتي تنص على انه: ( لا يخضع لأحكام هذا القانون منتسبوا القوات المسلحة وقوى الأمن الداخلي وجهاز المخابرات الوطني والقضاة وأعضاء الادعاء العام الا إذا وجد في قوانينهم نص يقضي بتطبيق أحكامه).

يقيمها الموظفين في دوائر الدولة والقطاع العام ضد العقوبات المفروضة عليهم وهي لفت النظر والإنذار وقطع الراتب والتوبيخ وإنقاص الراتب وتنزيل الدرجة والفصل والعزل(١).

وقد أوجبت المادة(٨) من قانون الانضباط على الوزير أو رئيس الدائرة تأليف لجنة تحقيقية من عضوين من ذوى الخبرة على أن يكون أحدهم حاصلا على شهادة جامعية أولية في القانون $^{(1)}$ . وتتولى التحقيق تحريرياً مع الموظف المخالف المحال عليها ، ولها في سبيل أداء مهمتها سماع وتدوين أقوال الموظف المحال ، والشهود والاطلاع على جميع المستندات والبيانات التي ترى ضرورة الاطلاع عليها ، وتحرير محضراً تثبت فيه ما اتخذته من إجراءات وما سمعته من أقوال مع توصياتها المسببة ، إما بعدم مساءلة الموظف وغلق التحقيق أو بفرض إحدى العقوبات المنصوص عليها في هذا القانون ، وترفع كل ذلك إلى الجهة التي أحالت الموظف عليها (٣). وإذا رأت اللجنة أن فعل الموظف المحال عليها يشكل جريمة نشأت عن وظيفته أو ارتكبها بصفته الرسمية فيجب عليها أن توصى بإحالتها إلى المحاكم المختصة<sup>(٤)</sup>. وقد منح قانون الانضباط للوزير أو رئيس الدائرة بعد استجواب الموظف المخالف أن يفرض مباشرة عقوبات لفت النظر ، الإنذار ، وقطع الراتب ، من إحالته إلى لجنة تحقيقية<sup>(٥)</sup> .

ومن جانب أخر فقد منحت المادة(١٢) من قانون الانضباط للوزير سلطة فرض عقوبة لفت النظر أو الإندار أو قطع الراتب على الموظف الذي يشغل وظيفة مدير عام فما فوق عند إتيانه عملاً يخالف أحكام هذا القانون ، وإذا ظهر للوزير أن الموظف قد ارتكب فعلاً يستدعي عقوبة أشد مما مخول به، فعليه أن يعرض الأمر على مجلس الوزراء متضمناً الاقتراح بفرض العقوبة (٢٠).

(١) . ينظر المادة(٨) قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام(١٤) لسنة ١٩٩١ المعدل.

<sup>(</sup>٢) . ينظر البند(أولا)من المادة(١٠) من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام(١٤) لسنة ١٩٩١ المعدل.

<sup>(</sup>٣) . ينظر البند(ثانيا)من المادة(١٠) من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام(١٤) لسنة ١٩٩١ المعدل.

<sup>(</sup>٤) . ينظر البند (ثالثا)من المادة(١٠) من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام(١٤) لسنة ١٩٩١ المعدل.

<sup>(</sup>٥) . ينظر البند (ثالثا)من المادة(١٠) من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام(١٤) لسنة ١٩٩١ المعدل.

<sup>(</sup>٦) . ينظر البندان (أولاً وثانياً )من المادة(١٢) من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام(١٤) لسنة١٩٩١ المعدل.

وللموظف المشمول بأحكام هذه المادة الحق بالطعن في العقوبات المفروضة عليه أما محكمة قضاء الموظفين (¹).

ولمحاكم قضاء الموظفين عند النظر بقرارات فرض العقوبات الانضباطية لها أن تقرر المصادقة على قرار فرض العقوبة أو تخفيضها أو إلغائها ، إذ يشترط قبل تقديم الطعن أمام محكمة قضاء الموظفين على قرار فرض العقوبة التظلم من القرار أمام الجهة الإدارية التي أصدرته وذلك خلال (٣٠) ثلاثين يوماً من تأريخ تبليغ الموظف بقرار فرض العقوبة وعلى الجهة المذكورة البت بهذا التظلم خلال (٣٠) ثلاثين يوماً من تأريخ تقديمه وعند عدم البت فيه رغم انتهاء المدة يعد رفضاً للتظلم (٣٠) ويشترط أن يقدم الطعن لدى محكمة قضاء الموظفين خلال (٣٠) ثلاثين يوماً من تاريخ تبليغ الموظف برفض التظلم حقيقةً أو حكماً "ا. ويعد القرار غير (٣٠) ثلاثين يوماً من تاريخ تبليغ الموظف برفض التظلم حقيقةً أو حكماً "ا. ويعد القرار غير المطعون فيه خلال المدة القانونية التي حددها المشرع باتاً أنا. وعلى محكمة قضاء الموظفين عند النظر في الطعون أن تراعي أحكام قانون أصول المحاكمات الجزائية وبما يتلاءم وأحكام قانون اللانضباط وتكون جلساتها سرية (٥٠). ويجوز الطعن تمييزاً أمام المحكمة الإدارية العليا بقرارات محكمة قضاء الموظفين خلال (٣٠) ثلاثين يوماً من تأريخ التبلغ بها أو اعتبارها مبلغة (٢٠). ويكون قرار محكمة قضاء الموظفين غير المطعون فيه وقرار المحكمة الإدارية العليا مبلغة تنبي باتاً وملزماً (٥٠). وعلى المحكمة الإدارية العليا أن تمارس اختصاصات الصادرة نتيجة الطعن باتاً وملزماً (٥٠). وعلى المحكمة الإدارية العليا أن تمارس اختصاصات

\_

<sup>(</sup>١) . ينظر البندان(أولاً و ثانياً)من المادة(١٥) من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام(١٤) لسنة ١٩٩١ المعدل.

<sup>(</sup>٢). ينظر البندان(أولاً و ثانياً) من المادة (١٥) من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام (١٤) لسنة ١٩٩١ المعدل.

<sup>(</sup>٣) . ينظر البند(ثالثا)من المادة(١٥) من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام(١٤) لسنة ١٩٩١ المعدل.

<sup>(</sup>٤) . ينظر البند(رابعا )من المادة(١٥) من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام(١٤) لسنة ١٩٩١ المعدل.

<sup>(</sup>٥) . ينظر البنود(خامساً )من المادة(١٢) من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام(١٤) لسنة ١٩٩١ المعدل.

<sup>(</sup>٦) . ينظر البند(تاسعاً/أ-٢ ، ج)من المادة(٧) من قانون مجلس الدولة(٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل.

<sup>(</sup>٧) . ينظر البند(تاسعاً/ د)من المادة(٧) من قانون مجلس الدولة(٥٦) لسنة١٩٧٩ المعدل.

٣٨.

محكمة التمييز المنصوص عليها في قانون أصول المحاكمات الجزائية عند النظر في الطعن المقدم في قرارات محكمة قضاء الموظفين وبما يتلاءم مع أحكام هذا القانون<sup>(١)</sup>.

المجال الثاني - اختصاص محاكم قضاء الموظفين النظر في دعاوى الخدمة المدنية:

تختص محكمة قضاء الموظفين النظر في الدعاوى التي يقيمها الموظف على دوائر الدولة والقطاع العام في الحقوق الناشئة عن قانون الخدمة المدنية أو القوانين و الأنظمة التي تحكم العلاقة بين الموظف وبين الجهة التي تعمل فيها، وتتمثل موضوعات دعاوى الخدمة المدنية في المنازعات الخاصة بالطلبات التي يقدمها أصحاب الشأن بالتعيين والترفيع ومنح العلاوات والاستغناء عن الخدمة في فترة التجربة وإعادة الموظف إلى وظيفته السابقة ، وتشمل هذه المنازعات أيضاً القضايا الخاصة بالرواتب والمخصصات المستحقة للموظفين واحتساب القدم للترفيع بسبب الحصول على شهادات الاختصاص الجامعية أو اجتياز الدورات التدريبية ، واحتساب مدة ممارسة المهنة عند التعيين أو إعادة التعيين وتشمل كذلك المنازعات الناشئة عن تطبيق بعض قرارات مجلس قيادة الثورة المنحل ، والدعاوى المتعلقة بأجور المحاضرات للإضافية ومكافئات نهاية الخدمة وغيرها .

ولمحاكم قضاء الموظفين عند النظر في هذه المنازعات ولاية كاملة لا تقف عند مجرد إلغاء القرار فحسب وإنما لها أن تحكم بتعديل القرار المطعون فيه أو التعويض عن الأضرار التي ألحقها بالمدعي ، وعلى ذوي الشأن إقامة دعواهم أمام محكمة قضاء الموظفين في شؤون الخدمة المدنية خلال المدة المحددة قانوناً ، وبخلافه فقد لا تسمع الدعوى المقامة بخصوص شؤون الخدمة بعد مضي (٣٠) ثلاثين يوماً من تاريخ تبلغ الموظف بالأمر أو القرار المعترض عليه ، اذا كان داخل العراق و(٦٠) ستين يوماً إذا كان خارجه (٢٠). ويجوز الطعن تمييزاً أمام المحكمة الإدارية العليا بقرارات محكمة قضاء الموظفين خلال (٣٠) ثلاثين يوماً من تأريخ

 <sup>(</sup>١) . ينظر البند(سادسا)من المادة(١٥) من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام(١٤) لسنة ١٩٩١ المعدل.

<sup>(</sup>٢) . ينظر البند(تاسعاً/ب)من المادة(٧) من قانون مجلس الدولة(٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل.

التبلغ بها أو اعتبارها مبلغة (١). ويكون قرار محكمة قضاء الموظفين غير المطعون فيه وقرار المحكمة الإدارية العليا الصادرة نتيجة الطعن باتاً وملزماً (١). وعلى المحكمة الإدارية العليا أن تمارس اختصاصات محكمة التمييز المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية عند النظر في الطعن المقدم في قرارات محكمة قضاء الموظفين وبما يتلاءم مع أحكام هذا القانون ( $^{(7)}$ ).

ومن ذلك نخلص الى القول إذا كان التظلم من قرار فرض العقوبة أمام الجهة الإدارية التي أصدرته شرطا لازماً قبل إقامة الدعوى الانضباطية أمام محكمة قضاء الموظفين فإنه لا يعد كذلك قبل إقامة دعوى الخدمة المدنية أمام المحكمة ذاتها وإنما يمكن الطعن مباشرةً بالقرارات الناشئة عن حقوق الخدمة المدنية أمام محكمة قضاء الموظفين من دون تظلم.

## الفرع الثاني: اختصاص محاكم القضاء الإداري

تختص محاكم القيضاء الإداري بالفيصل في صحة الأوامر والقرارات الإدارية الفردية والتنظيمية التي تصدر عن الموظفين والهيئات في الوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة والقطاع العام التي لم يعين مرجع للطعن فيها بناء على طلب ذي مصلحة معلومة وحالة وممكنة، ومع ذلك فالمصلحة المحتملة تكفي إن كان هناك ما يدعو إلى التخوف من إلحاق الضرر بذوي الشأن<sup>(3)</sup>، وسنتناول هذا الفرع في البنود الآتية :

البند الأول – اختصاص محكمة القضاء الإداري بموجب قانون مجلس الدولة رقم (٦٥) لسنة ٩٧٩ المعدل:

بينت المادة (٧/خامساً) من القانون أسباب الطعن لدى محكمة القضاء الإداري في الأوامر والقرارات الإدارية بوجه خاص ما يأتى: -

١- أن يتضمن الأمر أو القرار خرقاً أو مخالفة للقانون أو الأنظمة أو التعليمات أو
 الأنظمة الداخلية.

<sup>(</sup>١) . ينظر البند(تاسعاً/أ-٢ ، ج)من المادة(٧) من قانون مجلس الدولة(٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل.

<sup>(</sup>٢) . ينظر البند(تاسعاً/ د)من المادة(٧) من قانون مجلس الدولة(٥٦) لسنة ١٩٧٩ المعدل.

 <sup>(</sup>٣) . ينظر البند(سادسا)من المادة(١٥) من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام(١٤) لسنة ١٩٩١ المعدل.

<sup>(</sup>٤) . ينظر البند(تاسعاً/ د)من المادة(٧) من قانون مجلس الدولة(٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل.

٢- أن يكون الأمر أو القرار قد صدر خلافاً لقواعد الاختصاص أو معيباً في شكله أو
 في الإجراءات أو في محله أو سببه.

٣- أن يتضمن الأمر أو القرار خطأ في تطبيق القوانين أو الأنظمة أو التعليمات أو الأنظمة الداخلية أو في تفسيرها أو إساءة أو تعسف في استعمال السلطة أو الانحراف عنها<sup>(١)</sup>. لقد أورد المشرع أوصاف عدة للقرار الإداري الذي تصدره السلطة الإدارية في العراق وفقاً لاختصاصها المحدد قانوناً كالأنظمة والتعليمات والأنظمة الداخلية أو المنشورات الداخلية ، ويعد في حكم الأمر أو القرار رفض أو امتناع الموظف أو الهيأة عن اتخاذ أمر أو قرار كان من الواجب عليها اتخاذه قانوناً (١).

البند الثاني- اختصاص محكمة القضاء الإداري بموجب القوانين الأخرى:

لقد صدرت في السنوات الأخيرة عدة قوانين وسع المشرع بمقتضاها من اختصاص محكمة القضاء الإداري فضلاً عن تلك المنصوص عليها في قانون مجلس الدولة فأصبحت كالأتي: -

- النظر في الطعون المتعلقة بمنح الجنسية $^{(7)}$ .

النظر في الطعون المقدمة من رؤساء وأعضاء مجالس المحافظات والأقضية والنواحي ومن المحافظين عند إنهاء عضويتهم لأى سبب<sup>(3)</sup>.

٣- النظر في الطعون المتعلقة بقرارات حل مجالس المحافظات والمجالس المحلية الأُخرَ (٥).

النظر في الطعون المتعلقة بشروط اعتماد المكاتب الاستثمارية والمختبرات في مجال حماية البيئة<sup>(۱)</sup>.

(٢) . ينظر البند(سادساً)من المادة(٧) من قانون مجلس الدولة(٥٦) لسنة ١٩٧٩ المعدل.

(٣). ينظر المادة (19) من قانون الجنسية العراقية رقم(٢٦) لسنة ٢٠٠٦ ، منشور في الوقائع العراقية العدد ( (7,7) ل (7,7) ) في (7,7).

(٤). ينظر البند (ثالثا/ المادة( ٦) والبند ( ثامنا / ٤ و٥ /المادة (٧) من قانون المحافظات غير المنتظمة في إقليم رقم(٢١) لسنة ٢٠٠٨ المعدل

(٥). ينظر البند (ثالثا) من المادة( ٦) من قانون المحافظات غير المنتظمة في إقليم رقم(٢١) لسنة ٢٠٠٨ المعدل .

<sup>(</sup>١) . ينظر البند(خامساً) من المادة(٧) من قانون مجلس الدولة(٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل.

- النظر بالطعون المقدمة في قرارات لجنة تعويض المتضررين لعدم تعيين قانون تعويض المتضررين رقم (٥) لسنة ٢٠٠٩ (٢).
- ٦- اختصاص محكمة القضاء الإداري في شؤون الخدمة الخاصة بضباط الشرطة وقوى الأمن الداخلي<sup>(٣)</sup>.
- اختصاص النظر في المخالفات التي تحصل في معاملات البيع خلافاً لنظام التسجيل العقاري إذا لم يكتسب التسجيل شكله النهائي (<sup>1)</sup>
- النظر بالطعن بقرار تضمين الموظف الصادر من الوزير أو رئيس الجهة غير المرتبطة بوزارة أو المحافظ  $^{(0)}$ .
- 9- النظر في حالة رفض طلب تأسيس (الجامعة أو الكلية أو المعهد) من قبل مجلس الوزراء فلطالب التأسيس حق التظلم (الدعوى) لدى محكمة القضاء الإداري خلال (٣٠) ثلاثين يوماً من تأريخ رفض الطلب<sup>(٦)</sup>.

ومن ذلك يكون المشرع العراقي قد اعتمد معيارين لتحديد اختصاص محكمة القضاء الإداري المعيار الأول: هو التحديد على سبيل الحصر في قانون مجلس الدولة. والثاني: إيراد الاختصاصات في القوانين الأُخرَ اعلاه وبذلك فأن المشرع قد أبقى على اختصاصات محكمة القضاء الإداري كما هي ولم يأتِ باختصاصات جديدة في قانون مجلس الدولة رقم (٧١) لسنة ٧٠١.

<sup>(</sup>۱). ينظر البند (سادسا) من المادة (٥)من تعليمات شروط اعتماد المكاتب الاستشارية والمختبرات في مجال حماية البيئة رقم (١) لسنة ٢٠١١)

<sup>(</sup>۲). ينظر قانون تعويض المتضررين المدنيين الذين فقدوا جزء من أجسادهم جراء ممارسات النظام البائد رقم (۵) لسنة 7.7.9 ، منشور في الوقائع العراقية العدد7.7.9 )

<sup>(</sup>٣). ينظر قرار محكمة القضاء الإداري رقم (٨١ / قضاء إداري/ ٢٠١١) في (٣٠ /٢٠١١ ) قرارات وفتاوى مجلس الدولة ٢٠١١ ، م ٣٢٤ .

<sup>(</sup>٤). ينظر قانون التسجيل العقاري رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١ المعدل

<sup>(</sup>٥). ينظر البند (أولا و ثانياً و ثالثاً) من المادة(٦) من قانون التضمين رقم(٣١) لسنة ١٠١٥.

<sup>(</sup>٦). ينظر الفقرة (ج) من البند(ثالثاً) من المادة(٦) من قانون التعليم العالي الاهلي(٢٥) لسنة ٦٠١٦، المنشور في الجريدة الرسمية الوقائع بالعدد(٢٠١٦) في ٢٠١٦/٩/١٩.

ونعتقد أن أساس ذلك ما يلاحظ من قصر اختصاص محكمة القضاء الإداري في النظر في النظر في الدعاوى الإدارية المتعلقة بالقرارات الإدارية فقط كان له ما يبرره عند صدور قانون التعديل الثاني لقانون مجلس الدولة رقم(٢٠١) لسنة ١٩٨٩ كون القضاء الإداري العراقي أنذاك قضاء حديث النشأة ولا يمكن إثقال كاهله بالمنازعات الإدارية كافة ، فإن الأمر قد اختلف في الوقت الحاضر ويعد مرور أكثر من عشرين عاماً على إنشاء القضاء الإداري في العراق وما حصل من تطورات إيجابية في الحياة السياسية والإدارية، وإن هذا الأمر يقتضي من المشرع العراقي توسيع اختصاص محاكم القضاء الإداري ليشمل اختصاص النظر بالمنازعات الإدارية الأخر، ومن ذلك الدعاوى المتعلقة بالعقود الإدارية والمضرائب والرسوم وقضايا التقاعد وغيرها، لأن القضاء الإداري يعد المحامي لحقوق الأفراد والحريات العامة.

## البند الثالث - إجراءات الطعن أمام محاكم القضاء الإداري:

يشترط قبل تقديم الطعن إلى محكمة القضاء الإداري أن يتم التظلم منه لدى الجهة الإدارية المختصة خلال (٣٠) ثلاثين يوماً من تأريخ تبلغه بالأمر أو القرار الإداري المطعون فيه أو اعتباره مبلغاً، وعلى هذه الجهة أن تبت في التظلم خلال (٣٠) ثلاثين يوماً من تاريخ تسجيل التظلم لديها، وعند عدم البت بالتظلم أو رفضه من الجهة الإدارية المختصة على المتظلم أن يقدم طعنه الى المحكمة خلال (٦٠) ستين يوماً من تأريخ رفض التظلم حقيقةً أو حكماً وعلى المحكمة تسجيل الطعن لديها بعد استيفاء الرسم القانوني ولا يمنع سقوط الحق في الطعن أمامها من مراجعة القضاء العادي للمطالبة بحقوقه في التعويض عن الأضرار الناشئة عن المخالفة أو الخرق للقانون (١٠).

وقد اختلف الفقه الإداري في العراق حول جدوى التظلم الوجوبي للمتظلم بين الإبقاء والإلغاء فقد ذهب رأي إلى القول: (أن المشرع كان موفقاً بالنص على وجوب التظلم، إذ إن ذلك يعطي للإدارة الفرصة الكافية لمراجعة قراراتها والتأكد من صحتها، ومدى مطابقتها وموافقتها للقواعد القانونية ومن ثم تصحيحها في حالة اكتشاف العيب فيها قبل الطعن بعدم

<sup>(</sup>١) . ينظر البند(سابعاً/أ،ب) من المادة(٧) من قانون مجلس الدولة(٥٦) لسنة ١٩٧٩ المعدل.

مشروعيتها امام المحكمة المختصة مما يخفف بالتالي من العبء الذي سوف تتحمله المحكمة فضلاً عن توفير الكثير من الجهد والوقت لأطراف الخصومة ) (1).

أما الرأي الأخر والذي اتخذ من التطبيق العملي أساساً له ذهب إلى القول بأن : (قد لوحظ في التطبيق العملي أن جهة الإدارة المختصة لا تستجيب في الأغلب إلى التظلم لا بل وقد توعز إلى موظف الواردة بعدم تسجيل تظلم الموظف أو أي طلب أخر وحتى منعه من دخول الدائرة ، لذلك يكون من الأفضل التظلم اختيارياً ومن حق كل من صاحب الطعن أن يقدم طعنه الى محكمة القضاء الإداري مباشرةً خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تبلغه بالأمر أو القرار الإداري أو اعتباره مبلغاً علماً انه إلى ذلك في مشاريع تعديل قانون المجلس ...) (٢).

وبالرغم من منطقية الرأي الأول ومراعاته لجانب الإدارة بمنحها فرصة تصحيح أخطائها الا إنه قام على أساس نظري مثالي يقف على خلاف الرأي الثاني والذي يكون أكثر واقعية من الرأي الاول لأنه يجعل من التطبيق العملي أساساً له ففي الوقت الحالي نجد الإدارة متعنته في رأيها وغير مبالية لإصلاح اخطاءها وإن وصل الأمر الى أن يشكوها صاحب الشأن أمام القضاء الإداري .

### البند الرابع- صلاحية محكمة القضاء الإداري:

تبت محكمة القضاء الإداري في الطعن المقدم إليها ولها أن تقرر رد الطعن أو إلغاء أو تعديل الأمر أو القرار المطعون فيه مع الحكم بالتعويض أن كان له مقتضى بناء على طلب المدعي<sup>(٣)</sup>. وهي كالأتي :

١- رد الطعن: يجوز للمحكمة رد الطعن إذا كان الطعن لم يستوفِ الشروط الواجب توافرها في إقامة الدعوى كمرور مدة الطعن في القرار الإداري أو عدم وجود مصلحة لدى الطاعن.

(٢) . ينظر د. عصمت عبد المجيد بكر : مجلس شورى الدولة الماضي والحاضر والمستقبل ، مصدر سابق ، ص٣٣.

-

<sup>(</sup>١) . ينظر د. محمد على جواد ود. نجيب خلف أحمد : القضاء الإداري ، مصدر سابق ، ص٥٠٥

<sup>(</sup>٣) . ينظر البند(ثامناً /أ) من المادة(٧) من قانون مجلس الدولة(٦٥) لسنة١٩٧٩ المعدل.

٢- إلغاء القرار: يكون للمحكمة إلغاء القرار الإداري المطعون فيه إذا ثبت أن القرار معيب بإحدى عيوب المشروعية كعيب الاختصاص وعيب الشكل وعيب السبب وعيب المحل وعيب الغاية ، ومن نتائج إلغاء القرار الإداري أن يكون له أثر عام ولا يقتصر على أطراف الدعوى ويزيل القرار الإداري بأثر رجعي .

٣- تعديل القرار: يعني أحداث تغيير فيه يحول من دون إنهائه أو إزالة آثاره ، أي لا يمس جوهره ، ذلك أن التعديل يقوم على أساس أحداث تغيير في جزء من محل القرار الإداري من دون أن يشتمله بأكمله ليحول دون إنهائه ، وان أجراء تعديل كلي للقرار الإداري يعني أحداث تغيير يشتمل على محل القرار الإداري بأكمله مما يؤدي إلى إنهائه ، (1).

فللمحكمة الحق في تعديل القرار المطعون فيه إذ تلزم الإدارة بتعديل قرارها المعيب عن طريق الإلغاء الجزئي للقرار إذ يظهر هذا التعديل أكثر وضوحاً عندما تستعمل الإدارة سلطتها التقديرية فيظهر فيه عدم التناسب بين السبب ومحل القرار الإداري وهو ما يدخل في نطاق رقابة عنصر الملائمة من القرار الإداري ، وان هذا الاتجاه للمحكمة منتقد ، لأنه ليس من اختصاصها تعديل القرار وإنما من اختصاص جهة الإدارة فإذا وجدت القرار معيب فما عليها سوى إصدار حكم يلزم الإدارة بهذا التعديل لا أن تقوم هي به (٢).

2- الحكم بالتعويض: لقد منح المشرع المحكمة صلاحية الحكم بالتعويض إن كان له مقتضى بناء على طلب مدعي شريطة أن يقدم الطلب بالتعويض بصورة تبعية لطلب الإلغاء أو التعديل ، واشترط للحكم بالتعويض أن يكون هناك ضرراً حقيقياً أصاب صاحب الشأن بسبب القرار غير المشروع الصادر عن الإدارة وهذا يعني دعوى التعويض ترد على قرار إداري وليس على عملاً مادياً صدر من الإدارة (٣). فلا يجوز إقامة دعوى التعويض أمام المحكمة بشكل مستقل عن دعوى الإلغاء فمن فاته طلب التعويض في عريضة دعوى الإلغاء ما عليه الا أن يقيمها أمام محكمة البداءة ويطلب منها الحكم له بالتعويض ، وان هذا الأمر منتقد ويعد نقص

(١) ينظر د.شاب توما منصور : القانون الإداري : - الكتاب الثاني-دار الفكر العربي- ط١٩٨٠ - ١٩٨٠.

<sup>(</sup>٢) ينظر د. غازي فيصل مهدي: القضاء الإداري في العراق الواقع والطموح ، بيت الحكمة ، بغداد ، ٢٠٠٩، ص٩٩وما بعدها.

<sup>(</sup>٣) ينظر د. غازي فيصل مهدي: المصدر نفسه ، ص ١٩ وما بعدها.

بالتشريع وندعو المشرع تعديل النص بما يمكن محكمة القضاء الإداري من النظر في دعوى التعويض سواء أقيمت مع دعوى الإلغاء أو بصورة مستقلة عنها وخصوصاً بعد أن أصبح لدينا مجلس دولة متكامل الهيئأت والمحاكم وبما يتلاءم مع التطورات الإدارية في الدولة .

## البند الخامس- الطعن تمييزاً بحكم الإلغاء:

بعد صدور الحكم من محاكم القضاء الإداري أو من محاكم قضاء الموظفين سواء أكان يقضي بالغاء القرار أم رد الدعوى فأن حكمها يكون قابلاً للطعن فيه تميزاً أمام المحكمة الإدارية العليا خلال (٣٠) ثلاثين يوماً من تأريخ التبلغ به أو اعتباره مبلغاً ، ويكون قرار المحكمة غير المطعون فيه وقرار المحكمة الادارية العليا الصادر نتيجة الطعن باتاً وملزماً (١).

- أسباب الطعن تمييزاً أمام المحكمة الإدارية العليا محددة على سبيل الحصر في الأحوال الآتمة :
- ١- إذا كان حكم المحكمة قد بني على مخالفة للقانون أو خطأ في تطبيقه أو عيب في تأويلة .
  - ٢- إذا كان الحكم قد صدر على خلاف قواعد الاختصاص.
- ٣- إذا وقع في الإجراءات الاصولية التي اتبعت عند رؤية الدعوى خطأ مؤثر في صحة الحكم.
- إذا صدر حكم يناقض حكماً سابقاً صدر في الدعوى نفسها بين الخصوم أنفسهم أو
   من قام مقام مقامهم وحاز درجة البتات .
- ٥- إذا وقع في الحكم خطأ جوهري، ويعد الخطأ جوهرياً اذا أخطأ الحكم في فهم الوقائع أو اغفل الفصل في جهة من جهات الدعوى أو الفصل في شيء لم يدع به الخصوم أو قضى بأكثر مما طلبوه أو قضى على خلاف ما هو ثابت بالأوراق(محضر الدعوى) أو على خلاف دلالة الأوراق والمستندات المقدمة من الخصوم أو كان منطوق الحكم مناقضاً بعضه لبعض أو كان الحكم غير جامع لشروطه القانونية (٢).

<sup>(</sup>١) . ينظر البند(ثامناً /ب، ج)من المادة(٧) من قانون مجلس الدولة(٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل.

<sup>(</sup>٢) . ينظر المادة(٢٠٣) قانون المرافعات المدنية رقم(٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل.

- الطعن تمييزاً بحكم الإلغاء الصادر بقرارات فرض العقوبات الانضباطية:
   ويجوز الطعن تمييزاً أمام المحكمة الإدارية العليا بقرارات محكمة قضاء الموظفين خلال(٣٠)
   ثلاثين يوماً من تأريخ التبلغ بها أو اعتبارها مبلغة (١٠). ومن أسباب الطعن تمييزاً هي:
- ١- اذا كان حكم محكمة قضاء الموظفين قد بني على مخالفة للقانون أو خطأ في تطبيقه أو تأويله أو اذا وقع خطأ جوهري في الإجراءات الاصولية أو تقدير الأدلة أو تقدير العقوبة وكان الخطأ مؤثراً في الحكم.
  - ٧- لا يعتد بالخطأ في الإجراءات اذا لم يكن ضاراً بدفاع المتهم .
- ٣- لا يقبل الطعن تمييزاً على انفراد في القرارات الصادرة في مسائل الاختصاص والقرارات الإعدادية والإدارية وأي قرار أخر غير فاصل في الدعوى ويجوز الطعن تمييزاً أمام المحكمة الإدارية العليا بقرارات محكمة قضاء الموظفين خلال(٣٠) ثلاثين يوماً من تأريخ التبلغ بها أو اعتبارها مبلغة(٢).

#### الخاتمية

بعد إتمام هذه الدراسة المتواضعة يتضح لنا ما لمجلس الدولة العراقي من أهمية بالغة في تشريع القوانين وتدقيقها وتوحيد صياغتها وفي إبداء الرأي وتفسير القوانين ومدلولاتها وأهدافها مما يساعد الوزارات ودوائر الدولة والقطاع العام على حل الخلاف والمشاكل التي تنجم عن التطبيقها. فقد توصلنا الى جملة من النتائج والتوصيات والمقترحات في هذا المجال:

1- يلاحظ أنه يوجد نقص في الوظائف التي يجب أن تكون في مجلس الدولة نظراً لتعدد اختصاصاته ونظراً للحاجة لذلك نقترح تكوين كادر وظيفي فني متخصص يرفد المستشارين والمستشارين المساعدين في المستقبل ويزودهم بالخبرة في المجالات التي يتخصص فيها مجلس الدولة لأن هذا النقص في الوظائف قد يؤثر على استقرار المجلس واستمراره.

(٢) . ينظر البنود(أ، ب، ج)من المادة(٩٤٩) من قانون إصول المحاكمات الجزائية (٢٣) لسنة ١٩٧١ المعدل.

<sup>(</sup>١) . ينظر البند(تاسعاً/أ-٢ ، ج)من المادة(٧) من قانون مجلس الدولة(٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل.

٧- لقد نص قانون مجلس الدولة على ضمانات لأعضاء المجلس إلا أن الملاحظ على هذه الضمانات إنها غير كافية ولا تتناسب ومهمة المجلس لذلك نقترح التوسع في الضمانات اللازمة لأعضاء المجلس من أجل تحقق استقلال المجلس في إبدائه للآراء وإمكانية تمتعه بالنزاهة والحياد عند عدم وجود أي تأثير أو ضغط يمكن أن يقع عليه ومن هذه الضمانات ضمانة عدم القابلية للعزل وإنشاء مجلس انضباط لأعضاء المجلس المخالفين

٣- نوصي بتشكيل هيأة خاصة تماثل هيأة مفوضي الدولة في مصر وهيأة المقررين العموميين في فرنسا إذ تعمل على تمهيد العمل لمحكمة القضاء الإداري ومحكمة قضاء الموظفين من خلال قيام تلك الهيأة بتهيئة جميع ما يلزم من امور الدعوى وتحضيرها للمرافعة وإصدار حكم فيها وتكون غير ممثلة للحكومة عي أعمالها.

٤- كما نوصي بفتح تخصصٍ للقضاء الإداري في المعهد القضائي لإعداد قضاة متخصصين في القضاء الإداري ورفد قضاة محاكم القضاء الإداري ومحكمة قضاء الموظفين و المحكمة الإدارية العليا بأحدث الآراء الفقهية والأحكام القضائية والعمل على الاهتمام بالكادر المتخصص في مجلس الدولة.

٥- أما فيما يتعلق بمحكمة القضاء الإداري فأن اختصاص المحكمة وكما حددته المادة (٧) اختصاص محدود ومتواضع ، فهنالك العديد من النشاطات التي تقوم بها الإدارة تخرج من ولاية محكمة القضاء الإداري وهي دعاوى العقود الإدارية ودعاوى المسؤولية الإدارية عن أعمالها المادية ودعاوى الاستملاك وغيرها من المنازعات الإدارية ، وهذه المنازعات تخضع في الدول التي تأخذ بنظام القضاء المزدوج لولاية القضاء الإداري فهي أعمال ذات طابع إداري سواء من حيث الجهة التي تتولى إبرامها بالنسبة للعقود الإدارية أم من حيث طبيعة موضوع تلك العقود أم الهدف الذي تسعى إليه وهو الأمر الذي يضفي عليها طابعاً إدارياً ومن ثم يخضعها لأحكام القانون الإداري لذلك ندعو المشرع الى إدخالها في اختصاص القضاء الاداري العراقي.

#### أ-الكتب القانونية

١- د. سليمان محمد الطماوي: القضاء الإداري،الكتاب الأول، قضاء الإلغاء، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٦.

#### ٣٩٠ مجلة الحقوق .. العددان ٣٥ - ٣٦

- ٢ د. شاب توما منصور : القانون الإداري : الكتاب الثاني -دار الفكر العربي ط١-١٩٨٠ .
- ۳- د. فاروق أحمد خماس: الرقابة على أعمال الرقابة، دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل،
   ١٩٨٨.
  - ٤ د. محسن خليل: القضاء الإداري اللبناني، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٨٢.
- ١ . محمد علي جواد ، ود. نجيب خلف أحمد : القضاء الاداري ، مكتبة الغفران ، بغداد ،
  - . 7 1 •
- ١١ مؤيد أحمد إبراهيم محمد : بحوث في قضاء الموظفين ، ط١، موسوعة الثقافة العربية ، ٢٠١٦.
  - ١٢ د. مازن ليلو راضي : أصول القضاء الإداري ، ط٣، مكتبة الغفران للطباعة ، بغداد ، ٢٠١٦.
- ۱۳ د. منذر الشاوي: المدخل لدراسة القانون الوضعي، ط۱، دار الشؤون الثقافية العامة، بغداد،
   ۱۹۹٦.
  - ١٤ د. منذر الشاوي: وزارة العدل المسيرة والإنجاز، بغداد، ١٩٨٤.

#### ب- البحوث:

- د. إبراهيم طه الفياض: إجراءات وصياغة الأحكام لدى القضاء الإداري، من منشورات بيت الحكمة، قسم الدراسات القانونية، ٩٩٨.
- ٢. د. إبراهيم طه الفياض، محاولة في تحديد أساس ونطاق القانون الإداري في العراق، بحث نوقش في بيت الحكمة، إبداع للتصميم والطباعة، بغداد، آذار، ٩٩٩١.
- حسين مرزة الحسيني: دور مجلس شورى الدولة في الصياغة التشريعية والتنظيمية، محكمة القضاء الإداري ومجلس الانضباط العام، اللقاء القضائي العراقي حول النظام القضائي في العراق، واقع وآفاق، المملكة الأردنية الهاشمية، ٢-٤ أكتوبر، ٢٠٠٤.
- ٤. عصام عبد الوهاب البرزنجي: مجلس شورى الدولة وميلاد القضاء الإداري في العراق، مجلة العلوم القانونية، المجلد ٩، العدد ١-٣، بغداد، ٩٩٠٠.
- د. عصام عبد الوهاب البرزنجي: توزيع الاختصاص بين القضاء العادي والإداري وحسم إشكالات التنازع بينها، بيت الحكمة ، إبداع للتصميم والطباعة، بغداد آذار، ٩٩٩٠.
- ج. فازي فيصل مهدي، الحدود القانونية لسلطات محكمة القضاء الإداري في العراق، مجلة العدالة، العدد ٢، بغداد، ٢٠٠١.
- ٧. د. ماهر صالح علاوي: الرقابة على تحقق النفع العام في قرارات الإستملاك ، مجلة العلوم الإدارية، عدد(١) ، مجلد(١٠) ، ١٩٩٤.
- ٨. د. فاروق أحمد خماس، محكمة القضاء الإداري في ضوء القانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٨٩، مجلة العلوم القانونية، العدد١، بغداد، ١٩٨٩.

#### ٣٩١ مجلة الحقوق . . العددان ٣٥ - ٣٦

#### د-الدساتير والقوانين:

- ١ دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥.
- ٢ قانون المرافعات المدنية رقم ( ٨٣ ) لسنة ١٩٦٩ المعدل.
  - ٣- قانون التسجيل العقاري رقم(٤٣) لسنة ١٩٧١ المعدل
- ٤ قانون مجلس الدولة المصري رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ المعدل
- ٥- قانون مجلس شورى الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل.
  - تانون عقد المعاهدات المرقم (۱۱۱) لسنة ۱۹۷۹.
- ٧- قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم (١٤) لسنة ١٩٩١ المعدل.
  - ۸- قانون الجنسية العراقية رقم(٢٦) لسنة ٢٠٠٦ ،
- قانون المحافظات غير المنتظمة في إقليم رقم(٢١) لسنة ٢٠٠٨ المعدل.
- ۱ قانون تعويض المتضررين المدنيين الذين فقدوا جزء من أجسادهم جراء ممارسات النظام البائد رقم (٥) لسنة ٢٠٠٩.
  - ١٣ -قانون التضمين رقم (٣١) لسنة ١٠٠٥.
  - ٤ ١ قانون التعليم العالى الأهلى(٢٥) لسنة ٢٠١.
    - ٥١ قانون مجلس الدولة رقم(٧١) لسنة٧١٠.

# وظائف الإدارة العامة المحجوزة للمرأة ( دراسة مقارنة )

# و. ميسون علي عبر الهاوي (\*)

#### **Abstract**

The concept of equality is one of the most significant principles which individuals struggled to achieve over the passage of ages and times as this concept secures equality in occupying the public jobs.

This concept means that all citizens are equal in occupying the public jobs and they should be treated equally concerning the job's conditions and their qualifications that are required by the law so that they can have the jobs.

But this conclusion has an exception called (the reserved jobs) which stimulates booking (jobs grads) in the functional ranks for specific factions who are not treated like others for humanitarian reasons as a compensation for having damages might be political or military damages Within these factions is woman who has been honored by enactments which have special items to secure her rights in having opportunities of jobs just like other factions

(ملخص)

مبدأ المساواة من أهم المبادئ التي ناضل الأفراد في سبيل تحقيقها على مر العصور والأزمنة ويضمن هذا المبدأ المساواة في تولي الوظائف العامة ويقصد به أن يتساوى جميع المواطنين في تولي الوظائف العامة وأن يعاملوا المعاملة نفسها من حيث شروط الوظيفة ومؤهلاتهم التي يتطلبها القانون للالتحاق بالوظائف.

إلا أن هذا الأصل العام يرد عليه استثناءً يسمى (الوظائف المحجوزة) وهو يقضي بحجز مقاعد وظيفية في السلم الوظيفي لفئات معينة لا تتم معاملتهم كغيرهم من حيث الشروط

<sup>(\*)</sup> جامعة بغداد / مركز دراسات المرأة

والمؤهلات ويتم حجز هذه المقاعد لأسباب إنسانية تعويضاً عما لحق بالفرد من أضرار قد تكون سياسية أو عسكرية، وبضمن هذه الفئات (المرأة) إذ أفردت التشريعات نصوصاً معينة ضماناً لحقوق المرأة في هذه المقاعد الوظيفية أسوة بالفئات الأخرى التي حدد لها المشرع هذه الميزة.

#### المقدمة:

نصت معظم الدساتير على مبدأ مهم يقضي بالمساواة أمام تولي الوظائف العامة ويقصد به أن يكون لكل مواطن الحق في أن تتاح له على قدم المساواة مع سواه فرص تولي الوظائف العامة في دولته.

ومن ذلك لا يجوز التفرقة أو التمييز بين مواطني الدولة في تقلد الوظائف العامة إلا لأسباب تتعلق بالجدارة والكفاءة والقدرة على توليها والقيام بأعبائها.

وإذا كان هذا الأصل العام إلا أن هناك استثناءً يرد عليه يطلق عليه (الوظائف المحجوزة).

#### أهمية الموضوع: -

تتجسد أهمية الموضوع بان المشرع ينص على حجز وظائف إدارية لاعتبارات إنسانية بصرف النظر عن توفر الشروط المحددة بموجب القانون لاشغالها ، وان تقرير هذه الوظائف يشمل المرأة اذ انها قد تكون (ام ، ابنة ، اخت ، زوجة للشهيد ) كمكافاة لهن عما قدمن من تضحيات في سبيل الوطن او تعويضاً عن الاضرار التي قد تتعرض لها المرأة من جراء العمليات الحربية او نتيجة الظروف الاقتصادية السياسية التي يمر بها الوطن.

### مشكلة البحث :-

يثير البحث مشكلة حجز وظائف معينة لفئات معينة دون أخرى مما يشكل مساساً واضحاً بمبدأ مهم تنص عليه الدساتير الا وهو مبدأ المساواة في تولى الوظائف العامة.

#### نطاق البحث:

يتناول البحث تحديد فئة معينة من الفئات المشمولة بالوظائف المحجوزة الا وهي (المرأة) في ظل الأنظمة القانونية في فرنسا ومصر والعراق.

لذا سنتناول في هذا البحث بيان ماهية وظائف الإدارة العامة المحجوزة للمرأة ونطاقها في المبحث الأول من هذه الدراسة أما في المبحث الثاني سنتناول الضمانات المقررة لممارسة أعباء وظائف الإدارة العامة المحجوزة للمرأة وتطبيقاتها في الدول المقارنة والعراق.

المبحث الأول: ماهية وظائف الإدارة العامة المحجوزة للمرأة ونطاقها

لكي تتم الإحاطة بالموضوع احاطة كافية يتطلب بيان ماهية وظائف الإدارة العامة المحجوزة للمرأة وبيان معنى حجز وظيفة الإدارة العامة للمرأة مع بيان نطاق وظائف الإدارة العامة المحجوزة للمرأة.

المطلب الأول: ماهية وظائف الإدارة العامة المحجوزة للمرأة.

يقصد بالوظائف المحجوزة هي (وظائف تحددها السلطة العامة على سبيل الحصر ويقتصر شغلها على بعض الفئات مراعاة لاعتبارات خاصة)(١).

وفي الفقه ظهرت عدة تعريفات للوظائف المحجوزة منها أنها وظائف محددة على سبيل الحصر يقتصر التعيين فيها على بعض الفئات لصفة معينة فيها كأن تكون قد تحملت قدراً كبيراً من انضوائها تحت النظم العسكرية، سواء أكان ذلك بطريقة مباشرة كمشوهي الحرب والمحاربين القدماء أو غير مباشرة كاليتامي والأرامل الذين يفقدون عوائلهم أو يعجزون عن مباشرة أي عمل كأثر من آثار الحرب ويكونون في وضع لا يسمح بالمحافظة على مستوى المعيشة التي كانوا عليها بحكم أن العائل قد مات أو لم يعد في استطاعته أن يجد العمل الذي يمكن أن يمارسه وفي مثل هذه الحالات تحجز الوظائف ليجري التنافس عليها من بين هذه الفئات لا يزاحمهم فيها غيرهم (٢).

وهناك من عرفها بأنها وظائف ليست ذات أهمية يحتفظ فيها المشرع لفئات معينة كمكافأة سخية لهم لمشاركتهم في الحروب ولتمكينهم من كسب رزقهم كون هذه الفئات قد تحملت قدراً كبيراً من ويلات الحرب ويكون التنافس على شغلها بين تلك الطوائف من دون

<sup>(</sup>٢) يُنظر : د. محمد السيد الدماصي، تولي الوظائف العامة، رسالة دكتوراه، جامعة على شمس، ١٩٧١، ص٢٧٥.

سواها وتشمل هذه الطوائف بصفة أصلية مشوهي الحرب وتدمج فيها بعض التشريعات الأرامل اللاتي فقدن أزواجهن بسبب الحرب وكذلك الأيتام(١).

ويرى البعض الآخر بأن الوظائف المحجوزة هي الوظائف التي يقرر المشرع حجزها لبعض الطوائف التي تكون قد قاست من ويلات الحرب أو لمن أصابتهم الحرب بويلاتها من غير المشوهين أو المحاربين كالمدنيين والأرامل والأيتام أو زوجات المحاربين أو أولادهم ممن فقدوا عملهم نتيجة عجز بسبب الحرب أو الأشخاص الذين فقدوا أعمالهم فجأة بسبب ظرف سياسي وبصفة جماعية فتحجز لهؤلاء بعض وظائف الدولة العامة تقديراً من الدولة لتلك الطوائف (٢).

وفي فرنسا عرفها بعض الفقهاء بأنها "قصر تقلد الوظائف العامة في الدولة على بعض الأفراد والفئات لاعتبارات خاصة في هؤلاء الأفراد دون غيرهم بهدف رد دين في عنق الدولة أو عرفاناً من جانبها بالجميل لهؤلاء الأفراد لقاء ما قدموه من تضحيات في سبيلها" (").

مما تقدم يتضح أن الوظائف المحجوزة يقررها المشرع لاعتبارات إنسانية بصرف النظر عن توفر الشروط المحددة بموجب القانون لإشغال بعض الوظائف من قبل أفراد معينين وهنا تقرير هذه الوظائف يشمل المرأة إذ أنها قد تكون (أم، ابنة، أخت، زوجة) للمحارب أو الشهيد كمكافأة لهم عما قدموه من تضحيات في سبيل الوطن.

أو قد تكون المرأة متضررة من جراء هذه العمليات الحربية ومتعرضة لإصابة نتيجة الظروف العسكرية فيقرر لها المشرع حق التعيين عن طريق حجز وظيفة لها استثناءً من الأصل العام في تولى الوظائف العامة.

فقد يقرر المشرع حجز الوظيفة للمرأة لاعتبارات تقدرها الدولة قد تكون طبية أو عسكرية أو سياسية.

<sup>(۲)</sup> يُنظر : محمد إبراهيم حسن، مبدأ المساواة في تقلد الوظائف العامة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٨٥، ص٢٣٨.

<sup>(1)</sup> يُنظر : د. سليمان الطماوي، مبادئ علم الإدارة العامة، طبعة ١٩٧٠، ص٥٣٥.

<sup>(3)</sup> Gustave Peister , Droit de Ia Fonction Publique de I Eta ted ,2008,p,55 محمد انس المصدر السابق ، ص ۱۸۱ نقلاً عن د. اشرف محمد انس المصدر السابق ، ص

444

ويظهر تفضيل المشرع لحجز وظائف الإدارة العامة لشريحة معينة وبضمنها المرأة الاعتبارات إنسانية لا على اعتبار الكفاءة والصلاحية وحسبما يقتضي الأصل العام في تولي الوظائف العامة.

المطلب الثاني : نطاق وظائف الإدارة العامة المحجوزة للمرأة :

إن حماية بعض الأفراد لاعتبارات إنسانية أو طبية أو عسكرية أو سياسية وخصوصاً المرأة يبرر الغاية من نظام الوظائف المحجوزة، فقد تكون المرأة مشاركة في الحروب أو قد تحملت ويلاتها وآثارها الضارة أو قد تكون من أقارب المجندين، أو قد تكون المرأة محرومة بالطبيعة لظروف خاصة في التمتع بكامل قواها الجسدية أو الذهنية كأن تكون معوقة، أو قد تكون فقدت وظيفتها وأصبحت بلا دخل نتيجة سياسة عامة اتخذتها الدولة (١).

إن المشرع عندما يقرر حجز الوظائف لبعض الفئات وبضمنها المرأة فإنه لا يتجاوز أو يتناسى المبادئ التي تقوم عليها إدارة المرافق العامة ومن ضمنها مبدأ سير المرفق العام بشكل منتظم ودائم وأن يعمل على تقديم خدماته للجمهور على أتم وجه، فمبتغاه يسعى من جانب إلى الحفاظ على هذه المبادئ ومن جانب آخر يضمن لهذه الفئات الحصول على بعض الوظائف لتكون لهم وسيلة مشروعة للدخل عن طريق الأجر مقابل العمل إذ لا تصبح هذه الفئات تحت طائلة المساعدات والإعانات.

إن سعي المشرع لمواءمة متطلبات تلك الفئات وبضمنها المرأة ومتطلبات سير المرفق العام بانتظام وإطراد قد يدفعه إلى توفير درجات وظيفية تتفق وقدراتهم وإمكانياتهم بحيث لا تصبح هناك أي فرصة لمزاحمة أشخاص آخرين مؤهلين للوظيفة العامة على أساس الكفاءة والصلاحية (٢).

ونجد أن موقف التشريعات يتباين بصدد حجز الوظائف العامة لهذه الفئات بين اتجاهين :

(۲) يُنظر : د. سليمان الطماوي، المصدر السابق، ۵۳۷، ويُنظر : د. عبد الفتاح حسن، القانون الإداري، دون سنة طبع، ص٨٩٨، ويُنظر : د. ماهر صالح علاوي، مبادئ القانون الإداري، دراسة مقارنة، العاتك، ١٩٩٦، ص٩٣.

<sup>(1)</sup> يُنظر: د. أشرف محمد أنس، المصدر السابق، ص١٧٦.

الأول: - اتجاه المشرع المصري في حجز وظائف معينة تقع في أدنى درجات السلم الوظيفي كالوظائف العمالية والوظائف الكتابية البسيطة إذ أنها لا تحتاج إلى كفاءة أو جهد كبير وأن اكتساب الخبرة فيها يكون بالممارسة.

الثاني: - وهو اتجاه المشرع الألماني اذ نجده يذهب إلى جواز حجز بعض الوظائف العليا لهذه الفئات لاشغالها. ويؤيد جانب من الفقه توجه المشرع الألماني إذ أنه يفسح المجال لهذه الفئات بالتفوق وإظهار مهاراتهم وخبراتهم في وظائفهم (۱).

أما عن موقف المشرع العراقي فإنه لم يتطرق إلى بيان ما إذا كانت الوظائف المحجوزة في الدرجات الدنيا من السلم الوظيفي أم الدرجات العليا. إذ إن نصوص القانون قد وردت مطلقة في حجز نسب معينة من الوظائف العامة. وهذا ما سنتناوله مفصلاً عند بيان موقف المشرع العراقي من الوظائف المحجوزة.

المبحث الثاني: الضمانات المقررة لممارسة أعباء وظائف الإدارة العامة المحجوزة للمرأة وتطبيقاتها في الدول المقارنة

لبيان الضمانات المقررة لممارسة أعباء وظائف الإدارة العامة المحجوزة للمرأة والتطبيقات بصددها سنقسم هذا المبحث لمطلبين:

المطلب الأول: الضمانات المقررة لممارسة أعباء وظيفة الإدارة المحجوزة للمرأة.

المشرع الدستوري يضمن في الوثيقة الدستورية نصوصاً تؤكد على مبدأ المساواة، وبالتالي فإن وجود مبدأ المساواة في صلب الدستور أفاد هذا المبدأ بشكل كبير فقد انسحبت عليه ذات الحماية التي تؤمن بها الشعوب لمواثيقها الدستورية وكان لهذه الحماية أثرها في تقيد سلطات المشرع العادي في علاقته بالنصوص الدستورية (٢).

(۲) يُنظر: د. نعمان الخطيب، النصوص الدستورية أهم ضمانات حقوق الإنسان، موسوعة حقوق الإنسان، إعداد: محمود شريف بسيوني، المجلد الثالث، دار العلم للملايين، الطبعة الأولى، بيروت، ١٩٨٩، ص١٩٨٩، ويُنظر: د. حسن علي، حقوق الإنسان، وكالة المطبوعات، الكويت بدون سنة طبع، ص٢٦٠.

<sup>(1)</sup> يُنظر: د. أشرف محمد أنس، المصدر السابق، ص١٧٧.

وكان لتقرير هذا المبدأ في الدساتير ولمنع الالتفاف عليه دور في إيجاد ضمانات لممارسة أعباء الوظائف المحجوزة لحمايته وأهم هذه الضمانات التحديد الدقيق لتلك الوظائف واقتصارها على بعض الوظائف محددة المسؤولية فضلاً عن توفير التدريب اللازم لشاغلي تلك الوظائف.

# الفرع الأول: - تحديد الوظائف المحجوزة:

إن أهم الضمانات المقررة لممارسة أعباء الوظائف المحجوزة أن تكون محددة بنص القانون، إذ أن تحديدها يبعد اللبس أو الغموض أو التفسير المخالف للنصوص القانونية، لذا تسعى الدول إلى أن تكون النصوص القانونية صريحة تتضمن النص وشروط تطبيقه وشروط الاستفادة منه وجزاء مخالفة الإدارة لذلك حماية لأصحاب الحق في شغل الوظائف بشكل عام والمرأة بشكل خاص (۱). إذ تقرر العديد من الدول شروطاً معينة لتولي الوظائف المحجوزة كأن يكون الشخص قد أبلى بلاءً حسناً خلال فترة عمله بالجيش ولم يصدر منه أي سلوك يمس حسن السيرة وأن لا يكون قد ارتكب عملاً مخلاً بالشرف والاعتبار إذ أن تقرير الإدارة لحجز تلك الوظائف لا يعني أن تغض الإدارة الطرف عن ضرورة توافر الشروط الاساسية الأخرى اللازمة للتعيين (۱). كل ما في الأمر أنه يعفى من المنافسة ومن اجتياز امتحان المسابقة ومن شروط اللياقة ونرى أن الشروط أعلاه يمكن تطبيقها على قدماء المحاربين أو معوقي الحرب إلا أنه لا يمكن تطبيقها على المرأة في حال كونها (أم أو زوجة أو بنت أو أخت) المحارب أو الشهيد أو قد عانت من ويلات الحروب إذ لا يكون هناك مسلك واحد لهن ً لكونهن متضررات من ظروف معينة دفعت المشرع إلى تقرير حجز وظائف الإدارة لهن ...

(1) يُنظر: د. أشرف محمد أنس، المصدر السابق، ص١٧٨.

<sup>(</sup>٢) يُنظر: د. يوسف الياس، المرجع العملي في شرح قوانين الخدمة المدنية والانضباط والتقاعد المدني، ط١، مؤسسة المعاهد الفنية، دار التقني للطباعة والنشر، بغداد، ١٩٨٤، ص٤٤.

الفرع الثاني : – أن تكون الوظائف المحجوزة محددة المسؤولية.

كما أسلفنا أن حجز الوظائف العامة استثناءً من الأصل العام الذي يقضي بالمساواة وتكافؤ الفرص في إشغال الوظائف العامة إذ أن هناك شروط يحددها المشرع يقتضي توفرها في المرشح للوظيفة العامة (١).

وطالما أن حجز الوظائف هو استثناءً من الأصل العام بالتالي فإنه لا يجوز أن يكون عاماً ويشمل كل الوظائف ولهذا نجد أن أغلب الدول تقصر نظام حجز الوظائف على الوظائف البسيطة التي تتطلب مواصفات تقل من حيث المستوى والصعوبة عن الوظائف العليا وأن الإدارة تسعى إلى المواءمة بين الأشخاص المستفيدين من حجز الوظيفة وبين متطلبات تلك الوظائف فهي تسعى إلى تحقيق التوافق بين المصلحة العامة ومصلحة شاغلي الوظائف المحجوزة (١٠).

الفرع الثالث : – تأهيل شاغلي الوظائف المحجوزة.

إن سعي الدولة لتعويض الفئات المشمولة بالوظائف المحجوزة بشكل عام والمرأة بشكل خاص كمقابل ما قاموا به من خدمات لصالحها يتطلب الأمر إشراكهم في دورات تدريبية، وتأهيلهم لشغل الوظائف المحجوزة إذ يتطلب تأهيلهم للترقية لوظائف أعلى كلما كان ذلك ممكناً إذ أنه يحقق فائدة مزدوجة، فمن جهة يعمل على تنمية قدرات الشخص ومن جهة أخرى ترفع شعوره بالمسؤولية بإحساسه أنه محل اهتمام الإدارة وأنها تسعى لإجادته للعمل ورفع كفاءته (٣). وفي هذه الطريقة تقوم الدولة بإنشاء معاهد متخصصة ومراكز تعليم مهني وأكاديمي لإعداد الأشخاص الراغبين في تولى الوظائف العامة (٤).

<sup>(</sup>۱) يُنظر : د. أحمد فاضل حسين العبيدي، ضمانات مبدأ المساواة في بعض الدساتير العربية، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠١٣، ص٧٤.

<sup>(</sup>٢) يُنظر : د. أشرف محمد أنس جعفر، المصدر السابق، ص١٧٩.

<sup>(</sup>٣) يُنظر: د. أشرف محمد أنس جعفر، المصدر نفسه.

<sup>(&</sup>lt;sup>3)</sup> يُنظر : د. مازن ليلو راضي، القانون الإداري، دراسة عامة لأسس ومبادئ القانون الإداري في العراق، مطبعة هاور، دهوك، ٢٠٠٧، ص ١٣٤٤.

المطلب الثاني: تطبيقات نظام الوظائف المحجوزة للمرأة في الدول المقارنة والعراق.

سنتناول من خلال هذا المطلب دراسة تطبيقات نظام الوظائف المحجوزة في الدول المقارنة إذ أشارت قوانينها إلى الوظائف العامة المحجوزة للمرأة ومن هذه الدول فرنسا ومصر، كما سنتناول موقف المشرع العراقي من نظام الوظائف المحجوزة للمرأة.

# الفرع الأول: - فرنسا

أخذت فرنسا بنظام الوظائف المحجوزة منذ فترة طويلة إلا أنها قصرت الأمر قبل قيام الثورة الفرنسية (١٧٨٩) على من أدى الخدمة العسكرية وقدماء المحاربين، إلا أن هذا النظام امتد بعد ذلك ليشمل مجموعة من الأفراد بضمنهم الأرامل والمعوقين بسبب الحرب وكانت فرنسا تسعى من تطبيق هذا النظام إلى تشجيع الأفراد للانخراط في الجيش لظروف فرنسا في هذا الوقت، واستمرت بعد قيام الثورة تشدها النزعة العسكرية والرغبة في الاستيلاء واحتلال بعض الدول لنهب ثرواتها إلا أن نظام حجز الوظائف في فرنسا لم يصدر مرة واحدة بل مر بعدد من المراحل فكانت المرحلة الأولى الوظائف محجوزة لفئات أهمها الجنود ولم يكن للمرأة نصيبٌ منها.

أما المرحلة الثانية هي مرحلة صدور قانون (١٩٢٣) بعد الحرب العالمية الأولى وبعد أن زاد عدد الضحايا والمصابين وشعور الدولة بأنها مدينة بحجز الوظائف لمشوهي الحرب والأرامل واليتامي بحيث يكون لهم أولوية في شغلها $^{(1)}$ .

وقد حدد المشرع الفرنسي في القوانين المتعاقبة الأشخاص المستفيدين من الوظائف المحجوزة وكان للمرأة نصيب منها إذ أشار القانون إلى أن تم حجز وظائف للأرامل بسبب الحرب وقد أوضح القانون من هم الأرامل اللاتي يستفدنَ من الوظائف المحجوزة وكالآتي :

١ – الأرملة التي لم تتزوج ثانية بعد وفاة زوجها.

٧- الأرملة التي تزوجت بعد فقد زوجها ولديها ولد أو أكثر لم يبلغ سن الرشد أو بلغ سن الرشد وكان مريضاً لا يستطيع العمل.

<sup>(1)</sup> يُنظر: د. أشرف محمد أنس، المصدر السابق، ص١٨٢.

٣- الأرملة التي تزوجت ثم طلقت أو ترملت مرة أخرى.

ولا يقتصر الأمر على الأرامل فقط بل اتجه المشرع الفرنسي إلى إقرار تولي الوظائف المحجوزة للمرأة المعوقة أيضاً إذ أنه تدخل لمرات عديدة لحماية المعوقات وقد أيد القاضي الإداري توجه المشرع الفرنسي في تعويض المتضررة من قرار الجهة التي عهد إليها القانون مهمة بيان ما إذا كانت الإعاقة من شأنها منع المعوقة من القيام بأعباء الوظيفة المتقدمة لشغلها من عدمه، وهذا المسلك اتضح من خلال الحكم الذي أصدرته محكمة الاستئناف الإدارية بمدينة نانسي والذي قررت فيه تعويض الأنسة (Monnier) عن الأضرار التي لحقتها نتيجة قرار استبعادها من لائحة المتسابقين كأثر للقرار القاضي بعدم قدرتها على القيام بأعباء الوظيفة المتقدمة لشغلها رغم الذي أتمته في الوظيفة المتقدمة إليها على شغلها والذي تم إعداده بخصوص التدريب الذي أتمته في الوظيفة المتقدمة إليها (١٠).

ومما سبق يتضح أن موقف المشرع الفرنسي يبين حجزه للوظائف العامة لفئات معينة بشكل عام وأنه أولى الاهتمام بالمرأة بشكل خاص في حال كونها متضررة من ويلات الحرب أو ترملت بسببها فقد أقر لها هذا الحق تعويضاً عن ما لحقها من أضرار بسبب ظروف الحرب كونها فقدت من يعيلها وعائلتها كتعويض لها عن ذلك.

### الفرع الثاني :- مصــر

أخذت مصر بنظام الوظائف المحجوزة لفئات معينة بشكل عام والمرأة بشكل خاص إلا أن أخذها بهذا النظام يختلف نسبياً عن فرنسا إذ لم يسر المشرع المصري على قاعدة واحدة بالنسبة للمستفيدين منه فنجده أما أن يقرر حجز الوظائف لفئات معينة يحددها المشرع بشكل كلي أو يقرر حجزها بنسبة معينة وأحياناً أخرى يقرر لهذه الفئات أولوية امتحان المسابقة ومن الفئات التي حدد المشرع المصري وظائف محجوزة لهم عمال قناة السويس وقدماء المحاربين والمصابين في الحرب أو بسببها وزوجات الشهداء وأبنائهم والمعوقين (٢).

<sup>(</sup>۱)(AA Nancy, 26 mai 2005, Monnier, Actualite juridique, function piblique 2005, p 330. اورده د. أشرف محمد أنس، المصدر السابق، ص۱۸۸.

<sup>(</sup>۲) يُنظر: د. أشرف محمد أنس، المصدر السابق، ص١٩٢.

كما نص الدستور المصري الملغى على أن ((للمحاربين القدماء والمصابين في الحرب أو بسببها ولزوجات الشهداء وأبنائهم الأولوية في فرص العمل وفقاً للقانون)) (1). كما نصت المادة (19) من قانون نظام العاملين المدنيين رقم (٤٧) لسنة (١٩٧٨) على أن (رتحدد بقرار من رئيس مجلس الوزراء الوظائف التي تحجز للمصابين في العمليات الحربية الذين تسمح حالتهم بالقيام بأعمالهم كما يحدد ذلك القرار قواعد شغلها ويجوز أن يعين في هذه الوظائف أزواج هؤلاء المصابين أو أحد أولادهم أو أحد أخواتهم القائمين بإعالتهم)).

وبذلك نجد أن المشرع المصري قد آثر فئة من المواطنين وبضمنها المرأة بميزة الوظائف المحجوزة لاعتبارات تتعلق بتلك الفئة إذ أورد بشأنها أحكام صريحة تكفل الحماية لها ومنها النص الدستوري الذي حدد لزوجات الشهداء وأبنائهم أولوية في فرص العمل وفقاً للقانون (۲)، كما أورد ذات المبدأ الدستور المصري لسنة (۲۰۱۶) إذ نص على تكريم شهداء الوطن ورعاية مصابي الثورة والمحاربين القدماء واسر المفقودين في الحرب وما في حكمها ومصابي العمليات الأمنية وأزواجهم وأولادهم ووالديهم كما نص على توفير فرص العمل لهم وذلك على النحو الذي ينظمه القانون (۳) كذلك نص قانون الخدمة المدنية رقم ۱۸ لسنة على ان الوظائف المدنية حق للمواطنين على أساس الكفاءة والجدارة كما نص على ان تحدد بقرار من رئيس مجلس الوزراء الوظائف التي تحجز للمصابين في العمليات الحربية والمحاربين القدماء ومصابي العمليات الأمنية وذوي الاعاقة والاقزام متى سمحت حالتهم بالقيام بأعمالها .. كما يجوز ان يعين في هذه الوظائف ازواج الفئات المنصوص عليها في الفقرة السابقة او احد أولادهم او احد إخوانهم القائمين بإعالتهم وذلك في حالة عجزهم عجزاً الفقرة السابقة او احد أولادهم او احد إخوانهم القائمين بإعالتهم وذلك في حالة عجزهم عجزاً الفقرة السابقة او احد أولادهم او احد إخوانهم القائمين بإعالتهم وذلك في حالة عجزهم عجزاً الما أو وفاتهم (ئ).

(1) يُنظر د. عبد الفتاح مراد ، الموسوعة العربية للدساتير العربية والمستويات الدولية، ط ٢٠٠٧، ص٠٠٠.

<sup>(</sup>۲) يُنظر : د. عبد الفتاح مراد ، المصدر أعلاه ، ص ۲۰۰.

<sup>(&</sup>lt;sup>۳)</sup> يُنظر: المادة (١٦) من الدستور المصري، لسنة (٢٠١٤).

<sup>(</sup>۱) و (۱) و (۱۶) من قانون الخدمة المدنية المصري رقم ۱۸ لسنة ۲۰۱۵ منشور على الموقع الالكتروني www.undp aci ac.org ,Egypt\_Eg\_public..

مما تقدم يتضح لنا ان المشرع المصري قد نص على حجز وظائف معينة بقرار يصدر من مجلس الوزراء وان من ضمن الفئات المشمولة بهذا القرار (المرأة) وفقاً للشروط التي يحددها ذلك القرار.

# الفرع الثالث : - العراق

أخذ المشرع العراقي بهذه الطريقة عند تشكيل الإدارة العراقية إذ حجزت بعض الوظائف لمرافقي الملك فيصل بن الحسين عندما كان ملكاً على سوريا، كما ظهرت تطبيقاتها بعد ذلك في تشغيل ذوي العاهات<sup>(۱)</sup>، اما في دستور جمهورية العراق لسنة ١٩٧٠ الملغى نجده قد أشار الى مبدأ المساواة في تولى الوظائف العامة يكفلها القانون<sup>(۱)</sup>.

أما عن موقف المشرع العراقي بعد عام (٢٠٠٣) ونظراً لزوال النظام السابق وإلغاء دستور (١٩٧٠) وصدور دستور جمهورية العراق لسنة (٢٠٠٥) الذي أشار في الفصل الثاني (الأحكام الانتقالية) ((إلى رعاية ذوي الشهداء والسجناء السياسيين والمتضررين من الممارسات التعسفية للنظام الدكتاتوري البائد وينظم ذلك بقانون))، وفعلاً قد صدرت حزمة من القوانين تضمنت تعويض المتضررين وضحايا النظام السابق عن طريق تخصيص مقاعد معينة في الوظائف العامة وكان للمرأة نصيباً في ذلك ومن هذه القوانين قانون إعادة المفصولين السياسيين وقانون تعويض المتضررين من جراء العمليات الحربية والأخطاء العسكرية والعمليات الإرهابية وقانون مؤسسة الشهداء والسجناء وسنتناولها تباعاً.

اولاً - الوظائف المحجوزة للمرأة في ظل قانون إعادة المفصولين السياسيين رقم (٢٤) لسنة (٢٠٠).

تم تشريع هذا القانون لغرض إنصاف شريحة واسعة من المواطنين (الموظفين والموظفين الذين فصلوا من الوظيفة أو اضطروا لتركها بسبب الاضطهاد السياسي والعرقي والمذهبي الذي مارسه النظام السابق ضدهم وإنصاف السجناء وتكريم عوائل الشهداء الذين توفوا في سجون النظام السابق.

(٢) يُنظر : المادة (٣٠) الفقرة (ب) من دستور جمهورية العراق المؤقت لسنة ١٩٧٠ (الملغي) .

<sup>(</sup>١) يُنظر : د. على محمد بدير واخرون، مبادئ وأحكام القانون الإداري، العاتك لصناعة الكتاب، ٢٠١١، ص٣٠٤.

وبالرجوع إلى نصوص هذا القانون نجده يشمل المرأة في حال كونها (مفصولة سياسياً) إذ حدد مقاعد وظيفية لها في حال كونها فصلت من الوظيفة لأسباب سياسية أو عرقية أو مذهبية للفترة الممتدة بين (١٩٦٨/٧/١٧) لغاية (٢٠٠٣/٤/٩) سواء (كانت قد تركت الوظيفة بسبب الهجرة أو التهجير أو الاعتقال أو الإحالة إلى التقاعد قبل بلوغها السن القانوني) فضلاً عن أن القانون نص على احتساب هذه الفترة خدمة لأغراض الترفيع والعلاوة والترقية والتقاعد لمن لديه خدمة فعلية لا تقل عن سنة (١).

ونرى أن هذا القانون لم ينص صراحة على تحديد نسبة معينة من المقاعد الوظيفية رغبة منه في فسح مجال أوسع لهذه الشريحة من المتضررين وبضمنهم المرأة للعودة إلى الوظيفة تعويضاً لهم عن ما لحقهم من أضرار نفسية ومعنوية ومادية في ظل فترة حكم النظام السابق.

ثانياً - الوظائف المحجوزة للمرأة في ظل قانون مؤسسة السجناء السياسيين رقم (٤) لسنة (٢٠٠٦).

شرع هذا القانون لتعويض العراقيين الذين تعرضوا إلى الحبس أو السجن أو الاعتقال وانتهاك حقوق الإنسان بسبب معارضتهم للدكتاتور بالرأي أو العقيدة أو الانتماء السياسي أو بسبب تعاطفهم أو مساعدتهم للمعارضين مما أدى إلى إلحاق الضرر بالسجناء والمعتقلين والمعتقلات الذين تحملوا مصاعب جمة ولغرض الإيفاء بجزء بسيط مما قدموه فداءً للوطن وتضحية في سبيل المبادئ التي ضحوا من أجلها اذ ان هدف القانون معالجة الوضع العام للسجناء والمعتقلين السياسيين وتعويضهم مادياً ومعنوياً بما يتناسب مع حجم التضحيات التي قدموها والمعاناة التي لاقوها جراء سجنهم واعتقالهم.

نص هذا القانون على توفير فرص العمل (للمعتقلين والمعتقلات) السياسيين بما يتناسب وكفاءتهم ومنحهم الأولوية في ذلك $^{(7)}$ . كما نص القانون على حجز مقاعد وظيفية لهم إذا أعطى للمعتقلين والمعتقلات وظائف إدارية محجوزة بنسبة  $^{(8)}$ ) في جميع دوائر الدولة

-

<sup>(</sup>۱) يُنظر: المادة (۲) من قانون رقم (۲۰) لسنة (۲۰۰۸) قانون التعديل الأول لقانون إعادة المفصولين السياسيين رقم (۲) يُنظر: المنتذ (۲۰۰۸) المنشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد (۲۰۰۵) في (۲۰۲۱/۲۰).

كنظر : المادة ( $^{7}$  الفقرة رابعاً) من قانون مؤسسة السجناء السياسيين رقم ( $^{2}$ ) لسنة ( $^{7}$  •  $^{7}$ ).

وأعطى لهم حق تولي الوظائف العامة ويتم التنسيق بين المؤسسة والجهات المعنية ووزارة المالية للقيام بذلك<sup>(١)</sup>.

ثالثاً – الوظائف المحجوزة للمرأة في ظل قانون تعويض المتضررين من جراء العمليات الحربية والأخطاء العسكرية والعمليات الإرهابية.

شرع هذا القانون بهدف تعويض المتضررين جراء العمليات الحربية والأخطاء العسكرية والعمليات الإرهابية التي وقعت في العراق أبان وبعد سقوط النظام البعثي البائد ويهدف إلى تعويض كل شخص طبيعي أصابه ضرر جراء العمليات الحربية والأخطاء العسكرية والعمليات الإرهابية وتحديد الضرر وحيثياته وأسس التعويض عنه وكيفية المطالبة به (٢).

إن البحث في امتيازات هذا القانون التي قررها للمرأة حال كونها (والدة الشهيد أو ابنته أو زوجته أو زوجاته أو اخته) يقضي بنا بيان مراحل صدوره لذا سيتم بيانه وفق مرحلتين وكالآتى :

المرحلة الأولى: مرحلة صدور قانون تعويض المتضررين جراء العمليات الحربية والأخطاء العسكرية والعمليات الإرهابية رقم (٢٠) الصادر بتاريخ (٢٠٠٩/١ ٢/٢٨).

نص هذا القانون على تعويض كل شخص طبيعي أصابه ضرر جراء العمليات الحربية والأخطاء العسكرية والعمليات الإرهابية ويشمل التعويض (الاستشهاد، الفقدان، العجز الكلي أو الجزئي، الإصابات، الأضرار التي تصيب الممتلكات، الأضرار المتعلقة بالوظيفة والدراسة) وقد نص على شمول ذوي الشهيد وهم (الوالدان، الأبناء، البنات، الزوج أو الزوجات، الأخوة والأخوات) (٣) وقد تضمن هذا القانون إعادة الموظفين الذين اضطروا إلى ترك وظائفهم لأسباب

(۲) يُنظر : المادة (۱) من قانون رقم (۲۰) لسنة (۲۰۰۹) قانون تعويض المتضررين جراء العمليات الحربية والأخطاء العسكرية والعمليات الإرهابية المنشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد (۲۱٤۰) في (۲/۲۸).

<sup>(</sup>۱) يُنظر : المادة (۹) من قانون التعديل الأول لقانون مؤسسة السجناء السياسيين، رقم (۳۵) لسنة ۲۰۱۳، المنشور في جريدة الوقائع العراقية، بالعدد (۲۰۱۶) في (۲۰۱۳/۱۰/۱).

<sup>(</sup>٣) يُنظر : المادة (١) من قانون رقم (٢٠) لسنة (٢٠٠٩) قانون تعويض المتضررين جراء العمليات الحربية والأخطاء العسكرية والعمليات الإرهابية المنشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد (٢١٤٠) في (٢٠٠٩/١٢/٢٨).

تتعلق بموضوع هذا القانون إلى وظائفهم أو إلى وظائف مماثلة لوظائفهم وصرف رواتبهم ومستحقاتهم عن الفترة التي اضطروا للانقطاع عن الدوام فيها(١).

ويلاحظ أن هذا القانون لم يقرر حجز مقاعد وظيفية كتعويض لذوي الشهيد بشكل عام والمرأة بشكل خاص في حال كانت (أم، بنت، زوجة، أخت) بل نص على جملة من الحقوق ويضمنها إعادة المشمولين بأحكامه من المتضررين إلى الوظيفة.

المرحلة الثانية : هي مرحلة صدور تعديل على القانون آنفاً بالرقم (٥٧) لسنة (٢٠١٥) الصادر في (٢٠١٥/١٢/٣٠) إذ صدر هذا القانون بجملة من الامتيازات فضلاً عن أنه وسع من الامتيازات الممنوحة للمشمولين بأحكامه وبضمنها إلزام جميع الوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة بتخصيص نسبة لا تقل عن (١٠٠%) عشرة من المائة من الدرجات الوظيفية للمشمولين بأحكامه ونجد أن المرأة مشمولة في حال كونها (والدة الشهيد أو ابنته أو زوجته أو أخته) بالدرجات الوظيفية المحجوزة وبذلك نجد أن هذا التعديل قد عالج القصور التشريعي في القانون.

إلا أننا نرى أنه يتطلب زيادة هذه النسبة تعويضاً لذوي الشهداء لما قدموه من تضحيات في سبيل الوطن.

رابعاً – الوظائف المحجوزة للمرأة في ظل قانون مؤسسة الشهداء رقم (٢) لسنة (٢٠١٦).

صدر هذا القانون بهدف مساواة المشمولين بأحكام قانون رقم ( $^{\circ}$ ) لسنة ( $^{\circ}$ ) لسنة من حيث الحقوق والامتيازات للمشمولين بأحكام قانون مؤسسة الشهداء رقم ( $^{\circ}$ ) لسنة ( $^{\circ}$ ) فضلاً عن شمول جرحى الحشد الشعبي والبيشمركة والذين أصيبوا جراء مقارعتهم لحزب البعث وتحسين الواقع المعيشي لتلك الفئات وتعويضها عن ما أصابها من ضرر إذ منح هذا القانون الحقوق والامتيازات لذوي الشهيد من ضحايا النظام البائد من خلال رفع مستواهم المادي والعلمي والصحي والثقافي وبما يتناسب وحجم تضحياتهم وتثميناً لموقف شهداء مجاهدي الحشد الشعبي إذ نص على إلزام جميع الوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة بتخصيص نسبة لا تقل عن ( $^{\circ}$ ) خمسة عشر من المائة من الدرجات الوظيفية لشرائح

<sup>(1)</sup> يُنظر : المادة (15) من قانون تعويض المتضررين، المشار اليه اعلاه.

ذوي الشهداء المنصوص عليها في هذا القانون وبضمنهم المرأة كما استثناهم من الحد الأعلى لسن التعيين وألزم وزارة المالية بتنفيذ ذلك عند إعداد الملاك الوظيفي مع إلزام الوزارات بتقديم كشف سنوي بذلك إلى لجنة الشهداء والضحايا والسجناء السياسيين في مجلس النواب<sup>(1)</sup>.

وبذلك نجد أن موقف المشرع العراقي مساند للمرأة إذ أنها مشمولة في النسبة التي حددها المشرع سواء أكانت (والدة، بنت، زوجة أو زوجات، أخت) للشهيد للفترة من (١٩٦٣/٢/٨) ولغاية (١٩٦٣/١/١٨) وكذلك في حال كون فترة الاستشهاد من (١٩٦٨/٧/١٧) ولغاية (٢٠٠٣/٣/٨) والفترة من (٢٠١٤/٦/١١) من العراقيين الذين قاموا بتلبية نداء الوطن والمرجعية والمرجعية.

#### الخاتمة:

في ختام بحثنا هذا توصلنا إلى عدد من النتائج والتوصيات وكالآتي :

اولاً - النتائج :-

1- إن نظام الوظائف المحجوزة للإدارة هو استثناءً من الأصل العام الذي تقضي به معظم المواثيق الدولية وإعلان حقوق الإنسان والدساتير ألا وهو ((مبدأ المساواة وتكافؤ الفرص)) إذ أنه يقضي بمساواة جميع الأفراد أمام تولي الوظائف العامة ويرد استثناءً عليه نظام الوظائف المحجوزة للإدارة لفئات معينة وبضمنها المرأة لتولي الوظائف العامة لاعتبارات إنسانية قد تكون سياسية أو طبية أو عسكرية.

٢- تتفاوت الدول في الأخذ بهذا النظام وأن الدراسة المقارنة في جانبين كل من فرنسا ومصر مع العراق أوضحت التفاوت بين هذه الدول في الأخذ به من عدمها وقد تفوق المشرع العراقي عن كل من فرنسا ومصر بذلك.

(۱) يُنظر : الفقرة (خامساً) من المادة (۱۷) من قانون مؤسسة الشهداء رقم (۲) لسنة (۲۰۱٦) المنشور في جريدة الوقائع العراقية ذات العدد (٤٣٩٥) في (5.17/1/70).

\_

<sup>.</sup> ۲۰۱٦ يُنظر : المادة (٤) من قانون مؤسسة الشهداء رقم (٢) لسنة (3)

- ٣- إن تقرير حجز الوظائف الإدارية قد يكون بوظائف محددة في أدنى السلم الوظيفي أو في إمكانية تولي هذه الفئات وبضمنها المرأة لوظائف إدارية عليا وكما هو اتجاه المشرع الألماني.
- ٤- يتطلب لتطبيق هذا النظام تحديد الوظائف المحجوزة بنص القانون وبنسب معينة كما فعل المشرع العراقي وأن تكون محددة المسؤولية فضلاً عن ضرورة تأهيل شاغليها وذلك حرصاً من المشرع على المواءمة بين مصالح هذه الفئات وبين المصلحة العامة ومتطلبات سير المرفق العام بإطراد واستقرار لتحقيق المنفعة العامة.
- ٥- حسناً فعل المشرع العراقي عندما أورد نصوص قانونية تقرر حجز درجات وظيفة لفئات معينة وبضمنها المرأة لتضررها من النظام السابق وهم المفصولين السياسيين وشهداء الجيش والحشد الشعبي والمتضررين من العمليات الإرهابية إذ إنه أورد نصوصاً قانونية تبين رغبته في مكافأة المتضررين من النظام السابق فضلاً عن مكافأة ذوي الشهداء من الجيش والحشد الشعبي أو العمليات الإرهابية وبالتالي شمول المرأة في حال كونها (والدة الشهيد، زوجته أو زوجاته، أخت الشهيد، ابنة الشهيد).

### ثانياً - التوصيات: -

- ١. زيادة نسبة الوظائف المجوزة للمرأة تقديراً لحجم التضحيات المقدمة من قبلها في ظل الظروف العسكرية والسياسية اذ انها قاست ويلات تلك الظروف بفقدانها الزوج والابن والاخ والأب.
- ٢. تحديد الوظائف المحجوزة للمرأة في ظل تحصيلها الدراسي والشهادة الحاصلة عليها
   وعدم توظيفها في ادنى السلم الوظيفي وبشكل لا يتناسب وتحصيلها الدراسي.

### قائمة المصادر:

### أولاً: المصادر القانونية:

- ١) د. أحمد فاضل حسين العبيدي، ضمانات مبدأ المساواة في بعض الدساتير العربية، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠١٣.
- ٢) د. أشرف محمد أنس جعفر، التنظيم الدستوري للوظيفة العامة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة،
   ٢٠٠٩.

#### ٤١٠ مجلة الحقوق .. العددان ٣٥ - ٣٦

- ٣) د. حسن على، حقوق الإنسان، وكالة المطبوعات، الكويت، بدون سنة طبع.
  - ٤) د. سليمان الطماوي، مبادئ علم الإدارة العامة، طبعة (١٩٧٠).
  - ٥) د. عبد الفتاح مراد، الموسوعة العربية والمستويات الدولية، ط (٢٠٠٧).
- ٦) د. علي محمد بدير ود. مهدي ياسين السلامي ود. عصام عبد الوهاب البرزنجي، مبادئ واحكام القانون
   الإداري، العاتك لصناعة الكتاب، (٢٠١٦).
- ٧) د. مازن ليلو راضي، القانون الإداري، دراسة عامة لأسس ومبادئ القانون الإداري في العراق، العراق، مطبعة هاور، دهوك، (من دون سنة طبع).
- ٨) د. نعمان الخطيب، النصوص الدستورية، أهم ضمانات حقوق الإنسان، موسوعة حقوق الإنسان، إعداد :
   محمود شريف بسيوني، المجلد الثالث، دار العلم للملايين، الطبعة الأولى، بيروت، ١٩٨٩.
- ٩) د. يوسف الياس، المرجع العملي في شرح قوانين الخدمة المدنية والانضباط والتقاعد المدني، مؤسسة
   المعاهد الفنية، دار التقنى للطباعة والنشر، ط١، بغداد، ١٩٨٤.

### ثانياً: الرسائل والأطاريح:

- ١. محمد إبراهيم حسن ، مبدأ المساواة في تقلد الوظائف العامة ، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق ،
   جامعة القاهرة ، ١٩٨٥.
  - ٢. محمد السيد الدماصي، تولى الوظائف العامة، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، (١٩٧١).

### ثالثاً: الدساتير والقوانين:

#### أ- الدساتير:

- ١. دستور جمهورية العراق لسنة ١٩٢٥.
- ٢. دستور جمهورية العراق المؤقت لسنة ١٩٧٠ (الملغي).
  - ٣. دستور جمهورية العراق لسنة (٢٠٠٥).
  - الدستور المصري لسنة (۱۹۷۱) (الملغي).
    - ٥. الدستور المصري لسنة (٢٠١٤).

### ب- القوانين :

- ١ قانون إعادة المفصولين السياسيين رقم (٢٤) لسنة (٢٠٠٥).
  - ٢ قانون مؤسسة السجناء السياسيين رقم (٤) لسنة (٢٠٠٦).
- ٣- قانون تعويض المتضررين جراء العمليات الحربية والأخطاء العسكرية والعلميات الإرهابية رقم (٢٠) لسنة
   (٢٠٠٩).
  - ٤ قانون رقم (٥٧) لسنة ٢٠١٥ قانون تعديل قانون رقم (٢٠) لسنة ٢٠٠٩.

٥ - قانون مؤسسة الشهداء رقم (٢) لسنة (٢٠١٦).

٦- قانون الخدمة المدنية المصري رقم (١٨) لسنة (٢٠١٥).

رابعاً: المصادر الاجنبية:

-Gustave Peister, Droit de la Fonetion Puplique de I Etat ed, 2008

# دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ من التعديل الجزئي الى التغيير الشامل

م. و. بمامة محمىر حسن كشكول $^{(*)}$ 

#### المقدمة

من الثابت ان الدستور هو القانون الأعلى في الدولة وهو يقوم على تحديد القواعد الأساسية لشكل الدولة، ونظام حكمها، وشكل حكومتها، وتنظيم سلطاتها العامة . فمن الناحية السياسية، يقوم على تحديد طبيعة الدولة إن كانت ملكية أم جمهورية ، وما هو نظام الحكم فيها سواء أكان برلمانياً، رئاسياً، شبه رئاسي ، او جمعية ، كما انه يقوم على تناول السلطات الثلاث من حيث اختصاصها، وتشكيلاتها، وطبيعة علاقتها مع بعضها ، ويقوم برسم هيكلية الدولة ، وفلسفة الحكم المحلي. ومن جانب اخر ينص الدستور على حريات الأفراد الدينية، والسياسية، والمدنية، والفكرية، وينص ايضاً على كافة حقوقهم .

اما من الناحية القانونية ، فيعد الدستور المرجعية الأساسية لكافة التشريعات والقوانين، ويجب ان لا يشرع أي قانون يتناقض مع مبادئ الدستور، والا فانه سوف سيكون محكوماً بالالغاء بمجرد الطعن بعدم دستوريته عند الجهة القضائية المختصة .

وبحكم قاعدة (سمو الدستور) التي تجعله في قمة الهرم الخاص بالتشريعات في الدولة، يقوم الدستور على توضيح الحقوق الاجتماعية والحقوق الاقتصادية للأفراد، وتحديد دور الدولة في تنظيم النشاط الاقتصادي الذي يحقق التوازن بين مصلحة المجتمع والفرد، وتحقيق العدالة الاجتماعية . ويقوم على توثيق هوية الفرد ، ووضع الضمانات التي تقوم بحماية القيم الأساسية في الدولة .

<sup>&</sup>lt;sup>^</sup>كلية القانون / الجامعة المستنصرية.

وقد واجه دستورنا العراقي لسنة ٢٠٠٥ الكثير من التحديات في وضعه، لظروف عديدة سنتناولها في هذا البحث ، مما اضطره ان يكون في معرض الحاجة للتعديل، لكن هل ان تعديله سوف يفي بالغرض المطلوب منه ،ام ان هناك حلول بديلة واكثر نجاعة لوضع دستورنا العراقي ، هذا ماسنتناوله في بحثنا هذا.

# المبحث الاول: تعديل الدساتير العراقية السابقة (١٩٢٥-١٩٧٠)

تعاقبت العدد من الدساتير على الدولة العراقية منذ تأسيسها ولغاية اليوم ، ولعل سمة التأقيت كانت هي الغالبة على هذه الدساتير ، فمن بين سبع دساتير كان دستوران منها فقط هي الدائمة، اما البقية فكانت جميعها مؤقتة (١). وقد وضع المشرع الدستوري طرقاً لتعديل بعض تلك الدساتير فيما اغفل النص على تعديل البعض الاخر منها كونها وضعت لتنظم مرحلة انتقالية قصيرة المدى ، وسنلقي النظر في هذا المبحث على طرق تعديل الدساتير السابقة على دستور جمهورية العراق لسنة ٥٠٠٧ .

# المطلب الاول: تعديل القانون الاساسى العراقي لسنة ١٩٢٥

في التاسع من اذار عام ١٩٢١، عقد مؤتمر في القاهرة برئاسة مستر (تشرشل) وزير المستعمرات البريطانية انذاك لدراسة شؤون الشرق الادنى، وبعد دراسة وضع العراق دراسة دقيقة تقرر ان تؤلف فيه حكومة عربية برئاسة الامير فيصل الاول تحت الانتداب البريطاني وتكون مقيدة بالقانون، وبعد سلسلة من الاجراءات تم تتويجه ملكاً على العراق في الثالث والعشرين من آب من نفس السنة، والقي كلمة جاء فيها ان اول عمل سيقوم به هو جمع المجلس التأسيسي المنتخب والذي سيقوم بوضع دستور استقلال العراق (٢).

وبالفعل فقد تم وضع مشروع للقانون الاساسي بعد سجالات ومباحثات ومناقشات مستفيضة من قبل لجان دستورية شارك فيها العديد من الشخصيات العراقية والبريطانية ، وعرض هذا المشروع على المجلس التأسيسي العراقي وتمت مناقشته والتعديل عليه بعض

(2) د.عبد الله البستاني ، محاضرات في القانون الدستوري، محاضرات مطبوعة ملقاة على طلبة كلية الحقوق العراقية، ص ٢٢٧.

<sup>(1)</sup> فيما عدا مشروع دستور ١٩٩٠ الذي لن نتناوله بالبحث كونه بقي حبراً على ورق ولم يخرج الى حيز النفاذ .

التعديلات البسيطة ثم عرض بصيغته النهائية على الملك فيصل الاول الذي صادق عليه في الحادي والعشرين من اذار ١٩٢٥ واصدره بالديباجة التالية...

" نحن ملك العراق... بناءً على ما قرره المجلس التأسيسي صادقنا على قانوننا الاساسي وأمرنا بوضعه موضع التنفيذ " (١).

وقد نصت المادة (١٩٩) من القانون الاساسي العراقي على تعديله بطريقة تجعل منه دستوراً جامداً لايمكن تعديله كما يعدل القانون العادي ، لذا فانه لايمكن تعديله بقانون عادي ، فقد اوجبت المادة (١٩٩) اعلاه موافقة كل من مجلسي النواب والاعيان على اي تعديل بأغلبية ثلثي اعضاء كلا المجلسين ، وبعد الموافقة يحل مجلس النواب وينتخب مجلس جديد فيعرض على مجلس الاعيان التعديل المقترح ، فاذا اقترن بموافقة بأغلبية ثلثي اعضاء كلاً من المجلسين ، يعرض على الملك ليصادق عليه ويتم التعديل .

ومن الجدير بالذكر هنا ان المادة (١١٩) لم تحدد لمن يعود اقتراح التعديل ولا الاغلبية المطلوبة لتقديم مثل هذا الاقتراح ،هل يعود لاعضاء مجلس الامة فقط ، ام ان للحكومة حق اقتراح التعديل ايضاً (٢). وقد تم تعديل القانون الاساسي العراقي طيلة فترة نفاذه التي جاوزت الثلاثون عاماً لمرتين فقط ، وذلك في عامي ١٩٤٥ و١٩٤٣ (٣).

<sup>(2)</sup> د.منذر الشاوي،القانون الدستوري والمؤسسات الدستورية العراقية،ط٢، مطبعة شفيق، بغداد ،١٩٦٦، ص١٣٤.

<sup>.</sup> مصطفی کامل ، شرح القانون الاساسی العراقی ، ط ۱ ، مطبعة دار السلام ، بغداد، ص ۸ ومابعدها.

<sup>(3)</sup> د.عبد الله البستاني، المصدر السابق، ص ٢٤٢، ومن الجدير بالذكر ان القانون الاساسي قد قيد سلطة التعديل بثلاثة انواع من التقييدات، وهي:

١ - مانصت عليه المادة (١١٨) على عدم جواز تعديل المواد الاساسية خلال السنة الاولى من نفاذه والاقتصار على
 تعديل المواد الفرعية فقط.

٢ - نص المادة (٢٢) على عدم جواز المساس او تعديل بعض المواد المتعلقة بحقوق الملك ووراثته طيلة فترة الوصاية
 على العرش.

٣- نص المادة (١١٩) والتي حظرت تعديل اي من المواد الاساسية خلال خمس سنوات من تاريخ نفاذه، اما المواد الفرعية فيجوز تعديلها خلال السنة الاولى وكما ذكرنا اعلاه.

المطلب الثاني: تعديل الدساتير الانتقالية

بعد حصول الانقلاب على الحكم الملكي وسقوطه في العراق عام ١٩٥٨ ، كان من الطبيعي ان يعطل القانون الاساسي العراقي ويصير الى عدم النفاذ كونه لايتماشى مع ارادة الحكام الجدد الصريحة التي اعلنت نظام الدولة الجمهوري الذي انهى الحقبة الملكية في البلاد، وهذا ما اعلنته صراحة ديباجة دستور ١٩٥٨ المؤقت حيث جاء فيها ".... بأسم الشعب نعلن سقوط القانون الاساسي العراقي وتعديلاته كافة منذ ١٤ تموز سنة ١٩٥٨".

# الفرع الأول: دستور ١٩٥٨ المؤقت

تمت صياغة بنود هذا الدستور من قبل الاستاذ حسين جميل، وهو سياسي ورجل قانون بارز في ذلك الوقت، لذلك فقد تم تكليفه بوضع مسودة للدستور ، وكان ان اكمل عمله في يومين اثنين فقط معتمداً على بعض الدساتير المصرية المؤقتة (١) ، وبحكم وضع هذا الدستور الذي جاء لينظم بصورة مؤقتة الحكم بعد التغيير الذي حصل في شكل نظام الدولة ، فقد اغفل المشرع عن ذكر طريقة لتعديله، او ربما تعمد عدم ادراج طريقة للتعديل، لان تأقيت الدستور يجعله لا يحتمل عملية التعديل وانما يلجأ الى وضع دستور اخر يكون دستوراً دائماً.

ولكن هناك رأي يذهب الى ان تعديل الدستور واقامته يعود الى الحكام، اي الى القابضين على السلطة السياسية وهذا استناداً الى نظرية الاشكال المتماثلة، التي تذهب الى انه في حالة سكوت الدستور عن أمر تعديله تتبع في تعديله نفس الطريقة التي اتبعت في اقامته (٢).

واذا طبقنا هذه النظرية على دستور ١٩٥٨ المؤقت، فان تعديله سيكون بيد مجلس الوزراء بعد تصديق مجلس السيادة، لان اقامة الدستور كانت بهذه الطريقة، ولان القوة السياسية في واقع الحال كانت بيد مجلس السيادة ومجلس الوزراء وهذا يفضي الى التسليم بأن الدستور كان دستوراً مرناً ويمكن تعديله كما يعدل القانون العادي.

\_

<sup>(1)</sup> وهي كل من دستور ۱۰ شباط ۱۹۵۳ المؤقت، ودستور ۲۳ حزيران ۱۹۵۲ المصريين ، ودستور ۱۹۵۸ (۱۹۵۸ المؤقت للجمهورية العربية المتحدة ( د. منذر الشاوي،المصدر السابق، ص۵۱).

<sup>(&</sup>lt;sup>2)</sup> د. منذر الشاوي ، المصدر السابق ، ص١٥٧.

### الفرع الثاني: دستور ٤ نيسان ١٩٦٣ المؤقت

اتسمت ظروف اقامة دستور ٤ نيسان١٩٦٣ بالغموض ، رغم محاولة العديد من كتاب وفقهاء القانون الدستوري والموثقين للوقوف على خفايا اقامته ، الا انهم عجزوا عن ذلك، وذلك بسبب الظروف الشائكة التي كانت تعصف بالبلد في تلك الحقبة.

وقد اطلق على هذا الدستور تسمية (قانون المجلس الوطني لقيادة الثورة)، وكسابقه فقد سكت هذا الدستور عن أمر تعديله، فلم ينص في اي من مواده على الطريقة التي تتبع في تعديله، وحيث ان الدستور قد اقيم من قبل المجلس الوطني لقيادة الثورة المنحل ووقع عليه رئيس الجمهورية باعتباره مسهما بشكل متواضع في ممارسة السلطة، واستناداً الى النظرية التي اخذنا بها وهي نظرية الاشكال المتماثلة، فان سلطة التعديل هي ذاتها هذه السلطات وتعدل بنفس الطريقة التي يعدل بها القانون العادي.

# الفرع الثالث: دستور ٢٢ نيسان ١٩٦٤ المؤقت

صدر هذا الدستور عن رئيس الجمهورية ، كونه هو من كان بيده السلطة السياسية في وقتها، وقد اعتنى هذا الدستور بتنظيم ممارسة السلطة السياسية ، رغم حشر بعض المواد التي اقل مايقال عنها ان مكانها ليس في متن الوثيقة الدستورية كالمادة (٩) منه المتعلقة بعدم تخصيص راتب او تقاعد لاعضاء المجلس الوطني ، ولكنه من جانب اخر قد اغفل أمر تعديله، الا انه من استقراء الاوضاع السياسية في وقتها نجد ان السلطة السياسية كانت بيد رئيس الجمهورية وهو من وضع الدستور لذلك هو من يملك سلطة تعديله ، وهذا ما تبين جلياً عندما تم تعديل الدستور في الحادي عشر من تشرين الثاني ١٩٦٤ بان صدر التعديل موقعاً من قبل رئيس الجمهورية (١).

## الفرع الرابع: دستور ٢٩ نيسان ١٩٦٤ المؤقت

كان صدور هذا الدستور ضرورة لعدم وجود وثيقة دستورية تتناول تنظيم كافة المؤسسات الدستورية في تلك الحقبة ، فدستور ٤ نيسان ١٩٦٤ ودستور ٢٢ نيسان ١٩٦٤ لم يتضمنا الا شؤون مؤسسة المجلس الوطني لقيادة الثورة المنحل ، في حين لم تنظم بقية المؤسسات

.

<sup>(1)</sup> د. رعد ناجي الجدة ، التطورات الدستورية في العراق، بيت الحكمة ، بغداد ، ٢٠٠٤، ص٢٠٩٠.

الدستورية، وعليه فقد قام النظام السياسي باصدار وثيقة دستورية جديدة تتناول كافة المؤسسات الدستورية فضلاً عن امور اخرى تتعلق بالمقومات الاساسية للمجتمع والواجبات العامة .

وكان ان شكلت لجنة متخصصة من بعض الوزراء وموظفي رئاسة الجمهورية ورئاسة مجلس الوزراء وترأسها رئيس الجمهورية ، وتوصلت الى وضع مسودة للدستور وتمت المصادقة عليه من قبل رئيس الجمهورية ومجلس الوزراء ، وقد كان هذا الدستور اوسع من الوثائق الدستورية التى صدرت منذ قيام الجمهورية في ١٩٥٨.

وكالدساتير الجمهورية السابقة ، فان دستور ٢٩ نيسان ١٩٦٤ المؤقت لم يتضمن مايشير الى تعديله ، على الرغم من تنظيمه لعدة امور تتعلق بالجوانب الدستورية للدولة وحياة الافراد ، الا انه قد اغفل موضوع التعديل .

وبالعودة الى قاعدة الاشكال المتماثلة والواقع السياسي للعراق آنذاك ، نجد ان سلطة التعديل كانت لرئيس الجمهورية ورئيس الوزراء ، وقد تم تعديل هذا الدستور ست مرات خلال فترة نفاذه (١) .

# الفرع الخامس: دستور ۲۱ ايلول ۱۹۲۸ المؤقت

صدر هذا الدستور بعد تكليف القابضين على السلطة بعد ثورة ١٩٦٨ لبعض قضاة محكمة التمييز وبعض كبار موظفي رئاسة الجمهورية بوضع دستور جديد للنظام السياسي الجديد ، والحقيقة ان هذا الدستور كان اول دستور منذ بدء العهد الجمهوري يذكر جهة تعديله بشكل صريح وان كان قد اغفل اجراءات القيام به ، فقد نصت المادة (٩٢) منه بان يبقى هذا الدستور نافذ المفعول حتى نفاذ الدستور الدائم الذي يضعه المجلس الوطني ولايعدل الا اذا اقتضت الضرورة ، ويتم ذلك من قبل مجلس قيادة الثورة المنحل، فقد حددت المادة (٩٢) اعلاه بصراحة المجلس كجهة يحق لها تعديل الدستور ، وقد تم تعديل الدستور لاربع مرات وخلال سنة ميلادية واحدة .

-

<sup>(1)</sup> د. رعد الجدة ، المصدر السابق ، ص١٠٧ .

### الفرع السادس: دستور ١٩٧٠ المؤقت

نتيجة لتخلف دستور ١٩٦٨ عن الواقع السياسي الذي تطور بعد صدوره ، بدليل تعديله لاربع مرات خلال سنة واحدة ، والتي تعد فترة قصيرة جداً، مما يؤكد الفجوة التي حصلت بين النص الدستوري والواقع الدستوري بكافة مظاهره.

لذلك عمدت السلطة السياسية انذاك وهي مجلس قيادة الثورة المنحل الى تشكيل لجنة لوضع مشروع دستور مؤقت ضمت في عضويتها رئيس مكتب الشؤون القانونية في المجلس المنحل واستاذين من كلية القانون والسياسة في جامعة بغداد ويلاحظ ان هذا الدستور هو الاول في تاريخ العراق الجمهوري الذي وضع من قبل لجنة فنية متخصصة في الشأن الدستوري مما ساهم في تفادي الكثير من المشاكل والنقائص الفنية التي كانت تسبب في عدم استمرارية الدساتير التي سبقت دستور سنة ١٩٧٠، والذي استمر نفاذه لفترة جاوزت الثلاثين عاماً على الرغم من انه لم يوضع ليبقى طول هذه المدة.

وقد أشار هذا الدستور الى طريقة تعديله ، حيث اوكلت المادة (٦٦/ب) التعديل الى مجلس قيادة الثورة المنحل باعتباره اعلى سلطة في الدولة وكونه الجهة التي اصدرت الدستور، وقد حددت المادة اعلاه اغلبية ثلثى عدد اعضاء المجلس كشرط ملزم لاجراء التعديل.

وقد شهد الدستور الكثير من التعديلات خلال مدة نفاذه الطويلة، اذ بلغت خمسة وعشرون تعديلاً كان معظمها طفيفاً لم يمس الافكار الاساسية التي قام عليها دستور ١٩٧٠ المؤقت.

### الفرع السابع: قانون ادارة الدولة للمرحلة الانتقالية لسنة ٤٠٠٤

بعد التغيير السياسي الذي حصل بتاريخ ٣٠٠٣/٤/٩ والذي القى بظلاله على كل نواحي الحياة، كان لابد من وجود دستور ينظم هذه المرحلة بشكل مؤقت ولحين توفر الظروف الملائمة لكتابة ووضع دستور دائم لمرحلة جديدة كلياً ، وبغض النظر عن ما اكتنف تلك المرحلة من ظروف اعقبت الاطاحة بالنظام السابق ودخول قوات اجنبية الى العراق(١)، الا انه

\_

<sup>(1)</sup> للاطلاع بالتفصيل على هذه الظروف الرجوع الى ... بول بريمر ، عام قضيته في العراق ، ترجمة عمر الابوبي ، دار الكتاب العربي، بيروت، ٢٠٠٦.

٤٢٠

بعد عدة محاولات لتحديد الجهة التي تتولى وضع الدستور المؤقت، فقد اعلن عن اتفاق بين مجلس الحكم<sup>(1)</sup> (السلطة العراقية في ذلك الوقت) وسلطة الائتلاف (السلطة متعددة الجنسية التي ساهمت في اسقاط النظام السياسي) على وضع قانون لادارة الدولة يحدد رسمياً نطاق وهيكل الادارة العراقية الانتقالية ذات السيادة <sup>(۲)</sup>.

وقد حددت المادة (الثالثة/ج) سريان هذا الدستور لحين تشكيل حكومة منتخبة وفقاً لدستور دائم، كما منعت المادة (الثالثة/۱) تعديل قانون ادارة الدولة الا باغلبية حددتها بثلاثة ارباع اعضاء الجمعية الوطنية واجماع مجلس الرئاسة ، اي انها حددت الجمعية الوطنية كجهة صاحبة الحق بالتعديل بنسبة ثلاثة ارباع اعضائها فضلاً عن اجماع مجلس الرئاسة ، ووضع قانون ادارة الدولة للمرحلة الانتقالية لسنة ٢٠٠٤ قيوداً على التعديل وهي(3)...

- ١ ان لاينتقص التعديل بأي شكل من الاشكال من حقوق الشعب.
  - ٢ ان لا يؤخر التعديل اجراء الانتخابات لجمعية جديدة .
- ٣- ان لا يمدد التعديل او يطيل أمد المرحلة الانتقالية الى مابعد المدد المحددة.
  - ٤ ان لايقلل من سلطات الاقاليم والمحافظات.
- ٥ ان لايؤثر التعديل على مبادئ الاسلام او غيره من الاديان والطوائف وشعائرها.

ولم يتم اجراء اي تعديل على قانون ادارة الدولة للمرحلة الانتقالية لسنة ٢٠٠٤ طيلة فترة نفاذه التي امتدت لسنة ونصف .

(2) د.حميد حنون خالد، مبادئ القانون الدستوري وتطور النظام السياسي في العراق ، ط١، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، بغداد، ص٣٠٦.

<sup>&</sup>lt;sup>(1)</sup> نشر الاتفاق في الصحف العراقية ومنها صحيفة الصباح العدد(١٢١) لسنة ٢٠٠٣.

<sup>(3)</sup> المادة الثالثة من قانون ادارة الدولة للمرحلة الانتقالية لسنة ٢٠٠٤.

مما لاشك فيه ان الدساتير عند وضعها تكون على نوعين ، دساتير مؤقتة ، وتوضع هذه الدساتير لفترة زمنية معينة، وذلك لمواجهة الظروف الطارئة التي حصلت في الدولة، مثل الدول حديثة الاستقلال، او الدول التي يتغير فيها نظام الحكم بسبب انقلاب او ثورة .

ودساتير دائمة، وتوضع هذه الدساتير للعمل بها دون تحديد فترة زمنية لنفاذها،اي انها توضع وفي النية بقاؤها نافذةً لمدة غير محددة،حيث توضع هذه الدساتير في ظروف امنية واحتماعية طبيعية ومستقرة .

كما انه من المعروف ان أساليب نشأة الدساتير اثنان الأسلوب غير الديمقراطي والأسلوب الديمقراطي، فالأول يتمثل بالمنحة والتعاقد والثاني يتمثل بالجمعية التأسيسية والاستفتاء التأسيسي ، فأسلوب المنحة يعني فيما يعنيه، إن الملك وبإرادته، يمنح الشعب دستوراً يقيد من سلطاته المطلقة ،ومن الدساتير التي صدرت وفقاً لهذه الطريقة دستور اليابان لسنة ١٨٨٩، دستور جمهورية مصر العربية لسنة ١٩٣١، دستور اثيوبيا لسنة ١٩٣١، ودستور يوغسلافيا لسنة ١٩٣١.

اما أسلوب التعاقد يعني صدور الدستور نتيجة اتفاق إرادة الشعب من خلال هيئة تعمل باسمه مع إرادة الملك، وهناك عدد من الدساتير وضعت بهذا الأسلوب منها الدستور اليوناني لسنة ١٨٢٤، دستور بلغاريا لسنة ١٨٣٩، والدستور الفرنسي لسنة ١٨٣٠.

ويتم الأسلوب الديمقراطي في وضع الدساتير من خلال الجمعية التأسيسية أو الاستفتاء الدستوري، ويتمثل الإسلوب الأول بانتخاب الشعب لهيئة تمثله تكون مهمتها هي وضع الدستور، ويرجع هذا الإسلوب في نشأته إلى الولايات المتحدة الأمريكية إذ تم استخدامه فيها لأول مرة في وضع دستورها بعد استقلالها عن بريطانيا في العام ١٧٧٦، ومن ثم في وضع دستورها الاتحادي عام ١٧٨٧، وقد انشأت كثير من الدساتير بعد الحرب العالمية الثانية

<sup>&</sup>lt;sup>(1)</sup> د.رمزي الشاعر ، النظرية العامة للقانون الدستوري، مطبعة جامعة عين شمس ، القاهرة ،١٩٧٩، ص ١٠٠.

بموجب هذا الأسلوب، كالدستور الايطالي لعام ١٩٤٧، والدستور الروماني لعام ١٩٤٨ والدستور المجري لعام ١٩٤٨.

أما الاسلوب الديمقراطي الثاني وهو أسلوب الاستفتاء الدستوري والذي يستوجب عرض مشروع الدستور على الشعب وبصرف النظر عن الجهة التي وضعته ليقول قوله الفصل فيه وبطبيعة الحال فان الدستور لا يكتسب القوة القانونية إلا بإقرار من قبل الشعب بأكثرية الناخبين، ومن الدساتير التي وضعت بموجب هذا الإسلوب،الدستور الفرنسي لعام ١٩٤٦، والدستور المصري لعام ١٩٤٦.

اما الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ فقد تم اقراره بواسطة الاستفتاء الشعبي، اذ تم التصويت بالموافقة عليه بنسبة ( $^{9}$   $^{9}$   $^{9}$   $^{9}$   $^{9}$  من المشاركين في الاستفتاء ، وقد اعتبر الاستفتاء ناجحاً ومسودة الدستور مصادقاً عليها بعد موافقة اغلبية الناخبين في العراق وبعد ان لم يرفضها ثلثي الناخبين في ثلاث محافظات او اكثر  $^{(7)}$ ، وبذلك فانه يعد اول دستور ومنذ تأسيس الدولة العراقية يوضع بطريقة ديمقراطية يكون فيها للشعب الكلمة الفصل  $^{(3)}$ .

المطلب الاول: الاشكاليات المحيطة بعملية الاستفتاء على مشروع الدستور

على الرغم من نجاح الاستفتاء على مشروع الدستور وبنسبة لابأس بها، وهو مؤشر جيد بكل الاحوال، الا انه اذا رجعنا الى الحقيقة وواقع حال عملية الاستفتاء نجد ان نسبة الموافقة على الاستفتاء المذكورة اعلاه قد لاتعد انعكاساً حقيقياً لارادة الشعب العراقي في وقتها، فقد كانت ظروف الاستفتاء عليه واقراره مشوبة باشكاليات عديدة منها.

1- ان الشعب العراقي وبعد التغيير السياسي الذي حصل في سنة ٢٠٠٣، قد خرج من سيطرة نظام شمولي وحكم حزب واحد امتد لاكثر من ثلاثة عقود ، ويعاني من اثار حروب متعددة

<sup>(2)</sup> د.محمد علي آل ياسين ، القانون الدستوري ( المبادئ الدستورية العامة) ، المكتبة الحديثة للطباعة والنشر . بيروت ، (ب.ت) ، ص79.

<sup>(1)</sup> د.حميد حنون خالد، المصدر السابق، ص١٢٨.٢٠١.

<sup>.</sup> ۲۰۰٤ لمادة (7/7) من قانون ادارة الدولة للمرحلة الانتقالية لسنة 7/7.

<sup>&</sup>lt;sup>(4)</sup> د.عدنان عاجل ، القانون الدستوري (النطرية العامة والنظام الدستوري في العراق) ، بغداد ، • ٢ • ٢ ، ص ٢٧٩.

وحصار اقتصادي امتد لاكثر من اثنا عشر سنة ، فضلاً عن المشاكل الداخلية التي كانت تسيطر على منطقة كردستان وعلاقتها مع السلطة المركزية ، حيث كانت شبه مستقلة عنها.

- Y- اختلاف المواقف السياسية والشعبية تجاه القوات العسكرية الامريكية التي دخلت للعراق، فمنها من اعتبرها قوات محررة ورحب بها وتعامل معها على اساس الاحتفاء والتكريم، ومنها من اعتبرها قوات غازية محتلة ورفضها وقاومها، كل هذا كان له انعكاس على موقف الشارع العراقي وكان له تأثير لا يستهان به على تحديد موقفهم من الدستور (1).
- ٣- كان هناك قدر كبير من عدم الوضوح بالنسبة للافراد او معظمهم على الاقل حول الاسس والاطر العامة للنظام السياسي الذي كان جديداً بشكل كامل على المجتمع العراقي آنذاك ، فلم يكن البعض من الافراد على وعي بمفهوم وحقيقة هذه الاسس والنتائج التي يمكن ان تترتب على تطبيقها، واهمها، شكل الدولة (اتحادية، موحدة)، شكل الحكومة (برلمانية، رئاسية، مجلسية)، وشكل نظام الحكم (جمهوري، ملكي)، وبالتالي كان من غير المنطقي ان يصوت الناس بقبول او رفض مفاهيم هي مجهولة بالنسبة لهم من الاصل.
- <sup>2</sup>- تم وضع مسودة الدستور من قبل لجنة وضع الدستور في مدة زمنية قصيرة نسبياً (<sup>۲)</sup>، ولم تتضمن اللجنة من بين اعضاءها على اساتذة متخصصين في القانون الدستوري، وانما كان لكل عضو من اعضاءها مستشار قانوني يرجع اليه في الامور القانونية، وقد تم اختيار هؤلاء على اساس من تغليب التوازنات السياسية والطائفية بدلاً من الاسس المهنية والفنية البحتة.

(2) الزمت المادة (٣١) من قانون ادارة الدولة للمرحلة الانتقالية الجمعية الوطنية بانهاء كتابة مسودة الدستور بتاريخ (٣١/اب/٥٠٠).

\_

- على الرغم من ان المادة (٦٠) من قانون ادارة الدولة للمرحلة الانتقالية لسنة ٢٠٠٤ قد نصت على ان على الجمعية الوطنية تشجيع المناقشات بشأن الدستور بواسطة اجتماعات عامة علنية ودورية في كل انحاء العراق وعبر وسائل الاعلام، واستلام المقترحات من مواطني العراق اثناء قيامها بعملية كتابة الدستور، الا انه لم يكن هناك ترويج اعلامي واسع وجاد لفكرة الدستور ومبادئه، كما ان المدة الزمنية التي استغرقها شرح الاسس التي قام عليها الدستور والتي امتدت لشهرين كانت قليلة وغير كافية اطلاقاً للقيام بهذه المهمة (١).

كل هذه الاسباب ادت الى خلق دستور كان عبارة عن محاولة للتوفيق بين الحقوق الديمقراطية وحريات الانسان والتعاليم الدينية، ويعد حصيلة حل وسطي بين مختلف الاطياف الدينية والقومية، التي لم تستطع الاتفاق على جملة من القضايا المختلف عليها، وظهر ان محاولة الجمع قسراً بين الديمقراطية والاسلام في بعض مواد الدستور قد انتج نصوصاً انطوت على طابع متناقض ويستدعى التعديل (٢).

# المطلب الثاني: اشكاليات اقرار الدستور بصيغته المستفتى عليها

لا نكاد ان نختلف في ان اكثر الدساتير تكتب اثر احداث تتطلب اجراء تغييرات جوهرية في المنظومة القانونية للبلد وعلى راسها الدستور، لذلك قد تكتب تلك الدساتير على نوع من العجالة ، مما يجعلها لاتخلو من الارتباك والتناقض والنقصان ، وهي كأي عمل وفكر وجهد انساني لاترقى بأي حال من الاحوال لمرتبة الكمال ، مما يتطلب اعادة النظر بها بعد فترة من وضعها قيد الاختبار من خلال العمل باحكامها ، وفوق كل ذلك تضمن الدستور العراقي الكثير من التناقضات في نواح عديدة من محتوياته فمن الديباجة التي خلت من اية اشارة تساعد مفسري الدستور على فهم مضامينه ، الى بقية الابواب التي اتسمت بالطابع السياسي مبتعدة عن الفهم القانوني السليم للدساتير، فضلاً عن الكثير من بالطابع السياسي مبتعدة عن الفهم القانوني السليم للدساتير، فضلاً عن الكثير من

(2) مارينا سبرونفا ، التحولات الدستورية في العراق، ترجمة د. فالح الحمراني ، مكتبة عدنان، بغداد، ٢٠١٢، ص٩٦.

أن تأخذ عملية الترويج وشرح مسودات الدساتير عادة مدد زمنية كافية ، فدستور جنوب افريقيا مثلاً استغرق شرحه لافراد الشعب والترويج له قبل الاستفتاء عليه ( $1 \, \text{N}$ ) شهراً .

المتناقضات القانونية والنصوص الدستورية التي تخالف المبادئ العامة والثابتة للقانون، وما يؤكد ذلك هو الاعتراف الضمني بهذه التناقضات والنقائص من قبل لجنة كتابة الدستور التي ضمنت الدستور نص المادة (١٤٢) والتي نصت على ان يشكل مجلس النواب في بداية عمله لجنة من اعضائه تكون ممثلة للمكونات الرئيسة في المجتمع العراقي ، مهمتها تقديم تقرير الى مجلس النواب ، خلال مدة لاتتجاوز اربعة اشهر، يتضمن توصية بالتعديلات الضرورية التي يمكن اجراؤها على الدستور، وتحل اللجنة بعد البت في مقترحاتها ، وتعرض التعديلات المقترحة من قبل اللجنة دفعة واحدة على مجلس النواب للتصويت عليها وتعد مقرة بموافقة الاغلبية المطلقة لعدد اعضاء المجلس، وتطرح المواد المعدلة من قبل مجلس النواب على الشعب للاستفتاء عليها، خلال مدة لا تزيد على شهرين من تاريخ اقرار التعديل في مجلس النواب، ويكون الاستفتاء على المواد المعدلة، ناجحاً بالالية ذاتها التي اتبعت في الاستفتاء على الدستور.

ان ادراج المادة (١٤٢) في الدستور بصيغتها هذه ، انما هو اعتراف صريح من واضعي الدستور بضعفه ووجود مواطن خلل عديدة في متنه، مما يستدعي التعديل واعادة النظر فيه، ورأب الصدع الذي يعتريه (١).

(1) من الاشكاليات التي تثار بشأن الدستور الغموض الذي يكتنف بعض مواده ، مما يجعله مسؤولاً عن خلق بعض الازمات السياسية المرتبطة بتفسير هذه المواد ، ومن ابرز هذه الاشكاليات وقد تكون اولها هو ربط الدستور توقيتاته بالعملية السياسية من خلال انطلاقه من نقطة واحدة ، هي تاريخ مصادقة المحكمة الاتحادية العليا على نتائج الانتخابات النيابية ، وبهذا التوقيت انهى الدستور سلطة المؤسسات الدستورية القائمة بما في ذلك مجلس النواب ، مجلس الوزراء ، رئاسة الجمهورية ، مما يؤدي الى دخول العراق في فراغ تشريعي وتنفيذي سببه عدم وجود نصوص محددة المعالم تعالج مثل هذه الاشكاليات ، وسد هذا الفراغ يتطلب شروع مجلس النواب المنتخب بالقيام بمهامه، وهنا ينتهي الفراغ التشريعي ، ثم تبدأ عملية انتخاب رئيس الجمهورية ثم المباشرة بتشكيل الحكومة التي ببدءها بعملها سوف ينتهي الفراغ التنفيذي ، فضلاً عن التوقيتات التي تضمنها الدستور وخرقت لتعذر الالتزام بها بسبب الصراعات السياسية.

ان الامثلة على غموض الدستور وتناقضاته كثيرة ، منها مثلاً استخدام المشرع الدستوري لتعبير (الكتلة النيابية الاكثر عدداً) التي يكلفها رئيس الجمهورية مرشحها بتشكيل الحكومة ، ولكنه لم يعط مفهوماً واضحاً لتلك الكتلة ، او يعطها تعريفاً محدداً مانعاً للخلاف ، كما لم يشترط كذلك حجماً معيناً لتلك الكتلة ، كأن

هذا فضلاً عن الكثير من المتناقضات التي لم ينتبه اليها واضعو الدستور، والتي كشفت عنها سجالات ومناقشات اساتذة القانون الدستوري والقانون العام في بحوثهم وكتبهم (١)، مما

تكون تلك الكتلة التي ينضوي تحت لواءها ثلث او نصف عدد الاعضاء او اكثر مثلاً ، وبذلك سيكون الدستور واضحاً وغير قابل للاجتهاد والتأويل ، وانما حصل العكس وبقي تحديد الكتلة البرلمانية تحت رحمة تفسير المحكمة الاتحادية العليا الذي اختلف من دورة انتخابية لأخرى بحسب الضغوطات السياسية عليها .

ومن الاشكاليات التي تضمنها الدستور مانصت عليه المادة (١٢٣) التي اجازت ان تفوض المحافظات سلطاتها للحكومة الاتحادية وهذا الامر يتعارض مع اسس نظام اللامركزية الادارية الذي اخذ به الدستور، كما ساوى الدستور بين الاقاليم والمحافظات غير المنظمة في اقليم من حيث السلطات والصلاحيات وهذا يخالف المبادئ الدستورية الثابتة والتي تفرق بين اللامركزية السياسية واللامركزية الادارية ، فضلاً عن القوانين التي كان على مجلس النواب تشريعها لكنه لم يتم هذه المهمة ومن اهمها ...

- ١- لم يصدر قانون ينظم علم العراق وشعاره ونشيده الوطني كما الزمت المادة (٩/١٢/اولاً) من الدستور.
- ٢- لم يصدر قانون ينظم راتب ومخصصات رئيس الجمهورية ولا قانون يحدد رواتب ومخصصات رئيس واعضاء
   مجلس الوزراء ومن هم بدرجتهم كما نصت على ذلك المادتان (٨٤ و ٨٣) من الدستور.
- ٣- لم يصدر قانون يفصل ويحدد الاتهامات الموجهة الى اقطاب السلطة التنفيذية من رئيس الجمهورية ورئيس مجلس الوزراء ، فضلاً عن الوزراء كما الزت المادة ( ٩٣/ ثامناً ) من الدستور .
  - ٤- لم يصدر قانون النفط والغاز الذي الزمت المادة ( ١١٢/ اولاً ) من الدستور المشرع باصداره .
- ٥- لم يتم تفعيل المادة (١٤٠) من الدستور التي كانت تتضمن وجوب اتمام عمليات التطبيع،الاحصاء،وتنتهي بأستفتاء في محافظة كركوك وبقية المناطق المتنازع عليها لتحديد ارادة مواطنيها ، في تاريخ اقصاه بأستفتاء في محافظة كركوك وبقية المناطق المتنازع عليها لتحديد وفي الحقيقة انه لم ينجز اي بند من بنود تلك المادة رغم مرور مايزيد عن العقد من الزمن عليها ، وهذا أمر خطير في الحقيقة .
- 7- لم تفعل المادة ( ١٠٦) من الدستور التي نصت على تاسيس هيئة عامة بقانون لمراقبة تخصيص الواردات الاتحادية والتأكد من الاستخدام الافضل للموارد المالية الاتحادية واقتسامها وضمان شفافية وعدالة تخصيص الاموال لحكومات الاقاليم والمحافظات غير المنتظمة في اقليم وفق النسب المقررة ،ان هذه الهيئة لو كان قد قدر لها ان تشكل لحققت عدالة في التوزيع للمنح والمساعدات والقروض الدولية حسب استحقاق الاقاليم والمحافظات غير المنتظمة في اقليم ولحققت الرفاه العام والرقابة على حسن التصرف بالمال العام.

(1) للاطلاع الرجوع الى .. د.غازي فيصل ، نصوص دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ في الميزان، ط١، الناشر صباح صادق الانباري، بغداد ، ٢٠٠٨. و د.فائز عزيز اسعد، دراسة ناقدة لدستور جمهورية العراق، دار البستان

اربيل ، ۲۰۰۷.

يجعل موضوع تعديل الدستور تعديلاً جزئياً امراً حتمياً لوجود عدد لايستهان به من النصوص الدستورية المخالفة للقواعد والمبادئ الثابتة في الفقه الدستوري والتي لايمكن بأي حال من الاحوال مخالفتها .

ولو رجعنا لواقع الحال نجد ان لجنة التعديلات التي حددها الدستور في المادة (١٤٢) منه قد شكلت برئاسة رئيس لجنة كتابة الدستور نفسه<sup>(١)</sup>، وعضوية (٢٧) عضوا من اعضاء مجلس النواب وتم ضم عضوين مراقبين من الكلدان لعضوية اللجنة ، وقد عقدت اللجنة اول اجتماع لها يوم الخامس عشر من شهر تشرين الثاني من عام ٢٠٠٦، بعد اجتماعات عديدة توصلت اللجنة لوضع (١٧) مادة جديدة لاحكام مجلس الاتحاد و(١٢) مادة لتنظيم احكام الهيئات المستقلة، ووضعت ايضاً (٩) مادة لاحكام السلطة القضائية ، وقد اضافت اللجنة نصوص (١٥) مادة، واعادت صياغة (٣٠) مادة ، وعدلت مضامين (٢٠) مادة من مواد النصوص الدستورية(٢). وقد انحصرت الخلافات في خمسة مواد، من بينها حكم المادة (٧٣) من الدستور والخاصة بصلاحيات رئيس الجمهورية واحكام المادة (٥٨) المتعلقة بوضع محافظة كركوك.

وقد كان يجب ان تشكل هذه اللجنة في بداية عمل مجلس النواب بتاريخ العشرون من ايار لسنة ٢٠٠٦ الا ان اللجنة لم تباشر باعمالها الا بعد اكثر من ستة اشهر، كما كان عليها ان تنجز اعمالها خلال مدة لاتتجاوز اربعة اشهر من تاريخ تشكيلها الا انها لم تقدم الصيغة النهائية لما توصلت له الا بتاريخ الثالث والعشرون من شهر تموز من عام ٢٠٠٩ ، ولغاية الان وبعد

للصحافة والنشر ، بغداد، ٧٠٠٥، قاسم حسن العبودي، الثابت والمتحول في النظام الفيدرالي، مطبعة الحاج هاشم ،

(1) الحقيقة ان اناطة أمر رئاسة لجنة مراجعة الدستور من قبل نفس رئيس لجنة كتابة الدستور هو أمر محل نظر، فلا نرى من المقبول ان يراجع الشخص عمله بنفسه ، وانما كان من المحبذ ان يراجع الدستور من قبل اشخاص من خارج لجنة كتابة الدستور بالمطلق ، لا بل من الافضل والمستحسن ان تترك هذه المهمة للمختصين في الشأن الدستوري ، بعد بيان الخطوط العريضة لمسارات التعديل ، ذلك ان صياغة النص الدستوري هي فن قانوني ينبغي ان يعهد للمختصين في هذا المجال ، لا ان توكل المهمة للسياسيين الذين يغلبون المصلحة السياسية على الجانب القانوني.

<sup>(&</sup>lt;sup>2)</sup> فتحى الجواري، مدى الحاجة لتعديل دستور جمهورية العراق وما هو السبيل لذلك ، مقال منشور على الموقع الرسمى للسلطة القضائية العراقية على الانترنت.

مرور زمن طويل لم يسفر عمل اللجنة عن شيء ملموس ولم يترجم تقريرها الى الواقع العملي الذي كان هو الهدف من وراء تشكيلها، وانتهت ولاية مجلس النواب الذي شكلها ليبقى ما توصلت له حبراً على ورق دون تنفيذ فقرة واحدة منه على ارض الواقع.

ان كثرة التعديلات والاضافات التي قامت بها اللجنة على الدستور بحيث طالت التعديلات والاضافات (١٤٤) مادة، مع ملاحظة احتواء الدستور اساساً على (١٤٤) مادة من بينها الدستور (١٢) مادة انتقالية، هذا يدل بشكل اكيد على اوجه النقص التي تضمنها الدستور بسبب الاستعجال واختلاف الدوافع والتوجهات التي رافقت عملية كتابته (١٠). وبرغم هذا الكم الكبير من مشاريع التعديلات الا ان دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥، قد بقي على نصه الاصلى ولم يتم المساس بأي من نصوصه منذ نفاذه (٢) ولحد اليوم.

والحقيقة ان المادة (١٤٢) من الدستور تلزم لجنة مراجعة الدستور المشكلة بموجبها ان تقدم التقرير المتضمن التعديلات الى مجلس النواب خلال فترة لا تتجاوز اربعة اشهر ولا يمكن تعديل الدستور وفق هذه المادة الا في حال وجوب توافر الشروط التالية والتي نصت عليها المادة نفسها:

١. يتم عرض التعديلات على مجلس النواب للتصويت عليها بشكل دفعة واحدة.

٢. موافقه ألاغلبية المطلقة لأعضاء مجلس النواب ، والمقصود بالاغلبية المطلقة هي النصف
 زائداً واحد من عدد الاعضاء الكلى لمجلس النواب .

٣.عرض النصوص الدستورية المعدلة للاستفتاء الشعبي خلال شهرين من تاريخ اقرار التعديل في مجلس النواب.

(2) على الرغم من نشر الدستور العراقي في الجريدة الرسمية بتاريخ ٢٠٠٥/١٢/٢٨ الا ان نفاذه قد بقي معلقاً على شروط حددتها المادة (١٤٤) منه، وهي..

<sup>(1)</sup> ينظر موقع مجلس النواب العراقي الالكتروني.

١- موافقة الشعب على الدستور بالاستفتاء العام ، وقد وافق الشعب العراقي عليه بنسبة ٢٨,٤٠ %.

٢ – نشر نص الدستور في الجريدة الرسمية ، وقد نشر يوم ٢٠٠٥/١٢/٢٨ في العدد (٢٠١٦) من الوقائع العراقية.
 ٣ – تشكيل الحكومة العراقية بموجبه والتي شكلت يوم ٢٠٠٦/٥/٢ ، وبما إن الحكومة قد أدت اليمين القانوني و تشكلت بهذا التاريخ، فيكون هذا التاريخ هو تاريخ نفاذ الدستور العراقي بموجب تحقق الشروط اعلاه .

٤. نجاح الاستفتاء على النصوص الدستورية المعدلة بموافقة أغلبية المصوتين ، كما يجب ان لا
 يتم رفضه من قبل ثلثا المصوتين في ثلاث محافظات أو أكثر.

وحيث ان التعديل وفقاً لهذه المادة لم يتم ضمن المدة الدستورية المحددة ، فان اعمالها يتطلب تمديد هذه المدة ، والتمديد او تغيير مدة عمل اللجنة يتطلب تعديل الدستور بالطريقة الاعتيادية التي نصت عليها المادة (١٢٦) من الدستور (١)، وذلك بطلب يقدم من رئيس الجمهورية ومجلس الوزراء مجتمعين، أو خمس أعضاء مجلس النواب ، ومن ثم يجب موافقة ثلثي اعضاء مجلس النواب على تعديل المدة، فضلا عن موافقة الشعب في استفتاء عام ومصادقة رئيس الجمهورية خلال سبعة أيام.

# المبحث الثالث: ضرورات التغيير الشامل للدستور العراقي

بعد ان بينا في المبحث الثاني جلياً مسوغات تعديل الدستور لضمان ايجاد دستور رصين يمتد نفاذه لسنوات طويلة ، وتطرقنا لاهم مواضع الخلل التي بينتها وكشفتها الدراسات القانونية فيه، وان افترضنا حصول متطلبات التعديل بموجب المادة (٢٤٢) او تعديل الدستور بحسب المادة (٢٢٦) منه ، سوف نناقش في هذا المبحث مدى نجاعة التعديل الجزئي، وتوافقه مع واقع المجتمع العراقي بعد اكثر من اثنا عشر سنة على نفاذه.

فقد سبق وان ذكرنا ان ظروف وضع الدستور والتصويت عليه لم تكن في الحقيقة ظروفاً طبيعية وملائمة بشكل كامل ، بل كان يكدرها العديد من العوائق ويشوبها الاستعجال لوضع

(1) تنص المادة (٢٦٦) من الدستور العراقي على مايلي " اولاً: لرئيس الجمهورية ومجلس الوزراء مجتمعين، أو لخُمس (٥/١) اعضاء مجلس النواب، اقتراح تعديل الدستور.

ثانياً : لا يجوز تعديل المبادئ الاساسية الواردة في الباب الاول، والحقوق والحريات الواردة في الباب الثاني من الدستور، الا بعد دورتين انتخابيتين متعاقبتين، وبناءاً على موافقة ثلثي اعضاء مجلس النواب عليه ، وموافقة الشعب بالاستفتاء العام، ومصادقة رئيس الجمهورية، خلال سبعة ايام .

ثالثاً : لا يجوز تعديل المواد الاخرى غير المنصوص عليها في البند "ثانياً" من هذه المادة، الا بعد موافقة ثلثي اعضاء مجلس النواب عليه، وموافقة الشعب بالاستفتاء العام، ومصادقة رئيس الجمهورية، خلال سبعة ايام.

رابعاً :. لا يجوز اجراء اي تعديل على مواد الدستور، من شأنه ان ينتقص من صلاحيات الاقاليم التي لا تكون داخلةً ضمن الاختصاصات الحصرية للسلطات الاتحادية ، الا بموافقة السلطة التشريعية في الاقليم المعني، وموافقة أغلبية سكانه باستفتاءٍ عام." دستور دائم ينهي الحالة الانتقالية التي كان يمر بها العراق انذاك ، حيث ان انهاء تلك المهمة كان يشكل تحدياً مهماً للسلطة لاثبات نجح العملية السياسية واستقرار الدولة والقانون في العراق بعد مدة ليست بالقليلة من سيادة الاوضاع غير المستقرة على البلد(1).

وحيث انه مما لا شك فيه بان عملية وضع الدستور من اخطر الأعمال التي قد تحصل في أي دولة من دول العالم واشدها تأثيراً من حيث المتغيرات التي تأتي بها على نظامها وكيانها ومؤسساتها التي ستستمدها من خصائص الدستور الجديد، والتي تعتبر عصب الحياة القانونية للدول، اذ لا يمكن تخيل وجود دولة حديثة بدون دستور، ولا يخلو دستور من الدساتير من سمات وميزات شكلية وموضوعية تميزه عن غيره من الدساتير وان بعض هذه السمات موجودة في اغلب الدساتير كنظرية عامة ،وتختص به ويميز دستور دولة عن اخرى كتطبيق لهذه السمات الخاصة أو تعديلها أو تغييرها وفق ما تقتضي مع طبيعة وعادات وتاريخ شعب الدولة التي تريد تطبيق الأصلح والأنسب لها ولمجتمعها فلكل مجتمع أعرافه وتقاليده التي يجب احترامها والتقييد بها ولكن وفق صالح المجموع.

لذلك فان الدستور يفترض به ان يكون انعكاساً لمتطلبات المجتمع وتطلعات شعبه ويتوافق مع المطالب الجماهيرية التي يتطلع الشعب الى تنفيذها للوصول الى وضع دستوري مستقر ومحقق لكافة رغبات الافراد المشروعة (٢).

ان ضرورة تعديل الدستور العراقي بصيغته الحالية هو امر لانقاش فيه على الاطلاق، اذ اثبت هذا الدستور ان نصوصه عاجزة عن التأسيس السليم للدولة بسبب قصورها حيناً ،

(2) هناك بعض الاسس التي يجب توافرها في الدستور ليكون دستوراً رشيداً، ومنها:

 $<sup>^{(1)}</sup>$  مارينا سبرونفا ، المصدر السابق ، ص $^{(2)}$ 

١- الاقرار بالتنوع القومي والديني والسياسي في الدولة ، وضمان حرية ممارسته من قبل الافراد .

٧- اعتبار المواطنة هي الاساس في بناء العلاقة بين الفرد والدولة .

٣- اقرار مبدأ التداول السلمي للسلطة السياسية .

٤- اقرار الانتخابات الحرة والنزيهة كوسيلة للوصول إلى السلطة واسلوب الحوار السلمي في حل النزاعات .

اقرار حق الافراد في التعبيرعن اراءهم ومطالبهم من خلال مؤسسات المجتمع المدني .

<sup>-</sup> اقرار الالتزام بالديمقراطية كاحدى دعائم الحكم الرشيد .

٧- اقرار مبدأ الفصل بين السلطات وتأكيد مبدأ استقلال القضاء.

وتعارضها وتناقضها حيناً اخر، فضلاً عن تطور الافكار السياسية للشعب بشكل عام وتغير الرؤية السائدة لدى الافراد تجاه دستور دولتهم، فقد مر العراق خلال العشر سنوات الاخيرة باحداث هائلة ، على الصعيد الامني والسياسي والاجتماعي، فضلاً عن حصول تطور في الثقافة القانونية للمجتمع بشكل عام لايمكن التغاضي عنها بأي حال من الاحوال ، مما احدث تغييراً وتفتحاً في افكارهم ونظرتهم الى السلطة والدستور، فكان ان اصبحت بعض المبادئ التي كان معظم الافراد يشجعونها ويرغبون بها محل نفور منهم وعدم رضا، والعكس صحيح ، فضلا عن تطور الوعي القانوني تجاه نصوص الدستور التي كثيراً ما وقفت عاجزة عن حماية حقوق وحريات الافراد المذكورة في متنها ، مما وقف الافراد موقف الضد حيالها بعد ان تأكدوا من قصورها وعدم فائدتها.

لذلك فان خيار التعديل الضروري هو أمر حتمي ولامناص منه على الاطلاق ، والتسليم بهذا الامر يدفعنا الى التساؤل،هل ان تفعيل التعديل الدستوري المذكور في المادة (١٤٦) او حتى اللجوء الى التعديل الوارد في المادة (١٢٦) هو كافٍ لاعادة النظر في النصوص التي تحتاج الى ذلك ، ام ان الامر اكثر تعقيداً بحيث ان اللجوء الى هذا التعديل لن يكون ناجعاً وفعالاً.

الحقيقة اننا نرى ان التعديل الجزئي للدستور لن يكون كافياً لارجاع الاوضاع الدستورية الى نصابها السليم، فهو لن يكون الا عبارة عن مجموعة من الحلول الترقيعية الى قد تسعف بعض الاخطاء الموجودة في الدستور، لكنها قطعاً لن تحل المشكلة كاملة ، ولن تكون ملبية لطموحات الافراد ورغباتهم وتطلعاتهم في دولة يسودها القانون.

نحن بحاجة الى تركيز الاهتمام بالجانب القانوني في كتابة الدستور بعد ان ادى التركيز على الجانب السياسي الى كل هذا الغموض والارتباك ، لذلك فان الاستمرار بالدستور الحالي الذي استمد معظم نصوصه اساساً من قانون ادارة الدولة للمرحلة الانتقالية لسنة ٢٠٠٤ ، والذي كتب على عجل وباشراف اجنبي وعدم دراية واحاطة بالنظام القانوني العراقي هو أمر غير سليم.

فهناك العديد من الامور الاساسية في الدستور التي تواجه نوع من الرفض الشعبي لها، منها النظام الفيدرالي الذي لم يأت بالحقيقة بالنتائج المرجوة منه بسبب تطبيقه بشكل غير سليم،

بل انه اصبح مصدر تهديد لوحدة الاراضي العراقية التي من المفترض ان تكون مصانة بموجب الدستور بموجب المادة الاولى منه . والنظام البرلماني الذي تتعالى الان اصوات داعية لاستبداله بالنظام الرئاسي كونه لم يأتِ بالنتائج المرجوة منه.

فهذه الاسس لم يؤخذ رأي الشعب بها وانما كتبت من قبل الكتل السياسية والاحزاب التي راعت توافق الارادات على مصالحها قبل اي اعتبار اخر ، فضلاً عن توزيع الثروات النفطية والطبيعية، وتوزيع الاختصاصات بين السلطة المركزية والاقاليم والمحافظات، ومساواة المحافظات بالاقاليم في جهل واضح للفرق الشاسع بين اللامركزية الادارية واللامركزية السياسية، واختصاصات المحكمة الاتحادية العليا، ووجود هيئات نص عليها الدستور تتعارض في عملها مع وزارات معينة ، وتحديد نسبة التمثيل في مجلس النواب الذي خلق برلماناً ذو عددٍ كبير وبلافائدة عملية ، بالعكس بل قد انتجت الاعداد الكبيرة صعوبة في اتخاذ القرارات ولم تحقق الهدف المنشود منها في تمثيل اطياف المجتمع كافة .

ان تغير الواقع الشعبي العراقي وتغير نظرته التي كانت على درجة من القصور في وقت إقرار الدستور وصيرورته بعيداً عن مستوى طموحات وتطلعات الشعب والذي يجعل أمر تعديل واصلاح الدستور امراً غير كافٍ بل يجب الذهاب نحو إقرار دستور جديد، لذا فاننا نرى ان الحل الاصلح هو اجراء تعديل عام وشامل للدستور وكتابة دستور جديد يكون معبراً بشكل حقيقي عن الواقع السياسي والاجتماعي والاقتصادي والثقافي للبلد ، وملبياً لتطلعات الافراد في وطن افضل تتاح لهم فيه الحياة الكريمة .

### المبحث الرابع: آلية التعديل الشامل للدستور

سبق وان ذكرنا ان اساليب وضع الدستور تتوزع بين الاساليب الديمقراطية والاساليب غير الديمقراطية، ولامجال للحديث عن الاخيرة لاندثارها في الوقت الراهن، فلا يمكن تصور امكانية وضع دستور بطريقة المنحة او العقد في ظل التطور الانساني والتكنلوجي الحاصل على جميع الاصعدة ، يبقى لنا مناقشة وضع الدستور من خلال الاستفتاء الشعبي والجمعية التأسيسية.

وقد اختبرنا طريقة الاستفتاء الشعبي في وضع دستور العراق لسنة ٢٠٠٥ ، والتي افرزت لنا دستوراً اقل مايقال عنه انه لم يكن مثالياً، فهل ان الاستفتاء هو الطريقة المثلى لقبول أو رفض الموضوع الخطير الذي يمس مصالح الشعب؟ وهل هو الطريقة المثلى لمعرفة آراء الشعب ، أن النظام الديمقراطي المبني على مشاركة الشعوب في السلطة عن طريق الانتخابات هو أفضل الأنظمة السياسية اليوم، لذا فان الديمقراطية هي الشغل الشاغل لجميع الشعوب خاصة تلك التي لم تعرف طعم الحرية منذ زمن بعيد ، وهو افضل من الانظمة الدكتاتورية الحاكمة ، إلا أن النظام الديمقراطي ان جاز التعبير هو افضل اسوء الأنظمة السياسية ، لان الانتخابات على العموم لا تضمن شروط التمتع بالنزاهة والكفاءة السياسيتين، ويبدو ان الاستفتاء هو أيضا من هذا القبيل، فرغم أن الحكومات تلجا في مشروع الاستفتاء إلى عرضه على الشعب وأخذ رأيها به ، إلا أن هذا النوع من العرض رغم حسناته هو في بعض الاحيان لعبة سياسية يحاول واضعو الدستور الالتفاف بها على الشعوب لصالح الحكومات ، وذلك لان لاخيرة في العادة هي التي تطرح مشروع التصويت وترغب فيه، وكل ما في الامر انها لا تريد ان تتحمل التبعات السياسية والتاريخية التي تترتب على قرارها الخطير، لذا تحاول تمريره على الرأي العام، وتقوم بالوسائل الاعلامية التي تسيطر عليها تسييس رأي الشعب نحو القبول به من خلال شرح اهمية الموضوع وخطورته بالنسبة له.

ومن المهم ان نشير الى ان الفقه باغلبه يوجب عرض مشروع الدستور على الشعب نظراً لخطورته ، ولكن لكي يؤتي هذا العرض ثماره لابد ان يقترن بوصول الشعب الى الدرجة المقبولة من النضج والوعى السياسي، ومن المهم الاشارة الى ان اسلوب الاستفتاء في نشاة الدساتير

(1) يسمى هذا الاستفتاء بالاستفتاء التأسيسي ، حيث يقصد به الاستفتاء على مشروع دستور جديد للدولة يتم اعداده من قبل جمعية تأسيسية منتخبة أو برلمان أو حاكم أو لجنة حكومية (فنية متخصصة) أو غير متخصصة ، تقتصر مهمتها على وضع مشروع الدستور ثم يعرض بعد ذلك على متخصصين لتقويمه ، ومن المهم الاشارة الى أن مشروع الدستور لا يصبح نافذاً الا بعد موافقة الشعب عليه، فبموجب تلك الموافقة يصبح المشروع دستوراً ويبدأ العمل به ابتداءً من ذلك التاريخ ، فيترتب على ذلك ان مشروع الدستور لا تكون له أية قيمة قانونية الا عندما يقترن بقبول الشعب عند عرضه عليه، فالشعب وحده هو صاحب القرار النهائي في اصدار الدستور . (د. محمد كامل ليلة ، القانون الدستوري والدستور المصري، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٦٧ ، ص٧٠).

اصبح من اكثر الاساليب شيوعا في عصرنا الحاضر، لكن على الرغم من كونه يحقق في الظاهر الديمقراطية المثالية بشكل مباشر الا انه في الوقت نفسه كان الاسلوب الذي اعتمدت عليه العديد من الانظمة الدكتاتورية عند بداية ممارستها للسلطة وخلال ممارستها ، لذلك يبقى الفاصل ما بين الديمقراطية الحرة والممارسة الصورية ليس مجرد الاستفتاء بل اعتبارات متعددة منها مناخ الاستفتاء والتثقيف به وشرح تفاصيله للافراد وما يمارس من ضغط على الناخبين في اثناء تصويتهم عليه (۱).

ان موضوع التصويت على دستور كامل بعدد من المواد قد تتجاوز المئتين بكلمة واحدة هي (نعم) او (لا) هو أمر محل نظر، فبعض الفقرات الواردة في الدستور قد تكون مقبولة، ولكن بالمقابل هناك بعض الفقرات والمفاهيم التي لا تنال رضا الناس جميعاً، فيكون المستفتى مثلاً راضياً على جميع ابواب الدستور إلا باباً واحداً، أو موضوعاً واحداً، فان قبل بالدستور يكون قد اجبر على القبول بما لا يقبله، وإن رفضه يكون قد اجبر على ان يرفض ما لا يريد رفضه، فقد يكون للاستفتاء دور كبير في تقرير موضوعات الدولة بما يخدم شؤون المواطنين، وينيط اتخاذ القرار السياسي إلى الشعب على الاقل من حيث الشكل وتحقيق بعض المكاسب الفرعية وهو خيار افضل بالقياس الى الخيارات المتاحة أمام الشعوب المغلوبة على أمرها، وهو الطريقة العملية الاقرب لتحكيم اراء المواطنين (٢).

يبقى لنا الرجوع الى الاسلوب الثاني من اساليب وضع الدستور، وهو الجمعية التأسيسية، اذ يبدو لنا ان اللجوء الى هذا الاسلوب في وضع دستور جديد ليحل بدلاً عن الدستور الحالي، هو الحل الافضل، شرط ان يكون اختيار اعضاء هذه الجمعية على اسس علمية رصينة، ليكونوا من اساتذة القانون الدستوري بشكل اساسي، واساتذة القانون والاقتصاد والعلوم السياسية، فالدستور هو وثيقة قانونية اولاً قبل كل شيء، مما يستوجب الاستعانة بالمختصين بالدراسات الدستورية ولا بأس ان نستعين بمن يمكن الاتصال به من الاساتذة الذين اسهموا بكتابة الدساتير السابقة او دساتير الدول الاخرى ذات التجارب الناجحة، وذلك بأن يتم

د. ميلود المهذبي ، د. ابراهيم أبو خزام ، الوجيز في القانون الدستوري ، الكتاب الأول ، ط $\Upsilon$  ، الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع والاعلان . بنغاري ،  $\Upsilon$  ،  $\Upsilon$ 

\_

<sup>&</sup>lt;sup>(2)</sup> د.محمد علي آل ياسين، القانون الدستوري ، جامعة الكويت ، الكويت، ١٩٦٤، ص٦٣.

الاتصال بهم في اماكن اقامتهم حاليا ليتم الاستئناس بآراءهم بشأن مايجب ان يكون عليه الدستور.

فمن ما لاشك فيه ان صياغة الدستور واحكام مواده بطريقة سليمة يمثل صمام امان للمنظومة القانونية للبلاد، فهو الذي يضمن الحقوق والواجبات ويضمن سلامة عمل سلطات الدولة ومؤسساتها، ويؤسس لاعمدة النظام في الدولة ، ومما لاشك فيه ان احكام صياغته وفق الاسس السليمة لثوابت مبادئ القانون الدستوري سيجعلنا في غنى عن الاشكاليات التي يولدها الغموض والنقص والتعارض في النصوص الدستورية ، ويجنبنا قدر الامكان من الحاجة الى اللجوء الى جهة تفسير القانون التي قد يصيب تفسيرها حيناً وقد يخيب حيناً أخر، اذ ان من المؤسف الاعتراف ان المحكمة الاتحادية العليا في تصديها لممارسة احدى اهم مهامها المحددة دستورياً بموجب المادة (٩٣) من الدستور وهو تفسيرها لنصوص الدستور تناقض نفسها في بعض الاحيان وتفسر المادة الدستورية ذاتها بتفاسير متناقضة في اوقات مختلفة، كما حصل في تفسيرها لمدلول الكتلة النيابية الواردة في المادة (٧٦) من الدستور، والذي اختلف تفسيرها له بعد مرور اربع سنوات عن التفسير الاول، وهذا مايؤسف له كون المحكمة الاتحادية العليا تعتبر الحامي الاول للدستور والملجأ الذي يلجأ اليه الجميع.

فلا يخفى علينا الأهمية البالغة لصياغة الدستور، لمساسها المباشر بالتنظيم القانوني الاساسي للسلطة والمجتمع مما يتلائم مع السياسة التشريعية للبلد، فلكل بلد سياسة تشريعية مستقاة من دستوره أو قوانينه الاساسية، ومن ظروفه السياسية والاجتماعية والاقتصادية، ومن الفلسفة التي يؤمن بها والتي تحاكي تطلعاته في العيش الكريم لأبنائه ، كما أن معطيات البلد الاجتماعية والاقتصادية والدينية تتصل اتصالاً وثيقاً بالسياسة التشريعية (1). ولهذا فإن على التشريعات التي تصدر عن الجهات المختصة أن تراعي هذه السياسة وتتوافق معها، والاكان الدستور غريباً وغير متناغم في مضامينه.

(1) مجموعة باحثين ، الصياغة التشريعية ، مجلس النواب العراقي ، بغداد، ٢٠١٤ ، ص٢٣.

في ضوء ذلك، يجب على الدستور أن يعكس سياسة الدولة العامة وأن يرسخ الامان الاجتماعي، وبذلك نصل الى الغاية المنشودة من وضع الدستور في الدولة وهو اقامة دولة قانون راسخة وفق المعايير السليمة.

#### الخاتمة:

- بعد ان انتهينا من بحثنا هذا نورد فيما يلى اهم ما خلصنا اليه ..
- 1- ان دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥، قد تم وضعه في ظروف اقل مايقال عنها انها غير ملائمة لوضع قانون يحكم البلد في ظله لمدة طويلة، فعدم الاستقرار كان الوضع السائد في كافة مفاصل الحياة في وقت اقرار الدستور بالاستفتاء العام، وهذا الوضع قد القي بظلاله على نتائج الاستفتاء لتنتج لنا دستوراً يمشي على عكازة التعديل المرتقب وفق المادة (١٤٢) منه.
- ٢- وفق ماتبين لنا جلياً من خلال تجربة اقرار دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥، فان طريقة الاستفتاء الدستوري التأسيسي غير ناجعة في الحكم على دستور قد يتضمن بين دفتيه مايزيد عن مئتي مادة بتفرعاتها، وحتى ان سلمنا جدلاً بامكانية الاخذ بهذه الطريقة، فلا يمكن الاخذ به بشكله الذي تم عليه، وانما يجب إنشاء نظام استفتاء متطور يتضمن...

أولاً/ السعي لشرح الافكار الاساسية التي يتضمنها الدستور وايصال مفهومها بشكل واضح ووافي الى عموم الافراد، وبما يعزز اختيار الافراد لقرارهم على اسس صحيحة .

ثانياً المشاركة الحقيقية للرأي العام، ومنع سيطرة الحكومات على التلاعب باصوات المستفتين، من خلال ضمان وجود جهات رقابية مستقلة ونزيهة محلية واجنبية.

ثالثاً / ان يكون تحديد الاستفتاء على كل فقرة بشكل منفصل رغم الصعوبات والمتاعب العملية التي تستلزم تفعيل هذا المقترح.

رابعاً / السماح بشكل اوسع بدخول مؤسسات المجتمع المدني وحقوق الإنسان ، والأحزاب السياسية والدينية في مراكز الاستفتاء كمراقب محلي للاشراف على سلامة العملية الاستفتائية، فضلاً عن وجود المراقبين الدوليين للانتخابات .

247

٣- من الافضل اللجوء الى اسلوب الجمعية التأسيسية في وضع دستور جديد للعراق لتلافي المتناقضات والاشكاليات التي شابت دستور ٢٠٠٥ ، شرط توخي الدقة في اختيار اعضاء هذه اللجنة بان يكونوا من خيرة الاساتذة والمتخصصين الذين يشهد لهم بالفكر القانوني السليم والنزاهة المهنية، ويمكن ان يسبق وضع هذا الدستور استفتاءات شعبية تخص مواضيع الفدرالية والنظام البرلماني وغيرها من المفاصل الاساسية للدولة ، ان هذا الاصلاح الدستوري وان كان سيكلف مالاً ووقتاً كبيرين ، الا انه اذا تم بصورة سليمة سيضمن اصلاح وضع الدولة وبنيتها ومؤسساتها ، ويمكن ان نصل الى الحكم الرشيد الذي يصبو الجميع الى الوصول اليه.

#### المصادر ...

- ١ بول بريمر، عام قضيته في العراق،ترجمة عمر الابوبي، دار الكتاب العربي، بيروت، ٢٠٠٦.
- ٢ د. حميد حنون خالد، مبادئ القانون الدستوري وتطور النظام السياسي في العراق، ط١، وزارة التعليم
   العالى والبحث العلمي ، بغداد.
  - ٣- د.رمزي الشاعر ، النظرية العامة للقانون الدستوري، مطبعة جامعة عين شمس ، القاهرة ، ١٩٧٩.
    - ٤ د. رعد ناجى الجدة ، التطورات الدستورية في العراق،بيت الحكمة ،بغداد، ٤٠٠٤.
- ح. عبد الله البستاني،محاضرات في القانون الدستوري ، محاضرات مطوعة ملقاة على طلبة كلية الحقوق العراقية.
- ٦- د.عدنان عاجل، القانون الدستوري (النطرية العامة والنظام الدستوري في العراق) ، بغداد ، ٠ ١ ٢ .
- ٧- د. غازي فيصل ، نصوص دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ في الميزان ، ط١، الناشر صباح
   صادق الانباري، بغداد ، ٢٠٠٨.
- ۸ د. فائز عزیز اسعد، دراسة ناقدة لدستور جمهوریة العراق، دار البستان للصحافة والنشر، بغداد،
   ۲۰۰۵.
- ٩- فتحي الجواري، مدى الحاجة لتعديل دستور جمهورية العراق وما هو السبيل لذلك ، مقال منشور
   على الموقع الرسمى للسلطة القضائية العراقية .
- ١ قاسم حسن العبودي، الثابت والمتحول في النظام الفيدرالي، مطبعة الحاج هاشم ، اربيل ، ٢٠٠٧.

#### ٤٣٨ مجلة الحقوق . . العددان ٣٥ - ٣٦

- ١١ مارينا سبرونفا ، التحولات الدستورية في العراق، ترجمة د. فالح الحمراني ، مكتبة عدنان، بغداد،
   ٢٠١٢.
  - ١٢ مجموعة باحثين ، الصياغة التشريعية ، مجلس النواب العراقي ، بغداد، ٢٠١٤ .
- ١٣ د.محمد علي آل ياسين، القانون الدستوري ( المبادئ الدستورية العامة) ، المكتبة الحديثة للطباعة
   والنشر ، بيروت .
  - ٤ د.محمد على آل ياسين، القانون الدستوري ، جامعة الكويت ، الكويت، ١٩٦٤، ص٦٣.
- ١ د. محمد كامل ليلة، القانون الدستوري والدستور المصري، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٦٧ .
  - ١٦-د. مصطفى كامل ، شرح القانون الاساسى العراقي ، ط١، مطبعة دار السلام ، بغداد.
- ۱۷ د. منذر الشاوي، القانون الدستوري والمؤسسات الدستورية العراقية ، ط۲، مطبعة شفيق، بغداد ، ۱۳۶، ۱۰، ۱۳۴.
- ١٨ -د. ميلود المهذبي و د. ابراهيم أبو خزام ، الوجيز في القانون الدستوري ، الكتاب الاول ، ط٢ ،
   الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع والاعلان . بنغاري ، ١٩٩٦.

# مشروعية الصورة كدليل في الإثبات الجنائي "دراسة في القانون العراقي والمقارن"

و. كاظم عبر (لله نزال (الميامي (\*)

#### The Abstract

The research studies the general frame the image protection as a way for different purposes in current era and in order to provide the legal cover in criminal laws with its procedure and objective part.

Different results were concluded for the legal adoption for the image copyright, the position of criminal law in general and the position of Iraqi legislation and comparative legislation on the nature copyright image and indicates that there is a legislative defect or limitation in dealing with image copyright especially in Iraq.

The study confirms many recommendations for the legislator especially the Iraqi legislator to induce the social conditions in Iraq, and to intensify the incrimination of the image and to impose intensive punishment for im

age image copyright violation.

الملخص

تتناول الدراسة الإطار العام القانوني لحماية ألصوره التي تعد وسيلة للأغراض المتعددة في العصر الراهن، من أجل توفير الغطاء القانوني في التشريعات الجنائية بشقيها الموضوعي والإجرائي.

وتوصلت الدراسة إلى العديد من النتائج حول التكييف القانوني للحق في الصورة، وموقف الفقه الجنائي بشكل عام، وموقف التشريع العراقي والتشريعات المقارنة حول طبيعة

أمدرس قسم القانون / كلية الفارابي الجامعة

الحق في الصورة، واستنتجت أن هناك قصور تشريعي في معالجة القضاء للحق في الصورة وخصوصا في العراق .

وقد ثبتت الدراسة العديد من التوصيات للمشرع لاسيما المشرع العراقي، لاستقراء الظروف الاجتماعية التي يمر بها العراق بالتشديد على تجريم الصورة وفرض عقوبات مشددة على انتهاك الحق في الصورة.

#### المقدمة:

الصورة ترتبط بشخص الإنسان ارتباطا وثيقا، فإذا كانت الصورة من جهة تقوم برسم ملامح الشخص الخارجية، فأنها من جهة أخرى تعد مرآة تعكس ما يدور في نفسه وفي فكره وانعكاساً لشخصيته، فهي انعكاس عما يخفيه الإنسان بداخله، ومن هنا تأتي قيمة الصورة.

ولقد فتح التقدم العلمي والتكنولوجي في الوقت الحديث آفاقاً ضخمة أمام تقدم الإنسانية وتحقيق مستوى متقدم وأفضل من الحياة، ولكنه حمل في نفس الوقت، بين طياته مخاطر ضخمة تهدد حقوق الأفراد. وكلما تطور العلم، زادت مشكلات هذا التطور تعقيداً، لاسيما في السنوات الأخيرة فقد تضاعفت الاهتمامات بالتقنية الحديثة لدرجة أصبحت معها الأماكن الخاصة والحريات الشخصية بل والحياة الخاصة عموماً في متناول كل من يريدها وبقدر قليل من الجهد والعناء، وهذا ما ينطبق على استخدام الوسائل البصرية (١).

كما أن الصورة تعد وسيلة تعبير فعالة – في العصر الحالي – يمكن استخدامها في العديد من الأغراض المختلفة ولهذا يكون من الواجب توفير أطار قانوني خاص بها يضع حدوداً للاستعمال المشروع مقيداً بالمصلحة العامة"(٢)، وعلية فكان أولى بالمشرع إن يقرر لها حماية خاصة سواء على الصعيد الدستوري – الذي يحتل قمة التنظيم القانوني في الدولة – إلى جانب الدور الذي تضطلع به التشريعات الجنائية بشقيها الموضوعي والإجرائي على إقرار

(١)أ.حرية محمودي، مدى مشروعية الأدلة المستمدة من الأساليب العلمية الحديثة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، سنة ٤٠٠، ص ٢٣٩.

<sup>(</sup>٢) د. جعفر كاظم جبر الموزاني، د. نعيم كاظم جبر الموزاني، د. محمد حسناوي شويع، نحو نظام قانوني لمسؤولية الصحفي المدنية من عرض صور لضحايا الجريمة، مركز دراسات الكوفة، العدد السابع، ٢٠٠٨، ص ٦٢.

حماية لها ووضع ضوابط دقيقة تجرم أية انتهاك لذات الحق، كما أسهمت العديد من الإحكام القضائية وكثير من اجتهادات وآراء الفقه الجنائي على العمل على إقرار هذا الحق.

### أهمية الدراسة:

ترجع أهمية موضوعنا في البحث والدراسة إلى أنه:

- يعد حق الشخص في صورته عنصرا من عناصر حياة الإنسان الخاصة، فإذا كانت الصورة العادية تحمل تسجيلا حقيقيا لما تراه العين، وما يعجز الفكر الإنساني عن التعبير عنه، فإن التطور التقني لوسائل التصوير تجاوز ذلك كما في التصوير الاسبكتوغرافي، وقد يتم التصوير باستخدام أشعة غير مرئية أو تصوير ضوئيا<sup>(۱)</sup>.

وقد أدت ثورة التقنية الحديثة إلى ظهور أجهزة تصوير ذات تقنية عالية قد تؤدي إلى انتهاك خصوصية الإنسان وحقه في صورته، مما دفع الكثير من الدول والتشريعات إلى مواجهة هذه الجرائم ووضع القوانين لسد أي فراغ قانوني يمثل انتهاك لذات الحق.

- أصبحت الصورة في العصر الحالي علاوة على أهميتها العملية والأمنية، فقد أصبحت أداة هامة تستخدم في البحث الجنائي.

### مشكلة الدراسة

أن الإشكالية التي تحاول الدراسة التصدي لها تتمثل في:

- مدى تأثير التطور العلمي والتكنولوجي في العصر الحديث على القانون الجنائي بشقيه (الموضوعي والإجرائي)، حيث يؤدي التقدم العلمي إلى ظهور العديد من المشكلات الجديدة منها عدم ملائمة القانون الجزائي لما يشهده العالم من تطورات وبخاصة في وسائل التصوير.
- موقف التشريعات الجزائية الإجرائية من معالجة الحق في الصورة، ومدى حجية الصورة من الناحية الإجرائية كدليل في الإثبات الجنائي في التشريع العراقي والمقارن.

(١) أ. بن لاغة عقيلة، حجية أدلة الإثبات الجنائية الحديثة، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق -بن عكنون بجامعة الجزائر، سنة ٢٠١١ - ٢٠١٢، ص ٧٦.

### منهج البحث

منهجية البحث في هذه الدراسة تعتمد بشكل كبير على أتباع المنهج الوصفي التحليلي المقارن، حيث تم الاعتماد على المنهج الوصفي الذي يهدف إلى وصف وتشخيص موضوع البحث من مختلف جوانبه وكافة أبعاده. من خلال جمع المعلومات من المصادر، والوثائق، والدراسات، والأبحاث، والكتب ومواقع الإنترنت ذات العلاقة بهذا الموضوع. وكذلك توضيح وتحليل النصوص القانونية والأحكام والقرارات الصادرة في هذا الشأن. كما انتهجنا المنهج الاستقرائي التحليلي حيث إن طبيعة الموضوع تقتضي إتباع هذا المنهج في استقراء وتحليل مختلف النصوص القانونية في موضوعنا من أجل تحديد الثغرات أو أوجه القصور فيها، والعمل على استنباط بعض النتائج ومحاولة وضع حلول للمسألة المعروضة.

كما أن موضوع الدراسة يقوم على أساس المقارنة بين القانون العراقي والمقارن، وأيضا موقف كل منهما في معالجة الحق في الصورة، فقد رأيت اعتماد المنهج المقارن.

### هيكلية الدراسة

قسمت الدراسة إلى مبحثين على التوالي فضلا عن مقدمة وخاتمة تتضمن نتائج وتوصيات وعلى النحو الأتى:

أنصرف المبحث الأول لبيان ماهية الصورة وطبيعتها القانونية وتضمن مطلبين؛ المطلب الأول مفهوم الصورة وأهميتها وآليات المراقبة، أما المطلب الثاني يتناول التكييف القانوني للحق في الصورة، وفي المبحث الثاني استعرضنا النطاق الموضوعي والإجرائي لحماية الحق في الصورة وتنضمن مطلبين ؛ المطلب الأول النطاق الموضوعي لحماية الحق في الصورة وأنصرف المطلب الثاني إلى توضيح موقف القضاء العراقي والمقارن من حماية الحق في الصورة .

### المبحث الأول: ماهية الصورة وطبيعتها القانونية

تمهيد وتقسيم: الحق في الصورة أحد مظاهر حرمة الحياة الخاصة، وأحد عناصرها المهمة، التي تسعي التشريعات الوضعية إلى حمايتها، وسنوضح ماهية الصورة وطبيعتها القانونية على النحو الأتي: –

# المطلب الأول: مفهوم الصورة وأهميتها وآليات المراقبة

قديما ظل التكوين الفني للصورة معتمداً على الرسم باليد بفرشاة أو غيرها وذلك حتى أوائل القرن الثامن عشر، لذا كان تصوير القسمات الطبيعية لشخص يتطلب عادة سكوته في وضع معين لمدة تطول أو تقصر ريثما ينتهي المصور من عمله"(1)، إلا أن الاعتداء على الصورة قد برز في السنوات الأخيرة، فقد تضاعفت الاهتمامات بالتقنية الحديثة من بينها التصوير الفوتوغرافي وآلات تسجيل الصوت والصورة وعرضها، وأجهزة التصوير على بعد كبير من الهدف لدرجة أصبحت معها الحياة الخاصة للأفراد في متناول كل من يريدها بقدر قليل من الجهد والعناء(٢).

## الفرع الأول: تعريف الصورة وأهميتها

تشريعياً لم يتناول المشرع العراقي تعريفاً للصورة، مثله مثل العديد من التشريعات التي لم تتناول مفهوم الصورة، إلا إن المشرع العراقي تطرق إلى مفهوم التصوير الشمسي"(٣)، أي "التصوير الفوتوغرافي".

وفقهياً تعرف الصورة بأنها "هي الشكل الظاهر لروحه الكامنة في جسده، فهي تبرز الأنا، وتعد تعبيرا عن حالات الفرح والحزن التي يمر بها"(<sup>1)</sup>، كما عرفت بأنها "كل امتداد ضوئي للجسم البشري، يدل دلالة واضحة على شخصية صاحبها، ويستوى إن يكون هذا ناقلاً

Avanas(J.R): la protection des personas control réadlisationet la publication de leur image préface de p.Kayser paris,L.G.D.J,1978,p.181.

.

<sup>(</sup>١) د. هبة أحمد علي حسانين، الحماية الجنائية لحرمة الحياة الخاصة " دراسة مقارنة "، أطروحة دكتوراه كلية الحقوق جامعة القاهرة، ٢٠٠٧، ، ص ٤٤٤. نقلا عن؛

J.stoufflet:Le diorite de la personnel sure son imago (quelques re-marques sure la protection de la personality)J.C.P.1957-1-1343 No.13.

 <sup>(</sup>٢) د. محمد أمين فلاح الخرشة، مشروعية الصوت والصورة في الإثبات الجنائي "دراسة مقارنة "، أطروحة دكتوراه كلية الحقوق بجامعة عين شمس، سنة ٢٠٠٩، ص ٢١٦.

 <sup>(</sup>٣) تنص المادة (٧٠) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي على إن " لحاكم التحقيق أو المحقق إن يرغم المتهم أو المجني عليه في جناية أو جنحة على التمكين من الكشف على جسمه أو اخذ تصويره الشمسي.... ".

<sup>(</sup>٤) د. ضيف الله بن نوح الغويري، ضمانات الحماية الجنائية للحقوق الخاصة للإنسان وتطبيقاتها في النظام السعودي والقانون المصري "دراسة تأصيلية مقارنة"، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، ٢٠١، ص ١٧٠. نقلا عن؛

للصورة على حقيقتها، أو إن يدخل عليها تحريفاً بحيث يعطيها منظراً هزليا"(1)، وذهب جانب ثالث إلى تعريفها بأنها " تمثيل لشخص أو شيء عن طريق احد الفنون من نقش أو نحت أو تصوير فوتوغرافي أو فيلم ولم تقف الصورة عند حدود التجسيد المادي لشخص ما، بل تعكس شخصيته وانفعالاته"(1).

ويبدو لنا أن مفهوم الصورة" تتمثل في المظهر الخارجي للشخص الذي يعد انعكاس لحالاته الداخلية وما يصاحبها من انفعالات ومشاعر خارجية، مما يعنى أن الصورة تجسد المظهر المادي والمعنوي للشخص".

ومن ناحية أخرى حقق التصوير جملة من المنجزات التي خدمت الإنسانية وأستطاع أن يختصر الكثير من الجهد والوقت بحكم الافتراضات الحقيقية التي حققها في شتى ميادين العلوم والفن، إذ أنه أرتبط بالعديد من التطورات التكنولوجية التي أسهمت في تحسين وتطوير العديد من المجالات، وتعد العلوم الجنائية إحدى تلك المجالات التي استفادت من تقنية التصوير وحققت مجموعة من التطورات أسهمت بشكل مباشر في تطوير الإثبات الجنائي"(٣).

"ولقد ازدهرت فكرة الحق في الصورة خصوصاً مع تطور فكرة المجتمع الاستهلاكي، بحيث أصبح كل شيء له قيمة مالية" (٤٠).

قد "يأخذ التصنت الالكتروني في شكل التجسس سواء كان هذا التجسس من قبل الشرطة، أو من قبل الصناعة (المنافسة) أو التجسس عائلي، وفي جميع الأحوال يجب إلا

 (۲) د. رشيد شميشم، الحق في الصورة، مجلة العلوم الإنسانية والاجتماعية، نشرة - ب-، جامعة المدية، العدد ۲۰۰۸، ص۱۲۷.

 <sup>(</sup>١) د. سعاد علي محمد الفقيه، الحماية الجنائية للحياة الخاصة في القانون الليبي "دراسة مقارنة "، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠١٣-٣٠١، ص٢٤٩.

 <sup>(</sup>٣) د. نوفل على عبد الله، أ. خالد عونى خطاب، دور أجهزة التصوير الحديثة في الإثبات الجنائي، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد/ ١٥، العدد/٥٥، السنة ١٧، ص٣٣٩.

<sup>(</sup>٤) د. علاء الدين عبد الله فواز الخصاونه، د. بشار طلال المومني، النظام القانوني للصورة الفوتوغرافية "الحقوق الواردة عليها ووسائل الحماية القانونية "، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، السنة السابعة والعشرون، العدد الثالث والخمسون، صفر ١٤٣٤هـ، يناير ٢٠١٣، ص ٢١٤.

ننسى إن التطورات التكنولوجية تحمل تهديدا للحريات الفردية"(١). كما انه "إذا كان التصنت يستخدم في المجال الجنائي بواسطة رجال الضبط، فأنه يستخدم أيضا بين رجال الصناعة بما يطلق عليه التجسس الصناعي"(٢).

"وعلى الصعيد الأمني أن إثبات الجرائم من خلال التصوير وسيلة مستعملة خصوصاً في ضبط مخالفات السير على الطرق في معظم الدول" ("")." كما تستخدم الصور في تحديد هوية المجرم، وتكون الكاميرا من ثم أداة مهمة للعرض والبيان "(<sup>2)</sup>.

وتشريعيا هناك حالات أخرى يتم تصوير المتهم علانية وفقاً لإحكام القانون مع ضرورة إخطاره بها، "كما في القانون الفرنسي، حيث يتم تسجيل استجواب الأطفال المحتجزين المتهمين باتهامات جنائية بالصوت والصورة وفقاً للمادة (٦٤) من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي"(٥).

الفرع الثاني: تعدد مظاهر الاعتداء على الصورة

أضطلع التقدم العلمي والتكنولوجي بدور مهم في أجهزة التجسس على الحياة الخاصة، وشكل ظاهرة في تزايد مستمر في كل المجالات التي تتدخل فيها لتؤدي دورا في التوغل في حياة الاخرين الخاصة وعلى الأخص في مجال الرقابة البصرية والسمعية، وكذا في

(۲) Control and security Journal,n 3,November,december 1988,P.22.

د. معتصم خميس مشعشع، أثبات الجريمة بالادلة العلمية، مجلة الشريعة والقانون، الصادرة عن كلية القانون (۳) بجامعة الامارات العربية المتحدة، السنة السابعة والعشرون، العدد السادس والخمسون، ذو الحجة ١٤٣٤ هـ - اكتوبر ٢٠١٣ م، ص ٣٩.نقلا عن؛

GREEN-WALD R., Scientific evidence in traffic cases, Journal of criminal law, criminology and police science, 1968, p. 57.

<sup>(1)</sup> J.Cabannes, le dorit au respect de lavie priveé, fondement est quantum de la responsabilite du gournalisté indiscret , conclusion sous panis 15 mai 1970, D alloz 19970, P.466.

<sup>(4)</sup> Simon Ablon cole, manufacturing identity, ahistory of criminal iclentification, techniques from photography through fingerprinting, Ph.D.diss Cornell., 1988, P.28-29.

<sup>(°)</sup> Les auditions des personnes placées en garde à vue pour crime, réalisées dans les locaux d'un service ou d'une unité de police ou de gendarmerie exerçant une mission de police judiciaire font l'objet d'un enregistrement audiovisuel....."

مجال تجميع المعلومات وتخزينها بواسطة احدث واخطر ما توصل إليه العلم وهو العقل الإلكتروني" (١). حيث تعددت إشكال وصور الاعتداء على الصورة ونستعرض منها:

أولا- وسائل الرؤيا أو المشاهدة: تطورت تقنيات التصوير بصورة، حيث يمكننا حصر الأجهزة التي تتم بها مراقبة الصورة على النحو الأتي:

١- التصوير: - أذ يعرف بشكل عام بأنه "عملية نقل صورة لواقع معين في ساعة معينة وحدث محدد بعينه"(٢). وهناك نوعين من التصوير منها التصوير الفوتوغرافي (الثابت)، كما أن هناك تصوير الفيديو(المرئي)أو التصوير المتحرك هذا التصوير يعتمد على توثيق مشاهد متحركة على خلاف التصوير الفوتوغرافي "الثابت "<sup>(٣)</sup>.

٧- آلات التصوير عن بعد: - فالمستحدثات التكنولوجية في هذا المجال عديدة ومتنوعة، فظهرت آلات التصوير عن بعد، والتي تلغي حاجز المسافة، وأجهزة التصوير بالأشعة تحت الحمراء، والتي تتيح اقتحام المجال الشخصي للإفراد ليلاً بقدرتها على التقاط صور دقيقة لما يأتيه تحت جنح الظلام، والمرايا ذات الازدواج المرئي المسماة بالمرايا الناقصة، التي تتيح مراقبة الشخص أو تصويره داخل مكان مغلق من خلال زجاج يبدو من الداخل كمرآة أو كزجاج غير شفاف، وهي تسمح بالرؤية من خلفها دون أن تسمح للشخص الموجود بالخارج بهذه الرؤية"(٤)، كما "توجد نوافذ مزودة بعدسات في اتجاه واحد، بحيث تسمح لمن يجلس داخل الحجرة أن يراقب ما يدور في حجرة أخرى دون أن يعلم من بداخلها، وكذلك التليسكوبات

د. صفية بشاتن، الحماية القانونية للحياة الخاصة "دراسة مقارنة "، أطروحة دكتوراه ، جامعة مولود معمري – (1) تيزي وزو، الجزائر، ٢٠١٢، ص ٨. نقلا عن؟

STROMHOLM(S.): "Ordinateur et droit", Rev. int. dr. comp, 1973, P55.

د.إبراهيم على الذوادي، التصوير الجنائي وكشف غموض الحادث، حث مقدم الى كلية علوم الأدلة الجنائية **(Y)** في جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، ٢٠٠٧، ص٣٠.

د. عمار عباس الحسيني، التصوير المرئي وحجيته في الإثبات الجنائي، كلية القانون، جامعة بابل، المجلد **(T**) ١٦، العدد ١ آذار ٢٠١٤، ص ٢٩.

رغم انتشار هذه الوسيلة في الإغراض الطبية بملاحظة المرضى في غرف العناية المركزة، إلا أن بعض (**£**) مؤسسات العدالة الجنائية قد استخدمتها في أغراض مراقبة الأشخاص في الأماكن التي تصعب فيها المراقبة. انظر: أ. عباسي خولة، الوسائل الحديثة للإثبات الجنائي في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم

السياسية، جامعة محمد خضير بسكره، ، سنة ٢٠١٣-٢٠١٤، ص ٤١.

القوية التي تجعل من الممكن مراقبة الأماكن التي يشغلها الإفراد على الرغم من بعد المسافة التي تولد لديهم اعتقاد بأنهم بعيدون عن أعين الغير "(١).

خ – التصوير باستخدام الأقمار الصناعية: "إن استخدام الأقمار الصناعية بإمكاناتها الفذة في هذا المجال، وعلى نطاق واسع، من شأنه أن يكشف عن خصوصيات الإنسان ويجعله شبه عار أمام الآلاف بل الملايين من البشر الذين يمكنهم مشاهدة صورته، سواء كانت ثابتة أو متحركة، بكل وضوح في أي مكان من العالم"(٢). كما "إن هناك أقمار التجسس الصناعي، وأجهزة الاستطلاع بالصور، حيث تركب فيها كاميرات للمراقبة تلتقط صوراً من على بعد أميال عديدة"(٣).

ثانيا – وسائل تسجيل الصورة: – أدت أجهزة تسجيل الصورة المسماة scopes التي أفرزتها تكنولوجيا الإلكترونيات وجعلت منها سلاحاً في كشف العلاقات الخاصة بين الإفراد. وما قامت بة أيضا الدوائر التليفونية المغلقة، التي تعطى مشاهدات مستمرة لما يدور في المكان على جهاز استقبال في مكان آخر، والتي بلغ تطورها حد تطويع الألياف الضوئية التي تستخدمها لكي تلتف حتى تصور ما قد يدور في أركان المكان. والمرايا ذات الازدواج المرئي التي تتيح مراقبة الشخص أو تصويره داخل مكان مغلق من خلال زجاج يبدو من الداخل كمرآة أو كزجاج غير شفاف، وهي التي تسمى "بالمرايا الناقصة"، وغيرها كثير.. "(<sup>1)</sup>، وتسهم وسائل تسجيل الصورة في استخدام العديد من الطرق منها الالتقاط، والنقل (<sup>0</sup>)، علاوة على الدور الذي يضطلع به التليفون المحمول في الآونة الأخيرة.

(1) R.V.Jons, Lavie privée mise en péril par la technologie in vie privée et dorits de l'homme. Actes du troisieme collogue international sur la convention europeenne des Droits de l'homme (Bruxeles 30 Oct, 1970), Brulan Bruxelles. 1973. P.P.191-199.

<sup>-</sup>Alan F. Westin: privacy and freedom, New York A Ttheneum. 1967, PP.71-80.

<sup>(</sup>٢)د. محمود عبد الرحمن محمد، نطاق الحق في الحياة الخاصة أو الخصوصية " دراسة مقارنة "، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة نشر، ص١٢.

<sup>(</sup>٣)هامش د. سعاد على محمد الفقيه، مرجع سابق، ص١٦٣.

<sup>(</sup>٤)د. هشام محمد فريد رستم، حماية حق الإنسان في صورته، مكتبة الآلات، أسيوط، ، ١٩٩١، ص ١٦–١٠.

<sup>(</sup>٥)د. آدم عبد البديع حسين، الحق في حرمة الحياة الخاصة ومدي الحماية التي يكفلها له القانون الجنائي "دراسة مقارنة "، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق بجامعة القاهرة، سنة ٢٠٤٠هـ- ٢٠٠٠، ص ٢٩٨.

المطلب الثاني: التكييف القانوني للحق في الصورة

نستعرض الآراء التي تطرق إليها الفقه الجنائي بشأن بيان الطبيعة القانونية للصورة، وبعد ذلك نوضح موقف التشريع العراقي والمقارن منها:

الفرع الأول: موقف الفقه الجنائي

هناك أربعة آراء تطرق لها الفقه الجنائي نحاول إن نتناولها على النحو الأتى:

الرأي الأول: الحق في الصورة حق ملكية: ووفقا لهذا "الرأي يكون الشخص الطبيعي مالكاً لجسده، و يتفرع على ذلك أن المرء يملك أن يتصرف، وأن يستعمل، وأن يستغل وهي الأماكن الثلاث التي يخولها حق الملكية — جسده و صورته، فله أن يبيع شكله وأن يغير من ملامحه كأن يصبغ شعره أو يحلقه. كما يجوز للإنسان يعده مالكا لصورته أن يعترض على من يصوره أو ينشر صورته"(١).

ينتقد معظم الفقه الفرنسي هذه النظرية يعدها فكرة خاطئة وغير دقيقة، فأنصار هذا الاتجاه متأثرون بالأفكار القديمة (القانون الروماني) التي ترجع كل جديد إلى الأفكار القانونية السائدة منذ القدم، بدلا من أن يجددوها، ولهذا أدخلوا الحق في الصورة في نطاق الحق في الملكية حتى يتمتع الحق في الصورة بمزايا الحق في الملكية الذي يخول صاحبه سلطات مطلقة (٢).

الرأي الثاني: الحق في الصورة أحد عناصر الحق في حرمة الحياة الخاصة عد البعض "إن الحق في الصورة يقع ضمن الحياة الخاصة للشخص، ولذا فهو عنصر من العناصر المكونة لحياته الخاصة، وأفرد لها تقسيماً آخر أطلق عليه اسم الحقوق اللصيقة بالشخصية أو حقوق الشخصية التي تهدف إلى حماية الكيان الأدبي للإنسان، وهو يتمتع بذات الخصائص التي يتمتع بها تلك الحقوق"(").

<sup>(</sup>١) د. عاقلي فضيلة، الحماية القانونية للحق في حرمة الحياة الخاصة "دراسة مقارنة " أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الاخوة منتورى - قسنطينه، ٢٠١١ - ٢٠١١، ص٠٠٠٠.

<sup>(</sup>٣)د. ممدوح خليل بحر، حماية الحياة الخاصة في القانون الجنائي "دراسة مقارنة"، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٨٣. م٣٧٣.

<sup>(</sup>٣) د.علاء الدين عبد الله فواز الخصاونه، مرجع سابق، ص ٢١٨.

229

وقد "وجه إلى هذا الرأي نقد يتمثل في وجود اختلاف بين الحق في الصورة والحق في الخصوصية حيث أن الحق في الصورة مستقل عن الحق في الخصوصية، فالحق في الصورة هو حق الشخص في الاعتراض على التقاط صورته ونشرها دون إذنه، أما الحق في الخصوصية فيقع الاعتداء عليه في نطاق الحياة الخاصة ولا يبدأ هذا الحق إلا حيث تنتهي الحياة العامة فيقع الاعتداء عليه في الحياة العلية أو الحياة الخاصة" (1). للشخص، أما الحق في الصورة فيكون الاعتداء عليه في الحياة العلية أو الحياة الخاصة، أي أن الحق الرأي الثالث: الحق في الصورة حق مستقل عن الحق في حرمة الحياة الخاصة، أي أن الحق في الصورة كما أنه يمكن المساس به في الحياة الخاصة، أيضاً يمكن المساس به في الحياة العامة، في حين أن الحق في الخصوصية لا يمكن المساس به في نطاق الحياة العامة للفرد" (٢). الرأي الرابع: الحق في الصورة ذو طبيعة قانونية مزدوجة يرى أن الحق في الصورة يتخذ موقفا الرأي الرابع: الحق في الصورة ذو طبيعة قانونية مزدوجة يرى أن الحق في الصورة يتخذ موقفا الحق في الحياة الخاصة، ويكون مصتقلاً بذاته أحيانا أخرى. فهو يكون مجرد عنصر من عناصر الحياة الخاصة وأحد مظاهرها الأساسية إذا تعلقت الصورة بالحياة الخاصة للإنسان، عناصر الحياة الخاصة وأحد مظاهرها الأساسية إذا تعلقت الصورة بالحياة الخاصة للإنسان، كما لو كانت تمثل منظراً للحياة العاطفية أو العائلية للشخص، ففي التقاطها أو نشرها دون إذن صاحبها إخلال بالاحترام الواجب لحقه في الخصوصية الذي يكون هو أساس عدم المشروعية في هذه الحالة "(٣).

وقد أيد "الفقه المصري هذا الرأي، حيث يرى أن قانون العقوبات المصري وإن كان لا يحمي الصورة في حد ذاتها، وإنما يحميها يعدها عنصراً من عناصر الحياة الخاصة، إلا أنه يمكن في الوقت نفسه وجود اعتداء على الحق في الصورة دون أن ينطوي على اعتداء على الحق في الخصوصية مثل التصوير في الطريق العام"(1).

(١) راجع في التمييز بين الحق في الخصوصية والحق في الصورة، د. حسام الدين الأهواني، مرجع سابق، ص٧٩.

<sup>(\*)</sup> Nerson(R): Distinction du droit à 1 image et du droit au respect de la vie privée, Rev.trim.Dr.civ.1971,p.365.

<sup>(</sup>٣) د. محمود عبد الرحمن محمد، مرجع سابق، ص ٢٣٦.

<sup>(</sup>٤) د. حسام الدين الأهواني، مرجع سابق، ص٨٢.

ومن جانبنا نرى أن الحق في الصورة الشخصية، يمكن حمايته يعده احد عناصر الحياة الخاصة، كما انه يمكن أن تقرر له الحماية كذلك بوصفه حقاً مستقلاً بذاته عن الحق في الخصوصية، حيث إن كلا الحقين بينهما ترابط وثيق الصلة دون انفصال.

الفرع الثاني: موقف التشريع العراقي والمقارن

تباينت مواقف التشريعات الجزائية حول طبيعة الحق في الصورة على النحو الأتي:

أولاً – موقف التشريع العراقي من طبيعة الصورة

التشريعات العراقية بصفة عامة والقانون المدني بصفة خاصة يخلو من أية إشارة إلى طبيعة الحق في الصورة، إلا أن الدستور العراقي النافذ نص على انه (لكل فرد الحق في الخصوصية الشخصية بما لا يتنافى مع حقوق الآخرين والآداب العامة)(1)، وبمقتضي النص السابق يمكن عد الحق في الصورة أحد عناصر الحق في الحياة الخاصة أو الخصوصية.

ثانياً - موقف التشريعات المقارنة من طبيعة الصورة

#### ١ - موقف التشريعات العربية

عد القانون الجنائي المصري " الحق في الصورة عنصراً من عناصر الحياة الخاصة، وأن الاعتداء عليها بالتقاطها أو بنشرها بدون موافقة الشخص المعني يُشكل جريمة يُعاقب عليها" $^{(7)}$ , أما القانون المدني المصري فعد الحق في الصورة حق ملكية $^{(7)}$ , إلا انه على الصعيد القضائي رأت بعض المحاكم المصرية أن الحق في الصورة يعد حق مستقل، حيث قضت محكمة استئناف القاهرة في حكم لها إلى انه "تعد المحكمة الحق في الصورة مستقلا عن بقية الحقوق الأخرى $^{(2)}$ , وسار على نفس خطى التشريع المصري القانون الإماراتي والأردني " $^{(1)}$ ,

<sup>(</sup>١) انظر المادة (١٧) من الدستور العراقي، في الفصل الأول، في (باب الحقوق)

 <sup>(</sup>۲) انظر المادتین (۳۰۹) مکرر، (۳۰۹) مکرر (أ) من قانون العقوبات المصري، انظر: د. آدم عبد البدیع آدم،
 مرجع سابق، ص۳۳٤، د. سعاد على محمد الفقیه، مرجع سابق، ص ۲۵۱.

 <sup>(</sup>٣) نصت المادة (٥٠) من القانون المدني على أن" لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة لشخصيته، ...."

<sup>(</sup>٤) د. عاقلي فضيلة، مرجع سابق، ص ٢٥٣. نقلا عن؛ د. عبد المنعم حسني، مدونة التشريع و القضاء في المواد المدنية، ج١، ص ١١٨، القضية رقم ١٩٨٧، ص ٣٣٦.

ويجمع الفقه المغربي على أن الحياة الخاصة (ومنها الحق في الصورة) من الحقوق الشخصية، وبالضبط في الحقوق الخاصة المتعلقة بالمقومات المعنوية للشخصية (٢).

٢ - موقف التشريعات الأجنبية

عد القانون الفرنسي أن الحق في الصورة عنصراً من عناصر الحق في حرمة الحياة الخاصة – حيث اعترف به المشرع الفرنسي صراحة في المادة التاسعة من القانون المدني المضافة بقانون ١٧ يوليه سنة ١٩٧٠ – تتفرع عنه حقوق تابعة أو مُلحقة Droits من بينها الحق في الصورة (٣)، وهذا التوجه تبنته العديد من الإحكام القضائية، حيث قضي بأن " لكل شخص الاستئثار بصورته وله وحده الحق في أن يحدد ظروف وشروط استعمال هذه الصورة "(٤).

وفى الولايات المتحدة الأمريكية، لقد تم الاعتراف(بالحق في الصورة) بمقتضي حكم صادر عن المحكمة العليا كونه أحد عناصر الحق في الحياة الخاصة بالرغم من عدم وجود سوابق قضائية في الموضوع<sup>(٥)</sup>.

Trib. gr. Inst. 9 octobre 1963, g.p. 1964-1-75

<sup>(</sup>۱) انظر المادة ۹۰ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم ٥ لسنة ١٩٨٥، وكذلك المادة (٤٨) من القانون المدنى الأردنى لسنة ١٩٧٦.

د. نور الدين الناصري، النظام القانوني للحق في الحياة الخاصة "دراسة في ضوء التشريع المغربي والمقارن "، بحث منشور في مجلة الفقه والقانون، العدد التاسع، يوليو سنة ٢٠١٣، ص ١١. نقلا عن؛ د. خالد عبد الله قيد، مدخل لدراسة القانون، دار الأمان، الرباط، ص ٢٤٨ وما بعدها.

 <sup>(</sup>٣) د. آدم عبد البديع آدم حسين، الحق في حرمة الحياة الخاصة ومدى الحماية التي يكفلها له القانون الجنائي "دراسة مقارنة "،أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، ٢٠٤١هـ - ٢٠٠٠م، ص٣٣٣. نقلا عن؛

CI.Geffray:"Le secret Privee dans la vie et dans la mart",J.C.P.1974-1-2604,NO.16.

<sup>(</sup>٤) د. عاقلي فضيلة، مرجع سابق، ص ٢٥٠. نقلا عن؛

<sup>(°)</sup> Pavesich V.New England life Ins.Co.122Ca.190,50 S.E.68(1905) قضية "بافيش"تتلخص وقائعها في أن أحدى شركات التأمين استخدمت صورة المدعى للإعلان عن التأمين عن الحياة بدون موافقته، وقد أظهرته في حالة رثه تعبيرا عن الانصراف عن هذا النوع من التأمين. وتأسيسا على انتهاك حق المدعى في الخصوصية، استجابت المحكمة لطلبه وقضت له بالتعويض. أشار إليها؛ د. محمود عبد الرحمن محمد، مرجع سابق، ص ٤٤.

وقررت بعض الأحكام القضائية الصادرة عن المحاكم الإنجليزية إلى عد الحق في الصورة من عناصر الحق في الحياة الخاصة، حيث عدتها جريمة "تشهير"، حيث قضت المحكمة لصالح المدعية على أساس أن ما صدر من المدعي عليه— بعد تصويرها مع الغير — يعد قذفا في حقها وخاصة أنها متزوجة. ومن الواضح أن القذف في هذه القضية يغطي بعض مظاهر الحياة الخاصة للمدعية، وهي الصورة وقضاء أوقات الفراغ (1).

المبحث الثاني: النطاق الموضوعي والإجرائي لحماية الحق في الصورة

تمهيد وتقسيم: أدت التشريعات الجزائية دوراً كبيراً في حماية الحق في الصورة كضمانة هامة تحول دون الاعتداء على ذات الحق، كما أن "حجية التصوير المرئي في الإثبات الجنائي تخضع لما يخضع له سائر الأدلة الجنائية الأخرى من وجوب توافر المشروعية في الدليل فأن فقد التصوير لهذه المشروعية كان دليلاً باطلاً ولا يجوز التمسك به، وربما يعرض من قام بالتصوير إلى المسائلة الجنائية لارتكابه فعلاً ينطوي تحت طائلة التجريم"(٢)، حيث يتعين إن يتوافر في تلك الأدلة قواعد المشروعية وعدم مخالفة تلك الأدلة لنصوص القوانين المنظمة لها، وسنستعرض موقف التشريع العراقي والمقارن على النحو الأتي:

المطلب الأول: النطاق الموضوعي لحماية الحق في الصورة

سنحاول تبيان الموقف الذي أعتمده التشريع العراقي، وما اضطلعت بة التشريعات الجنائية لحماية الحق في الصورة على النحو الأتي:

الفرع الأول: موقف التشريع العراقي

على الرغم من إن التشريع العراقي يمتد بجذوره إلى أعماق التاريخ، إلا إن هناك قصوراً تشريعي كبيراً في معالجة المراقبة الإلكترونية للصورة يعدها أحد عناصر الحق في الحياة الخاصة، كما إن المعالجة التشريعية لحماية خصوصية الإفراد في الدستور العراقي وفي إطار

و(١)انظر: - د. يوسف الشيخ يوسف، مرجع سابق، ص ٩-٤٨. د. عاقلي فضيلة، مرجع سابق، ص ٩-٤٨ نقلا عن ؛ HONEYSETT (V). News chronics ltd, reported in time, LONDON, 1935, P. 5.

<sup>(</sup>٢) د. عمار عباس الحسيني، مرجع سابق، ص ٢٥.

الحماية المدنية والجنائية أمر محدود تماما، كما إن المعالجات الفقهية لهذه المسألة قاصرة، وإحكام القضاء قد تكون محصورة.

ويرجع ذلك إلى عدم إدخال تعديلات جدية على النظام الجنائي في البلاد يتوائم مع ما يشهده العالم من تطور تكنولوجيي وتقنى ينعكس بدوره على الجريمة، لان الجريمة ما هي إلا انعكاس للمجتمع.

### ١ - موقف الدستور العراقي

أشارت ديباجته الدستور العراقي النافذ لعام ٢٠٠٥ (للحق بالكرامة الإنسانية) من خلال جذورها الأصلية حيث ابتدأت ديباجة الدستور العراقي بالآية الكريمة (( ولقد كرمنا بني ادم ......(1). و بهذه المقدمة التعريفية وصف واضح لأهم الحقوق التي يتمتع بها الإنسان في الإسلام ألا وهو الحق في الكرامة الإنسانية، يضاف لذلك النص في باب الحريات على (إن حرية الإنسان وكرامته مصونة..).

كما نص على أن " لكل فردٍ الحق في الخصوصية الشخصية، بما لا يتنافى مع حقوق الآخرين، والآداب العامة "(١). وهذا يعني إن الدستور العراقي النافذ كفل عدم جواز التدخل بالحياة الخاصة للأفراد إلا إن هذا الأمر لا يعد مطلقاً إذ ترد عليه بعض القيود أهمها أولاً؛ إن لا يتعارض الحق بالخصوصية للفرد مع حقوق الآخرين، والقيد الثاني؛ هو عدم تعارض الخصوصية للفرد مع الآداب العامة.

كما نص على إن" حرمة المساكن مصونةٌ، ولا يجوز دخولها أو تفتيشها أو التعرض لها ألا بقرار قضائي، وفقاً للقانون"(٣). ومن الواضح إن التصوير المرئي الذي يتجلى في صورة انتهاك لحرمة المسكن يعد باطلا متى كان بغير أمر قضائى وفقا للنص الدستوري المتقدم.

ونرى أنه على الرغم من هذا التقييد والذي له ما يبرره بعدم الإخلال بالنظام العام أو الآداب العامة أو تقييدها بقانون، ولكن الأولى أن تترك الحريات بدون تقييد كما معمول به في غالبية دساتير العالم المعاصرة، كما يجب عدم التعويل على حفظ النظام العام والآداب العامة

<sup>&#</sup>x27; ) القران الكريم سوره (الاسراء ) الأيه (٧٠) .

<sup>(</sup>٢) المادة (١٧) /أولا من الدستور العراقي النافذ.

<sup>(</sup>٣) المادة (١٧)/ثانياً من الدستور العراقي النافذ.

كهدف على الرغم من أهميته، إلا أن حريات وحقوق الأفراد الخاصة هي الأخرى تتميز بمكانتها، لان هذه الحقوق تعد من الأهداف السامية ذات قيمة لا تقدر بأي ثمن والتي تسعى الشعوب إلى التطلع إليها.

### ٢ – موقف قانون العقوبات العراقي

إن قانون العقوبات العراقي (١)، لا يعد التصوير بحد ذاته جريمة، وإنما عده كذلك متى كان هنالك نشر لهذا التصوير وان يكون هذا النشر قد تم بأحد طرق العلانية التي حددها القانون ذاته"(١)، وان يكون هذا التصوير متعلقا بالإسرار أو بالحياة الخاصة أو العائلية وان كانت صحيحة شريطة إن يكون في هذا النشر قد أوقع ضرراً بهؤلاء بمعنى انه اعتبر هذه الجريمة من جرائم الضرر وليس من جرائم الخطر. ولنا على هذا النص العديد من الملاحظات أهمها، إن هذا القانون لم يذكر مفردة "التصوير" إنما أورد مفردة "الصورة "وبالتفسير الواسع لهذه المفردة الأخيرة نجدها تشمل مختلف حالات التصوير فوتوغرافيا كان أم مرئيا "فيديو"، فضلا عن إن النص المذكور يعنى إن التصوير بالشكل الذي لا يمثل جريمة على وفق النص المذكور، فيعد امرأ مشروعاً ومن ثم بالإمكان الاستعانة به في الإثبات الجنائي، متى لم يتم نشر هذا التصوير بأحد طرق العلانية. "وهو الأمر الذي يكون معه نطاق حماية الحياة الخاصة محدوداً في مثل هذه الحالة لان انتهاك الحاصة يتم عادة في السر أكثر من العلانية"(").

إزاء ما تقدم لا يفوتنا إن نقترح على المشرع العراقي أن يستقرأ الظروف الاجتماعية التي تمر بها البلاد ويشدد على تجريم الصورة، وذلك بفرض عقوبات مشدده عن انتهاك الحق في الصورة على خلاف مقتضى القانون، كما انه يقع على عاتق المشرع مسؤولية كبيرة إن يساير

\_

 <sup>(</sup>١) انظر نص المادة (٣٨٤) من قانون العقوبات العراقي التي تنص على أن "يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على
 سنة وبغرامة لا تزيد على مائة دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين.

من نشر بإحدى طرق العلانية إخبارا أو صورا أو تعليقات تتصل بإسرار الحياة الخاصة أو العائلية للإفراد
 ولو كانت صحيحة إذا كان من شأن نشرها الإساءة إليهم.

٢ - من اطلع من غير الذين ذكروا في المادة (٣٢٨)على رسالة أو برقية أو مكالمة تلفونية فأفشاها لغير من وجهت إليه إذا كان من شأن ذلك إلحاق ضرر بأحد"

<sup>(</sup>٢) انظر نص المادة (١٩/ ٣)من قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ٩٦٩ وتعديلاته.

<sup>(</sup>٣) د. ممدوح خليل بحر، مرجع سابق، ص١٥٤.

ما يمر به العالم من طفرة تكنولوجية، بإدخال تعديلات جذرية على النظام الجنائي في البلاد يتواءم مع التطور العالمي بتجريم إي انتهاك يحدث عن طريق ألآت التصوير سواء كانت للتصوير الثابت (الفوتوغرافي)، أو للتصوير المرئي (المتحرك)، ولاشك إن هذا الأمر يقتضى من المشرع إن يقوم بثورة على القانون الجنائي بشقية الموضوعي والإجرائي لكي يسد كافة الثغرات التي تسهم في انتهاك الحق في الحياة الخاصة.

# الفرع الثاني: موقف التشريعات المقارنة

سعت التشريعات الوضعية في المجتمعات المعاصرة سواء كانت عربية أو أجنبية إلى وضع تنظيم قانوني يكفل بمقتضاه حماية الحق في الخصوصية، والحق في الصورة بصفة خاصة، نوضحها على النحو الأتى:

أولا- موقف التشريعات العربية

على صعيد الدستور المصري فقد قرر حماية الحق في الحياة الخاصة بالنص على إن" للحياة الخاصة حرمة.... "(1)، حيث إن المشرع الدستوري قد جاء بصيغة عامة لحرمة كافة إشكال الحق في الحياة الخاصة، دون إي تقييد ومنها الحق في الصورة يعدة احد عناصر الحق في الحياة الخاصة.

كما نظم المشرع المصري صورتين من الحماية الجنائية الأولى؛ وقائية تكفل ردع الأفراد عن التلصص عن حرمة الحياة الخاصة باستخدام أجهزة التصوير، و الثانية؛ قمعية تكفل الردع ألازم لمنع كشف أو إفشاء أو استعمال ما تم الحصول عليه عن طريق هذه الأجهزة (7)، كما أشارت نصوص قانون العقوبات على حماية هذا الحق(7).

وفى الدستور الجزائري تنص المادة (٣٩)، على أن" لا يجوز انتهاك حُرمة حياة المواطن الخاصة، وحرمة شرفه، ويحميهما القانون...." (3)، كما كفل الدستور الأردنى

<sup>(</sup>١) نص المادة (٥٧) من دستور ٢٠١٤ المصري.

<sup>(</sup>٢) د.سعيد جبر، الحق في الصورة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٦، ص١٣٠.

<sup>(</sup>٣) انظر المادة (٣٠٩)عقوبات، وكذلك المادة(٣٠٩ مكرر)، والمادة( ٣٠٩ مكرر) (أ).

<sup>(</sup>٤) الجريدة الرسمية رقم ٧٦ المؤرخة في ٨ ديسمبر ١٩٩٦

ضمانات مهمة للحريات العامة، حيث نص على أن " الحرية الشخصية مصونة "<sup>(۱)</sup>، وجرم الاعتداء على ذات الحق في القانون العقابي <sup>(۲)</sup>.

ثانيا- موقف التشريعات الأجنبية

أشار دستور عام ١٩٥٨ الفرنسي على حماية صريحة للخصوصية. ولكن في عام ١٩٥٨ قضت المحكمة الدستورية بحماية هذا الحق ضمنياً، وأكدت ذلك في قرار لها عام ١٩٩٩ "(٣)، وتشريعيا تطرقت المادة(٢/٢٦) عقوبات فرنسي بتجريم الاعتداء على الصورة(٤).

وفي الولايات المتحدة الأمريكية لم ينص الباب الثالث من القانون الأمريكي الفيدرالي لسنة ١٩٦٨ على المراقبة بأجهزة الفيديو، الأمر الذي يفتح المجال "للاجتهاد الفقهي والقضائي لحل مشكلة التطفل التكنولوجي عن طريق الوسائل البصرية التي صار يتعاظم خطرها باطراد بعد أن تنوعت إشكاله، وتعددت استخداماتها بصورة فاقت كل التوقعات" (٥).

مما دفع بعض الفقه الأمريكي إلى القول بعدم دستورية المراقبة بأجهزة الفيديو لأنها تشكل نوعاً من التفتيش والضبط غير المعقولين إذا كانت الأساليب الأساسية للتحري والتصنت المرخص به كافية للحصول على الأدلة المطلوبة" (٦).

وفي إنكلترا وعلى الرغم من أن هناك العديد من التشريعات التي تؤدي دوراً كبيراً في المساهمة في - احترام الحق في الحياة الخاصة - إلا أن هذه القوانين جميعاً لا توفر حماية

(٣) القرار رقم DC 352-94 بتاريخ ١٨ يناير/كانون الثاني Recueil، 1995، ص ١٧٠ – الجريدة الرسمية بتاريخ ٢١ يناير/كانون الثاني ١٩٩٥، ص ١١٥٤.

وعلى الرابط؛

http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil/constitutionnel/francais/les-

<sup>(</sup>١) المادة ٧ من الدستور الأردني الصادر في ١ يناير سنة ١٩٥٢

<sup>(</sup>٢) المادة (٣٤٨) من قانون العقوبات الأردني.

<sup>(4)</sup> Est puni ....:2- En fixant, enregistrant ou transmettant, sans le consentement de celle-ci, l'image d'une personne se trouvant dans un lieu privé.

<sup>(</sup>٥) د. محمد أمين فلاح الخرشة، مرجع سابق، ص٢٢٦.

<sup>(1)</sup> Hastings Const.L.Q.261,294-299(1974)Electronic Visual Surveillance and the Fourth Amendment.

أشار إليه، د. يوسف الشيخ يوسف، مرجع سابق، ص ٥٨٥.

ولا تعالج أي قصور على الحق في الخصوصية (وبخاصة الحق في الصورة). وقد وضعت عدة مشروعات قوانين في هذا الصدد وكلها توصى بضرورة الاعتراف بالحق في الحياة الخاصة، غير أنه لم يتم إقرار أي منها حتى الآن  $^{(1)}$ , أما بعد العمل "بقانون حقوق الإنسان لعام ١٩٩٨، فإن نطاق الاستبعاد الجوازي مرشح للأتساع طالما كان الدليل قد تم تحصيله بالمخالفة للمادة الثامنة من الاتفاقية المشار إليها والتي (تحمى الحق في الخصوصية) والمادة السادسة من ذات الاتفاقية (والتي تقرر نزاهة المحاكمة)  $^{(7)}$ .

المطلب الثاني: موقف القضاء العراقي والمقارن من حماية الحق في الصورة

نستعرض مسلك القضاء العراقي والمقارن من مشروعية الصورة ويعدها أحد الأدلة التي يتم الاستعانة بها في الإثبات الجنائي على النحو الأتي:

الفرع الأول: موقف القضاء العراقي

على الرغم من ندرة الإحكام القضائية التي تعرضت لحجية التصوير المرئي أو للصورة إلا إن هناك العديد من المبادئ القانونية التي سار عليها القضاء العراقي سنستعرض الإحكام ثم نتناول هذه المبادئ "...ففي قرار صادر عن محكمة جنايات البصرة قضى فيه "....محكمة الجنايات قد راعت عند إصدارها تطبيق إحكام القانون تطبيقا صحيحا بعد إن اعتمدت الأدلة الكافية التي أظهرتها وقائع الدعوى تحقيقا ومحاكمة والتي تمثلت بإفادات المشتكين واعتراف المتهم إمام المحقق والمعزز بمحاضر التشخيص ومحضر ضبط قرص السيدي كلها أدلة قانونية كافية للتجريم وللأسباب التي استندت إليه ا المحكمة فأن قراراتها الصادرة في الدعوى الصحيحة قرر تصديقها لموافقتها للقانون...."(").

\_

<sup>(</sup>۱) انظر تفصيلياً د. محمود عبد الرحمن محمد، مرجع سابق، ص٣٥. ومن هذه المشاريع مشروع اللورد "مانكروفت "الذي قدمه الى مجلس اللوردات عام ١٩٦١، ومشروع لجنة العدالة وهى الفرع الإنجليزي للجنة الدولية للقانونيين )التى شكلت عام ١٩٦٧ وغيرهم الكثير.

 <sup>(</sup>٢) د.احمد عوض بلال، قاعدة استبعاد الأدلة المتحصلة بطرق غير مشروعة في الإجراءات الجنائية المقارنة،
 دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٣، ص٨٢.

<sup>(</sup>٣) محكمة جنايات البصرة بتاريخ ٢٠١٣/٨/٢١، العدد ١٥٨١٨، الهيأة الجزائية الثانية، ٢٠١٣.

ونرى من جانبنا إن القاضي العراقي اعتمد على "قرص ألسيدي " يعدة دليل معزز إلى جانب الأدلة الأخرى في الدعوى والتي تتمثل في إفادات المشتكين واعتراف المتهم، بمعنى إن المحكمة لا تعول على قرص ألسيدي بمفردة كدليل للتجريم.

وهذا الأمر أيضا طبق في مرحلة التحقيق الابتدائي، ففي قضية قضى فيها "....حيث اعتمدت المحكمة بعد اطلاعها على قرص ((CD)) الذي يتضمن تصوير خروج الموظفين من الشركة ولوحظ خروج المجني عليها مع زميلها في الدائرة....ولدى مواجهته بالقرص المتضمن تصوير خروجه مع المجني عليها اعترف إمام المحقق وإمام قاضى التحقيق، بأنه كان يرتبط بعلاقة غرامية مع المجنى عليها......."(1).

ونرى من جانبنا إن المحقق وقاضى التحقيق قد استعان بالقرص المتضمن تصوير خروجه مع المجني عليها ولكنه لم يعول عليه في إدانته للمتهمة، بل اعتمد على اعتراف المتهم، إلى جانب التقرير الطبي التشريحي للمجني عليها، إما بالنسبة لقرص التصوير فقد عده المحقق معزز للأدلة التي تتضمنها الواقعة.

وفى حكم آخر صدر قرار من محكمة جنايات البصرة (٢) مقتضاه " من خلال سير التحقيق الابتدائي والقضائي والمحاكمة الوجاهة العلنية الجارية بحق المتهم الماثل (-) وفى أقوال المشتكي (-) وفى تقارير الدعوى وكشوفها ومستنداتها تبين للمحكمة أنه بتاريخ ٢٠١٢ أقوال المتهم الماثل بنصب كاميرا فيديو عن طريق وضعها على سياج سطح الدار العائدة له وتوجهها باتجاه شباك "الحمام " العائد لدار جاره المشتكي (-) وتصوير أفراد عائلته وفى بينهم النساء وهن يستحممن في حمام دارهم وضبطت الكاميرا وبداخلها رام يحتوى على ثمانية مقاطع فيديو، وقد أطلعت المحكمة على محضر ضبط الكاميرا والرام وعلى ملف القضية الجنائي الذي تضمن أن هناك مقاطع فيديو يحتوى على نساء عاريات في رام الكاميرا وأطلعت على رام الكاميرا ومحتوياته من خلال مشاهدته مباشرة عن طريق تشغيله في جهاز وأطلعت على رام الكاميرا ومحتوياته من خلال مشاهدته مباشرة عن طريق تشغيله في جهاز

\_

<sup>(</sup>۱)محكمة الجنايات المركزية العراقية ببغداد، الهيئة الثالثة، بتاريخ ۱۰۱۰/ ۲۰۱۲ العدد ۲۰۱۲/ ۳۰۱۲ (۲) محكمة جنايات البصرة/ه۱، بتاريخ ۲۰۱۲/ ۲۰۱۸ العدد ۱۳/۸ / ۲۰۱۳.

ونرى من جانبنا أن القاضي في تلك القضية عول على الكاميرا، حيث أنها تعد وسيلة استخدامها المتهم في ارتكاب فعل مخل بالحياء، وطبق عليه نص المادة (٠٠٠) والتي تقرر أنه "من ارتكب مع شخص، ذكرا أو أنشى، فعلا مخلا بالحياء بغير رضاه أو رضاها يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة وبغرامة لا تزيد على مائة دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين.

ونستنتج بأن هناك العديد من المبادئ القانونية التي سار القضاء العراقي عليها دون إن يتحول مساره في هذا المضمار على النحو الأتي: –

- 1- عد الأدلة الناجمة عن المراقبة المرئية قرائن لا ترتقي لمستوى الدليل ولا تصلح لإقامة حكم قضائي، بل هي أدلة معززه.
- ٢- الاستعانة بأدلة الإثبات الناتجة عن التصوير المرئي في كافة مراحل التحقيق بدء من
   الاستدلال وانتهاء بالمحاكمة.
- ٣- تعد المراقبة المرئية نوع من الخبرة القضائية التي تستعين بها المحاكم العراقية في كشف الكثير من ملابسات الجرائم، حيث يمكن الاستعانة بالخبير الفني في كشف محتويات ما تتضمنه آلات التصوير، ويمكن للمحقق ولقاضى التحقيق الاستعانة بها لكشف ملابسات الواقعة المعروضة إمامه.

# الفرع الثاني: موقف الأحكام القضائية المقارنة

ساوت محكمة النقض المصرية بين المكان العام والمكان الخاص حيث قضت بأن " المكان العام على الرغم من إن هذا المكان عام يدخله الإفراد دون تمييز، ينطبق عليه حكم المسكن، ويكون مكانا لإسرار صاحبه، مثل المتجر عند إغلاقه "(1).

ولقد أشار القضاء في المملكة المتحدة إلى ذلك، إذ قرر قبول الصورة بوصفها دليل إثبات في المواد الجنائية ضمن ضوابط وشروط معينة تتمثل في وجود الصلة بين الصور والقضايا التي تعرض فيها، كما أوجب أن تقام البينة على مضمون الصورة من قبل شاهد مختص

<sup>(</sup>۱) نقض ۲/۲ ۱/۱۲/۲ ، مجموعة إحكام محكمة النقض، س۲۵، رقم ۱۹۰، ص۸۷.

أو ذي صلاحية بهذا الشأن، وأن تكون قد روعيت بشأن الصورة الأسس الفنية في عملية التصوير على النحو الذي يجعلها منتجة في الإثبات وفي التعرف على الشخصية<sup>(١)</sup>.

وفي الولايات المتحدة الأمريكية اتجه "القضاء إلى عدم مشروعية التقاط صورة الفرد حال وجوده بمكان خاص، طالما كان لديه قدر متوقع من الخصوصية في هذا المكان الخاص، فإذا ما تخلف هذا القدر المتوقع من الخصوصية في المكان الخاص، رفعت الحماية الدستورية عن الشخص فيما يتعلق بحقه في الخصوصية" (٢).

وفي حكم آخر اعتمد على الدليل الوارد من المكان الخاص طالما مطابق للترخيص (٣), أما بالنسبة للاعتماد على الأدلة المستقاة من المكان العام فقد بررت العديد من الإحكام التي أصدرها القضاء الأمريكي إلى إباحة التقاط الصورة للشخص الموجود في مكان عام حتى ولو كان بغير موافقته باعتبار إن الصورة لا تعدو إن تكون وصفا مكتوبا للمكان العام (٤). وفي القضاء الكندي فلكي تكون الصورة مقبولة كدليل في الإثبات الجنائي، يقتضي أن تكون معبرة تعبيراً صادقاً عن الوقائع، وأن يتم التحقق من صحتها عن طريق شخص مؤهل، وألا يكون ثمة غرض تضليلي في استخدامها (٥). وفي القضاء الفرنسي قضي بأن "....التقاط صورة لشخص يوجد في مكان خاص ودون رضاه يعد فعلا معاقبا عليه، كما إن نشر الصورة دون إذن يدخل في نطاق تطبيق المواد (٣٦٨، ٣٦٩) من قانون العقوبات (٢٠٠٠).

International Social Science Journal. Op.cit.p.518
(\*) peoplev.Teicher,73App.Div.2d,136,425N.Y.S.2d315(Ist.Dept 1980),affg,90Misc.2d638,395N.Y.S.2d587(sup.ct.N.Y.County 1977).

أشار إليه، د. يوسف الشيخ يوسف، مرجع سابق، ص ٥٨٣.

Creemer and cormier (1969) 4N.S.R.456, 53M.P.R.1; (1968) 1C.C.C.14, 1 C.R.N.S 146 (N.S.S.C.App.Div) and Smith (1986)71 N.S.R. (2d) 229, 171A. P. R.229(N.S.C.A)

<sup>(</sup>١) د. نوفل على عبد الله، أ. خالد عوني خطاب، مرجع سابق، ص ٤٢٣. نقلا عن؛ د. علي احمد عبد الزغبي: حق الخصوصية في القانون الجنائي "دراسة مقارنة"، ط ١، المؤسسة الحديث للكتاب، لبنان، ٠٠٠، ص ٥٥٥.

<sup>(</sup>٢) د. محمد أمين فلاح الخرشة، مرجع سابق، ص٢٢٧. نقلا عن ؟

<sup>(</sup>٤) د. محمد أمين فلاح الخرشة، مرجع سابق، ص٢٣٨.

<sup>(</sup>٥) د. نوفل على عبد الله، أ. خالد عوني خطاب، مرجع سابق، ص ٢٣٠ نقلا عن

 <sup>(</sup>٦) د.إبراهيم عيد نايل، الحماية الجنائية لحرمة الحياة الخاصة في قانون العقوبات الفرنسي (الحماية الجنائية للحديث والصورة) الطبعة الاولى، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة سنة ٢٠٠٠، ص ١٠٧.

ويجب أن يرد التقاط الصورة بالأداة الالكترونية على الشخص وليس على صورة حيوان أو شيء، وتشمل صورة الشخص الحي أو الميت، وبالتالي يكون محظوراً أخذ الصورة (1) للإنسان الحي والميت

وقضى بأن نشر صورة عارية لصدر أمراه أمام الشاطئ، من قبل الجريدة لا يشكل انتهاكا لحرمة حياتها الخاصة وفقا للمادة (٢٢٦) ١) عقوبات فرنسي تأسيسا على إن الشاطئ لا يعد مكانا خاصا، فهو مكان عام بحيث يحظى الجمهور الدخول إليه دون إذن"(٢).

ويلاحظ أن التصوير يجوز بدون أذن أو رضاء في المكان العام وعلى البلاج المفتوح (الشواطئ) مع ملاحظة أن السجن لا يعد مكانا عاما ويتعين الحصول على إذن من قاضى تنفيذ العقوبة لتركيب كاميرا مراقبة (٣).

#### الخاتمة

لقد استعرضنا في دراستنا المتعلقة مشروعية الصورة كدليل في الإثبات الجنائي

- دراسة في القانون العراقي والمقارن - ولقد توصلت دراستنا إلى مجموعة من النتائج والتوصيات:

### أولا-النتائج:

- أن الصورة تجسد المظهر المادي والمعنوى للشخص، كما أن الصورة لها أهمية جنائية وعملية وامنيه كبيرة.
- أسهم التقدم العلمي والتكنولوجي والتقني في ظهور العديد من آليات المراقبة المرئية للصورة سواء تعلقت بوسائل الرؤيا أو المشاهدة، أو وسائل تسجيل الصورة.
  - تختلف نظرة الفقه الجنائي والتشريعات حول التكييف القانوني للحق في الصورة.
- إن الدستور العراقي النافذ كفل عدم جواز التدخل بالحياة الخاصة للأفراد، إلا إن هناك قصور تشريعي في معالجته للحق في الصورة، كما أن القضاء العراقي اعتمد على

<sup>(1)</sup> CASS.CRIM.210 October 1980, D.1981, P.72, note R. Lindon د. عاقلي فضيلة، مرجع سابق، ص ٢٦٣. نقلا عن ؟ **(Y)** 

CASS, 18 mars 1971, j. c.p. P. 447. Jean larguier, Ann-Harie larguier, Droit pénal spécial, Dalloz, lo éme éd.1998,P111.

حجية ومراقبة الصورة كدليل إثبات في كافة مراحل الدعوى بدء من مرحلة التحري وجمع الأدلة وانتهاء بالمحاكمة، ولكنه اعتبرها قرائن وليست أدلة، أو أنها " دليل معزز" إلى جانب الأدلة الأخرى.

#### ثانيا- التوصيات:

- يتعين إدخال تعديلات جدية على النظام الجنائي في دولة العراق يتوائم مع ما يشهده العالم من تطور تكنولوجيي وتقني ينعكس بدوره على الجريمة، لأن الجريمة ما هي إلا انعكاس للمجتمع.
- نوصي المشرع العراقي بترك الحريات بدون تقييد كما معمول به في غالبية دساتير العالم المعاصرة، كما يجب عدم التعويل على حفظ النظام العام والآداب العامة كهدف على الرغم من أهميته إلا أن حريات وحقوق الأفراد الخاصة هي الأخرى تتميز بمكانتها، لان هذه الحقوق تعد من الأهداف السامية ذات قيمة لا تقدر بأي ثمن تسعى الشعوب إلى التطلع إليها.
- نقترح على المشرع العراقي أن يستقرأ الظروف الاجتماعية التي تمر بها البلاد ويشدد على على تجريم الصورة، وذلك بفرض عقوبات مشدده عن انتهاك الحق في الصورة على خلاف مقتضى القانون

# قائمة المراجع

### اولا- الكتب العربية:

- إبراهيم عيد نايل، الحماية الجنائية لحرمة الحياة الخاصة في قانون العقوبات الفرنسي (الحماية الجنائية للحديث والصورة) ط/1، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠.
- احمد عوض بلال، قاعدة استبعاد الأدلة المتحصلة بطرق غير مشروعة في الإجراءات الجنائية المقارنة،
   دار النهضة العربية، القاهرة، ٣٠١٣.
  - سعيد جبر، الحق في الصورة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٦.
- محمود عبد الرحمن محمد، نطاق الحق في الحياة الخاصة أو الخصوصية " دراسة مقارنة "، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة نشر.
  - هشام محمد فرید رستم، حمایة حق الإنسان في صورته، مكتبة الآلات أسیوط، ، ۱۹۹۱.

يوسف الشيخ يوسف، دراسة مقارنة في تشريعات التنصت وحرمة الحياة الخاصة، الطبعة الأولى، دار
 الفكر العربي، القاهرة، سنة ١٤١٨هـ ٩٩٨ .

### ثانيًا - الرسائل والاطاريح الجامعية:

### [١] الدكتوراه:

- آدم عبد البديع حسين، الحق في حرمة الحياة الخاصة ومدي الحماية التي يكفلها له القانون الجنائي
   "دراسة مقارنة "، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق بجامعة القاهرة، سنة ٢٤٠٠هـ ٢٠٠٠.
- سعاد علي محمد الفقيه، الحماية الجنائية للحياة الخاصة في القانون الليبي "دراسة مقارنة"، أطروحة
   دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠١٣–٢٠١.
- صفية بشاتن، الحماية القانونية للحياة الخاصة "دراسة مقارنة "، أطروحة دكتوراه ، جامعة مولود معمرى تيزى وزو، الجزائر، ٢٠١٢ .
- ضيف الله بن نوح الغويري، ضمانات الحماية الجنائية للحقوق الخاصة للإنسان وتطبيقاتها في النظام السعودي والقانون المصري "دراسة تأصيلية مقارنة"، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة،
   ٢٠١٣
- عاقلي فضيلة، الحماية القانونية للحق في حرمة الحياة الخاصة "دراسة مقارنة "، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الاخوة منتورى قسنطينه، ١٠١١ ٢٠١٢.
- محمد أمين فلاح الخرشة، مشروعية الصوت والصورة في الأثبات الجنائي "دراسة مقارنة "، أطروحة
   دكتوراه، كلية الحقوق بجامعة عين شمس، سنة ٢٠٠٩ .
- ممدوح خليل بحر، حماية الحياة الخاصة في القانون الجنائي "دراسة مقارنة"، أطروحة دكتوراه، جامعة
   القاهرة، ١٩٨٣.
- هبة أحمد علي حسانين، الحماية الجنائية لحرمة الحياة الخاصة " دراسة مقارنة "، أطروحة دكتوراه كلية
   الحقوق جامعة القاهرة، ٢٠٠٧.

### [۲] الماجستير:

- بن لاغة عقيلة، حجية أدلة الاثبات الجنائية الحديثة، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق -بن عكنون
   بجامعة الجزائر، سنة ٢٠١١ ٢٠١٢ .
- حرية محمودي، مدى مشروعية الأدلة المستمدة من الأساليب العلمية الحديثة، رسالة ماجستير مقدمة
   الى كلية الحقوق، جامعة القاهرة، سنة ٢٠٠٤.
- عباسى خولة، الوسائل الحديثة للإثبات الجنائي في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خضير بسكره، ، سنة ٢٠١٣ ٢٠١.

#### ثالثا- المجلات و الدوريات:

- إبراهيم على الذوادي، التصوير الجنائي وكشف غموض الحادث، كلية علوم الأدلة الجنائية في جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، ٢٠٠٧.
- جعفر كاظم جبر الموزاني وأخرون، نحو نظام قانوني لمسؤولية الصحفي المدنية من عرض صور لضحايا
   الجريمة، مركز دراسات الكوفة، العدد السابع، ٢٠٠٨.
- ◄ رشيد شميشم، الحق في الصورة، مجلة العلوم الإنسانية والاجتماعية، نشرة ب−، جامعة المدية،
   العدد۳، ۲۰۰۸
- علاء الدين عبد الله فواز الخصاونه، د. بشار طلال المومني، النظام القانوني للصورة الفوتوغرافية "الحقوق الواردة عليها ووسائل الحماية القانونية "، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، السنة السابعة والعشرون، العدد الثالث والخمسون، صفر ١٠١٤ هـ، يناير ٢٠١٣
- عمار عباس الحسيني، التصوير المرئي وحجيته في الإثبات الجنائي، كلية القانون، جامعة بابل، المجلد ١٦٠، العدد ١٦١١، ٢٠١٤
- معتصم خميس مشعشع، أثبات الجريمة بالادلة العلمية، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة، السنة السابعة والعشرون، العدد السادس والخمسون، ذو الحجة ١٤٣٤هـ اكتوبر ٢٠١٣م.
- نوفل على عبد الله، أ. خالد عونى خطاب، دور أجهزة التصوير الحديثة في الإثبات الجنائي، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد/ ١٥، العدد/٥٥، السنة ١٧

### رابعاً- المراجع الاجنبية:

#### [١] الانجليزية:

- 1. Alan F. Westin: privacy and freedom 'New York, A Ttheneum.1967.
- Hastings Const.L.Q.261 (294-299(1974)Electronic Visual Surveillance and the Fourth Amendment
- 3. Simon Ablon cole manufacturing identity ahistory of criminal iclentification techniques from photography through fingerprinting Ph.D.diss Cornell. 1988.

#### [۲] الفرنسية:

- 1. Jean larguier Ann-Harie larguier Droit pénal spécial Dalloz lo éme éd.1998.
- 2. J.Cabannes de dorit au respect de lavie privéé fondement est quantum de la responsabilite du gournalisté indiscret conclusion sous panis 15 mai 1970 D alloz 19970
- 3. R.V.Jons (Lavie privée mise en péril par la technologie in vie privée et dorits de l'homme. Actes du troisieme collogue international sur la convention europeenne des Droits de l'homme(Bruxeles 30 Oct (1970) (Brulan Bruxelles, 1973)
- 4. Control and security Journal in 3 November idecember 1988.

# الحصة الإلزامية كوسيلة لتوظيف ذوي الإعاقة

و. ثامر نجم عبر(لله (العكيري(\*)

#### مقدمة:

إن الإنسان هو صانع التقدم والتطور في المجتمع، والأشخاص ذوي الإعاقة قادرين على المشاركة في صناعة هذا التقدم، ويملكون من الطاقات والقدرات ما يحقق ذلك وينبغي علينا أن نحرص عليها كجزء لا يتجزأ من الموارد البشرية التي ترفد هذا المجتمع بالطاقات، فاذوي الإعاقة هم الأشخاص الذين يعانون من نقص في بعض قدراتهم الجسدية، أو الحسية أو الذهنية نتيجة مرض أو حادث أو سبب خلقي أو عامل وراثي أدى إلى عجزه كليًا أو جزئيًا عن العمل أو الاستمرار به أو الترقي فيه، وكذلك أضعف قدرته على القيام بإحدى الوظائف الأساسية الأخرى في الحياة، ويحتاج إلى الرعاية والتأهيل من أجل دمجه أو إعادة دمجه في المجتمع (۱).

وسوف نتعرض في هذا البحث إلى أهم الوسائل التي اقرتها قوانين العمل والخدمة المدنية لتشغيل ذوي الإعاقة ودمجهم في المجتمع، والمتمثل بنظام الحصة الإلزامية وموقف الفقه من هذا النظام من حيث سلبياته وايجابياته وبيان حجم هذه النسبة ومن هي الفئات ذوي الإعاقة التي تمنح الأولوية في شغل هذه الحصة.

### مشكلة البحث:

يمكن القول أن مشكلة البحث تتمحور حول نقطة أساسية تشغيل ذوي الإعاقة وايجاد فرص عمل لهم من خلال نظام الحصة الالزامية ومدى أهمية هذا النظام وبيان سلبياته وايجابياته.

🖰 مدرس القانون الاداري، كلية الحكمة الجامعة.

<sup>(1)</sup> ارثر أورايلي، حق الأشخاص المعوقين في العمل، منشورات مكتب العمل الدولي، جنيف، سنة ٢٠٠٤، ص٨١.

#### أهمية البحث:

تكمن أهمية البحث في كونه يتناول موضوعاً قل ما تم الإهتمام به من قبل المختصين خاصة أن المشرع العراقي لم يأخذ بنظام الحصة الإلزامية كاوسيلة لتشغيل ذوي الإعاقة في القطاع الخاص والعام على الرغم من العدد الكبير لهذه الفئة في المجتع نتيجة مايتعرض له من أرهاب. هدف الحث:

يهدف البحث إلى توضيح العديد من المسائل التي سوف نتناولها لعل أهم هذه المسائل بيان نسبة ذوي الإعاقة الذين يتم تشغيلهم بنظام الحصة الإلزامية والشروط التي يجب توفرها في رب العمل المكلف بذلك وموقف الفقه من تطبيق هذا النظام.

### منهجية البحث:

في كتابة هذا البحث أعتمدنا على المنهج التحليلي وكان الهدف منه تحليل النصوص القانونية بالأضافة الى المنهج المقارن لدراسة القانون المصرية كونه اقدم الشرائع العربية ومصدرها مع التعرض للقانون الفرنسي الذي يمثل المرجع الأهم في النظام الأتيني والقانون الوطني العراقي لأضافة الجديد الذي لم يتعرض له.

### هيكيلة البحث:

قسمنا هذا البحث إلى مباحثين على النحو الآتي:

المبحث الأول: موقف قوانين العمل والخدمة المدنية من عمل ذوي الإعاقة بنظام الحصة الإلزامية

المبحث الثاني: موقف الفقه من نظام الحصة الإلزامية

المبحث الأول: موقف قوانين العمل والخدمة المدنية من عمل ذوي الإعاقة بنظام الحصة الإلزامية

إن البشر مختلفون وغير متماثلين في طبيعتهم وقدراتهم، ومهاراتهم، وقد قدر الله أن الأشخاص ذوي الإعاقة يملكون قدرات أقل من الأشخاص الطبيعيين، سواء من حيث القدرات البدنية والنفسية والحسية والذهنية ولتمكينهم من ممارسة دورهم في الحياة والمجتمع كأفراد طبيعيين وفاعلين بإفساح فرص العمل لهم، وتمكينهم من إيجاد مصدر للرزق والعيش الكريم،

والتقليل من آثار التمييز الذي من الممكن أن يتعرضوا له، وتعزيز المساواة بينهم وبين الآخرين في الحقوق الاجتماعية.

وسوف نتناول في هذا المطلب أحد أهم الوسائل لخلق فرص العمل وتوظيف ذوي الإعاقة والمتمثلة بمنحهم حصة من الوظائف في القطاع الحكومي، وكذلك تشغيلهم لدى بعض أصحاب الأعمال بشكل إلزامي بعيداً عن المنافسة مع باقي العمال.

### أسباب نظام الحصة الإلزامية:

إن الحرية التعاقدية في المفهوم الاجتماعي لا تقوم على مجرد النص على مبدأ المساواة القانونية المطلقة بين المتعاقدين ومنع التمييز لسبب غير موضوعي ومهني، فالمظاهر السلبية للتمييز كثيرة ومعقدة خاصة في مجال العمل فالانتقائية في التعاقد أو التفضيل لأسباب شخصية وغير موضوعية تتصل بالكفاءة والمهارة المهنية هي الأكثر انتشاراً مع تقدم الزمن وتطوره وتضاؤل التمييز بشكله المباشر وندرة حدوثه، وهو ما يخالف الواقع الذي يدل على انتشار التمييز بأشكال وصور متعددة، مع تطور المجتمعات وانفتاح اقتصاديات الدول وأسواقها بعض (۱).

ونظراً لعدم كفاية الوسائل القانونية التي تضمن تحقيق المساواة بين ذوي الإعاقة وغيرهم ولتعزيز المساواة لهم، تم العمل على تهيئة فرص عمل مناسب لهم من خلال إقرار المشرع لمجموعة من القواعد والوسائل بتخصيص نسبة معينة من الوظائف في كل دائرة لهم ولعدم قدرة القطاع العام على تشغيل كل ذوي الإعاقة فقد تم إلزام فئة معينة من أصحاب الأعمال بتشغيل نسبة معينة من العمال ذوي الإعاقة المؤهلين في المنشآت التي يديرونها، وأن تدخل المشرع في هذه الحالة للحد من حرية صاحب العمل والتمييز الإيجابي لصالح هذه الفئة من الموظفين هو لتحقيق أهداف اجتماعية واقتصادية تقوم على دمج هذه الفئة في سوق العمل العام والخاص وإعطائها فرصة للعمل والإنتاج والاعتماد على الذات والقيام بدورها العمل العام والخاص وإعطائها فرصة للعمل والإنتاج والاعتماد على الذات والقيام بدورها

-

<sup>(1)</sup> د. محمد عرفان الخطيب ، الحرية التعاقدية في تشريع العمل "ازمة عقد العمل" ( دراسة مقارنة في القانونين الفرنسي والسوري)، مجلة الشريعة والقانون، العدد السابع والاربعون، يوليو 7.1. 0.7.

الطبيعي، وعدم بقائها عالة على الأسرة والمجتمع والدولة أو تعرضهم للانحراف وارتكاب الجرائم.

### المطلب الأول: شروط الحصة الألزامية

تباينت الاتفاقيات الدولية والإقليمية والتشريعات الوطنية في تبنيها لنظام الحصة الإلزامية من حيث تحديد النسبة المطلوب تشغيلها والشروط التي يجب توافرها لتطبيق هذا النظام والأولوية التي تم منحها لبعض الفئات من ذوي الإعاقة دون الأخرى، وهو ما نبحثه بالتفصيل فيما يلى:

### أولاً\_المعايير الدولية والعربية

271

إن الاتفاقيات الدولية المعنية بحقوق الأشخاص ذوي الإعاقة في العمل والتأهيل الصادرة عن الأمم المتحدة ومنظمة العمل الدولية (1) قد وسعت بشكل كبير من الامتيازات والفرص الممنوحة لهم بهدف تمكينهم من العيش بشكل طبيعي داخل المجتمع، ودون الإعتماد على الآخرين، وضمان وصولهم إلى فرص عمل تلائم حالاتهم الجسدية بتفعيل مبدأ المساواة وتكافؤ الفرص، الإ أنه لم يتم تبني نظام الحصة الإلزامية كوسيلة لتشغيل الأشخاص ذوي الإعاقة وضمان حصولهم على فرصة للعمل فسحت المجال أمام الدول باختيار أفضل السبل لتحقيق المساواة لهذه الفئة من المجتمع تبعا لظروفها الاقتصادية والاجتماعية والسياسية وحجم هذا المشكلة.

\_اتفاقية تشغيل المعوقين رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨٣ الصادرة عن منظمة العمل الدولية.

أما منظمة العمل العربية فقد سارت بنهج مختلف و تبنت في الاتفاقية رقم ١٧ لسنة الم ١٩٩٣ (بسأن تأهيل وتشغيل المعوقين) على مبدأ الثلاثية (اوالذي يقوم على التعاون بين كل من الدولة وأصحاب الأعمال والعمال بصفة عامة، والعمال المعاقين بصفة خاصة لوضع سياسة تساعد في تشغيل هذه الفئة بشكل يخدم مصالح الجميع، ولتحقيق هذه الغاية أقرت الاتفاقية الأخذ بنظام الحصة الإلزامية كأحد وسائل التعاون لتشغيل الأشخاص ذوي الإعاقة دون تحديد حد أدنى لنسبة الأشخاص ذوي الإعاقة الذين يجب تشغيلهم في كل مشروع فاسحة المجال للمشرع المحلي لتحديد هذه النسبة تبعاً لظروفه الاقتصادية والاجتماعية، فنصت المادة الثانية عشرة من الاتفاقية على أنه ( يكفل تشريع كل دولة تشغيل عدد من المعاقين في المؤسسات الحكومية وغير الحكومية وغير الحكومية والشروط التي يحددها التشريع المحلي)(١).

إن الاتفاقية العربية قد تبنت نظام الحصة الإلزامية كوسيلة لتوظيف ذوي الإعاقة سواء في القطاع الخاص أو العام مع منح المشرع الوطني الحرية المطلقة في تحديد الشروط التي يجب وضعها لاختيار أصحاب العمل المكلفين و النسبة المئوية التي يجب تشغيلها في كل مؤسسة أو منشأة، تبعاً للظروف الاقتصادية والاجتماعية التي يعيشها كل بلد.

لم تدم الحرية في تحديد النسب التي يجب الإلزام بها طويلاً فنصت التوصية الصادرة عن منظمة العمل العربية رقم ١٧ لسنة ١٩٩٣ (بشأن تأهيل وتشغيل المعوقين)، على الأخذ بنظام الحصة الإلزامية كأسلوب لخلق فرص عمل لهذه الفئة المهمشة بشكل أكثر وضوحاً، مع وضع حد أدنى لهذه النسبة لا يقل عن ٤% من مجموع عدد العمال في المنشأة، وتطبق هذه النسبة على القطاع العام والمنشآت الخاصة، بغض النظر عن أوضاع هذه المؤسسات وعدد العمال فيها أو قدرتها الاقتصادية، وهو ما جاء في المادة ١٦من التوصية

(1) المادة T من الاتفاقية رقم T لسنة T 199 بشأن تأهيل وتشغيل المعوقين والتي نصت على أنه ( تقوم كل دولة بالتعاون والتنسيق مع أصحاب العمل والعمال بوضع سياسات خاصة برعاية المعاقين وتأهيلهم وتشغيلهم ،لتمكينهم من أداء دورهم في المجتمع وتحديد الجهة المختصة بتنفيذ هذه السياسات ).

<sup>(&</sup>lt;sup>2</sup>) الاتفاقية رقم ١٧ لسنة ١٩٩٣ بشأن تأهيل وتشغيل المعوقين.

التي نصت على أنه (ينبغي على كل دولة إصدار التشريعات التي تكفل تشغيل عدد من المعوقين في المؤسسات الحكومية وغير الحكومية بنسبة لا تقل عن 20%( $^{(1)}$ ).

وأكدت التوصية على أهمية نظام الحصة الإلزامية لخلق فرص عمل وتوظيف ذوي الإعاقة من خلال وضع حد أدنى لنسبة التي يجب تشغيلها منهم، سواء في القطاع العام أو الخاص لا يجوز النزول عنها. نرى أن نظام الحصة الإلزمية هو أحد الوسائل المهمة لحماية الأشخاص ذوي الإعاقة وتعزيز المساواة بينهم وبين باقي فئات المجتمع، من حيث ضمان حصولهم على فرصة للعمل بعد تأهيلهم مهنيًا وتدريبهم بشكل كافٍ، ولكن التأكيد على هذا الحق في التوصية ذات الصلة أمر يشوبه الكثير من العيوب، منها تقييد حرية المشرع في تحديد النسبة التي يجب تشغيلها تبعاً للظروف الاقتصادية والاجتماعية والسياسية في كل بلد وعدد ذوي الإعاقة بالنسبة لعدد السكان في كل دولة ودرجة إعاقتهم وأسبابها، وتصنيف أصحاب الأعمال الذين يجب عليهم تحمل هذا الالتزام ومنح بعض الفئات من ذوي الإعاقة الأولوية في هذه الفرص على باقي الفئات الأخرى.

ونأمل من الاتفاقيات الدولية والعربية الأخذ بهذه الوسيلة المهمة لتشغيل ذوي الإعاقة وتحقيق المساواة الفعلية لهم دون الدخول بتفاصيلها وشروطها ،ومن الملتزم بها والنسب المستهدفة منها ،لفتح المجال أمام كل دولة للموازنة بين ظروفها الاجتماعية والاقتصادية وحجم المشكلة لديها والنسب المستهدفة من خلال هذا النظام.

#### ثانياً\_المعايير الوطنية

إن معظم التشريعات الوطنية في الدول العربية<sup>(٢)</sup> أخذت بنظام الحصة الإلزامية كإحدى الوسائل المهمة لضمان حصول الأشخاص ذوي الإعاقة على فرص عمل مناسبة تساعدهم في الاندماج

(1) عبد الإله زبيرات، التنظيم القانوني لتشغيل ذوي الاحتياجات الخاصة وحمايتهم، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة القاهرة، العام 7.0 - 7.0 كلية الحقوق، ص7.0

<sup>(2)</sup> نص نظام العمل السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/ 10 لسنة 7.00 في المادة 7.00 منه على تشغيل المعوقين بنظام الحصة الإلزامية (على كل صاحب عمل يستخدم خمسة وعشرين عاملاً فأكثر، وكانت طبيعة العمل لديه تمكنه من تشغيل المعوقين الذين تم تأهيلهم مهنياً أن يشغل 2.00 على الأقل من مجموع عدد عماله من المعوقين المؤهلين مهنياً، سواء كان ذلك عن طريق ترشيح وحدات التوظيف أو غيرهم.

وعليه أن يرسل إلى مكتب العمل المختص يباناً بعدد الوظائف والأعمال التي يشغلها المعوقون الذين تم تأهيلهم مهنياً وأجر كل منهم) .

عبد العزيز بن يوسف المطلق، حقوق ذوي الاحتياجات الخاصة في النظام السعودي، دراسة تأصيلية مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة نايف للعلوم الأمنية، كلية الدراسة العليا، سنة ٢٠٠٦، ص٣٢٧.

\_نص قانون رعاية المعوقين الكويتي رقم 93 لسنة 93 على تبني نظام الحصة الإلزامية، حيث جاء نص المادة 93 كالتالي: منه أنه على الجهات الحكومية والأهلية التي تستخدم خمسين عاملاً كويتياً على الأقل، باستخدام عدد من الأشخاص المعاقين مهنياً، بحيث لا يقل عددهم عن 93 من مجموع العاملين الكويتيين لديها بناءً على ترشيح مكاتب العمل، وعليها تقديم بيانات إلى المجلس الأعلى بعدد ونوع الوظائف أو الأعمال المسندة إليهم والأجر المستحق لكل منهم.

د. رضا عبد الحليم عبد المجيد، حقوق ذوي الاحتياجات الخاصة، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى ٢٠١٢، مطبعة حمادة، ص ٤٤.

\_ نصت المادة 19 من القانون اليمني رقم 71 لسنة 1999 بشأن رعاية وتأهيل المعاقين (بإلزام أصحاب العمال بتشغيل المعاقين بنسبة لا تزيد عن 6% من حجم العمالة الكلية لدى صاحب العمل) الإ أن اللائحة التنفيذية للقانون وبشكل غير جائز خالفت نص المادة 19 في قرار رئيس مجلس الوزراء رقم ٢٨٤ لسنة ٢٠٠٧، ونصت فيما يتعلق بنظام الحصة الإلزامية على أنه ( يلتزم أصحاب العمل بتعيين المعاقين الذين يتم ترشيحهم من الوزارة بالتنسيق مع الاتحاد، بحيث لا تقل نسبة المعينين عن 0 % من مجموع العمالة، الموجودة لدى صاحب العمل).

د.يوسف إلياس، تقييم قوانين الإعاقة عن دول مجلس التعاون الخليجي في ضوء الأتفاقية الدولية لحقوق الأشخاص ذوي الإعاقة، نشر المكتب التنفيذي لمجلس التعاون الخليجي،طبعة أولى ٢٠٠٩، البحرين، ص٣٢٩.

- أصدر المشرع اللبناني القانون رقم ٢٢٠ لسنة ٢٠٠٠ المتعلق بحقوق الأشخاص المعوقين والذي أخذ بنظام الحصة الإلزامية في المادة ٧٤ حيث جاء النص كما يلي (يلزم أصحاب الأعمال الذين يستخدمون ثلاثين أجيراً على الأقل، وستين أجيراً على الأكثر على المتخدام أجير واحد من المعوقين، تتوافر فيه المؤهلات المطلوبة.

أما إذا فاق عدد الأجراء في المؤسسة الستين أجيراً، فيلزم صاحب العمل أو المؤسسة باستخدام معوقين بنسبة %0 على الأقل من أجرائها، تتوفر فيهم المؤهلات المطلوبة، وعند وجود كسر عند احتساب النسبة، يدور الكسر إلى الأعلى).

د. حسين عبد اللطيف حمدان، قانون العمل دراسة مقارنة، منشورات الحلبي بيروت، سنة ٢٠٠٩، ص ٣٣٤ \_ \_ قانون العمل الأردني رقم ٨ لسنة ٢٩٩٦ أخذاً بنظام الحصة الإلزامية في المادة ١٣ التي نصت على أنه (على كل صاحب عمل يستخدم خمسين عاملاً أو أكثر وتسمح طبيعة عمله باستخدام العمال المعوقين الذين تم تأهيلهم مهنياً بواسطة برامج وترتيبات ومعاهد التأهيل المهني للمعوقين التي اعتمدتها الوزارة أو أنشأتها بالتعاون مع المؤسسات الرسمية أو الخاصة أن تستخدم من أولئك العمال عدداً لا يقل عن ٢% من مجموع عماله وأن يرسل إلى الوزارة بياناً يحدد فيه الأعمال التي يشغلها المعوقون الذين تم تاهيلهم مهنياً وأجر كل منهم).

في المجتمع والاعتماد على النفس والاستفادة من التأهيل والتدريب الذي تلقوه، بالإضافة إلى دور هذا النظام في خلق فرص عمل والحد من التمييز الذي يتعرضون له وتشغيل جميع فئات ذوي الإعاقة على اختلاف درجة إعاقتهم وجنسهم و سنهم، راصدين التباين بين المشرعين العراقي والمصري والفرنسي في تبنيهم لهذا النظام:

### 1\_ موقف المشرع العراقي

يخلو النظام القانوني العراقي من قانون يتعلق بشكل خاص بحقوق الاشخاص ذوي الدول الإعاقات إذ أن هذه الحقوق منظمة في قوانين متفرقة على عكس ماهو موجود في الدول الأخرى كما سوف نبحث فيما يلي والتي أتجهت إلى وضع قوانين خاصة تعنى بحقوق هذه الفئة من المجتمع خاصة في مجال العمل، ومن القوانين المتفرقة التي منحت هذه الفئة شئ من الحقوق هو قانون التقاعد والضمان الاجتماعي للعمال رقم ٣٩ لسنة ١٩٧١ المعدل الذي اشار في المادة الثانية منه على سريان احكامه على العمال المشمولين بأحكام قانون العمل (١٥) وهو ما يعني سريانه على جميع العمال، وبالنسبة لنظام الحصة الإلزامية فأن قانون العمل رقم الالله المنة من العمال أي حقوق خاصة تميزهم عن باقي العمال أو تأكد على تطبيق مبدأ المساواة معهم.

وبالنسبة لقانون الخدمة المدنية رقم ٢٤ لسنة ١٩٦٠ اشترط لتعيين الموظف مجموعة من الشروط من ضمنها أن يكون الموظف اهلا من الناحية الصحية لشغل الوظيفة بدنيا وعقليا. فقد اوجبت الفقرة الثالثة من المادة السابعة من قانون الخدمة المدنية رقم ٢٤ فيمن يعين لأول مرة ان يكون ناجحا في الفحص الطبي، وسالما من الامراض المعدية، ومن

د. سيد محمود رمضان، الوسيط في شرح قانون العمل وقانون الضمان الاجتماعي، دار الثقافة عمان، سنة ٢٠١٤، ص ٢٣١.

\_ نص قانون العمل الجزائري رقم (١١) لسنة ١٩٩٠ في المادة ١٦ منه فيما يتعلق بنظام الحصة الإلزامية للعمال ذوي الإعاقة على أنه (يجب على المؤسسات المستخدمة أن تخصص مناصب عمل، للأشخاص المعوقين وفق كيفيات تحدد عن طريق التنظيم)

د. محمد الصغير بعلي، تشريع العمل في الجزائر، بدون سنة طبع، دار العلوم (عنابة)الجزائر، ص٥٧.

<sup>(1)</sup> د. عصام سعيد عبد أحمد، حقوق الأشخاص ذوي الإعاقات، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، المجلد رقم (0.5)، سنة (0.5)، سنة (0.5)، سنة (0.5)، سنة (0.5)، سنة (0.5)،

الامراض والعاهات الجسمية والعقلية التي تمنعه من القيام بالوظيفة المعين لها بموجب قرار من السلطات الطبية المختصة وفقا لنظام خاص.

واجاز النظام رقم ١٥ لسنة ١٩٦٣ المعدل استثناء من شرط الجدارة البدنية، من كان فاقدا كلتا عينيه متى كان حاصلا على شهادة الدكتوراه أو شهادة عالية وأريد تعيينه مدرسا، أو كان ذا كفاءة خاصة. وكذلك من كان ممن ذكر وكانت درجة رؤيته لاحدى العينين أو بكليتهما أقل من الدرجة المطلوبة. كذلك استثنى من شرط الجدارة من كان ذا كفاءة خاصة ومصابا بعاهة غير مانعة من القيام بالواجبات الوظيفية المعين لها.

نرى أن قانون الخدمة المدنية العراقي بخلاف قانون العمل نص على أستثناء ذوي الإعاقة من شرط الجدارة البدنية لتعيين في الوظائف العامة لكن لم ينص صراحة على نظام الحصة الإلزامية كوسيلة لتعيين في الوظائف العامة رغم اعتراف القانون بشكل ضمني بوجود نوع من الوظائف تناسب هذه الفئة من المجتمع، ويجب أن يتم الاعتراف بنظام الحصة الإلزامية كوسيلة لتوظيف ذوي الإعاقة خاصة مع ارتفاع هذه النسبة في المجتمع نظراً لما يعانيه الوطن من حروب وارهاب.

#### ٢\_ موقف المشرع المصري

إن القانون المصري \_وانطلاقاً من الأوضاع الإنسانية التي اقتضت مراعاة ذوي الإعاقة باعطائهم فرص عمل تناسب قدراتهم وتشعرهم بانتمائهم إلى المجتمع ومشاركتهم فيه وعدم نبذهم خارجه (١) فقد نص كل من قانون العمل والخدمة المدنية المصريين على تشغيل ذوي الإعاقة وهو ماسوف نتعرض له بالتفصيل فيما يلي: تم النص على إلزام أصحاب الأعمال بتشغيل ذوي الإعاقة المؤهلين وتبني هذا النظام، لم يكن بالأمر الحديث وإنما يرجع إلى قانون العمل المصري رقم ٩١ لسنة ١٩٥٩ (الملغى) والذي أخذ بنظام الحصة الإلزامية (٢)، وهو ما

(1) د. فاطمة محمد الرزاز، استقرار علاقة العمل في ظل قانون العمل الجديد، دار القلم القاهرة، سنة ٢٠٠٤، ص ٢٦. (2) نصت المادة ٩ من قانون العمل المصري رقم ٩١ لسنة ١٩٥٩ (الملغى) على إلزام أصحاب العمل الذين يستخدمون خمسين عاملاً فأكثر على استخدام من ترشحهم لهم مكاتب القوى العاملة من واقع سجل قيد المعوقين،وذلك في حدود ٥٠% من مجموع عدد عمالهم وتسري هذه النسبة،سواء كان مكان العمل في مكان أو بلد واحد أو في المكنة أو في بلاد متفرقة.

عادت و أكدته المادة ٩ من قانون تأهيل المعوقين رقم ٣٩ لسنة ١٩٧٥ المعدل بالقانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٦ من أنه (على أصحاب الأعمال الذين يستخدمون خمسين عاملاً فأكثر وتسري عليهم أحكام قانون العمل سواء كانوا يشتغلون في مكان واحد أو بلد واحد أو في أمكنة أو بلاد متفرقة، استخدام المعوقين الذين ترشحهم مكاتب القوى العاملة من واقع سجل قيد المعوقين بها، وذلك بنسبة خمسة بالمائة من مجموع عدد العمال في الوحدة التي يرشحون لها.

وتسرى هذه النسبة على كل فرع على حدة من الفروع التابعة للمركز الرئيسي لصاحب العمل، ويجوز لأصحاب الأعمال الملزمين بالتشغيل شغل النسبة باستخدام المعوقين عن غير طريق الترشيح من مكاتب القوى العاملة، بشرط إتمام قيدهم لدى هذه المكاتب)(1).

وأن القطاع العام كذلك ملزم بتشغيل نسبة من ذوي الإعاقة فقد ألزمت المادة ١٠ من القانون رقم ٣٩ لسنة ١٩٧٥ وحدات الجهاز الإداري بالدولة والهيئات العامة والوحدات الاقتصادية التابعة لها بأن تخصص للمعوقين الحاصلين على شهادة التأهيل السابق بيانها نسبة ٥٠% من مجموع وظائف المستوى الثالث الخالية بتلك الجهات وتلتزم الجهات المنصوص عليها في هذه المادة بتعيين المعوقين لديها في حدود هذه النسبة سواء عن طريق ترشيح مكاتب القوى العاملة أو أن تقوم بتعيينهم مباشرة دون ترشيح من مكاتب القوى العاملة على أن تخطر مكتب القوى العاملة المختص بذلك خلال عشرة أيام من تسلم المعوق العمل.

وهو ما أكدته المادة ١٣من القانون الخدمة المدنية رقم ٨١ لسنة ٢٠١٦ ( تلتزم كل وحدة بتخصيص نسبة خمسة في المائة من مجموع الوظائف بها للأشخاص ذوي الإعاقة.

وتحدد بقرار من رئيس مجلس الوزراء الوظائف التي تحجز للمصابين في العمليات الحربية ومصابي الثورة والمحاربين القدماء ومصابي العمليات الأمنية متى سمحت حالتهم بالقيام بأعمالها،وذلك وفقاً للقواعد التي يحددها هذا القرار ،على أن تلتزم الوحدة بتعيين هذه النسبة وفقاً لاحتياجاتها.

(1) د. حمدي عبد الرحمن، د. خالد حمدي عبد الرحمن ، شرح أحكام قانون العمل رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٣، دار النهضة العربية (القاهرة)، بدون سنة طبع، ص١٣١.

د. حسن كيرة، أصول قانون العمل، منشأة المعارف (الإسكندرية)، طبعة ثالثة سنة ١٩٧٩، ص٣٣٣.

كما يجوز أن يعين في هذه الوظائف أزواج الفئات المنصوص عليها في الفقرة السابقة أو أحد أولادهم أو أحد والديهم أو أحد أخواتهم ، القائمين بإعالتهم ،وذلك في حالة عجزهم عجزاً تاماً أو وفاتهم ،إذا توافرت فيهم شروط شغل هذه الوظائف ، وكذلك الأمر بالنسبة لأسر الشهداء ،والمفقودين في العمليات الحربية وأسر شهداء العمليات الأمنية) (1).

نصت المادة ٢٨ من اللائحة التنفيذية رقم ٢١٦١ لسنة ٢٠١٧ لقانون الخدمة المدنية المصرية رقم ٢٠١٦ لسنة ٢٠١٦ ( يتعين عند كل تعيين استيفاء النسبة المقررة لذوي الإعاقة الحاصلين على شهادات التأهيل ،وفقاً لأحكام القانون الصادر في هذا الشأن ،على أن تكون الشهادة المقدمة لم يمض على صدورها أكثر من عام.

وعلى الوحدة حصر مسميات الوظائف المزمع تعيين ذوي الإعاقة ومستوياتها الوظيفية والمجموعة الوظيفية والنوعية التي تنتمي إليهما.

ويرسل البيان المنصوص عليه في الفقرة السابقة إلى الجهاز بعد اعتماده من السلطة المختصة.) (٢)

وقد أكدت محكمة النقض المصرية على هذا التوجه بحكمها الذي ثبت هذه النسبة وألزم بها القطاع العام فقضى أنه (بمؤدى نص المادتين ١٠ و ١٦ من القانون رقم ٣٩ لسنة ١٩٧٥ بشأن تأهيل المعوقين المعدل بالقانون رقم ٣٩ لسنة ١٩٨٦ أن المشرع ألزم وحدات الجهاز الإداري للدولة والهيئات العامة ووحدات القطاع العام بتخصيص نسبة ٥% من مجموع عدد العاملين بكل وحدة للمعوقين الحاصلين على شهادات التأهيل، ولها استيفاء هذه النسب واستخدام المعوقين المقيدين في مكاتب القوى العاملة مباشرة دون ترشيح منها، أو من تلك التي تقوم مكاتب القوى العاملة بترشيحها لهم، وتلتزم جهة العمل في أي من هذه الجهات إذا امتنعت عن استخدام المرشح أن تدفع له الأجر أو المرتب المقرر له أو التقديري للعمل أو الوظيفة التي رشح لها من تاريخ إثبات المخالفة لمدة لا تجاوز سنة من زوال هذا الالتزام إذا قامت بتعيين المعوق أو التحق بعمل آخر من تاريخ التعيين أو الالتحاق بالعمل) (٣).

<sup>(1)</sup> الجريدة الرسمية العدد ٤٣ مكرر (أ) أول نوفمبر سنة ٢٠١٦.  $^{(1)}$ 

<sup>(2)</sup> الجريدة الرسمية العدد (2) مكرر في (2) مايو سنة (2)

<sup>(3)</sup> الطعن رقم ١٨٥٩ - لسنة ٧٧ ق - تاريخ الجلسة ٢٠٠٥ / ٩٠ / ٢٠٠٥.

نرى أن محكمة النقض أكدت على نظام الحصة الإلزامية الذي أقره المشرع كوسيلة لتشغيل الأشخاص ذوي الإعاقة وتأمين فرص العمل المناسبة لهم، وتم منح الجهات الإدارية ذات المرونة الممنوحة للقطاع الخاص من حيث القدرة على تعيين عمال ذوي إعاقة من غير المرشحين من مكتب العمل ونتسأل عن هذا التوجه رغم ترشيح مكتب العمل للعمال المؤهلين حسب حاجتهم وأولويتهم ماقد يخلق نوع من التمييز ويحرف هذا النظام عن تحقيق أهدافه، ونسأل عن منح الجهات العامة خيار إمكانية رفض تشغيل ذي الإعاقة مع الإلتزام بدفع مرتب له في ضوء الإمكانيات الكبيرة للجهات الحكومية من حيث تعدد فرص العمل، مايفتح المجال للقطاع الخاص لتنصل من هذا الإلتزام وتأصيل فكرة عدم قدرت هذه الفئة على العمل والإنتاج رغم التأهيل الذي تلقوه.

ولم يلزم المشرع كل أصحاب العمل بتشغيل هذه النسبة من ذوي الإعاقة وإنما جعلها مقصورة على من يخضع منهم لأحكام قانون العمل بالإضافة إلى استخدامهم خمسين عاملاً فأكثر، بأعتبار أن قدرة التشغيل عندهم تبلغ حداً من الاتساع يمكنهم من استيعاب النسبة المخصصة للعمال ذوي الإعاقة المؤهلين دون إرهاق، ويستوي في حساب الخمسين عاملاً فأكثر أن يكون صاحب العمل يمارس نشاطه في مكان أو بلد واحد أو في أمكنة أو في بلاد متفرقة (١)، ولم يقتصر تطبيق هذه النسبة على المركز الرئيسية للمنشأة التي يملكها صاحب العمل وحده، بل تم توسيع الالتزام ليشمل كل فرع من فروع المركز الرئيسي إذا كان عدد العمال في هذا الفرع بيلغ الخمسين عاملاً فأكثر لتشغيل أكبر عدد من ذوي الإعاقة ومنع تهرب أرباب العمل من هذا الالتزام، ولدواعي المرونة تجاوز المشرع الأصل العام الذي ينص على وجوب تشغيل ذوي الإعاقة بناء على ترشيحهم من مكاتب القوى العاملة الذي يقع في دائرته مقر العمل، فأجاز القانون لأصحاب العمل الملزمين بالتشغيل أن يشغلوا النسبة المخصصة لذوي الأعاقة المؤهلين من غير الذين يرشحهم مسبقاً مكتب القوى العاملة، طالما أن التأهيل قد تحقق والقيد تم فيما بعد لمنح صاحب العمل هامشاً من الحرية في إمكانية أن التأهيل قد تحقق والقيد تم فيما بعد لمنح صاحب العمل هامشاً من الحرية في إمكانية

 $<sup>\</sup>binom{1}{2}$  د. حسن كيرة، المرجع السابق،  $\binom{1}{2}$ 

تشغيل ذوي الإعاقة الذين تكون المنشأة في حاجة لتجربتهم وخبرتهم تبعاً لظروفها وطبيعة نشاطها والذي قد لا يتوفر في ذوي الإعاقة الذين يرشحهم مكتب القوى العاملة<sup>(١)</sup>.

٣\_موقف المشرع الفرنسي

يرجع تاريخ اتباع المشرع الفرنسي لسياسة الحصة الإلزامية لخلق فرص عمل لذوي الإعاقة إلى سنة 197، حيث صدر أول قانون أوجب على أصحاب الأعمال الالتزام بتشغيل مشوهي الحرب (٢)، وقد نظم المشرع الفرنسي نظام الحصة الإلزامية لاستخدام العمال المعاقين ومشوهي الحرب وما شابههم من قبل أصحاب الأعمال في القانون رقم 197 بشأن تشغيل العمال المعاقين لسنة 197 العمال المعاقين لسنة 197 العمال المعاقين لسنة 197 العمال المعاقين لله ( يلتزم جميع أصحاب الأعمال الذين يشغلون على الأقل 197 عاملاً، كل أو بعض الوقت في القطاع العام أو في القطاع الخاص، سواء كانت هذه المنشأة تمارس عملاً صناعياً أو تجارياً، بتشغيل نسبة 197 من أعداد العمال المعاقين المعروضين على المنشأة.

أما المنشآت التي لها أكثر من فرع، فإنها تطبق هذه النسبة 7% على كل فرع من فروع هذه المنشأة (7).

 $<sup>\</sup>binom{1}{2}$  عبد الإله زبيرات، المرجع السابق،  $\binom{1}{2}$ 

 $<sup>(^{2})</sup>$  عبد الإله زبيرات، المرجع السابق،  $(^{2})$ 

<sup>(3)</sup> Art. L. 5212-1 Les dispositions du présent chapitre s'appliquent à tout employeur, occupant «au moins vingt salariés», y compris les établissements publics industriels et commerciaux.

Art. L. 5212-2 Tout employeur emploie, dans la proportion de 6 % de l'effectif total de ses salariés, à temps plein ou à temps partiel, des travailleurs handicapés, mutilés de guerre et assimilés, mentionnés à l'article L. 5212-13.

Art. L. 5212-3 Dans les entreprises à établissements multiples, l'obligation d'emploi s'applique établissement par établissement. Les entreprises de travail temporaire ne sont assujetties à l'obligation d'emploi que pour leurs salariés permanents.

Art. L. 5212-4 Toute entreprise qui occupe «au moins vingt salariés» au moment de sa création ou en raison de l'accroissement de son effectif dispose, pour se mettre en conformité avec l'obligation d'emploi, d'un délai déterminé par décret qui ne peut excéder trois ans. Code du travail Loi n° 73-4 (L. no 2008-67 du 21 jany. 2008).

عبد الإله زبيرات، المرجع السابق، ص٩٢.

أما المنشآت المشار إليها في الفقرة الأولى فهي ملزمة بالاستعداد خلال ثلاث سنوات من إنشائها أو تنمية العمال لديها بتطبيق القانون المذكور). وإن الوظائف التي تحتاج إلى قدرات خاصة مثال الحفارين المؤهلين، وكلاء الأمن والمراقبة بأستثناء الحرس، عمال المناجم المؤهلين، عمال البناء المهرة ...إلخ، لا تحسب ضمن النسبة من حيث عدد العمال المشار إليهم سابقاً (١).

حدد المشرع الفرنسي فئة أصحاب العمل التي يقع عليها الالتزام بتشغيل العمال من ذوي الإعاقة بمن يستخدمون ٢٠ عاملاً على الأقل ،سواء كان عملهم بدوام كامل أو جزئي وبنسبة ٢٠% من مجموع العمال الذين يعملون لديهم ،وقد أستثنى المشرع من النسبة الوظائف التي تتطلب مجهود وقدرات كبيرة لا يستطيع ذوي الإعاقة القيام بها مهما بلغت درجة تأهيله للقوة الحسدية والعضلية التي تحتاجها، كما اشترط المشرع أن يكون العمال ذوي الإعاقة الذين يتم تشغيلهم ممن ترشحهم مكاتب العمل التي يقع في دائرتها مقر العمل الملتزم ،ولا يجوز لصاحب العمل المكلف شغل هذه النسبة من ذوي الإعاقة غير المرشحين مهما كانت الأسباب ،ويشمل نظام الحصة الإلزامية المركز الرئيسي للمنشأة ،وكل فرع بشكل مستقل عند وجوده إذا كان عدد العمال في الفرع يبلغ النسبة التي حددها المشرع وهي ٢٠ عاملاً على الأقل بغض النظر عن طبيعة نشاط المنشأة ،سواء كان تجارياً أم صناعياً، مع الأخذ بالإعتبار حالة المنشآت في طور التكوين فنص على عدم تطبيق نسبة ٢٠% من العمال ذوي الإعاقة عليها إلا بعد مرور مدة لا تتجاوز ثلاث سنوات من تاريخ إنشائها أو سريان هذا القانون ( لا يشمل ذلك دمج الشركات الذي ينتج عنه شركة جديدة )، وفي هذا الاستثناء تحفيز وتشجيع يشمل ذلك دمج الشركات الذي ينتج عنه شركة جديدة )، وفي هذا الاستثناء تحفيز وتشجيع للمنشآت المبتدئة وفي مرحلة الإنشاء والانطلاق في سوق العمل.

نلاحظ أنه بعد المقارنة بين كل من شروط القوانين الثلاثة العراقية والمصرية والسورية والفرنسية بالنسبة للحصة الإلزامة، أن المشرع في مصر لم ينظم قواعد تشغيل ذوي الإعاقة في إطار قانون العمل بل أحال هذا الأمر للقانون رقم ٣٤ لسنة ١٩٧٥ المتعلقة بتأهيل المعوقين،

<sup>(</sup>¹) Florence Canut et Marie-Louise Cros-Courtial Travailleurs handicapés et transfert conventionnel des contrats de travail : statut contre convention collective Revue de droit du travail 2009 p. 661,

وذلك بخلاف القانون الفرنسي الذين نظما قواعد تشغيل ذوي الإعاقة ضمن أحكام قانون العمل.

ونأمل من المشرع المصري أن يخصص فصلاً لقواعد تشغيل ذوي الإعاقة في إطار قانون العمل بما يتناسب مع أحكامه ليتمكن العمال ذوي الإعاقة من معرفة حقوقهم وواجباتهم في هذه الإطار بدل تشتت القوانين التي تحكم هذا الأمر وتعددها باعتبارهم جزءاً من الطبقة العاملة.

وفيما يخص نسبة ذوي الإعاقة المطلوب تشغيلهم وأصحاب العمل المكلفين بذلك، نجد تباين بين القوانين السابقة قانون العمل الفرنسي كان الأكثر سخاءً بهذا الجانب، حيث تم تخفيض عدد العمال في المنشأة التي تخضع لهذه النسبة إلى عشرين عاملاً فقط وتم تحديد نسبة العمال المعوقين الذين يجب تشغيلهم بـ7%، ما يرفع من فرص العمل المتاحة أمامهم مع الأخذ بالأعتبار حداثة المنشأة المكلفة فيؤجل تنفيذ الالتزام لثلاث سنوات لمنح رب العمل المكلف وقتاً كافياً وفرصة جيدة تمكنهم من تنفيذ الالتزام بشكل جيد، كما استثنيت المهن والأعمال التي تتطلب قدرات ومجهود خاصة من عدد العمال الذين يتم التكليف بالنسبة لعددهم ؛ لأن القدرات التي تتطلبها هذه الأعمال لا يمكن توافرها بأي عامل ذي الإعاقة وتقوم اللجان المختصة بمهمة تحديد طبيعة الوظائف في المنشأة ، والأعمال المستثناة وفي هذا إنصاف وعدالة لأصحاب العمل المكلفين.

نقترح على المشرع العراقي أن يتبنى نظام الحصة الالزامية كا وسيلة لتشغيل العمال ذوي الإعاقة في اطار قانون العمل لما تحققه هذه الوسلية من خلق فرص عمل لهذه الفئة من المجتمع وتكنهم من الاندماج فيه خاصة مع ازدياد عددهم نظراً لما يتعرض له الوطن من احداث اورهاب وحروب ومخلفات ناتجة عنها، كما نقترح على المشرع المصري أن يسير على ذات النهج ويخفض عدد العمال في المنشأة المكلفة ،فالعدد المحدد يخرج معظم المنشأة الصغيرة والمتوسطة في سوق العمل من هذا التكليف الاجتماعي ؛لانخفاض عدد العمال فيها ،ويجب مراعاة طبيعة العمل الذي يقوم به صاحب العمل المكلف بهذا الالتزام ،فقد تكون طبيعة العمل خطرة و شاقة و تتطلب أن يبذل العامل نشاطاً عضلياً أثناء العمل ( مثال نقل البضائع والتفريغ ...)، وهو ما أغفلته القوانين ( المصرية، السورية) لاستحالة تأدية العمال ذوي

الإعاقة هذه الأعمال بسبب طبيعتها المجهدة التي تحتاج إلى قوة بدنية ...، على أن تقوم الجهات المختصة بتحديد وتقييم المشاريع والأعمال التي تصلح لتشغيل ذوي الإعاقة من عدمه (۱)، وإيجاد وسائل بديلة يساهم من خلالها أصحاب هذه الأعمال بدعم وحماية ذوي الإعاقة فرب العمل لا يعد مخلاً بالتزامه بنظام الكوتا، وحبذا لو نحا المشرع المصري هذا المنحى لأن الافتراض بوجود عمل يتناسب مع حالة العمال ذوي الإعاقة في كل مشروع أمر مستحيل.

إن المسرع المصري ، ولمنع تحايل أصحاب العمل ولتشغيل أكبر عدد من ذوي الإعاقة ،نصا على شمول هذه النسبة العمال في المركز الرئيسي للمنشأة والفروع في أي مكان عمل يبلغ فيه العدد المطلوب لقيام التكليف ،فالمشرع المصري شمل بالتكليف أماكن العمل حتى لو كانت خارج مصر والقيد في هذا الحساب هو التبعية لنفس صاحب العمل، أما المشرعان الفرنسي و السوري فقد اقتصرا على العمال التابعين لرب العمل والمتواجدين داخل إراضي الوطن ،ولم يشترط التبعية للمركز الرئيسي، ومن الشروط المتباينة منح المشرعين السوري والمصري صاحب العمل المكلف بتشغيل ذوي الإعاقة مرونة من خلال إمكانية تشغيل عمال معوقين مؤهلين من غير المرشحين من مكاتب العمل (القوى العاملة/مصر) ،بشرط أن يتم قيدهم لدى مكتب العمل ("" لمعرفة مدى تلاءم الأعمال التي أسندت إليهم مع التأهيل المهني الذي حصلوا عليه ومستوى أجورهم بالمقارنة مع العمال الأسوياء والغاية من هذه الرخصة هو مراعاة حاجات وظروف وإمكانيات كل منشأة، و تمكين رب العمل من الأستفادة

(1) د. عبد الواحد كرم، قانون العمل العراقي، بدون سنة نشر، بغداد، ص $oldsymbol{3}$ 

<sup>(2)</sup> المادة ٨ من القانون رقم ٣٩ لسنة ١٩٧٥ بشأن تأهيل المعوقين (قيَّد اسم كل معوق تسلَّم شهادة التأهيل في مكتب القوى العاملة الذي يقع في دائرته محل إقامته بناءً على طلبه وتقييَّد بدون مقابل أو أية رسوم من أي نوع كان،وتلتزم مكاتب القوى العاملة بمعاونة المعوقين المقينَّدين لديها في الالتحاق بالوظائف أو الأعمال التي تتفق مع أعقاتهم وكفايتهم والمهن التي تناسبهم ويتم ترحيلهم مع أسرهم على نفقة الدولة من مكان إقامتهم إلى الجهات التي يلحقون بالعمل بها. وعلى مديريات القوى العاملة إخطار مديرية الشئون الاجتماعية الواقعة في دائرتها ببيان شهري عن المعوقين الذين تم تشغيلهم)، والتي تدل على أن وظيفة تشغيل ذوي الإعاقة بأعمال تناسب إعاقتهم وكفاءتهم المهنية وتأهيلهم تقوم على عاتق مكاتب العمل وبإعطاء الحرية لصاحب العمل باستخدام ذوي الإعاقة من غير الذين ترشحهم مكاتب القوى العاملة فلا يمكنها القيام بهذه الوظيفة.

من العمال ذوي الإعاقة أصحاب الخبرة والتأهيل والكفاءة المتوافق مع طبيعة عمل المنشأة التي يديرها وهو ما لا يتوفر في ذوي الإعاقة المرشحين من مكاتب العمل، أما المشرع الفرنسي فقد تبنى اتجاه مختلف ، فألزم رب العمل المكلف باختيار عماله ذوي الإعاقة من الذين يرشحهم مكتب العمل الذي يقع في دائرته مقر العمل، وعدم الألتزام تشغيل عمال ذوي إعاقة من غير المرشحين لا يعد صاحب العمل محقق لألتزام المكلف به وتقع عليه مسؤولية عدم تشغيل ذوي الإعاقة حتى تم قيد العمال ذوي الإعاقة من غير المرشحين لدى مكتب العمل المختص وكانوا مؤهلين مهنياً.

نؤيد رأي المشرع الفرنسي لتوافقه مع الهدف الإنساني لنظام الحصة ،فمكاتب العمل عندما ترشح العمال ذوي الإعاقة تفاضل بين المعاق (حاجاته وجنسه وسنه وخبرته وسبب إعاقته وشدتها ...)، وتمنح بعض الفئات الأولوية تبعاً لذلك، مع مراعاة حاجات ومصالح صاحب العمل في المنشأة التي يديرها، أما عند منح الحرية المطلقة لصاحب العمل بالاختيار وعدم تقييد هذه الحرية بأي شروط موضوعية فإنه يميل لأختيار من يخدم مصالحه ورغباته الاجتماعية والاقتصادية دون الأخذ بأي شروط موضوعية تتعلق بنوع الإعاقة وشدتها وسببها و مسؤوليات المعاق وحاجاته ومستوى تأهيله، فقد يكون الإختيار على أساس انخفاض درجة الإعاقة أو أي أسباب أخرى غير موضوعية وغير مهنية.

ونطلب من المشرع المصري تبني اتجاه المشرع الفرنسي لتحقيق الغاية من نظام الحصة الإلزامية المتمثلة في حصول المستحقين من ذوي الإعاقة على هذه الفرص للعمل بدون أي تمييز من قبل صاحب العمل .

المطلب الثاني: العمال ذوو الإعاقة نتيجة إصابة عمل

إن العامل قد يتعرض إلى إصابة أو حادث أثناء عمله ،سواء كانت هذه الإصابة خارجية أو داخلية ،ظاهرة أو خفية، عضوية أو نفسية مثل (الجروح والكسور والحروق و الاضطرابات العصبية أو النفسية...)(1)، و في أغلب الحالات تؤدي هذه الإصابة إلى إعاقته

<sup>.</sup> مصطفى محمد الجمال، التأمينات الاجتماعية، مطبعة الفتح الإسكندرية، بدون تاريخ نشر، ص(1, 1, 1)

وعجزه جزئياً عن القيام بعمله السابق كما كان ،أو قد ينتج عنها عدم قدرته على ممارسة عمله السابق بشكل كامل.

ونتساءل هنا:هل يعتبر هذا العامل المصاب من ضمن العمال ذوي الإعاقة الذين يفرضهم نظام الحصة الألزامية على صاحب العمل، أم يمكنه التخلي عنه إذا كان غير ملتزم بتشغيل ذوي الإعاقة أو مشغلاً لنسبة المطلوبة منهم ،و هل يعتبر من ضمن النسبة التي فرضها القانون إذا بقي يعمل لديه، سوف نجيب عن هذه التساؤلات من خلال مواقف التشريعات المختلفة من هذا الأمر:

## الفرع الأول: موقف القانون العراقي

بالنسبة للمشرع العراقي لم ينص على إعادة تأهيل العمال الذين يصابون بإعاقة نتيجة عمل أو مرض مهني، ولم يتطرق لمسألة ألزام رب العمل الذين كان يعمل لديه لتشغيله بعمل أخر يتناسب مع حالته الجديدة أو في عمل أخر ، وأنما أكتفى بمنحهم الحق في استحقاق الراتب التقاعدي سواء كانت الاصابة نتج عنها عجز كلي أو جزئي بسبب المرض أو اصابات العمل وفقاً لشروط وضوابط محددة في القانون.

والهيئة الرئيسية التي تتولى تنفيذ هذا القانون هي دائرة التقاعد والضمان الاجتماعي التي ترتبط بهيئة التقاعد الوطنية العامة التابعة الى وزارة المالية (١٠).

 $<sup>\</sup>binom{1}{2}$  د.عصام سعید عبد احمد ، المرجع السابق،  $\binom{1}{2}$ 

\_نص نظام العمل السعودي في المادة ٣٩ على أنه ( إذا أصيب أي عامل إصابة عمل نتج عنها نقص في قدراته المعتادة، لا يمنعه من أداء عمل آخر غير عمله السابق، فإن على صاحب العمل الذي وقعت إصابة العامل بسبب العمل لديه توظيفه في العمل المناسب بالأجر المحدد لهذا العمل، ولا يخل هذا بما يستحقه من تعويض عن إصابته).

د. يوسف إلياس، المرجع السابق، ٣٣٢.

\_نصت المادة 1 \$ من قانون العمل الأردني على أنه (إذا أصيب عامل إصابة عمل نتج عنها عجز دائم جزئي لا يمنعه من أداء عمل غير عمله الذي كان يقوم به،وجب على صاحب العمل تشغيله في عمل آخر يناسب حالته إذا وجد مثل هذا العمل بالأجر المخصص لذلك على أن تحسب حقوقه المالية عن المدة السابقة لإصابته على أساس أجره الأخير قبل الإصابة).

د.سيد محمود رمضان، المرجع السابق، ٢٣٤.

نقترح على المشرع العراقي تبني نظام إعادة تأهيل العمال الذي يتعرضون لأصابة عمل وإعادة تشغيلهم لدى ذات صاحب العمل سواء في عملهم القديم بعد إعادة تأهيلهم أو في عمل أخر يتناسب مع وضعهم الجسدي الجديد لما في ذلك من تحمل أرباب العمل لمسؤولية تشغيل عمالهم الذين يصابون أثناء خدمتهم بدل تركهم عرضة للبطالة الأهمال والعوز بدل تكريمهم والوقوف معهم.

#### الفرع الثاني: موقف القانون المصري

بالنسبة للعامل السليم الذي يصاب بإعاقة من جراء العمل ولديه القدرة على العمل وطبيعة العمل تساعده على استئناف عمله ،فإنه يستمر في عمله ،وهو ماأخذ به المشرع المصري ،إذ أخذ بهذا التوجه (1)، حيث ألزم قانون العمل صاحب العمل في المادة ١٢٤ بأنه (ينتهى عقد العمل بعجز العامل عن تأدية عمله عجزاً كلياً أياً كان سبب هذا العجز.

فإذا كان عجز العامل جزئيًا ،فلا تنتهي علاقة العمل بهذا العجز إلا إذا ثبت عدم وجود عمل آخر لدى صاحب العمل يستطيع العامل أن يقوم به على وجه مرضٍ، ويثبت وجود أو عدم وجود العمل الآخر وفقاً لأحكام قانون التأمين الاجتماعي.

وإذا ثبت وجود هذا العمل الآخر كان على صاحب العمل بناء على طلب العامل أن ينقله إلى ذلك العمل ،مع عدم الإخلال بأحكام قانون التأمين الاجتماعي)(٢).

إن المشرع لم يصنف العامل الذي أصيب بإصابة عمل نتج عنها عجز جزئي بأنه عامل ذي إعاقة بل يستمر في العمل القائم به أو يتم نقله إلى عمل آخر داخل المنشأة يتناسب مع وضعه الجديد إذا لم يستطع العودة لعمله السابق<sup>(٣)</sup>، ولم يشر المشرع إلى مسألة إعادة تأهيل وتدريب العامل المصاب بعجز جزئي ليتمكن من العمل ،سواء في عمله السابق بشكل يتناسب مع وضعه الجديد ،وتم الاكتفاء بالبحث له عن عمل آخر بناءً على حالته الجسدية

(^2)د. محمد حسين منصور، قانون العمل، دار الجامعة الجديدة (الإسكندرية)، سنة ٢٠١١، ص٣٩١.

<sup>(1)</sup> د. فاطمة الرزاز، استقرار علاقة العمل،المرجع السابق، ص٥٥.

<sup>(3)</sup> نرى أنه لا يمكن اعتبار العامل المصاب بعجز نتيجة العمل من فئة العمال ذوي الإعاقة، ولا يمكن أثارة مسألة الحصة الإلزامية لتشغيل العمال المعاقين والتزام صاحب العمل بها من عدمه ومدى تأثير ذلك عليه، لأن المشرع اكتفى بعبارة إصابة العامل بعجز جزئي يفقده القدرة على العمل، وهنا نتحدث عن العجز سواء كان بصفة دائمة أو مؤقتة.

الجديدة لدى نفس صاحب العمل ،وقد حدد المشرع الجهة التي تقر بوجود العمل المناسب للعامل المصاب من عدمه في المنشأة ( ...ويثبت عدم وجود عمل آخر بقرار من لجنة يصدر بتشكيلها قرار من وزير التأمينات بالاتفاق مع الوزاء المختصين، ويكون من بين أعضائها ممثل عن التنظيم النقابي أو العاملين بحسب الأحوال، وممثل عن الهيئة المختصة، ويحدد القرار قواعد وإجراءات عمل اللجنة.

ويستثنى من شرط عدم وجود عمل آخر الحالات التي يصدر بها قرار من وزير التأمينات بناء على اقتراح مجلس الإدارة)(١).

و لم يتم منح صاحب العمل أي سلطة لتحديد توافر عمل من عدمه للعامل المصاب في المنشأة ؛ منعا لتهربه و التنصل من مسؤوليته إنما منح هذا الاختصاص للجنة مختصة بشرط قيام العامل المصاب بالعمل على وجه مرضٍ و ينطوي هذا التعبير على غموض كبير( فهل تعني انخفاض إنتاجه، أما عدم القدرة على العمل بشكل جيد، أو عدم التلاؤم مع الوضع والعمل الجديد ...)، وبالتالي يمكن لصاحب العمل التخلص من العامل المصاب رغم توافر العمل بحجة عدم أداء العمل بشكل مرضٍ بالنسبة له، ولحصول العامل المصاب على العمل الجديد يجب تقديم طلب لصاحب العمل لنقله إلى عمل آخر يلائم حالته الجديدة ،وعلى صاحب العمل الإجابة على هذا الطلب، ونتساءل عن جدوى هذا الطلب مادام صاحب العمل لا يملك أي سلطة تقديرية فيه.

أما في حال عدم توافر عمل يتناسب مع حالة العامل المصاب نتيجة إصابة عمل ،فإنه يحصل على معاش بناء على تقرير اللجنة المشكلة بقرار من وزير التأمينات الاجتماعية: بالاتفاق مع الوزراء المختصين، وهو ما تؤكده المادة ٣/١٨ من قانون التأمينات الاجتماعية:

....\_1)

٠٠٠٠.\_٢

٣\_ انتهاء خدمة المؤمن عليه للوفاة أو العجز الكامل الجزئي المستديم ،متى ثبت عدم وجود
 عمل آخر لدى صاحب العمل، وذلك أيًا كانت مدة اشتراكه في التأمين)(١).

عبد الإله زبيرات، المرجع السابق، ص١٨٥، المادة  $\pi/1٨$  من قانون التأمينات الاجتماعية.  $\binom{1}{}$ 

نرى أن المشرع حد من الحقوق الممنوحة للعامل المصاب بعجز جزئي نتيجة إصابة عمل، بعدم النص على وجوب إعادة تأهيله وتدريبه ليعاد تكوينه بشكل يمكنه من العودة إلى عملهم السابق أو القيام بعمل آخر داخل المنشأة يتناسب مع إعاقته، وأن عدم تأهيل وتدريب العامل المصاب ينتج عنه إهدار للقوة العاملة التي لا تزال تملك القدرة على العمل والإنتاج وتقليص من فرصة الحصول على عمل.

الفرع الثالث: موقف القانون الفرنسي

إن المشرع الفرنسي وسع من الحماية الممنوحة للعامل الذي يصاب بإصابة عمل أو مرض مهني أثناء قيامه بالعمل ينتج عنه عجز وإعاقة ، فنص على إعتبار عقد العمل متوقفاً مدة تعرضه للإصابة، بحيث يستفيد العامل المصاب من التعويض أثناء التوقف عن العمل، وعند أنتهاء المدة اللازمة لعلاجه بشفائه التام أو بثبوت عجزه الجزئي بشكل مستديم، فإنه يعود إلى عمله السابق، وفي حال عدم التزام صاحب العمل بتسهيل عودته إلى العمل تفرض عليه غوامة (٢).

وقد منح قانون العمل الفرنسي Loi n  $^{\circ}$  73-4 Code du travail المادة L.5212\_1 العامل الذي يصاب بعجز يقل أو يساوي على الأقل  $^{\circ}$  1  $^{\circ}$  0 ناتجة عن إصابة عمل أو مرض مهني بالإضافة إلى تقاضيه الأجر الممنوح من النظام العام للتأمين الإجتماعي أو نظام الحماية الاجتماعية، حق الاستفادة من جميع الميزات الممنوح لصالح تشغيل العمال المعاقين، وخاصة نسبة التشغيل الإلزامي للمعاقين والتي حددها قانون العمل الفرنسي بنسبة  $70^{\circ}$  .

<sup>.</sup> الإله زبيرات، المرجع السابق، ص(1,1,1,1)

<sup>(&</sup>lt;sup>2</sup>) Art. L. 122-32-5.

مشار إليه عبد الإله زبيرات، المرجع السابق، ص١٨٦

<sup>(</sup>³) Code du travail Art. L. 5212-13 Bénéficient de l'obligation d'emploi instituée par l'article L. 5212-2

<sup>2)</sup>\_ Les victimes d'accidents du travail ou de maladies professionnelles ayant entraîné une incapacité permanente au moins égale à 10 % et titulaires d'une rente attribuée au titre du régime général de sécurité sociale ou de tout autre régime de protection sociale obligatoire.

<sup>3)</sup>\_Les titulaires d'une pension d'invalidité attribuée au titre du régime général de sécurité sociale, de tout autre régime de protection sociale obligatoire ou au titre des dispositions

وقد أكد المشرع الفرنسي على أهمية إعادة تأهيل العامل المصاب مهنيًا وتدريبه ليتمكن من العودة لعمله السابق أو القيام بعمل جديد يتلاءم مع حالته، وقد وسع المشرع من الحماية الممنوحة له بدمجه بالنسبة الإلزامية لتشغيل ذوي الإعاقة ،والمحددة بـ 7% من مجموع عدد العمال لرب العمل المكلف بهذا النظام، وأن إعادة العامل المصاب إلى عمله السابق من ضمن النسبة أو لعمل آخر يتناسب مع وضعه الجديد يفتح المجال للتمييز بين كل من العمال ذوي الإعاقة نتيجة إصابة عمل ،والعمال ذوي الإعاقة المرشحين من مكتب العمل ، فقد يتم فصل عامل ذي إعاقة من المشتغلين بنظام الكوتا وتشغيل عامل مصاب بإصابة عمل بحجة اكتمال النسبة التي حددها المشرع له.

نقترح على المشرع الفرنسي إخراج العامل ذي الإعاقة بسبب إصابة العمل من حصة العمال المشتغلين بنظام الحصة الإلزامية إذا بقي العامل المصاب لدى رب عمله لاختلاف السببين القائم عليهما تشغيل كل عامل بين الأخلاقي والاجتماعي.

و بعد المقارنة بين مواقف المشرعين من العامل المصاب بعجز وإعاقة نتيجة إصابة عمل ،نؤيد الاتجاه الذي تبناه المشرع المصري بعدم تصنيف العامل ذي الإعاقة نتيجة أصابة عمل ضمن العمال ذوي الإعاقة المستخدمين وفق "نظام الكوتا" في حال بقائه في منشأته ، سواء في عمله السابق أو مارس عملاً جديداً داخلها، ويحافظ هذا النص على فرص العمال الضيقة المتاحة للعمال ذوي الإعاقة بنظام الحصة الإلزامية.

المطلب الثالث: الأولوية لبعض الفئات من ذوي الإعاقة

إن بعض ذوي الإعاقة يحتاجون إلى عناية واهتمام أكثر من الآخرين لأسباب مختلفة منها سبب تعرضهم للعجز (خدمة الوطن أو القيام بعمل ما ...)،أو قد يكون هذا التفضيل نتيجة سن المعاق أو جنسه أو مسؤولياته وأعبائه العائلية فتمنح لهذه الفئات الأولوية في الحصول على عمل بنظام الحصة الإلزامية.

وقد نص المشرع المصري على تخصيص نسبة مئوية من الوظائف المخصص لذوي الإعاقة بنظام الحصة الإلزامية لبعض الفئات من ذوي الإعاقة لأسباب وظروف مختلفة هي:

régissant les agents publics à condition que l'invalidité des intéressés réduise au moins des deux tiers leur capacité detravail ou de gain

#### أولاً: مصابو العمليات الحربية

منحت فئة معاقي العمليات الحربية والخدمة الوطنية الأولوية في الحصول على فرص العمل المتوفرة بنظام الحصة الإلزامية المحددة بـ٥% من مجموع عدد العمال في المنشأة المكلفة ،ويرجع السبب في منحهم هذا التمييز إلى أن إعاقتهم كانت نتيجة أداء واجبهم في الخدمة العسكرية ،سواء كانت الإصابة أثناء القتال أو التدريب أو كانت الإعاقة نتيجة قيامهم بخدمة وطنية غير مرتبطة بالقوات المسلحة (مثال الخدمة الوطنية ذوي الإعاقة نتيجة العمليات الأمنية أو المتطوعين في الخدمات الاجتماعية أو رجال الإطفاء والدفاع المدني...)، كما تشمل الأولوية الإعاقة الناتجة عن العمليات الحربية أو الغارات الجوية أثناء الحرب أو السلم بعيداً عن صفة المعاق الشخصية (مدني أو عسكري)، وهو ما نصت عليه المادة ١٣ من قانون تأهيل المعوقين رقم ٣٩ لسنة ١٩٧٥، إذ نصت على أنه ( ذوي الإعاقة المؤهلين المصابين بسبب العمليات الحربية أو الغارات الجوية أو أثناء أوبسبب تأدية الخدمة العسكرية والوطنية).

إن المشرع منح الأولوية لهذه الفئات نظراً إلى سبب الإعاقة ،وهو أداء خدمة للمجتمع والوطن والتضحية في سبيله، فأقل شيء يمكن أن نقدمهم لهؤلاء هو تمكينهم من الحصول على فرصة عمل تتناسب مع وضعهم الجديد يستطيعون من خلالها إعالة أنفسهم وأسرهم والاندماج في المجتمع بشكل فاعل.

وهو ذات الامر الذي تبنه أذ جاء في المادة ١٣ من قانون الخدمة المدنية المصري رقم ٨١ لسنة ٢٠١٦ أنه في حالة المنافسة بين معوق طبيعي أو معوق نتيجة حادث مدني وبين المعوقين بسبب العمليات أو الغارات الجوية أو أثناء تأدية الخدمة العسكرية أو الوطنية يكون للأخير أولوية على الأول في التعيين في الوظائف في حدود نسبة الـ ٥٠٠٠ المشار إليها، وكذلك الأمر بالنسبة لأسر الشهداء والمفقودين في العمليات الحربية وأسر شهداء العمليات الأمنية، من الزوجات والأبناء، فإذا ما أهدر المشرع مبدأ المساواة من خلال المعاملة التفضيلية

. د. محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص ٢٠٤، د. رضا عبد الحليم عبد الباري، المرجع السابق، ص ٤٠.  $\binom{1}{2}$ 

٤٨٨

التي كفلها لبعض المواطنين، بأن قدم بعضهم \_ في مجال فرص العمل\_ على غيرهم، كان ذلك خروجا على أحكام الدستور نصا وروحا(١).

## ثانياً: الأطفال ذوو الإعاقة

منح المشرع الأطفال ذوي الإعاقة نسبة من الحصة الإلزامية، مراعين حداثة سنهم وعدم قدرتهم على المنافسة في الحالة الطبيعة نتيجة التمييز الذي يتعرضون له بسبب السن، ولتمكينهم من قطف ثمار عملية التأهيل المهني والتدريب التي خضعوا لها، وهو ما نصت عليه المادة (٨٢) من قانون الطفل رقم ١٢ لسنة ١٩٩٦ من أنه (على صاحب العمل الذي يستخدم خمسين عاملاً فأكثر سواء كانوا يعملون في مكان أو في أمكنة متفرقة في مدينة أو في قرية واحدة استخدام الأطفال المعاقين الذين ترشحهم مكاتب القوى العاملة، بحد أدنى اثنان في المائة من بين نسبة الخمسة في المائة المنصوص عليها في القانون رقم ٣٩ لسنة العمل المعاقين) (٢٠).

وإن الغاية من منح الأولوية لهذه الفئة الضعيفة الحد من التمييز الذي يتعرضون له في أطار المنافسة على فرص العمل المتاحة لذوي الإعاقة، أو تمكينهم من الاندماج في سوق

 $<sup>^{(1)}</sup>$  د. أنس جعفر، د. أشرف أنس جعفر، المرجع السابق،  $^{(2)}$  ۹ و .

 $<sup>\</sup>binom{2}{2}$ د. زكي زكي زيدان، الحماية الشرعية والقانونية لذوي الاحتياجات الخاصة، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامية والقانون الوضعي، دار الكتب القانونية، سنة 9 ، 9 ، 9 ، 9 ، 9 .

د.رضا عبد الحكيم عبد الباري، المرجع السابق، ص٤٢.

الفقرة الثانية من المادة ٨٢ نصت على أنه ( يجوز لصاحب العمل شغل هذه النسبة باستخدام أطفال معاقين بغير طريق الترشيح من مكتب القوى العاملة ممن سبق قيدهم بهذه المكاتب).

ولم يقتصر المشرع على إلزام أصحاب الأعمال بتشغيل هذه النسبة، بل أيضاً تخصيص عدد من الوظائف والأعمال في الجهاز الإداري للدولة والهيئات العامة والمؤسسات العامة والوحدات الاقتصادية التابة لها ( المادة ٨١ من قانون الطفل).د. زكي زكي زيدان، المرجع السابق، ص٨٦٨.

\_نصت المادة ٢٠ من القانون اليمني رقم ٢١ لسنة ١٩٩٩ بشأن رعاية وتأهيل المعاقين على أنه (للمعاق المؤهل المصاب خلال مرحلة قيام الثورة، أو أثناء الدفاع عن الوحدة اليمنية، بسبب العمليات الحربية أو الغارات الجوية، أو أثناء تأدية خدمة الدفاع الوطني، أولوية التعيين في الوظائف أو الأعمال، مع مراعاة النسبة المشار إليها في المادتين ١٨، ١٩ من هذا القانون).

د. يوسف إلياس، المرجع السابق، ص٣٣٠.

العمل بعد تأهيلهم بهذا السن المبكر ما يساعدها في المستقبل على ممارسة دورها الطبيعي والفعال في المجتمع ويمنع عنهم الشعور بالنقص والإهمال.

أخيراً إن المشرع الفرنسي عندما حدد نسبة الـ7% كحصة إلزامية على أصحاب الأعمال لتشغيل ذوي الإعاقة لم يمنحهم الحرية في اختيار العمال ذوي الإعاقة الذين يرغبون في تشغيلهم بنظام الحصة الإلزمية تبعاً لمصالحهم و رغباتهم و أولوياتهم المهنية أو الشخصية، إنما أخذ المشرع على عاتقه مسألة تحديد الأشخاص ذوي الإعاقة الذين يستفيدون من نظام الحصة الإلزامية طبقاً لاعتبارات مختلفة وأولويات يحددها المشرع ، فنصت المادة الحرصة الإلزامية طبقاً لاعتبارات مختلفة وأولويات يحددها المشرع ، فنصت المادة تحديد الفئات المستفيدة من هذا النظام على سبيل الحصر:

1\_العمال الذين تحدد إعاقتهم لجنة الحقوق والاستقلال الذاتي للأشخاص المعاقين (C.D.A.P.H).

٢\_ضحايا إصابات العمل والأمراض المسببة للعجز الدائم تساوي نسبتهم على الأقل ١٠ % والذين يتقاضون الرواتب الممنوحة من طرف النظام العام للتأمين الاجتماعي، أو نظم الحماية الاجتماعية.

٣\_أصحاب معاش العجز عن العمل الذين تصل نسبتهم على الأقل إلى الثلثين، ويؤثر على القدرة على العمل والكسب.

٤\_قدماء المحاربين ومشوهو الحرب.

ه\_ الأرامل، غير المتزوجات، وصاحبات المعاش،المستيفدون من المادة (L395.L396)
 من قانون العقوبات،وقد ألغيت هذه المادة.

7\_أيتام الحرب الذين تقل سنهم عن ٢٠ سنة، والأرامل غير المتزوجات أو الأبوان الأعزبان. ٧\_الأرامل المتزوجات وعندهم على الأقل طفل واحد من الزوج الجندي،أو المشوه المتوفي. ٨\_الأزواج العاجزون المحتجزون بسبب فقدان قواهم العقلية بسبب الخدمة العسكرية، والذين يستفيدون من المادة ٢٢٤ من قانون النفقات العسكرية للعاجزين وضحايا الحرب. 9\_أصحاب الإعانة أو الدخل الناتج عن العجز، المحدد بالقانون رقم 91\_1389 الصادر 9\_أصحاب الإعانة أو الدخل الناتج عن العجز، المحدد بالقانون رقم حالة إصابتهم بإصابة ٣١ ديسمبر ١٩٩١، المتعلق ( بالحماية الاجتماعية لرجال المطافئ) في حالة إصابتهم بإصابة عمل أو مرض مهنى، بسبب عملهم.

• 1\_أصحاب بطاقة العجز المحدد في المادة L.241\_3 من قانون النشاط الاجتماعي والأسرة.

11\_أصحاب الإعانة من كبار المعاقين(١).

أن المشرع الفرنسي حدد فئات ذوي الإعاقة التي يتم أستخدامهم وفقاً لنظام الحصة الإلزامية ،مراعين في ذلك اعتبارات مختلفة ،منها الإنساني والسن أو الأرامل الذين فقدوا أزواجهم ولديهم مسؤولية عائلية كقدماء المحاربين ومصابي العمليات العسكرية، أو سبب الإعاقة مصابو العمليات الحربية والعسكرية ،والعمال ضحايا إصابات العمل أثناء قيامهم

(1) المعدلة بالقانون Art. L. 5212-13

(L. no 2008-492 du 26 mai 2008)

(Abrogé par L. no 2008-492 du 26 mai 2008)

Art. L. 5212-13 Bénéficient de l'obligation d'emploi instituée par l'article L. 5212-2 :

- 1\_ Les travailleurs reconnus handicapés par la commission des droits et de l'autonomie des personnes handicapées mentionnée à l'article L. 146-9 du code de l'action sociale et des familles.
- 2\_ Les victimes d'accidents du travail ou de maladies professionnelles ayant entraîné une incapacité permanente au moins égale à 10 % et titulaires d'une rente attribuée au titre du régime général de sécurité sociale ou de tout autre régime de protection sociale obligatoire.
- 3\_Les titulaires d'une pension d'invalidité attribuée au titre du régime général de sécurité sociale, de tout autre régime de protection sociale obligatoire ou au titre des dispositions régissant les agents publics à condition que l'invalidité des intéressés réduise au moins des deux tiers leur capacité de travail ou de gain.
- 4\_Les bénéficiaires mentionnés à l' article du code des pensions militaires d' invalidité et des victimes de la guerre.
- 5 Les bénéficiaires mentionnés aux articles L. 395 et L. 396 du même code;».
- 6\_Les orphelins de guerre âgés de moins de vingt et un ans et les conjoints survivants non remariés ou les parents célibataires, dont respectivement la mère, le père ou l'enfant, militaire ou assimilé, est décédé des suites d'une blessure ou d'une maladie imputable à un service de guerre ou alors qu'il était en possession d'un droit à pension d'invalidité d'un taux au moins égal à 85 %.
- 7\_Les conjoints survivants remariés ayant au moins un enfant à charge issu du mariage avec le militaire ou assimilé décédé, lorsque ces conjoints ont obtenu ou auraient été en droit d'obtenir, avant leur remariage, une pension dans les conditions prévues au .
- 8\_ Les conjoints d'invalides internés pour aliénation mentale imputable à un service de guerre, s'ils bénéficient de l'article L. 124 du code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de la guerre.
- 9\_ Les titulaires d'une allocation ou d'une rente d'invalidité attribuée dans les conditions définies par la loi n o 91-1389 du 31 décembre 1991 relative à la protection sociale des sapeurs-pompiers volontaires en cas d'accident survenu ou de maladie contractée en service.
- 10\_ Les titulaires de la carte d'invalidité définie à l'article L. 241-3 du code de l'action sociale et des familles.
- 11 Les titulaires de l'allocation aux adultes handicapés.

بواجباتهم العمالية أو العمال الذين اصابهم أحد الأمراض المهنية ونتج عنها إعاقة دائمة ،أو الذين يؤدون خدمة جليلة للمجتمع مثل رجال الأطفاء الذين كانت إعاقتهم نتيجة أداء خدمتهم الوطنية، بالإضافة لبعض الفئات الأخرى التي تحددها بعض اللجان المختصة.

نرى أن المشرع المصري عندما منحا الأولوية في التعيين بنظام الكوتا لبعض فئات المعوقين لأسباب مرتبطة بسبب الإعاقة أو سن المعاق أو غيرها من الأسباب، الإ أنه لم يبين آلية منحهم هذه الأولوية في التعيين، ولقد استثنى المشرع العديد من الحالات الإنسانية والتي تحتاج لمثل هذه المساعدة مثل شديدي الإعاقة، النساء المعاقات ،المعاق المعيل...، والحرية التي منحت لصاحب العمل في اختيار عماله ذوي الإعاقة من غير المرشحين من مكتب العمل وعدم أعتماد آلية ونسباً معينة لهم يحد من فعالية هذا النظام، أن المشرع الفرنسي كان أكثر دقة فصنف فئات ذوي الإعاقة المستفيدين من نظام الحصة الإلزامية على أسس إنسانية واجتماعية واقتصادية وأخلاقية تراعي جميع فئات ذوي الإعاقة وحالتهم وحاجاتهم ،مع إقرار واجتماعية تمكن المشرع من تحقيق هذا الهدف بإلزام رب العمل بتشغيل ذوي الإعاقة الذين يرشحهم مكتب العمل.

نقترح على المشرع المصري أن ينحوا منحى المشرع الفرنسي في التصنيف الشامل لحالات الإعاقة التي تحتاج إلى مساعدة أكثرمن غيرها .

المبحث الثاني: موقف الفقه من نظام الحصة الإلزامية

انقسم الفقه القانوني والاجتماعي من حيث الأخذ بإيجابيات نظام الحصة الإلزامية كوسيلة لحصول الأشخاص ذوي الإعاقة على فرصة للعمل، وممارسة دورهم الطبيعي في المجتمع والسلبيات المترتبة على تبني هذه النظام \_إلى اتجاهين أحدهما مؤيد لهذا النظام، واتجاه آخر عارض هذا النظام الذي يفرض على أصحاب الأعمال تشغيل ذوي الإعاقة.

المطلب الأول: إيجابيات نظام الكوتا

ذهب اتجاه من الفقه إلى تبني نظام الحصة الإلزامية باعتباره من الأساليب الجيدة والمهمة لتوفير فرص العمل للأشخاص ذوي الإعاقة، بحيث يتم إلزام فئة معينة من أصحاب الأعمال لامتلاكهم عدداً معين من الوظائف ينتج عنه تنوع في الأعمال التي يؤديها العمال

لديهم ما يسهل عليه إيجاد عمل مناسب لهم داخل المنشأة يتلاءم مع التأهيل والتدريب الذي تلقوه بالإضافة لملاءة أرباب العمل المالية التي تمكنهم من توفير التجهيزات وظروف العمل المناسبة وتحمل تبعة تشغيل هذه الفئة من العمال، وتتعدد الإيجابيات الناتجة عن تبني نظام الحصة الإلزامية أنها:

\_نظام الكوتا يمنح الأشخاص ذوي الإعاقة الشعور بأن الحكومة تدعم تأهيلهم وتشغيلهم ودمجهم في المجتمع ليصبحوا فاعلين .

يشجع هذا الأسلوب أصحاب الأعمال على تشغيل العمال من ذوي الإعاقة للوقوف على قدراتهم الحقيقية وإمكانياتهم في العمل والإنتاج.

\_ إن التمييز الغير ايجابي بهذا الأسلوب هو حجر الزاوية في تقليص التفاوت بين المجموعات غير المتكافئة، وعلاج جذري ضد أشكال عدم المساواة التي يعاني منها ذوو الإعاقة؛ لأنه لا يعالج مصدر التفاوت فقط إنما يحاول الحد من الآثار السلبية له، من أجل تسهيل عملية الاندماج الاجتماعي لذوي الإعاقة (١).

\_ أن نظام الحصة الإلزامية يقسم الأعباء والتكاليف بين القطاع الخاص والحكومي في تشغيل ذوي الإعاقة، ويمنح القطاع الخاص وأصحاب الأعمال دورهم الطبيعي في تقديم المساعدة الاجتماعية وعدم النائي بنفسهم عن هذه المسؤولية، ولو أن النسبة التي يتحملها القطاع الحكومي قد تكون نفس نسبة القطاع الخاص في بعض الدول أو ترتفع قليلاً ،لكن القطاع العام في الغالب هو من يشغل النسبة الأكبر من ذوى الإعاقة (٢).

أن هذا الأسلوب يعد الرافد الأساسي لتوفير فرص العمل للأشخاص ذوي الإعاقة، وخاصة من حصل منهم على تأهيل وتدريب في المراكز المختصة ،ويستوعب العدد الأكبر منهم في سوق العمل (٣).

(<sup>2</sup>) د. خليل عبد الرحمن المعايطة، د. مصطفى نوري القمش،أساسيات التأهيل المهني والرعاية لذوي الاحتياجات الخاصة، دار الثقافة الاردن، الطبعة الاولى ٢٠١٦، ص٧٢٠.

\_

<sup>(</sup>¹)Sylvain Laurent Discrimination : le plan d'action européen en faveur des personnes handicapées Droit. soc. 2008.p586.

<sup>(3)</sup> د. يوسف الزعمط، التأهيل المهني للمعوقين، دار الفكر، عمان (الأردن)، طبعة ٢٠٠٥.، ص١٣٠.

\_ يساوي نظام الكوتا بين جميع أصحاب الأعمال مهما كان نوع العمل والنشاط الذي يمارسونه لأن نسبة العمال من ذوي الإعاقة المطلوب تشغيلها هي نسبة مئوية واحدة تلتزم فيها جميع المنشآت وفروعها طبقاً لعدد العمال المشتغلين في كل فرع(١).

\_ يعتبر هذا الأسلوب أحد الوسائل المهمة لتعزيز مبدأ المساواة (الفعلية) بين العمال ذوي الإعاقة وغيرهم من العمال الأسوياء في مجال الفرص و العمل.

\_ المساهمة الفعالة في تغيير النظرة النمطية والتقليدية ،خاصة لدى أرباب العمل عن الأشخاص ذوي الإعاقة بأنهم أشخاص عاجزين عن خدمة أنفسهم وتلبية طلباتهم ويحتاجون للمساعدة وأنهم عالة على أسرهم والمجتمع بأكمله.

\_ لا يخل نظام الحصة الإلزامية بمبدأ تكافؤ الفرص ؛ لأن تفاضل ذوي الإعاقة على غيرهم ليس لجعلهم أشد بأساً أو أفضل موقعاً من سواهم، بل منحهم المشرع هذا الحق لكي يعيد لهم التوازن الذي اختل بسبب عوارضهم، وتلك هي العدالة الاجتماعية (٢).

المطلب الثاني: سلبيات نظام الحصة الإلزامية

بعض الفقه الاجتماعي والقانوني نظر إلى نظام الكوتا(الحصة) كأسلوب لخلق فرص عمل للأشخاص ذوي الإعاقة وتمكينهم من الاندماج في المجتمع يترتب عليه الكثير من السلبيات تجاه أصحاب العمل والعامل ذي الإعاقة لأسباب متعددة منها:

\_ إن الأخذ بهذا النظام هو نوع من التصريح بأن العمال ذوي الإعاقة لا يتساون مع غيرهم من العمال بالكفاءة والقدرة على العمل والإنتاج، و ليس من العدل فرضهم على أصحاب العمل والاقتصاد الوطنى ؛ لأنهم يكونون سبب في الخسارة له.

يضع القانون حدًا أعلى للنسبة التي يستخدمها كل صاحب عمل في المشروع أو المنشأة من العمال ذوي الإعاقة، الأمر الذي يخلق شعوراً بأن هذه النسبة (0.00, 0.00, 0.00) هي حجم فئة ذوي الإعاقة في سوق العمل التي يجب استيعابها (0.00).

د. شحاته مرسى، التأهيل المهنى للمتخلفين عقلياً، دار النهضة القاهرة سنة ١٩٩١، ص $^{1}$ .

<sup>(&</sup>lt;sup>2</sup>) د. همام محمود زهران، قانون العمل\_ عقدالعمل الفردي، دار الحلبي الحقوقي، بيروت، سنة ٢٠٠١، ص١٧٣.

 $<sup>^{(3)}</sup>$  د.يوسف الزعمط، المرجع السابق،  $^{(3)}$ 

\_ معظم الاتفاقيات الدولية ذات الصلة بشؤون ذوي الإعاقة وحقوقهم لم تنص صراحة على تبني نظام الحصة الإلزامية كإحدى الوسائل المساعدة لخلق فرص عمل لهم أو لتحقيق المساواة وتكافؤ الفرص في العمل.

\_ إن فرضهم على صاحب العمل والعمال في المنشأة بطريقة الإكراه والإجبار يسبب سوء بالعلاقة بينهم وبين رب العمل ،ما قد يؤدي إلى عدم استمرارية علاقة العمل والبحث عن وسيلة ممكنة للتخلص منه، بالإضافة إلى معاملة باقي العمال لهم بطريقة غير جيدة وعدم اعتبارهم ضمن فريق العمل.

\_ لا يمكن أن نتجاهل أمراً مهماً هو أن أصحاب الأعمال هم في الغالب أصحاب القوة الاقتصادية والكلمة الفصل في المشروع وأصحاب النفوذ فيه، أما العمال ذوو الإعاقة فهم الطرف الضعيف في معادلة علاقة العمل، مما قد يعرضهم لظروف عمل غير مناسبة ،والتمييز بينهم وبين باقي العمال في الحقوق والوجبات كوسيلة للضغط عليهم للاستقالة من العمل بإرادتهم ومن الصعوبة أثبات ذلك أمام القضاء ؛ لأنهم الطرف الضعيف في علاقة العمل في ستفيد رب العمل من ذلك ويعطل فاعلية القانون(١).

\_ إن نظام الحصة الإلزامية يتجه إلى تشغيل أكبر عدد ممكن من ذوي الإعاقة لدى كل رب عمل يشغل عدداً معيناً من العمال، دون الأخذ بالاعتبار الخبرة التي يتمتع بها ذو الإعاقة في مجال هذا العمل ودرجة تأهيله وتدريبه، بالإضافة إلى عدم تصنيف ذوي الإعاقة تبعاً لدرجة حاجتهم أو شدة إعاقتهم (جنس المعاق أو سنه...)، ما يجعل أصحاب الأعمال يختارون العمال ذوي الإعاقة الذين تكون درجة إعاقتهم خفيفة أو متوسطة لكي يمكن الاستفادة منهم بشكل،أكبر مع أهمال من هم بحاجة إلى الحماية الفعلية.

\_ إن هذا الإلزام القانوني لا يمكن أن يمنع أصحاب الأعمال من تسريح العمال من ذوي الإعاقة، إذا تعرضة المنشأة لظروف اقتصادية أو تجارية أو تغير ظروف العمل...، ما يجعلهم عرضت لفقدان عملهم في أي وقت دون أي حماية (٢).

 $<sup>\</sup>binom{1}{2}$  د خليل عبد الرحمن المعايطة، د. مصطفى نوري القمش، المرجع السابق، ص $\binom{1}{2}$ 

 $<sup>^{(2)}</sup>$  د. شحاته مرسى، المرجع السابق، ص $^{(2)}$ 

\_ غالباً ما يلجأ صاحب العمل إلى حرمان ذوي الإعاقة من فرص التقدم إلى الوظيفة بحجج مختلفة ،منها عدم توافر عمل مناسب لهم أو وسائل نقل خاصة أو صعوبة مكان العمل أو تعرضهم للخطر...إلخ.

\_ إن أسلوب الإلزام من حيث المبدأ هو أسلوب غير مناسب أو محبب لدى الأشخاص على أختلاف مواقعهم.

\_ غالباً ما يشغل أرباب العمل ذوي الإعاقة في أعمال تتصف بالسهولة والبساطة وغير متصلة بالتدريب والتأهيل الذي تلقوه ،وهو ما يفقد هذا النظام لغايته وفاعليته.

\_ بالإضافة إلى ما سبق فإن تعيين ذوي الإعاقة بهذه الطريقة قد يعطي انطباعاً بأنه يتم التركيز والاهتمام بهم بشكل مفرط بعيداً عن أقرانهم من العمال العاديين مما يؤدي إلى رد فعل غير إيجابي من قبلهم، ويعزز لديهم الشعور بالنقص بأنهم أشخاص لا يمكن الاعتماد عليهم، ويجب متابعتهم وفرض تشغيلهم (1).

بعد المقارنة بين الاتجاه المؤيد والمعارض لهذا التوجه نميل إلى تأييد نظام الحصة الإلزامية بأعتباره أحد أهم الوسائل لدخول ذوي الإعاقة إلى سوق العمل، و خلق فرص عمل مناسبة لهم بعد تأهيلهم وتدريبهم ،وأنها وسيلة لتعريف المشغلين على قدراتهم وخبراتهم في العمل والإنتاج وباستطاعتهم التأقلم مع الوسط العمالي والعمل بروح الجماعة ،بالإضافة إلى دور هذا النظام في تعزيز مبدأ المساواة بين العمال ذوي الإعاقة والعمال العاديين والتقليل من التفاوت والتمييز الذي تتعرض له هذه الفئة من المجتمع،على الرغم من الانتقادات والحجم التي ساقها بعض الفقه لإظهار سلبيات هذا النظام وعدم جدواه في تحقيق المساواة الفعلية المنشودة منه بالمقارنة بين إيجابيات هذا النظام وتكاليفه والسلبيات التي تترتب على تبنيه والأخذ به من ضعف عملية دمج هذه الفئة في المجتمع و التكاليف الباهظة التي تتكبدها الدولة والمجتمع والأسرة لرعاية ذوي الإعاقة ،سواء في المنزل أو المصحات أو دور الرعاية أو الماكز التأهيل والمعاهد المختصة بتدريبهم ،ليصبحوا بعد ذلك عالة يحتاجون إلى المساعدة

•

<sup>.</sup> (1) د. خليل عبد الرحمن المعايطة، د. مصطفى نوري القمش، المرجع السابق، ص(1)

والدعم، ما قد يدفع هذه الفئة إلى ارتكاب الجرائم و تعاطي المخدرات...، نتيجة الشعور بالعزلة والوحدة وفقدان الأمل في الحياة.

نقترح أن يتم تطوير نظام الحصة الإلزامية والقضاء على سلبياته ومد يد العون الأصحاب العمل المشغلين لهذه الشريحة من العمال من خلال المساعدة في تهيئة ظروف العمل وتطوير وتنويع برامج التأهيل المهني والفني والتدريب الموجه لهم ليتلاءم مع متطلبات السوق.

#### الخاتمة

وبعد أن أنتهينا - بحمد الله - من أستعراض جوانب البحث المختلفة، نستطيع أن نقول أننا توصلنا إلى عدد من النتائج والتوصيات، وسوف نجمل أهمها فيما يلى:

#### أولاً:النتائج

- \_ أن نظام الحصة الإلزمية هي أحد الوسائل المهمة لحماية الأشخاص ذوي الإعاقة وتعزيز المساواة بينهم وبين باقي فئات العمال، من حيث ضمان حصولهم على فرصة للعمل بعد تأهيلهم مهنيًا وتدريبهم بشكل كافٍ.
- \_ لم يبتنى المشرع العراقي في أطار قانون العمل نظام الحصة الالزامية كاوسيلة لتشغيل العمال ذوى الإعاقة.
- \_ أن قانون الخدمة المدنية العراقي بخلاف قانون العمل نص على أستثناء ذوي الإعاقة من شرط الجدارة البدنية لتعيين في الوظائف العامة لكن لم ينص صراحة على نظام الحصة الإلزامية كوسيلة لتعيينهم في الوظائف العامة.
- \_لم ينص المشرع العراقي على إعادة تأهيل العمال الذين يصابون بإعاقة نتيجة عمل أو مرض مهني، ولم يتطرق لمسألة ألزام رب العمل الذين كان يعمل لديه لتشغيلهم بذات العمل بعد إعادة تأهيلهم أو في عمل أخر يتناسب مع حالتهم الجديدة.

#### ثانياً: التوصيات

\_نقترح على المشرع العراقي أن يتبنى نظام الحصة الالزامية كا وسيلة لتشغيل العمال ذوي الإعاقة في اطار قانون العمل لما تحققه هذه الوسلية من خلق فرص عمل لهذه الفئة من

المجتمع وتمكنهم من الاندماج فيه خاصة مع ازدياد عددهم نظراً لما يتعرض له الوطن من احداث اورهاب وحروب ومخلفات ناتجة عنها.

\_نقترح على المشرع المصري أن يسير على ذات النهج ويخفض عدد العمال في المنشاة المكلفة بتشغيل ذوي الإعاقة ،فالعدد المحدد يخرج معظم المنشأة الصغيرة والمتوسطة في سوق العمل من هذا التكليف الاجتماعي.

\_نقترح على المشرع العراقي تبني نظام إعادة تأهيل العمال الذي يتعرضون لأصابة عمل وإعادة تشغيلهم لدى ذات صاحب العمل سواء في عملهم القديم بعد إعادة تأهيلهم أو في عمل أخر يتناسب مع وضعهم الجسدي الجديد.

يجب أن يتم الاعتراف بنظام الحصة الإلزامية كوسيلة لتوظيف ذوي الإعاقة في القطاع العام خاصة مع ارتفاع هذه النسبة في المجتمع نظراً لما يعانيه الوطن من حروب وارهاب.

#### المراجع:

#### اولاً:الكتب

\_ارثر أورايلي، حق الأشخاص المعوقين في العمل، منشورات مكتب العمل الدولي، جنيف، سنة ٤٠٠٢.

\_د.أنس جعفر، د.أشرف أنس جعفر، الوظيفة العامة دراسة الأصول العامة والتحليلية لقانون الخدمة المدنية الجديد، دار النهضة العربية، سنة ٢٠١٦.

- \_د. حسن كيرة، أصول قانون العمل، منشأة المعارف (الإسكندرية)، طبعة ثالثة سنة ١٩٧٩.
- \_د. حسين عبد اللطيف حمدان، قانون العمل دراسة مقارنة، منشورات الحلبي بيروت، سنة ٢٠٠٩.
- \_د. حمدي عبد الرحمن، د. خالد حمدي عبد الرحمن ، شرح أحكام قانون العمل رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٣، دار النهضة العربية (القاهرة)، بدون سنة طبع.
- د. خليل عبد الرحمن المعايطة، د. مصطفى نوري القمش،أساسيات التأهيل المهني والرعاية لذوي الاحتياجات الخاصة، دار الثقافة الاردن، الطبعة الاولى ٢٠١٢.
- \_د. رضا عبد الحليم عبد المجيد، حقوق ذوي الاحتياجات الخاصة، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى ٢٠١٢، مطبعة حمادة.
- د. زكي زكي زيدان، الحماية الشرعية والقانونية لذوي الاحتياجات الخاصة، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامية والقانون الوضعي، دار الكتب القانونية، سنة ٩٠٠٠.

- \_د. سيد محمود رمضان، الوسيط في شرح قانون العمل وقانون الضمان الاجتماعي، دار الثقافة عمان، سنة ٢٠١٤.
  - \_د. شحاته مرسى، التأهيل المهنى للمتخلفين عقلياً، دار النهضة القاهرة سنة ١٩٩١.
  - \_د. محمد الصغير بعلى، تشريع العمل في الجزائر، بدون سنة طبع، دار العلوم (عنابة)الجزائر.
    - \_د. محمد حسين منصور، قانون العمل، دار الجامعة الجديدة (الإسكندرية)، سنة ٢٠١١.
      - \_د. عبد الواحد كرم، قانون العمل العراقي، بدون سنة نشر، بغداد.
  - \_د. فاطمة محمد الرزاز، استقرار علاقة العمل في ظل قانون العمل الجديد، دار القلم القاهرة، سنة ٤٠٠٢.
    - \_د. يوسف الزعمط، التأهيل المهني للمعوقين، دار الفكر، عمان (الأردن)، طبعة ٥٠٠٥.
- \_د. يوسف إلياس، تقييم قوانين الإعاقة عن دول مجلس التعاون الخليجي في ضوء الأتفاقية الدولية لحقوق الأشخاص ذوي الإعاقة، نشر المكتب التنفيذي لمجلس التعاون الخليجي، طبعة أولى ٢٠٠٩، البحرين.
  - \_د.همام محمود زهران، قانون العمل\_ عقدالعمل الفردي، دار الحلبي الحقوقي، بيروت، سنة ٢٠٠١. ثانياً:الرسائل والأطروحات
- \_عبد الإله زبيرات، التنظيم القانوني لتشغيل ذوي الاحتياجات الخاصة وحمايتهم، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة القاهرة، العام ٢٠٠٩ ٢٠١٠، كلية الحقوق.
- \_عبد العزيز بن يوسف المطلق، حقوق ذوي الاحتياجات الخاصة في النظام السعودي، دراسة تأصيلية مقارنة، رسالة ما جستير، جامعة نايف للعلوم الأمنية، كلية الدراسة العليا، سنة ٢٠٠٦.
  - ثالثاً:المجلات والدوريات
- \_د. عصام سعيد عبد أحمد، حقوق الأشخاص ذوي الإعاقات، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، المجلد رقم ١٢، العدد (٥٤)، سنة ٢٠١٢.
- \_د. محمد عرفان الخطيب ، الحرية التعاقدية في تشريع العمل "ازمة عقد العمل"(دراسة مقارنة في القانونين الفرنسي والسوري)، مجلة الشريعة والقانون، العدد السابع والاربعون، يوليو ٢٠١١.

#### رابعاً:المراجع الفرنسية

\_Sylvain Laurent Discrimination : le plan d'action européen en faveur des personnes handicapées Droit. soc. 2008.p586.

# حق المرأة وأهليتها في تقلد المراكز القيادية

## م .م أمل جمهور جاسم

#### **Abstract**

We clarify summarily the right of women to assume the leading positions in our society, and their qualification of that right in terms of constitution, Islamic Sharia and the international conventions and agreements.

We divided the study entitled (Right of Women and their qualification to Assume the Leading Positions).

Chapter One tackles the concept of qualification, definition, kinds and the position of women towards it and towards the society.

Chapter Two includes the guarantees of political rights of women, and the legal importance of these guarantees in the UN Charter, and Human Rights whether in the international or domestic community. We conclude the study with the suggestions.

#### المقدمة

إنّ حقوق الإنسان أصبحت تهم المجتمع الدولي بأسره ورغم كثرة المطالبين بها، وارتفاع أصواتهم إلا أن التأثير الإنساني على خلاف ذلك، حيث العنف والاضطهاد في ازدياد يوماً بعد يوم في أنحاء العالم وفي ظل هكذا ظروف، خاصة في الدول المتخلفة فكرياً، انعدمت فيها الحقوق الإنسانية والحريات المدنية والسياسة (۱)، لأجل ذلك لابد لأجهزة الأمم المتحدة أن تتسع وتسعى بكل ثقلها في تحقيق أهدافها وبسطها على جميع أرجاء المعمورة، بعيداً عن المؤثرات والهيمنة أياً كانت أشكالها والتي تفرض عليها بين الحين والآخر، وأن تتعاطى الحيادية في تطبيق أهدافها التي أنشأت لأجلها، تلك الأهداف الصميمية التي وجدت بالأصل لحماية

<sup>(</sup>۱) د. السيد محمد بحر العلوم، آفاق حضارية للنظرية السياسية في الإعلام، دار الزهراء للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لسنة ٢٠٠٣، ص ١٩٥.

حقوق الإنسان ذاتها أي حقوق المرأة والرجل على حد سواء، ذلك في التمتع بالحرية والمساواة، وكافة الحقوق المدنية والسياسية، والمشاركة في الحياة العامة ونخص بالذكر المرأة، ولا يتاح ذلك إلا بوجود جهاد فكري كبير وحر، إذ أن إعلان الدول العربية ما للإنسان من حقوق قد كان منذ القرن الثالث عشر وحتى وقتنا هذا، ولابد من وجود مفكرين أمناء مؤثرين حقاً على مجرى الأحداث في تطوير مجتمعهم واستيعاب المشكلات القائمة، مثلما أثر المفكرين في الثورة الفرنسية والثورة السوفيتية آنذاك، لأنه لايمكن للمرأة وخاصة العراقية أن تنال حقوقها إلا في ظل مجتمع يمتاز بتنوير فكري، وثقافي واجتماعي. وإن أهمية البحث تتجلى في كونه يحدق في أعماق مجتمع لازال في بداية تطبيق مفاهيم الحرية والمساواة والديمقراطية التي في كنفها تنتعش الحقوق كافة وإلا بقيت حقوق جامدة ميتة، وذلك بعد عقود طويلة من الظلم والحرمان.

خطة البحث: قُسم البحث إلى فصلين اساسين تناول في الأول منه: مفهوم الأهلية وأثر انعدامها وفي الفصل الثاني، ضمانات حقوق المرأة وأهميتها القانونية.

المبحث الأول: مفهوم الأهلية وحقوق المرأة في ظل الارادة السياسية

إنّ قانون حقوق الإنسان قد تضمن جملة حقوق ومنها الحقوق السياسية ونحن سوف نبحث في حق المرأة وأهليتها في إدارة أو تولي المراكز القيادية في المجتمع وذلك من حيث جانب الحق السياسي، ولايمكننا الولوج في هذا الحق ما لم نتعرف أو نعرف الأهلية في المطلب الأول ونبين حقوق المرأة في ظل الارادة السياسية من هذا المبحث.

المطلب الأول: مفهوم الأهلية وأثار انعدامها

لماذا يرى البعض أن المرأة غير مؤهلة أو انها أصلاً لاتملك الأهلية الكاملة لتولي مهام قيادية في البلاد سوف نبين تعريف الأهلية وأنواعها وأثر انعدامها، وموقع المرأة منها، وذلك بتقسيم المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول: تعريف الأهلية

في هذا الفرع سوف نتعرف على الأهلية وما أنواعها وأقسامها؟

ميّز الفقهاء بين أهلية الوجوب وأهلية الأداء، وذلك في النظرية العامة الأهلية الأهلية حيث عرف علماء أصول الفقه الإسلامي (١)، بأن أهلية الوجوب هي: تلك الأهلية التي تمنح الإنسان صلاحية لوجوب الحقوق الشرعية له وعليه، وبأكثر توضيح فهي في الواقع الشخصي نفسه ينظر إليه من الناحية القانونية، والشخص المقصود هو الشخص الطبيعي أو الشخص الاعتباري (المعنوي – كالشركات وما شابه ذلك). وينظر إليه القانون بأنه يصلح أن تكون له حقوق، وتترتب عليه واجبات فكل إنسان هو شخص قانوني تتواجد أو تتوفر فيه أهلية الوجوب وتلازمه، وتثبت هذه الأهلية له منذ وقت ولادته، بل تثبت له وهو جنين يولد حياً، وحتى وقت وفاته، بل وتمتد حتى تصفية أموال تركته وسداد ديوانه، عملاً بحكم المادة (٣٤) مدنى.

إن هذه الأهلية متى ما انعدمت (أهلية الوجوب) كان من أهم نتائجها أو آثارها انعدام الشخصية معها مثل الجنين إذا ولد ميت، والميت بعد سداد ديونه تنتهي شخصيته من الجانب القانوني بالنسبة للشخص الطبيعي (الإنسان) وكذلك الشخص المعنوي (الشركات وما شابه).

أما بالنسبة لأهلية أداء (٢) فهي صلاحية الإنسان أو الشخص (طبيعي أو معنوي) لاستعمال الحق، ويحصل أن تتوفر للشخص أهلية الوجوب دون أهلية الأداء، بهذه الحالة سيكون متمتعاً بالحقوق، وهذه ما تعرف أو تسمى أهلية الوجوب دون أن يتمكن أو أنه غير قادر على مباشرة واستعمال هذه الحقوق بنفسه، وتسمى أهلية الأداء متى ما باشر الشخص حقه بنفسه، وعلى هذا يمكن أن نفصل بين هذين النوعين من الأهلية، أي فصل أهلية الوجوب عن الأداء فصلاً تاماً، والذي يعنينا هنا هو أهلية الأداء، فإذا استعملنا مصطلح الأهلية، كانت أهلية الأداء هي مقصدنا في البحث، لذا فإن النظرية قد قسمت العقود من حيث الأهلية إلى أقسام أربعة:

١- عقود الاغتناء، وهي كعقد الهبة بالنسبة للموهوب له، فهي عقود يغتني من يباشرها.

٢- عقود الإدارة، وهي عقود ترد على الشيء لاستغلاله كالإيجار بالنسبة إلى المؤجر.

(١) د.عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، المجلد الأول، الجزء الأول، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، ص٣٨٣ – ٢٨٤.

\_

<sup>(</sup>٢) د.عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصدر سابق، ص٢٨٥.

- ٣- عقود تصرف، وهي ترد على الشيء للتصرف فيه بعوض كالبيع، هذا بالنسبة للبائع والمشتري.
- ٤- عقود تبرع، وهي تنصب على الشيء للتصرف فيه بغير عوض، مثل الهبة بالنسبة للواهب.

فالإنسان (١) الذي تتوافر فيه الأهلية الكاملة كان صالحاً لمباشرة هذه الأقسام الأربعة من العقود ومن كان ناقص الأهلية فهو لا يصلح إلا لمباشرة بعض هذه الأقسام، كالصبي المميز يصلح لمباشرة عقود التبرع، كذلك حال يصلح لمباشرة عقود التبرع، كذلك حال المرأة في نظر المجتمع حيث وضعت تارة في دائرة الشخص المميز فهي كالصبي له حق مباشرة القسم الأول والثاني أي عقود الاغتناء وعقود الإدارة، وتارة أخرى في دائرة معدوم الأهلية حالها في ذلك حال ذلك الصبي غير المميز، فهو لا يصلح أساساً لمباشرة أي قسم من الأقسام الأربعة، وهكذا حالتها في مدى أهليتها أو صلاحيتها في مباشرة أو تقلد المراكز القيادية المتقدمة في البلاد، من حيث الحقوق السياسية، فإن السلطة إذا تداولت فإنها تتداول بين الرجال لا غير، وهذه نظرة قاصرة تعتبر المرأة ناقصة عقل ودين وهي مقولة مغرضة لا تستهدف المرأة فحسب بل المجتمع برمته وسوف نتطرق إلى ذلك لاحقاً.

الفرع الثاني: آثر انعدام الأهلية

قد أشارت المادة (٤٦/فقرة ثانيا) من القانون المدني العراقي، الى انه: (٢- ويخضع فاقدو الاهلية وناقصوها لاحكام الولاية والوصاية طبقا للشروط ووفقا للقواعد المقررة قانونا) إن أحكام الأهلية المذكورة انفا<sup>(٢)</sup> تعد من النظام العام، فلا يجوز أن يمنح أو يُعطى شخص أهلية هي أصلاً غير متوافرة فيه أو عنده أو يوسع عليه، فيما نقص عنده منها، ومن جانب آخر فإنه لا يجوز الحرمان من أهلية موجودة أو حتى الانتقاص منها، وأن أي اتفاق على شيء من ذلك القبيل يكون باطلاً حتما، وعليه طالما توفرت في المرأة الأهلية الكاملة، من حيث بلوغها سن الرشد والعقل فإنها من أهم الشروط الشخصية التي لابد أن تتوفر بالإنسان وبالأخص هنا نقصد

<sup>(</sup>١) د.عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصدر سابق، ص٢٨٥.

<sup>(</sup>٢) حكم المادة (٤٦) من القانون المدني العراقي ذي الرقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.

المرأة لكي تكون قادرة أو تمتلك الصلاحية والأهلية التي تمكنها من قيادة المراكز القيادية وتقلدها في محيط مجتمعها ، وإن إنعدام أهلية الفرد في القانون المدنى العراقي تؤدي إلى الحكم عليه أو جعله تحت الوصاية في إدارة أمواله وبطلان تصرفاته القانونية إلا ما أذنت المحكمة به. وإن حكم المجتمع بعدم أهلية هذه المرأة للأفكار السائدة البالية التي ناقشناها سابقاً فإنه سوف يهدم نصف المجتمع الذي تمثله المرأة بل المجتمع بأكمله ، لأن الرجل هو مَن صنع القنبلة الذّرية، أما المرأة فهي من أنجبت الذُّرية، فهي مصنع الرجال حيث تتولى تربية الأجيال ونشأتها وتقدمهم للمجتمع رجالاً أكّفاء فهي بذلك قد مثلت المجتمع بأكمله، فانعدام أهلية المرأة سوف يجعلها تحت وصاية الغير وهو الرجل خاصةً لما تعانيه بنظرهِ من قصور وبالتالي عدم قدرتها أو صلاحيتها لممارسة حقها بتولى المركز القيادي، وهذا مرفوض قطعاً في ظل أجواء مفهوم الديمقراطية والمساواة والحرية، وحقوق الإنسان، حيث لا يمكنها الامتثال لتلك الأفكار العدوانية الهدامة لكيان وشخص المرأة لإعاقة خطواتها وغمط حقوقها المشروعة مما يجعلها تدور في فلك التبعية الفعلية للرجل في الحصول على تأمين لقمة العيش والمأوى، وما تسببه نظرة انعدام أهلية المرأة تراجع فعلى لدورها في المجالات الاجتماعية والثقافية، وانعدام تأثيرها الإيجابي في المجتمع وفي الأندية الفكرية والرياضية والمحافل الثقافية وذلك التراجع الشديد، يعكس موقف الرجل من المرأة ، والتأثير الصارخ لرجال الدين الرجعيين ،وليس لبعض علماء الدين الذين تكون قراءاتهم للقرآن الكريم قراءة سليمة عقلانية واعية لأمور الدين والدنيا والتبدلات أو التغيرات الطارئة عليها، كذلك تأثير المشعوذين والمتلاعبين بعقول الكثير من الذكور البسطاء وهم بدورهم لهم سيطرة على جزء كبير من عقول النساء وتصرفاتهن وممارساتهن اليومية (1).

المطلب الثاني: المرأة والمجتمع ودور الارادة السياسية

يتكون المطلب من فرعين ، يشير الاول منه الى المجتمع والمرأة ،اما الفرع الثاني، قد تضمن دور الارادة السياسية.

(١) د.احمدالكبيسي، الديمقراطية والشريعة، بلا سنة ومكان للطبع، ص٨٨.

#### الفرع الاول: المرأة والمجتمع

تثار بين الحين والآخر افتراءات باطلة ضد المرأة في المجتمع وخاصة المجتمعات الشرقية ومنها العربية، وعلى وجه الخصوص المجتمع العراقي، حيث لا مجال للقول الشائع في المجتمع، إن عاطفة المرأة تغلب على عقلها عند اتخاذ القرارات السياسية أو الإدارية أو القضائية حتى في إصدار الأحكام والقرارات القضائية بما يتعلق بعقوبة الإعدام مثلاً حيث انها ستتعاطف مع المتهم وبهذا سيكون المجرم حر والضحية المجتمع. وهذا غير صحيح لأن القاضي سواء كان امرأة أو رجل عند تولى المنصب القيادي أو سدة القضاء سوف تكون قراراتها خاضعة لرقابة البرلمان وكذلك لللرقابة القضائية بالنسبة للقاضى وبهذا تكون عرضة للقبول أو الرفض والتصديق أو النقض عند اتباع طرق الطعن القانونية المشار إليها في قانون المرافعات المدنية(١) العراقي، عملاً بحكم المادة (١٦٨) مرافعات "طرق الطعن القانونية للطعن في الأحكام هي: ١-الاعتراض على الحكم الغيابي ٢-الاستئناف ٣- إعادة المحاكمة ٤- التمييز ٥- تصحيح القرار التمييزي ٦-اعتراض الغير". كما إن تطبيق نظرية فصل السلطات <sup>(٢)</sup> في الوقت الحاضر كالفصل بين الحكومة والبرلمان، واستقلالية القضاء، حيث يملك البرلمان سلطة الرقابة على أعمال وقرارات الحكومة حيث يمكن للبرلمانيين أن يسألوا رئيس الوزراء بما يتعلق بعمل الحكومة، والوزراء عن الأفعال المتعلقة بوزاراتهم من خلال الأسئلة الشفهية والكتابية والاستجوابات التي تنتهي غالباً بالتصويت للتعبير عن رضا البرلمان بالشروحات التي تتقدم بها الحكومة أو بالاستياء منها، ويعد الاستجواب وسيلة لطرح مسؤولية الحكومة أمام البرلمان في النظام البرلماني، ووسائل أخرى للرقابة منها لجان التحقيق أو الرقابة، وكذلك سلطة المطالبة والاعتراض، حيث تمارس المجالس التشريعية وظيفة مطالبة واعتراض، فردياً أو جماعياً كل برلماني يعد وسيطاً بين ناخبيه والحكومة، ويتدخل لمصلحتهم لدى الحكومة الإدارة والوزراء، ويلفت انتباه الحكومة للظلم أو عدم ملاءمة قراراتها، والى ردود

(1) قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩.

<sup>(</sup>٢) د.جورج سعد، ترجمة، المؤسسات السياسية والقانون الدستوري، والأنظمة السياسية الكبرى، بغداد، لسنة ١٩٩٢، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ص١١٧- ١١٩٩.

أفعال الرأي على القرارات الحكومية، فإن البرلمان بمثابة المنصة العامة حيث يتم التعبير عن كافة المطالب والاختلافات، والى جانب الوسائل التي ذكرت آنفاً، فإن واقعة إلزام الحكومة بإعطاء تفسيرات علنية، إذ يتم التعبير أو الإفصاح عن مطالب المواطنين كافة، علنياً، وإعلان المناقشات تؤمنه النشر الكامل بكافة وسائل الإعلان، وهي عنصر من عناصر السلطة التشريعية (البرلمان) إلى جانب رقابة القضاء على شرعية أعمال الحكومة والرقابة على دستورية القوانين، وعليه لا مجال هنا للقول الشائع بأن العاطفة تغلب على عقل المرأة، رغم إني أرى العاطفة لا تعد عيباً في شخص المرأة بل إنها ميزة حسنة ولابد منها عند اتخاذ قرارات الدخول في حروب ومنازعات مع الدول الأخرى حيث وجود العاطفة إلى جانب العقل مما سيؤدي إلى دراسة القرار بعيداً عن الارتجال، قبل اعتماده لما سيخلفه من ويلات ودمار واتلاف للأنفس والأموال، بل العكس أن الرجل هو الذي طالما اتخذ قرارات الحروب لما انفرد به من تسرع خاصة في الأنظمة الدكتاتورية ذات القرار الفردي.

أما من حيث شهادة الرجل الواحد تعادل شهادة امرأتين، إذ قيل بأن هذا الحكم يعد المرأة مخلوقاً ناقصاً عقلاً وديناً، فهذا أيضاً قصد سيء ومردود، لوضعها في قالب محدد مرسوم له مسبقاً، وجاءت المقولة المذكورة آنفاً عن تفسير خاطئ للآية الكريمة التي جاء فيها ((وَاسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ من رَّجَالِكُمْ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأْتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاء أَن تَضِلُّ إِخْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِخْدَاهُمَا الأُخْرَى)) (١). وإن شهادة رجل وامرأتين، قد حدد القرآن الكريم امرأتين وذلك لتذكر إحداهما الأخرى إذا أضلت أي نسيت ونرى أن صفة النسيان عامة تتدرج بين المرأة والرجل ولا ينزه عنها إلا الله سبحانه وتعالى، فهي لا تعد عارضاً من عوارض الأهلية والعقل التي حددها القانون المدني العراقي في مواده (٩٤، ١٠٩، ١٠٩). أما لماذا خصّ النسيان هنا المرأة وليس الرجل؟ لأن المرأة تهتم بتربية الأولاد وإدارة الشؤون البيتية بعيداً عن ممارسة أعمال التجارة وغيرها في فترة المجتمع الإسلامي الأول وما بعدها، البيتية بعيداً عن ممارسة أعمال التجارة وغيرها في فترة المجتمع الإسلامي الأول وما بعدها، حيث لم تظهر بعد آنذاك الثورة الصناعية وما تبعها من مستجدات اجتماعية واقتصادية. وهذا في المجتمعات الإسلامية التي دستورها القرآن الكريم، أما القوانين الوضعية ومنها قانون في المجتمعات الإسلامية التي دستورها القرآن الكريم، أما القوانين الوضعية ومنها قانون

(1) سورة البقرة، من الآية (٢٨٢).

الإثبات (١)، لايشير إلى ذلك حيث جاء في منطوق أحكام المادة (٨٤) إثبات: (للمحكمة أن تأخذ بشهادة شخص واحد مع يمين المدعى إذا اقتنعت بصحتها، كما إن لها أن ترد شهادة شاهد أو أكثر إذا لم تقتنع بصحة الشهادة)، حيث (لايقتصر قبول شاهد ويمين في القانون العراقي على شهادة الرجل بل تقبل شهادة المرأة مع يمين المدعى، وذلك واضح من نص المادة (٨٤) من قانون الإثبات، ولفظة شخص يراد عادة في القانون الإشارة إلى الرجل والمرأة) (7). وقضت محكمة التمييز في قرارها ذي العدد (7) بجواز قبول شهادة امرأة واحدة مع يمين المدعى. كما وإن المرأة تكون شهادتها مقبولة حتى لو كانت لوحدها، إذا ما تقدمت إلى قاضي الشرعية، وشهدت بأنها أرضعت هذه المرأة وذلك الرجل الذي يروم التزوج بها، وهما أخوة بالرضاعة وإنه لايجوز الزواج منها لأنها تعد من محارمه فإن القاضي المختص يستمع إلى شهادتها ويأخذ بها وإن اعتبرت الشاهدة الوحيدة لما سيترتب على شهادتها من آثار وأهمها بطلان عقد النكاح، كذلك الحال في واقعة إثبات أو نفي النسب لأنها أمور النساء هنّ ا أدرى بها، إلى جانب ماتقدم فإن الآيات في القرآن الكريم الذي يعد المصدر الأول من مصادر الشريعة الإسلامية ولا اختلاف عليه، حيث رتبت للمرأة والرجل حقوق والتزامات وفق مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في ظل الإسلام، فهي قسيمة الرجل، أي لها من الحقوق ما له، وعليها من الواجبات ما عليه، في السرّاء والضرّاء سواء، ولا فضل للرجل على المرأة إلا بما يقوم به من إنفاق عليها من كسب يده وذلك من واجبات الزوج والتزاماته تجاه الزوجة (٤). وهذا ما أكدته الآية الكريمة ((وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكُيمٌ)) (٥)، إن النص القرآني يوضح بجلاء كما ذكرنا مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في ظل الشريعة الإسلامية السمحاء فهي لم تخفف من عبء مسؤولياتها تجاه المرأة أو تعفيها

(١٠٧) لسنة ١٩٧٩. قانون الإثبات وتعديلاته رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩.

<sup>(</sup>٢) د.عصمت عبد المجيد بكر، شرح قانون الإثبات، لسنة ٢٠٠٧، المكتبة القانونية، بغداد، ص٢١٣.

<sup>(</sup>٣) رقم القرار التمييزي ٤٤/م٧/٤/ في ٧٢/٤/٩ أورده د.عصمت عبد المجيد، مصدر سابق، ص١٨٦.

<sup>&</sup>lt;sup>(٤)</sup> د.عبد العزيز محمد محسن، المعاملة العقابية للمرأة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، القاهرة، دار النهضة العربية، بلا سنة طبع، ص٤.

<sup>(°)</sup> سورة البقرة، من الآية (٢٢٨).

بحجة أنها قاصر مميز أو غير مميز أو عديم الأهلية، حيث رتبت للمرأة والرجل مسؤولية واحدة متساوية في إيقاع عقوبة الحد، إذ أنها لم تعاقب الرجل وتعف المرأة منها عن جريمة السرقة كما في الآية الكريمة ((وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُواْ أَيْدِيَهُمَا جَزَاء بِمَا كَسَبَا نَكَالاً مِّنَ اللَّهِ)) (١) وكذلك ماجاء في الآية الكريمة ((الزَّانيَةُ وَالزَّاني فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِئَةَ جَلْدَةِ وَلَا تَأْخُذُكُم بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِر وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَائِفَةٌ مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ)) (٢)، لم يعفها الشارع من عقوبة إيقاع الحد وهي عقوبة الجلد أو حتى ينقص من عددها البالغ مائة جلدة، حيث عوملت معاملة الرجل ومعاملة العاقل. أما ما يتعلق بأمور دينها فإنها ملزمة بقضاء الصيام الذي فاتها لأسباب شرعية وبالأصح لمنحها الرخصة في ذلك وعليها أيضاً قضاء ما فاتها من الصلاة نافلة بعد الطهر، حيث منحها الشارع الرخصة لعذر شرعى كالحيض والولادة وهذه أمور خارجة عن إرادتها فهي ليست لعيب فيها أو نقص وإنما لتكوينها الخلقي، الله سبحانه وتعالى خلقها بهذه الوضعية أي تركيبها الجسماني والوظيفي ليس لنقص في الخلقة أو العقل أو لقصور منها متعمد أو غيره فلا تعاب على ذلك إذ أنها خلق الله فكانت بالشكلية المهيأة لعملية الإنجاب وتكوين الأسرة التي تعد نواة المجتمع، أما بصدد ما ورد من قول خاطئ أيضاً الغرض منه غمط حق المرأة في مجتمعها أياً كان حقها، ذلك القول المستند إلى أن حواء هي من أغوى سيدنا آدم (ع) وتحقق واقعة العصيان، هذا لا أساس له من الصحة لتفسير خاطئ لما جاء في الآية الكريمة من قوله تعالى ((وَقُلْنَا يَا آدَمُ اسْكُنْ أَنتَ وَزَوْجُكَ الْجَنَّةَ وَكُلاَ مِنْهَا رَغَداً حَيْثُ شِئْتُمَا وَلاَ تَقْرَبَا هَذِهِ الشَّجَرَةَ فَتَكُونَا مِنَ الْظَّالِمينَ \* فَأَزَلَّهُمَا الشَّيْطَانُ عَنْهَا فَأَخْرَجَهُمَا مِمَّا كَانَا فِيهِ وَقُلْنَا اهْبِطُواْ بَعْضُكُمْ لِبَعْضِ عَدُوٌّ وَلَكُمْ فِي الأَرْضِ مُسْتَقَرٌّ وَمَتَاعٌ إِلَى حِينِ \* فَتَلَقَّى آدَمُ مِن رَّبِّهِ كَلِمَاتِ فَتَابَ عَلَيْهِ إِنَّهُ هُوَ التَّوَّابُ الرَّحِيمُ)) (٣)، والآية الكريمة التي جاء فيها ((آدَمُ اسْكُنْ أَنتَ وَزَوْجُكَ الْجَنَّةَ فَكُلاً مِنْ حَيْثُ شِئْتُمَا وَلاَ تَقْرَبَا هَذِهِ الشَّجَرَةَ فَتَكُونَا مِنَ الظَّالِمِينَ \* فَوَسْوَسَ لَهُمَا الشَّيْطَانُ لِيُبْدِيَ لَهُمَا مَا وُورِيَ عَنْهُمَا مِن سَوْءَاتِهمَا وَقَالَ مَا نَهَاكُمَا

 $^{(1)}$  سورة المائدة، من الآية  $(\pi \Lambda)$ .

<sup>(</sup>٢) سورة النور، الآية (٢).

<sup>(</sup>٣) سورة البقرة، الآيات (٣٥–٣٧).

رَبُّكُمَا عَنْ هَذِهِ الشَّجَرَةِ إِلاَّ أَن تَكُونَا مَلَكَيْنِ أَوْ تَكُونَا مِنَ الْخَالِدِينَ \* وَقَاسَمَهُمَا إِنِّي لَكُمَا مِن النَّاصِحِينَ \* فَدَلاَّهُمَا بِغُرُورٍ فَلَمَّا ذَاقَا الشَّجَرَةَ بَدَتْ لَهُمَا سَوْءَاتُهُمَا وَطَفِقَا يَحْصِفَانِ عَلَيْهِمَا مِن وَرَقِي الْجَنَّةِ وَنَادَاهُمَا رَبُّهُمَا أَلَمْ أَنْهَكُمَا عَن تِلْكُمَا الشَّجَرَةِ وَأَقُل لَّكُمَا إِنَّ الشَّيطَآنَ لَكُمَا عَدُو وَرَقِ الْجَنَّةِ وَنَادَاهُمَا رَبَّهُمَا أَلَمْ أَنْهَكُمَا عَن تِلْكُمَا الشَّجَرَةِ وَأَقُل لَّكُمَا إِنَّ الشَّيطَآنَ لَكُمَا عَدُو وَرَقَ الْمُعْسِينَ \* قَالاً رَبَّنا ظَلَمْنَا أَنْهُسَنَا وَإِن لَمْ تَغْفِرْ لَنَا وَتَرْحَمْنَا لَنَكُونَنَّ مِنَ الْخَوسِرِينَ \* قَالَ اهْبِطُواْ مُعْشَكُم لِبَعْضٍ عَدُو وَلَكُمْ فِي الأَرْضِ مُسْتَقَرِّ وَمَتَاعٌ إِلَى حِينٍ)) (1). إن نص الآية الكريمة واضح وصريح، أولاً وأن حواء لم تغو سيدنا آدم (ع) أي إنها لم تمارس أية إغواء حتى حصول واقعة العصيان، ثانيا إن آدم وحواء كلاهما كانا ضحية للشيطان اللعين حتى تمام واقعة العصيان، وذلك بأنهما أكلا من الشجرة التي نهاهما عنها ربهما وعندئذ ليريهما سوءاتهما أي العصيان ليس السيدة حواء، وخلاصة النص إن سيدنا آدم (ع) وحواء كلاهما كانا ضحية العدو العصيان ليس السيدة حواء، وخلاصة النص إن سيدنا آدم (ع) وحواء كلاهما كانا ضحية العدو العصيان على حدٍ سواء، فلم يشر النص إلى وجود تأثيرات ما صادرة عن حواء، عليه فإن المرأة العين على حدٍ سواء، فلم يشر النص إلى وجود تأثيرات ما صادرة عن حواء، عليه فإن المرأة بريئة مما يحاك حولها من شائعات باطلة وما ذكر من قصص أخرى فإنها من صنع اليهود فهم عمدوا إلى تغير التوراة وإخفاء مايضرّهم وإظهار ما ينتفعون به تحت فعل التحريف والتغير.

إننا نرجع إلى قرآننا الكريم الذي أشاد في مواضع كثيرة منه إلى مكانة المرأة، وبالصور الحية التي أثنى عليها، ومنها الملكة بلقيس، كانت إمرأة صاحبة عقل وحكمة حيث قادت شعبها إلى عبادة الله سبحانه وتعالى، واتباعها مبدأ الشورى والتفكر والتدبر كما أشارت الآيات الكريمة ((إِنِّي وَجَدتُ امْرَأَةً تَمْلِكُهُمْ وَأُوتِيَتْ مِن كُلِّ شَيْءٍ وَلَهَا عَرْشٌ عَظِيمٌ)) و((قَالَتْ يَا أَيُّهَا المَلَأُ أَفْتُونِي فِي أَمْرِي مَا كُنتُ قَاطِعَةً أَمْرًا حَتَّى تَشْهَدُونِ \* قَالُوا نَحْنُ أُولُوا قُوَّةٍ وَأُولُوا بَأْسٍ شَدِيدٍ وَالْأَمْرُ إِلَيْكِ فَانظُرِي مَا كُنتُ قَالَتْ إِنَّ الْمُلُوكَ إِذَا دَخَلُوا قَرْيَةً أَفْسَدُوهَا وَجَعَلُوا أَعِزَّةَ أَهْلِها أَوْلُوا يَقْ وَأُولُوا بَأْسٍ شَدِيدٍ وَالْأَمْرُ إِلَيْكِ فَانظُرِي مَاذَا تَأْمُرِينَ \* قَالَتْ إِنَّ الْمُلُوكَ إِذَا دَخَلُوا قَرْيَةً أَفْسَدُوهَا وَجَعَلُوا أَعِزَّةَ أَهْلِها أَوْلُوا كُولُوا كُنتُ لَكُ بِلَاهُ مَن اللّهُ مَن اللّهُ مِن أَوْلُوا لَتُ وَمَا لَاللّهِ وَلَا اللّهُ اللّهُ مَن اللّهُ عَلْمَانَ لِلّه وَلَا اللّهُ وَلَا اللّهُ مَن اللّهُ مَن اللّهُ مَن اللّهُ مَن اللّهُ مَن اللّهُ مَن اللّهُ اللّهُ وَلَا اللّهُ مَن اللّهُ اللّهُ مَن اللّهُ مَن اللّهُ مَن اللّهُ مَن اللّهُ مَن اللّهُ الللّهُ الللّهُ اللّهُ اللّهُ اللّهُ اللّهُ اللّهُ الللّهُ اللّهُ

(1) سورة الأعراف، (١٩ -٢٤).

<sup>(</sup>٢) سورة النمل، الآيات الآيات (٢٣، ٣٢–٣٤، من الآية ٤٤).

<sup>(</sup>٢٠) المحامي وسام حسام الدين الاحمد، حماية حقوق المرأة في ضوء احكام الشريعة الاسلامية والاتفاقيات الدولية، لبنان، منشورات الجلبي الحقوقية، ٢٠٠٩، ص٢١٠، ٢١

(٢١) منـال محمـود المـشني ،حقـوق المـرأة بـين المواثيـق الدوليـة واصـالة التـشريع الاسـلامي،دار الثقافـة للنـشر والتوزيع،عمان ، ٢٠١١، ٢٧٢ص

(۲۲) الدستور العراقي سنة ٢٠٠٥

(۲۳) انترنت

(۲٤) وسام حسام الدين ، مصدر سابق، ص ٢٣٥

(٢٥) د. حسني عبد الجليل يوسف ، تسهيل شرح ابن عقيل لالفية ابن مالك في النحو ،مؤسسة المختار ،القاهرة ، ط٢، ٢١٤ هـ. ذكره د. عرفة محمد عرفة احمد ، مباشرة المرأة للحقوق والحريات السياسية ، مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون المدنى ، دار الكتب القانونية ،دار شتات للنشر والبرمجيات ،مصر ،بلا سنة، ص٣٩.

(٢٦) سورة الانعام الآية (٦٢)

(٢٧) سورة البقرة الآية (٢٧)

(۲۸) سورة الزمرالآية (۷۱)

(۲۹) د عرفة محمد عرفة احمد، مصدر سابق، ص ۲۸.

(۳۰) د عرفة محمد عرفة احمد ، مصدر سابق، ص ۳۱ .

(٣١) د. عرفة محمد عرفة احمد ، مصدر سابق ، ص ٤٤

(٣٢) د عرفة محمد عرفة احمد ،مصدر سابق ، ص٤٥

(٣٣) د،عبد الحميد اسماعيل الانصاري ،الشورى واثرها في الديمقراطية، مقارنة، المكتبة العصرية صيد، بيروت ،ط٢ ، ص ٢٦٥ /

(٣٤) د. حسني قمر، حقوق الانسان في مجال نشأة الحقوق السياسية وتطورها وضماناتها،مقارنة، دار الكتب القانونية ، مصر، ٢٠٠٦ ، ص٣٥،٦٣ .

(۳۵) د حسنی قمر ، مصدرسابق ، ص ۲۷،٦٦ .

(٣٦) د. حسني قمر، مصدر سابق، ص٦٨ .

( ٣٧<sup>)</sup> قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة في دور انعقادها الثاني والعشرين برقم (٢٢٦٣) في ٧ نوفمبر عام ١٩٦٧، ذكره: د.حسني قمر، المصدر نفسه، ص ١٤٩.

(۳۸) د.حسنی قمر، مصدر سابق، ص۱۵۰، ۱۵۲–۱۵۳.

<sup>(٣٩)</sup> نشرت الاتفاقية والقرارات الخاصة بها، بالعدد (١٥) في الجريدة الرسمية الصادرة في ١٥ نيسان عام ١٩٨٢، ذكره: د.حسني قمر، مصدر سابق، ص٣٥٠.

( • ٤ ) د. حسني قمر ، مصدر سابق ، ص ١٥٤ .

(٤١) د حسنی قمر،مصدر سابق، ۱۹۲،۱۵۸،۱۹۲، ۲۱۷،۲۱۵

(٢٤<sup>٠)</sup>. الشافعي محمد البشير، قانون حقوق الإنسان ومصادره وتطبيقاته الوطنية والدولية، الطبعةالثالثة لسنة ٢٠٠٤، منشأة المعارف، الاسكندرية، ص٢٨٧ وما يليها.

(٤٣) د.الشافعي محمد بشير، مصدر سابق، ص٣١٣.

ويقدم لنا التاريخ القديم أيضاً المرأة النموذج ألا وهي زنوبيا ملكة تدمر تلك المرأة التي وضعتها الظروف الصعبة أن تحل محل زوجها بعد وفاته وبلادها تمر بفترة حرب مع جيوش الروم، فكانت المرأة القيادية القوية في تولي وإدارة المراكز القيادية حيث أعجب بها العدو قبل غيره لما تحلت به من شخصية عربية قيادية وما تمخضت عنها من صفات حسنة: الشجاعة والثبات والوفاء حتى النهاية. أما التاريخ المعاصر في ظل تطبيق الديمقراطية والمساواة، حيث نجد نساء كثيرات كنّ بارعات في إدارة شؤون قيادة المراكز القيادية ومنهن السيدة تاتشر رئيسة وزراء بريطانيا منذ عهد قريب، وفي دول الشرق الأوسط منهن السيدة أنديرا غاندي رئيسة وزراء الباكستان.

# الفرع الثاني: المرأة ودور الارادة السياسية

ان الدول العربية تعاصر واقعا يؤكد انحياز الارادة السياسية في بعضها ، مما يدفع بالتطور التشريعي نحو اقرار الحقوق القانونية للمرأة ، ونتيجة للتحول الثوري والاصلاحي الذي تشهده بعض الدول العربية ، وضرورة العمل على رصد ومتابعة تطبيق مبادئ الدستور الوطني ، من حيت تأكيد المساواة الكاملة وتكافؤ الفرص بين الجنسين ، مع تعزيز مساهمة المرأة في مواقع صنع القرار ، والاستفادة من الطاقات النسائية المؤهلة ذات القدرة المتميزة لاشغال المناصب المهمة ، ودعم عملية دمج المرأة واحتياجاتها ضمن الخطط الوطنية والتنموية (٢٠).

لماذا نحتاج الى معاهدات دولية طالما توجد هناك ارادة سياسية ، تتجه نحو وضع ضمانات دستورية كافية للمساواة ؟ ، فيما يتعلق بالضمانات الدستورية لمبدأ المساواة ، لابد ان ندرك ان غالبية الدساتير تمنع التمييز القائم على اساس الجنس ، بينما الاتفاقية الدولية (سيداو) لسنة ١٩٧٩ (اتفاقية المرأة) ، تحظر التمييز ضد المرأة ، حيث يوجد اختلاف كبير بين المدلولين، اذ غالبا ما يخضع عدم التمييز على اساس الجنس الى تفسيرات، ومنها أهم ماقيل: بعدم امكانية تحقيق المساواة الا بين متساويين ( معاملة المتشابهين على قدم المساواة ) ، ونظرا الى عدم اخذ الاختلاف بعين الاعتبار، سوف يؤدي ذلك الى تعذر اثبات التمييز الذي تلاقيه

<sup>(</sup>٤٤) د الشافعي محمد بشير، مصدر سابق، ص ٢١ ومايليها.

المرأة ، بينما الاتفاقية الدولية ١٩٧٩ (سيدوا) ،التي جاءت بتعريف التمييز: (على انه أي تفرقة أو استبعاد أو تقييد يكون من أثاره توهين او احباط تمتع المرأة بحقوقها)، والزام الدول بضمان التطبيق الفعلي لهذه الحقوق بواسطة السياسات والبرامج ، فتأخذ على محمل الجد التمييز الممارس ضد المرأة ، وتتوقع من الدول الاعتراف بالاختلاف واخذه بعين الاعتبار والحسبان ،مما يستلزم اتخاذ كافة المبادرات للنهوض بالمرأة الى مفهوم المساواة الموضوعية. (٢١)

عند تتبع حقوق المرأة السياسية في الدساتير العربية نلاحظ ان الدستور العراقي سنة (٢٠٠٥) قد أشار في المادة (٢٠) منه الى مايلي: (رجالا ونساء حق المشاركة في الشؤون العامة والتمتع بالحقوق السياسية بما فيها حق التصويت والانتخاب والترشيح)، كما اشار في المادة

(\$1) الى ان: (العراقيون متساوون امام القانون دون تمييز بسبب الجنس أو العرق....)، بذلك يكون الدستور العراقي قد ساوى بين الحقوق السياسية والحقوق العامة للمرأة (٢٢)، اما دستور اليمن سنة (١٩٩١)، في المادة ٧٩ منه التي جاء فيها: (تعمل الدولة على دعم الاسرة، وتحمي الام والطفل، وتقوم بالآجراءات السياسية والاقتصادية والثقافية اللازمة، لتكوين الاسرة تكوينا صحيحا، لتقوم بوظائفها) كما اشارت المادة ٢٦ منه لما يلي: (تضمن الدولة حقوقا متساوية للرجال والنساء، في جميع مجالات الحياة السياسية والاقتصادية والاجتماعية)، بينما الدستور المغربي لعام (١٩٩٦)، حيث اشار الى: المساواة بين الرجل والمرأة في التمتمع بالحقوق السياسية، والى حق كل مواطن ذكر او انشى في ان يكون ناخبا، اذا كان بالغا سن الرشد ومتمتعا بحقوقه المدنية والسياسية، يؤخذ على الدستور المغربي بانه اختزل الحقوق السياسية للمرأة، في حقها بان تكون ناخبة، ولم يتطرق الى بقية الحقوق السياسية، يوضح ذلك اتجاها سلبيا للمرأة، والذي يعتمده كحكم انتخابي ويعمل الحقوق السياسية، يوضح ذلك اتجاها سلبيا للمرأة، والذي يعتمده كحكم انتخابي ويعمل مواد خاصة بحقوق المرأة ومنها المادة ١٩، حيث نصت على: (ان مصطلح الفلسطيني أو المواطن، حيثما يرد في الدستور يعني الذكر، والانثى)، والمادة ٢١، التي جاء فيها: (للمرأة شخصيتها القانونية وذمتها المالية المستقلة، ولها ذات الحقوق والحريات الاساسية التي شخصيتها القانونية وذمتها المالية المستقلة، ولها ذات الحقوق والحريات الاساسية التي

للرجل وعليها ذات الواجبات) ، وكذلك المادة ٢٣ التي اشارت بان ، ( للمرأة الحق في المساهمة الفعالة في الحياة الاقتصادية والسياسية والثقافية والاجتماعية ، ويعمل القانون على ازالة القيود التي تمنع المرأة من المشاركة في بناء الاسرة والمجتمع ، حقوق المرأة الدستورية الشرعية مصونة ، ويعاقب القانون على المساس بها ، ويحمي حقها في الارث .) ، اما الدستور السوري لعام (١٩٧٣) ، الذي نص في المادة (٢٥) منه على ان : (

- ١- الحرية حق مقدس وتكفل الدولة للمواطنين حريتهم الشخصية وتحافظ على كرامتهم وامنهم
  - ٢- سيادة القانون مبدأ اساسي في المجتمع والدولة .
  - ٣- المواطنون متساوون امام القانون في الحقوق والواجبات.
- ٤- تكفل الدولة مبدأ تكافؤ الفرص بين المواطنين)، كما نصت المادة (٢٦): (كل مواطن حق الاسهام في الحياة الاقتصادية الاجتماعية الثقافية وينظم قانون بذلك.)، وقد اشارت المادة (٢٧) منه الى ان: (يمارس المواطنون حقوقهم ويتمتعون بحرياتهم وفقا للقانون.)، اضافة الى الحقوق التي شملت الرجال والنساء في المادتين المذكورتين آنفا، حيث خصت المادة (٥٤) من الدستور المرأة ، والتي جاء فيها: (تكفل الدولة للمرأة جميع الفرص التي تبيح لها المساهمة الفعالة والكاملة في الحياة السياسية والاجتماعية والثقافية والاقتصادية ، وتعمل على ازالة القيود التي تمنع تطويرها، ومشاركتها.)، نلاحظ ان مشروع دستور فلسطين الوحيد الذي نص في المادة (٣٣) منه، على معاقبة القانون لمن يمس بحقوق المرأة . (٣٣)

وادراكا للمكانة التي تتمتع بها المرأة العربية صانعة الاجيال ومربيتها، وتاكيدا لهذه الاهمية حيث سعت الدول العربية الى تنسيق بين جهودها وسياساتها وخططها الرامية لتطوير وضع المرأة العربية وتعزيز اسهاماتها وتحقيقا للعمل العربي المشترك، في هذا المجال الهام، ووفقا لميثاق جامعة الدول العربية، وموافقة مجلس الجامعة المذكورة على قيام منظمة المرأة العربية سنة (١٠-٩-١٠)، ومن اهداف المنظمة كما جاء في المادة (٥- تهدف المنظمة الى المساهمة في تعزيز التعاون والتنسيق العربي المشترك في مجال تطوير وضع المرأة وتدعيم دورها في المجتمع ...وعلى الاخص:

١ - تحقيق تضامن المرأة العربية باعتباره ركنا اساسيا للتضامن العربي

٢ - تنسيق مواقف عربية مشتركة قي الشأن العام العربي والدولي ولدى تناول قضايا المرأة
 في المحافل الاقليمية والدولية ....) ( ٢٤)

المبحث الثاني: مفهوم الحقوق السياسية للمرأة وضماناتها في المجتمع الدولي

سوف نبين في هذا المبحث ما يتعلق بحقوق المرأة من الناحية التي تنحصر في حقوقهاالسياسية في الشريعة الاسلامية في المطلب الاول، والضمانات الفعلية الواجب توفرها من ناحية المجتمع الدولى ، والقيمة القانونية لها في المطلب الثاني.

المطلب الأول: مفهوم الحقوق السياسية في الشريعة الاسلامية والقانون الحديث

حيث سنتطرق فيه إلى تعريف وطبيعة وخصائص الحقوق السياسية في الاسلام والفانون الحديث في فرعين .

الفرع الأول: تعريف وطبيعة الحقوق السياسية في الشريعة الاسلامية والقانون الحديث

(اولا) - تعريف الحقوق السياسية: (٢٥).

(أ)تعريف الحق في اللغة

وردت كلمة الحق في لغة العرب بمعان مختلفة: حيث استعملت بمعنى اسم من اسماء الله الحسنى، ومنه قوله تعالى (ثُمّ رُدُّوا إِلَى اللهِ مَوْلَهُمُ الْحَقَّ أَلَا لَهُ الحُكْمَ وَهْوَ اسماء الله الحسنى، ومنه قوله تعالى (ثُمّ رُدُّوا إِلَى اللهِ مَوْلَهُمُ الْحَقَّ أَلَا لَهُ الحُكْم وَهُو أَسْرِغُ الحَسِبِينَ)، (٢٦) وتستعمل بمعنى نقيض الباطل، قوله تعالى (وَلا تَلْبِسُوا الحَقِّ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ)، (٢٧) ، كما تأتي بمعنى الواجب، ومنه قوله تعالى (وَلكِنْ حَقَّتْ كَلِمَةُ ٱلْعَذَابِ عَلَى ٱلْكَفِرِينَ) أي وجبت، (٢٨)، وتستعمل بمعنى الثابت، جاء في اساس البلاغة (حق الله الأمر حقا أثبته واوجبه، وحق الأمر بنفسه حقا وحقوقا صار وثبت)، (٢٩).

(ب) تعريف الحق: حيث عرفه كثيرون في الفقه الاسلامي ومنهم:

حيث عرفه ابن نجيم ،بأنه (الحق ما يستحقه الرجل) ، ان هذا التعريف يكتنفه الغموض ، فلفظ (ما) عام يكتنفه الغموض، حيث يشمل الاعيان والمنافع ،والحقوق المحددة ،هذا

فضلا عن ابهامها ، اما الشيخ علي خفيف، اذ عرفه بانه ( مصلحة مستحقة شرعا) ، كما عرفه بتعريف آخر بأنه ( الحق هو ماثبث لانسان بمقتضى الشرع من أجل صالحه ) ، (٣٠) .

(ح) - تعریف السیاسة لغة : (۳۱)

تعد كلمة السياسة مصدرا لساس يسوس، وان لها في لغة العرب معان متعددة ومنها:

١- تستعمل بمعنى الرياسة ، حيث يقال ساس الناس سياسة تولى رياستهم وقيادتهم ، وسوسه القوم جعلوه يسوسهم ، وسوس امر بني فلان أي كلف سياستهم ، والساسة : قادة الامم

ومدبروا شؤونها العامة .

٢ - كما انها تستعمل بمعنى القيام على الشئ بما يصلحه ، يقال : ساس فلان الامر يسوسه سياسة أي دبره وقام بامره ، وساس الامور دبرها وقام باصلاحها .

(ج) - تعريف السياسة اصطلاحا:

عرف الفقهاء والباحثون المحدثون السياسة الشرعية بانها: الاحكام التي تنظم بها مرفق الدولة وتدبر بها شؤون الأمة، مع مراعاة أن تكون متفقة مع روح الشريعة، نازلة على اصولها الكلية محققة لاغراضها الاجتماعية، ولو لم يدل بها شئ من النصوص التفصيلية الجزئية الواردة في الكتاب والسنة (٣٢).

اما المقصود بالحقوق السياسية للمرأة : هي حق المرأة في ان تشترك في ادارة الشؤون العامة للدولة ويكون ذلك بطريق مباشر كما هو الحال بالنسبة لرئاسة الدولة او الوزارة او الحكومة ، وقد يكون بطريق غير مباشر كما الشأن بالنسبة لحق الانتخاب والترشيح للمجالس النيابية (٣٣) .

(ثانيا) - طبيعة الحقوق السياسية في الشريعة الاسلامية:

ان الحقوق السياسية في الشريعة الاسلامية كأي نوع آخر من الحقوق ، فهي وظائف اجتماعية يغلب عليها عنصر التكليف والمسؤولية والايجابية ، لخدمة الامام العام الذي يهيمن على الجماعة ، لذا سميت واجبات الحقوق وان هذه الحقوق والواجبات تختلف بشكل كبير عن الحقوق السياسية في النظم الحديثة لا تعدو ان تكون سوى مساهمة في اغلبية معينة ، أي كصوت من الاصوات ويخضع فيها لقرار تصدره

الاغلبية ، بالنسبة لحق الانتخاب ، الفرد يدلي بصوته كعضو او رقم في هيئة الناخبين ، وكذلك بالنسبة لاشتراكه في اللجان والمجالس، ولا يزيد دوره على ان يكون صوتا في قرار جماعي، والسبب يعزو الى ان النظم العصرية تعتمد على الادارة العامة او الجماعة ، ولم يهتد المشرعون الوضعيون لطريقة تكوينها سوى الانتخاب العام ويسهل في هذه الظروف تسلط اصحاب النفوذ على بطانتهم ، كماان عضو المنظمة يخضع حتما للعناصر الموجهة في كل تشكيل من التشكيلات التي يساهم فيها ، ففي الانتخابات العامة لا يكون صوت الناخب حرا تماما ، خاصة اذا كان منضما لحزب من الاحزاب كما هو مفروض في البلاد الليبرالية ، فانه يتقيد في اداء صوته باتجاهات المسيطرين على الحزب او التنظيم ،الذي ينتمي اليه والذين يضعون برامجهم التي يغيرونها من وقت لآخروفقا للظروف، والاكان نشازا لاينتمي الى اتجاه معين ، فهو كالغريب في الحياة السياسية ، ولا يختلف الامر في في عضوية في المجالس الشعبية واللجان عما ذكر انفا ، حيث لايكون العضو ممثلا لنفسه ولآرائه فقط ، اما في النظام الاسلامي فان الفرد العادي يستطيع ان يستقل بنفسه تماما ، لانه ينتمي لحزب الله ولا يشترط تبعيته لاحد في ممارسة نشاطه السياسي ، لان الفرد في الاسلام مخاطب خطابا مباشرا من الشارع بتكليفه برعاية الصالح العام ، كما ان السياسة العامة والمبادئ العليا ظاهرة بذاتها وثابتة لا تتغير، وليست بحاجة الى توجيه من المهيمنين على تنظيم او حزب لان الفرد يتلقى توجيهاته وتعليماته في هذا النظام من الله ، أي من النظام ذاته وليس من المسيطرين عليه ، وان صوته مساو لصوت اعلى درجات في القيادة في المجتمع ، ولا يكون الفرد نشازا طالما يعبر عن المقاصد الشرعية ، فالحق واحد يجمع الامة ولا يكون شاذا ، وهذا هو سبب اصالة الحرية والمساواة في الاسلام (٣٤).

الفرع الثاني: خصائص الحقوق السياسية في الشريعة الاسلامية والقانون الحديث وتمتاز الحقوق السياسية في النظام الاسلامي بخصائص معينة (٣٥).

اولا : ان الحقوق السياسية شأنها شأن الحقوق والحريات العامة ، فهي منح الهية وليست منحة من مخلوق مثله كما في القانون الوضعي الحديث ، يمن بها عليه ان شاء وينتزعها منه متى يشاء ، وانما هي حقوق قررها الله له ، بمقتضى فطرته الانسانية ، وهي حقوق تمتاز

بالثبات والديمومة بحكم الطبيعة والشريعة، الله تبارك وتعالى خلق الانسان ومنحه حق الحياة وفضله على باقي مخلوقاته، واستنادا لذلك منحه حقوقا وحريات ثابتة في شريعته ، وجعله مريدا لافعاله وتصرفاته حيث خلق فيه الارادة ، وجعله مسؤولا عن هذه الارادة التي بها يفعل وبها يكف .

ثانيا: الحقوق السياسية في النظام الاسلامي تمتاز بالشمول والعموم شأنها شأن سائر الحقوق والحريات ، بمعنى شمول نظام الحقوق والحريات شأنها شأن باقي الحقوق والحريات ، لكل انواع الحقوق والحريات ، وفي مقدمتها الحقوق والحريات السياسية اما المقصود بالعموم ،أي انها عامة لكل المواطنين الخاضعين للنظام الاسلامي دون تمييز بينهم في تلك الحقوق والحريات من حيث الجنس او اللون او اللغة او العقيدة .

ثالثا: ان الحقوق السياسية شأنها شأن باقي الحقوق والحريات العامة كاملة ابتداء وغير قابلة للالغاء، اذ أن الحقوق والحريات في الاسلام جزء من الشريعة الاسلامية ، التي من خصائصها الكمال لاتصافها بنفس صفات مشرعها ، وهو الله تعالى ، فلا يتصور أن شريعته ناقصة أو تكون الحقوق والحريات التي هي جزء منها ناقصة ايضا .

رابعا: كذلك من خصائص الحقوق والحريات السياسية وكذا الحقوق والحريات العامة في النظام الاسلامي، أنها ليست مطلقة وانما مقيدة بعدم الاضرار بمصالح الجماعة .

وعلى ضوء تلك الخصائص المتقدمة تترتب نتائج عديدة وهي (٣٦) :

(١) ان الحقوق والحريات العامة والسياسية تتمتع بقدر كاف من الهيبة والاحترام والقدسية تشكل ضمانة لعدم السطو عليها من قبل الحكام ،اذ ان مصادرة هذه الحقوق والحريات من قبل الافراد او الحاكم يعتبر خروجا عن شرع الله ، وبالتالي يفقد الحاكم الاساسي الشرعي شرعيته في الاستمرار في السلطة .

(٢) ان تكييف الحقوق والحريات العامة والسياسية على انها منح الهية يكسبها صبغة دينية مما يجعل احترامها اختيارا نابعا من داخل النفس ، ويقوم على الايمان بالله الذي شرع هذه الحقوق والحريات ، الامر الذي يوجب معه ضمان الالتزام بها وعدم وعدم الخروج عليها ، حتى مع القدرة على هذا الخروج .

(٣) ان هذه الحقوق والحريات السياسية والعامة غير قابلة للالغاء او النسخ ، لان النسخ أو االالغاء لاي حق من تلك الحقوق والحريات يحتاج الى ان ينزل بالنسخ وحي ولا وحي بعد وفاة بعد وفاة رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وصحبه وسلم .

(٤) ان الحقوق والحريات السياسية والعامة تكون خالية من الافراط في حقوق الافراد على حساب مصلحة الجماعة ، او التفريط في حقوقهم وحرياتهم لمصلحة السلطة ، لان المانح لهذه الحقوق والحريات هو الله تعالى بتشريع منه.

المطلب الثاني: الضمانات وقيمتها القانونية

سوف نتطرق فيه إلى الضمانات التي تكفل حقوق الإنسان وحقوق المرأة خاصة في الفرع الأول والى القيمة القانونية، لتلك الضمانات في الفرع الثاني.

الفرع الأول: الضمانات

سوف نبين الضمانات التي وجدت لحماية حقوق الإنسان ومنها المرأة، على المستوى العالمي والإقليمي على حد سواء.

1 - حيث احتوى الإعلان العالمي لحقوق الإنسان(عام ١٩٤٨) الذي سبق ذكره على ضمانات وضعت الحماية القانونية اللازمة للحقوق، ولما للحقوق والحريات السياسية من أهمية فكانت في مقدمة الحقوق التي أكدها ميثاق الأمم المتحدة ونص عليها الإعلان المذكور ولما أكدت عليه المادتان الأولى والثانية، بأن المساواة بين جميع المواطنين في مجال التمتع بتلك الحقوق والحريات، ومن حق كل مواطن (الرجل والمرأة) التمتع بهذه الحقوق والحريات السياسية لكل فرد الحق في الاشتراك في إدارة الشؤون العامة لبلاده أما مباشرةً أو بواسطة ممثلين يختارون اختياراً حراً.

وممارستها ممارسة فعلية وأكيدة (٣٧)، حيث نصت المادة (٢١) من الإعلان الحماية القانونية لهذه الحقوق والتي جاء فيها: (على أن:

٧- ولكل شخص نفس الحق الذي لغيره في تقلد الوظائف العامة في البلاد).

وإن هذا النص وكافة نصوص الإعلان العالمي لحقوق الإنسان وضعت البداية الحقيقية لحماية الحقوق السياسية حماية قانونية، على المستوى الداخلي في كل دولة، أو الصعيد

العالمي، وإن هذه الضمانات للحقوق السياسية خاصة وحقوق الإنسان عامة، قد أكدتها أيضاً الاتفاقيات الدولية ومنها الضمانات التي وردت في الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية على وجه العموم.

أولاً— الضمانات التي وردت بصورة اتفاقية ومنها الاتفاقية الدولية الخاصة بالحقوق السياسية للمرأة الصادرة عام ١٩٥٢/ ٣١ مارس والتي تهمنا على وجه الخصوص والصادرة عن الأمم المتحدة حيث نصت على حق النساء في التصويت في كافة الانتخابات على وجه المساواة مع الرجل ودون أية تفرقة كما أنه يجوز أن تنتخب انتخاباً عاماً أسوة بالرجال، إن الاتفاقية المتعلقة بالرجل ودون أية تفرقة كما أنه يجوز أن تنتخب انتخاباً عاماً أسوة والرجل في ممارسة الحقوق السياسية بصورة فعلية ، وقد وافقت جمهورية مصر على هذه الاتفاقية في عام ١٩٨١ بقرار رئيس الجمهورية ، كما أصدرت الأمم المتحدة سنة ١٩٦٧ إعلان (٣٨ )، يتضمن القضاء على مظاهر التمييز بين المرأة والرجل في هذا المجال، حيث نصت المادة الرابعة من الإعلان والتي مظاهر التمييز بين المرأة والرجل في هذا المجال، حيث نصت المادة الرابعة من الإعلان والتي ما الرجل ودون أي تمييز – بالحقوق الآتية:

- (أ) حق الاقتراع في جميع الانتخابات والترشيح لمقاعد جميع الهيئات المنبثقة عن الانتخابات العامة.
  - (ب) حق الاقتراع في جميع الاستفتاءات العامة.)

كما أشارت المادة السابعة فقرة (ب) (حق المرأة في المشاركة في صياغة القرار وحق تقلد الوظائف العامة) في الإعلان نفسه الذي ورد ذكره آنفاً على مايأتي: (تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في الحياة السياسية والعامة وبوجه خاص يكفل للمرأة، على قدم المساواة مع الرجل الحق في الآتي:

- (أ) التصويت في جميع الانتخابات والاستفتاءات العامة، وأهلية الانتخاب لجميع الهيئات التي ينتخب أعضاؤها بالاقتراع العام.
- (ب) المشاركة في صياغة سياسة الحكومة وتنفيذ هذه السياسة وفي شغل الوظائف العامة وتأدية جميع المهام العامة على جميع المستويات الحكومية.

(ج) المشاركة في جميع المنظمات والجمعيات غير الحكومية التي تعنى بالحياة العامة والسياسة للبلد.)

وإن هذه الاتفاقية قد وقعت بين عددٍ من الدول الأعضاء في هيئة الأمم المتحدة للقضاء على التمييز ضد المرأة سنة ١٩٨٠، ومن الدول العربية التي وقعت عليها أيضاً مصر والموافقة عليها عام ١٩٨١ ( ٣٩ ) .

ثانياً – الضمانات المتمثلة في الاتفاقية الدولية للحقوق المدنية والسياسية الصادرة سنة النياً – الضمانات المادة الثالثة على حق المساواة في تمتع المرأة والرجل في الحقوق المدنية ومنها السياسية، وألزمت الدول الأطراف هذه الاتفاقية بضمانة ذلك حيث جاء فيها: (تتعهد الدول الأطراف في هذه الاتفاقية بضمان مساواة الرجل والمرأة في حق التمتع بجميع الحقوق المدنية والسياسية التي تضمنتها الاتفاقية). وأكدت هذه الاتفاقية خمسة مبادئ عامة وردت في نص المادة (٢٥) منها في الحقوق السياسية وهي :

أولاً – حق المشاركة في سير الحياة العامة والخدمة العامة وعلى أسس عامة من المساواة.

ثانياً - حق الانتخاب دون تمييز.

ثالثاً- حق الترشيح.

رابعاً– حق الاقتراع العام.

خامساً- حرية الانتخاب ونزاهتها.

وقد وضعت هذه الاتفاقية موضع التنفيذ بعد أن أقرتها الجمعية العامة للأمم المتحدة سنة 19۷۹ وأقرتها مصر من الدول العربية عام ١٩٨١ (٤٠٠).

ونلاحظ مما سبق ان الاتفاقية الدولية المذكورة آنفا ، قد وفرت الضمانات الضرورية اللازمة لتطبيق الحقوق التي منحتها للمرأة وتنفيذها ، حيث الزمت الدول الموقعة عليها بتنفيذ بنودها ، للقضاء على كافة اشكال التمييز ضد المرأة ، وفي حال وجود تحفظات منها على الاتفاقية ، توضح هذه التحفظات، وتدون في قائمة ، ليمكن ازالة اسباب هذه التحفظات بوقت مناسب ، كذلك الزمت الاتفاقية الدول الاطراف تقديم تقاريرالي لجنة القضاء على كافة اشكال التمييزضد المرأة، لبيان ماتم انجازه من بنود الاتفاقية ، والمعوقات التي تحول دون ذلك ، لامكان تلافيها وازالتها ان امكن ذلك ، وفق فترات زمنية محددة ، ورغم المعوقات التي

ذكرناها الا انه هناك ضمانات برزت على المستوى الدولي الإقليمي ومنها الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان لحقوق الإنسان عام ١٩٦٩، كذلك الضمانات في الميشاق الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب الصادر سنة ١٩٨١، حمايةً لحقوق الإنسان في ظل التنظيم الدولي الإقليمي وهناك الضمانات للحقوق السياسية في الوثائق الدستورية ومنها الدستور الفرنسي الحالي الصادر سنة ١٩٥٨ دستور الجمهورية الخامسة (٤١).

# الفرع الثاني: القيمة القانونية للضمانات

نبين في هذا الفرع القيمة القانونية لإعلانات الحقوق والمواثيق ومقدمات الدساتير حيث لا أهمية لهذه الحقوق ما لم تمتلك القيمة القانونية الملزمة للأطراف المتعاقدة المتمثلة بالدولة.

اعتبرت فرنسا وثيقة إعلان حقوق الإنسان، تلك الوثيقة التي أقرتها واعتمدتها الجمعية الوطنية عام ١٧٨٩ والتي احتوت على طائفتين من الأحكام أحدهما خاصة بالحقوق السياسية للأفراد، أما الطائفة الأخرى فقد وضحت المبادئ التي سيتضمنها نظام الحكم السياسي مثل مبدأ سيادة الأمة ومبدأ فصل السلطات ولأهمية هذه الوظيفة اعتبرها دستور فرنسا في عام ١٧٩١ مقدمة له كما اعتبرت مقدمة لكل من دستور ١٩٤٦ ودستور الجمهورية الخامسة ١٩٥٨ ، وقد اختلف الفقه الفرنسي بصدد ما تضمنه إعلان الحقوق من قيمة قانونية حيث برز اتجاهان للفقهاء أحدهما أنكر كل قيمة قانونية والاتجاه الثاني أقر بقوتها الإلزامية . حيث أنكر البعض منهم القيمة القانونية لإعلان حقوق الإنسان، فهي تعد مجرد مبادئ مذهبية فلسفية ولا يمكن اعتبارها بمثابة قواعد قانونية ملزمة، كأحكام القانون الوضعي، أما الجانب الآخر فيمثل الأغلبية في الفقه الفرنسي والذي يعترف ويقر بالقيمة القانونية والملزمة لإعلانات حقوق الإنسان، وقد اختلف أنصار هذا الاتجاه في مدى الإلزام القانوني الذي تضمنته هذه الإعلانات لحقوق الإنسان فمنهم من يرى أن لها قوة إلزامية لا تعادل الدستور وإنما تعلو على الدستور نفسه ، فهي تقيد المشرع العادي والدستوري ، بل تعد القانون الأساسي الذي يقيد كل مشرع في الدولة، أما الرأي الآخر أي أنصار الاتجاه الثاني فقد اعتبر قوة إلزام إعلانات حقوق الإنسان تعادل القواعد الدستورية أي إنها تمتلك قوة إلزامية قانونية مساوية للدستور ذاته في الدرجة والقوة (٢٤). وتعتبر الاتفاقية الدولية الخاصة/بحقوق المرأة السياسية لسنة ١٩٥٢، اول معاهدة دولية عالمية تطبق مبدأ المساواة التامة بين الرجل والمرأة، حيث ساوت تماما في المركز القانوني بينهما من حيث المشاركة في الحياة السياسية، حيث أسست الاتفاقية المذكورة ثلاثة مبادئ رئيسية:

- ١ التساوي التام بين النساء والرجال من حيث تقلد المناصب العامة ، في المادة (٣)
   منها.
- ٢ التساوي التام بين والنساءوالرجال في حق الترشيح للمجالس النيابية، في المادة (٢) منها.
- ٣- التساوي التام بين النساء والرجال من حيث حق التصويت في كافة الانتخابات (م١)
   منها

أما الاعلان الدولي ،الصادر عن الجمعية العامة للامم المتحدة عام ١٩٦٧، بشأن منح المرأة حق المشاركة السياسية ، والذي اعتبر من اهم ماجاء به ، اذ اعتبر التمييز ضد المرأة سواء بتقييد او انكار مساواتها بالرجل جريمة مخلة بالكرامة الانسانية ، ودعوته الى جميع الدول لضمان الاعتراف القانوني والواقعي بكافة الحقوق التي تضمنها ، الا انه على الرغم من ذلك بقي هذا الاعلان لايمتلك أية صبغة قانونية ، ولا يعد سوى التزاما ادبيا فقط على عاتق الدول، لانه لا يعتبر اتفاقية أو معاهدة دولية جماعية واجبة الاتباع والتنفيذ، على غرار الاتفاقية الدولية لعام (١٨ ديسمبر ١٩٧٩) التي صدرت عن الجمعية العامة للامم المتحدة، للقضاء على جميع اشكال التمييز ضد المرأة في كافة الحقوق السياسية وغيرها، والتي أعتبرت بجد تطورا قانونيا في مجال مساواة المرأة بالرجل ، وذات آلية حقيقية للقضاء على مظاهر التمييز ضد المرأة في مباشرة الحقوق السياسية ، وخاصة في توليها ادارة شؤون بلادها ورسم سياستها العامة وتنفيذها، بما فيها رئاسة الدولة أو الوزارة ، حيث وجدت هذه الاتفاقية قبولا كبيرا من الدول اعضاء الامم المتحدة ، ولقيت اهتماما على صعيد الفقه الدولي المحلي والوطني ، اذ تم ادراج العديد من الحقوق التي اشارت اليها في دساتير وقوانين دول العالم المختلفة (٤٣) .

والى جانب الضمانات المتمثلة بالاتفاقيات والمواثيق والدساتير الدولية والإقليمية، فإنه لابد من وجود آليات الحماية الدولية والإقليمية قبل ذلك وتكون متمثلة بوسائل وأجهزة حماية حقوق الإنسان ومنها الحماية الدولية ونذكر منها:

أولاً- منظمة الأمم المتحدة، وأمانة الأمم المتحدة والتي تحتوي على:

أ-الحمعية العامة

ب-لجنة حقوق الانسان

ج- أمانة الأمم المتحدة- مركز حقوق الإنسان، والهيئات الرئيسية الأخرى للأمم المتحدة.

ثانيا – الهيئات الدولية المشكلة طبقاً لمواثيق حقوق الإنسان ومنها:

١ - اللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والاقتصادية.

٢- لجنة مناهضة التعذيب بحقوق الإنسان.

٣ - اللجنة المعنية

٤- لجنة القضاء على التمييز العنصري.

الجنة القضاء على التمييز ضد المرأة.

٦- اللجنة المعنية بحقوق الطفل.

٧- فرق عمل ومقررين خاصين.

ثالثاً المنظمات الدولية المتخصصة.

رابعاً – المنظمات غير الحكومية ومنها:

١ منظمة العفو الدولية.

٧- منظمة مراقبة حقوق الإنسان.

٣- لجنة المحامين لحقوق الإنسان.

٤- المنظمة العالمية لمناهضة التعذيب

٥ - مركز بحوث التعذيب وإعادة تأهيل ضحاياه.

٦- المنظمة العربية لحقوق الإنسان.

أما الحماية الإقليمية لحقوق الإنسان فهي تتمثل بتوافر الأجهزة (٤٤) الآتية:

أولاً - الحماية الأوربية الإقليمية

ثانياً – الحماية الأمريكية لحقوق الانسان.

ثالثاً الحماية الأفريقية لحقوق الإنسان.

رابعاً - التنظيم العربي لحقوق الإنسان.

#### الخاتمة

014

اضافة لما ورد في ثنايا بحثنا، نقترح على المسشرع العراقي، الغاء نص الفقرة رابعا: (يستهدف قانون الانتخابات تحقيق نسبة تمثيل للنساء لاتقل عن الربع من عدد اعضاء مجلس النواب) من المادة (٤٩) من الدستور العراقي سنة ٢٠٠٥، ويحل محله مايأتي: (...رابعا - يستهدف قانون الانتخابات تحقيق نسبة تمثيل للنساء لاتقل عن النصف من عدد اعضاء البرلمان.). تحقيقا لمبدأ العدل والمساواة الذي تضمنته ديباجة الدستور العراقي المذكور انفا. وان نسبة الربع جاءت ضئيلة ومجحفة بحق المرأة العراقية ، ونلاحظ بالرغم من ضالتها فان نسبة تمثيل للنساء كان اقل من الربع في البرلمان العراقي ، لعام ٢٠١٥ - ٢٠١٦

المصادر

## المصادر الشرعية:

القرآن الكريم.

## المصادر القانونية:

١- د. السيد محمد بحر العلوم، آفاق حضارية للنظرية السياسية في الإعلام، دار الزهراء للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لسنة ٢٠٠٣.

٢ - د احمد الكبيسي ، الديمقراطية والشريعة ، بلا سنة طبع ولا مكان .

٣- د الـشافعي محمـد البـشير، حقوق الانـسان ومـصادره وتطبيقاتـه الوطنيـة والدوليـة ، منـشأة المعارف، الاسكندرية ، ٢٠٠٤ .

٤ - د. جورج سعد، ترجمة، المؤسسات السياسية والقانون الدستوري، والأنظمة السياسية الكبرى، بغداد،
 المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لسنة ١٩٩٢.

٥- د.حسني قمر، حقوق الإنسان في مجال نشأة الحقوق السياسية وتطور ضماناتها، مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠٠٦.

٧- د.عصمت عبد المجيد بكر، شرح قانون الإثبات، المكتبة القانونية، بغداد لسنة ٢٠٠٧.

٨- د.عبد العزيز محمد محسن، المعاملة العقابية للمرأة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، القاهرة، دار النهضة العربية، بلا سنة طبع.

٩ - د عرفة محمد عرفة احمد، مباشرة المرأة الحقوق والحريات السياسية ،دار الكتب القانونية ، مصر
 ٢٠١٦ .

١٠ منال محمود المشني ،حقوق المراة بين المواثيق الدولية واصالة التشريع الاسلامي ،دار الثقافة للنشر والتوزيع ،عمان ، ٢٠١١.

١١ - د منتصرسعيد حمودة ، الحماية الدولية للمرأة ،الاسكندرية،دارالفكرالجامعي ، ٠١ ٠٠ .

١٢ - وسام حسام المدين الاحمد، حقوق المرأة في ضوء احكام الشريعة الاسلامية والاتفاقيات الدولية ،
 لبنان، ٢٠٠٩

### القوانين:

١ – دستور جمهورية العراق سنة ٥٠٠٥

٢ - القانون المدنى العراقي، رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.

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

٤ - قانون الإثبات العراقي وتعديلاته رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩.

# المبادئ والحقوق الدستورية المتعلقة بالضريبة في العراق

### **Abstract:**

This Study deals with a set of principles and constitutional rights which are directly related to tax affairs, and These Principles are, The Principle of legal tax, right of equality, right of property and the right of litigation in the valid constitution of the Republic of Iraq and the constitutions of Arab Countries, as well as the constitutions of France and U.S.A, though in which there are several differences in the level and magnitude of these rights and principles, yet they are all guaranteed and preserved. However the great effort which has been paid into the development of principles and constitutional rights relating to taxation in Iraq, did not bear fruit in view of the fact that the laws of Iraqi tax have turned away from all those rights and freedoms and committed a lot of breaches, violations and aggression against those principles and rights.

### المقدمة

كان ولما يزل التوافق بين الجانبين النظري والعملي لكل القواعد القانونية يشكل الشغل الشاغل لجميع المتهمين بالقانون من سلطات تشريعية وقضائية وتنفيذية، فضلا عن فقهاء القانون، ويبدو ان الاهتمام يصل الى اعلى مستوياته عندما تكون هذه القواعد هي القواعد اللستورية التي تقف على قمة الهرم في القواعد القانونية، ويكون التركيز في ذلك اكبر عندما تكون هذه القواعد الدستورية متعلقة بالجوانب المالية التي تهم الخزينة العامة للدولة والمواطنين على حد سواء، وخاصة تلك القواعد التي تشكل فرائض اجبارية تمس الحقوق المالية للمكلفين بما فيها الضرائب والرسوم.

<sup>(\*)</sup> كلية الإسراء الجامعة/قسم القانون.

<sup>(\*\*)</sup> كلية الإسراء الجامعة/قسم القانون.

ومن هذا المنطلق فقد أولت الدساتير اهتمامًا متميزًا بوضع القواعد والمبادئ التي من شأنها المحافظة على حقوق الخزينة العامة ورفدها بما تتطلبه من أموال وفي الوقت ذاته مراعاة الحقوق والحريات الأساسية للمواطنين في أموالهم كمبدأ قانونية الضريبة وحق المساواة وحق الملكية وحق التقاضي اذ تتعلق مباشرة بالأمور المالية وبالتحديد بشؤون الضرائب، بيد أنه وعلى الرغم من وجود المؤسسات الدستورية الحامية للقواعد الدستورية سواء أكانت قضائية أم غير قضائية كالمحكمة الاتحادية العليا في العراق التي تتولى مهمة الفصل في دستورية القوانين والقرارات الادارية فإن امكانية وجود انتهاكات لتلك الحقوق والحريات المالية ما زالت قائمة، اما بسبب قلة الوعي القانوني والسياسي لدى المواطن أو بسبب التأثير الذي يمكن ان تمارسه السلطة التنفيذية على الجهات المختصة بالنظر في دستورية القوانين.

ولغرض اعطاء تقديم وافي للموضوع لابد لنا من دراسة النقاط الاتية: -

أولاً: - أهمية الدراسة : - تنبع أهمية الدراسة في دستورية القوانين الضريبية من ارتباطها المباشر بعدد من المبادئ والحقوق التي كفلها الدستور فضلا عن اكتسابها أهمية خاصة عندما يكون البحث في قوانين الضرائب في العراق نتيجة للتحولات الجذرية التي حدثت في هذا البلد في الأعوام الأخيرة في جميع المجالات السياسية والاقتصادية والاجتماعية والقانونية التي تتطلب تنبيه المشروع والمواطن على وجود أيه انتهاكات للحقوق الدستورية.

ثانيًا: – فرضية الدراسة: – تتجسد فرضية البحث في أن تضمين النصوص الدستورية للمبادئ والحقوق يتطلب التزام التشريعات العادية والفرعية بها، والا أفرغت تلك النصوص من محتواها. ثالثًا: – اشكالية الدراسة: – تتمثل مشكلة البحث في وضع الية للكشف المبكر عن الانتهاكات والتجاوزات على الحقوق الدستورية المتعلقة بالضرائب وكيفية رفعها، فضلا عن التعرف بالتفصيل على تلك الحقوق والمبادئ وموقف الدساتير المقارنة منها ولاسيما دستور جمهورية العراق ٥٠٠٠ النافذ وتطبيقات هذه المبادئ والحقوق في قوانين الضرائب العراقية ومدى التزامها بها.

رابعا: - منهجية الدراسة: - سنعتمد في دراستنا هذه المنهج التحليلي المقارن، اذ سنحلل النصوص القانونية ونبحث في اراء الفقه حولها ونستقري نية المشرع فيها مقارنين بين موقف المشروع

الدستوري العراقي والتشريعات الدستورية العربية بشكل عام والدستورين الأمريكي والفرنسي لنصل الى افضل الحلول.

خامسا: - هيكلية الدراسة: - ستتناول الدراسة المبادئ والحقوق الدستورية المتعلقة بالضريبة بشكل مباشر وهي مبدأ القانونية وحق المساواة وحق الملكية وحق التقاضي اذ سنخصص مطلبًا مستقلا لكل منها لنتناول مفهومها وموقف الدساتير منها، ثم تنتهي بخاتمة نحدد فيها أهم الاستنتاجات والتوصيات، والله ولي التوفيق.

على الرغم من ارتباط القواعد الدستورية بكل جوانب حياة المجتمع بما فيها الضرائب ارتباطا غير مباشر، فأن هناك مجموعة من القواعد الدستورية التي ترتبط بشؤون الضريبة ارتباطا مباشرا بما يجعل منها ضابطا للحكم على مدى دستورية كل ضريبة من الضرائب ومن هذه القواعد القانونية ومبدأ المساواة وحق التقاضي، وسنحاول في هذا المبحث الحديث بشئ من التفصيل عن كل مبدأ أو حق في مطلب مستقل وكما يأتي :-

المبحث الأول: مبدأ قانونية الضريبة

يحظى مبدأ قانونية الضريبة بأهمية كبرى كونه الضمانة الأهم لعدم تجاوز السلطة التنفيذية على الاختصاصات الحصرية للسلطة التشريعية فيما يتعلق بشؤون الضرائب، لذا سنحاول تفصيل أحكامه في مطلبين نتحدث في الأول عن المفهوم العام للمبدأ وفي الثاني عن الأحكام الخاصة بالمبدأ في الدول المركبة وبالتحديد دول الاتحاد المركزي (الفيدرالي).

المطلب الأول: المفهوم العام لمبدأ القانونية

حفاظًا على حقوق المكلفين من جهة والخزينة العامة من جهة أخرى فقد اقر المشروع الدستوري العراقي مبدأ قانونية الضريبة شاملا الفرض والاعفاء والجباية والتعديل (١)، ليكون من أهم النتائج المترابة على هذا المبدأ عدم جواز تفويض السلطة التنفيذية بالاختصاصات الحصرية للسلطة التشريعية والمتعلقة بفرض الضريبة أو جبايتها أو تعديلها أو

\_

<sup>(1)</sup> ينص البند اولا من المادة (٢٨) من دستور جمهورية العراق لسنة ٥٠٠٥ النافذ على انه ((لا تفرض الضرائب والرسوم ، ولا تعدل ، ولا تجبى ولا يعفى منها الا بقانون ))

الاعفاء منها<sup>(۱)</sup>، وهو ما دعانا الى القول بأن المشروع قد اقر المبدأ لحماية حقوق المكلفين والخزينة العامة على حد سواء فلو اكتفى المشروع باقرار مبدأ القانونية في الفرض والجباية فقط لقلنا بأنه أراد حماية حقوق المكلفين فحسب، على أن إضافة الاعفاء إلى نطاق سريان مبدأ القانونية يجعل من هذا المبدأ سببًا لحماية حقوق الخزينة العامة ايضًا.

ويبدو لنا ان المشروع الدستوري العراقي بدا متطورًا أكثر من أقرانه في الدول العربية اذ اكتفت دساتير تلك الدول بتطلب صدور القانون في الفرض والجباية دون الاعفاء والذي ترك ليكون بناء على قانون، أي أن تلك الدساتير أجازت أن يكون الاعفاء من الصلاحية المخولة للسلطة التنفيذية بناء على تفويض من السلطة التشريعية (٢).

والحقيقة أن المشروع الدستوري العراقي لم يكتف بمنع تفويض السلطة التنفيذية أو تخويلها صلاحية فيما يتعلق بشؤون الضرائب في الأوضاع العادية وإنما منعها حتى في حالة الضرورة أو في الظروف الاستثنائية أو حالة الطوارئ وغياب السلطة التشريعية أو تعطيل عملها في تولي هذه المهمة اذ جاء في الفقرة (ج) من البند تاسعاً من المادة (٦١) من الدستور العراقي النافذ على أنه (( يخول رئيس مجلس الوزراء الصلاحيات اللازمة التي تمكنه من إدارة شؤون البلاد في أثناء مدة إعلان الحرب وحالة الطوارئ، وتنظم هذه الصلاحيات بقانون، بما لا يتعارض مع الدستور))(٣)، فمع أن القانون الذي من المتوقع أن ينظم حالة الطوارئ لم يصدر

(¹) عثمان سلمان غيلان، مبدأ قانونية الضريبة في تشريع الضرائب المباشرة في العراق أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق بجامعة النهرين، ٢٠٠٥ ، ص ٣٩.

<sup>(\*)</sup>على سبيل المثال تنص المادة ١٩ ٩ من الدستور المصري على ان (( انشاء الضرائب العامة وتعديلها او الغائها لا يكون الا بقانون ولا يعفى احد من أدائها الا في الأحوال المبينة في القانون )) كما تنص المادة (٨١) من الدستور السوري على انه (( لا يجوز احداث ضريبة أو تعديلها أو الغائها الا بقانون )) وكذلك تنص المادة (١١١) من الدستور الأردني على انه (( لا تفرض ضريبة أو رسوم إلا بقانون... )) وتنص المادة (١١٨) منه على انه (( لا يجوز إعفاء احد من تأدية الضرائب والرسوم في غير الأحوال المبينة في القانون )) وكذا المادة (٣٩) من النظام الأساسي العماني والمادتان (١٢) و (٣١) من الدستور اليونسي والمادة (٤٣) من الدستور البحريني والمادة (١٩٥) من الدستور اللبناني والمادة (١٩٥) من الدستور المعربي. والمادة (٤٨) من الدستور المغربي.

تنظر في تفصيل ذلك احمد خلف حسين الدخيل: موقف القانون العراقي من الضريبة المستترة، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للعلوم الإنسانية الصادرة عن كلية التربية، المجلد 11، 12، 13،

بعد، إذ يسرى الان امر الدفاع عن السلامة الوطنية رقم (١) لسنة ٢٠٠٤، (١) إلا أن العبارة الأخيرة من الفقرة (ج) أعلاه حسمت الموقف بان ذلك القانون يجب ألا يتعارض مع الدستور، أي يجب أن يكون محكومًا بالمبادئ الدستورية ومنها مبدأ القانونية، ومن ثم بقاء فرض الضريبة أو تعديلها أو جبايتها أو الإعفاء منها من الصلاحيات الحصرية للسلكة التشريعية التي لا يجوز تفويضها للسلطة التنفيذية حتى في حالة الطوارئ والظروف الاستثنائية، وهو ما يسجل للمشروع العراقي ويفوق به ما ذهبت اليه التشريعات الدستورية العربية (فيما عدا الدستور الاماراتي في المادة ١٩٦٣) إذ أجازت في حالة الطوارئ أو الظروف الاستثنائية للسلطة التنفيذية ممثلة برئيس الجمهورية أو الملك أو رئيس مجلس الوزراء على اختلاف بين الدساتير أصدار قرارات لها قوة القانون ومنها قرارات فرض الضريبة واإعفاء منها، ومع ان تلك الدساتير ألزمت السلطة التنفيذية بعرض تلك القرارات على السلطة التشريعية خلال مدة محدودة لتقول فيها كلمتها الفصل (٢) إلا ان ذلك لن يفلح في حماية مبدأ القانونية، إذ حتى لو ألغيت تلك القرارات بأثر رجعي فان حقوق المكلفين تكون قد انتقصت ولو بشكل جزئي فإذا كانت لم تعرض المكلف لخسارة محققة بفرض الضريبة وجبايتها منه ثم إعادتها إليه بعد إلغاء القرار، إلا انها في الغالب تكون قد فوتت عليه ارباحًا أو استحقاقات كان الأجدر ألا تفوته، مما يستوجب تعويضه، ذلك أن التعويض كما يكون للخسارة يكون للكسب الفاءت وفقًا للقواعد العامة في القانون المدني.

وعليه فان مبدأ القانونية يحصر سلطة فرض الضريبة وتعديلها وجبايتها والإعفاء منها بالسلطة التشريعية المنتخبة في البلاد ولا يبيح صراحة ولا ضمنًا تفويض السلطة التنفيذية أيًا من هذه السلطات.

(١) نشر هذا الامر في جريدة الوقائع العراقية بعددها المرقم (٣٩٨٧) في ايلول ٢٠٠٤ ، إذ ان هذا الامر يبقى ساريًا وفقا للمادة (١٣٠) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ التي تقضي بان تبقى التشريعات النافذة معمولًا بها ، ما

لم تلغ او تعدل ، وفقًا لاحكام هذا الدستور.

<sup>(</sup>٢٠ تنظر المواد (١٤٧) من الدستور المصري، (٩٤) من الدستور الأردني، و (٣٦) من الدستور البحريني و(٤٦) من الدستور التونسي و (٩١ -٩١) من الدستور الجزائري و (٦١ -١١٣) من النظام الأساسي السعودي و(١١١ -١١٣) من الدستور السوري و (٢٩) من الدستور الكويتي.

والجدير بالذكر أن سريان المبدأ أعلاه لا يقف عند حد ما تطلق علية السلطة التنفيذية بالضرائب أو الرسوم وإنما يتعداه ليشمل كل ما يتضمن معناها على الرغم من إطلاق الأخيرة تسميات أخر غير الضرائب أو الرسوم، إذ يمكن أن تتضمن الأثمان العامة والقروض العامة وحتى الرسوم العامة ضرائب مستترة (مقنعة) فالعبرة في الالتزام بهذا المبدأ هو بالمضمون لا بالشكل أو الاسم، ومن ثم فحتى هذه الضرائب المستترة يجب ان تخضع لمبدأ القانونية وان يكون السبيل الوحيد لفرضها هو عرضها على السلطة التشريعية المنتخبة في البلاد(1)، ومن ثم جاز للمحكمة الاتحادية العليا فرض رقابتها الدستورية عليها وفقًا للدستور (٢).

# المطلب الثاني: مبدأ القانونية في دول الاتحاد المركزي

وإذا كان البحث في مبدأ القانونية قدر تعلق الأمر بموضوع بحثنا يقف عند هذا الحد في الدول البسيطة، إلا انه يحتاج الى المزيد من النقاش في الدول المركبة ولاسيما دول الأتحاد المركزي (الفيدرالي) مثل العراق والإمارات إذ يكون لكل دويلة من دويلات الاتحاد دستورها الخاص بها وحكومتها الخاصة بما فيه تكوين هذه الحكومة من سلطات تشريعية وتنفيذية وقضائية وهو ما يعني الازدواج في الدستور والسلطات على مستوى الاتحاد وعلى مستوى دويلته من ناحية اخرى(٣) مما يفرز مشكلة توزيع الاختصاصات بين الحكومة الاتحادية وحكومات الدويلات أو الأقاليم التي تعالجها الدساتير الاتحادية، إما بحصر اختصاصات السلطات الاتحادية وترك ما عدا ذلك للأقاليم كما في دستور دولة الإمارات العربية المتحدة والولايات المتحدة الامريكية، وإما بالتحديد اختصاصات الأقاليم وترك ما عدا ذلك للسلطات الاتحادية كما في دستور الهند(٤)، على ان المشرع الدستوري العراقي اختط لنفسه اسلوبًا الاتحادية كما في دستور الهند(٤)، على ان المشرع الدستوري العراقي اختط لنفسه اسلوبًا

(۲) المحكمة الاتحادية العليا هي الجهة المختصة بممارسة الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة في العراق. ينظر في تفصيل هذه المحكمة واختصاصاتها د. فوزي حسين سلمان الجبوري: نظرات حول تنظيم الرقابة على دستورية القوانين في العراق، بحث مقبول للنشر في مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية ، ٢٠٠٩ ، ص ١٩-١٩ و ٢٤-٢٨.

<sup>(1)</sup> احمد الدخيل ، مصدر سابق ، ص ٢٦٣.

كذلك ينظر: المواد (٩٢-٩٤) من الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ النافذ.

<sup>(</sup>٣) د. طعيمة الجرف: نظرية الدولة، ط٤، مكتبة القاهرة الحديثة، القاهرة، ١٩٧٣، ص١٨٢و ١١٨٥.

<sup>(</sup>٤) د. إحسان المفرجي وآخرون: النظرية العامة في القانون الدستوري والنظام الدستوري في العراق، مطبعة دار الحكمة، بغداد ، ١٩٩٠، ص ١١١ – ١١٣.

مختلفًا بعض الشئ حين حدد اختصاصات حصرية للسلطات الاتحادية واختصاصات مشتركة بين السلطات الاتحادية وسلطات الأقاليم على ان تكون الأولوية فيها عند التعارض لقوانين الأقاليم وترك ما عدا ذلك من الاختصاصات لسلطات الأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في اقليم (١).

وبعيدًا عن الانتقادات التي يمكن اأن توجه إلى مسلك المشرع الدستوري العراقي في هذا المجال، فقد ثار الخلاف حول اختصاص فرض الضرائب وجبايتها والإعفاء منها أهو من الاختصاصات الحصرية للسلطة التشريعية في الاتحاد؟ أم أن السلطات التشريعية في الأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم يمكنها أيضًا إصدار تشريعات محلية لفرض الضرائب وجبايتها والإعفاء منها ؟

وبالعودة إلى المواد ( ١٠٠ - ١١٤ ) من الدستور العراقي النافذ التي جددت الاختصاصات الحصرية للسلطات الاتحادية والمشتركة مع سلطات الأقاليم نجدها خلت من النص على الشؤون الضريبية في إقليم اختصاصًا عامًا في كل ما لم يرد به نص في المواد الخمس السابقة، ولكن هل يدخل ضمنها الشؤون الضريبية ؟ بقى الجدال قائما حتى مع وجود أمر سلطة الائتلاف المؤقتة ( سيئة الصيت ) رقم ٧١ لسنة ٤٠٠٢ (٢) الذي أجاز في البند (١) من القسم (١) والبند (١) من القسم (٤) منه للمجالس المحلية تحصيل الضرائب ولم يكتف البند (١) من القسم (٨) منه بمنح هذه المجالس سلطة تحصيل الرواسم وفقًا للقوانين الاتحادية وإنما أجاز لها ايضًا فرض الضريبة وإدارة أموالها وإنفاقها . إلا أن صدور قانون المحافظات غير المنتظمة في إقليم رقم ٢١ لسنة ٨٠٠٢ (٣) وإلغاءه الأمر رقم (٧١) أعلاه في المنتظمة في إقليم بإصدار التشريعات المحلية والأنظمة والتعليمات لتنظيم الشؤون الإدارية والمالية وبالشكل الذي يمكنها من إدارة شؤونها وفق مبدأ اللامركزية وبما لا يتعارض مع الدستور والقوانين الاتحادية، كما أن البند ثانيًا من المادة (٢٢١) من الدستور العراقي النافذ منح المحافظات التي لم تنتظم في إقليم إصلاحيات الإدارية والمالية الواسعة لإدارة شؤونها منح المحافظات التي لم تنتظم في إقليم الصلاحيات الإدارية والمالية الواسعة لإدارة شؤونها منح المحافظات التي لم تنتظم في إقليم الصلاحيات الإدارية والمالية الواسعة لإدارة شؤونها منح المحافظات التي لم تنتظم في إقليم الصلاحيات الإدارية والمالية الواسعة لإدارة شؤونها منح المحافظات التي لم تنتظم في إقليم الصلاحيات الإدارية والمالية الواسعة لإدارة شؤونها منح المحافظات التي لم تنتظم في إقليم الصلاحيات الإدارية والمالية الواسعة لإدارة شؤونها منح الدسور والقوادية والمالية الواسعة لإدارة شؤونها وليرة ولمالية الواسعة لإدارة شؤونها وليرة والمالية الواسعة لإدارة شؤونها وليرة والمالية الواسعة لإدارة شؤونها وليرة ولما الديرة ولمالية الواسعة لإدارة شؤونها وليرة ولمالية الواسعة لإدارة شؤونها وليرة ولمالية الواسعة ولادرة شؤونها ولمالية و

<sup>(1)</sup> تنظر المواد (١١٠ - ١١٥) من الدستور العراقي النافذ.

<sup>(</sup>٢) نشر هذا الأمر في جريدة الوقائع العراقية بعددها المرقم ٤٠٧٠ في ٣١ آذار ٢٠٠٨.

<sup>(</sup>۳) نشر هذا القانون في جريدة الوقائع العراقية بعددها المرقم ٤٠٧٠ في ٣٦ آذار ٢٠٠٨.

وفق مبدأ اللامركزية الإدارية، وهو ما دفع المحكمة الاتحادية العليا في العراق إلى اعتماد رأيين فسرت بهما المواد الدستورية الخاصة بتوزيع الاختصاصات واستشهدت بنص البند ثالثًا من المادة السابعة أعلاه والبند ثانيًا من المادة (٢٢٢) أعلاه لتؤكد على ان لمجالس المحافظات غير المنتظمة في إقليم حق سن القوانين الخاصة بفرض الضرائب المحلية وجبايتها وإنفاقها وسن القوانين الخاصة بفرض وجباية الرسوم والغرامات والضميمة بما يمكنها من إدارة شؤونها وفق مبدأ اللامركزية الإدارية(١).

ويبدو لنا ان المحكمة الاتحادية العليا قد جانب الصواب في هذا الخصوص ذلك أنها اعتمدت على البند ثالثًا من المادة (٧) من قانون المحافظات غير المنتظمة في إقليم وهو لا يعدو ان يكون قانونًا عاديًا لا يمكن أن يتم الاستناد أليه في حسم مسألة الاختصاصات بين السلطات الاتحادية وسلطات الأقاليم هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فقد غضت المحكمة الطرف في الوقت نفسه عن البند اولًا من المادة (٢٢) من قانون المحافظات غير المنتظمة في أقليم والتي منحت للوحدات الإدارية المشمولة بهذا القانون سلطة استيفاء الضرائب والرسوم والأجور وفقًا للقوانين الاتحادية النافذة والمعروف أن الاستيفاء وفقًا للقوانين الاتحادية غير فرض ضرائب محلية وجبايتها، ناهيك عن أن المحكمة تركز في رأيها أكثر من مرة على ان لمجالس المحافظات في سبيل إدارة شؤونها وفق مبدأ اللامركزية الإدارية أن تسن التشريعات، في الوقت الذي نرى ان فقه القانون الإداري يجمع على أن مبدأ اللامركزية الإدارية يختلف عن الفيدرالية، فالأول نظام إداري أما الثاني فهو نظام دستوري ولا يمكن الاستناد إلى الأول لتبرير منح سلطات تشريعية لأي من الإدارات غير المركزية (٢٠)، ولكن يبدو ان المحكمة قد شاطرت

**/1**\

<sup>&</sup>lt;sup>(1)</sup> www.Albasrnews.com – www.iragja.org

<sup>(</sup>۲) ينظر في تفصيل اللامركزية الادارية د. ماهر صالح علاوي الجبوري : الوسيط في القانون الاداري ، دار ابن الأثير للطباعة والنشر، جامعة الموصل، ۲۰۰۹ ، ص ۸٤ و ۹۳. كذلك ينظر: د. محمد علي بدر واخرون، مبادىء واحكام القانون الاداري، دار الكتب للطباعة والنشر، بغداد ۱۹۳۰، ص ۱۲۱ و ۱۳۵.

بل عززت خلط المشروع الدستوري العراقي وتخبطه بين النظامين (١) إذ نرى ان الوضع هنا اوسع من اللامركزية واضيق من الفيدرالية فهو نمط جديد في الادارة يختص به العراق.

وحتى لو سلمنا جدلًا بصحة رأيي المحكمة أعلاه فان تبرير إعطاء مجالس المحافظات غير المنتظمة في إقليم سلطة فرض الضرائب وجبايتها على أساس أن شؤون الضرائب والرسوم ليست من الاختصاصات الحصرية للسلطات الاتحادية ولا من الاختصاصات المشتركة مع سلطات الأقاليم يعني حتمًا أنها مما ترك لسلطات الأقاليم، ومفهوم المخالفة لهذا التبرير يقضي بمنع السلطات الاتحادية من ولوج الشؤون الضريبية عن طريق إصدار أية تشريعات اتحادية، ولا يشفع في ذلك نص البند (أولًا) من المادة (٦١) من الدستور التي جعلت من أولى اختصاصات مجلس النواب هو تشريع القوانين الاتحادية وسلطات الأقاليم الاختصاصات الحصرية للسلطات الاتحادية أو ضمن الاختصاصات المشتركة، أما باقي الاختصاصات والتي يدخل ضمنها حسب منطق المحكمة الاتحادية العليا فرض الضرائب والرسوم فلا سلطة لمجلس النواب بإصدار التشريعات فيه وهو ما لا يمكن قبوله من الناحية المنطقية ولا من الناحيتين القانونية والسياسية فالمعروف أن فرض الضرائب وجبايتها من الناحية المنطقية ولا من الناحيتين القانونية والسياسية فالمعروف أن فرض الضرائب وجبايتها من الاختصاصات السيادية للدولة على شعبها وإقليمها، إذ نتساءل في ضوء رأيي المحكمة هذين عن مصير القوانين الضريبية الاتحادية ومدى إمكانية إصدار قوانين ضريبية اتحادية جديدة !!!؟

ولعل الحل لهذه الإشكالية يمكن بإضافة عبارة (فرض وجباية وتعديل والإعفاء من الضرائب والرسوم الاتحادية) إلى نهاية البند اولًا من المادة (١١٠) من الدستور العراقي النافذ لتكون الضرائب الاتحادية من الاختصاصات الحصرية للسلطة الاتحادية وتبقى الضرائب المحلية من اختصاصات سلطات الأقاليم كما فعل الدستور الإماراتي في الفقرة (٦) من المادة (٢٠) منه.

(۱) للمزيد من التفصيل حول مسلك المشروع الدستوري العراقي في هذا الشأن ينظر د. غازي فيصل مهدي: نظاما الفدرالية واللامركزية الادارية في دستور جمهورية العراق لسنة ٥٠٠٧، بحث منشور في مجلة التشريع والقضاء الصادرة عن اللجنة العراقية لدعم استقلال القضاء، ع ١٠كانون الثاني – شباط – آذار، ٢٠٠٩، صص ١٧ \_ . ٢٦.

والأكثر من ذلك فإن وجود ضرائب اتحادية وضرائب محلية في الوقت ذاته سيؤدي حتمًا إلى تحقق الازدواج الضريبي الداخلي، وهو خضوع مكلف معين لضريبة معينة عن الوعاء ذاته والمدة الزمنية ذاتها<sup>(۱)</sup>، في الوقت الذي تحاول الدول جاهدة الحد من الازدواج على المستويين الداخلي والدولي فكيف بنا ونحن نشجع ونبرر ونبحث عن السند القانوني لوجود هذا الازدواج؟<sup>(۲)</sup>

وما يعزز رأينا هذا المحكمة الاتحادية العليا في جوابها عن استفسار مجلس محافظة بابل أنها قصرت عبارة الأولوية في التطبيق الواردة في المادة (١١٥) من الدستور على الاختصاصات المشتركة فقط<sup>(٣)</sup>.

## المبحث الثاني: حق المساواة

منذ بزوغ فجر الإنسانية حاول بنو البشر أن ينظموا علاقاتهم على أساس عدم التفرقة بينهم إلا أن تلك المحاولات لم تكن على وتيرة واحدة ولم تحظ بنسبة النجاح ذاتها ففي الديمقراطيات الغربية حدث العديد من الثورات إلى أن وصلت ألى ما هي عليه اليوم، أما في الشرق فكانت بدايتها مع ظهور الإسلام وتعاليمه السمحاء وتركيزه على المساواة بين افراد المجتمع، وتثبيتًا للجهود التاريخية وتأكيدًا على أهمية حق المساواة فقد ابرز الإعلان العالمي

(١) د. طاهر الجنابي : علم المالية العامة والتشريع المالي، العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة ، طبعة منقحة، ٢٠٠٨ ، ص ١٥١ – ١٥٢.

كذلك ينظر: د. عبد العال الصكبان ، مصدر سابق ، ص ١٧٤. ١٧٨. وكذلك ينظر: جهاد سعيد ناصر الخصاونة ، المالية العامة والتشريع المالي ، ط١، دار وائل للنشر، عمان ، ٢٠٠٠/١٩٩٩ ، ص ١٤٨.١٤٧.

<sup>(</sup>۲) الجدير بالذكر أن الدول والمنظمات الدولية عقدت الكثير من الاتفاقيات الدولية الثنائية والجماعية لمنع الازدواج الضريبي بل ضمنت قوانينها ودساتيرها ما يحول دول تحققه أو يعالج هذا الازدواج بطرق مختلفة، ينظر د. دريد الـسامرائي: الازدواج الـضريبي وأثـره فـي إعـادة الاسـتثمار الأجنبـي، بحـث منـشور علـي موقـع الانترنـت في ۱۲/۰۸/۵/۱ في ۱۲/۰۸/۵/۱ في ۱۲/۰۸/۵/۱ من موقع جريدة الصباح ، صفحة الاقتصادي في ۲۰۰۷/۹/۱ ، ص۲.

كذلك ينظر: سعيدي يحيى: التنسيق الضريبي ودوره في تفعيل أداء التكتلات الإقليمية / بحث منشور في مجلة علوم إنسانية، س٥ ، ع٢٠، ٢٠٠٧، ص١٢.

لحقوق الإنسان الصادر عام ١٩٤٨ حق الناس جميعًا في المساواة أمام القانون والمساواة في الحماية ضد كل ألوان التمييز (١).

ولكن ما المقصود بحق المساواة ؟ وما موقف الدساتير المقارنة منه ؟ وما موقف الدستور العراقي النافذ منه ؟ هذا ما سنحاول التعرف عليه في الفروع الثلاث الآتية :المطلب الأول: مدلول حق المساواة

يعرف بعض فقهاء (١ القانون الدستوري المساواة بأنها ((المساواة القانونية أي المساواة في المعاملة بين جميع الإفراد في الدولة طبقًا للقاعدة القانونية العامة المطبقة على الجميع دون تمييز أو استثناء)).

فيما يذهب آخرون<sup>(٣)</sup> إلى تقسيم مفهوم المساواة إلى مفهومين الأول مادي هو المساواة في القانون والذي يتركز حول عدم جواز النص على أي تمييز بين المواطنين والثاني شكلي بهو المساواة أمام القانون والذي ينحصر في مسألة تطبيق القانون من قبل جميع السلطات بالشكل الذي يمنع أي تمييز في المعاملة.

أما الباحثون في المالية العامة والتشريع المالي فقد ابتعدوا عن إيراد تعريفات إذ ذهب البعض منهم  $^{(2)}$  إلى ان للمساواة جانبًا شائعًا وهو المساواة في الحقوق إلا ان هذا الجانب لا يستكمل معنى المساواة ما لم يضف إليه جانب المساواة في الالتزامات.

فيما يقوم البعض<sup>(٥)</sup> بالتركيز على المساواة أمام الضريبة موضعًا خصائصها من كونها نسبية وليست مطلقة وأنها لا تميز بين المواطنين والأجانب وأنها تقاس بالمجموع الكبير للمكلفين وليس بالمجموع الصغير منهم لينتهى بتعريفها بأنها ((خضوع المكلفين جميعهم

<sup>(٣)</sup> د. أمين عاطف صليبا: دور القضاء الدستوري في إرساء دولة القانون دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب ، طرابلس لبنان ، ٢٠٠١ ، ص ٣٨٨.

<sup>(1)</sup> تنظر م(٧) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ، منشورات الأمم المتحدة ، ١٩٤٨.

<sup>(</sup>٢) د. طعيمة الجرف ، مصدر سابق ، ٣١٠.

<sup>(&</sup>lt;sup>3)</sup> د. قبس حسن عواد البدراني : المساواة القانونية في التكاليف المالية، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للعلوم الإنسانية ، المجلد ٢ ، ع ٥ ، س٤، ٩٠٠ ، ص٢١٦. ١٢٩.

<sup>(°)</sup> د. حيدر وهاب عبود العنزي، مبدأ المساواة أمام الضريبة دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والنظم الضريبية الوضعية، بحث منشور في مجلة الحقوق الصادرة عن كلية القانون بالجامعة المستنصرية، المجلد۲ ، ع٥ ، س٤، ٢٠٠٩، ص ٢٠١٩.

الذين يشغلون مراكز قانونية متماثلة لمعاملة قانونية واحدة دون تفرقة بينهم لأسباب تتعلق بأشخاصهم أو بذواتهم)).

فيما يؤكد باحث آخر<sup>(۱)</sup> أن مبدأ المساواة أمام الضرائب يدخل ضمنًا في المساواة أمام القانون مبرراً ذلك بوجود مبدأ القانونية الذي أشرك الضريبة في خصائص القاعدة القانونية من عمومية وتجريد ما جعل المساواة أمام القانون مساواة أمام الضريبة بل وحتى في غياب مبدأ القانونية فان مبدأ المساواة أمام التكاليف العامة والذي يعد مبدأ أساسيًا من مبادئ القانون العام.

ومن جانبنا نرى أن المساواة هي مبدأ دستوري مستقر في الضمير الإنساني يوجب عدم التفريق في الحقوق والواجبات بين الأشخاص ذوي المركز القانوني الواحد، أما المساواة الضريبية فهي عدم التفريق في فرض الضريبة والإعفاء منها وجبايتها بين المكلفين ذوي المركز القانوني الواحد.

وعليه فان تحديد مدى تحقق المساواة من عدمه في الشؤون الضريبية يعتمد على وحدة المركز القانوني، فكل مجموعة من المكلفين مهما قل عددها يمكن أن تفرض عليها الضريبة أو تعفى منها أو تجبى منها بطريقة معينة ما دامت في مركز قانوني واحد فذلك وحده الذي يضمن العدالة الضريبية، إذ لا نتفق مع البعض<sup>(٢)</sup> فيما يذهب إليه من أن المساواة تقاسبظروف المكلفين الأكثر عددًا وليس بالقلة منهم التي قد تكون ظروفها مختلفة ، ذلك أنه إذا كان مثل هذا الرأي يجعل المساواة تحقق العدل الضريبي فأنه يبتعد بها عن تحقيق العدالة الضريبية، بل ينتهي بنا إلى اهدارها ذلك أن المساواة من وسائل الوصول إلى العدالة الضريبية، بل ينتهي بنا إلى اهدارها ذلك أن المساواة من وسائل الوصول إلى العدالة الضريبية. (٣).

<sup>(1)</sup> رحيم حسين موسى، العدالة الضريبية، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق بجامعة صدام ، ٢٠٠٢، ص ٧٣. والمحتور حسين موسى، العدالة الضريبية، رسالت في العرف الدستوري ، شركة الإنعام للطباعة ، بغداد ، ١٩٩٩، ص ٧٤. حدلك ينظر د. سعد العلوش : دراسات في العرف الدستوري ، شركة الإنعام للطباعة ، بغداد ، ١٩٩٩، ص

<sup>(</sup>٢) د. حيدر العنزي ، مصدر سابق، ص ١٢٩.

<sup>(</sup>٣) للمزيد من التفصيل حول التفرقة بين العدل والعدالة الضربيبة ينظر د. احمد خلف حسين الدخيل: تجزئة القاعدة القانونية في التشريع الضربي العراقي، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق بجامعة الموصل، ٢٠١٠، ص٨٧.

المطلب الثاني: موقف الدساتير المقارنة من حق المساواة

إن إنعام النظر في دساتير الدول العربية ينتهي بنا إلى القول بأنها سلكت مسالك ثلاثة قيما يتعلق بمبدأالمساواة عمومًا والمساواة أمام الضرائب وكما يأتي :-

اولًا: - مجموعة من الدساتير تحدثت عن المساواة أمام القانون بين الأشخاص دون تفرقة بينهم بسبب الجنس أو المعتقد السياسي أو اللون أو الدين أو الرأي أو غيرها، ولم تشر هذه المجموعة إلى المساواة الضريبية اشارة صريحة ولا حتى التكاليف العامة الأخرى المالية منها وغير المالية ومنها الدستور الليبي (م٥) والدستور المغربي (م٥) والدستور الإماراتي (م٢٤) والدستور البحريني (م٠٥) والنظام الأساسي لسلطنة عمان (م١٢) (١٠٠).

على ان هذه الدساتير وان لم تنص صراحة على المساواة الضريبية فان هذه المساواة تدخل ضمنًا في المساواة أمام القانون إذا ما علمنا أن جميع هذه الدساتير نصت على مبدأ قانونية الضريبة هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن مبدأ المساواة أمام الضرائب من المبادئ العامة للقانون التي استخلصها القضاء العادي والإداري والضريبي في كثير من قراراته (٢)، إذًا فالمساواة الضريبية متطلبة في القوانين الضريبية الصادرة من هذه الدول وبعكسه ستكون هذه القوانين غير دستورية.

ثانيًا: – مجموعة من الدساتير أكدت على المساواة أمام القانون والفرائض والواجبات الأخرى، ومنها الدستور اللبناني ((V)) والدستور الجزائري ((V))، ولا شك في أن الحماية الدستورية لمبدأ المساواة في هذه الدساتير أقوى واظهر منها في دساتير المجموعة الأولى ذلك أن المساواة أمام الضريبة أو الأعباء المالية بشكل عام كانت صريحة ولم تكتف فيها هذه

(۲) د. حيدر العنزي، مصدر سابق، ص ١٣٠٠. ١٣١٠. كذلك ينظر: د. حسين خلاف: الأحكام العامة في قانون الضريبة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٦ ، ص٧٧. كذلك ينظر: د. ماجد راغب الحلو: القضاء الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية ، ٢٠٠٤ ، ص٣٥.

<sup>(1)</sup> وعلى ذات النهج سار المشروع الدستوري الفرنسي في المادة الأولى من دستور ١٩٥٨.

<sup>(</sup>٣) وعلى ذات النهج سار المشروع الدستوري الأمريكي عندما نص في الفقرة (٨) من المادة الأولى من دستور سنة الامراك المراكب والرسوم... مع مراعاة أن تكون جميع القوانين والرسوم والمكوس موحدة في جميع أنحاء الولايات المتحدة )).

الدساتير بإدخالها ضمنًا في المساواة أمام القانون وعليه ففي هذه المجموعة أيضًا يتوجب أن تكون القوانين الضريبية وإلا كانت قوانين غير دستورية.

ثالثا: – مجموعة من الدساتير أكدت على المساواة أمام القانون والمساواة أمام الضرائب ووجوب تحقيقها للعدالة الاجتماعية ومنها الدستور القطري (م $^{8}$   $^{8}$  ) والدستور والدستور الكويتي (م $^{8}$   $^{9}$  ) والدستور المصري (م $^{8}$  ) والدستور اليمني(م $^{8}$  ) والدستور الأردني (م $^{8}$  ) والدستور التونسي (م $^{8}$  ) والدستور السوري (م $^{8}$  )

ويبدو لنا ان أعلى مستويات الحماية لمبدأ المساواة هو ما ورد بدساتير هذه المجموعة، إذ أردفت المساواة أمام القانون والمساواة أمام الضرائب بما يحقق العدالة الاجتماعية، ذلك أن هذه العبارة تجعل المساواة أكثر دقة وحقيقية مما لو تركت دون استخدامها فالعدالة الاجتماعية لا تتحق إلا عندما يكون دين الضريبة متناسبًا مع مقدار الدخل الخاضع لها وهو أعلى صور المساواة بين المكلفين فهي مساواة في التضحية. (1) ويمكن القول أن عبارى العدالة الاجتماعية فيها من المرونة بحيث يمكن للقضاء الدستوري أن يدخل ضمنها ما يشاء من المفاهيم التي يمكن عن طريقها حماية المجتمع والنظام العام فيه بل ويمكن أيضًا الالتزام بتطبيق قواعد الضريبة الأخرى من يقين واقتصاد وملاءمة.

## المطلب الثالث: موقف الدستور العراقي من حق المساواة

لو تفحصنا نصوص دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ النافذ لسنة ٢٠٠٥ لوجدنا فيه الإشارة مرتين إلى مبدأ المساواة، الأولى في الديباجة إذ جاء فيها ((....نحن شعب العراق الناهض تواً من كبوته، ...، عقدنا العزم...، على احترام قواعد القانون ، وتحقيق العدل والمساواة....))، والثانية في المادة (١٤) التي نصت على أن العراقيين ((متساوون أمام القانون دون تمييز بسبب الجنس أو العرق أو القومية أو الأصل أو اللون أو الدين أو المذهب أو المعتقد أو الرأي أو الوضع الاقتصادي أو الاجتماعي )). وهو ما يعني للوهلة الأولى أن

-

<sup>(1)</sup> د. رمضان صديق محمد: الضرائب بين الفكر المالي والقضاء الدستوري، بلا مكان نشر، ١٩٩٧، ص ٣٨.٣٨.

الدستور العراقي من دساتير المجموعة الأولى ذلك أن المادة (١٤) أعلاه تطرقت إلى مبدأ المساواة أمام القانون ولم تتحدث عن المساواة أمام الأعباء العامة ومنها الضرائب ولم تذكر العدالة الاجتماعية بوصفها غاية للضرائب على العكس من دساتير المجموعة الثانية والثالثة، على أن ذكر المشروع لمفردة العدل ضمن ديباجته يثير الكثير من التساؤلات حول موقع هذا الدستور من التصنيف الثلاثي الذي اعتمدناه، فمع أن الرأي الراجح في الفقه الدستوري يذهب إلى التمييز بين نوعيين من الأحكام والقواعد التي تتضمنها مقدمات الدساتير الأولى هي الأحكام الوضعية المتمثلة بنصوص محددة تنتمي بمظهرها وجوهرها إلى قواعد القانون والثانية هي القواعد المنهجية أو التوجيهية المتمثلة بقواعد تصور روح الجماعة وضميرها وتعمل على تبيان أهداف النظام وأيديولوجيته التي يجب أن تسود الدولة ومن ثم فهي مبادئ غير محددة للنصوص وغير قابلة للتطبيق المباشر ومع ذلك فوجودها يلزم المشروع العادي بعدم مخالفتها فيما يصدره من تشريعات وإلا كانت تلك التشريعات غير دستورية (١٠).

غير أن الإشكالية تبقى قائمة خاصة باستخدام المشروع الدستوري لمفردة العدل وليس العدالة فمع ان كل من العدل والعدالة يقوم على مبدأ المساواة، إلا ان المساواة التي تعتمدها فكرة العدل هي مساواة مجردة تقوم على الغالب من ظروف المخاطبين بالقاعدة القانونية دون الالتفات إلى ظروفهم المخاصة واختلافهم في الجزئيات الدقيقة، أما المساواة التي تعتمدها فكرة العدالة فهي مساواة واقعية تركز على التماثل في الأحكام القانونية المنطبقة على الحالات المتماثلة في شروطها أو الأشخاص ذوي الظروف الشخصية المتماثلة، ففكرة العدالة تنطوي على معنى الإنصاف الذي يعني بوضع الحلول لكل حالة على حدة أو الحالات المتماثلة مراعيًا البواعث الخاصة وآخذًا بنظر الاعتبار دقائق الظروف وجزئيات المسائل (۲).

نعم إن اعتماد المشروع الدستوري العراقي لفكرة العدل والمساواة المجردة وإغفالة لفكرة العدالة يعززه ما ورد في عجز المادة (١٤) من الدستور التي منعت التمييز بين العراقيين بسبب الوضع الاقتصادي والاجتماعي في الوقت الذي تقوم الضرائب فيه اليوم على تحقيق أهداف مختلفة لا تقل عن الهدف المالى بل تتجاوزه ، لتحقيق أهداف اقتصادية واجتماعية بل

(1) ينظر في تفصيل الخلاف الفقهي حول القيمة القانونية لمقدمات الدساتير د. إحسان المفرجي وآخرون، مصدر سابق، ص ٢٤١.

<sup>(</sup>٢) عبد الباقي البكري وزهير البشير: المدخل لدراسة القانون، بيت الحكمة، بغداد، بلا سنة نشر، ص ١٤.

وحتى سياسية نتيجة لكون الضريبة من أهم أدوات السياسة المالية والاقتصادية (۱)، فكيف يمكن تحقيق هذه الأهداف ما لم يتم التمييز في المعاملة بين المكلفين على أساس الوضع الاقتصادي والاجتماعي فهناك الكثير من الإعفاءات الضريبية قد حددت على أساس اختلاف المقدرة التكليفية للمكلفين ؟ ومن ثم حسب الوضع الاقتصادي لكل منهم ، ولا يشفع في ذلك تخصيص البند ثانيًا من المادة (۲۸) من الدستور لعمومية المادة (۱٤) بنصه على انه (( يعفى أصحاب الدخول المنخفضة من الضرائب....)) ذلك أن هذا التخصص يجيز التمييز بسبب الوضع الاقتصادي ولكن ما الحل في حالة رغبة المشروع في تحقيق أهداف اجتماعية من خلال منح إعفاءات اجتماعية من الضرائب؟ وهو ما ينتهي بنا إلى التأكيد على أن المشروع الدستوري العراقي من دساتير المجموعة الأولى.

المبحث الثالث: حق الملكية

يعد حق الملكية من الحقوق التي اولاها العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لعام 1977 اهتمامًا كبيراً ( $^{7}$ ). وتفترض الملكية وجود شخص طبيعي أو معنوي عام أو خاص تستند إليه سلطات أو مكنات بعينها في مواجهة شيء معين ( $^{7}$ )، وبالنظر للأهمية الكبرى التي أولتها الدساتير للملكية بشكل عام والملكية الخاصة بشكل خاص ونتيجة لما أثارته الشرائع الإلهية وإعلانات حقوق الإنسان، ناهيك عما قررته الثورات الشعبية من تكرى للحماية الدستورية لها ( $^{4}$ )، وللعلاقة المباشرة للضرائب بحق الملكية الخاصة كان لابد لنا

(۱) ينظر في تفصيل أهداف الضريبة د. عبد الحفيظ عبد الله عيد: المالية العامة، دار التعاون للطباعة، بلا مكان لنشر، (الله عنظر: هشام محمد صفوت العمري: اقتصاديات المالية العامة والسياسة

المالية، مطبعة عصام، بغداد، ١٩٨٦ ، ص٨١ – ٩٥ .

<sup>-</sup> James Kirkbride and Abimbola A.Olowofoyeku , The Law Theory of Income Tax , Liverpool , Acadimic Press , 2002 , p.28 .

<sup>(</sup>٢) د. الشافعي محمد بشير : قانون حقوق الإنسان ، ط٦ ، منقحة ومزيدة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٩، ص٢٣٧.

<sup>(</sup>٣) د. مصطفى الكمال: نظام الملكية، منشأة المعارف، الإسكندرية، بلا سنة نشر، ص ٢٩.

<sup>(°)</sup> د. خالد رشيد الدليمي ، نزع الملكية للنفع العام دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون بجامعة بغداد، ٢٠٠١، ص٦.

من البحث في مفهومها والقيود الواردة عليها وموقف الدساتير المقارنة والدستور العراقي منها وذلك في فروع ثلاثة وكما يأتي :-

المطلب الأول: مفهوم حق الملكية

يعرف حق الملكية بأنه حق عيني أصلي يمكن صاحبه من التصرف بالمال المملوك وثماره ونتاجه تصرفًا مطلقًا عينًا ومنفعة واستغلالًا (() ويجد هذا التعريف أساسه في المادة (() من القانون المدني العراقي التي عرفت حق الملكية بأنه ((الملك التام من شأنه أن يتصرف به المالك تصرفًا مطلقًا فيما يملكه عينًا ونفعة واستغلالًا فينتفع بالعين المملوكة وبغلتعا وثمارها ونتاجها ويتصرف في عينها بجميع التصرفات الجائزة))()().

ومن هذا التعريف يمكن القول أن لحق الملكية عدة عناصر هي الاستعمال والاستغلال والتصرف، ويعني الأول استخدام المالك للشيء جميع الاستخدامات التي تؤدي إلى الحصول على منافعه كزراعة الأرض وسكن الدار وقراءة الكتاب فيما يتجسد الثاني في كل الأعمال التي تؤدي إلى الحصول على منتجات الشيء وثماره كمحصول الأرض ومعادن المناجم أما الثالث فهو نوعان مادي وقانوني كهدم المنزل أو إتلافه وبيعه أو إيجاره (٣)

والجدير بالذكر أن حق الملكية يكتسب بعدة أسباب هي التصرف القانوني (البيع أو الهبة أو الالتصاق أو الواقعة التاريخية (الاستيلاء أو الوفاة أو الالتصاق أو الحيازة) واشتراك التصرف القانوني والواقعة القانونية (الشفعة )(1).

وسواء أكان حق الملكية واردًا على عقار أم منقولا فانه ينفرد عن الحقوق العينية الأخرى بمجموعة من الخصائص هي الديمومة ما دام محله باقيًا وانه حق مانع كونه مقصورًا

(١) د. احمد خلف حسين الدخيل: المطابقة في التشريع الضريبي العراقي، بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي الأول لكلية القانون والسياسة بجامعة دهوك ٢٠١٠، ص٢٢.

<sup>(</sup>٢) تعرف المادة (٤٤٥) في القانون المدني الفرنسي الملكية بأنها (( الحق في الانتفاع والتصرف في الأشياء على النحو المطلق شرط أن لا يستعملها احد استعمالًا محرمًا بموجب القوانين والأنظمة )) ، فيما تعرفها المادة (٨٠٢) من القانون المدني المصري بقولها (( لمالك الشئ وحده في حدود القانون حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه )).

<sup>.</sup>  $^{(7)}$  ينظر في تفصيل عناصر الملكية عبد الباقي البكري وزهير البشير ، مصدر سابق ،  $^{(7)}$ 

<sup>(&</sup>lt;sup>3)</sup> ينظر في تفصيل أسباب كسب الملكية محمد طه البشر ود. غني حسون طه : الحقوق العينية ، ج 1 ، وزارة التعليم العالى والبحث العلمى ، بلا سنة نشر ، ص٧٥١ وما بعدها.

على المالك وانه حق جامع كونه يمنح صاحبه سلطات الاستعمال والاستغلال والتصرف فلا يقيده في ذلك إلا القانون(١).

## المطلب الثاني: القيود الواردة على حق الملكية

إذا ما تركنا جانبًا الملكية العامة وحصرنا حديثنا بالملكية الخاصة لوجدنا أنها مقيدة بمجموعة من القيود هي:

أولًا : – نزع الملكية للمنفعة العامة: – أورد الفقه مجموعة من التعريفات لنزع الملكية منها أنه ((حرمان مالك العقار من ملكه جبرًا للمنفعة العامة نظير تعويضه عما يناله من ضرر)) $^{(7)}$ , كما يعرف بأنه ((نزع الملكية الخاصة جبرًا من مالكها لتحل محلها ملكية عامة تحقيقًا للنفع العام)) $^{(7)}$ , وعرف ايضًا بأنه ((حق الإدارة في نقل ملكية العقارات المملوكة لأشخاص القانون الخاص أو الحقوق العينية الأصلية، من الملكية الخاصة إلى الملكية العامة جبرًا، تحقيقًا للنفع العام ومقابل تعويض عادل يدفع لصاحب العقار أو الحق العيني الأصلي مسبقًا، وعلى وفق إجراءات خاصة ينظمها القانون) $^{(3)}$ .

أما في القضاء فقد عرفت محكمة تمييز العراق الاستملاك بأنه ((نزع ملكية العقار والحقوق العينية الأصلية المتعلقة به لنفع عام ولقاء تعويض عادل يعين بموجب القانون)) (°).

أما تشريعًا فان قانون الاستملاك العراقي رقم ١٢ لسنة ١٩٨١ النافذ وضع شروطًا لنزع الملكية، على رأسها أن يكون مقابل تعويض عادل<sup>(٦)</sup> إلا انه ترك مسألة التعريف للفقه والقضاء، على العكس من قوانين الاستملاك السابقة التي كانت قد تضمنت تعريفات له. كما

<sup>(</sup>۱) ينظر في تفصيل ذلك د. فوزي حسين سلمان الجبوري: حق الملكية إزاء اتجاهات الدولة في التأميم والتخصيصية، أطروحة دكتورا مقدمة إلى كلية الحقوق بجامعة صدام ، ٢٠٠١ ، ص٩٠٦. كذلك ينظر: د. احمد كامل موسى: شرح القانون المدني الجديد ، الحقوق العينية الأصلية ، ط١، المطبعة العالمية، القاهرة ، بلا سنة نشر ، ص٣٦٦ وما بعدها.

<sup>(</sup>٢) د. سليمان الطماوي: الوجيز في القانون الإداري، مطبعة جامعة عين شمس، القاهرة ، ١٩٨٩ ، ص٩٩٩.

<sup>&</sup>lt;sup>(٣)</sup> د. مصطفى مجيد: شرح قانون الاستملاك رقم ١٢ لسنة ١٩٨١، دار الحرية للطباعة ، بغداد ، ١٩٨١، ص١٠.

<sup>(&</sup>lt;sup>4)</sup> د. خالد رشید الدلیمی ، مصدر سابق ، ص۱۷ .

<sup>(°)</sup> قرار المحكمة رقم ۴٤٤/ حقوقية ثانية عقار /٩٧١ في ١٩٧١/٢/٢٣ مذكور لدى د. خالد رشيد الدليمي، مصدر سابق ، ص١١.

<sup>(</sup>٦) تنظر المادة الأولى من قانون الاستملاك العراقي رقم ١٢ لسنة ١٩٨١.

تطلبت جميع التشريعات الخاصة بنزع الملكية في العراق مجموعة من الشروط والإجراءات الإدارية والقضائية، منها انه يجب أن يكون المال المملوك عقارًا أو أي حق عيني آخر على العقار، وان يكون نزع الملكية لأغراض تحقيق النفع العام وان تباشر الإدارة مجموعة من الإجراءات ومنها الطلب للقضاء إصدار حكم بنزع الملكية وان يكون ذلك مقابل تعويض عادل تحدده لجنة تشكل لهذا الغرض (١).

ثانيًا: – المصادرة: – لا شك في أن حرص الإنسان على ماله يأتي في المرتبة الثانية بعد حرصه على نفسه كون المال من زينة الحياة الدنيا ووسيلة العيش ورفاهيته ولهذا فان حرمان الشخص من ماله من اشد الالآم التي يمكن أن تصيبه بعد الحرمان من الحياة أو الشرف أو سلامة الجسد(٢).

لذا فقد استخدمت التشريعات الجنائية عددا العقوبات المالية كالغرامة والمصادرة، وإذا تركنا جانبًا الغرامة كونها لا تتعلق بمال معين من أموال المحكوم عليه وركزنا حديثنا على المصادرة لوجدنا انها عقوبة تكميلية تتضمن الاستيلاء على مال المحكوم عليه وانتقال ملكيته إلى الدولة دون أي تعويض، وهي نوعان الأولى عامة تتضمن تجريد المحكوم عليه من جميع أملاكه أو نسبة معينة منها كالثمن أو الربع أو النصف وهي من أقسى العقوبات المالية، ولكنها أصبحت في ذمة التاريخ إذ حظرتها اغلب الدساتير، والثانية خاصة تنصب على مال معين سواء أكان متحصلاً من جريمة كالفائدة التي حصل عليها الموظف المرتشي أم مستخدما في ارتكاب الجريمة كالأسلحة والالآت المستعملة في القتل أم كان من شأنه استعمالها في جريمة كالأشياء التي أعدها الجاني لاستخدامها في جريمة فشرع فيها وتوقفت عند ذلك الشروع (٣)، ومن شروط الحكم بالمصادرة أن يكون هناك متهم يحكم عليه بعقوبة أصلية في جناية أو جنحة ولا يجوز فرضها في المخالفات إلا بناء على وجود نص قانوني صريح، وان تكون الاشياء محل المصادرة قد يجوز فرضها في المخالفات إلا بناء على وجود نص قانوني صريح، وان تكون الاشياء محل المصادرة الخير بعقوق الغير يحصلت من أو كان من شأنها أن تستعمل في ارتكابها، وان لا تؤدي المصادرة إلى الإخلال بحقوق الغير تحصلت من أو كان من شأنها أن تستعمل في ارتكابها، وان لا تؤدي المصادرة إلى الإخلال بحقوق الغير

.  $^{(1)}$  ينظر في تفصيل ذلك د. خالد رشيد الدليمي ، مصدر سابق ،  $^{(1)}$ 

<sup>(&</sup>lt;sup>۲)</sup> د. توفيق الشاوي، العقوبات الجنائية في التشريعات العربية، مطابع دار الكتاب العربي، القاهرة ، ١٩٥٩ ، ص٤٥.

<sup>(</sup>٣) ينظر في تفصيل ذلك د. على حسين الخلف و د. سلطان عبد القادر الشاوي: المبادئ العامة في قانون العقوبات، مطابع الرسالة، الكويت، ١٩٨٢، ص٢٣٨.

حسن النية. وفضلًا عن المصادرة عقوبة مالية فان هناك المصادرة بوصفها تدبيرا احتزازيا إذ اوجب المشروع أن يصدر حكمًا بمصادرة الأشياء المضبوطة التي يعد صنعها أو إحرازها أو استعمالها أو بيعها أو عرضها للبيع جريمة في ذاته حتى وان ام تكن مملوكة للمتهم ولا يشترط في الحكم بهذا التدبير أن يحكم على المتهم بعقوبة ولا أن تكون الأشياء المضبوطة مملوكة للمتهم (1).

ثالثا: – التأميم: – على الرغم من كثرة الكتابات والشروحات الفقهية للتأميم وشروطه ومضامينه وأحكامه والقرارات الصادرة عن السلطات التي خولت تنفيذه فأن الاختلاف على إيراد تعريف جامع مانع له ما زال قائمًا وذلك بسبب اختلاف الاتجاهات التي سلكها الفقه في تعريفه بين المذهب الاشتراكي إذ يمثل فيه العنصر الجوهري والأساسي في التنظيم الاجتماعي والسياسي للدولة، والمذهب الفردي الذي يذهب الرأي الراجح فيه إلى انه ه يعد استثناء على الأصل وهو الحرية الاقتصادية والملكية الفردية المؤدية المردية المولكية الفردية المردية المردية

وقد عرف البعض<sup>(۳)</sup> التأميم بأنه تحويل مشروع خاص على قدر من الأهمية إلى مشروع عام يدار بطريقة المؤسسة العامة أو في شكل شركة تملك الدولة كامل أسهمها، فيما عرفه البعض الآخر<sup>(1)</sup> بأنه استيلاء الدولة على ملكية المنشآت التي يملكها الإفراد أو الشركات ولتحل بذلك الملكية العامة محل الملكية الخاصة في مقابل تعويض عن الأموال التي حصل الاستيلاء عليها.

والجدير بالذكر أن التأميم يختلف عن نزع الملكية كونه يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة العليا للأمة وانه يشمل المشروع أو المشروعات المؤممة بأكملها بما فيها من موجودات مادية ومعنوية وانه عمل من أعمال السيادة التى تخرج عن رقابة القضاء العادي والإداري وانه يكون بقانون

\_

<sup>(1)</sup> للمزيد من التفصيل ينظر د. احمد فتحي سرور: الوسيط في قانون العقوبات، ج١، القسم العام، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب العربي، القاهرة ، ١٩٨١ ، ص٧٧١.٧٦٨.

<sup>(</sup>۲) د. فوزي حسين سلمان الجبوري، مصدر سابق، ص٥٥. ٢٦.

<sup>(</sup>٣) د. سليمان الطماوي: مبادئ القانون الإداري، الكتاب الثاني، ط ١٠٠ ، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٩، ص١٢٧.

<sup>(°)</sup> د. فتحي عبد الصبور، الآثار القانونية للتأميم والحراسة الإدارية على الأموال ، ط٢ ، عالم الكتب، القاهرة، ١٩٦٧ ، ص٢١ .

وليس بإجراء إداري أو بحكم قضائي، ولكن التأميم يشبه نزع الملكية في كونه يجري في مقابل تعويض عادل<sup>(١)</sup>.

رابعًا: - تقييد سلطة المالك بالتصرف بالمال المملوك : - إلى جانب القيود الثلاثة السابقة يمكن للادارة الحكومية ان تقيد سلطة المالك بالتصرف في المال المملوك لتحقيق اهداف مختلفة سياسية أو قضائية أو امنية او غيرها بذريعة التنظيم.

وبعد يبقى لنا أن نتساءل هل تعد الضريبة قيدًا على الملكية الخاصة ؟ اختلف الفقه في الإجابة عن هذا السؤال إذ ذهب البعض منهم  $^{(7)}$  إلى أن الضريبة احدى أهم القيود الواردة على الملكية الخاصة (أو كما يسميها الفردية) ويبرر ذلك في إطار بحثه عن أساس فرض الضرائب في الإسلام فعلى حين أباح الإسلام الملكية الفردية وحفظها من كل عدوان إذ قال تعالى ((ولا تنس نصيبك من الدنيا وأحسن كما أحسن إليك)) (القصص  $^{(7)}$ )، فانه لم يجعلها خالية من القيود إذ أن ذلك سيزيد من طغيانها قال تعالى ((كلا إن الإنسان ليطغى أن رآه استغنى)) (العلق  $^{(7)}$ 0)، ذلك أن المال مال الله والدليل قوله سبحانه وتعالى ((لله ملك السماوات والأرض)) (الشورى  $^{(7)}$ 1) ولما كان الملك في الأرض لله فقد استخلف فيها بني البشر ومنحها لعباده منة منه وفضلاً، ومن ثم فان ملكية الأفراد لهذه الأموال هي ملكية مقيدة البشر ومنحها لعباده منة منه وفضلاً، ومن ثم فان ملكية الأواد لهذه الأموال هي ملكية مقيدة مستخلفين فيه)) ( الحديد $^{(7)}$ 1) فحق الجباية في مال الفرد ثابت بعدة آيات كقوله تعالى ((والذين في مستخلفين فيه)) ( الحديد $^{(7)}$ 1) فحق الجباية في مال الفرد ثابت بعدة آيات كقوله تعالى ((والذين في أموالهم حق معلوم للسائل والمحروم)) (المعارج  $^{(7)}$ 2) وقوله تعالى ((وآتوا حقه يوم حصاده)) (الانعام حق معلوم للسائل والمحروم)) (المعارج  $^{(7)}$ 3) وقوله تعالى ((وآتوا حقه يوم حصاده)) (الانعام حق ولي الأمر أن يضع النظام الضربي العادل عن طريق فرض الضرائب على الملكية الفردية.

على أن الرأي الراجح في الفقه<sup>(٣)</sup> يذهب إلى أن قيود الملكية تقف عندما ذكرناه من نزع ملكية ومصادرة وتأميم وتحديد سلطة التصرف دون أن تتجاوزها إلى الضرائب، ذلك أن هناك علاقة وثيقة بين دين الضريبة ووعائها ومع أن وعاء الضريبة في الماضي كان يتحدد

\_

<sup>(</sup>١) د. فوزي الجبوري: حق الملكية إزاء اتجاهات الدولة في التأميم والتخصيصية، مصدر سابق، ص٤٩.١٥.

<sup>(&</sup>lt;sup>۲)</sup> د. عبد العزيز العلى النعيم : الضرائب في الإسلام، دار الاتحاد العربي للطباعة، القاهرة ، ١٩٧٤ ، ص١٥٢. ١٥٤ .

<sup>(</sup>٣) إسماعيل العمري: الحق ونظرية التعسف في استعمال الحق، ط١، مطبعة الزهراء الحديثة، الموصل، ١٩٨٤، ص١٩٤.

بالأشخاص (الضرائب على الأشخاص)، إذ كانت الدولة تتخذ من شخص المكلف وعاءً لها إلا أن التطور في مجال حقوق الإنسان والتطور في أساس فرض الضرائب وتحوله من الأساس العقدي ونظريات المنفعة إلى أن يكون أساسه التضامن الاجتماعي المدعم بسيادة الدولة فرض أن يكون وعاء الضريبة من الأموال لا الأشخاص ( الضرائب على الأموال ) فبدأت الدولة تأخذ من مال المكلف وعاء لها، ولكنها لم تستقر على جزء من هذا المال، فهناك الضرائب التي تتخذ من الدخل وعاءً لها وعلى اساسه يتحدد، ولكن هناك ضرائب أخرى تتخذ من رأس المال وعاءً لها كالضرائب المباشرة التي تفرض على مجرد امتلاك رأس المال والضرائب غير المباشرة التي تفرض على تداوله، بل أن البعض من التشريعات تذهب أكثر من ذلك لتفرض الضويبة على الزيادة الصافية في رأس المال المنتج منه وغير المنتج وهو ما يسمى بالضريبة على صافى الثروة ، وإذا كان هدف المشروع من الضرائب المباشرة التي يمكن أن تفرض على رأس المال غير المستغل أو الضرائب على صافي الثروة التي تشمل رأس المال المستغل ورأس المال غير المستغل هو تقليل الفوارق الطبقية والحد من احتكار رأس المال فان ذلك يعد مساساً بحق الملكية الخاصة ويتعارض مع ما كفلته لها الدساتير من صيانة وضمانات، فالدخل هو المفضل كوعاء أساسي لفرض الضرائب، كونه من طبيعة متجددة وهو وحده المعبر عن المقدرة التكليفية للمكلف، ولا يمكن فرض الضريبة على رأس المال إلا بصورة استثنائية ومرة واحدة أو لمدة زمنية محدودة بحيث لا تؤدي إلى الذهاب بذلك الوعاء كلياً أو بجزء جسيم منه حسب رأي المحكمة الدستورية العليا في مصر (۱) .

ولا يسعنا هنا إلا أن ننضم إلى مؤيدي هذا الرأي ونضيف في تعزيزه القول بان حق الملكية الفردية يرد في الدساتير ضمن الحقوق والحريات الأساسية ويقرن التشريعات الدستورية النص عليها بالقيود الواردة عليها من نزع ملكية ومصادرة في ذات المادة المقررة لهذا الحق أو في المادة التالية لها، ولم يحدث أن وضع أي من هذه التشريعات الضريبة كقيد من القيود الواردة على الملكية الفردية في المادة التي أورد فيها هذا الحق أو في المادة التالية لها.

(۱) القضية رقم (٥) لسنة ١٠ ( قضائية دستورية ، جلسة ١٩٩٢/٦/١٩ ) والمنشور بعدد الجريدة الرسمية رقم (  $^{(1)}$  القضية رقم ( $^{(3)}$  التابع ) بتاريخ  $^{(1)}$  ١٩٩٢/٧/٨ ، مذكور لدى د. رمضان صديق محمد ، مصدر سابق ،  $^{(3)}$  .

لذا فان استخدام المشروع الضريبة على انها قيد دائم أو مؤثر تأثيرًا كبيرًا في رأس المال ولاسيما غير المستغل منه يعد مساساً بحق الملكية ويكون عرضة للإبطال بسبب عدم الدستورية.

المطلب الثالث: موقف الدساتير المقارنة والدستور العراقي من حق الملكية

بعد هذا العرض لمفهوم حق الملكية والقيود الواردة عليه لابد لنا أن نتعرف على موقف الدساتير المقارنة منه وذلك في نقطتين :-

أولًا: - موقف الدساتير المقارنة من حق الملكية: - إن المتتبع لدساتير الدول العربية يجدها تفرقت فيما يتعلق بحق الملكية بين مجموعات ثلاث هي: -

- ١- أقرت مجموعة من الدساتير أن الملكية الفردية مصونة ومنعت نزع ملكيتها الا بقانون او بناء عليه لأغراض النفع العام وفي مقابل تعويض، عادل معطية هذه الملكية وظيفة اجتماعية مانعة مصادرتها مصادرة عامة ومجيزة المصادرة الخاصة بحكم قضائي، ومنها الدستور البحريني (٩٥) والنظام الأساسي السعودي (٩٧ و ١٨) والدستور السوري (٩٤ و ١٥) والدستور القطري (٩٦ و ٢٧) والدستور الكويتي (٩٦ و ١٥) والدستور المكية المصري (٩٣ و ٣٤)، علماً أن هذا الأخير انفرد بحكم خاص هو تقرير أن الملكية الخاصة تتمثل في رأس المال غير المستغل.
- ٧- أقرت اخرى من الدساتير صيانة الملكية الخاصة أو كفالتها ولم تجز نزع ملكيتها إلا لأغراض المنفعة العامة بقانون أو بناء عليه وفي مقابل تعويض عادل، دون إشارة إلى الوظيفة الاجتماعية لهذه الملكية، ونها النظام الأساسي العماني (٩١٥) والدستور اليمني (٩٧/ج) وقد سلك المشروع الدستوري الأمريكي في التعديل الخامس لسنة (١٧٩١) ذات المسلك.
- ٣- أقرت دساتير أخرى كفالة حق الملكية الخاصة وعدم جواز نزع ملكيتها إلا بقانون أو وفقًا للقانون دون أن تشير إلى نزع الملكية يجب ان يكون لأغراض النفع العام ولا حتى لوجوب أن يكون ذلك في مقابل تعويض عادل، ومنها الدستور المغربي (٩٥٠) والدستور الليبي (٩٨).

فيما انفرد الدستور التونسي في المادة (١٤) منه بان قرر كفالة الملكية الخاصة وأنها تمارس وفقاً للقانون دون أية إشارة إلى إمكانية نزع الملكية ولا للتعويض، والدستور الجزائري الذي اقر في مادته (٥٢) أن الملكية الخاصة مصونة دون إشارة إلى ممارستها وفق القانون ولا إلى نزع الملكية والتعويض.

ويبدو لنا أن دساتير المجموعة الثانية تمثل أعلى مستويات الحماية القانونية للملكية الخاصة إذ أن وصف الملكية بالوظيفة الاجتماعية الواردة في دساتير المجموعة الأولى يمكن السلطة التشريعية من تبرير تقييد الملكية عن طريق الضرائب.

ثانيًا: – موقف الدستور العراقي من حق الملكية: – خصص المشرع الدستوري العراقي المادة (100) من دستور (100) النافذ للملكية الخاصة وقيودها إذ نصت على ما يأتي ((100) الملكية الخاصة مصونة، ويحق للمالك الانتفاع بها واستغلالها والتصرف بها في حدود القانون. ثانيًا: – لا يجوز نزع الملكية إلا لأغراض المنفعة العامة مقابل تعويض عادل، وينظم ذلك بقانون. ثالثًا: – أ للعراقي الحق في التملك في أي مكان في العراق، ولا يجوز لغيره تملك غير المنقول، إلا ما استثنى بقانون. ب – يحظر التملك لأغراض التغيير السكاني)).

وقد نصت المادة (٤٦) منه على أنه ((لا يمكن تقييد ممارسة أي من الحقوق والحريات الواردة في هذا الدستور أو تحديدها إلا بقانون أو بناء عليه، على أن لا يمس ذلك التحديد والتقييد جوهر الحق أو الحرية)).

ومن هذين النصين يمكننا استخلاص ما يأتي:-

١- إن الدستور العراقي من دساتير المجموعة الثانية حسب التصنيف الذي اعتمدناه.

٢- عاد موقف المشروع الدستوري العراقي ليوافق موقف القانون المدني العراقي بعد أن كان دستور ١٩٧٠ قد خالف موقف القانون المدني، بعده للملكية وظيفة اجتماعية كونه يسير في النهج الاشتراكي، أما اليوم فقد وضع العراق أولى خطواته باتجاه الرأسمالية

واعتماد المذهب الفردي فكان لابد أن يبتعد عن كل مظاهر الاشتراكية لاسيما تلك المتعلقة بالملكية (١).

- ٣- مع ان المشروع الدستوري العراقي لم يمنح للملكية وظيفة اجتماعية إلا أن ذلك لا يعني بالضرورة أنها حق مطلق وإنما يجب أن تمارس بما يتفق والقانون، والأكثر من ذلك فإن المادة (٤٦) أعلاه قد أجازت وضع قيود على الملكية فضلا عن نزع الملكية المنصوص عليها في المادة (٣٣) ولكنها اشترطت أن يكون ذلك بقانون صادر عن السلطة التشريعية بقيد مباشرة هذا الحق أو بصورة غير مباشرة عن طريق تخويل الإدارة لإصدار أنظمة وتعليمات ، تقيد هذا الحق على أن تلتزم الإدارة بحدود ذلك التخويل، وفي جميع الأحوال أي سواء كان تقييد حق الملكية بقانون أم بناء على قانون فيجب أن لا يمس ذلك الجوهر ذي الأهمية الكبيرة وإلا كان غير دستوري.
- ٤- إن تطلب البند ( أولًا ) من المادة (٢٨) من الدستور في فرض الضرائب وتعديلها وجبايتها والإعفاء منها أن يكون ذلك بقانون يقيد الجواز الذي تبنته المادة (٤٦) في تقييد الحقوق والحريات بقانون أو بناءً على قانون، إذ يلغى أي دور للسلطة التنفيذية في تقييد حق الملكية عن طريق فرض الضرائب ولا يبقى الاحق السلطة التشريعية في هذا التقييد.
- ٥- مع أن اعتماد نصوص المواد (٣٣ و٢٨ و٤٦) ينتهي بنا إلى الإقرار بصلاحية السلطة التشريعية في تقييد الملكية الفردية عن طريق فرض الضرائب شرط أن يكون ذلك مرة واحدة ولمدة محدودة عملاً بشرط عدم المساس بجوهر الحق الوارد في عجز المادة (٤٦) أعلاه، وإلا فان فرضها لاكثر من مرة ولمدة غير محدودة يجعل ذلك التقييد يمس جوهر حق الملكية، وكنا نفضل لو منع المشروع الدستوري العراقي صراحة وبشكل نهائي تقييد حق الملكية باستخدام فرض الضرائب.

المبحث الرابع: حق التقاضي

<sup>(1)</sup> تنص المادة (17) من دستور العراق لسنة 19۷۰ على أن (( أ - الملكية وظيفة اجتماعية تمارس في حدود أهداف المجتمع ومناهج الدولة ، وفقًا لأحكام القانون )).

أولت المواثيق الدولية ومنها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة عام 195 اهتمامًا بحق التقاضي عندما قرر أن لكل شخص حق اللجوء إلى المحاكم الوطنية المختصة لإنصافه من أية أعمال تنتهك الحقوق الأساسية الممنوحة له دستورياً أو قانونياً (۱)، وكذلك عندما قرر الحق لكل إنسان في أن تنظر قضيته محكمة محايدة ومستقلة فيما يتعلق بحقوقه والتزاماته المدنية أو التهم الجنائية الموجهة إليه ( $^{(1)}$ )، وهو ما عززه العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لعام  $^{(1)}$  الذي أكد من جهته على المساواة أمام القضاء في الدعاوي المدنية منها والجنائية ( $^{(1)}$ ). وبالنظر لأهمية هذا الحق وعلاقته الوثقى بالشؤون الضريبية سنقسم الدعاوي المدنية منها والجنائية (العصل الأول لمفهوم حق التقاضي والثاني لتنظيمه والثالث لموقف الدستور العراقي منه.

## المطلب الأول: مفهوم حق التقاضي

أورد الفقه مجموعة كبيرة من التعريفات لحق التقاضي ركز البعض منها على مضمون الحق فيما ركز البعض الآخر على السلطة التي تطبقه وركز البعض الآخر على كونه حقاً من حقوق الإنسان، ومن هذه التعاريف تعريفه بأنه ((حق يتيح لكل فرد وقع اعتداء على حق من حقوقه أن يلجأ إلى القضاء لرد ذلك الاعتداء والانتصاف لنفسه ممن ظلمه وسلبه حقه)) (أ)، وعرف أيضاً بأنه ((حق الأفراد باللجوء إلى القضاء فيما يدعونه من حقوق)) (((()))، وعرف أيضاً بأنه ((حق الشخص باللجوء إلى القضاء طالباً الحماية لحق أو مصلحة أو مركز قانوني وطالباً رد الاعتداء عنه، أو استرداده إذا سلب منه)) (((()))).

<sup>(1)</sup> تنظر م (٨) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام ١٩٤٨.

<sup>(</sup>٢٠) تنظر م (١٠) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام ١٩٤٨.

<sup>. 1977</sup> من العهد الدولي بالحقوق المدنية والسياسية لعام  $^{(7)}$ 

<sup>(\*)</sup> د. عبد الغني بسيوني عبد الله: مبدأ المساواة أمام القضاء وكفالة حق التقاضي، ط٢ ، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٤، ص٣١.

<sup>&</sup>lt;sup>(٢)</sup> د. سعدون ناجي القشطيني: شرح أحكام المرافعات، ج١ ، ط٢ ، مطبعة المعارف ، بغداد ، ١٩٧٦ ، ص ١٠٢ .

ويبتعد البعض في حديثه عن حق التقاضي عن إيراد تعريف له ويركز على أهميته ليؤكد عدم كفاية تقرير الحقوق والحريات والسماح بممارستها والتمتع بها ما لم يتح من الوسائل مما يسمح لأصحاب هذه الحقوق رد العدوان الواقع عليها، ومن أهم هذه الوسائل هي الدعوى كونها الوسيلة القانونية التي يتجسد فيها حق التقاضي وعليه فحق التقاضي بمثابة الحامي أو الحارس لكل الحقوق والحريات الأخرى ومن دونه يصبح إدراجها في الوثائق الدستورية ضرباً من ضروب العبث (١).

ويبدو لنا أن حق التقاضي يتضمن عناصر ثلاثة الأول هو حق الالتجاء إلى القضاء ابتداءً والثاني حق الدفاع والثالث حق الطعن ومن ثم فان أي تعريف جامع مانع لحق التقاضي يجب أن يحوي جميع هذه العناصر ذلك أن كل واحد منها يكمل الآخر.

من العرض أعلاه نستطيع القول بأن لحق التقاضي مجموعة من الخصائص، أهمها انه من حقوق الإنسان، وانه حق دستوري طبيعي ثابت يتسم بالعمومية والشمول ويرتبط بالنظام العام، إذ لا يجوز النزول عنه أو الأتفاق على مخالفته (٢).

## المطلب الثاني: تنظيم حق التقاضي

إذا كان قسم من الدساتير قد أجازت تقييد بعض الحقوق والحريات بما لا يؤدي إلى المساس بجوهر الحق أو الحرية فان هناك شبه إجماع على عدم جواز تقييد حق التقاضي بقدر ما يجوز تنظيم هذا الحق كما سنلاحظ في الفرعين التاليين، ولا شك في أن التنظيم غير التقييد فالأول هو وضع الآليات وتحديد الإجراءات التي يمكن بواسطتها ممارسة هذا الحق ابتداءً من وسيلة ممارسة وهي الدعوى مروراً بضمانات الدفاع واستمراراً بتطلب التظلم الإداري وتحديد مدد الطعن وظروفها وانتهاءً بوضع إجراءات إصدار الأحكام القضائية وحجبتها.

وبقدر تعلق الأمر بالشؤون الضريبية نجد أن التشريعات الضريبية وتشريعات المرافعات المدنية وأصول المحاكمات الجزائية تضع شروطاً لرفع الدعوى كأن تكون بشكل تحريري وان

(٢) ينظر في تفصيل هذه الخصائص عبد الله على محمد عبد الله النعيمي: حق الإنسان في التقاضي في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون بجامعة تكريت، ٢٠١٠ ، ص٥٥٨.

<sup>(1)</sup> ينظر في تفصيل ذلك د. غازي فيصل مهدي: تعليقات ومقالات في نطاق القانون العام، التعسف في استعمال حق التقاضى، بلا مكان ولا سنة نشر ، ص ١٤١٠.

تقدم من ذي مصلحة أو من يمثله قانوناً أو اتفاقاً وان تقدم من ذي الخصومة الذي يجب أن يكون أهلا لمباشرة الدعوى فضلا عن تطلب دفع رسوم معينة (١٠).

وكذا الحال مع حق الدفاع إذ حرصت الدساتير على كفالة حق الدفاع أمام اللجان الإدارية ذوات الاختصاص القضائي وأمام القضاء على حد سواء، ومن مضامين هذا الحق إحاطة المكلف علماً بمضمون الإجراءات المتخذة ضده وتمكينه من إعطاء وجهة نظره بصورة تحريرية أو شفوية ومنحه مدة معينة لإبداء دفاعه واستشارة الخبراء في هذا الخصوص وإعلامه بأسباب القرار وبحقه في الطعن أمام القضاء (٢).

وفي طرق الطعن عادة ما تتطلب التشريعات أن يسبق الطعن أمام القضاء تظلم إداري وهذا الأخير مرحلة من مراحل الطعن يباشرها المكلف أمام الإدارة الضريبية التي أصدرت القرار المطعون فيه ويتحدد بمجموعة القواعد القانونية المنظمة للمنازعة الضريبية في مرحلتها الإدارية أمام السلطة المالية والمتعلقة بقبول التظلم وميعاد تقديمه وإجراءاته ونظره والفصل فيه، والتظلم الإداري أو كما يسمى في شؤون الضرائب بالتظلم الضريبي، يعد مرحلة أساسية وهامة تسمح للإدارة بإعادة النظر بأعمالها القانونية وتجنيب القضاء الكثير من الزحم في القضايا المطروحة أمامه، علماً أن هذا التظلم عادة ما يتوقف عليه وجود المرحلة التالية وهي مرحلة الطعن أمام القضاء "أ، وهذه الأخيرة هي المرحلة التي تشمل حق المكلف باللجوء إلى القضاء إذا لم يفلح تظلمه الضريبي أمام السلطة المالية في إنصافه وإعادة حقوقه المسلوبة وهي قمة الضمانات

(۱) د. صلاح الدين عبد الطيف الناهي: النظرية العامة في الدعوى في المرافعات والأصول المدنية، ط1 ، دار الجيل، بيروت، دار عمار، عمان ، ١٩٨٨ ، ص ص١١٨٠ . كذلك ينظر: ذنون يونس المحمدي، المسؤولية المدنية الناجمة عن زرع الألغام ، ط1، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، ٣٠٠٣ ، ص٢٧٤. ٢٧٥. كذلك ينظر: جمال مولود ذيبان، ضوابط صحة وعدالة الحكم القضائي في الدعوى المدنية، دار الشؤون القضائية العامة، بغداد، مو ص٢٠٤. ٥٠.

<sup>(</sup>٢) د. محمد عبد اللطيف، الضمانات الدستورية في المجال الضريبي دراسة مقارنة بين مصر والكويت وفرنسا، ط1 ، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، ١٩٩٩، ص ص ٢٤٣.

<sup>(</sup>٣) محمد إبراهيم خيري الوكيل، النظام الإداري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، بلا سنة نشر ، ص٢١٧.

التي يمكن أن يحص عليها المكلف بصرف النظر عن عدد طرق الطعن القضائية هذه ونوعها وسواء أكانت أمام القضاء العادي أم الإداري أم الضريبي ومهما تكن دد الطعن وإجراءاتها(١).

نعم هذه الآليات والإجراءات الخاصة بشكل الدعوى ورسومها وأساليب الدفاع والتظلم الضريبي وتحديد طرق الطعن القضائية لا تعدو أن تكون تنظيماً لحق التقاضي ولا تمثل أي تقييد لهذا الحق، أما منع المكلف أو أي صاحب شأن من مراجعة القضاء أو من حق الدفاع أمامه لإنصافه من تجاوزات السلطة المالية فيجسد اظهر أنواع التقييد التي تمس جوهر حق التقاضي، إذ لا يكفي منح المكلف حق التظلم الضريبي أمام السلطة المالية أو الهيئات الإدارية ذوات الاختصاص القضائي لتحل محل القضاء في هذا الشأن إذ إن ذلك يجعل القوانين التي تقرها مشوبة بعدم الدستورية.

المطلب الثالث: موقف الدساتير المقارنة من حق التقاضي

لو تفحصنا الدساتير العربية لوجدنا أنها تنقسم فيما يتعلق بحق التقاضي على أربع مجاميع: -

أولًا: - نصت بعض الدساتير صراحة على حق التقاضي وحظرت تحصين أي عمل أو قرار من رقابة القضاء كما في الدستور المصري (٦٨٨).

ثانيًا: -نصت مجموعة من الدساتير صراحة على كفالة حق التقاضي وعلى أن ينظم القانون الإجراءات اللازمة لممارسته دون أن تنص صراحة على حظر تحصين أي عمل أو قرار من رقابة القضاء ومنها الدستور البحريني (م٠٧) والنظام الأساسي السعودي (م٧٤) والدستور السوري (م١٦٦) والنظام الأساسي العماني (م٥٧) واالدستور القطري (م٥٣) والدستور الكويتي (م١٦٦).

ثالثاً: - لم تشر مجموعة من الدساتير صراحة إلى حق التقاضي بل إشارت إلى مضمونه بان لكل شخص مراجعة القضاء لحماية حقوقه وحرياته ، ومنها الدستور الاماراتي (م 1 ٤) والدستور

(۱) الجدير بالذكر أن هناك من الدول من تجعل شؤون الضرائب من اختصاص القضاء العادي والبعض يجعلها من اختصاص القضاء الإداري والبعض الآخر يجعلها من اختصاص قضاء ضريبي متخصص، ينظر احمد خلف حسين الدخيل: طرق الطعن في تقدير دخل المكلف بضريبة الدخل في العراق دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون بجامعة الموصل، ١٩٩٧، ص ص ٣\_٥.

-

الجزائري (م • ٤ • ) والدستور الليبي (م • %) والدستور اليمني (م • %)، وهو ذات نهج الدستور الامريكي (م%/0) والدستور الفرنسي (م %).

رابعًا: – خلت مجموعة من الدساتير من الإشارة إلى حق التقاضي مثل الدستور اللبناني والدستور التونسي.

والجدير بالذكر أن مجموعة من الدساتير سلكت مسلكاً منقدًا بإيرادها حق التقاضي ضمن الفصل الخامس الخاص بالسلطة القضائية وليس في موقعه الطبيعي ضمن الحقوق والحريات الأساسية ومنها الدستور السوري والدستور القطري والدستور الكويتي والدستور الجزائري.

## المطلب الرابع: موقف الدستور العراقي من حق التقاضي

تنص المادة (٩٩) من الدستور العراقي النافذ على ما يأتي(( ....ثالثًا: – التقاضي حق مضمون ومكفول للجميع. رابعًا: – حق الدفاع مقدس ومكفول في جميع مراحل التحقيق والمحاكمة ))، وتنص المادة (١٠٠) منه على انه ((يحظر النص في القوانين على تحصين أي عمل أو قرار إداري من الطعن)).

ومن النصوص أعلاه يمكن ملاحظة ما يأتي :-

١- إن الدستور العراقي من دساتير المجموعة الأولى إذ انفرد هو والدستور المصري بكفالة حق التقاضي وعدم جواز تحصين أي عمل أو قرار من الطعن أمام القضاء، مع أن النص المصري كان اظهر في الحماية إذ حظر تحصين أي عمل أو قرار من رقابة القضاء فيما توقف المشروع الدستوري العراقي عند حظر التحصين من الطعن إذ قد يبدو للوهلة الأولى أن القوانين التي تجيز الطعن أمام السلطات الإدارية أو الهيئات الإدارية ذوات الاختصاص القضائي دون الطعن أمام القضاء لا تشكل خرقاً لأحكام المادة (٠٠٠) أعلاه، إلا أننا نرى أن إيراد حكم الحظر أعلاه ضمن الفصل الثالث الخاص بالسلطة القضائية يجعل من معنى كلمة الطعن هو الطعن أمام القضاء لا محالة، وكنا نفضل لو أن المشروع الدستوري العراقي أضاف عبارة (أمام القضاء) إلى نهاية المادة (٠٠٠) لمنع أي اجتهاد في هذا المجال.

- ٢- إن وجود المادة (١٠٠) من الدستور يقيد نص المادة (٤٦) منه إذ ان أي تقييد أو تحديد لحق التقاضي يجب إلا يصل إلى حد تحصين أي قرار أو عمل من الطعن أمام القضاء ، بل نستطيع القول إن المادة (١٠٠) أفرغت المادة (٤٦) من محتواها فيما يتعلق بحق التقاضي<sup>(۱)</sup>.
- ٣- إذا كنا نفضل لو أن المشروع الدستوري العراقي جعل من المادة (١٠٠) البند خامسًا من المادة (١٩) أعلاه أي بإيراد حكمها ضمن الحقوق والحريات الأساسية وليس ضمن أحكام السلطة القضائية ، فإننا نرى أنه كان موفقاً حين أردف حق التقاضي في البند رابعًا من المادة (١٩) منه بحق الدفاع الذي إن لم يكن من عناصر حق التقاضي فهو من اقرب الحقوق إليه.
- ٤- إن الدستورين العراقي والمصري اللذين مثلا المجموعة الأولى من الدساتير العربية تضمنا أعلى مستوى من الحماية لحق التقاضي ومن ثم أعلى مستوى من الحماية لبقية الحقوق والحريات، ذلك أن وجود حق التقاضي يمثل الضمانة والحماية لكل تلك الحقوق والحريات.

#### الخاتمة:

نستنتج مما سبق أن أهم المبادئ والحقوق الدستورية المتعلقة بالضريبة في العراق تتمثل في:

1 – مبدأ قانونية الضريبة: والذي يعتبر الضمانة الأهم لعدم تجاوز السلطة التنفيذية على الاختصاصات الحصرية للسلطة التشريعية فيما يتعلق بشؤون الضرائب. وفي ذلك لم يكتف المشرع الدستوري العراقي بمنع تفويض السلطة التنفيذية أو تخويلها صلاحة فيما يتعلق بشؤؤون الضرائب في الأوضاع العادية وإنما منعها حتى في حالة الضرورة أو في الظروف الاستثنائية أو حالة الطوارئ.

٢- مبدأ حق المساواة: وفيها اعتمد المشرع الدستوري العراقي لفكرة العدل العدل والمساواة وأغفل لفكرة العدالة، وعزز ذلك ما ورد في عجز المادة (١٤) من الدستور التي منعت التميز

(١) الجدير بالذكر أن المادة (٤٦) من الدستور العراقي النافذ منعت تقييد أو تحديد أي من الحقوق والحريات الأساسية الواردة فيه إلا بقانون أو بناء عليه بشرط أن لا يمس ذلك التحديد أو التقييد جوهر الحق أو الحرية.

- بين العراقيين بسبب الوضع الاقتصادي والاجتماعي في الوقت الذي تقوم الضرائب فيه اليوم على تحقيق أهداف مختلفة لا تقل عن الهدف المالي بل تتجاوزه لتحقيق أهداف اقتصادية واجتماعية بل وحتى سياسية.
- ٣- مبدأ حق الملكية: لم يمنح المشرع الدستوري العراقي للملكية وظيفة إجتماعية إلا أن
   ذلك لا يعنى بالضرورة أنها حق مطلق وإنما يجب أن تمارس بما يتفق والقانون.
- على كفالة حق التقاضي: نص الدستور العراقي على كفالة حق التقاضي وعدم جواز تحصين أي عمل أو قرار من الطعن أمام القضاء، ولقد تضمن الدستور العراقي أعلى مستوى من الحماية لحق التقاضي، ومن ثم أعلى مستوى من الحماة لبقية الحقوق والحريات، ذلك أن وجود حق التقاضي يمثل الضمانة والحمية لكل تلك الحقوق والحريات.
   وبذلك :
- أقرت جميع الدساتير المقارنة مبدأ قانونية الضريبة ولكنها قصرته على شؤون الفرض والجباية إذا اشترطت أن تكون بقانون دون الاعفاء الذي اجتازت أن يكون من دون قانون، على العكس من الدستور العراقي الذي تطلب القانونية في الفرض والجباية والتعديل والإعفاء.
- إن المساواة الضريبية بكونها لا تخرج عن عدم التفريق في فرض الضريبة والإعفاء منها وجبايتها بين المكلفين ذوي المركز القانوني الواحد، أقرتها كل الدساتير المقارنة لكنها توزعت بين التأكيد على المساواة أمام القانون والضرائب والمساواة بشكل عام وقد اعتمد هذا الأخير المشرع الدستوري العراقي.
- أقرت جميع الدساتير المقارنة صيانة وكفالة الملكية الفردية التامة، ولكن البعض منها حصر وسائل تنفيذها بالمصادرة ونزع الملكية للمنفعة العامة والتأميم مقابل تعويض عادل وتحديد سلطة المالك وبشروط معينة لكل منها، ومنها من أعطاها وظيفة اجتماعية دون البعض الآخ الذي أكتفى باقار كفالتها.
- مع أن المشرع الدستوري العراقي أكد على حق الملكية الخاصة ولكنه جعلحمايتها وفقًا للقانون وأجاز تقييدها بالشكل الذي لا يمس جوهر هذا الحق، إلا أن الضريبة لا يمكن أن

تكون قيدًا يضاف إلى القيود الدستورية الأخرى على هذا الحق كونها تمس جوهر هذا الحق.

- على الرغم من أهمية حق التقاضي بوصفه حقًا دستوريًا طبيعيًا ثابتًا يتميز بالعمومية والشمول ويرتبط بالنظام العام ويتضمن عناصر اللجوء إلى القضاء ابتداء وممارسة حق الدفاع والطعن في القرارات فإن قسمًا من الدساتير المقارنة أغفلت الإشارة إليه، فيما أشارت إلى مضمونه دون ذكره بشكل صريح وصرحت دساتير أخرى بكفالته وتنظيمه قانونًا.

### التوصيات:

- تعديل البند (أولاً) من المادة (١١٠) من الدستور العراقي بإضافة عبارة (فرض وجباية وتعديل والإعفاء من الضرائب والرسوم الاتحادية) إلى نهاية البند لتكون الضرائب الاتحادية من اختصاص السلطة الاتحادية وتبقى الضرائب المحلية من اختصاص سلطات الاقاليم.
- تعديل نص المادة (١٤) من الدستر العراقي بالإشارة صراحة إلى المساواة الضريبية أو المساواة أمام الضرائب وبالشكل الذي يجعل المساواة المتطلبة مساواة حقيقية لا مجردة كما توحى إلى ذلك النصوص الدستورية.
- إضافة بند رابع إلى المادة (٣٣) من الدستور العراقي ينص على أنه (يحظر تقييد الملكية الخاصة بالضريبة).
- إضافة عبارة (أمام القضاء) إلى نهاية المادة (١٠٠) من الدستور العراقي لمنع أي اجتهاد في كون المقصود بحظر التحصين من الطعن قضائيًا أم إداريًا.
- نقل مكان المادة (١٠٠) من الدستور العراقي لتشكل البند (خامسًا) من المادة (١٩) من الدستور أي بإيراد حكمها ضمن الحقوق والحريات الأساسية وليس أحكام السلطة القضائية وهو موضعها الحالي.
- حذف عبارة (بناء على قانون) الواردة في المادة (٤٦) من الدستور لمنع السلطة التنفيذية من تقييد أي حق من الحقوق الدستورية وحصر هذه الصلاحية بالسلطة التشريعية وحدها.

# حماية المستهلك من الاعلان المضلل عبر الانترنت

م.م شوقي ناصر (\*)

#### المقدمة

اصبحت الصفقات التجارية رغم ضخامتها تنجز الان خلال دقائق معدودة عبر بوابة التجارة الالكترونية في عصر المعلوماتية فقط بالضغط على زر (نعم) على جهاز الكمبيوتر.

المستهلك بصورة عامة تتوفر لديه الثقة العاملة في التسويق الإلكتروني بعيدا عن المتجر التقليدي الذي يستطيع الوقوف على حقيقته الكاملة المباشرة وهو امر يرتبط بطبيعة المستهلك.

هناك افعال تجارة الكترونية تتم عبر الانترنت تبرم خلالها العقود الالكترونية وتتناول السلع والخدمات من خلال هذه العقود ضمن دائرة او سلسلة من الاجراءات يكون فيها المستهلك الالكتروني هو الطرف الضعيف.

فمن هو المستهلك الالكتروني ماهي العقود الالكترونية ولا شك ان المستهلك يتعرض للغش والتحايل عند ابرام العقود الالكترونية وتنفيذها في الوقت الذي تكون فيه الادوات القانونية على المستوى المحلي والدولي قاصرة عن حمايته، اذا نظرنا الى العلاقات عبر الانترنيت عابرة للدول التي تتضمنها عنصرا طبيعيا.

ان المخاطر التي يتعرض لها المستهلك في عقود التجارة الالكترونية قد يكون مصدرها التاجر حيث يقع السلوك بالغش و التحايل قبل المستهلك، وقد يقع الخطر من الغير كما في حالة اختراق شبكة الانترنيت والاطلاع على البيانات وسرقة المعلومات وإعادة استخدامها على نحو يضر المستهلك، الامر الذي يتطلب حماية المعاملات الالكترونية جنائيا وان التضليل قد يكون عن طريق الاعلانات التجارية اي المضللة عبر الانترنيت التي قد تكون متواطئة مع المنتج او المجهز للأضرار بالمستهلك.

<sup>(\*)</sup>كلية القانون/ الجامعة المستنصرية.

إن الغش التجاري والصناعي الذي يتعرض له المستهلك في المعاملات العادية في مضمون السلعة يتعرض له المستهلك الالكتروني بل وقوع الغش عبر الانترنيت اكبر في انعدام الرؤية الحقيقية المعاينة على السلعة في الظرف الغالب.

الدعاية والاعلانات الالكترونية قد تساهم في ايقاع المستهلك في غلط يدفعه الى التعاقد واذا اخذنا بنظر الاعتبار قوة انتشار شبكة الانترنيت وتأثيراتها.

والدعاية والاعلان والقدرة للنفاذ الى المستهلك حتى ليصل الى مسألة الوقوع تحت رحمته في هذه الدعاية تدفعه للتعاقد للقيادة ويكتشف بعد ذلك انه ضحية مؤامرة مزدوجة الاعلان والتاجر او المنتج من ناحية اخرى وهي امور تستوجب حماية المستهلك الالكتروني من الغش والتحايل في الاعلان المضلل عبر الانترنيت علية تقسم بحثنا هذا الى اربع مباحث. المبحث الاول مفهوم الاعلان التجاري المضلل عبر الانترنيت.

المبحث الثاني مفهوم المستهلك الالكتروني.

المبحث الثالث الحماية المدنية للمستهلك.

المبحث الرابع المسؤولية المدنية للمعلن والرقابة على الاعلانات.

المبحث الأول: مفهوم الاعلان التجاري المضلل عبر الانترنيت

لتحديد مفهوم علم الإعلان التجاري المضلل عبر الانترنيت لابد من إعطاء مفهوم للإعلان التجاري ومن ثم مفهوم التضليل الإعلاني لذا تقسم المبحث الى مطلبين: الاول مفهوم الاعلان التجاري. والثاني الاعلان التجاري المضلل عبر الانترنيت

المطلب الاول: مفهوم الاعلان التجاري عبرالانترنيت

كثير ما يلجأ المستهلك الالكتروني الى التعاقد الالكتروني بالتأثير بما يبث من إعلانات تجارية عن السلعة والخدمات عبر الانترنيت الذي اصبح وسيله الإعلان إضافة الى الوسائل التقليدية من الصحف والمجلات والإذاعة والتلفزيون، يمتاز الإعلان عبر الانترنيت بانه

يتم عبر وسائط الكترونية سواء كانت أقراص مدمجة او شرائط ممغنطة<sup>(١)</sup> لذا لكي يتحقق وصول هذا الإعلان الى المستهلك لابد ان يكون مشتركا بخدمة الانترنيت.

ولتحديد مفهوم الاعلان التجاري لابد من تعريفه وبيان عناصره، وتحديد طبيعته وضوابطه، لذا نقسم المطلب إلى ثلاثة فروع. الاول تعريف الاعلان التجاري وعناصره. والثاني طبيعة الاعلان التجاري لكي يكون له قيمة قانونية يعتد به.

## الفرع الاول: تعريف الاعلان التجاري وعناصرة

الاعلان: كلمة من الشمول بحيث لا يمكن اعطاء تعريف جامع مانع لها فهي كلمة لهامعان متعددة يتباين مفهومها حسب الزاوية التي ينظرها في المجالات العلمية والعملية، استخدامها في حقول المعرفة المختلفة في الصحافة والاعلام والقانون والتجارة وغير ذلك.

عرفت المادة الاولى من قانون مكاتب الدعاية والنشر والاعلان العراقي رقم ٤٥ سنة المعدل الاعلان (جميع وسائل الدعاية والنشر في الصحف او التلفزيون او السينما اوالنيون او البالستك او الملصقات الجدارية وكذلك الادلة باختالف انواعها).

واختلف الفقه القانوني ورجال الاعلان في تعريف الاعلان التجاري حسب عناصر ثلاثة الهدف الذي يرمى اليه الاعلان والوسيلة و التركيز على البعد النفسى للرسالة الاعلانية.

فقد عرفت جمعية التسويق الامريكية الاعلان التجاري على انه(وسيلة غير شخصية لتقديم السلع والخدمات بواسطة جملة معلومة مقابل اجر مدفوع)(٢)

كما عرف بانها (مجموعة الجهود غير الشخصية التي تهدف الى توجيه انتباه افراد المجتمع الى بسلعة او خدمة محددة لحثهم على شرائها) (٣).

وبالنظر الى الوسيلة المستخدمة في الاعلان عرف على انه (كل صيغة اتصال تتم في اطار نشاط تجاري او صناعي او حرفي او عمل حر بقصد ترويج السلع والخدمات) $^{(1)}$  عن كونه مجموعة من الوسائل المستخدمة لتعريف الجمهور بعمل او حالة قانونية معينة $^{(7)}$ .

-

د. عبد الفتاح بيومي حجازي، حقوق الملكية الفكرية وحماية المستهلك في عقود التجارة الالكترونية، دار الكتب القانونية مصر،  $7 \cdot 7$ ،  $0 \cdot 1 \cdot 1$ .

<sup>2)</sup> نقلاً عند. عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، منشأه المعارف الاسكندرية، ٢٠٠٤، ص٩٦.

<sup>3)</sup> د. عبدالرحمن صالح ، حمايةالمستهلك في التشريع الاردني عمان الاردن، ١٩٩١، ص٥٥.

الفرع الثاني: ضوابط الاعلان التجاري وشروطه

لكي يعتبر الاعلان التجاري اعلاناً له قيمة قانونية يعتد به لابد من توافر الضوابط والشروط الاتية فيه =

1 – لابد ان يكون الاعلان التجاري مشروعاً وغير مخالف للقانون ولا النظام العام والاداب العامة فالاعلان الذي يشجع على تعاطي المخدرات او ممارسة الدعارة اولعب القمار يكون غير مشرع ولا يترتب عليه اثار قانونية.

٢- يجب ان لا يكون الاعلان التجاري كاذباً او خادعاً ومضللاً بحيث يقع المستهلك في الغلط الذي يدفعه الى التعاقد مما يعيب ارادته بعيب من عيوب الارادة.

٣- يجب ان تكون صيغة الاعلان دقيقة وواضحة وخالية من العبارات التي تعمل على
 تكوين فكرة خاطئة في ذهن المستهلك.

٤ – ولابد من ان يحصل المعلن من السلطة المختصة على ترخيص بنشر اعلانه قبل
 توجيهه إلى الجمهور. لذا اقر القانون الفرنسي الرقابة اللاحقة في نشر الاعلان (<sup>1)</sup>.

الفرع الثالث: الاعلان التجاري المضلل عبر الانترنيت

ان الاعلان الالكتروني قد يكون مشوب بوسائل احتيالية تضلل المستهلك ، وتوقعه في الغلط الامر الذي يدفعه الى التعاقد تحت ضغط هذا الاعلان<sup>(٥)</sup>.

ويعد الكذب والخداع في الاعلان التجاري من اهم مصادر الاضرار التي تمس نفس المستهلك او امواله ورغم تنظيم القوانين المدنية للتغرير (التدليس) كعيب من عيوب الارادة والكذب صورة من صوره. فان القوانين الجنائية تعرضت للخداع كجريمة يعاقب عليها القانون

 $<sup>^{1}</sup>$  د. عمر محمد، المصدر السابق، ص  $^{7}$ 

<sup>2)</sup> د. بشير عباس العلاف وعلي ربايعة، االعقد الاعلاني، دار البارودي عمان ١٩٩٨، ص١٥٤.

<sup>3)</sup> ينظر تفاصيل اكثر حول هذا الموضوع د. عمر محمد، مصدر سابق ، ص١٠٢-٣-١.

<sup>4)</sup> سوف نتطر الى هذا القانون وتفاصيله في المبحث الخاص بالرقابة على الاعلان التجاري.

<sup>5)</sup> د. عبدالفتاح بيومي، مصدرسابق، ص١٠١.

الجنائي . والمتفق عليه ان الاعلان التجاري قد يتسم بشيء من المبالغة والتأويل من جانب اخر (1).

الاعلان المضلل هو الخادع الذي من شأنه خداع المستهلك ، والاعلان المذكور قد  $^{(7)}$  .

وادى تحول النظام الاقتصادي من نظام اشتراكي يسيطر عليه القطاع العام الى نظام رأسمالي حر يعتمد على اقتصاد السوق مما ادى الى المنافسة بين المنتجين، فبعد ان كانت المنافسة تعتمد على جودة المنتج وسعره اصبحت تعتمد على توزيع المنتج (٣).

ان المحاكم تلجأالى التمييز بين الاعلان التجاري المضلل بحد ذاته وبين الاعلان الذي يؤدي الى التضليل ، علما ان صفة التفرقة في غاية الصعوبة فالاعلان المضلل بذاته يمكن تقديره على اساس موضوعي ، في حين الاعلان المؤدي الى التضليل يعتمد على المعيار الذاتي او الشخصي اي حسب شخص المتلقي وعوامله النفسية مما يؤدي الى اختلاف تأثير الاعلان من شخص لآخر (4) .

الكذب هو خلاف الحقيقة قولا وادعاءاً عمدا بقصد الخداع . اما الخداع هو القيام بسلوك سلبي او ايجابي من شأنه تغير حقيقة الشيء ، وكل ما من شأنه خداع المتلقي (٥) .

والاعلان التجاري الكاذب هو الذي يتضمن بيانات غير حقيقية بشكل يعرض المتلقي الى الخداع.

يستعمل الفقه مصطلح الاعلان المضلل والاعلان الخادع كمترادفين ، فالاعلان المخادع هو اعلان الذي يتم عرضه بطريقة تؤدي الى تضليل المستهلك او المنافسين على

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup>) د. عمر محمد ، مصدر سابق، ص٥٦٠.

<sup>2)</sup> د. أحمدسعيدالزفرد،الحمايةالقانونية منالخداع الاعلاني في القانون الكويتي،مجلةالحقوق جامعةالكويت العدد ٤ السنة ١٩٩٦ ،ص ١٧٠.

<sup>3)</sup> د. عمرمحمد، مصدرسابق، ص**١٢٥**.

<sup>4)</sup> د. بتول، مصدرسابق، ص٧١.

 $<sup>^{5}</sup>$ د. عمرمحمد،مصدرسابق، $^{0}$  د. عمرمحمد،مصدر  $^{5}$ 

نحو قد يلحق ضرر باعمالهم الاقتصادية. اوجدها ذلك الاعلان المتضمن معلومات تدفع المستهلك الى الوقوع في غلط فيما يتعلق بعناصر او صفات جوهرية للمنتج $^{(1)}$ .

والفرق بين الاعلان الكاذب والاعلان المضلل يكمن في ان الاخير لا يتضمن أي بيانات كاذبة ولكنه بعبارات تؤدي الى خداع المتلقي ، فالمعلومات الواردة غير كاذبه ولكن الدليل الذي يستخدم في اثبات صحتها دليل مزيفا<sup>(٢)</sup>.

ويذهب الفقه المصري الى ان الخداع او التضليل يختلف عن الغش من حيث الوسيلة ومن حيث هدف معاقبته.

من حيث الوسيلة فان الخداع عبارة عن مجرد اكاذيب بالقول او بالكتابة او بالاشارة لادخال الخداع على المتعاقد الاخر، اما الغش فهو عبارة عن نشاط جدي يوجه الى نفس السلعة موضوع العقد بالعبث فيها على نحو او اخر دون لزوم وجود متعاقد اصلاً (٣).

ان مفهوم الاعلان المضلل اوسع من مفهوم الاعلان الكاذب لان كل اعلان كاذب هو مضلل وليس العكس وان مجرد المبالغة في الاعلان لا يشكل كذبا بالضرورة مع استقرار الفقه والقضاء على جواز المبالغة في الاعلان (٤٠).

تقدير الطبيعة المضللة للاعلان التجاري تخضع لمعيارين المعيار الذاتي والموضوعي. وتذهب بعض القرارات القضائية على ان تقدير التضليل يقوم على اساس ذاتي رغم ان القضاء المذكور يعتمد في معظم احكامة على المعيار الموضوعي . فالمعيارالذاتي يراعى فيه شخص المتلقي نفسة لا ينظر الى التضليل في ذاته فقد يكون على درجة من اليقظة او مستوى عادي من الذكاء واليقظة ومن دون المستوى العادي<sup>(٥)</sup>.

ان ضابط هذا المعيار يتطلب البحث عن شخصية المتلقي وكشف ما لديه من يقظة وذكاء ومثل هذا الامر يصعب على القاضى كشفة بينما المعيار الموضوعي يؤدي الى تجريد

 $<sup>^{1}</sup>$ ) د. أحمدسعيدالزفرد، مصدر سابق، ص  $^{1}$  د.

<sup>2)</sup> د. عمرمحمد،مصدرسابق،ص۱۲۷، د. بتول،مصدرسابق،ص۵۷.

 $<sup>^3</sup>$ د. عمر محمد، مصدر سابق، ص $^3$ 

<sup>4)</sup> د. بتول ، مصدر سابق ، س٧٣.

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup>) د. بتول،مصدرسابق، ص ۷۰.

متلقي الاعلان من ظروفه الشخصية والاخذ بالشخص العادي او المتوسط فلا يختلف هذا المعيار من شخص لاخر<sup>(۱)</sup>.

ان تقدير التفرقة بين الكذب والتضليل المؤثر والذي يلحق ضرر بالمستهلك وبين المبالغة في الاعلان التجاري يخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع الذي يسترشد من الظروف المحيطة وحسب وقائع – كل قضية ، ويجب ان لا يؤدي المبالغة في الاعلان الى حد الخداع وتغير الحقيقة بحيث يصعب معرفتها(٢) .

ان اساليب الكذب والتضليل بالاعلان التجاري لايمكن وضعها تحت الحصر فقد اشار الى هذه العناصر القانون المصري رقم ٤٨ لسنة ١٩٤١ بشان قمع التدليس والغش والمعدل بقانون رقم ٨١ لسنة ١٩٩٥.

فقد يمس التضليل الاعلاني العناصر الاتية<sup>(٣)</sup>:

١ - وجود السلعة او الخدمة ، فقد تكون السلعة غير موجودة وقد توجد ولكنها غير المعلن عنها وقد تكون موجودة لكنها غير صالحة للاستعمال او من المستحيل تحديد مكان وجودها.

٢-طبيعة السلعة او الخدمة ويمثل هذا العنصر اهميته للمستهلك لارتباطه الوثيق
 بجودة السلعة او الخدمة وما ثمنها للغرض من التعاقد.

٣-اصل السلعة او الخدمة بقدر جودة السلعة او الخدمة وارتباطها بمكان معين فيكون المستهلك مدفوعاً للتعاقد بالنظر الى اصلها ومنشاءها.

٤- الخصائص الجوهرية للسلعة او الخدمة لذا حكم مسؤلية صاحب معرض السيارات اعلن عن بيع سيارة انها بحالة جيدة جدا رغم تعرضها لحادثين متواليين.

٥ - كمية او مقدار السلعة او الخدمة

٦- مكونات السلعة او الخدمة الاعلان عن مكونات السلعة غير موجودة فعلا او
 مكونات السلعة موجودة ولكن غير المعلن عنها.

 $<sup>^{1}</sup>$ ) د. أحمد سعيد الزفرد، المصدر السابق،  $^{1}$   $^{1}$ 

 $<sup>^{2}</sup>$ د. عمرمحمد،مصدرسابق، $^{2}$ ۱۳۱.

 $<sup>^{3}</sup>$ د. عمرمحمد، مصدرسابق، ص $^{1}$  وما بعدها.

٧- وجود السلعة او الخدمة.

٨- طريقة الانتاج وتاريخ الانتاج.

٩- ثمن السلعة او الخدمة.

## المبحث الثاني: مفهوم المستهلك الالكتروني

ان مفهوم المستهلك في المجال القانوني يختلف عنه في المجال الاقتصادي فالقانون لا يهتم بفعل الاستهلاك بحد ذاته، وانما يهتم بالتصرف القانوني الذي يأتيه الشخص القانوني بارادته بهدف اشباع حاجاته الذاتية او العائلية من السلع والخدمات.

تقتصر درستنا على مفهوم المستهلك وموقف الفقه القانوني من شموله له بالحماية القانونية حيث انقسم الفقه حول تعريف المستهلك في الاطار القانوني الى الاتجاه الواسع والاتجاه الضيق عليه نقسم البحث الى مطلبين.

المطلب الاول تعريف المستهلك بوجة عام

## الفرع الاول: التعريف الضيق للمستهلك

يعرف الاتجاه الذي يقتصر حماية المستهلك في نطاق ضيق من حيث شخص المستهلك على انه كل شخص يتعاقد لغرض اشباع حاجاته الشخصية والعائلية، اي من يقوم بشراء السلع والخدمات لاستعمالة الشخصي او استعمال افراد اسرته اوالافراد الذين يعيلهم (1). من انصار هذا الاتجاه القانون الفرنسي بتعريفه المستهلك ضمن قانون اعلام وحماية المستهلك رقم ٢٤/٧٨ لسنة ١٩٧٨ بانه كل من يقوم باستعمال السلع والخدمات بهدف اشباع حاجاته الشخصية وحاجياته من يعولهم وليس اعادة بيعها او تحويلها اواستخدامها في نطاق نشاطة المهني (٢) كذلك قانون الاستهلاك الفرنسي ١٩٩٦عرف المستهلك بانه من يستخدم اموال او خدمات لاستعمال غير مهني.

<sup>1)</sup> د. عبدالفتاح بيومي،مصدرسابق ، ص٨٧ و د. حسن عبدالباقي جمعه،الحاجه الخاصةلرضا المستهلك في عقود الاستهلاك مركزالدراسات القانونية والفنية القاهرة ٩٩٩،ص١٠

وعرف المشرع الاسباني في المادة الاولى في القانون الصادر ١٩ يوليو ١٩٨٤ الخاص بالدفاع عن المستهلك والمستخدمين بانه كل شخص طبيعي او معنوي يمتلك اويستخدم بوصفه المستهدف النهائي للاموال المنقولة اوالعقارية سلع او خدمات ولا يعتبر مستهلكا الاشخاص الذين يتملكون او يستهلكون سلع او خدمات بغرض ادماجاها في عمليات الانتاج او التداول او الانتقال للغير من دون ان يكونوا المستهدفين اخيرا من تلك العمليات).

كما عرف القانون البلجيكي الصادر في ١٩٩٤ في المادة (١٧/١) منه (كل شخص طبيعي او معنوي يستخدم الغرض لا تحمل الصفة المهنية منتجات او خدمات معروضة في السوق).

عرفَ قانون التجارة الانجليزي رقم ١٢٧ لسنة ١٩٧٣ بانه ذلك (الشخص الذي لا يتعامل في كحل ينفذه ولكنه ليتعامل مع الشخص الذي يقوم بتنفيذه).

فحسب الاتجاه الضيق التعاقد على السلع والخدمات لغرض استهلاكي غير الغرضالمهني حيث شمل الشخص الطبيعي والمعنوي كالجمعيات الخيرية الاستهلاكية بشرط ان يكون نشاط غير مزود أي لا يهدف من خلاله تحقيق الربح بينمايذهب جانب من الفقه إلى اقتصار على الشخص الطبيعي دون المعنوي (1) وهذا خلاف ما تقرره التشريعات التي ذكرناها سابقا واتجاه اغلبية الفقه.

يتفق هذا الاتجاه مع تعريف لجنة صياغة قانون الاستهلاك الفرنسي والذي يضفي صفة المستهلك على الشخص المعنوي ايضا كالجمعيات التي لا تهدف الى تحقيق الربح والنقابات التعاونيةاي تلك الشخصيات المعنوبةالتي تحصل على السلع والخدمات تستخدمها لغرض غير مهني وان ادخال الاشخاص المعنوبين في طائفة المستهلكين يجد تفسيره في أنها لا تمارس نشاطاً مهني لتحصل من خلاله على الربح وعلى مواردها المالية، أو على أسباب وجودها ومن ثم فهي تشبه المستهلك تماماً، لذلك فإن الرأي والفقه الفرنسي يتسع ليشمل

<sup>1)</sup> دراسة منشورة، عير شبكة الانترنيت، منير البصري وأحمد المنصوري، حماية المستهلك في الشروط التقنية، http://droiteivol.over.blog.com

450

مفهوم المستهلك الشخص الطبيعي والمعنوي والشركاء المتعاقدين والمستهلكين والمشترين والزبائن المحتملين والمواطنين أيضاً (١).

فالمستهلك لا يتمتع بالقدرة الفعلية للحكم على ما يسعى للحصول عليه من سلع أو خدمات خاصة في ما يتعلق بعناصر الجودة والمتانة كما يفتقر إلى امكانية قيامه بالصيانة الدورية الفنية بكثير من هذه الاشياء فهو ليس كالمهنى والمحترف.

كما انه حدد الاستهلاك في سلع وخدمات لأغراض استهلاكية قابلة للاستهلاك الفوري من أول استعمال لها في المواد الأولية والمنتجات الطبيعية ليست الصناعية أو السلع المعمرة، مثل السيارات والاثاث والأجهزة المنزلية للاستعمال الشخصي فالهدف هو استهلاك السلع ذات الأستهلاك الفوري أو استعمالها حتى تستهلك وإن كان استهلاكها متأخراً في فترة من الزمن فلا يتعاقد على السلع بهدف اعادة بيعها والمتاجرة بها، مثل المهني والمحترف (٢). الفرع الثاني: التعريف الواسع للمستهلك

يذهب هذا الاتجاه الفقهي الى تعريف المستهلك: كل من يقوم بتصرف ما يهدف الاستخدامه السلع والخدمات الأغراض شخصية مهما كان الشخص المتعاقد سواء كان مهني او غير مهنى طبيعي او معنوي اذا كان الغرض هو الاستهالك وليس الأعادة البيع اوالمزود (٣).

باعتبار احد المتعاقدين مستهلك حتى لو كان مهني . ويهدف ايضا من اتجاه الى امتداد الحماية القانونية المقررة للمستهلك الى المهني الذي يقوم بابرام التصرفات التي تخدم مهمته خارج نطاق تخصصه. مما يؤدي الى استفادة اكبر عدد ممكن من الاشخاص المتعاقدين في الحماية التي تضمنتها قوانين الاستهلاك او قوانين حماية المستهلك مثال ذلك الطبيب الذي يشتري المعدات الطبية اللازمة لعيادته، والتاجر الذي يشتري الاثاث اللازم لمباشرة

<sup>1)</sup> نقلاً عن د. عمر محمد، مصدر سابق، ص ٢٥. د. حمد الله محمد حمد الله، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التقنية في عقود الإستهلاك دار الفكر العربي القاهرة، ١٩٩٧، ص ٢٤.

<sup>2)</sup> ينظر ذلك: د. عمرمحمد،مصدرسابق، ص٧٧.

<sup>3)</sup> د. جمال زكي الحديدي، البيع الالكتروني للسلع المقلدة عبر شبكة الانترنيت، الطبعة الأولى جامعة مصر، ٢٠٠٨، ص٥٦.

نشاطه ويجد هذا الاتجاه اساسه في نص المادة ٢٥ من القانون الفرنسي الصادر ١٩٧٨ الذي بين المستهلك غير المهنى من جانب والمستهلك المهنى من جانب أخر (١).

وقد صدرت قرارات قضائية لمحكمة النقض الفرنسية في بعض احكامها اخذت بالاتجاه الواسع حيث اعتبرت من المستهلكين كل من البائع الذي تعاقد لمصنعه لشراء جهاز اطفاء الحريق (7) وحكم أخر تعاقد على تركيب نظام اطفاء الحريق في متجره (7) وتعاقد المشتغلين بالعقارات على شراء جهاز انذار (4).

فحسب الاتجاه يشمل المستهلك المزود وغير المزود وهذا الاتجاه الواسع في مفهوم المستهلك في الفقه الاسلامي فللمستهلك في الشريعة الاسلامية مفهوماعميقا وشاملاً (°).

مع ذلك تم انتقاد الاتجاه الواسع من الفقه، لصعوبة ماذهب اليه الاتجاه الواسع من اعتبار غير المهني هذا هو في الحقيقة مهنياً اي يتعامل في غير تخصصة المهني في مواجهة مهني اخر. وان الصاق وصف المستهلك باي من المتعاقدين لا يعني بالضرورة انه الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية فقد يكون هذا الطرف الاقوى من الناحية الاقتصادية (٢).

### المطلب الثاني: المستهلك الالكتروني

رأينا ان هناك اتجاه ضيق واتجاه واسع في تحديد المستهلك في العقود العادية لكن، في التجارة الالكترونية المستهلك الالكتروني له نظرة خاصة، فان حماية المستهلك في عقود التجارة الالكترونية، لان الخطر الذي يتعرض له المستهلك اكبر واسرع، لذلك تتجه تشريعات التجارة الالكترونية الى جعل المستهلك من أولوياتها، لان هذه التجارة عبارة عن نظام معلومات تتناول خلاله السلعوالخدمات، وهذه الصفقات قد تكون بسيطة اذا كان المستهلك فردا، وهو يمثل الطرف الضعيف في هذه التجارة

<sup>1)</sup> ينظر هذا الرأي: د.عمر محمد، مصدر سابق، ص٣١.

<sup>2)</sup> القضية المعرفية ٣٠ اكتوبر ١٩٧٩، نقلاً عن د.عمر محمد، مصدر سابق، ص٣٢.

 $<sup>^{3}</sup>$  القضية المدنية في  $^{0}$  ،  $^{0}$  ،  $^{0}$  ، نقلاً عن  $^{0}$  د. عمر محمد، مصدر سابق،  $^{0}$ 

<sup>4)</sup> القضية المدنية، ١٩٧٨، نقلاً عن د.عمر محمد، مصدر سابق، ص٣٤.

 $<sup>^{5}</sup>$ د. أحمدمحمدأحمدأوسيد، حماية المستهلك في القضية الاسلامية ووسائل حمايته في الاسلام،  $^{7}$  د  $^{1}$ 

 $<sup>^{6}</sup>$ ) د.عمر محمد، مصدر سابق،  $^{0}$ ۲۹.

الالكترونية في مواجهة التاجر والمنتج القوي كما لو تمثل في صورة شركات أومؤسسات تجارية كبيرة (١).

ولعل المشكلة كما يرى جانب في الفقه (٢) ليس في حماية المتعاقد عبر الانترنيت فقط بل حماية المستهلك في حالة التعاقد عن بعد بصفة خاصة والبحث عن نظام قانوني يحمى ويطبق عليه هذه الحماية.

كما أن الاعلان قد يؤثر سلباً على المستهلك في التجارة الالكترونية، فإن عدم الاعلان يؤثر سلباً، لأنه سوف يعزف المستهلك عن التسوق الالكتروني لعدم معرفته بنوعية المنتج المعروض (٣).

في التجارة الالكترونية يجب مراعاة البعد النفسي والثقافي للمستهلك، فلا بد من مراعاة طبيعة المستهلك وهل هويستطيع ان يتعامل بشبكة الانترنيت ينشر فيها جهاز الانترنيت ثقافة ما ومدى رغبتة في انشاء او عدم انشاء التجارة عبر الانترنيت لان زيادة الهوه بين احتياجات المستهلك من ناحية وطموح الشركات التي تتعامل عبر الانترنيت من ناحية اخرى قد يؤثر سلبا على هذه التجارة (٤٠).

بعبارة اخرى في نطاق التجارة الالكترونية لا بد من النظر الى المستهلك وطبيعته وثقافته لانه هناك انماط من المستهلكين لاترغب في هذه التجارة لاعتبارات تتعلق بثقافة الشعوب وتكوينهم فيها، بعض المستهلكين قد يكون لديهم مخاوف في التعامل مع شركات تجارية عن بعد.

وحتى يقبل المستهلك على التجارة الالكترونية عبر الانترنيت يجب مراعاة عدم تحميله اعباء زائدة وفرض قوانين ترهق كاهله، لذا يرى الفقه عدم فرض ضرائب على

د. عبد الفتاح يعسوب، مصدر سابق،  $\omega$  ٩٠٠.

<sup>.</sup> اسامة عبد الحسن حجامة، خصوصية التعاقد عبر الانترنيت بدون مكان أو تاريخ، ص $^2$ .

<sup>3)</sup> د. هشام فتحى حسن، رسائل المستهلك، نقلاً عن عبد الفتاح الفيومي، مصدر سابق، ص٧٩.

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup>) المصدر السابق.

المستهلك لكي لا يؤدي إلى انحراف في التعامل الالكتروني بشكل اكبر من التعاقد غير الالكتروني (١).

المبحث الثالث: الحماية المدنية للمستهلك الالكتروني في الاعلان المضلل

تتاثر الحماية المدنية للمستهلك بوجه عام وللمستهلك الالكتروني بوجه خاص بالقواعد المقررة قانوناً لحماية الارادة من عيوب الارادة (الغلط والتغرير) وسلامة المبيع من العيب وضمان سلامة المنتجات الخطرة ويتمثل في قواعد حماية المستهلك والالتزام بالاعلام أو التسعير قبل التعاقد وحق التراجع، لذا تقسم المبحث الى مطلبين:

الأول الحماية المدنية للمستهلك في القواعد العامة للقانون المدني. والثاني الحماية المدنية للمستهلك وفق قوانين حماية المستهلك.

المطلب الاول: الحماية المدنية للمستهلك وفق القواعد العامة في القانون المدني

تشمل هذه الحماية، حماية ارادة المستهلك من عيوب الارادة الغلط والتغربروالحماية من العيوب الخفية وضمان مخاطر ما يتضرر من المنتجات، وعليه تم تقسيم المطلب الى ثالثة فروع:

الفرع الاول الحماية المدنية للمستهلك بدعوى التغرير. والثاني ضمان العيوب الخفيفة. والثالث الالتزام بضمان السلامة.

الفرع الاول: الحماية المدنية للمستهلك بدعوى التغرير

ان الاعلان التجاري المضلل والذي يتم عبر الانترنيت قد يعيب ارادة المستهلك بعض عيوب الاارادة ويوقع في الغلط الذي يدفعه الى التعاقد، فيجوز للمستهلك ان يطالب بفسخ العقد بسبب التغرير اذا توفرت شروط دعوى المغرر به.

حيث من الممكن حماية المستهلك من الاعلان الكاذب والمضلل استنادا الى القواعد العامة في فسخ العقد بسبب التغرير مع الغبن الفاحش.

 $<sup>^{1}</sup>$  د. عبد الفتاح بیومی، مصدر سابق، ص $^{1}$  ۸۱.

جاءت المادة 1/1۲۱ مدني عراقي بالقول((اذا غدر احد المتعاقدين بالاخروتحقق من ان في العقد غبّنا فاحشا كان العقد موقوفاً على اجازة المتعاقد المغبون، فإذا مات مَن غُرر به بغبن فاحش، تنتقل دعوى التغرير لوراثه)).

ويشترط لقيام التغرير والغبن الفاحش الشروط الأتية:

١-استعمال طرق احتيالية تتألف من عنصرين، العنصر المادي (الوسائل والطرق الاحتيالية)،
 والعنصر المعنوي (هو قصد الاضرار ونية التضليل).

٢-أن يكون التغرير هو الباعث والدافع إلى التعاقد.

٣-أن يكون التغرير صادر من المتعاقد الاخر أو على علمٍ به إذا صدر من الغير، إذا كان التغرير في الاعلان المضلل هو هدف المعلن، فيشترط لدعوى التغرير على البائع أن يعلم به (١).

ولا بد أن يقترن التغرير بالغبن الفاحش، فالمستهلك إذا لحقه غبن من الاعلان المضلل له حق اجازة العقد أو فسخه خلال ثلاثة أشهر من تاريخ اكتشاف التغرير (۲).

إن دعوى فسخ العقد بسبب الغلط او التغرير مع الغين الفاحش لا توفر الحماية الكافية للمستهلك في الاعلانات المضللة عبر الانترنيت وقد لا يحصل على حقة للاسباب الاتبة:

اله لا يمكن القول ان دعوى فسخ العقد بسبب التغرير تمنح المستهلك حماية شاملة من الاضرار التي يتعرض لها بسبب الاعلان التجاري المضلل او الكاذب $^{(7)}$ .

<sup>1)</sup> ينظر في تفاصيل ذلك د.حسن علي، النظرية العامة للالتزامات، الجامعة المستنصرية بغداد، ١٩٧٠، ص٩٩. د. رمضان ابو السعود، مبادئ الالتزام الوزاري، القاهرة ، ١٩٨٦، ص١٢٩. د. توفيق حسن فرج، النظرية العامه للالتزام، مصادر الالتزام (١٩٧٨، ص٢٦، الالتزامات في القانون المدني، مصادر الالتزام جامعة بغداد، ١٩٩١، ص٢٦).

 $<sup>^{2}</sup>$ ينظر في نص المادة  $^{1}$   $^{1}$   $^{7}$   $^{1}$  أن القانون المدنى العراقي.

<sup>3)</sup> د.عمر محمد، مصدر سابق، ص۱۷۳-۱۷٤.

ففي مجال العلاقة بين المستهلك والمعلن يشترط ان يكون بين الطرفين عقد لكي يستفاد المستهلك من دعوى التغرير وان صدور الاعمال الاحتيالية من غير المتعاقد غالبا مايصطدم في مجال الاعلان التجاري بكثير من العقبات فهناك سلسلة من العلاقات القانونية التي تتدخل حتى توصل السلعة او المنتوج الى المستهلك فهناك المصنع الصانع والمنتج والموزع وتاجر الجملة وتاجر المفرد،الامر الذي تختفي معه معظم العلاقات المباشرة بين المستهلك والمعلن وبالتالى يتخلف احد شروط دعوى التغرير.

ويشترط القانون المدني العراقي<sup>(1)</sup> والقانون المدني المصري<sup>(۲)</sup> في دعوى التغرير ان يقع التغرير وان يكون هو الباعث الدافع الى التعاقد، اي يذهب على الخصائص والصفات الجوهرية للسلعة او خدمة محل الاعلان التجاري مثل وجودها وجودتها وطبيعتها واصلها فلا تشمل الحماية من التغرير، العناصر الخارجية مثل طرق الانتاج وشروط التعاقد او النتائج المتوقع الحصول عليها فالتغرير لا يمكن ان يتعامل مع العناصر الخارجية<sup>(۳)</sup>.

كما ان الجزاء المترتب على دعوى التغرير وهو – البطلان فان المستهلك يواجه كثيرمن المتاعب ويتحمل نفقات وجهد في رفع الدعوى لا تتناسب مع القيمة والثمن الذي دفعه للسلعة، فالبطلان رغم أنه طلب المستهلك الا انه لا يتناسب مع رغباته الحقيقية فهو يتعاقد لأشباع حاجاته وليس لأبطال العقد $^{(2)}$ .

وان الحماية المقررة بدعوى التغرير محدودة الاثر في مجال الاعلان التجاري المضلل اوالكاذب، وعليه لابد من توفر نية ومقصد التضليل عند المعلن، اي لابد ان يكون المعلن سيء النية، اي لابد ان يتوفر العنصر المعنوي للتغرير (٥)

<sup>1)</sup> د.عمر محمد، مصدر سابق، ص١٧٤.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup>) د. بتول ، مصدر سابق، ص١٨٦.

<sup>3)</sup> د.عمر محمد، مصدر سابق، ص١٧٢.

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup>) د.عمر محمد، مصدر سابق، ص١٧٤.

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup>) د. بتول، مصدر سابق، ص١٨٦.

والمبالغة في وصف السلعة من خلال الاعلانات التجارية هو امر جرى العرف على التسامح معه تاسيساً على انه لا ترتب عليه وقوع المستهلك في الضرر او اللبس وبالتالي لا يقع تحت طائلة القانون<sup>(1)</sup>.

ثانياً: حماية المستهلك بدعوى العيوب الخفية ومطابقة الوصف. كثيراً مايعلن عن السلعة، ولكن هذه السلعة عندما يقوم المستهلك بتسلمها يجد فيها عيبا خفيا ما ولم يبين العيب في الاعلان التجاري عبر الانترنيت وكذلك فان بعد المسافات احياناً في العقود التجارية الالكترونية يؤخر وصول السلعة وبالتالي يستلزم احكام خاصة لضمان العيوب الخفية عن القواعد العامة في العقود غير الالكترونية.

نص القانون المدني على ضمان العيوب الخفية في المواد ٥٥٨-٥٧٠ ويشترط في العيب الموجب للضمان ان يكون خفياً بان لا يكون المستهلك عالماً بوجوده وقت البيع اواذا تعذر على المستهلك ان يكشفه ولو بذل عناية الرجل المعتاد. ويشترط ان يكون العيب مؤثراً والعيب المؤثر ما يفوت ثمن السلع عند التجار وارباب الخبرة او مايفوت به غرض صحيح (٢)." الفرع الثاني: ضمان العيوب الخفية

دوءالضرر التجاري الذي قد يصيب المستهلك في حالة وجود عيب خفي في السلعة اوالمنتج، وان البائع الالكتروني هو بائع محترف ويفترض علمه بعيوب المبيع<sup>(٣)</sup>. وفي القانون المدني العراقي يلتزم البائع بضمان العيوب الخفية ولكن لكي يرجع المشتري على البائع بالضمان لابد ان تتوفر شروط الضمان وهي:

١-لابد ان يكون العيب خفياً وفق المادة (٥٥٩) من القانون المدني العراقي، والعيب الخفي هو العيب الذي لايكون المشتري عالماً بوجوده وقت البيع وليس باستطاعته كشفه حتى لو فحص المبيع بعناية الرجل المعتاد<sup>(1)</sup>.

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup>) د.عمر محمد، مصدر سابق، ص۱۷.

 $<sup>^2</sup>$ المادة (۸۵۵/مدني عراقي).

<sup>3)</sup> د.عبد الفتاح، مصدر سابق، ص٦٠١.

<sup>4)</sup> د. جعفر فيصل، الوجيز في العقود المدنية (البيع - الايجار -المقاولة، المكتبة القانونية بغداد، بدون تاريخ، ص٢٢).

وعندما يشتري المهني مايدخل صنعته اومهنته، فلايسعه الادعاء بوجود عيب خفي كان من المفروض ان يعرفه نتيجة خبرته بالرغم من أن كشفه يستعصى على الرجل العادي(١).

٢ – ان يكون العيب مؤثراً وتعبر المادة (٥٥٨) مدني عرقي عن هذا الشرط بقولها (ما يفوت ثمن المبيع عند التجار وارباب الخبرة او ما يفوت به غرض صحيح اذا كان الغالب في امثال المبيع عدمه).

اماالعيب العدم المؤثر هو ذلك العيب الذي من شانه ان ينقص من قيمة المبيع او من منفعة فوات الغرض الصحيح في المبيع يعتبر عيباً اي عدم صلاحية المبيع للاستعمال المألوف وان نقص منفعة المبيع يتحدد كمعيار مادي وموضوعي (٢).

٣-ان يكون العيب قديما اي موجودا في المبيع والتعاقد تم بعده قبل التسليم، او كان سببه موجود قبل البيع او قبل التسليم ولكنه انتشر فيما بعد (٣).

اذا توفرت شروط العيب الخفي واخبر المشتري البائع بالعيب فله الرجوع على البائع بدعوى ضمان العيوب الخفية، وقد حددت المادة (١/٥٥٨) مدنيعرقي هذا الضمان بقولها (اذا ظهر بالمبيع عيب قديم كان المشتري مخيراً ان شاء رده وان شاء قبله بثمنه المسمى).

اي المشتري مخير بين فسخ العقد ورده الى البائع واسترجاع واسترداد الثمن اوعدم رده للثمن المسمى (٤).

ان احكام ضمان العيوب الخفيه ليس من النظام العام بل هي قواعد مفسرة لارادة المتعاقدين فيجوز الاتفاق على خلافها تشديداً او تخفيفاً او اعفاء (٥). فقد يصل الاتفاق الى

د. سعيد مبارك، د. طه ملا حويش، د. صاحب عبيد الفتلاوي، العقود المسماة بيع –الايجار، المكتبة القانونية بغداد، الطبعة الرابعة، ٢٠٠٩، ص ١٣٦.

<sup>1)</sup> د. جعفر الفضلي، مصدر سابق، ص٥٦٥.

<sup>2)</sup> د. جعفر الفضلي، مصدر سابق، ص١٢٧، وما بعدها.

<sup>3)</sup> د.سعید مبارك،د.طه ملاحویش،د.صاحب عبیدمصدر سابق، ص۱۳۲، وما بعدها.

<sup>4)</sup> د. جعفر الفضلي، مصدر سابق، ص١٣٦.

<sup>5</sup> تنص المادة (٢/٥٨٦) على انه (كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلاً، إذا كان البائع قد تعمد اخفاء العيب.

حد الاعفاء نظر الى طبيعة عيبه في الانترنيت على ميول المستهلك للمبيع رغم مابه من عيوب وهي الاضرار التجارية والتي تقتصر على اصابة المصالح الاقتصادية له. الا ان

ذلك غير متصور للاضرار التي قد تصيبة في سلامته الجسدية فاذا اجيز اتفاق المستهلك مع المنتج على تعديل احكام ضمان العيوب الخفية بالنسبة للاضرار التي تصيب سلامته الجسدية.

رغم الشروط التي تؤدي الى انقاص حق المستهلك في التعويض او الاعفاء في حالة اخلال المعلن باي من ذلك لم يمنع المنتجين حتى بالنسبة للاضرار الجسدية التي تصيب المستهلك كأن يعبثوا بعناصر المسؤلية. وجملة القول ان احكام الضمان خاصة مايتعلق باثاره – كافية بضمان سلامة المستهلك من الاضرار التي تحدثها المنتجات المعلن عنها عبر الانترنت (۱).

كما ان هناك حالات لا يجوز فيها فسخ العقد بل انقاص الثمن (٢).

ان القضاء المتجسد بمحكمة النقض الفرنسية قد اصدرت عدة قرارات لحماية المستهلك من العيب وتقديم المنتج، فالعيب غير مطابق للموصفات وكأن يؤسس هذه الحماية على الالتزام بضمان العيوب الخفية المقررة في القانون المدني الفرنسي وكان القضاءيضع هذه الحماية على المستهلك بصفته هذه وبين وصفه كمشتري عادي.

وكان القضاء الفرنسي يفرق بين المنتج والبائع العادي فالمنتج رجل مهني صنعالمنتجات التي طرقت للبيع في السوق ولذلك يفترض ان يعرف ما يشوب المنتج من عيبوقد ارسى القضاء رجوع المستهلك في التعاقد مباشرة على المنتج وليس على المتعاقد منه مباشرة او الرجوع على أي من الموزعين الوسطاء (٣).

2) اذا ظهر بالمبيع عيب جديد عند المشتري فليس له ان يرده والعيب الجديد موجود فيه بل له المطالبه بنقصان الثمن انظر المادة ٣٦٦ مدني عراقي

 $<sup>^{1}</sup>$ د. عمر محمد، مصدر سابق، ص  $^{1}$ 

 $<sup>^{3}</sup>$  د.عبد الفتاح حجازي، مصدر سابق، ص $^{3}$ 

ونصت المادة (٥٥) من قانون حماية المستهلاك الفرنسي عام ١٩٩٣ على وجوبالمطابقة المسبقة بين المنتج والمواصفات التي يتضمن انتاجه لها (١).

فاحكام ضمان العيوب الخفية طبقاً للقواعد العامة لاتوفر الحماية الكافية للمستهلك للاسباب الاتبة:

١ - من حيث مدة الضمان فان مدة الضمان وفق المادة ٥٧٠/مدني عرقي هي ستة الشهر من وقت تسليم المبيع .

وفي القانون المدني المصري المادة (١/٤٥٢) خلال سنة من تاريخ التسليم. وهذه المدة القصيرة التي شأنها ان توقع المستهلك في ضيق بالنظر لاحتمال ضياع حقه ولاسيماان البائع غائباً ما يعمدالى المماطلة من اجل تفويت هذه المدة في ضوء تأخير حدوث هذه الاضرار بعد أنتهاءها، خاصة بسبب التقدم التكنلوجي الذي صاحب انتاج السلع وتقديم الخدمات (٢).

والذي يرى بعض الفقه أن ضمان العيوب الخفية لا يوفر حماية موضوعية لضحايا السلع المعيبة أو الخطرة لمدة كافية إذ كثيراً ما تظهر اثار العيب والنتائج الخطرة للمبيع بعد مدة طويلة نسبياً (٣).

إن التعويض في ضمان العيوب الخفية هو على اساس المسؤولية العقدية فلا يسأل المسؤول الا عن الضرر المتوقع فقط ولا يسأل عن الضرر غير المتوقع إلا إذا ارتكب غشاً أو خطأً جسيما<sup>(3)</sup>.

بأفتراض تحقيق الغش من الصعب اثباته. والذي أخذ المشرع الفرنسي بأعتبار البائع سيء النية مجرد علمه بالعيب وان الطريقة التي اقامها القضاء الفرنسي في هذا الصدد والذي افترض علم البائع او المنتج المحترف بعيوب المبيع ولا يعفى من المسؤولية ألا بإثبات العكس

<sup>1)</sup> د.عبد الفتاح، مصدر سابق، ص١٠٧.

 $<sup>^2</sup>$ د.عمر محمد، مصدر سابق، onumber

<sup>3)</sup> د. فتحي عبد الرحيم عبدالله، نظام تعويض الاضرار التي تلحق بالامن، د. سلامة، المستهلك مجلد البحوث القانونية والاقتصادية، المنصورة ٩٩٩، ص٩٩.

<sup>4)</sup> ينظرالمادة ١٦٩، ٣ مدنى عراقي.

بأنه لا يمكنه اكتشاف العيب فهده القرينة قرينة بسيطة وأن افتراض سوء نية المنتج يكون مخالفاً للمباديء العامة التي تفضي حسن النية هو الاصل (١).

الفرع الثالث: الالتزم بضمان السلامة

ولحماية المستهلك من مخاطر المنتجات فقد نص المشروع العرقي على الالتزام المستقل بضمان السلامة عن الاضرار الجسدية التي تصيب المستهلك بسبب المنتجات وقد عالجه المشروع الفرنسي كقانون حماية المستهلكين الصادر عام ١٩٩٢ في المواد ٢٢١- ٢٢٥ نصا خاصا بمسؤلية المنتجين بوجوب حماية كل ضحايا الاضرار الجسدية الناتجةعن منتجات مطروحة في السوق بنفس الطريقة ودون التفرقة ان يكون المتضرر المتعاقد اوغير المتعاقد وثير

يرى الفقه ان الالتزام بضمان السلامة الجسدية للمستهلك او المتعاقد لا يكونالا التزاماً يتحقق نتيجة تحقيق الامان الذي يتوقعه المشتري في السلعة المبيعة حتى لا تؤدي عيوبها الى الاضرار به، وبالتالي يقع عبء الاثبات على البائع وليس المشتري إذا اراد البائه ان يتخلص من المسؤولية المدنية عليه أن يثبت أنه قام بواجب التحذير وان المشتري لم يتقيد بتعليمات التحذير فوقع الضرر (٣). وان الالتزام بضمان السلامة هو بديل للالتزام بضمان العيوب الخفية ولحماية المشتري من مخاطر المنتجات التي لا تكفل قواعد ضمان العيوب الخفية لتحقيق حماية المستهلك من الاضرار الناتجة من مخاطر البيع.

إن القضاء الفرنسي في كثير من قراراته قد ألقى المسؤولية العقدية على المنتج واضرار منتجاته الخطرة ولم تذكر في النصوص القانونية.

وقد يلجأ المستهلك إلى المسؤولية التقصيريه للمطالبة بالتعويض عن ضرر المنتجات الخطرة.

<sup>1)</sup> د.عمرمحمد،مصدرسابق،ص۱۱۳.

<sup>2)</sup> د.عبدالفتاح،مصدرسابق، ص١١٢.

<sup>3)</sup> د.عمرمحمد،مصدرسابق، ٣٣٢.

لم ينص المشروع العراقي على الالتزام بضمان السلامة في عقد البيع، والتي تنص عليه في عقود أخرى مثل عقد النقل (١).

وقد صدرت كثير من قررت محكمة النقض الفرنسية على مسؤولية المنتج والبائع المحترف عن الاضرار الناتجه عن منتجاته في مخاطر المنتجات $^{(7)}$ .

والالتزام بضمان السلامة في المنتجات الطبية ويلتزم المنتج على الاضرار منها المخاطر في هذه المنتجات وكان مخاطر المنتجات لضمان الالتزام بضمان السلامة (٣) .

ومن شروط الالتزام بضمان السلامة هي:

1 - وجود خطر يهدد احد المتعاقد في السلامة الجسدية وعقد البيع الالكتروني في ضل التقدم الصناعي وتعدد الاجهزة الحديثة مثل الاجهزة الطبية والرياضية تجعل المستهلكين يتعرضون الى خطر هذه المنتجات الصناعية المعلن عنها عبر الانترنيت.

٢ - ان يكون الحفاظ على السلامة الجسدية الحد المتعاقدين موكلاً للأخر.

-٣- ان يكون المدين ملتزماً بضمان السلامة مهنياً، فالناس يقدمون على التعامل مع هذا الشخص لخبرته ودرايته باصول المهنة او الحرفة (٤٠).

الالتزام بضمان سلامة المستهلك الالكتروني لا يمكن اعتباره التزام ببذل العناية، بل هو الالتزام بتحقق النتيجة، ويرى الدكتور عبد الفتاح البيومي بعد عرض آراء الفقه:

"ان حماية المستهلك في عقد البيع الالكتروني تقتضي اسباغ حماية خاصة عليه الهذا نرى ان البائع المحترف ملتزم بتحقيق نتيجة بصيغة مطلقة في هذه البيئة الالكترونية ويلتزم بضمان سلامة المستهلك الالكتروني" (٥).

2) ينظر المادة ١/١٠ قانون النقل العراقي رقم ٨٠ لسنة ١٩٨٣.

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup>) د.عمر محمد، مصدر سابق، ص٦٣٤.

<sup>3)</sup> ينظرقررمحكمة النقض الفرنسية نقلاً عند. حسن عبدالباسط، جميع مسؤولية المنتج عن الاضرارالتي تسببها منتجاته الخطرة : دار النهضة العربية القاهرة ٢٠٠٠، ٣٠٠٠. د. اسامة احمد بدر، ضمان مخاطرالمنتجات الطبية: داراكلين القانونية، مصر ٢٠٠٨، ٣٠٠٠.

<sup>4)</sup> د.عبد الفتاح، مصدر سابق، ص٩٠١.

<sup>5)</sup> د.عبد الفتاح، مصدر سابق، ص١٠٩ ا ١٠٠١.

المطلب الثاني: الحماية وفق قوانين حماية المستهلك تمثل الحماية في قوانين حماية المستهلك الالتزام بالاعلام وفق الرجوع.

الفرع الأول: الإلتزام بتقديم المعلومات قبل التعافد

ونص قانون حماية المستهلك العراقي رقم (١) لسنة ٢٠١٠ على حماية المستهلك والتزام المورد بالاعلام وفق المادة ٦ منه أولاً: للمستهلك الحق في الحصول (أ-جميع المعلومات عن مواصفات السلع والتعرف على الطريقة السليمة لبيعها أو -تلخيص الخدمة بإلتزام تقديم المعلومات قبل التعاقد بعرفه الصفة بأنه الالتزام الذي ينشأ في مرحلة المفاوضات العقدية الذي يفرض على كل طرف أن يعلم أو ينبغي أن يعلم، معلومات تتعلق بمحل العقد وأن يؤود الطرف الأخر بها والذي لا يعلم وليس له امكانية أن يعلم).

ويختلف الاعلان عن التزويد بالمعلومات وذلك للاختلافات الجوهرية بينهما، فالاعلان في حقيقته ما هو إلا وسيلة يلجأ المنتج أو البائع اليها لتعريف الجمهور بانتاجه، وما ورد في الاعلان من معلومات تكون مبالغ فيها حول صفات المنتج أو الخدمة اضافة إلى ذلك فالاعلانات الكاذبة والمضللة التي قد تعيب ارادة المستهلك وتوقعه في الغلط، والمعلومات قبل التعاقد ضرورية لرضا المستهلك ليحصل على محل العقد (1). والالتزام بالإعلام في نطاق العقود الالكترونية التي تتم بعد والتي يهدف من وراءها حماية المستهلك الالكتروني، تعني تنبيه المستهلك في الاعلام الرسمي المتعلق بالمنتجات المعروضة عنها وهو شرط الالتزام بالاعلام المستهلك في الاعلام الرسمي المتعلق بالمنتجات المعروضة عنها وهو شرط الالتزام بالاعلام يندرج ضمن عقود التجارة الالكترونية، ومنها الاعلام بقوانين المعلوماتية والحريات وبحسب القانون الفرنسي رقم ۱۷ في ٦ يناير ۱۹۷۸ والخاص بالمعلوماتية والحريات.

وحق المستهلك في الاطلاع على البيانات الخاصة به والتحقق منها، وانه لا يجوزالاحتفاظ بالبيانات الخاصة بالبطاقة المصرفية خلال المدة اللازمة للتعامل مع الطلب.

واعلام المستهلك بقوانين حماية ذلك المستهلك حتى يجب الرجوع اليها قبل ابرام (7).

<sup>1)</sup> د. بتول، مصدر سابق، ص**۱۲۹**.

 $<sup>^2</sup>$ د.عبد الفتاح، مصدر سابق،  $^2$ 

وان الالتزام بالتبصير او الاعلام يرى به الفقه (١). حسب القانون الفرنسي الصادر في ١٩٩٢ يجب ان يتضمن البيانات الاتية:

١ – التشهير بالخصائص او الصفات المميزة للسلع او الخدمات المعروضة وهذه البيانات هي جوهر فكرة الالتزم بالاعلام او التبصير قبل التعاقد.

٢ - الاعلام بالثمن وشروط المبيع وخاصة مايتعلق منها بالمسؤولية العقدية للمستهلك والشروط الخاصة او الاستثنائية لهذا المبيع.

٣- البيانات الالزامية في بعض العقود يلتزم القانون في بعض الحالات كالمحامي اوالطبيب بان يحرر العقد كتابة وان يضمنه بيانات محدودة مخصصة لاعلام المستهلك بالالتزامات المتبادلة بين الطرفين وبعدم جواز الاتفاق على الاعفاء من هذه الشروط حماية للمستهلك الذي قد لا يعلم حقيقة العيوب الخفية التي تعمد المنتج او التاجر في اخفائها وقد عالجتها المواد ١٩٩١ و ٢/١٦ في القانون الفرنسي الصادر في عام ١٩٩٦ بشأن حماية المستهلك.

ان الالتزام بالاعلام قبل التعاقد من شأنه ان يؤدي الى فتور المتعاقد عن الاقبال على التعاقد، ولهذا الالتزام جبراً على المسؤلية المدنية بالالتزام بالاعلام قبل التعاقد هوالمستفيد في التعاقد مع الطرف الدائن فلابد ان يضمن له تحقيق كافة النتائج الايجابية بالعقد.

فان حيازة المدين بالمعلومات المؤثرة والجوهرية في التعاقد في نفس الوقت يستحيل على الدائن او المستهلك العلم بها كفرد من شأنه ان يحقق وفق مواده عدم قدرة المستهلك على الالمام بهذه المعلومات والاحاطة بها عن طريق المدين. كما ان الالتزام مرتبط برضاالمستهلك ويبقى هذا الرضا مشوب بعيب اذا لم يتزود المستهلك بالمعلومات الكافية والجوهرية عن المنتج او الخدمة محل العقد.

وان على المتعاقد المحترف في المعاملات العقارية يقع على عاتقهم تجاه المشترين واجب الاستعلام والتحري عن حقيقة الموقف المادي والقانوني للارض محل العقد (7).

 $<sup>^{1}</sup>$  د.أسامة ابو المحسن مجاهد، مصدر سابق، ص $^{1}$  .

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup>) د.عمر محمد، مصدر سابق، ص٥٩-٢٥٩.

وفي المجال الطبي على الطبيب عند العلاج الطبي اعلام المريض حول العملية الجراحية ومدى نجاحها وكل البيانات الضرورية حول ذلك (١).

واختلف الفقه حول طبيعة الالتزام بالاعلام قبل التعاقد فبخصوص الفقة يذهب إلى أنه التزام ببذل عناية وبالتالي يستطيع المدين بهذا الالتزام أن يتخلص من المسؤولية المدنية باثبات انه بذل عناية الرجل المعتاد لاعلام الدائن أو المستهلك بينما يرى الرأي الراجح أنه التزام بتحقيق نتيجة فإذا اخل المدين بالتزامه بتزويد المستهلك بالمعلومات والبيانات الجوهرية فإنه لا يتخلص من المسؤولية إلا بإثبات السبب الذي ادى الى ذلك لينحازفي هذه العلاقةالى المستهلكين أكثر، وحفظ وحماية المستهلك في المرحلة التي تسبق العقد

ويساهم الاتجاه بالاخذ بالالتزام بنتيجة في حماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية وان العلاقة بين الطرفين غير متوازنة في العلم والمعرفة والمعلومات اللازمة لابرام العقد وان جعل الالتزام بالاعلام التزاماً يحقق نتيجة لتحقيق التوازن على نحو يلزم المتعاقد المحترف بامداد المستهلك بكافة المعلومات التي تساهم في تحقيق رضاه وصنع قرره في التعاقد (٢).

ان مسالة علم المدين بالبيانات العقدية اللازمة لابرام العقد عبء اثبات هذا العلم يقع على الدائن باعتباره المدين بهذا الالتزام، وانه هو المدعي خلاف الاصل وعدم علم الدائن والبينة على المدعى لانه يدعى خلاف الاصل..

وهذا مااكدته محكمة النقض الفرنسية بقولها يقع على عاتق الدائن بالالتزام بالاعلام اولاً وقضت ثبات حق علم الطرف الاخر بالبيانات اللازمة (٣).

#### الفرع الثاني: حق الرجوع عن العقد

ان المهنيين يرفضون تسليم نماذج العقود الى المستهلكين الا بعد التوقيع عليها بعدالتعاقد حارمين المستهلك من التغيير المسبق في شروط العقد قبل ابرامه لذا يصبح الالتزام

<sup>1)</sup> د. اسامة، مصدر سابق، ص۳۰ .

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup>) د.عمر محمد، مصدر سابق، ص۲۹۰.

<sup>3)</sup> قضاءمحكمةالنقض قضية مدنى،اكتوبر ١٩٤ نقلاًمن د. عمرمحمد ، مصدرسابق، ص٢٦١.

خارج العقود قبل العقد امرا الزامياً. بينما حق الرجوع عن العقد يوضح ان المستهلك الالكتروني له حق خيار الرؤية وذلك لانه يشتري السلعة عبرالانترنيت، ولم يكن قادر على معاينه

البضاعة كان قد راى صورتها وعلم باوصفها المكتوبة على شاشة الانترنيت فاذا تسلم السلعه كان له حق خيار الرؤيا فله بعد ذلك الحق في فسخ العقد او امضائه بعد الرؤيا ان حق رخصة الرجوع اصدرتها القوانين الفرنسي رغم تعارض هذه الرخصة في القوة الملزمة للعقد ونص عليها في قوانين المستهلك المتعاقبة ١٩٧١-١٩٧١ وقانون يناير لسنة ١٩٨٨.

وفي القانون المدني العراقي المتأثر بالفقه الاسلامي اخذ بالرخصة (حق الرجوع) بما يعرف ضياء الرؤية اخذ المواد ٣٣٠-٣٣٠ في الاحكام العدلية وخيار الرؤية رخصة تثبت للمشتري الذي لم ير المبيع وقت التعاقد او قبله تخوله الحق في فسخ العقد او ان يمضيه (٢).

والمقصود بالرؤيا ليس الرؤيا الحقيقية بل المجازية وكل مايمكن الوقوف على البيع باحدى الحواس الخمسة بالذوق والشم والنظر والحس والسمع وهذا ماتضمنه صراحة المادة ٢٠٥ مدني عراقي بوصف البيع للاعمى رؤية يحق له استعمال خيار الرويا ووفق المادة ٢٠٥ مدني عراقي تسقط خيار الرؤيا بوصف الشيء وصفاً يقوم مقام الرؤيا وشراءالمشتري برؤية المبيع وموت المشتري لان هذه الرخصة لها حق يقتصر على المتعاقد و لا ينتقل الى الورثة.

ان الحق في الرجوع له شبه في الغاء العقد بالاراد المنفردة وكل من حق الرجوع والالغاء يكون بالارادة المنفردة دون الرجوع الى المتعاقد الاخر ودون ان يلتزم بتبريرات واسباب على الرجوع في العقد ولا تخضع لرقابة القضاء لكن الغاء العقد لا يكون في كل العقود، فبعض العقود لا يمكن الغائها بالارادة المنفردة مثل عقود المعاوضة وعقد البيع ملزم للجانبين تبيين المدة التي تنقضي على فسخ العقد للاخلال بالاتزام العقدي ويختلف حق الرجوع عن فسخ العقد فالاخير لا يجوز إلا في العقود الملزمة للجانبين وإذا اخل أحد الطرفين

 $^{2}$ ) ينظر تفاصيل في الرؤية د. جعفر الفضلي، (مصدر سابق ، ص $^{7}$ .

<sup>1)</sup> د.عبد الفتاح، مصدر سابق، ص٨٩.

٥٨٤

بالتزاماته التعاقدية (1). أما حق الرجوع فيجوز حتى لو لم يخل الطرف الأخر بألتزاماته التعاقدية(1).

ووفق المادة (٦) من قانون حماية المستهلك العراقي ، فللمستهلك ولكل ذي مصلحة اعادة السلع كلا اوجزا الى المجهز.

وإن للمستهلك في التجارة الالكترونية الحق على المتعاقد عندما يعلن عن سلعته أو خدمته أو يعرضها على المستهلك عبر الانترنيت امداده بالبيانات الجوهرية، وابداء النصح والتعاون على نحو تحقيق علم شامل للمستهلك، او عما يطلق عليه نفي الحالة، حتى تكون ارادة المستهلك حرة حال التعاقد وعدم قيام المتعاقد باستعمال الحيل والخداع حال تعاقده، اصبح يدفع المستهلك للتعاقد غير مبصراً بالتزاماته المستقبلية اضافة إلى اثر ذلك على صيغة العقد فقد يترتب مسؤوليته الجنائية حسب قوانين التجارة الالكترونية على التزامات لم يف بها وهو يجهلها.

وان الاخلال بالالتزام بالاعلام هو اخلال بالتزام عقدي يرتب المسؤولية العقدية على المدين المخل بهذا الالتزام كما إن عدم الادلاء بالمعلومات قد يصيب ارادة المستهلك أحد عيوب الارادة الغلط أو التغرير مع الغبن الفاحش مما يجعل العقد موقوفاً وله حق فسخ العقد بسبب هذا العيب كما له أن يطالب بالتعويض عما اصابه من ضرر طبقاً لأحكام المسؤولية العقدية (٣).

<sup>1)</sup> د. حمد محمد، مصدر سابق، ص۷۹۷.

<sup>2)</sup> تنص المادة ٦٤٦، مدني عراقي على انه إذا نفذ العقد كان لازماً ولا يجوز لأحد المتعاقدين الرجوع عنه ولا تعديله الا بمقتضى نص القانون أو بالتراضي.

ينظر في فسخ العقد مادة ١/١/١/مدني عراقي.

<sup>3)</sup> د.عبد الفتاح، مصدر سابق، ص٨٥-٨٦، د.عبد الحق حميش، حماية المستهلك الالكتروني، كلية الشريعة والقانون، مطبعة الامارات، د.ت، ص٨٩٨.

المبحث الرابع: الحماية المقررة في قوانين حماية المستهلك

نصت قوانين حماية المستهلك على التزام بالاعلام ومنها قانون حماية المستهلك العربي وقوانين حماية المستهلك العربية الاخرى وان الاخلال بهذا الالتزام يرتب المسؤولية على المدين به.

كذلك نص القانون الفرنسي على حق الرجوع لذا تقسم المطلب الى فرعين الاول الالتزام بالاعلام والثاني حق الرجوع.

المطلب الاول: المسؤولية المدنية للمعلن عن الإعلان التجاري المضلل

وفق المادة ٧/ من قانون حماية المستهلك العراقي يلتزم المجهز او المعلن بعدم الترويج باية وسيلة من وسائل النشر والاعلام والدعاية للسلعة او الخدمة التي لاتوجد فيها المواصفات القياسية المحلية او الدولية المعتمدة.

وفق المادة 1 منه يحظر على المجهز او المعلن أولاً: يمارس الغش والتضليل والتسبب او اخفاء حقيقة المواد المعلن عنها للمواصفات المعتمدة في السلع والخدمات كافة واخفاء او تغيير او ازالة او تحريف تاريخ الصالحية واذا المعلن خالف احكام المادة (٩) فان المادة (١٠) منه تقرر عقوبة الحبس لا تقل عن ثلاثة اشهر او بغرامة لا تقل عن مليون دينار او بهما معا.

وبما إن القانون يحظر على المعلن استعمال الغش او التضليل لذا يستطيع المستهلك المتضرر من هذا الاعلان المضلل ان يرفع دعوى بالمسؤولية التقصيرية على المعلن مطالبا بالتعويض عما اصابه من ضرر طبقا لقواعد العامة في القانون المدني.

يستطيع المستهلك المتضرر من الاعلان ان يرفع دعوى تنفيذ الالتزام على المعلن طالباً منه تسليم الشيء ذاته ونفس النوع في الاعلان التجاري وفق المادة ٢٤٦ مدنى عراقي.

ان اساس مسؤولية المعلن العقدية في الاعلان يمثل ايجاب موجه في حالة الاعلان عن البضائع مع بيان اسعارها(١).

\_

 $<sup>^{1}</sup>$ ) المصدر السابق.

بينما نص قانون حماية المستهلك على تشكيل مجلس لحماية المستهلك يتمتع بالشخصية المعنوية.

حيث يتولى حماية المستهلك الطرف الضعيف والمادة (٥) تحدد مهام المجلس في رفع مستوى الوعي الاستهلاكي وتلقي الشكاوي و توجيه الانذار للمخالف و التعريف عن مهام واختصاصات جمعيات المستهلك وتحقيق الوعي وحقوق المستهلك إذ تتنوع صور الحماية المدنية المقررة للمستهلك عن الاعلان التجاري المضلل عبر الانترنيت، وتسعى بعض التشريعات الى تعزيز حق المستهلك في ضمان حقوقه من خلال الاعلان لجمعيات ومنظمات حمايةالمستهلك وبالحق في اقامة دعوى حماية للمطالبة بحقوق المستهلكين (١).

ولكن السؤال الذي يطرح نفسه هو: مدى احقية هذه الجمعيات في اقامة الدعوى، بين النقابة والادعاء العام ولا بد ان تتوفر في الدعوى التي تقيمها هذه الجمعيات شروط صورة الدعوى المدنية للمستهلك (٢).

ومراجعة قانون الجمعيات العراقي رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٠ فليس هناك نص يقرر بشكل صريح على حق الجمعية في دعوى بالنيابة عن المستهلك.

كما أن القضاء الفرنسي ووفق قانون ١٩٧٣ قانون الجمعيات الفرنسي الذي منح الجمعيات هذا الحق، أي في النظام الداخلي لها حق حماية مصالح المستهلك وحقوقه في نحو القضاء المدنى والجنائي (٣).

وهناك جمعيات التحكيم الامريكية التي اعدت مشروع قانون التحكيم المباشر عبرالانترنيت ولها حق رفع الدعوى على المعاملات التجارية الخادعة والمضللة.

المطلب الثاني: الرقابة على الإعلان التجاري المضلل

لحماية المستهلك من الاعلان المضلل عبرالانترنيت بوصفه احد اسباب الغش والخداع، فقد ادرك المهنيون مخاطر الاعلان التجاري تجاه السلع بقدر ما اثبتته عمليات

<sup>.</sup> السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك اثناء تكوين العقد في ١٩٨٦، المصدر السابق، ص١٨٧.  $^{1}$ 

<sup>2)</sup> د. بتول، مصدر سابق، ص۱۸۷.

 $<sup>^{3}</sup>$  اعادة  $^{2}$  و  $^{2}$  في هذا القانون.

السوق وسلوكيات المستهلك حيث افرزت التجارب ان نجاح المهنيين والمنتجين في السوق وتوزيع وترويج منتجاتهم انما امر يقاس بمدى نجاحهم في تغرير ثقة المستهلكين ازاءهذه المنتجات ولن تكون هذه الثقة الان من خلال اتباع اسلوب اخر اطلق عليه (الانضباط الذاتي) وتقيس ذلك قيام المعلنين ووكالات الاعلان في فرنسا بانشاء جمعية تراقب الاعلان التجاري من خلال مكتب يتحقق من مطابقة الاعلان لقواعد واداب المهنة (۱). يشير الواقع أن العراق فبي ضل عدم وجود جهة لها صلاحيات في مجال الرقابة على الاعلان فعلى الصعيد الجانب التنظيمي المتمثل بتشريع القوانين والانظمة فانها لا تتعدى قانون مكاتب الدعاية والاعلان رقم التنظيمي المتمثل بالمعدل ويلاحظ مع القانون وجود قصور حقيقي في تنظيم هذا الموضوع إذ يتضمن هذا القانون مادة واحدة هي المادة السابقة تنص على انه ((تخضع مكاتب النشر والاعلان للرفابة والتفتيش من قبل وزارة الثقافة والاعلام)).

وصدرت تعليمات رقم ٤١ لسنة ٢٠٠١ (٢) وتتحدد هذه التعليمات بحماية المركز واهدافه التي تنحصر عموماً باعداد البحوث والدراسات القطرية والميدانية وكشف حالات الغش التجاري عموماً ومنهجيتها في الاعلانات الكاذبة والمضللة.

#### الخاتمة: نتائج البحث

- إن الإعلان المضلل يلحق ضرر بالمستهلك وهو الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية فيصيب إرادته بعيب الغلط بسبب التغرير.
- ٢. وهناك فرق بين الإعلان الكاذب والمضلل وان كان كل منهما يحقق مسؤولية المعلن عن الإضرار التي تلحق بالمستهلك بسبب هذا الإعلان.
- ٣. اختلف الفقه حول مفهوم المستهلك الى اتجاهين، الاتجاه الواسع الذي يشمل المهني ايضاً بشرط أن يكون الفرض في تناول السلع والخدمات استهلاكي والاتجاه الضيق الذي يقتصر على المستهلك العادي غير المهني سواءاً كان طبيعي أو معنوي واخذ قانون حماية المستهلك العراقي بالاتجاه الواسع.

<sup>،</sup> نشرة هذه التعليمات في الوقائع العراقية عدد  $\pi$ 9  $\pi$ 9 في  $\pi$ 1/1  $\pi$ 9 .

 $<sup>^{2}</sup>$ د.عمر محمد، مصدر سابق،  $^{2}$ 

- ع. تطبق القواعد العامة لفسخ العقد بسبب عيب التغرير والقواعد بضمان العيوب الخفية وهذه القواعد لا توفر حماية كافية للمستهلك بسبب انه يواجه متعاقد محترف ومهني وبسبب تطور المنتجات الصناعية والاستهلاكية والتقدم التكنلوجي وبسبب تطور وسائل الاعلان والإغراء الاعلامي وصولاً الى استخدام الانترنيت.
- •. تضمن قوانين حماية المستهلك احكام خاصة للمستهلك بسبب ضعف القواعد العامة للحماية تتمثل بالالتزام بإعلام قبل التعاقد وحق الرجوع وقد نص على ذلك صراحة قانون حماية المستهلك العراقي.
- 7. ان المستهلك الالكتروني الذي يتعاقد عبر وسائل الاتصال عن بعد بناء على الاعلانات الالكترونية لا يعرف أي قانون واجب التطبيق على علاقته قبل التعاقد ليعرف حقوقه والتزاماته بسبب صلاحيات اختلاف القواعد القانونية والقضائية من بلد لأخر.

#### المقترحات

- 1. تقترح بتفعيل قانون حماية المستهلك بصورة عملية وواقعية وليس حبر على ورق كما نرى فهو منذ (٢٠١٠) لحد الان لم يهتم بحماية المستهلك من المنتجات الاجنبية ومخاطر المنتجات.
- Y. تفعيل جمعيات حماية المستهلك واشراك المستهلك فيها لتكون لها قوة اكبر لحماية المستهلك والمطالبة بحقوقه عن طريق دعوى جمعيات حماية المستهلك.
- ٣. تفعيل وتشغيل لجان التفتيش ليس فقط على المنتجات وانما على المنشورة في وسائل الاعلان المختلفة وخاصة الانترنيت.
- ٤. وضع ضوابط للاعلانات التجارية عبر الانترنيت وبالتعاون مع الدول الاقتصادية الكبرى والمنتجة والتي يعتمد السوق العراقي على منتجاتها.
- و. لا بد ان يبين المشرع العراقي في قانون حماية المستهلكين مدة حق الرجوع وعدم تركها غير محدودة وذلك لاستقرار التعامل التجاري.
- 7. لا بد من تحديد مسؤولية المعلن عن خطر التضليل والغش وجعل هذه المسؤولية من النظام العام حتى لا يرتكب المعلن غشاً وبسوء نية ويتم اعفائة من المسؤولية.

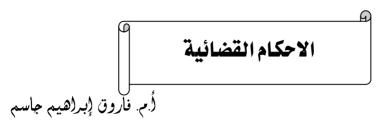
٧. لا بد ان تسجل الشركات المؤسسات الاعلانية المعترف بها واين تنشر اعلانها عبرالانترنيت في سجلات كمافي تسجيل الشركات وبالتنسيق مع الدول الاخرى حماية للمستهلك الذي قد يكون المعلن مؤسسة مجهولة لا وجود لها.

#### المصادر:

- ١. د. أحمد سعيد الزفرد، الحماية القانونية من الخداع الإعلاني في القانون الكويتي، مجلة الحقوق جامعة الكويت العدد ٤ السنة ١٩٩٦.
  - ٢. د. أحمد محمد أحمد أوسيد، حماية المستهلك في القضية الإسلامية ووسائل حمايته في الاسلام، ٢٠٠٨.
    - ٣. د. اسامة عبد الحسن حجامة، خصوصية التعاقد عبر الانترنيت بدون مكان أو تاريخ.
      - د. بشير عباس العلاف وعلى ربايعة، العقد الاعلاني، دار البارودي عمان ١٩٩٨.
- د. توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام (١٩٧٨، الالتزامات في القانون المدني، مصادر الالتزام جامعة بغداد، ١٩٩١.
  - ح. جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية (البيع الايجار -المقاولة، المكتبة القانونية بغداد، بدون تاريخ.
- ٧. د. جمال زكي الحديدي، البيع الالكتروني للسلع المقلدة عبر شبكة الانترنيت، الطبعة الأولى جامعة مصر،
   ٢٠٠٨.
- ٨. د. حسن عبد الباقي جمعه، الحاجة الخاصة لرضا المستهلك في عقود الاستهلاك مركز الدراسات القانونية والفنية القاهرة، ٩٩٩٩.
  - ٩. د. حسن على، النظرية العامة للالتزامات، الجامعة المستنصرية بغداد، ١٩٧٠.
- ١٠ د. حمد الله محمد حمد الله، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التقنية في عقود الاستهلاك دار الفكر العربي القاهرة، ١٩٩٧.
  - ١١. د. رمضان ابو السعود، مبادئ الالتزام الوزاري، القاهرة، ١٩٨٦.
- ١٠ د. سعيد مبارك، د. طه ملا حويش، د. صاحب عبيد الفتلاوي، العقود المسماة بيع الايجار، المكتبة القانونية بغداد، الطبعة الرابعة، ٢٠٠٩.
  - 11. د. عبد الحق حميش، حماية المستهلك الالكتروني، كلية الشريعة والقانون، مطبعة الامارات، د.ت.
    - ١٠ عبد الرحمن صالح، حماية المستهلك في التشريع الاردني عمان الاردن، ١٩٩١.
- ١. د. عبد الفتاح بيومي حجازي، حقوق الملكية الفكرية وحماية المستهلك في عقود التجارة الالكترونية، دار الكتب القانونية مصر، ٢٠٠٨.
  - 11. د. عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، منشأه المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٤.
- ١٧ د. فتحي عبد الرحيم عبد الله، نظام تعويض الاضرار التي تلحق بالأمن وسلامة المستهلك مجلد البحوث القانونية والاقتصادية، المنصورة، ١٩٩٩.

#### ٥٩٠ مجلة الحقوق . . العددان ٣٥ - ٣٦

- ١٨. د.حمد الله محمد حمد الله حماية المستهلك في مواجهة الشروط في عقود الاستهلاك دار الفكر العربي مطبوع،
   ١٩٩٧.
- ١٩. دراسة منشورة، عير شبكة الانترنيت، منير البصري وأحمد المنصوري، حماية المستهلك في الشروط التقنية،
   ١١/١٠ على الموقع: http://droiteivol.over.blog.com
  - ٠٢٠ القانون المدنى العراقي رقم ٠٤ لسنة ١٩٥١.
    - ٢١. قانون النقل العراقي رقم ٨٠ لسنة ١٩٨٣.
  - ٢٢. قانون حماية المستهلك العراقي رقم ١ لسنة ٢٠١٠.



بالنظر للأهمية الكبيرة للأحكام القضائية في فهم احكام القوانين في مسارها العملي، وهي تواجه الوقائع او التصرفات او الافعال في جانبها العملي، وبث الحياة في نصوص القوانين فقد قررت ادارة المجلة افتتاح باب جديد يعنى بنشر احكام القضاء العراقي والاجنبي. وكذلك التعليق على احكام القضاء. وندعو الجميع الى تقديم مساهماتهم في اغناء هذا الباب سواء بالأحكام القضائية الحديثة، او التعليق على الاحكام الصادرة من المحاكم.

اولاً:– القضاء العراقي

مسؤولية جنائية– تعويض

رقم القرار: ١٤٢، الهيئة الموسعة المدنية – محكمة التمييز الاتحادية

تاریخ القرار: ۲۰۱٦/٦/۱۳

((حيث انه من الثابت في محضر الكشف الجاري على الجثة من قبل القائم بالتحقيق بتاريخ الحادث في 7.1./9/7، وفي الفقرة الرابعة منه بانه شاهد حرق في اليد اليسرى، وبالتحديد كف المجني عليه من اثر صعقة كهربائية. كما انه من الثابت من اقوال الشاهد (--) بانه شاهد المجني عليه ممسكاً بيده بالسلك الكهربائي المثبت في عمود الكهرباء وكان نصف جسم المجني عليه في الماء وكان يهتز بقوة وذلك لوجود تسرب كهربائي بالسلك من العمود المجاور للنهر. وكذلك الحال بما جاء بأقوال الشاهد الاخر(--) واقوال والد المجني عليه. ولما ورد في محضر الكشف الفني الجاري من قبل الخبراء المهندسين الثلاثة الذي خلص الى مسؤولية دائرة الكهرباء بنسبة (9.10)0 في حصول الحادث. لذلك

على المحكمة الاستجابة لادعاء المدعي والحكم له بما يستحقه من تعويضات وفق نسبة التقصير والاستعانة بخبراء من ذوي الاختصاص....))

#### تعويض عن الضرر

رقم القرار: ٤٨/ الهيئة الموسعة المدنية/ ٢٠١٧– محكمة التمييز الاتحادية

تاریخ القرار: ۲۰۱۷/۲/۲۸

((ولما كان المميز – اضافة لوظيفته – يطالب بالأضرار الحاصلة في المدرسة التي انشأها وفقاً للمقاولة التي تم احالتها عليه من قبل محافظ البصرة، وان الاضرار المذكورة كانت نتيجة الاشغال من قبل تابعي المميز عليه – اضافة لوظيفته –. وحيث ان شهادة القبول النهائية للأعمال المنجزة لم تصدر بعد، فله المطالبة بالتعويضات عن قيمة اصلاح الاضرار التي احدثت نتيجة الاشغال ان وجدت)).

### ازالة مشيدات

رقم القرار: ١٣٧٦/ هيئة استئنافية عقار ٢٠٠٧/ محكمة التمييز الاتحادية تاريخ القرار: ٢٠٠٧/٧/٤

وحيث ان ((الطرفين شركاء على الشيوع في العقار موضوع الدعوى. وقد بنى المميز – المدعي عليه – داراً له في جزء من ذلك العقار وعجز عن اثبات الحصول على اذن المميز عليه – المدعي – له بالبناء في هذا الجزء ورفض تحليفها اليمين الحاسمة التي منحت له استئنافاً فيكون قد خسر ما توجهت به اليمين. اما دفعه بسبق وجود مهيأة مكانية سعت المميز عليها فأن هذه القسمة على منافع العقار تتعلق بإدارته ادارة معتادة اما اقامة الابنية فان يخرج عملاً من اعمال الادارة غير المعتادة التي تستلزم موافقة جميع الشركاء

على هذا التصرف، واذا لم تحصل هذه الموافقة فيكون المميز متجاوزاً على سهام شريكه في العقار ويلزم برفع هذا التجاوز بالبناء دون تسليم الارض)).

#### فضالة

رقم القرار: ٦٦٣/ ٢٠٠٩، محكمة استئناف كربلاء الاتحادية. الهيئة التمييزية تاريخ القرار ٢٠٠٩/٦/٢٨

((ان اجازة العقد الفضولي يعتبر توكيلاً حسبما هو ثابت قانوناً وقضاء اذ ان الاجازة اللاحقة في حكم الوكالة السابقة (المادة ٩٢٨ مدني). وان الاقرار بالفضالة يرتب عليه جميع اثار الوكالة)).

اعمال تجارية - اختصاص بنظر الدعوى

رقم القرار: ٦١/ الهيئة الموسعة المدنية – محكمة التمييز الاتحادية

تاریخ القرار: ۲۰۱٦/۳/۷

((وحيث ان اختصاص محكمة البداءة المختصة بالنظر في دعوى عقود المقاولات حدده البيان رقم (١٤٧/ق/أ) في ٢٠١٢/٢/٢٠ ، الصادر عن مجلس القضاء الاعلى بالنظر في دعاوي عقود المقاولات الي تكون فيها دوائر الدولة طرفاً فيها. اما اختصاص محكمة البداءة المختصة بنظر الدعوى التجارية فقد حدده البيان الصادر عن مجلس القضاء الاعلى بالعدد (١٣٦/ق/أ) في ٢٠١٠/١/١ وذلك بالنظر في الدعوى التجارية اذا كان احد الاطراف فيها من غير العراقيين – اذا كان المدعي عليه هو في الدعوى المدير المفوض لشركة انكو التركية اضافة لوظيفته –. وبالرجوع إلى احكام المادة (٥) من قانون التجارة نجد ان الفقرة تاسعاً منها اعتبرت نقل الاشياء او الاشخاص من الاعمال التجارية، وبذلك يكون النظر في الدعوى من اختصاص محكمة البداءة المختصة بنظر الدعوى التجارية......)

## شركة بسيطة

رقم القرار: ١١٩١/ استئناف منقول/ محكمة التمييز الاتحادية

تاریخ القرار: ۲۰۰۹/٤/۲۷

(ولما كان الحكم الاستئنافي قد اعتبر العقد المبرم بين طرفي الدعوى باطل لعدم استيفائه على الشكلية القانونية المنصوص عليها في قانون الشركات النافذ بتاريخ ابرامه. وهذا النظر من جانب محكمة الاستئناف هو الاخر قد جانب الصواب، وذلك لان قضاء محكمة التمييز بهيئتها العامة قد استقر على ان عقد الشركة البسيطة غير الموثق لدى كاتب العدل والمودعة نسخة منه لدى مسجل الشركات يعتبر باطل بالنسبة للغير حصراً، اما بين طرفي العقد فيعتبر عقداً صحيحاً منتجاً لأثاره القانونية، وهذا ما جاء بالقرارات التمييزية (٥٥/ هيئة عامة/ ٥٠٠٠) و (٢٠ / هيئة عامة/ ٢٠٠٠) في ٢٠٠١/٩/١ في ٢٠٠١).

## أكتتاب باسهم شركة مساهمة

رقم القرار: ۱۷۳۲/ الهيئة الاستئنافية/ ۲۰۱۲/ محكمة استئناف بغداد – الرصافة

## تاریخ القرار: ۲۰۱۲/۸/۷

((وحيث ان المدعي قد شارك في الاكتتاب الجاري بزيادة راس مال مصرف (-) وقدم الصك المرقم (-) دون ان يكون لديه رصيد بمبلغ الصك في المصرف المسحوب عليه بتاريخ السحب حسبما جاء بكتاب المصرف، مما اخل بصحة اشتراكه في الاكتتاب، ومن ثم تكون مطالبة المدعي بصحة الاكتتاب لا سند لها من القانون وفق م (+ اولاً) من قانون الشركات رقم (+ السنة + المراكب السنة + المراكب السنة + المراكب المستقال المراكب المر

# منع من السفر - قانون تحصيل الديون الحكومية رقم القرار: ١١٠٧/ الهيئة المدنية منقول/ ٢٠٠٨ محكمة التمييز الاتحادية.

تاریخ القرار: ۲۰۰۹/۲/۱۸

((يجب على المحكمة – وقبل اصدار حكمها – اجراء التحقيقات اللازمة بشأن الديون المترتبة بذمة المميز عليه – المدعي – لصالح المميز – المدعي عليه – المستحقة الأداء ومقدار تلك الديون ومدى صلاحية المميز – المدعي عليه – باستحصال تلك الديون استناداً لقانون تحصيل الديون الحكومية رقم (٥٦) لسنة ١٩٧٧) وكانت محكمة الموضوع قد قضت بإلغاء قرارات منع السفر ووضع اشارات الحجز على اموال المدعي وكفيله الصادر من المدعي عليه بوصفه (شركة عامة). مسوغة قرارها بان قرارات منع السفر ووضع اشارات الحجز على الاموال من الصلاحيات المنوطة بالقضاء استناداً إلى احكام قانون المرافعات المدنية النافذ.

## حجية الصور الضوئية في الاثبات

رقم القرار: ١١٥/ الهيئة الموسعة المدنية ٢٠١٢/١ محكمة التمبيز الاتحادية.

# تاریخ القرار: ۲۰۱۲/۸/۱٤

وحيث ((ان المميز لم يقدم ما يؤيد تنفيذه لالتزاماته واستلام المواد المجهزة وكمياتها بنسخ اصلية رسمية صادرة من هذه الجهة المتعاقد عليها، وبالتالي يعد عاجزاً عن الاثبات لا ن النسخ الضوئية لا يعتد بها لا لمجرد الاستئناس استناداً للمادة (٢٤/ ثالثاً) من قانون الاثبات رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩).

## تحليف الشخص المعنوي اليمين

رقم القرار: ٢٣١/ الهيئة المدنية منقول/ ٢٠٠٨ محكمة التمييز الاتحادية تاريخ القرار ٢٠٠٨/٥/٧

((وحيث ان المدعي لم يبرز المقاولة التي تبين التفاصيل المتفق عليها، كما ان المدعي لم يثبت كونه قام بإنجاز الاعمال التي اتفق عليها مع المدعي عليه/ اضافة لوظيفته. وكذلك بتجهيز المدعي عليه فعلاً بتلك المواد. وان طلب المدعي اصدار الحكم معلقاً على النكول على اليمين عند الاعتراض فان المحكمة غير ملزمة بإصدار مثل هذا الحكم لأنه يعد المراً جوازياً تقرره استناداً لأحكام المادة (١١٨) من قانون الاثبات. كما ان الشخص المعنوي لا يحلف اليمين).

#### اثبات نسب

رقم القرار: ٧٠٩/ شخصية اولى ٢٠٠٨/ محكمة التمييز الاتحادية

تاریخ القرار: ۲۰۰۸/۳/۹

وجد بأن ((القرار غير صحيح ومخالف لأحكام الشرع والقانون ذلك لان محكمة الموضوع قد اصدرته قبل استكمال تحقيقاتها في الموضوع، كما انه كان من الواجب مفاتحة المستشفى التي حصلت الولادة فيها. ومعرفة تاريخ حصولها. وهل صدر بيان بالولادة بذلك من عدمه. مع ملاحظة انه عند ترجيح البينات منح صاحب البينة المرجوحة حق توجيه اليمين الحاسمة لصاحب البينة الراجحة (مادة ٨٦ من قانون الاثبات) لا توجيه اليمين المتممة)).

## صحة عقد زواج

رقم القرار: ٢٧٦/٢٧٥/ الهيئة الموسعة المدنية/ ٢٠١٦/ محكمة التمييز الاتحادية

تاریخ القرار: ۲۰۱۹/۱۱/۲۸

((لدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه غير صحيح ومخالف لأحكام الشرع والقانون لان المعترض عجز عن اثبات دفعه بوجود اتفاق بينه وبين المعترض عليها (المدعية) يقضي بان يعود (المعترض عليها) للعراق، وان يلحق بها حين عودته. وان المحكمة منحته حق تحليف (المعترض عليها) اليمين الحاسمة بخصوص الدفع المذكور فرفض وكيله توجيهها بالصيغة المثبتة او بأي صيغة اخرى. كما ان المحكمة ضمنت حكمها المميز فقرة حكمية اشارت فيها الى فسخ عقد الزواج المبرم بين المعترض عليها (المدعية) والشخص الثالث إلى جانب المعترض عليها الصادر عن محكمة الاحوال الشخصية في (-) وان العقد المذكور لا يرد عليه الفسخ كونه عقد (فاسد) ابرم في ظل قيام الزوجة بين المعترض والمعترض والمعترض عليها. اذ ان حكم التفريق بينهما لم يكتسب الدرجة القطعية ليتسنى ابرام عقد زواج اخر فكان على المحكمة تضمين حكمها فقرة تتضمن بطلان زواج المعترض عليها من الشخص الثالث وتبيه الطرفين بالمتاركة وفقاً للأحكام الشرعية...)).

ثانياً.– القضاء اللبناني

تخلف نية الاشتراك في الشركة

محكمة استئناف بيروت- الغرفة الثانية عشر- رقم القرار ٣٦٥

تاریخ القرار: ۱۹۹۲/٤/۳

((بما ان الركن الرابع من اركان الشركة يقوم على نية المشاركة، اي القصد لدى الشركاء بالتعاون الايجابي فيما بينهم لأجل تحقيق اغراض الشركة وتحمل المخاطر الناتجة عن ذلك ولما كان عقد الشركة اعطى للشريك (المستأنف عليه) حق الاطلاع بذاته او بواسطة مندوب له اخر كل سنة على سجلات وحسابات الشركة، وبما انه قد تبين من تقرير الخبير بان المستأنف عليه لم يمارس اي عمل ينبئ عن نيته بالمشاركة لأجل تحقيق اغراض الشركة وتحمل المخاطر، فهو لم يهتم يوماً بممارسة حقه بالمراقبة على سجلات الشركة واجراء المحاسبة، وبالمقابل فان المستأنف – الشريك المفوض – لم يقدم للمستأنف عليه حساباً عن اعماله، ولم يتبين بأنها كانت تتصرف كشريك مفوض، بل كانت كل اعمالها منصبه على تسيير مصالحها الخاصة، ومن ثم يبدو بأن ارادة فريق العقد لم تتجه الى انشاء شركة توصية بسيطة، وممارسة الاعمال التجارية من خلال مؤسساتها وانظمتها. وطالما ان هذه الشركة لم تبرز الى حيز الوجود من الناحية النظرية القانونية او من الناحية الواقعية الفعلية، ولذا فلا يمكن اعلان عبطلان الشركة وتصفيتها طالما انها لم تنشأ ولم تمارس اي نشاط تجاري)).

نقل بحري

محكمة التمييز الهيئة الرابعة، رقم القرار ٧

تاریخ القرار: ۲۰۰۱/۲/۱۳

((ان توقيع الناقل وثيقة الشحن من غير تحفظ يعد قرينة بسيطة على استلامه البضاعة كما هي مذكورة فيها بالرغم من شحنها في مستودع مختوم (حاوية) جرى ابداله اثناء

الرحلة. وان الاشارة في متن الوثيقة الى ان الشاحن تول بنفسه تعداد وتوضيب وتستيف البضاعة ليس من التحفظات الواضحة والدقيقة التي تزيد القرينة على صحة بياناتها فيلزم الناقل بضمان النقص وحتى تفريغها في المحل المقصود))

#### ثالثاً: – القضاء الفرنسي

محكمة النقض الفرنسية الهيئة العامة ٢٣ يناير - نيسان ٢٠٠٤

## قانون تفسيري

رقم القرار: ١٣٦١٧ – ٠٣

((لا يمكن عد قانون ما على انه تفسيري الا اذا انصب على قانون سابق تضمن تعريفاً غيري كافن عرضة للجدل، دون اي تجديد في الاحكام (بمعنى الا يأتي بأحكام جديدة)))

الغرفة ثالثة مدنية، ٢٧ فبراير – شباط ٢٠٠٢

### تفسير قانون

رقم القرار: ۱۷۹۰۲–۵۰

((ان تفسير القضاء لقاعدة قياسية في زمن معين لا يمكن ان يختلف تبعاً لزمن الوقائع الجاري النظر فيها))

محكمة النقض- الغرفة التجارية

تاریخ القرار: ۳ یونیو– حزیران ۲۰۰۸

#### تسجيل محادثة هاتفية

((التسجيل الهاتفي الذي يجريه احد الاشخاص بدون علمه يمثل وسيلة غير مشروعة لشخص اخر تؤدي الى عدم قبوله كدليل))

## تبني قاصر اجنبي

## الغرفة المدنية الاولى ٢٠٠٦/ ٢٨ يناير ٢٠٠٩

((لا يمكن الحكم بتبني قاصر اجنبي اذا كان قانونه الشخصي يحظر هذا الاجراء مالم يكن القاصر قد ولد ويقيم في فرنسا بصورة اعتيادية ولذا تكون محكمة الاستئناف التي تذهب الى ان القانون المغربي يرفض الاعتراف بالبنوة لقاصر ولد في المغرب محقة في رفض الاستئناف المقدم)).

## طلاق– نظام عام دولي

## محكمة النقض– الغرفة المدنية الاولى/ ٤ نوفمبر ٢٠٠٩

ان قرار الطلاق الصادر عن محكمة اجنبية والواقع من جانب الزوج دون الاخذ بنظر الاعتبار بمعارضة الزوجة يعد مخالفاً لمبدأ المساواة بين الزوجين لدى انقضاء الزوجية استناداً الى م٥ من بروتوكول ٢٢ نوفمبر ١٩٨٤ رقم ٧١ الملحق الى اتفاقية المحافظة على حقوق الانسان التي تعهدت فرنسا بضمانه لكل شخص متعلق بسلطتها القضائية وبالنظام العام الدولي)).

# الجديد في قانون تنظيم الوكالة التجارية رقم ( ٧٩ ) لسنة ٢٠١٧

# رُبر فاروق لإبراهيم جاسم كلية (القانون) (الجامعة (المستنصرية

من الملاحظ أنَّ عدداً كبيراً من المعاملات والتصرفات التي تتم في البيئة التجارية يتم إبرامها ليس من قبل التاجر مباشرة، وإنما من قبل أشخاص يتولون تمثيله. وهؤلاء يمثلون طائفة من الأشخاص يختلف الوصف المسند إليهم باختلاف طبيعة العلاقة التي تربطهم بالتاجر. فهنالك مثلاً الوكيل بالعمولة، وهو شخص يتولى إبرام الصفقات أو التصرفات القانونية باسمه الشخصي ولحساب التاجر. كما أن هنالك الوكيل التجاري الذي يقوم بإبرام التصرفات أو العقود باسم التاجر ولحسابه. وكذلك هنالك أشخاص آخرين يتولون مباشرة بعض الأنشطة التجارية عن التاجر، كالممثل أو المعتمد التجاري، وهو شخص يقوم ببيع منتجات التاجر في مناطق مختلفة، وتختلف علاقته بالتاجر باختلاف طبيعة العقد الذي يحكم العلاقة بينهما.

فضلاً عن وجود طائفة أُخرى يطلق عليهم بالوسطاء، كالدلالين أو وسطاء سوق الأوراق المالية. وقد اهتم المشرّع العراقي، شأنه شأن باقي المشرّعين، بأعمال الوكالة والوساطة التجارية، فمثلاً نظم الوكالة بالعمولة في المواد ٢٦١-٢٠٠ من قانون التجارة رقم ٢٠٠ لسنة ١٩٤٠ الملغي. وفي المواد ٢٢١-٢١ من قانون التجارة السابق رقم ٤١ لسنة ١٩٧٠ الملغي. أما قانون التجارة النافذ رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ فلم يتضمن أحكاماً بشأن الوكالة التجارية والوكالة بالعمولة، وإنما أشار إلى صفتها التجارية فحسب وذلك في (ف ١٦ م٥) منه. إلا أن المشرّع العراقي اهتم بصورة خاصة من الوكالة التجارية، فأصدر لعدة مرات قانون خاص بالوكالة التجارية كان أولاها قانون تنظيم الوكالة التجارية رقم ٢٠٨ لسنة ١٩٦٩، ثم قانون الوكالة والوساطة التجارية رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٩، والذي ألغي بصدور تنظيم الوكالة التجارية رقم ٢٠٨ لسنة ١٩٦٩، والذي

بدوره ألغي بصدور القانون الجديد رقم ٧٩ لسنة ٢٠١٧. فما هو الجديد في الأحكام التي يتضمنها هذا القانون؟ يمكن إجمال هذه الأحكام بما يأتى:

## أولاً: من حيث تعريف الوكالة التجارية

عرّفت (ف ثالثاً م ١) من قانون تنظيم الوكالة التجارية رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٠ الوكالة التجارية بأنها "كل عمل تجاري يقوم به في العراق شخص بصفة وكيل عن شخص طبيعي أو معنوي من خارج العراق سواء أكانت وكالة تجارية أم وكالة بالعمولة أم أية وكالة تجارية أخرى منصوص عليها بالقوانين الخاصة بالتجارة والشركات والنقل". أما قانون تنظيم الوكالة التجارية الجديد، فقد عرّف الوكالة التجارية بأنها "عقد يُعهد بمقتضاه إلى شخص طبيعي أو معنوي بيع أو توزيع سلع أو منتجات أو تقديم خدمات داخل العراق بصفته وكيلاً أو موزعاً أو صاحب امتياز عن الموكل خارج العراق لقاء ربح أو عمولة ويقوم بخدمات ما بعد البيع وأعمال الصيانة وتجهيز قطع الغيار للمنتجات والسلع التي يقوم بتسويقها ".

ويبدو جلياً من النص المتقدم بأنَّ القانون الجديد يختلف عما يقرره القانون الملغي في نواح عدّة تتمثل بما يأتي:

1- إنَّ القانون الجديد يعرّف الوكالة التجارية بأنها عقد، وهذا الوصف يُعبّر في حقيقته عن طبيعة التصرف المشار إليه في النص، بوصفه تصرفاً إرادياً. فالوكالة بوجه عام . كما تعرفها (م ٩ ٢٦) من القانون المدني العراقي . هي " عقد يقيم به شخص غيره مقام نفسه في تصرف جائز معلوم ". بينما كان نص (ف أولاً م٣) من قانون تنظيم الوكالة التجارية رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٠ يعرّف هذه الوكالة بأنها " عمل تجاري " وهذا التعريف قد يثير بعض الاعتراضات، ومنها عدم وضوح فكرة العمل التجاري التي أخذت بها القوانين التجارية العربية عن قانون التجارة الفرنسي لعام ١٨٠٧ الملغي . إذ يصف البعض من الفقه فكرة العمل التجاري بأنها من أكثر الأفكار غموضاً، والتي تهرّب المشرّع عن تحديدها وعجز الفقه عن تحديد معناها. وهذا الكلام فيه قدر من المبالغة، ففكرة العمل التجاري من الممكن وضع تعريف لها كما فعل ذلك قانون التجارة العراقي الأسبق رقم ٦٠ لسنة ١٩٤٣.

إلاّ أنه من الممكن القول بأنَّ وصف قانون تنظيم الوكالة التجارية رقم ٥١ لسنة م ٢٠٠٠ الملغي للوكالة التجارية بأنها عمل تجاري يمثل تزيداً لا ضرورة له، إذ إنَّ المشرّع أسبغ في (م٥) من قانون التجارة وصف العمل التجاري على أعمال " الوكالة التجارية والوكالة بالعمولة والوكالة بالنقل والدلالة وأعمال الوساطة التجارية الأُخرى وذلك إذا تم مزاولتها بقصد تحقيق الربح.

Y - إنَّ تعريف الوكالة التجارية الوارد في (ف ثالثاً م ١) من القانون الجديد . الذي حدد طبيعة الأعمال التي يقوم بها الوكيل التجاري . والتي تتمثل بكل عمل تجاري يقوم به شخص بصفة وكيل عن شخص طبيعي أو معنوي من خارج العراق سواء أكانت وكالة تجارية أم وكالة بالعمولة أم أية وكالة تجارية أخرى ورد النص عليها في قوانين التجارة والشركات والنقل . ينصرف إلى قيام الوكيل التجاري بأعمال أو تصرفات قانونية لمصلحة موكله فحسب، كما ينهب إلى ذلك الفقه. بينما يقرر نص (ف ثالثاً م ١) بجواز قيام الوكيل بأعمال وتصرفات قانونية، فضلاً عن قيامه بأعمال مادية لمصلحة موكله، تتمثل بتوزيع منتجاته وتقديم خدمات ما بعد البيع وأعمال الصيانة وتجهيز قطع الغيار للمنتجات والسلع التي يقوم بتسويقها، فضلاً عن قيامه بأعمال أخرى، كالإعلان أو الترويج للبضائع والسلع المذكورة وهذا يُعدُّ توسعاً في نطاق قيامه بأعمال التي يقوم بها الوكيل التجاري، راعى فيه المشرّع الحقائق العملية التي تتمثل بقيام الوكيل التجاري بمثل هذه الأعمال التي يشير إليها النص، فضلاً عن أعمال أخرى يقتضيها الوكيل التجاري بمثل هذه الأعمال التي يشير إليها النص، فضلاً عن أعمال أخرى يقتضيها الوكيل التجاري بمثل هذه الأعمال التي يشير إليها النص، فضلاً عن أعمال أخرى يقتضيها الوكيل التجاري بمثل هذه الأعمال التي يشير إليها النص، فضلاً عن أعمال أخرى يقتضيها الوكيل التجاري بمثل هذه الأعمال التي يشير إليها النص، فضلاً عن أعمال أخرى يقتضيها الوكيل التجاري بمثل هذه الأعمال التي يشير إليها النص، فضلاً عن أعمال أخرى يقتضيها الوكيل التجاري بمثل هذه الأعمال التي يشير إليها النص، فضلاً عن أعمال أخرى يقتضيها الوكيلة التجاري بمثل هذه الأعمال التي يشير إليها النص، فضلاً عن أعمال أخرى المؤينة الوكالة التجاري بمثل هذه الأعمال التي يشير إليها النص، فضلاً عن أعمال أخرى يقتضية الوكيلة الوكي

ثانياً: إنَّ قانون تنظيم الوكالة التجارية رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٠ كان يقرر بأنه " يسمح للوكيل بالتعامل بجميع أنواع السلع دون تحديد التخصص السلعي طبقاً للتعليمات الصادرة بهذا الشأن، بينما يقرر القانون الجديد في (م ١٦) بأنه يحظر على الوكيل التجاري التعامل بالمواد والسلع الممنوعة قانوناً " ويتضح من هذا النص بأنَّ القانون منع الشركات الأجنبية التي تروم بيع مواد أو سلع أو منتجات أو تقديم خدمات طالما أن التعامل بهذه السلع أو المنتجات أو تقديم الخدمات هو ممنوع قانوناً.

وبهذا يكون هذا القانون قد جاء متوافقاً مع بعض القوانين الحديثة التي أصدرها المشرّع العراقي كقانون حماية المستهلك رقم ١ لسنة ٢٠١٠ الذي قرر في (ف أولاً م٢) بأنَّ

من أهدافه "ضمان حقوق المستهلك الأساسية وحمايتها " وكذلك ما قررته (ف ثالثاً م٢) من هذا القانون بمنع كل عمل يخالف قواعد استيراد أو إنتاج أو تسويق السلع أو ينتقص من منافعها ويؤدي إلى تضليل المستهلك " فضلاً عما قررته (م٩) من هذا القانون من محظورات ومنها حظر بيع أو عرض أو الإعلان عن سلع وخدمات مخالفة للنظام العام والآداب العامة.

وكذلك جاء متوافقاً مع قانون حماية المنتجات العراقية رقم ١١ لسنة ٢٠١٠ الذي قرر قواعد تهدف إلى حماية المنتجات المذكورة.

## The Linguistic Side of Justice

#### Rania Adnan Aziz Lecturer - Mustansiriyah University/ College of Law



When we hear the word 'detective' we usually picture a person holding a badge, a gun or a magnifying glass (and smoking a pipe perhaps). But have you ever heard of a detective holding a dictionary?

Throughout its long history, language has been defined in many different ways. Some ascribe language to a divine source saying it has been given to man by a higher power. Others view it as imitation of natural sounds found in our surroundings or even as mimicking gestures. To some theorists, language is simply a byproduct of human evolution. But no matter how theorists try to define it, language is not only a system of spoken sounds and written symbols. It is what humans use to convey ideas, needs and emotions. Yet, what is most important about it is that it is a kind of behavior which is closely related to every aspect of our everyday life. We talk at home, on the bus, on the phone, when we are happy, sad or angry—we even talk in our sleep! Language can be a means

that reflects our habits, personalities, taste, social and economic status, educational level, where we live or come from and sometimes even our undisclosed intentions. That is why language could be one of the most powerful tools when we can manipulate it and could be one of the most convicting clues when it gives us away.

Linguistics (the scientific study of language) has extended its inquiry into many aspects and manifestations that result from our varying use of language in different situations, domains and even in the simplest of words. Therefore, we find that language is studied for its own sake; i.e. educationally and historically, and for other purposes; i.e. psychological, social, political and legal. Linguists (language scientists) take it upon themselves to carry out the observation, analysis and investigation of the language we produce. They make observations, propose theories and draw conclusions that may help account for certain linguistic behaviors or help predict others.

One of linguistics' areas of interest is how language works in the judiciary system. This interest introduced a relatively new discipline called Forensic Linguistics which combines linguistic knowledge with scientific and technical approaches of criminal investigation. Forensic linguists describe the language of legal documents; i.e. what is characteristic in the language of laws, provisions, treatise, decrees, etc. They may observe the language used in the courtrooms, trials and interrogations. Language can also be used as evidence in the field of forensics in terms of identifying voices, the language used to write suicide notes or death threats, and this is when criminals' unintentional linguistic behavior unveils the truth.

Legal language has its own unique features just like the language of any other field. Listening to the language of law, one cannot help but notice how different it is from everyday language. Legal language is but the language we know; it only exhibits certain characteristic uses that one may not encounter frequently. One characteristic use is the way lawyers tend to pronounce some words. Tiersma cites the word *defendants* saying that lawyers in the United

States pronounce it with a full vowel making it sound like *defend* ants. English lawyers, on the other hand, pronounce the noun record like the verb, stressing the second syllable. One might also find distinctive spellings. Spelling judgment this way is preferred in legal language to the more popular judgement. Other words that follow this pattern are abridgment and acknowledgment. Punctuation, which was scarce in older times, also differs. Therefore, instead of rest, residue, and remainder, we find rest, residue and remainder. The use of these preferences has become a distinguishing feature of the judiciary system.

The language used in the legal domain can sometimes be difficult to understand. This is because it involves words and structures that most people are not familiar with. Some legal words are foreign or even archaic. Ovez, for instance, is French and is used to introduce the opening of a court of law; mens rea is Latin and means criminal intent. This is on one hand; on the other hand, lawyers may choose to be very creative and produce neologisms such as *palimony* (alimony paid to a 'pal' or unmarried partner) and hedonic damages (money damages for loss of the pleasure of life). The sentences and the degree of detailing are also different. It would be normal to hear someone say You must be alive in order to receive inheritance; while in the legal expression we will hear "In order to receive inheritance heirs on intestacy, as well as testamentary and contractual heirs, must be alive at the time of the devolution of an inheritance [...] and simultaneous invitation to inherit [...] but heirs designated conditionally must be alive at the time of performance of the respective condition." Legal language uses a lot of repetition and details because it has to be accurate and specific. This, in addition to the other reasons, made it so hard to understand that some people started the plain language campaign which called for a simpler language of law that people outside the legal system could understand.

Away from books and into the courtroom, forensic linguists study the linguistic practices that take place in the courtroom in terms of the way lawyers, judges, witnesses, non-native speakers and interprets use the language. They also examine the language produced during interrogation. They analyze the methodology of police interviews in terms of how to manage interviews, training the police, ways to ask effective questions and get the best evidence from a cooperative witness. They also observe situations where there are vulnerable witnesses, second language users, interpreters and the difficulties they may face. Forensic linguists also investigate cases of plagiarism and use the aid of programs that enable them to detect unauthentic writings. These programs are used for all kinds of text, whether an essay or a university application. They also use stylistic features to identify authors of suspected texts.

Perhaps the most interesting task for forensic linguists is when they investigate linguistic tracks to see if they can potentially become evidence in the courtroom. They look into different sorts of linguistic behavior: spoken, heard, written, stated, implied, inferred, etc. Their corpus includes any language form they can get their hands on: voice recordings, threat notes, suicide notes, etc. But linguistic aid in the judiciary system may not be relied upon for giving decisive judgments or convictions. In certain cases, however, a forensic linguistic effort can highly support a case and turn things over. In recent years, forensic linguistics has been taken more seriously and has been relied upon in some of the most intricate cases of investigation.

Forensic linguists are able to unveil murderers' identity through examining specimens of written language. In one case the forensic linguist Carole Chaski compared a suicide note allegedly typed on the computer by the victim with other previous writings. With the absence of major physical indicators usually found on notes (such as ink type, handwriting, paper) that can facilitate her work, she turned to a program called ALIAS (Automated Linguistic Identification of Authorship System). She used it to filter the victim's writing into the most basic words he used and found the frequencies of the simple and complex phrase types used. What she discovered is that there was distinctive use of conjunctions (and, but, or, then) to combine sentences and of adverbs that are used in combination with other adverbs (very, very; never even; even though) in the suicide note. These patterns were not found in the

victim's other writing samples. She then concluded that the suicide notes were not written by the victim. As a result, she turned to analyze writings by the victim's roommate, who was the prime suspect. In his writings, she found more complicated adverbs than simple ones, something similar to what was in the suicide note. The allegations written in the suicide notes were further discredited by the aid of lab results, by the crime scene investigation and by the prime suspect's confession.

On a separate case (this time it is spoken evidence), a man was the suspect of the murder of his wife. James Fitzgerald, another forensic linguist, explains that since people start to behave awkwardly once they become suspects, what the husband did is write two anonymous letters and send one to a TV station in the state of Alabama, USA, accusing someone from another county of being the murderer, and the other to the Alabama Bureau of Investigation, a month later, wherein he mentions the words light bug which seemed unusual to Fitzgerald. With the aid of a wired witness who started a conversation with the suspect, they got him to accidently say the word light bug which was compared to the second letter. Fitzgerald did all kinds of research on southern accents to find out whether the word light bug existed. With the aid of another linguist and experts, they found out that nowhere in the south was the word light bug used to refer to an incandescent light bulb. Meanwhile, since the court had no evidence to convict the husband, he was going to say he was innocent, but after receiving Fitzgerald's report, within a week the suspect's lawyers called saying he wanted to plead guilty.

Roger Shuy introduces an interesting analogy between forensic linguists' work and medical experts' work. He uses a different method for forensic analysis that relies on picking the topics a person raises during conversation in order to try to arrive at what that person has on his mind. By listing the topics that appear in a conversation and identifying who said them and what the response to them was, Shuy examines them from different positions just like when the expert describes what appears on an X-ray. He believes that one cannot know what a person's intentions are, but observing

the topics hey raise can give an idea about what they are thinking about, what priorities they have and even what might not be on their mind. Also, that person's responses to subjects introduced by others can give an idea about their plans or intentions.

The interesting thing is that some detectives have started to take linguistics courses to become forensic linguists. So to be a forensic linguist does not necessarily exclude being a detective in the first place. Some forensic linguists, such as James Fitzgerald, started their career as members of the judiciary system and then decided to merge the two fields, law and language.

Although forensic linguists' work can be crucial, most of it is confined to giving advice to lawyers. They give them some useful information about language to enable them to introduce the evidence themselves in the court. However, there is a growing interest in this science all over the world by academics, law specialists and police officers and the legal system has been realizing the importance of involving linguistic experts in the legal field.

#### Find out more:

#### **Books**

- 1. Peter Tiersma (1999) Legal Language, University of Chicago Press.
- 2. Gerald McMeniman (2002) Forensic Linguistics: Advances in Forensic Stylistics, CRC Press.
- 3. Kristine Zile (2012) Acceptance of an Inheritance Form and Terms, International Scientific Conference: The Quality of Legal Acts and its Importance in Contemporary Legal Space, University of Latvia Press.
- 4. Rania Adnan Aziz (2017) Linguistic Applications in Legal Contexts, College of Basic Education Conference, Mustansiriyah University.

#### **Online**

Dick Dahl (2008) Forensic linguists make a science of syntax, Laywers USA.