مجلة المستنصرية
للدراسات العربية والدولية
مجلة فصلية محكمة يصدرها مركز المستنصرية للدراسات العربية والدولية
عدد خاص
وقائع المؤتمر العلمي الدولي العاشر
مركز المستنصرية للدراسات العربية والدولية
قسم دراسات المجتمع المدني وحقوق الأنسان
الموسوم
مبدأ الأمن القانوني في ظل الظروف القانونية المعاصرة
٢٠٢٢/٦/٥
doi
ISSN 2070-898X
Email : must_arab_cent@yahoo.com
حزيران ٢٠٢٢
http://mjais.uomustansiriyah.edu.iq
AL-MUSTANSIRIYAH JOURNAL STUDIES
FOR ARAB
AND INTERNATIONAL STUDIES
AL-MUSTANSIRIYAH CENTER FOR ARAB AND INTERNATIONAL STUDIES
doi
ISSN 2070-898X
June 2022
Address
Iraq - Baghdad
العراق ـ بغداد ـ الجامعة المستنصرية
مركز المستنصرية للدراسات العربية والدولية AL-Mustansiriyah Center for Arab and international studies
رقم الايداع في دار الكتب والوثائق ببغداد ٢١٩٦ لسنة ٢٠١٦
http://mjais.uomustansiriyah.edu.iq

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
الجامعة المستنصرية
مركز المستنصرية للدراسات العربية والدولية

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

عدد خاص لوقائع

المؤتمر العلمي الدولي العاشر

لقسم دراسات المجتمع المدني وحقوق الانسان

الموسوم

مبدأ الامن القانوني في ظل الظروف القانونية المعاصرة

٥ - حزيران ٢٠٢٢

المجلة حاصلة على المعرف الكائن الرقمي DOI

بغداد- العراق
ص.ب ٤٦٠٣٥
E-mail:must_arab_cent@ Yahoo.com

http://mjais.uomustansiriyah.edu.iq

رقم التصنيف المعياري الدولي ISSN: 2070 – 898X

ISBN 978-9922-9839-5-0

حقوق الطبع والنشر والتوزيع محفوظة
لمركز المستنصرية للدراسات العربية والدولية
في الجامعة المستنصرية

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

مجلة المستنصرية للدراسات العربية والدولية

مجلة علمية محكمة فصلية
تصدر عن مركز المستنصرية للدراسات العربية والدولية
الجامعة المستنصرية

رئيس التحرير

الاستاذ الدكتور احمد شيال غضيب

مدير التحرير

المدرس الدكتور فاطمة خلف كاظم

اعضاء هيأة تحرير المجلة

ا.د. جمال شقرة/ عضوا/ جامعة عين شمس/ القاهرة/ مصر.

ا.د. امال بن قو / عضوا/ جامعة عبد الحميد بن باديس/ الجزائر.

ا.د. عبد الحليم بو قرين / عضوا/ جامعة الاغواط / الجزائر.

ا. د. امال قرامي / عضوا/ كلية الآداب / جامعة منوبة / تونس.

ا.د. جواد الرباع/ عضوا/ جامعة بن زهر/ المغرب.

ا. د. بن صالح الحاج عيسى /عضوا/ جامعة الاغواط / الجزائر.

ا.د. نبيل ونوغي / عضوا / المركز الجامعي سي الحواس / الجزائر.

ا.د. انتظار احمد جاسم /عضوا/ مركز المستنصرية للدراسات العربية والدولية.

ا.د. بشرى محمود صالح /عضوا/ مركز المستنصرية للدراسات العربية والدولية.

ا.م.د.علي مجيد العكيلي /عضوا/ مركز المستنصرية للدراسات العربية والدولية.

ا.م.د. حيدر عبد الحسين حميد /عضوا/ مركز المستنصرية للدراسات العربية والدولية.

ا.م.د. ماهر ابراهيم اسماعيل /عضوا / مركز المستنصرية للدراسات العربية والدولية.

ا.م. امجد زين العابدين /عضوا/ مركز المستنصرية للدراسات العربية والدولية.

المصحح اللغوي

الاستاذ الدكتور عقيد خالد حمودي العزاوي

التنضيد الالكتروني

ضمياء حامد سهيل

مركز المستنصرية للدراسات العربية والدولية
المؤتمر العلمي الدولي العاشر ٥ - حزيران ٢٠٢٢/ ١٤٤٣
قسم دراسات المجتمع المدني
وحقوق الانسان

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

المحتويات

التسلسل	المحتويات
١	كلمة مدير مركز المستنصرية للدراسات العربية والدولية الأستاذ الدكتور احمد شيال غضيب
٢	كلمة رئيس اللجنة العلمية للمؤتمر ا.م.د. علي مجيد العكيلي رئيس قسم دراسات المجتمع المدني وحقوق الانسان
٣	البيان الختامي للمؤتمر
التسلسل	أسماء البحوث
١	تحقيق الامن القانوني في ظل الطبيعة الاستثنائية للقانون الإداري
	الباحث ا د. مازن ليلو راضي / مجلس الدولة
٢	الامن القانوني والامن القضائي
	الباحث ا.د. محمد احمد المسلماني / جامعة بنها / مصر
٣	دور القاضي الدستوري في إستجلاء مبدأي الشرعية وعدم الرجعية وأثرهما في تحقيق مبدأ الأمن القانوني
	الباحث أ.د. فوزي حسين سلمان / كلية القانون والعلوم السياسية / جامعة كركوك م.د. أسين أحمد فخري/ كلية القانون والعلوم السياسية / جامعة كركوك
٤	الدور التوفيقي للقاضي الإداري بين مبدأي المشروعية والأمن القانوني
	الباحث ا.د. فوزي حسين سلمان / كلية القانون والعلوم السياسية / جامعة كركوك م.د. أمل عبدالرحمن إبراهيم / كلية القانون والعلوم السياسية / جامعة كركوك
٥	أثر العدول التفسيري للقضاء الدستوري على الأمن القانوني
	الباحث أ.د.شورش حسن عمر / جامعة السليمانية / كلية القانون د. شاخوان صابر أحمد / جامعة السليمانية /كلية القانون

التسلسل	اسم البحث
٦	عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون
	الباحث ا.د. علي شاكر عبد القادر / كلية القانون / جامعة كربلاء
٧	دور المحكمة الاتحادية العليا في تحقيق الامن القانوني للتشريعات المالية والاقتصادية
	الباحث ا.د. سناء محمد سدخان / كلية الحقوق / جامعة النهرين
٨	علاقة الامن القانوني بحقوق الانسان
	الباحث ا.د. بن قو امال / كلية الحقوق والعلوم السياسية / جامعة عبد الحميد بن باديس / الجزائر
٩	اثر تفسير النصوص القانونية على فكرة التوقع المشروع
	الباحث ا.م.د.لمى علي الظاهري / كلية العلوم السياسية / الجامعة المستنصرية
١٠	حماية مبدأ الامن القانوني – دراسة في دور السلطات الثلاث في الدولة
	الباحث ا.م.د. علي مجيد العكيلي / مركز المستنصرية للدراسات العربية والدولية
١١	فكرة الامن القانوني في احكام القضاء الإداري
	الباحث ا.م.د. محمود عبد علي الزبيدي / كلية القانون / الجامعة المستنصرية
١٢	الامن القانوني وضمان حقوق المتعاقد مع الادارة
	الباحث ا.م.د. سجى محمد عباس الفاضلي / كلية الحقوق / جامعة النهرين
١٣	الامن القانوني في التشريعات الجنائية الخاصة
	الباحث ا.م.د. هيمن عبد الله محمد / كلية القانون والإدارة / جامعة حلبجة
١٤	اثر قانون أسس تعادل الشهادات والدرجات العلمية العربية والأجنبية رقم ٢٠ لسنة ٢٠٢٠ على الامن القانوني
	الباحث ا.م.د. بان حسين حسن / رئاسة الجامعة المستنصرية

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

التسلسل	اسم البحث
١٥	دور القضاء الإداري في حماية الحقوق المكتسبة واستقرار المراكز القانونية وفقاً لقاعدتي الأثر الفوري وعدم الرجعية لنفاذ القرار الإداري
	الباحث ا.م.د. نذير ثابت محمد علي / كلية الامام الأعظم الجامعة / قسم القانون
١٦	أداء المعارضة البرلمانية في ظل مبدأ الاستقرار القانوني العراق انموذجاً
	الباحث ا.م.د. ايات سلمان شهيب / كلية الحقوق / جامعة النهرين
١٧	دور تكنلوجيا الاعلام والاتصال في تدعيم الامن القانوني المعاملات الالكترونية نموذجاً
	الباحث الدكتورة مرنيز فاطمة / كلية الحقوق / جامعة غليزان / الجزائر
١٨	مدى تحقق مبدأ الامن القانوني في الحماية المدنية للتطور البيتكنلوجي في العراق
	الباحث م.د. فاطمة خلف كاظم / مركز المستنصرية للدراسات العربية والدولية
١٩	دور مبدأ عدم رجعية المعاهدات الدولية في تكريس الامن القانوني
	الباحث م.د. مروة إبراهيم محمد / كلية القانون / جامعة اوروك
٢٠	مدى تكريس مبدأ الامن القانوني في القانون الدولي
	الباحث م.د. ايات محمد سعود / كلية القانون / جامعة اوروك
٢١	مشروع قانون العنف الاسري ودوره في تحقيق الامن القانوني
	الباحث م.د. ايمان عبد الله احمد / كلية القانون / جامعة اوروك
٢٢	صور الامن القانوني ودور القضاء الإداري في حمايته – دراسة مقارنة
	الباحث م.د. مصطفى رسول حسين / كلية القانون / جامعة السليمانية
٢٣	النصوص الغريبة عن قوانين الموازنة العامة وحيلولتها دون تحقيق الامن القانوني
	الباحث م.د. علي عبد العباس نعيم / كلية القانون / جامعة البصرة
٢٤	التعريف بحرمة الحياة الخاصة كمبدأ من مبادئ حقوق الإنسان
	الباحث الدكتور إبراهيم احمد المسلماني / كلية الحقوق / جامعة طنطا / مصر
٢٥	الحماية الدستورية للامن القانوني
	الباحث الدكتور محمد عدلي رسلان / جامعة حلوان / مصر
٢٦	المحضورات الوظيفية بالوظيفة العامة في القوانين المقارنة
	الباحث الدكتورة ليلى فوزي احمد جعفر / كلية الحقوق / جامعة الإسكندرية / مصر
٢٧	التضخم التشريعي واثره على الامن القانوني في العراق
	الباحث م.عمار محمد مراد / وزارة التعليم العالي والبحث العلمي / دائرة البعثات

التسلسل	اسم البحث
٢٨	الامن القانوني بين مبدأي العدالة والمساواة الضريبة
	الباحث م.م. لقاء عبد السادة / كلية القانون / الجامعة المستنصرية
٢٩	مبدأ الامن القانوني في القانون الجنائي
	الباحث م.م. نور فاضل مجيد / كلية القانون / الجامعة المستنصرية
٣٠	خصوصية مبدأ الامن القانوني في حماية المصارف المتعثرة من الإفلاس
	الباحث م.م. سارة جاسم داود / كلية المنصور الجامعة / قسم القانون
٣١	دور الامن القانوني والقضائي في تحقيق المحاكمة الجنائية العدالة للأحداث
	الباحث م.م. حسين خليل مطر / مركز دراسات البصرة والخليج العربي / جامعة البصرة
٣٢	الحق في الثبات والاستقرار القانوني
	الباحث م.م. إبراهيم سلمان رشيد / كلية القانون / جامعة المشرق

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

كلمة مدير مركز المستنصرية للدراسات العربية والدولية

الأستاذ الدكتور احمد شيال غضيب

تأسس مركز المستنصرية للدراسات العربية والدولية عام ١٩٩٣ وهو مركز بحثي متخصص في الشؤون العربية والدولية ويولي أهمية خاصة للشؤون العراقية الداخلية والخارجية وقضايا العراق الراهنة في مجالات حقوق الانسان والسياسة والاقتصاد ، لان هدف المركز ، هو استثمار الجهود العلمية والبحثية وتوجيها بما يساهم في تحقيق التنمية الاجتماعية في منطقتنا والعالم لاسيما في العراق . وفي ضوء ما تقدم ولاجل مواكبة التطورات العالمية يسعى المركز الى عقد هذه المؤتمرات وخاصة في مجال القانون وحقوق الانسان.

ان هذا المؤتمر الدولي العاشر يخص مجال القضايا القانونية وحقوق الانسان والذي خصص على تحليل التشريعات النافذة وتقييمها من حيث معايير جودة صياغتها وقياس الأثر التشريعي المستهدف او المتوقع على المجتمع اقتصادياً واجتماعياً وبيئياً وكذلك توضيح اهم المعوقات التي تؤدي الى تعطيل مبدأ الامن القانوني وايضاً معرفة تاثير الاجتهاد القضائي في الامن القانوني .

وبذلك اقدم شكري وتقديري الى اللجنة الاستشارية والعلمية والتحضيرية للمؤتمر وكل المختصين الذين شاركو في إنجاح هذا المؤتمر وكذلك نقيم عالياً الجهود العلمية **لرئيس الجلسة الأستاذ الدكتور مازن ليلو راضي في مجلس الدولة والأستاذ المساعد الدكتور علي مجيد العكيلي مقرر الجلسة** ونشكر جميع الباحثين الذين ارسلو بحوثهم للمؤتمر لغرض المشاركة .

ا.د. احمد شيال غضيب

مدير مركز المستنصرية للدراسات العربية والدولية

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

كلمة رئيس اللجنة العلمية للمؤتمر

ا.م.د. علي مجيد العكيلي

رئيس قسم دراسات المجتمع المدني وحقوق الانسان

يشرفني ان ارحب بكم في المؤتمر العلمي الدولي العاشر لمركز المستنصرية للدراسات العربية والدولية ، قسم دراسات المجتمع المدني وحقوق الانسان الموسوم (**مبدأ الامن القانوني في ظل الظروف القانونية المعاصرة**) .

لاشك ان للقانون أهمية كبيرة في حياتنا ، ولا يمكن لاي مجتمع الحصول على حقوقه الا في وجود القانون في جميع المجالات ، وهذا الامر من شأنه ضمان حقوق الافراد والدول ايضاً ، فلا يمكن للفرد الحصول على حقوقه الا في ظل منظومة قانونية مستقرة ، وهو ما يمكن من الاستقرار للمراكز القانونية وإشاعة السكينة والطمأنينة ، وهو ما اصبح مبدأ الامن القانوني الذي يعد احد أهم الأسس التي تقوم عليها بناء الدولة القانونية ومن اجل تحقيق الامن القانوني لابد تحقيق الامن على المستوى الاجتماعي والاقتصادي والسياسي والقضائي . واحترام حقوق الانسان .

ان المشاركين في المؤتمر الدولي كانوا على الصعيد الوطني والدولي بعضهم كانو من الباحثين العراقيين والبعض الاخر كانو نخبة من أساتذة الجامعات العربية من مصر والجزائر .... الخ وان الأبحاث المقدمة للمؤتمر كان عددها (٤٠) بحثاً كون المشاركة كانت في بحوث فقط .

ومن خلال ذلك يمكن لنا تقديم الشكر والتقدير للجنة الاستشارية والعلمية والتحضيرية للمؤتمر للجهود التي بذلوها لانجاح المؤتمر فلهم كل التقدير وأتمنى للمؤتمر النجاح والتوفيق .

ا.م.د. علي مجيد العكيلي

رئيس اللجنة العلمية للمؤتمر

رئيس قسم دراسات المجتمع المدني وحقوق الانسان

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

البيان الختامي للمؤتمر

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد الله والصلاة والسلام على رسول الله وعلى اله وصحبه ومن ولاه .

شهدت الجامعة المستنصرية افتتاح المؤتمر العلمي الدولي العاشر الموسوم (**مبدأ الامن القانوني في ظل الظروف القانونية المعاصرة**) الذي عقده مركز المستنصرية للدراسات العربية والدولية في المدة **٥ / ٦ / ٢٠٢٢ يوم الاحد وقد تضمن المؤتمر الدولي سبعة محاور وعلى النحو الاتي:**

١- **المحور العام**
٢- **محور حقوق الانسان**
٣- **المحور الإداري**
٤- **المحور المدني**
٥- **المحور الدستوري**
٦- **المحور الجنائي**
٧- **المحور الدولي**

وكان هذا المؤتمر لمدة يوم واحد من خلال تطبيق المنصة الالكترونية **Google Meet** جلسة صباحية حيث تم اختيار مجموعة من الأساتذة ضمن المحاور المذكورة أعلاه من مختلف الاختصاصات العلمية وكان عدد البحوث المشاركة (**٤٠**) بحثاً فقد تميز المؤتمر بمشاركة دولية من اجل تقديم مقترحات حقيقية من اجل الفائدة التي تحقق الامن القانوني .

ا.م.د. علي مجيد العكيلي

رئيس اللجنة العلمية للمؤتمر

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

تحقيق الامن القانوني في ظل الطبيعة الاستثنائية للقانون الاداري

الاستاذ الدكتور
مازن ليلو راضي
عضو المحكمة الادارية العليا

المقدمة:

يتألف الأمن القانوني من عدة مظاهر فرعية تتميز أساسًا بثلاثة أقسام ، وهي (حالة النظام والسلام) و (اليقين القانوني) و (حماية المواطنين أمام الدولة), فمن اساسيات القانون ان تهدف القاعدة القانونية إلى ضبط العلاقات في الفئات الاجتماعية وحل النزاعات التي تنشأ في غضون ذلك, ولكي يحدث هذا من الضروري وجود قواعد سلوك ملزمة ، بالإضافة إلى وجود السلطات العامة التي تنشئها وتطبقها وخلاف ذلك لا فرصة لوجود المجتمع المتحضر، حيث تسود سلطة الغاب و البقاء للقوة فقط .

وقيمة القاعدة القانونية تسمو تبعا لارتفاع درجة استقرارها وقابليتها على ترسيخ وضمان الحقوق والحريات العامة فتعكس ثقة الافراد في النظام القانوني للدولة واطمئنانه له. وقد أضحى مبدأ الأمن القانوني من اهم ضروريات وأسس دولة القانون, استنادا الى أن القاعدة التشريعية يجب ان تتوجه الى ترسيخ الأمن القانوني بوصفه العمود الفقري لها.

والقانون الإداري باعتباره فرع من فروع القانون يتمتع لا يشذ عن ذلك فقواعده يجب ان تتحلى بقدر مقبول من الاستقرار والثبات سيما وهو ينظم العلاقة بين الادارة والافراد ويتمتع بخصوصية اقترانه بالمصلحة .

الا ان رحلة القانون الاداري في تحقيق الامن القانوني تواجهها العقبات باعتبار خصائصه وتاريخ نشأته فهو لازال يتعرض الى موجات لا حصر لها من التشكيك في خصوصيته وجوهره وحتى وجوده, والخلاف والتشكيك يثار في الغالب حول تعريف وأسس القانون بشكل عام، مضافًا الى ذلك ما يتعلق بتحديد السمات المميزة للسلطة الإدارية.

ولعل اشهر سمات هذا القانون انه غير مقنن, ولا يخفى ما لتدوين القواعد العامة والتفصيلية لقانون ما من أهمية من حيث إضفائه الثبات والاستقرار على نصوص التشريع وسهولة الرجوع إلى أحكامه , وبذلك يظهر الاشكال في توافق هذا القانون مع أساسيات تحقيق الأمن القانوني حيث يجب ان تخضع عملية سن التشريعات الى معايير الجودة كافة وقياس الأثر التشريعي المستهدف أو المتوقع على المجتمع اقتصاديا واجتماعيا وبيئيا , فالاهتمام بموضوع الصياغة التشريعية ليس مجرد اعتناء بالجانب الشكلي والموضوعي , وانما الهدف منه الوصول الى تطبيق دولة القانون والحكم الراشد بسن تشريع جيد ومحكم ومتطور في منتهى الوضوح والدقة في صياغته التشريعية ومتفق مع مبادئ الدستور واحكامه والسياسة التشريعية للدولة وغير متعارض مع القوانين الاخرى, وسهل الفهم والاستخدام من الناس كافه وقابل للتطبيق والتنفيذ ويشتمل على عناصر جودة وتحسين القانون وتحسينه.

أولا : أهمية البحث :

ان وجود نوع من الثبات النسبي للعلاقات القانونية أمر اساس في استقرار المراكز القانونية ويعمل على اشاعة السكينة والطمأنينة ويحقق الأمن الإنساني بأبعاده الواسعة والمتعددة ويحافظ على سيادة الدولة وهيبتها , وهنا يظهر دور القانون الإداري الذي لم تشمله حركة التدوين رغم رسوخ مبادئه واكتمال نظرياته

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

وسعة مجالاته و الطبيعة قضائية لأحكامه ، كيف يمكن لمظاهر الامن القانوني ان تتحقق في ظل احكامه المستندة الى السوابق القضائية .

ثانيا : مشكلة البحث :

تظهر مشكلة البحث في الاجابة عن تساؤلات عدة منها

١- هل يمكن تحقيق أساسيات الأمن القانوني وتجسيد مضامينها في ظل الطبيعة الاستثنائية للقانون الاداري ولا يخفى وكيف نضفي صفة الثبات والاستقرار على احكامه بما يؤمن سهولة الرجوع إليها وامكانية الوصول وكيف يامن الافراد من التغييرات المفاجئة في أحكامه ؟

٢- ماهي الاشكالات التي تبرزها الطبيعة الاستثنائية للقانون الاداري وماهي اوجه تعارضها مع مبدأ الأمن القانوني ؟

٣- في حالة تدوين احكام القانون الاداري كيف السبيل لذلك ومن الجهة التي يجب ان تتكفل بذلك وكيف يتم أحداث توازن بين المصادر المكتوبة والقضائية في احكامه؟

ثالثا : منهج البحث:

اعتمدنا في بحثنا المنهج التحليلي للنصوص القانونية والاحكام القضائية و استعراض النصوص القانونية وآراء الفقه ذات العلاقة كلما كان ذلك ممكنا ، في مجال إعداد التشريعات وصياغتها واثرها المترتب على اساسيات مبدا الأمن القانوني و الاحكام القضائية الصادرة في شأنها .

رابعا :هيكلية البحث:

للإحاطة في موضوع البحث ولغرض تحقيق الاهداف المرسومة له قسمنا البحث على مبحثين تناولنا في الاول منهما التعريف بالأمن القانوني والطبيعة الاستثنائية للقانون الاداري وقسمناه على ثلاثة مطالب تناولنا في المطلب الاول التعريف بمبدأ الامن القانوني اما المطلب الثاني فخصصناه للبحث في الطبيعة الاستثنائية للقانون الاداري في حين بحثنا في الثالث استثنائية القانون الاداري بين الضرورة والتغيير.

اما المبحث الثاني فتناولنا فيه تأثير الطبيعة الاستثنائية للقانون الاداري على مبدأ الامن القانوني وقسمناه على ثلاثة مطالب خصصنا الاول للبحث في اشكالية التعارض مع مظاهر الامن القانوني وخصصنا الثاني لدراسة اشكالية التعارض مع الامن القضائي في حين كرسنا المطلب المطلب الثالث للبحث في مصادر القانون الاداري واشكالية التدرج ووضوح القواعد القانونية, ثم ختمنا البحث بأهم ما توصلنا اليه.

المبحث الاول

التعريف بالأمن القانوني والطبيعة الاستثنائية للقانون الاداري

من مقتضيات مبدأ الامن القانوني أن المواطن يجب ان يشعر ان حقوقه محمية من قبل الدولة في حياته، حريته، وممتلكاته تكريما له وان استقرار القانون هو عنصر من عناصر الامن القانوني الذي بات يتم الاعتراف به دوليا كمطلب مركزي لسيادة القانون.

والثبات النسبي للعلاقات القانونية و الاستقرار في المراكز القانونية المختلفة و إشاعة الأمن والطمأنينة بين أطراف العلاقات القانونية , دون التعرض لمفاجآت هو غاية ما يسعى اليه المشرع اليوم , فهل يمكن للقانون الاداري ان يلبي ذلك في ظل عدم تقنين اغلب احكامه واعتماده على القضاء كمصدر رسمي رئيس لها.

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

المطلب الاول: التعريف بمبدأ الامن القانوني

مفهوم الأمن القانوني هو من المفاهيم التي تتداول كثيراً، فلم يعد هذا المبدأ في السوابق القضائية غريبا عن التطبيق فالثبات النسبي للعلاقات القانونية و الاستقرار في المراكز القانونية المختلفة و إشاعة الأمن والطمأنينة بين أطراف العلاقات القانونية , دون التعرض لمفاجآت هو غاية ما يسعى اليه المشرع اليوم وبات معيارا لديمقراطية الدولة ولاحترامها سيادة القانون في دول الاتحاد الاوربي.

ويؤيد سرعة الاستجابة الى هذا المبدأ انه في آخر الاحصائيات تبين إلى أن عدد الأحكام الصادرة عن محكمة العدل الأوروبية والتي تم فيها استخدام مصطلح "اليقين القانوني" تجاوز في بعض السنوات نسبة ١٠ % في المائة من العدد الإجمالي للأحكام الصادر [١].

الأمن القانوني مفهوم قانوني راسخ في كل النظم القانونية المختلفة والنظام القانوني العام بشكل خاص ، ويتم تحديد الامن القانوني من حيث الحد الأقصى من القدرة على التنبؤ بسلوك السلطة العامة، وقدرة المواطنين على تنظيم شؤونهم في ظل استقرار قانوني يعتمد عليه ، وبهذا المعنى يعد الامن القانوني بمثابة معيار أساس لمشروعية التدابير التشريعية والإدارية التي تتخذها السلطات العامة في وقت وظروف معينة.

ويرى أرنولد وولفر "Arnold Walfers أن الأمن القانوني يعني من الناحية الموضوعية عدم وجود تهديد للقيم المكتسبة، أما من وجهة النظر الذاتية فيعني عدم وجود مخاوف من تعرض هذه القيم للخطر[٢] وقد ذهب غوستاف رادبروش Radbruch أن أي نظام قانوني يجب أن تتوفر فيه ثلاثة أهداف في نفس الوقت. اولها منح العدالة، وثانيها تعزيز المصلحة العامة وثالثها خلق اليقين القانوني.

في حين اكد مايكل فيلهلم جوزيف بير Wilhelm Joseph Behr أن المواطن يجب ان يشعر ان حقوقه محمية من قبل الدولة من حياته، حريته، وممتلكاته تكريما له وان استقرار القانون والاستمرارية القانونية هي عنصر من عناصر الامن القانوني الذي بات يتم الاعتراف به دوليا كمطلب مركزي لسيادة القانون. [٣]

وقد ترسخ مبدأ الامن القانوني في المانيا اعتمادا على آراء هؤلاء الفقهاء , فأكدت المحكمة الفيدرالية الالمانية في عدة قرارات لها هذا المبدأ كما اعترفت المحكمة بدستوريته منذ به عام ١٩٦١ وتم الاعتراف به دوليا من قبل محكمة العدل للمجموعة الاوربية في قرارها عام ١٩٦٢ ثم تلتها بالاعتراف المحكمة الاوربية لحقوق الانسان عام ١٩٨١. [٤]

---

[1] –Jean–Pierre PUISSOCHET, Le principe de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européenne

https://www.conseil–constitutionnel.fr/nouveaux–cahiers–du–conseil–constitutionnel

(٢)كان أرنولد أوسكار ولفرز ١٨٩٢ – ١٩٦٨ عالما سياسيا أمريكيا سويسريا .يعد من بين الممثلين الرئيسيين لنظرية الواقعية في العلاقات الدولية. ينظر: جون بيليس وستيف سميث، عولمة السياسة العالمية، ترجمة ونشر مركز الخليج للأبحاث، الطبعة الأولى، ٢٠٠٤، دون دار نشر، دون بلد نشر، ص ٤١٤.

(٣) د. مازن ليلو راضي , حماية الامن القانوني في النظم القانونية المعاصرة, المركز العربي للنشر والتوزيع , القاهرة ,٢٠٢٠ ص ١٨ وما بعدها.

(٤) مصطفى بن شريف و فريد بنته , الامن القانوني و الامن القضائي , نقلا عن د. محمد بوكماش و خلود كلاش , مبدأ الامن القانوني ومدى تكريسه في القضاء الاداري , مجلة البحوث والدراسات الاكاديمية العدد الثاني عشر , ٢٠١٨ , تصدر عن السلطة القضائية , المغرب, ص ١٤٠

ووفقًا لمنظمة التعاون الاقتصادي والتنمية (OECD) ، فإن مفهوم سيادة القانون أولاً وقبل كل شيء يسعى إلى التأكيد على ضرورة إنشاء مجتمع قائم على القواعد لصالح اليقين القانوني والقدرة على التنبؤ [١].
اما على صعيد الفقه العربي فقد تجاهل اغلب الفقهاء وضع تعريف محدد له استنادا الى توسع مفهومه واحتوائه على مظاهر مختلفة يصعب جمعها في نطاق واحد , الا ان ذلك لم يمنع البعض من المحاولة , فذهب جانب منهم الى التركيز على هدف الامن القانوني فعرفه بانه : تحقيق قدر من الثبات النسبي في العلاقات القانونية وحد ادنى من الاستقرار للمراكز القانونية المختلفة بهدف اشاعة الامن والطمأنينة بين اطراف العلاقة القانونية من اشخاص قانونية عامة وخاصة بحيث تتمكن هذه الاشخاص من التصرف باطمئنان على هدى من القواعد والانظمة القانونية وقت قيامها بأعمالها وترتب اوضاعها في ضوء منها من دون التعرض لمفاجئات او تصرفات مباغته صادرة عن السلطات العامة يكون من شأنها زعزعة هذه الطمأنينة . [٢]

كما عرفه البعض بانه يعني في حقيقة الأمر أن تكون القواعد القانونية مؤكدة ومحددة في تنظيمه للمراكز القانونية أو تضمن تأمين النتائج بحيث أن كل فرد يستطيع أن يتوقع هذه النتائج ويعتمد عليه بأن يتوقع مقدما نتائج تصرفاته من حيث ماله وما عليه، فالأمن القانوني يؤدي إلى إمكانية توقع الأفراد لنتائج أفعالهم سلفا. [٣]

بينما ركز جانب آخر على وسائل تحقيق الأمن القانوني فذهب الى ان للأمن معنيان الاول المعنى الضيّق ويعني تلك الإجراءات الخاصّة بتأمين الفرد داخل الدولة ضد الأخطار التي تمس ماله ونفسه، من خلال وضع التشريعات وأجهزة الأمن الداخلي التي تحقّق تلك الحماية وتمنع وقوع الجرائم، وإقامة الأجهزة القضائي لتوقيع العقوبات على المخالفين للقانون تحقيقا للردع العام والخاص. أما الأمن بمفهومه الواسع فيعني الإجراءات التي تُتّخذ لمواجهة الأخطار من الناحية الخارجية سواء في المجال العسكري أو الاقتصادي أو الاجتماعي، وهو بهذا المفهوم يشمل كل ما يحقّق استقلال الدولة وسلامة أراضيها، وهو بمفهوميه الواسع والضيّق يهدف لرد التهديدات الداخلية والخارجية عن الدولة، لضمان استقرار المواطنين وتوجيه طاقاتهم للنهوض والتقدّم والازدهار[٤]

ولقد أكدت المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان، أن القانون يجب أن يكون متوقعا، وسهل الولوج ، وهو ذات المبدأ الذي أكد عليه مجلس الدولة الفرنسي في تقريره لسنة ٢٠٠٦، و كذا المجلس الدستوري الفرنسي في قراره الصادر بتاريخ ٢٠٠٥/١٢/٢٩ [٥]

(١) في اجتماع وزراء خارجية مجموعة الثماني في بوتسدام عام ٢٠٠٧ ، التزمت مجموعة الثماني بحكم سيادة القانون كمبدأ أساسي ينظر:

Gustav Radbruch, Der Geist des englischen Rechts, 1947, S. 59.

(٢) د. يسرى محمد العصار , دور الاعتبارات العملية في القضاء الدستوري ,١٩٩٩, ص ٢٤٥

(٣) د. أحمد ابراهيم حسن، غاية القانون دراسة في فلسفة القانون، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية،2000 , ص١٧٩

(٤) د. علي الحنودي، الأمن القانوني: مفهومه وأبعاده، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد ٩٦، يناير فبراير ٢٠١١، ص١١٨.

(٥) القرار رقم ٢٠٠٥-٥١٩ DC المؤرخ ٢٩ يوليو ٢٠٠٥ للمزيد ينظر: مصطفى بن شريف, الأمن القانوني والأمن القضائي, مقال منشور على الموقع, https://www.hespress.com/writers تاريخ الزيارة ٢٠٢٢/٣/٢٠

وفي ضوء ذلك يمكن ان نعرف الامن القانوني بانه الاجراءات التي تتخذها السلطات العامة بهدف تحقيق التوازن بين ثبات ووضوح وسهولة الوصول الى القواعد القانونية السائدة في وقت معين بما يحقق الثقة واطمئنان لدى المخاطبين بها , وبين التطور والتغيير الطبيعي لها.

المطلب الثاني: الطبيعة الاستثنائية للقانون الإداري

القانون الإداري هو فرع من فروع القانون يتمتع بالخصوصية والاقتران بالمصلحة وهو قانون يبحث دائمًا عن تعريف يتجاوز موجات لا حصر لها من التشكيك في خصوصيته وجوهره وحتى وجوده.

والخلاف والتشكيك يثار في الغالب حول تعريف وأسس القانون بشكل عام، مضافًا الى ذلك ما يتعلق بتحديد السمات المميزة للسلطة الإدارية.

ولعل اشهر سمات هذا القانون انه غير مقنن ويقصد بالتقنين في هذا الخصوص أن يصدر المشرع مجموعة تشريعية تضم المبادئ والقواعد العامة والتفصيلية المتعلقة بفرع من فروع القانون كما هو الحال في مدونة القانون المدني أو مدونة قانون العقوبات .

ولا يخفى ما لتدوين القواعد العامة والتفصيلية لقانون ما من أهمية من حيث إضفائه الثبات والاستقرار على نصوص التشريع وسهولة الرجوع إلى أحكامه .

ومن المهم القول ان القانون الإداري قد نشأ في فتره انتشرت فيها حركة التقنين في أعقاب الثورة الفرنسية حيث تم تدوين قواعد القانون المدني في مدونة نابليون . (١)

إلا أن القانون الإداري لم تشمله هذه الحركة رغم رسوخ مبادئه واكتمال نظرياته وقد ارجع اغلب الفقهاء عدم تقنينه إلى سرعة تطوره وتفرع وسعة مجالاته مما يجعل من الصعوبة جمع أحكامه في مدونه واحدة خاصة وان أحكامه في الغالب ذات طبيعة قضائية ، ولا يخفى ما في أحكام القضاء الإداري من مرونة تتأثر بالواقع الاقتصادي والاجتماعي والسياسي السائد في المجتمع .

وإذا كان عدم التقنين يعني عدم جمع إحكام القانون الإداري في مجموعة أو مدونة واحدة فإن ذلك لا ينفي وجود تقنينات جزئية لبعض موضوعات القانون الإداري ، من ذلك وجود تشريعات خاصة بالموظفين وتشريعات خاصة بنزع الملكية للمنفعة العامة وقوانين خاصة بالتنظيم الإداري أو القضاء الإداري إلى غير ذلك من مواضيع يتعذر جمعها في تقنين شامل .

وربما تعززت فكرة عدم التقنين لهذا القانون بسبب ظروف نشأته ومصدره القضائي ففي الوقت الذي لا يعد القضاء فيه مصدراً رسمياً للقانون في اغلبها لدوره المتعلق بتطبيق النصوص التشريعية وتفسيرها وإزالة غموضها وإزالة التعارض المحتمل بينها ، نجده يتعدى هذا الدور ليصل إلى حد خلق قواعد قانونية خارج نصوص التشريع في القانون الاداري.

فمن الطبيعي ان يتجاوز القضاء الإداري دور القضاء العادي ليتماشى مع متطلبات الحياة الإدارية فيعمد إلى خلق مبادئ وأحكام القانون الإداري ، فيصبح القضاء بالتالي مصدرا رسميا للقانون الإداري بل من أهم مصادرها الرسمية ، ويتعدى دوره التشريع في كثير من الأحيان .

---

[١] للمزيد ينظر :د. ماجد راغب الحلو , القانون الإداري ، الإسكندرية ، ١٩٨٢ ، ص ٥٠ ود. ثروت بدوي , القانون الإداري , دار النهضة العربية ، ١٩٧٤ ، ص ٩٩ و د. سليمان محمد الطماوي , الوجيز في القانون الإداري ، دار الفكر ، ١٩٧٩ ، ص ١١.

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

علاوة على ان أحكام القضاء الإداري تتميز بعدم خضوعها للقانون المدني ، فالقاضي الإداري إذا لم يجد في المبادئ القانونية القائمة نصاً ينطبق على النزاع المعروض عليه يتولى بنفسه إنشاء القواعد اللازمة لذلك دون أن يكون مقيداً بقواعد القانون المدني .

وهنا لابد من اثارة تساؤل مهم مفاده الى متى يجب ان يظل هذا القانون فقهيا؟

أن القانون الإداري لا يمكن أن يظل فقهيًا إلى أجل غير مسمى وأن الوقت قد حان "لإعادة التوازن بين مصادره المكتوبة والفقهية" .

يبدو "الاستثناء الإداري" أقل لفتًا للانتباه اليوم مما كان عليه بالأمس. وهذه الكلمات الأولى لا تحمل بأي حال من الأحوال ما يقلل من شأن القضاء الاداري الذي يعود له الفضل في أنشأ هذا القانون اصلا.

ومع ذلك نجد انه لا مناص من ضرورة ان يعود القضاء الإداري إلى مهمته الرئيسة والوحيدة وفقا للمنطق القانوني السليم وهي تطبيق القانون.

فقد حان الوقت الآن للتنافس أو التعاون بين المصادرين التشريعي والقضائي لهذا القانون الذي أصبح مختلطًا.

عندما رفضت محكمة النزاعات ، في حكم بلانكو *Blanco* ، عام ١٨٧٣ تطبيق القانون العام على الإجراءات الإدارية على أساس أن السعي وراء المصلحة العامة يتطلب معالجة استثنائية ، وقضت انه " من حيث إن مسؤولية الدولة عن الأضرار التي تسببها للأفراد بفعل الأشخاص الذين تستخدمهم في المرفق العام لا يمكن أن تحكمها المبادئ التي يقررها التقنين المدني لتنظيم الروابط بين الافراد بعضهم وبعض ، وإن هذه المسؤولية ليست عامة ولا مطلقة ، بل لها قواعدها الخاصة التي تتغير تبعاً لحاجات المرفق, ولضرورة التوفيق بين حقوق الدولة والحقوق الخاصة".[١] من الواضح أنه لم يكن هناك تشريع ينص على قواعد خاصة تنطبق على قواعد المسؤولية عن العمل الإداري.

إن عدم إنكار العدالة الذي يُلزم القضاة ، مهما كانت الظروف القانونية الفصل في النزاع ، اجبر مجلس الدولة ومحكمة النزاعات على إنشاء المبادئ القانونية اللازمة لا أكثر ولا أقل.

ان الطبيعة الاستثنائية للقانون الاداري جعلت أكثر من نصف هذا القانون الذي يحكم علاقة الافراد مع الادارة ذا طبيعة قضائية, وقد نهض القاضي الإداري بعمل إبداعي وصاغ قانونه ، بعيدًا عن القنوات التشريعية التقليدية ، بطريقة تعتمد كليًا على طبيعة المنازعات والمشكلات القانونية التي أثيرت في هذه المناسبات.

المطلب الثالث: استثنائية القانون الاداري بين الضرورة والتغيير

ليس من السهل التحول في غلبة مصادر القانون الاداري من القضائية الى المكتوبة , ولازال اغلب الفقه ينادي بالطبيعة القضائية لأحكامه باعتبارها ميزة وليست عيب , لكن ما سنعرضه من اشكالات قد تجعل الطبيعة الاستثنائية للقانون الاداري باهته في مقابل ما ستفوته من مزايا يوفرها التشريع المكتوب للأفراد والمجتمع . فقد آن لنا الآن ان نقيم التجربة الاستثنائية لهذا القانون , وهل من المنتظر لها الاستمرار؟.

اولا: اصالة النشأة القضائية

إن جميع القواعد والمفاهيم الأساسية التي تحكم القانون الإداري اليوم ، من الخدمة العامة إلى الضبط الإداري ، قد وضعها وحصرها مجلس الدولة ، بدعم من محكمة النزاعات في بعض الأحيان ، كما إن المبادئ العامة للقانون هي ، بحكم تعريفها ،إبداعات لا شان لها بالقانون المدني .

١ مارسو لون , بروسبير في جي بريان , أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي ترجمة : د. أحمد يسري , منشأة المعارف الإسكندرية , ١٩٩١ص ١٩ .

كما إن السوابق القضائية ، أفضل من القانون ، قادرة على إضفاء طابع القابلية للتكيف على القانون لتكون قادرة على مرافقة إجراء إداري حساس للتغيرات المجتمعية ، والتي تزداد وتيرتها مع تطور القرن الحادي والعشرين.

على الرغم من العوائق والانتقادات الكبيرة التي يجب طرحها ، من باب أولى في سياق سيادة القانون ، سيظل القانون الإداري تحت تأثير القضاة ، ضمنيًا على الأقل لفترة طويلة. في الواقع ، عندما ينوي المشرع تأمين هذا الحق من خلال وضع ختم رسمي عليه ، فإنه يستلهم كثيرًا من السوابق القضائية ، التي تعتبر ، في نظره ، سلطة لا ينبغي التشاور معها فحسب ، بل يجب الاستماع إليها أيضًا.

ثم يأتي لتأكيد ملاءمة النصوص في نهاية نوع من "الحلقة الغريبة". ومن منظور نوعي ، فإن واقع القانون الإداري لن يكون إذن جدلية بين القاضي والمشرع ، بل واقع بديل عن "حكومة القضاة" الشهيرة.

ثانيا: السوابق القضائية مصدر حيوية القانون الإداري

تعد السوابق القضائية مصدر حيوي للقانون الإداري وعنصر مكتسب وترجع الخطوط الأساسية - وبالتالي هيكل - القانون الإداري من نشاط كبار القضاة في النظام الإداري.

وقد كان لقضاء مجلس الدولة الفرنسي الفضل في استنباط المبادئ العامة للقانون والتي اعلن ضرورة التزام الإدارة بها، والتي كشف عنها من خلال الضمير القانوني العام في الدولة ويطبقها على ما يعرض عليه من منازعات. (١)

وعلى الرغم من اختلاف الفقه حول القيمة القانونية التي تتمتع بها المبادئ العامة للقانون، فقد استقر القضاء على تمتع هذه المبادئ بقوة ملزمة للإدارة بحيث يجوز الطعن بإلغاء القرارات الصادرة عنها، وتتضمن انتهاكاً لهذه المبادئ والتعويض عن الأضرار التي تسببها الأفراد.

ومن المبادئ القانونية العامة التي استخلصها مجلس الدولة الفرنسي وأضحت قواعداً أساسية في القانون الإداري ونظام القانون العام: مبدأ سيادة القانون، ومبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية، ومبدأ المساواة أمام المرافق العامة، ومبدأ المساواة أمام التكاليف العامة، ومبدأ الحق في التقاضي، ومبدأ عدم المساس بالحقوق المكتسبة، ونظرية الظروف الاستثنائية.

لكن السوابق القضائية - وهذا نوع من التناقض - تعمل أيضًا في اتجاه تطور المعايير, بما يضمن الملاءمة بين الأعمال الإدارية وواقع السياق الاجتماعي والأعراف وهي تدمج في قراراتها ، إلى حد ما الظروف الخاصة لكل حالة.

فالقانون الإداري ليس تمثالًا رخاميًا ، إنه يتحسن بمرور الوقت عن طريق تعديل توازن المصالح المعنية , ومن ثم فهي تختلف بحسب ما إذا كانت الإدارة تستخدم صلاحياتها في السلطة العامة أم لا ، وفقًا لما إذا كانت تعمل لغرض المصلحة العامة أم لا ، وفقًا لما إذا كانت الظروف استثنائية أم لا.

ولأنه قانون استثنائي لا يخضع لقواعد القانون المدني فقد نجح في التغلب على العقبة الرئيسية التي تقف في طريقه وهي صعوبة التوفيق في جميع الظروف بين وجود صلاحيات باهظة في أيدي الإدارة مع الحفاظ على حقوق المواطنين وحرياتهم.

أما بالنسبة للإدارة نفسها ، فيبدو أنها تقبل بالحق الضمني للقضاة أكثر من حق القوانين الصريح . بصرف النظر عن بعض الاخفاقات من وقت لآخر ، حيث تضمن السوابق القضائية تغييرات تدريجية على مراحل ، ولا سيما بفضل طبيعتها غير الرسمية والحاجة إلى المرحلات بمرور الوقت.

---

(١)المبادئ العامة للقانون لا يشترط ورودها في نص قانوني مكتوب فقد تكون خارجة عنه يستخلصها القاضي من طبيعة النظام القانوني وأهدافه الاقتصادية والسياسية والاجتماعية والقيم الدينية والثقافية السائدة في المجتمع.

بالإضافة إلى ذلك ، فإن السوابق القضائية الإدارية هي قانون علمي ، يقدمه خبراء في هذا المجال ، والذي يفترض الصفات العظيمة لمحتواه. ليس مضمونًا أن يكون أعضاء البرلمان نفس القدرة الذاتية على الاندماج في المنطق الإداري ، وأن يكونوا قادرين على ايجاد تشريعات ادارية بذات الجودة .

المبحث الثاني

تأثير الطبيعة الاستثنائية للقانون الاداري على مبدأ الامن القانوني

إن عدم الخضوع للقانون الاداري وعدم تقيد بأحكام القضاء العادي التي تميز بها القانون الإداري ، تبررها اعتبارات تاريخية صاحبت نشأته ، ميزته بشكل أساسي عن القانون الخاص ويعتقد البعض أن هذا هو جوهره وسر قوته , الا ان ذلك لم يمنع من اثارة بعض الاشكالات التي جذبت انتباه السلطتين التنفيذية والتشريعية في كثير من الدول التي تأخذ بنظام القضاء المزدوج.

المطلب الاول: اشكالية التعارض مع مظاهر الامن القانوني

الامن القانوني للأفراد هو أحد أهداف القانون، و هو مفهوم قانوني راسخ في كل النظم القانونية المختلفة والنظام القانوني العام بشكل خاص، ويتم تحديد الامن القانوني من حيث الحد الأقصى من القدرة على التنبؤ بسلوك السلطة العامة، وقدرة المواطنين على تنظيم شؤونهم في ظل استقرار قانوني يعتمد عليه، وبهذا المعنى يعد الامن القانوني بمثابة معيار أساسي لمشروعية التدابير التشريعية والإدارية التي تتخذها السلطات العامة في وقت وظروف معينة.

و ذهب جانب من الفقه الفرنسي الى تعريفه اعتمادا على بيان عناصر المبدأ, فعرفه بانه "ذلك المبدأ الذي يتضمن طائفتين من القواعد أولهما: القواعد التي تكفل استقرار المراكز القانونية أو الثبات النسبي واستقرار هذا المراكز من حيث الوقت أو الزمان، وثانيهما: القواعد القانونية المتعلقة بوضوح وتحديد القواعد القانونية وقرارات السلطات العامة، مما يعني توافر الجودة في هذه القواعد والقرارات(١).

ولا مراء في أن الأمن القانوني يكرس أمنا اجتماعيا قائما على الكرامة وهي أعظم حقوق الإنسان التي كرستها الديانات جميعها قبل أن تكرسها المواثيق الدولية والقوانين الوضعية، المجلس الدستوري الفرنسي لم يؤسس صراحة لهذا المبدإ لكنه لم يستثنيه أيضا والفقه الفرنسي [٢]، الا إن الرقابة على دستورية القوانين قد

---

[١] Fromont, le princépe de securite juridique, A.J.D.A., 1996, P. 178.

نقلاً عن د.محمد محمد عبد اللطيف، مبدأ الأمن القانوني، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جماعة المنصورة/ كلية الحقوق، العدد السادس والثلاثون، اكتوبر ٢٠٠٤، ص ٨٩.

(٢)عد المجلس الدستوري الفرنسي بقراره المرقم ٠٦ في افريل ١٩٩٦، إن المشرّع يهدف الى تقوية الامن القانوني عن طريق تحديد طرق الطعن، وقد يبدو لوهلة إن المجلس قد اقر بقراره هذا بدستورية مبدأ الامن القانوني بشكل ضمني. الان إنه في قرار آخر بالرقم ٣٠ ديسمبر ١٩٩٦ رفض بشكل صريح اضفاء الدستورية على مبدأ الثقة المشروعة لعدم وجود نص على ذلك.

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

كرست مبدأ الامن القانوني ضمنياً[١] فضلاً عن إن الفقه الفرنسي لم تطرق بشكل واضح الى مبدأ الامن القانوني[٢].

واذا ذهبنا الى ان القانون هو مجموعه القواعد الواجبة التطبيق في اي وقت معين ومن الضروري التزام السلطات العامة، بتحقيق قدر من الثبات النسبيّ للعلاقات القانونيّة، وحد أدنى من الاستقرار للمراكز القانونيّة المختلفة؛ بهدف إشاعة الأمن والطمأنينة بين أطراف العلاقات القانونيّة"[٣].

فإننا نعتقد ان الاستثنائية التي يتميز بها القانون الاداري بعدم تدوين اغلب قواعده تحد دون شك من اطمئنان الافراد على استقرار القواعد والأنظمة القانونيّة النافذة وقت تصرف الادارة في مواجهتهم , كما تقلل من قدرتهم على ترتيب أوضاعهم على ضوئها ، وعدم تعرضهم لمفاجآت أو تصرفات مباغتة صادرة عن السلطات العامة يكون من شأنها زعزعة هذه الطمأنينة أو العصف بهذا الاستقرار ولا يعلمون موقف القضاء الاداري من مشروعيتها .

المطلب الثاني: اشكالية التعارض مع الامن القضائي

قد يفهم الكثير من الناس قاعدة قانونية بطريقة مختلفة, والقضاة هم الذين يأتون لتوضيح الخطوط العريضة للقوانين بتفسيرها فقراراتهم تشكل الاجتهاد القضائي. وسلطة القاضي في الاجتهاد يجب ان لا تمس بمبدأ الامن القانوني, حيث ان جميع القرارات القضائية الصادرة عن المحاكم المختلفة، لا تفرض على القضاة الا التقيد بأحكام القانون، ولا يطلب منهم في ظروف مماثلة ان يتخذوا قرارا مطابقا لما كان يمكن ان تتخذه محاكم أخرى، أو حتى بأنفسهم في ظروف أخرى أو حتى في ظروف المشابهة مع ملاحظة أن العدول عن الاجتهاد القضائي السابق لا يُعدل القانون، وإنما يُعدل من تفسيره، إذا ما ظهرت عدم صحة التفسير القضائي السابق.

كما ان الاجتهاد بطبيعته لا يتغير بسرعة حيث يأخذ وقتا طويلا ليتكون على غرار العرف، ووقتا طويلا ايضا ليتغير، فضلا عن ان مبدأ الامن القانوني وما يهدف اليه من استقرار الاوضاع القانونية والثقة في

---

(١) وهذا ما تبناه مجلس الدولة الفرنسي في العديد من الدعاوى عندما لم يجز رجعية القرارات الادارية الى تأريخ سابق، حيث اشار الى ذلك مفوض الدولة Teissierفي تقرير له إذ جاء فيه، (إن المبادئ الاساسية في القانون العام تحرم على الادارة تعيين موظف بأثر رجعي، وكذا اصدار قرارات تعيين مبتسرة رجعية الاثر وهذا يرجع الى الاختصاص من حيث الزمان، كما إن تنظيم المرافق ووضع قواعد التوظيف والقرارات التنظيمية او اللائحية لا يمكن ان تمارسه الادارة الا بالنسبة للحاظر والمستقبل فلا يجوز تغيير او تعديل او تغيير هذه القواعد بالنسبة لزمن مضى، فليس للادارة ان تنظم ما تم في زمن سابق والا تجاوزت حدود سلطتها ....) حكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ ١٩٠٧/٥/١٧ ، نقلا عن د. محمد عبدالعال السناري، نفاذ القرارات الادارية، القاهرة : دار النهضة العربية ، ٢٠٠٥،ص١٩٩.

(2) Elodie BORDES, Radioscopie jurisprudentielle du principe de sécurité juridique Analyse des évolutions possibles à la lumière de la QPC, A.T.E.R. Université du Sud Toulon-Var Doctorante C.E.R.C. Université du Sud Toulon-Var Thèse sur « Le silence et le droit » Sous la direction de Jean-Jacques Sueur et Sylvie Torcol p9.

(٣) د.أحمد عبد الظاهر، مبدأ الأمن القانونيّ كقيمة دستوريّة، مقال منشور على شبكة المعلومات الدوليّة htt://kenonaonline.com/users/law/posts. تاريخ الزيارة ٢٠٢٢/٣/٢٠

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

القانون، لا يعني جمود القاعدة القانونية, وبالتالي فأن ضرورة الاجتهاد القضائي تقتضي الا يتم الحجر على المحاكم في تطوير اجتهادها. (١)

اما في القضاء الاداري فالأمر لا يخلو من خطورة حيث انه لا تشريع مكتوب , كما ان الاجتهاد وعكس الاجتهاد متاح بشكل يفوق ما هو متوافر للقضاء العادي فاذا بررنا اجتهاد القاضي العادي بانه تفسير للقانون وان عكس اجتهاده يسير في ظل الفهم المتطور للقانون .

فاننا نستطيع ان نستوعب اجتهاد القاضي الاداري ابتداءا لكن من الصعوبة علينا ان نفسر عكس اجتهاده , الذي قد لا يخلو من مخالفة لمبدأ الامن القضائي، خاصة اذا كان عكس الاجتهاد السابق قد جاء مباغتا.

ومع اننا لسنا مع الحجر على سلطة القاضي الاداري في عكس الاجتهاد على فرض قناعته بان الاجتهاد الجديد أفضل من السابق، ومتماشيا مع ظروف المجتمع والمصلحة العامة الا اننا نسجل تحفظنا على موضوع انه سيبقى دائما في اطار القانون الاداري ، لان لنا الحق في ان نتساءل متى ما هو وقت نشأت القاعدة القانونية في اجتهاد القاضي الاول ؟ ام في اجتهاده الثاني ؟ وفي ظل هذا الاشكال كيف نبرر للافراد عدم علمهم بالقاعدة القانونية ؟ وكيف اوفر للمتقاضين فرصة معقولة للتنبؤ بإمكانية حصول هذا التغير في الاجتهاد وان تتاح لهم فرصة الطعن فيه وفقا لمبادئ الخصومة العادلة؟

فقد يفهم الكثير من الناس قاعدة قانونية بطريقة مختلفة, والقضاة هم أيضا الذين يأتون لتوضيح الخطوط العريضة للقوانين بتفسيرها: فقراراتهم تشكل الاجتهاد القضائي. غير ان المحاكم ليست بالضرورة مؤلفة من نفس القضاة، وتتغير المواقف, فحين فسر القضاة القاعدة على النحو التالي، فانهم قد يقررون تفسيرها بالطريقة باء. مما يعرض المخاطبين بالقانون الى مخاطر جمة .

فقد يهدد عكس الاجتهاد القضائي او العدول عن الاجتهاد الامن القانوني بالنظر لصعوبة معرفة الناس به مقارنة بالتشريع، فمع ان اعمال قاعدة(لا يعذر بالجهل بالقانون) ، رغم صعوبتها امر يمكن تصوره, فانه لا يمكن للفرد العادي ولا المتخصص من رجال القانون والمحامين ان يتوقع الاجتهاد اللاحق للقضاء في ضوء بحث القاضي في التشريع وتكوين عقيدته.

وقد تتجاوز مخاطر عكس الاجتهاد القضائي احيانا الخصمين الى غيرهما , ففي فرنسا في قضية مهمة قضت الدائرة المدنية الاولى لمحكمه النقض في الواقع في حكم صدر في ١٥ كانون الأول/ديسمبر ٢٠١١ (٢)بشان مسؤولية محامي فسر القانون بطريقة الاجتهاد السابق وتصرف على اساسة وتسبب في خسارة الدعوى.

وتتلخص وقائع القضية المذكورة، ان المحامي كان يدافع عن شركه غير فرنسية تطالب ببضائع. واستند هذا المحامي إلى ماده في قانون الإجراءات المدنية سمحت بتمديد فترة الاعتراض على الحكم امام محكمة الاستئناف لمدة شهرين إضافيين. وكانت السوابق القضائية سارية في هذا الاتجاه.

غير ان القضاة في تلك القضية قد عدلوا عن اجتهادهم السابق وقرروا بان هذه المادة الإجرائية لا تنطبق الا على الإجراءات التي تتخذ في المطالبة بالبضاعة امام قاض. وهكذا حاولت الشركة الأجنبية ان تلقي اللوم على المحامي الذي، في رايها، قد تحمل مسؤولية عدم استباق هذا النقض للسوابق القضائية.

---

(١)د. عبد الرحمن اللمتوني, الاجتهاد القضائي والامن القانوني، مجلة الملحق القضائي، المعهد العالي للقضاء، المملكة المغربية، العدد ٤٦, السنة ٢٠١٤, ص ١٦ .

(2), 1ère Chambre civile de la Cour de cassation, 15 décembre 2011, n°10-24.550 https://www.avocats-picovschi.com

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

ورد قضاه النقض على الشركة بان مسؤولية المحامي لا يمكن ان ترتكب الا إذا ارتكب خرقا للقانون الوضعي القائم. ومن المستحيل اعتبار ان المحامي قد ارتكب خطا إذا لم يتوقع تطورا لاحقا في التشريع بعد نقض الاجتهاد القضائي، أو انه لم يتوقع نقض الاجتهاد القضائي. ولا يزال المحامي ملزما باليقظة في مواجهة التطورات التي بدأت بالفعل.(١)

من جانب آخر ان الاثر الرجعي للاجتهاد هو من اهم مخاطر هذا العدول الامر الذي يتعارض مع مبدأ الامن القانوني والثقة المشروعة، وبطبيعة الحال فان الاجتهاد هو من ابتكار القاضي الهدف منه توضيح غموض القاعدة القانونية وتفسير مجمل وتقييد مطلق، وهو بذلك غير مستقر فهو قابل للتحول وهذا يؤثر بلا محالة على الحقوق المكتسبة وعلى الثقة المشروعة للمتقاضين.

مما يؤدي الى فقدان الناس الايمان بالشرعية وسيادة العدالة، يقول الاستاذ Moreau (كيف يمكن الحديث عن الايمان بالشرعية لدى اشخاص احترموا القانون المطبق، ليكتشفوا انهم اخطأوا لا لشيء سوى لان القاضي وتحت غطاء تفسير القانون فهم القاعدة القانونية على نحو مغاير تماما. او انه احدث قاعدة اخرى تكمل القاعدة الاولى ؟ هل يمكن بعد كل هذا ان نكلم هؤلاء الاشخاص عن العدالة) . (٢)

ان هذا التعقيد و انعدام الأمن القانوني قد جذب انتباه السلطتين التشريعية والتنفيذية في فرنسا والعراق . فأخذت التشريعات الادارية تترا في مجال كان حكرا على المبادئ العامة للقانون الاداري , لكن القوانين التي تم سنها كانت في الغالب عبارة عن تجميع وتنظيم الحلول الفقهية السابقة أو تطوير مقترحات محددة ومحددة في إطار المبادئ والتوجيهات التي حددها الفقه.

الا ان الاصوات التي لازالت خافته شيئا ما ستعلو وستطالب بتقنين هذا القانون لامحالة.

المطلب الثالث: مصادر القانون الاداري واشكالية التدرج ووضوح القواعد القانونية

مصادر القانون الاداري و التدرج ووضوح القواعد القانونية امر مرتبط ارتباطًا وثيقًا بالثقة كلّ هذا استدعى مختلف التشريعات إلى سن نصوص تحترم التدرج في القواعد القانونية وتتسم بالوضوح في قواعدها وعباراتها وغير غامضة تشيع حالة من الثقة و الأمن و الاستقرار في المراكز القانونيّة, والقانون الاداري شأنه شأن القوانين الاخرى يجب ان يوفر للمخاطبين به - ادارة وافراد - ما يشيع الثقة بأحكامه بما يحول دون اهتزاز صورة القانون.

اولا: مصادر القانون الاداري واشكالية التدرج

مهمة المصادر المكتوبة اليوم أبعد ما تكون عن التلاشي وبالتالي يبدو تحديد واقع مصادر القانون الإداري ، وأهمية "الاستثناء الإداري" ، أكثر صعوبة من أي وقت مضى إذا لاحظنا هرم القواعد القانونية ، فإن القضاء من حيث المنطق أدنى من القانون ومع ذلك من وجهة نظر القيمة ، فإنه غالبًا ما يلهم بل ويضفي الشرعية على عمل المشرع.

ولابد للدولة القانونية من مقومات وعناصر جوهرية ومن هذه العناصر وجود دستور يحدد النظام ويضع القواعد الأساسية لممارسة السلطة في الدولة ويبين العلاقة بين سلطاتها الثلاث التشريعية والتنفيذية

(1) L'avocat et le revirement de jurisprudence،Par Jade Wu, juriste https://www.avocats-picovschi.com

(٢) نقلا عن: عبد الرحمن اللمتوني, المصدر السابق، ص ١٤ .

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

والقضائية (١) و خضوع الإدارة للقانون(٢) و التقيد بمبدأ تدرج القواعد القانونية , لكي تكتمل عناصر الدولة القانونية لابد من وجود تنظيم للرقابة القضائية على أعمال مختلف السلطات فيها، وتقوم بهذه المهمة المحاكم على اختلاف أنواعها سواء أكانت عادية أم إدارية، تبعاً لطبيعة النظام القضائي المعمول به ، كأن يكون نظام قضاء موحد أم نظام القضاء المزدوج.

فإذا كانت للنصوص الأسبقية على السوابق القضائية من حيث الكمية، فإنه من حيث النوع سيبقى القضاء الاداري يملك الاولوية لفترة طويلة قادمة , فالقانون الإداري يظل قضائيا في الأساس.

وفقًا لفكر إدوارد لافرير ، فإن عمل القاضي ضروري لأنه وحده "يستطيع التمييز بين المبادئ الدائمة والأحكام الطارئة ، وإنشاء تسلسل هرمي بين النصوص ، ومعالجة صمتها ، وغموضها ، وعدم كفايتها من خلال استلهام الأفكار العامة و مبادئ القانون والإنصاف " .

ومع ذلك فإننا نرى ان قضائية القانون الاداري محل نظر , حيث تبقى للقانون واللوائح اهميتها سيما في القانون الاداري, حيث رُسمت صورة القانون الإداري على فترات عدة وبأيدي عدة:

أولاً وقبل كل شيء ، رسم القضاة الخطوط الرئيسية ، ووضعوا المبادئ الأساسية للمسألة , ثم رسم المشرع التفاصيل وحدد الأنظمة القانونية لأنشطة الإدارة المتعددة.

ثانيا: اشكالية وضوح القاعدة القانونية وامكانية الوصول

يعتمد الامن القانوني على إمكانية التنبؤ بالقانون, وقد بين مجلس الدولة الفرنسي في تقريره العام لعام ٢٠٠٦اغلب مظاهر الامن القانوني او نطاقه الموضوعي بقوله "إن مبدأ اليقين القانوني يعني ضمناً أن المواطنين ، ودون جهود لا يمكن التغلب عليها ، يجب ان يكونون قادرين على تحديد ما هو مسموح وما يحضر القانون العمل به. وللوصول إلى هذه النتيجة ، ويجب أن تكون القواعد التي تم سنها واضحة ومفهومة ، ويجب ألا تخضع ، في الوقت المناسب ، إلى اختلافات متكررة أو غير متوقعة ".(٣)

---

(١) د. محمد رفعت عبدالوهاب ،الوضع الدستوري والقانوني في ظل الاحتلال ، بحث منشور القي في المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق في جامعة بيروت العربية ج١،ط١،منشورات حلبي ، سنة ٢٠٠٥.ص٣٣٦.

(٢)هناك ثلاث آراء تبين المقصود بخضوع الادارة للقانون :

الراي الاول : يذهب ذلك عدم جواز إصدار الإدارة أي عمل أو قرار أو أمر الا تطبيقا للقانون وتنفيذاً لأحكامه وبالتالي فانه يحد من سلطات الادارة ويحصر نشاطها في تنفيذ احكام القانون ليتحقق بذلك مبدأ المشروعية.

الرأي الثاني: يذهب هذا الرأي الى توسيع سلطات الادارة , فيعرف خضوع الادارة للقانون بانه يجب عليها أن تستند في كل عمل تقوم به او يصدر عنها الى قاعدة قانونية تسمح به وتجيزة. فالادارة هنا لاتكتفي بتطبيق وتنفيذ احكام القاعدة القانونية وانما تمتد سلطتها للتصرف بالاستناد الى قاعدة قانونية تجيز وتسمح بهذا التصرف ويكون تصرفها عند ذاك في نطاق المشروعية.

الرأي الثالث: يوسع هذا الرأي من مفهوم خضوع الادارة للقانون , فيعني انه يمتنع عليها مخالفة القانون في أي عمل تقوم به او يصدر عنها, دون ان يكون عليها ان تستند الى نص قانوني يسمح او يجيز تصرفها .

للمزيد ينظر: د. محمود محمد حافظ – القضاء الاداري, مبدأ الشرعية , دار النهضة العربية, ٢٠٠٥, ص ٢٣-٢٤

3 _ Retour,Qu’est-ce que la sécurité juridique ? princi

https://www.ladocumentationfrancaise.fr

من المهم ان ينتفي اي شك في الحقوق والالتزامات التي يتمتع بها الشخص فشعوره بالأمان في ظل سيادة القانون و الوضوح القانوني، والموثوقية , هي من اهم عناصر الامن القانوني.(١)
وبهذه الاتجاه يتطلب الامن القانوني بالضرورة وجود قواعد واضحة وجيدة الإعداد ، يتم الإعلان عنها وتطبيقها بطريقة متسقة وموحدة ، فضلاً عن أن القرارات الصادرة نتيجة لتطبيق القواعد المذكورة يجب ان يتم تنفيذها بفعالية , وهذا ما يوفر الثقة والأمان فإذا كان هناك امن قانوني ، فإن الفرد ، سواء في علاقاته مع الدولة (السلطات العامة) أو في علاقاته مع الأفراد الآخرين ، يعرف ما يمكن حصوله , ويعرف عواقب أفعاله وأفعال الآخرين ، وفي النهاية يعرف أن هذه العواقب ستكون فعالة وأنه سيكون قادرًا على المطالبة بتنفيذها.
وهو ما لا يمكن توفيره في قواعد القانون الاداري بذات الفاعلية لان الطبيعة الاستثنائية للقانون الاداري و اغلب احكامه تعتمد احكام القضاء الخاضعة للاجتهاد وعكسه في كثير من الاحوال.
فخفاء معنى النص أو عدم فهم مقصده يمنع المخاطبين بالقانون من فهم أحكامه، ولايساعد على تحقيق القانون للأهداف المنشودة من إصداره، فعدم الدقة يؤدي إلى الابهام وقد يؤدي الإبهام إلى عدم تطبيق التشريع على الوجه المنشود كما قد يؤدي الى استغلال السلطات غموض النص لتحميله مالا يحتمل.
حيث يُعد مبدأ وضوح القانون من المبادئ الاساسية في الدولة القانونية التي تراعي الامن القانوني في نظامها القانوني، إذ تراعي السلطة التي تختص بسن التشريعات، وضوح النص القانوني ومراعاة الدقة في صياغته؛ الامر الذي يُسّهل للمُخاطبين به فهمه وتطبيقه. هذا من جانب، ومن جانب آخر، فإن مبدأ وضوح القاعدة القانونية يكمله جزءٍ ثانٍ وهو سهولة الوصول الى تلك القاعدة، إذ إن الوضوح قد لا يكفي لتحقيق هذه الجزئية من الامن القانوني للأفراد والمجتمع، بل يتوجب ان يصل هؤلاء الى تلك القاعدة بسهولة ويسر. إن اليقين القانوني متمثلاً بوضوح القانون وسهولة الوصول اليه، يرتبط ارتباطاً وثيقاً بالأمن القانوني فهو ركيزة اساس من ركائز الاخير و لا يُعد بمثابة مُرادف له.
فمن المهم ان يفهم المخاطب بالقانون ما هو مباح وما هو ممنوع من طرف القانون المطبّق، وللوصول إلى هذه النتيجة يتعيّن أن تكون القواعد المقررة واضحة ومفهومة، وألاّ تخضع في الزمان إلى تغييرات متكررة أو غير متوقعة. (٢)
وفي هذا قضت المحكمة الاوربية لحقوق الانسان ان (ما يتطلبه الاجتهاد القضائي هو ان يصاغ القانون المحلي بدقه كافيه للسماح للأشخاص المعنيين الإحاطة بالحاجة إلى مشورة للتنبؤ بدرجه معقولة بظروف القضية و النتائج المترتبة علي طبيعة فعل محدد) (٣).
هذا وقد عد المجلس الدستوري في فرنسا في قراره الصادر في ١٢/يناير /٢٠٠٢ مبدأ وضوح التشريع مبدأ دستوريا وان هذا المبدأ مستفاد من نص المادة (٣٤) من الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨, التي بينت مجال الاختصاص التشريعي للبرلمان . (٤)

(١)Reinhold Zippelius: Das Wesen des Rechts, 6. Aufl. 2012, Kap. 10

(2)Paul DUVAUX, Le Principe de sécurité juridique et de confiance Légitime apliqué à la réforme du LMP.

3 –Cour EDH, *Goodwin*, 31

(٤) د. محمد محمد عبد اللطيف , القضاء الدستوري في فرنسا في خمس سنوات ١٩٩٩-٢٠٠٤, دار النهضة العربية , ٢٠٠٥، ص١٧.

ثالثا: سهولة الوصول الى القاعدة القانونية:

سهولة الوصول الى القاعدة القانونية وفهمها من القضاة والمواطنين على حد سواء, بمالا يتيح للسلطة ان تتنصل من تنفيذ احكامها او تضفي عليها معنى غير المعنى الذي تكون في قناعة المخاطب بالقانون لحظة صدوره, من متممات الامن القانوني باعتباره عنصر من عناصر جودة وتحسين القانون, فتلتزم سلطة التشريع بعدم مفاجأة أو مباغتة الأفراد أو هدم مراكزهم القانونية التي اكتسبوها استنادا الى نص القانون.

الا ان قناعة المخاطب بالقانون بمضمون القانون , يشرط ان تكون قد تمت استنادا الى فكر واع يستند الى صحيح حكم القانون, فلا يجوز تحديد غاية المشرع بالفهم القاصر للمخاط بالقانون.

فيجب ان لا تثير القواعد القانونية أية اشكالات قانونية عند تطبيقها فضلا عن امكانية الاطلاع عليها ومعرفتها من قبل أي فرد وليس فقط ذوي الاختصاص، ومن دون ذلك لا يمكن للسلطة ان تمس حقوق الاشخاص استنادا الى قواعد قانونية لم يتيسر الاطلاع عليها.

ومن المهم القول بان سهولة الوصول الى القانون وسهولة فهمه يجد اساسه في مبدأ المساواة, فعندما ياتي المشرع بقانون يصعب على البعض الوصول اليه او فهمه, قد يؤدي الى تطبيق القوانين من قبل القائمين على تنفيذها بصورة انتقائية[١].

فالقانون السري ليس قانونًا على الإطلاق ، على الرغم من أن الجهل لا يصلح لدفاع عن الذنب، إلا أنه يمكن اعتباره في الحكم سببا للتخفيف، بل ان احدى المحاكم الكندية قضت ببراءة شخص استنادا الى ان القانون غير واضح. حيث تم اتهام شخص بحوزته أجهزة مقامرة بعد أن تم إبلاغه من قبل موظفي الجمارك بأنه من القانوني استيراد مثل هذه الأجهزة إلى وقد صدر الحكم بالبراءة[٢].

ولعل من اهم اسباب عدم الوصول الى القانون تتجلى في: التعقيد من الصياغة والتضخم التشريعي والتناقض والتعارض بين النصوص في ذات القانون او بين قانونين او اكثر.

وتوجد وسائل متعددة لتيسير وصول المواطنين إلى القانون: التدوين، ونشر قواعد التشريعات على شبكه الإنترنت، وتسهيل الوصول إلى الوثائق الإدارية والشفافية.

ولضمان الأمن القانوني من هذه الجهة لا بد من إعمال القواعد القانونية الجديدة و اعطاء فترة بين نشر التشريع و تاريخ انفاذه لاسيما تلك التشريعات التي من شأنها تحميل الافراد اعباءاً جديدة أو زيادة أعبائهم أو المساس بالمراكز القانونية المستقرة.

وقد شددت المحكمة الاوربية لحقوق الانسان على انه (من المهم بصفه خاصه تلبيه المبدأ العام لليقين القانوني. ولذلك ، من الضروري ان تحدد بوضوح شروط الحرمان من الحرية بموجب القانون المحلي وان يكون القانون نفسه متوقعا في تطبيقه، وذلك للوفاء بالتزام "المساواة" المنصوص عليه في الاتفاقية، التي يشترط ان يكون اي قانون دقيقا بما فيه الكفاية)[٣].

وكما قضت المحكمة (فان نطاق مفهومي القابلية للتنبؤ وامكانيه الوصول، الذي يتداخل إلى حد كبير، يتوقف علي مضمون النص المعني، والمجال الذي يغطيه ، وعدد ونوعيه الجهات التي يوجه اليها النص)[٤].

---

[١] د. ابراهيم محمد صالح الشرفاني، رقابة المحكمة الدستورية على السلطة التقديرية للمشرع, منشورات الحلبي, بيروت, ٢٠١٦، ص١٦٦.

[٢] . Official Gazette of the Republic of the Philippines. "Republic Act No. 386 | GOVPH" Retrieved 2018-10-15.

[٣] 12. Cour EDH, *Baranowski*, 52.

[٤] Cour EDH, *Groppera Radio AG et al.*, 68.

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

ومن ثم فإمكانيه الوصول التي نتكلم عنها يجب ان لا يتم فهمها على اساس الوصول المادي المتمثل بالحصول على الجريدة الرسمية الذي يقوم عليه افتراض العلم بالقانون, وانما يقتضي الفهم الحقيقي الذي يعكس درجة اليقين التي يتمكّن الأفراد المخاطبين بالقاعدة القانونية من معرفتها وتكييف سلوكهم وفقا لمقتضياتها، بما يضمن حقوقهم وحرياتهم، واستجابة لاعتبارات العدل الذي يقتضي ان يتم انذار الافراد قبل مؤاخذتهم. [1]

وهنا لابد ان تتم الموازنة بين ضرورتين الاولى تتمثل في الصياغة الرصينة محكمة الألفاظ والتي تجنبه من نقد الخبراء والاساتذة من الفقهاء والمتخصصين وهي غاية مشروعة لا يمكن تجاهلها, والثانية تتجلى في ضرورة فهم النص من العامة وعدم اكتراثهم بحسن الصياغة المذكور, بقدر اهتمامهم بمضمونه والتبعات التي يلقيها عليهم. نجاح المشرع في مهمته يكمن في تحقيق اكبر قدر من هذا التوازن.

وفي مجال القانون الاداري كثيرا ما نفتقر الى هتين الضرورتين فالصياغة الرصينة تنصرف في القانون الاداري الى الأحكام القضائية او المبادئ الصادرة في هذا الشأن والتي تمثل الكم الاكبر من قواعده , وغالبا ما تكون الصياغة رصينة محكمة الألفاظ الا انها موجهة للخبراء والاساتذة من الفقهاء وعصية عن فهم العامة , من جانب آخر لا تتمتع هذه الاحكام بإمكانية الوصول التي يتمتع بها التشريع وكثيرا ما تبقى حبيسة مكاتب المحامين والمتخصصين من الدارسين.

الخاتمة :

في ختام بحثنا الموجز هذا نجد ان من المناسب ان نعرض الى اهم ما توصلنا اليه من نتائج وتوصيات:

١- أن القانون الإداري لا يمكن أن يظل قضائيا إلى أجل غير مسمى وأن الوقت قد حان "لإعادة التوازن بين مصادره المكتوبة والفقهية" .

٢- ان الاستثنائية التي يتميز بها القانون الاداري بعدم تدوين اغلب قواعده تحد دون شك من اطمئنان الافراد على استقرار القواعد والأنظمة القانونيّة النافذة وقت تصرف الادارة في مواجهتهم , كما تقلل من قدرتهم على ترتيب أوضاعهم على ضوئها ، وعدم تعرضهم لمفاجآت أو تصرفات مباغتة صادرة عن السلطات العامة يكون من شأنها زعزعة هذه الطمأنينة أو العصف بهذا الاستقرار ولا يعلمون موقف القضاء الاداري من مشروعيتها .

٣-كما ان الاجتهاد بطبيعته لا يتغير بسرعة حيث يأخذ وقتا طويلا ليتكون على غرار العرف، ووقتا طويلا ايضا ليتغير، فضلا عن ان مبدأ الامن القانوني وما يهدف اليه من استقرار الاوضاع القانونية والثقة في القانون، لا يعني جمود القاعدة القانونية, وبالتالي فأن ضرورة الاجتهاد القضائي تقتضي الا يتم الحجر على المحاكم في تطوير اجتهادها.

٤-يمكن ان نستوعب اجتهاد القاضي الاداري ابتداءا لكن من الصعوبة علينا ان نفسر عكس اجتهاده , الذي قد لا يخلو من مخالفة لمبدأ الامن القضائي، خاصة اذا كان عكس الاجتهاد السابق قد جاء مباغتا.

---

[1] إن التزام الدولة بضمان العلم بالقانون لدى المخاطبين به يعد قيمة دستورية تنبع من مبدأ المساواة أمام القانون، وتعد قاعدة (عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون) من المبادئ قانونية المستقر العمل بها ولا يجوز مخالفتها, وهو مبدأ صارم يقوم على قرينة معرفة القاعدة القانونية من قبل الخاضعين لها وأن أي منهم لا يمكن أن يفلت من تطبيق القانون بحجة جهله له، وهذه القرينة غير قابلة لاثبات العكس، فلا يمكن للافراد المخاطبين بالقانون ان يقيم الدليل على عدم علمه أو جهله بالقانون لان ذلك سيمنع من تطبيق القوانين واستقرار المراكز القانونية وهذا يتعارض مع مبدأ الامن القانوني . ينظر: د. منذر الشاوي, دولة القانون, الذاكرة للنشر والتوزيع, ط١, بغداد, ٢٠١٣ ص٦٩.

٤- القاضي الاداري يستطيع التمييز بين المبادئ الدائمة والأحكام الطارئة ، وإنشاء تسلسل هرمي بين النصوص ، ومعالجتها ، وغموضها ، وعدم كفايتها من خلال استلهام الأفكار العامة و مبادئ القانون والإنصاف , لذا ندعو الى حركة للتشريع الاداري يقودها القضاء الاداري.
٥- إن الامن القانوني عامل رئيسي للتقدم ، لأنه مرتبط ارتباطًا وثيقًا بالثقة وبدون ذلك لا يوجد استقرار ولا تنمية اقتصادية واجتماعية, ويجب ان يكون الامن القانوني أحد الاهتمامات الرئيسة في القانون الاداري بما يوفره من إطار قانوني ومؤسسي راسخ يضمن حقوق الأفراد في مواجهة الادارة ، وستكون الدول قادرة على توفير عدالة اكبر في إطار قانوني واضح يمكن التنبؤ به ومستقر يضع المصادر المكتوبة للقانون الاداري في مكانها المناسب ، فهناك حاجة إلى عدالة مستقلة وذات جودة ، تعزز القدرة على التنبؤ بالأحكام القضائية .

المصادر :

اولا : الكتب والمؤلفات

١- د. ابراهيم محمد صالح الشرفاني ، رقابة المحكمة الدستورية على السلطة التقديرية للمشرع ,منشورات الحلبي , بيروت , ٢٠١٦
٢- د. أحمد ابراهيم حسن، غاية القانون دراسة في فلسفة القانون، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية،٢٠٠٠
٣- احمد عبد الحسيب عبد الفتاح السنتيري , العدالة التشريعية في ضوء فكرة التوقع المشروع, دار الفكر الجامعي, ٢٠١٧.
٤- جون بيليس وستيف سميث، عولمة السياسة العالمية، ترجمة ونشر مركز الخليج للأبحاث، الطبعة الأولى، ٢٠٠٤، دون دار نشر، دون بلد نشر
٥-د. سليمان محمد الطماوي , الوجيز في القانون الإداري ، دار الفكر ، ١٩٧٩
٦- د. ثروت بدوي، القانون الاداري، دار النهضة العربية ، ١٩٧٤
٧-مارسو لون – بروسبير في جي بريان , أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي ترجمة : د. أحمد يسري – منشأة المعارف الإسكندرية , ١٩٩١
٨-د. مازن ليلو راضي , حماية الامن القانوني في النظم القانونية المعاصرة, المركز العربي للنشر والتوزيع , القاهرة ,٢٠٢٠
٩-د. ماجد راغب الحلو , القانون الإداري ، الإسكندرية ، ١٩٨٢
١٠-محمد عبدالعال السناري، نفاذ القرارات الادارية، القاهرة , دار النهضة العربية ، ,٢٠٠٥
١١-د. محمد رفعت عبدالوهاب ،الوضع الدستوري والقانوني في ظل الاحتلال ، بحث منشور القي في المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق في جامعة بيروت العربية ج١،ط١،منشورات حلبي ، سنة ٢٠٠٥
١٢-د. محمد محمد عبد اللطيف القضاء الدستوري في فرنسا في خمس سنوات ١٩٩٩-٢٠٠٤, دار النهضة العربية , ٢٠٠٥
١٣- د. محمود محمد حافظ – القضاء الاداري, مبدأ الشرعية -دار النهضة العربية- ٢٠٠٥
١٤-د. منذر الشاوي , دولة القانون ,الذاكرة للنشر والتوزيع , ط١ , بغداد , ,٢٠١٣
١٥-د. يسرى محمد العصار , دور الاعتبارات العملية في القضاء الدستوري ,١٩٩٩

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

ثانيا: البحوث والمقالات

١-د. عبد الرحمن اللمتوني, الاجتهاد القضائي والامن القانوني، مجلة الملحق القضائي، المعهد العالي للقضاء، المملكة المغربية، العدد ٤٦, السنة ,٢٠١٤
٢- د. علي الحنودي، الأمن القانوني: مفهومه وأبعاده، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد ٩٦، يناير فبراير ٢٠١١.
٣- د.محمد محمد عبد اللطيف، مبدأ الأمن القانوني، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جماعة المنصورة/ كلية الحقوق، العدد السادس والثلاثون، اكتوبر ٢٠٠٤.
٤-د. محمد بوكماش و خلود كلاش , مبدأ الامن القانوني ومدى تكريسه في القضاء الاداري , مجلة البحوث والدراسات الاكاديمية العدد الثاني عشر , ٢٠١٨ , تصدر عن السلطة القضائية , المغرب

ثالثا: المصادر الالكترونية

١- د.أحمد عبد الظاهر، مبدأ الأمن القانونيّ كقيمة دستوريّة، مقال منشور على شبكة المعلومات الدوليّة
htt://kenonaonline.com/users/law/posts. تاريخ الزيارة ٢٠٢٢/٣/٢٠
٢- مصطفى بن شريف, الأمن القانوني والأمن القضائي, مقال منشور على الموقع,
https://www.hespress.com/writers تاريخ الزيارة ٢٠٢٢/٣/٢٠

رابعا: المصادر الاجنبية

1- Decision No 2004-499 DC Treatment of Personal Data of 29 July 2004.
Marie-Pierre Granger: The Preamble(s) of the French constitution: Content, status, uses and amendment.https://www.researchgate.net/publication.
2- Elodie BORDES, Radioscopie jurisprudentielle du principe de sécurité juridique Analyse des évolutions possibles à la lumière de la QPC, A.T.E.R. Université du Sud Toulon-Var Doctorante C.E.R.C. Université du Sud Toulon-Var Thèse sur « Le silence et le droit » Sous la direction de Jean-Jacques Sueur et Sylvie Torcol.
3-Jean-Pierre PUISSOCHET, Le principe de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européenne
https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel
4-Gustav Radbruch, Der Geist des englischen Rechts, 1947
5-Fromont, le princépe de securite juridique, A.J.D.A., 1996.
٦Retour,Qu’est-ce que la sécurité juridique ? princi https://www.ladocumentationfrancaise.fr
7-Reinhold Zippelius: Das Wesen des Rechts, 6. Aufl. 2012
8-Paul DUVAUX, Le Principe de sécurité juridique et de confiance Légitime apliqué à la réforme du LMP.
9-Les voies d'amélioration: Conseil d'État, rapport 1991, documents Français.
https://www.ladocumentationfrancaise.

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

الأمن القانوني والأمن القضائي

ا.د. محمد المسلماني

دكتوراه في القانون العام / جامعه بنها

الملخص :

يعد الأمن القانوني ركيزة من الركائز التي يقوم عليها المجتمع بحيث يؤسس قوته ويضمن سلامته واستمراره من خلال تطبيقه، وبالتالي تزايد الاهتمام بهذا المبدأ نظراً للتطورات المتلاحقة على كافة المجالات والأصعدة بشكل أصبحت معه هذه التطورات توحي بعدم الاستقرار مما يقع على عاتق القانون والقضاء مواجهتها دون التأثير السلبي على الحقوق والحريات.

ويعتبر مبدأ الأمن القانوني من المبادئ الشاملة التي ينطوي تحت لوائهما أنواع أخرى للأمن ذات صلة به، وعلى رأسها الأمن القضائي الذي يعد آلية لحماية الأمن القانوني ذاته من خلال تطبيق أحكام القانون وضمان تحقيق الحقوق والحريات.

ويقع على عاتق الدولة تحقيق قدر من الثبات النسبي في العلاقات القانونية وضمان حد أدنى من استقرار المراكز القانونية، وهو ما يهدف إليه الأمن القانوني، وعليه فإن أي ضمان التحقيق الأمن القانوني يعد المدخل الأساسي لتأمين الأمن القضائي الذي يعد حاجزا وقائيا للأفراد ضد تجاوزات السلطة معهم أو تجاوزهم مع بعضهم البعض.

وإذا كان مبدأ الأمن القانوني قد شاع وانتشر منذ زمن ليس بالقصير وتركزت حوله مجموعة من المفاهيم والأفكار، فإن مبدأ الأمن القضائي يطرح بدروه عدة مفاهيم وتصورات تعد جزء لا يتجزأ من مبدأ الأمن القانوني بغرض بث الثقة والاطمئنان إلى ما ينتج عن السلطة القضائية وهي تقوم بمهمتها في تطبيق القانون لما يعرض عليها من قضايا وما يستجد من نوازل، مع تحقيق جودة أدائها ومن ثم يوجد عروة وثقى بين المبدأين، أي أن هناك علاقة قوية تربط بين المبدأين، ومن هنا تبرز مشكلة الدراسة في مدى التداخل والارتباط بين مبدأ الأمن القانوني ومبدأ الأمن القضائي؟

ولبيان ذلك نقسم هذا الموضوع إلى مطلبين، وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول: مفهوم مبدأ الأمن القانوني والقضائي.

المطلب الثاني: علاقة الأمن القانوني بالأمن القضائي.

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

المطلب الأول

مفهوم مبدأ الأمن القانوني

يقصد الأمن القانوني الثقة والاطمئنان في القاعدة القانونية النافذة في المجتمع، ولا يتحقق ذلك إلا من خلال ما تحتويه القاعدة القانونية من حماية للحقوق والاستقرار في العلاقات القانونية بحيث تلتزم السلطة التشريعية الأصلية والفرعيو بعدم مباغة أو مفاجئة الأفراد أو هدم توقعاتهم المشروعة وثقفتهم في القانون ويبين من خلال الاستعمال الشائع لمبدأ الأمن القضائي أن هناك ارتباط وثيق بين المفهومين لما يبرزه الطابع الحمائي للقضاء في سهره على تطبيق القانون وحماية الحقوق.

والأمن القانوني ينحدر من الحق الطبيعي للإنسان في الأمن والطمأنينة، وبذلك فالأمن القانوني يقضي أن كل شخص له الحق في استقرار القاعدة القانونية، وأن يكون في مأمن من التعديلات التشريعية المفاجئة التي يمكن أن تؤثر على الاستقرار القانوني الذي ينشده ذوي الشأن بحيث يكون الأمن بذلك هو الركيزة التي تقوم عليها دولة القانون.

ولقد ترسح مبدأ الأمن القانوني في ألمانيا منذ عام ١٩٦١م حيث أكدت المحكمة الدستورية في ألمانيا على دستوريته، وتم الاعتراف به دوليا من قبل محكمة العدل للمجموعة الأوربية في قرارها الصادر عام ١٩٩٢م.(١)

وإزاء هذا الاعتراف بدستورية المبدأ في بعض النظم القانونية إلا أن هناك صعوبة في تعريفه ترجع لتعدد مظاهر هذا المبدأ وتنوع دلالاته وكثرة أبعاده ، وحضوره الدائم المستمر في الكثير من المجالات، مما يجعل المبدأ غير واضح وتحديده أمرًا صعبا إذا لا يمكن إلا التحقق من وجوده في حدود معينة(٢)، لذا سنبين تعريفه ، ومقوماته ، ومدى دستوريته ، على التوضيح التالي:

أولاً: تعريف مبدأ الأمن القانوني:

لقد تزايد الاهتمام بمبدأ الأمن القانوني في الوقت الراهن بالنظر إلى تنامي المجالات الاقتصادية والاجتماعية والتنموية للقاعدة القانونية، بحيث أصبح من المعتاد توجيه النقد للأنظمة القانونية والقضائية بسبب تضخيم النصوص القانونية وعدم استقرار المراكز والعلاقات القانونية نتيجة تغييرها المتكرر أو المساس باستقرار

(١) د/ عبد المجيد لغزاري، فطيمة بن جدو: الأمن القانوني والأمن القضائي، مقالة في مجلة الشهاب، ج ٤، ع ٧، ٢٠١٩م، ص ٣٨٨، د/ عبد المجيد غميحة: مبدأ الأمن القانوني وضرورة الأمن القضائي، مجلة الملحق القضائي، ع ٤٢، ٢٠٠٠م، ص ٣، ١٣.

(٢) eathy pamart: La magistrature familiale: vers une consecration lega Le du naveau visage de L'office du juge de La famille ed.L' Harmattan, 2004, P. 190.

– د/ عبد المجيد عميجة: المقالة السابقة، ص٦.

المعاملات جراء توسع مجال الرقابة القضائية في التعاقد والتراجع عن اجتهادات قضائية مستقرة وتبني اجتهادات جديدة بأثر رجعي مما يؤدي حتماً إلى انعدام الأمن القانوني أو الاستقرار القانوني.

ويذهب البعض إلى صعوبة تحديد فكرة الأمن القانوني، ووضع تعريف لها وإن كان من السهل فهمها بحيث يمكن القول بأنه حرفا أمن واستقرار واستمرار للمراكز القانونية، أو هو ضمانة أو حماية تهدف إلى استبعاد الاضطراب في مجال القانون أو التغيرات المفاجئة في تطبيقه.(١)

ويمكن تحديد مبدأ الأمن القانوني بأنه مجموعة التدابير والقوانين التي يضعها الانسان لتحقيق الحماية لعرضه وماله ونفسه، ولتحقيق الأمن والسكينة والطمأنينة في المجتمع(٢)، كما يقصد به وجود نوع من الثبات النسبي للعلاقات القانونية وحد أدنى من الاستقرار للمراكز القانونية سواء العامة منها أم الخاصة بحيث تستطيع ترتيب أوضاعها وفقا للقواعد القانونية القائمة وقت ممارسة أعمالها ودون أن تتعرض لمفاجأت أو أعمال لم تكن في الحسبان صادرة عن إحدى السلطات العامة الثلاث في الدولة من شأنها هدم ركن الاستقرار أو زعزعة روح الثقة والاطمئنان فالأمن القانوني يكون في إطار المشروعية وحصر السلطة التقديرية للقاضي في حدود ضيقة واحاطتها بالضمانات القانونية.(٣)

وهكذا يربط الفقه(٤) بين الأمن القانوني وفكرة الاستقرار في المراكز أو استبعاد التغيرات المفاجئة في تطبيق القانون ، ويتضمن مبدأ الأمن طائفتين من القواعد، الأولى تهدف إلى ضمان استقرار المراكز والمعاملات القانونية أو الثبات النسبي لها ، بينما ترتبط الطائفة الثانية بفكرة اليقين في القواعد القانونية، أي الوضوح وسهولة الولوج إليها وجودتها المعيارية.

ونظرًا لصعوبة التعريف فقد حاول الفقه قياس مبدأ الأمن القانوني على الثقة المشروعة والتي عرفتها محكمة العدل للمجموعة الأوربية بأنه كل وضعية في الواقع، ما لم يقرر خلاف ذلك تقرر على ضوء قواعد القانون المطبق، وأن يكون القانون واضحا ودقيقا حتى يمكن للفرد أن يعرف حقوقه ووجباته ويتخذ موقفه على ضوء ذلك، وبالتالي فقد أصبح مبدأ الأمن القانوني مكونا من مكونات النظام القانوني الأوربي.(٥)

كما أن مبدأ الأمن القانوني يعد ركنا أصيلا في قيام واستمرار لدولة القانونية الديمقراطية ومع ذلك وقفت الأنظمة القانونية موقفا مختلفا من دستورية هذا المبدأ ويرجع ذلك إلى اعتبارات متناقضة التي تؤثر في القانون بصفة عامة ، فالاعتبار الأول هو فكرة العدالة التي تؤيد تعديل التشريع والمراكز القانونية من أجل تحسين النظام القانوني ومواكبة التطورات والتغيرات الجارية ، بينما يرجع الاعتبار الثاني إلى فكرة الأمن ،

(١) M. Kdhir: ver La Fin de La securite juridique en droit francais R. A. d, 1993, P. 538.

(٢) د/ عبد المجيد الغذاري: الأمن القانوني والأمن القضائي، علاقة تكامل، مقالة في مجلة الشهاب، ج ٤، ع ٢، ٢٠١٨م، ص ٣٨٩.

(٣) M. KdHir: op. eit, P.538

(٤) M. Farmont: La principe de scurite jurid. Que, A. J. D. A, 1996, P. 178.

(٥) Jean. Francois Boudet – La caisse des depats exconsignation – Les logiques Juridiques, 2006, P.27.

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

تلك الفكرة التي تنشد الثبات والاستقرار وكلتا الاعتبارات جديرة بالحماية ، فهل يجوز تغليب إحدى الاعتبارين على الأخر؟

مع التركيز علي أنه لا يمكن القضاء تماما على عدم الريبة والوثوق لكن كل ما يمكن هو التخفيف أو انفض من ذلك إلى نسبة معقولة في ضوء جودة القاعدة القانونية... أي الثبات النسبي والمتوقع عند التعديل وفق الإجراءات التي رسمها الدستور للسلطة التشريعية والسلطة التنفيذية في الأحوال التي يجوز لها أن تمارس مهمة التشريع استثناءا بالشروط والقيود التي يحددها الدستور وفقا لنبدأ سيادة الدولة.

وقد عرف المبدأ قضائيا من قبل مجلس الدولة الفرنسي بأن " مبدأ الأمن القانوني يقتضي أن يكون المواطنون دون عناء في مستوى تحديد ما هو مباح وما هو ممنوع من جانب القانون المطلق للصول إلى ذلك لابد أن تكون القواعد المقررة واضحة ومفهومه وألا تخضع في الزمان إلى تغيرات متكررة أو غير متوقعة.[١]

يقصد بمبدأ الأمن القانوني دستوريا تأمين الانسجام القانوني والقضائي ودفع التعارض بينهما وتأمين العمل القضائي في إصدار أحكام قضائية تتسم بالمعارضة لتحقيق أكبر قدر من العدالة .

ثانياً: مقومات مبدأ الأمن القانوني:

خلصنا فيما سبق أن مبدأ الأمن القانوني هو أن يكون بمقدور المواطنين تحديد وبدون عناء ما يسمح به القانون المطبق وما يمنعه متى كانت القاعدة القانونية التي يتم إصدارها واضحة ومفهومه ، وألا تكون محلا لتغييرات متكررة وغير مقبولة[٢] ، ويهدف مبدأ الأمن القانوني إذن إلى حماية الأفراد من الآثار السلبية للقانون خاصة في تعقيد القانون أو تعديله المتكرر.

ولتحقيق للأمن القانوني الذي يحمي الحقوق والحريات الشرعية للفرد والجماعة يجب أن تحتوي القواعد القانوني ، المنظمة لسلوك الأفراد والجماعات والمؤسسات داخل الدولة على مجموعة من المبادئ والأحكام بشكل لا تتعارض فيه مع الاتفاقيات الدولية ذات الصلة.

وتتعدد مقومات الأمن القانوني ومن أهم هذه المقومات مبدأ الفصل بين السلطات، وتحقيق مبدأ المساواة في مجال تطبيق القاعدة القانونية ووضوحها وسهولة الولوج إليها وفهمها، وعدم تناقضها مع بعضها البعض، واتصافها بالطابع التوقعي مما يضمن الحقوق المكتسبة والمراكز القانونية المتفرعة من مبدأ عدم رجعية القوانين الذي يكرس احترام مبدأ الثقة المشروعة واحترام حجية الشئ المقضي به، ويترتب على ذلك أن

(١) د/ عبد المجيد عميجة: المقالة السابقة، ص ١١.

(٢) وقد لخصت الشروط اللازم توافرها في القاعدة القانونية في مبدأ المساواة، ووضوح القاعدة القانونية وسهولة فهمها واستيعابها من جانب المعنيين بها، وتضمن القواعد قيم معينة (معيارية) وتلافي تناقض القواعد واستقرارها، واستقرار المراكز القانونية والعلاقات التعاقدية وقابلية القواعد القانونية للتوقع، وسهولة الولوج إليها، د/ عبد المجيد عميجة: المقالة السابقة، ص ١٨، ١٩.

مبدأ الأمن القانوني يتطلب مناخًا قانونيًا سليما سليما يبدء من جودة أعداد وتحرير القاعدة القانونية مرور تطبيقها وانتهاء تنفيذها على أرض الواقع وفي نفوس المخاطبين بها. (١)

وهذه المبادئ والمتطلبات التي يجب أن تحتويها القاعدة القانونية تؤدي إلى تحقيق الاستقرار في المعاملات والمراكز القانونية وخلق مناخ لتنمية مستدامة.

وبذلك تصبح القاعدة القانونية المطبقة على الأفراد واضحة وسهلة الوصول إليها وخالية من التناقضات واللبس والغموض حتى تحقق الاستقرار النسبي دون التعديلات المتكرر، فالقانون يعبر عن متطلبات المجتمع وهي متطورة ومتجددة بطبيعتها لكنه تطور معروف المعالم، ومن ثم فالمشرع لا يصدر قوانين بأحكام غير متوقعة أو فجائية عند تعديله، لذلك فالأمن القانوني لا يحمي المراكز القانونية القائمة واحترام حقوق الأفراد وضمانتها فحسب بل يمتد ليشمل احترام التوقعات والأمال المشروعة.(٢)

غير أن مبدأ الأمن القانوني لا يعني بأي حال من الأحوال الجمود وعدم التغير بل لابد من التلاءم مع التطورات الاقتصادية والاجتماعية ، والتطور المستمر معها بما يتوافق وتوقعات الأفراد لذلك التغير.

وأخيرا يتحقق مبدأ الأمن القانوني يتحقق دولة القانون، فالمبدأ ليس فكرة نظرية بل هو ممارسة يومية تتطلب الوضوح في المراكز القانونية للأفراد مع بعضهم البعض ومع السلطة التي يجب أن تتحلى باحترام القانون وحسن تطبيقه ولا يتحقق ذلك إلا في دولة القانون.(٣)

وتأسيسا على ما تقدم يجب توافر عدة عناصر أساسية لتحقيق قيام مبدأ الأمن القانوني، وهذه العناصر تمكن في المتطلبات التي يجب توافرها في القاعدة القانونية السابق بيانها.

ثالثاً: مدى دستورية مبدأ الأمن القانوني:

لا شك أن مبدأ الأمن القانوني ركيزة من ركائز دولة القانون إلا أنه لم يتم النص عليه صراحة في الدساتير أو القوانين العادية باستثناء بعض النظم القانونية والقضائية المقارنة، حيث اعتبر مبدأ مستقلا في القانون الدستوري بعدما أضفت المحكمة الدستورية الاتحادية في قضائها القيمة الدستورية لهذا المبدأ عام ١٩٦١ فقضت بأن مبدأ الأمن القانوني يعني بالنسبة للمواطنين في المقام الأول حماية الثقة المشروعة.(٤)

(١) د/ فدوى بن عيسي: الأمن القانوني كضمانة لحماية الحقوق والحريات الأساسية، المجلة المغربية القانونية والاقتصادية، ع٦، ٢٠١٩م، ص ٢٦.

(٢) د/ منذر الشاوي: فلسفة القانون، ط١، ٢٠١٩م، دار الثقافة، عمان، ص ٢٣٤، كريم كريمة: تأثير استعمال التقنيات الحديثة في تحقيق الأمن القانوني متاح على الموقع الالكتروني.

(٣) د/ مصطفى ين شريف، ود/ فريد بنته: الأمن القانوني والأمن القضائي، مقالة في مجلة العلوم القانونية، منشور على شبكة الانترنت.

(٤) M. Formont: art Le pre cite, P 180, M. Delmarre: La securite juridiqu et Le juge admini stratif francais (A. J. D. A) 20004, P 187.

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

والثقة المشروعة تعني تمكين الأفراد من التطور في وسط قانوني مستقر ومتوقع يمكن أن يثق فيه، أي أن الثقة المشروعة تربط باستقرار المراكز القانونية والحقوق المكتسبة.

كما يعتبر مبدأ الأمن القانوني من المبادئ الدستورية في البرتغال وفقا لرأي الفقه والاجتهاد الدستوري الذي يرى أن دستورية المبدأ تنبع من ارتباطه بالدولة القانونية، ومن ثم يعتبر مقرر بالدستور تأسيسا على ضرورة احترام الثقة وامان العلاقات وحقوق الافراد والجماعات باعتبارخ أن الأمن قيمة يرعاها القانون ، وهو ما يشكل منبع ثقة المواطنين في الحماية القانونية والاستقرار النسبي للقاعدة القانونية وإمكانية التوقع إذا اقتضت الضرورة إلى تعديلها.

بينما اسسته محكمة العدل للمجموعة الأوربية عام ١٩٩٢م على فكرة الثقة المشروعة، كما اعتنقته المحكمة الأوروبية لحقوق الانسان عام ١٩٨١م مؤكدة على ضرورة التوقع القانوني كمقوم من مقومات الأمن القانوني.[١]

وفي فرنسا يرفض الدستور الاعتراف بالقيمة الدستورية لمبدأ الأمن القانوني لعدم وجود نص صريح في الدستور الفرنسي أو الوثائق الأخرى التي لها قيمة دستورية، غير أن الفقه الفرنسي لا يقتنع بهذا الاتجاه ويرى أن مبدأ الأمن القانوني يجد أساسه القانوني في المادة (٢) والمادة (١٦) من اعلان حقوق الانسان والمواطن الفرنسي الصادر عام ١٧٨٩م التي تحدثنا عن مبدأ الأمن كأحد الحقوق الطبيعية للإنسان ولا تسقط بالتقادم.[٢]

وعليه فإن ما تضمنته المادتين (٢ ، ١٦) من اعلان حقوق الانسان المواطن الفرنسي السابق من مبدأ الأمن بمفهومه العام وحماية الحقوق باعتبارهما من صميم الأمن القانوني ولها قيمة دستورية نظرا لدمج هذا الإعلان في ديباجة الدستور وقد أعطى الدستور لهذه الديباجة قيمة دستورية باعتبارها جزء لا يتجزأ من الدستور ذاته.

ومما تجدر الإشارة إليه أن عدم النص صراحة على مبدأ الأمن القانون في الدستور أو القانون لا يعني انكار المشرع له لأن الدستور والقانون قد عملا على توفير عدة آليات سياسية وقانونية لضمان اصدار تشريعات تتسم بالجودة والمعيارية وإمكانية الوصول إليها وفهمها وإمكانية توقعها عند التعديل الذي تقتضيه طبيعة الحال، وأن التكريس الصريح لمبدأ الأمن القانوني ينطوي على الضمانات العامة الممنوحة للمواطنين، ضمانات دستوري وأخرى قانونية تهدف إلى توفير مبدأ الأمن القانوني.[٣]

– إشارة د/ محمد عبد اللطيف: المقالة السابقة، ص ٩١.

(١) د/ عبد المجيد عجيمة: المقالة السابقة، ص ٦.

(٢) F. Luhaire: La protection constitutionn el droit et lipertes Economica, 1987, /p. 341, et.s.

(٣) يقصد بالضمانات الدستورية : هي المبادئ الدستوري التي تسعى إلى تحقيق مبدأ الأمن القانوني كمبدأ سيادة القانون ومبدأ الفصل بين السلطات ومبدأ الرقابة الدستورية على القوانين، لمرقابة الشرعية على أعمال الإدارة، فهذه المبادئ وغيرها لهدف حماية المبدأ وضمان تحقيقه، أما الآليات التشريعية : في المقومات المشار إليها في البند ثانيا من هذا المطلب.

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

المطلب الثاني

علاقة الأمن القانوني بالأمن القضائي

بينا في المطلب الأول أن الأمن القانوني يتطلب وضوح القاعدة القانونية وعدم تعديلها بصورة متتالية ومتكررة، ويراعي في صياغتها الحقوق المكتسبة للمواطنين وتخضع لمبدأ عدم رجعية القانون، وأن تحتفظ الدولة بقدر من الثبات والاستقرار والاستمرارية للنصوص القانونية حفاظا على الوضعيات والمراكز القانونية لتحقيق الأمن والطمأنينة في المجتمع، مع إمكانية توقع القاعدة القانونية المعدلة.

ويرتبط الأمن القضائي بالأمن القانوني إذ أنه غالبا ما يضاف الأمن القضائي إلى الأمن القانوني فيقال الأمن القانوني والقضائي ، وهذا يدل على أمرين هما، اقترن مبدأ الأمن القانوني بالأمن القضائي وإبراز الطابع الحمائي للقضاء على سهره لتطبيق القانون وحماية الحقوق والحريات، والمهمة الحمائية للقضاء هي أهم ما يميز الأمن القضائي لقيامه بتلك المهمة على الوجه المطلوب بحيث يحقق الهدف الذي انشأ من أجله ولا يمكن أن يتحقق ذلك إلا بتوافر مقومات تضمن حسن سير القضاء كسهولة الولوج إليه وجودة احكامه، واستقلاليته، وحسن ادارته وإذا ما اكتملت هذه المقومات فإنها تبعث الثقة في مؤسسته القضاء مما يفضي إلى الأمن القانوني.(١)

ويتفرع مما سبق أن الأمن القانوني المنحصر في القاعدة القانونية وفقا للمتطلبات والمقومات التي يقوم عليها المبدأ على النحو السالف بيانه يعنى ثقة المواطنين واطمئنانهم لما تتضمنه القاعدة القانونية، ومما ينتج عنها من مراكز وعلاقات قانونية، فإن الأمن القضائي هو الذي يتولى مهمة تطبيق هذه القاعدة وإنذالها على الواقعة المطروحة امامه للفصل فيها بناء على ما تقضي به القاعدة القانونية وبالتالي فإن العلاقة بين الأمن القانوني والأمن القضائي هي أن هذا الأجر جزء مكمل للأول أي إنهما في تكامل واضطراد.

وفي ضوء ما تقدم سنخصص دراسة هذا المطلب فيما يلي:

أولاً: مفهوم الأمن القضائي

ثانياً: التأثير المتبادل بين الأمن القانوني والأمن القضائي.

أولاً: مفهوم الأمن القضائي:

يختلف مفهوم الأمن القضائي من دولة لأخرى، حيث يستعمل في بعض الدول لدلالة على قوة خاصة للأمن القضائي تابعه لمرفق العدل يوكل إليها مهمة تنفيذ الأحكام القضائية، أو للدلالة على نظام مبنكر للمساعدة القضائية، أو المجموعة الأمنية المكلفة بحراسة المحاكم.(٢)

---

(١) د/ عبد المجيد عجيمة: المقالة السابقة، ص٣٢، د/ حسون فدور بن موسى: تقرير استقرار السلطة القضائية دعامة أساسية لضمان ممارسة مهنة المحاماة واحترام الحقوق والحريات وتحقيق الأمن القانوني، مقالة في مجلة المناظر، ع ١٦ ، ١٧، ٢٠١٤م، ص ٣١٦، د/ عبد المجيد الغزاوي: المقالة السابقة، ص٣٩٢.

(٢) د/ حسون فدور بن موسى: المقالة السابقة، ص٣٥، د/ عبد الحميد لغذاري: المقالة السابقة، ص٣٩٢.

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

وقد نصت على هذا المبدأ المادة (٢) من اعلان حقوق المواطن الصادر عام ١٧٩٨م، كما نص عليه الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨م وتعديلاته في الباب الثامن منه تحت عنوان السلطة القضائية في مادته (٦٤) بقوله: " يضمن رئيس الجمهورية استقلال السلطة القضائية، ويعاونه في ذلك المجلس الأعلى للقضاء، ويحدد نظام القضاء بقانون أساسي، والقضاه غير قابلين للعزل"، كما اشارت المادة (٦٦) من ذات الدستور إلى مبدأ ترسيخ مبدأ حماية الحقوق والحريات الفردية الذي تكفله السلطة القضائية بمختلف أنواعها ودرجاتها، حيث قضت بأنه: " لا يجوز القبض على أحد أو حبسه إلا وفقا للقانون وتكفل السلطة القضائية باعتبارها حامية الحرية الفردية احترام هذا المبدأ وفق الشروط المنصوص عليها في القانون ".

وهكذا تكفل السلطة القضائية حماية مبدأ سيادة القانون الذي يعد دعامة أو مقوم من مقومات الأمن العام.

كما نصت على هذا المبدأ المادة (٨٧) من الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥م والتي قررت دور السلطة القضائية مستقلة وتتولاها المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها وتصدر احكامها وفقا للقانون".

كما اشارت المادة (٨٩) من الدستور العراقي سالف الذكر على أن: " القضاة مستقلون لا سلطان عليهم في قضائهم لغير القانون، ولا يجوز لأي سلطة التدخل في شئون القضاء أو في شئون العدالة".

ويقابل المادتين السابقتين المادتين (١٨٤، ١٨٦) من الدستور المصري الصادر عام ٢٠١٢م والمعدل في ٢٠١٤، ٢٠١٩.

وترسخ المبدأ القضائي في القضاء الدولي حيث أصدرت محكمة العدل للمجموعة الأوربية لحقوق الانسان في ١٦ من ابريل ١٩٧٩م قرارها الذي أكد على ضرورة وجود قوانين مفهومة واضحة، لأن صعوبة فهم النصوص القانونية ورجعية بعض القوانين تشكل مساسا لمبدأ الأمن القضائي الأمر الذي يتعين معه أن يكون القانون سهل الولوج وتوقيعا حتى يتحقق الأمن القضائي.(١)

وفي الحقيقة يعد مفهوم مبدأ الأمن القضائي مفهوما فضفاضا يتحمل عدة أوجه وابعاد نفسية واجتماعية واقتصادية ويختلط مع مجموعة من المفاهيم الأخرى ويثير الكثير من اللبس وعلامات الاستفهام ويختلف معناه من شخص لأخر حسب موقعه وصفته، غير أن مفهوم المبدأ يحمل في طياته مفهوماً موسعاً وأخر ضيقاً.

فالأمن القضائي بالمفهوم الواسع :- هو الذي يعكس الثقة في المؤسسة القضائيثة والاطمئنان إلى ما تصدره من احكام وقرارات بمهمتها السامية المتجلية في تطبيق القانون وفقا لمبدأ المساواة بين الأفراد، ويعاون القضاء في ذلك كل من له صلة به كرجال الضبط القضائي ورجال الأمن وكتاب الضبط، والموثقون والمحامون.

وبذلك تنحصر دائرة الأمن القضائي في القاضي فحسب بل تمتد لتشمل مسئولية الجميع، أي أنه يجب مساعدة القاضي لتحقيق مبدأ الأمن القضائي – محل البحث – قبل عرض ملف الدعوى عليه لتمكينه من أداء واجبه في تحقيق المبدأ.

(١) د/ حسون فدور بن موسى: المقالة السابقة، ص٣٤٦.

وتأكيداً لذلك قررت المادة ١٦ من قانون الإجراءات الجنائية أنه لا يمكن عرض ملف الدعوى التي تحتاج إلى خبرة فنية واجتماعية وإنسانية ، إلا بعد اجراء بحث عن الشخص المشتبه فيه وحالته المادية والعائلية والاجتماعية ، وكذلك على الفحوصات الطبية والنفسية لتهيئ الملف للفصل والوقوف على حقيقة النزاع من أجل مساعدة القاضي على تحقيق جودة الاحكام وبث الثقة بين القاضي والمتقاضين.(١)

وتأسيسا على ذلك فإن الأمن القضائي لا تختص به جهة قضائية معنية وإنما يتعين له القضاء بمختلف فروعه سواء كانوا عاجيين أم متخصصين وقد يتجاوز حدود القاضي في بعض الحالات كما هو الشأن بالنسبة للمحاكم الاوربية، وبالتالي يتسع مدلول الأمن القانوني لينضوي تحت القضاة واعوانهم من أجل تمكين القاضي من أداء المهمة الموكولة إليه في تشكيل الحاجز المتبع والواقي لمصلحة الأفراد في المجتمع ضد تجاوز بعضهم البعض من جانب وتجاوز السلطة ضد هؤلاء من جانب آخر.

وفي المقابل يشكل حماية السلطة العامة ضد الدعاوي الكيدية والتعسفية للمتقاضين(٢)، حيث يصبح المستفيد من هذا الدور القضائي هو التقاضي بصفة خاصة والنظام القانوني بصفة عامة، وبالتالي تتجلى هذه الفائدة ذات الطابع الجماعي في شيوع الثقة واستقرار المعاملات، والاطمئنان وفاعلية النصوص القانونية والثقة في القانون والقضاة بنهاية المطاف.

وهكذا يقصد بالمدلول الواسع للأمن القضائي من زاويتين الأولى هي كون القاضي حاجزا وقائيا لمصلحة الأشخاص ضد تجاوزات بعضهم البعض، والثانية : حائلا دون تجاوز السلطة ضد هؤلاء.

بينما المفهوم الضيق لمبدأ الأمن القضائي فيتجلى في وظيفة الحاكم المتمثلة في السهر على توحيد الاجتهاد القضائي وخلق وحدة قضائية ، إلا أن الأمن القضائي في هذا المستوى يوفر نقطتين أساسيتين هما: تأمين الانسجام القانوني والقضائي، وتأمين الجودة وهو ما تعبر عنه اغلب الكتابات بتغيرات تتحور حول مبادئ محددة هي: واجب القاضي في البيت طبقا للقوانين المطبقة يوم تقديم الطلب، وعدم رجعية القواعد القانونية والآثار الملزمة لاتفاقات الأطراف والتأويل في اضيق حدود تطابق النصوص الجزائية، واحترام آجال الطعون، واحترام حجية الشيء المقضي به، وحماية مبدأ الثقة المشروعة.

وبذلك يتجلى الأمن القضائي في ابهى صوره متى توافر الأساسيين السابقين بوصفه وسيلة لتطبيق القاعدة القانونية المنضبطة سهلة الولوج وسارية النفاذ التي تمثل الركن الركين في مبدأ الأمن القضائي الذي يحكم عمل القاضي بقواعد قانونية لا يجوز مخالفتها تؤدي حتما إلى تحقيق الأمن القانوني عن طريق الأمن القضائي المقيد بالضوابط التشريعية ويجب منح القضاة المزايا اللازمة للقيام بمهمة القضاء على الوجه المنشود حتي يترسخ في ضمير الجماعة الثقة والاطمئنان واستقرار المراكز القانونية نسبيا وإمكانية توقع تعديلها وفقا لشروط وضوابط محددة في ما تصدره المحاكم من أحكان تدع إلى الثقة واليقين في حكم القضاء باعتباره كما ينبغي أن يكون عنوان الحقيقة.

(١) د/ عبد المجيد للغذاري: المقالة السابقة، ص ٣٩٤، د/ بوعزاوي بو جمعه: المقالة السابقة، ص٣٥٥.

(٢) cathy pomart opcit, p190.

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

ثانياً: التأثير المتبادل بين الأمن القانوني والأمن القضائي:

لا شك أن الأمن القضائي هو الوسيلة الفعالة لتحقيق مبدأ الأمن القانوني ، لأن النصوص النظرية دون تطبيقها على أرض الواقع لا يمكن احترامها أو السير وفقا لمقتضياتها ما لم تكن ملزمة ومطبقة على أرض الواقع وبالتالي تبعث الطمأنينة والاستقرار فيما تصدره المحاكم من احكام وفقا لنصوص القانونية المطبقة في كافة فروع القانون، مما يستتبع تبعية الأمن القضائي للأمن القانوني تبعية لزوم وضرورة ما يبرزه وجود علاقة بين المبدأين على أكثر من محور:

– علاقة الأمن القانوني بمبدأ استقلال القضاة، ولا يعنى هذا الاستقلال أن القاضي يستطيع أن يحكم كيفما يحلو له، وإلا لانهار مبدأ الأمن القانوني.

– العلاقة بين قواعد الانصاف ومبدأ الأمن القانوني

حيث أنه تحت زريعة هذا المبدأ يتحقق العودة التشريعية لحكم القاضي بقواعد الانصاف مبتعدا عن النصوص القانونية المقررة واجبة التطبيق، وبالتالي يتم توجيه النقض إلى الأحكام المستندة إلى الانصاف بحجة ابتعادها عن مبدأ المساواة أمام العدالة.(١)

وقد قضت المحكمة الأوربية لحقوق الانسان بأن مسئولية الدولة عن خرق قانون المجموعة الأوربية ليس فقط من المشرع أو السلطة التنفيذية، ولكن مسئولية الدولة حتى من حكم قضائي وطني نهائي. (٢)

ومن المبادئ التي يقوم عليها الأمن القانوني "مبدأ الفصل بين السلطات" ، أي عدم تجميع السلطة في يد هيئة واحدة حتي لا يتم الاخلال بمبدأ الأمن القانوني والقضائي على حد سواء، وبالتالي يجب على كل سلطة من السلطات العامة في الدولة أن تحترم القواعد التي وضعها الدستور لممارسة عملها، ولضمان تحقيق ذلك يقتصر دور السلطة التشريعية على سن القوانين والتشريعات بحيث تقوم السلطة التنفيذية بتنفيذ هذه القوانين تحقيقا للمصلحة العامة التي تسمى السلطة إلى وضعها موضع التطبيق، ويناط بالسلطة القضائية تطبيق القواعد التشريعية على ما بطرح عليها من منازعات هذا من ناحية الموضوع بشأن مبدأ الفصل بين السلطات، ومن ناحية الشكل فتستقل كل سلطة بجهازها الخاص بحيث لا يسمح بتداخل هذه الأجهزة واندماجها في بعضها البعض.(٣)

ووفقا لمبدأ السلطة تحد بالسلطة، تستطيع أن تقف كل سلطة في مواجهة السلطات الأخرى إذا تجاوزت أو تعدت الحدود المرسولة له قانونا أو تدخلت في عملها أو فرضت قيود عليها، ذلك لأن تركيز السلطة في يد واحدة تعصف بحقوق وحريات الأفراد، وبالتالي فإن توزيع السلطة يضمن لهذه الحقوق وتلك الحريات عدم أي اعتداء من تلك السلطات بما يجاوز الاختصاصات الممنوحة لها دستوريا.

---

(١) د/ عبد المجيد عجيمة: المقالة السابقة، ص٢٤.

(٢) د/ عبد المجيد عجيمة: المقالة السابقة، ص٢٥.

(٣) عبد الرؤوف هاشم: النظم السياسية، مكتبة النصر بالزقازيق، ٢٠٠١م، ص٣٤، د/ مصطفى عفيفي: في مبادئ القانون الدستوري والنظم السياسية، الكتاب الأول، ٢٠٠٧م، ص٢٤.

وهذا المبدأ من المبادئ الدستورية المقررة في معظم دساتير العالم وقد رسخت المحكمة الدستورية العليا هذا المبدأ وبقولها: " لما كان الدستور هو القانون الأساسي الأعلى الذي يرسم القواعد والأصول التي يقوم عليها، ويقرر الحريات والحقوق العامة، ويرتب الضمانات الأساسية لحمايتها ويحدد لكل من السلطة التشريعية والتنفيذية والقضائية وظائفها وصلاحيتها، ويضع الحدود والقيود الضابطة مما يحول دون تدخل أي منها في أعمال السلطة الأخرى أو مزاحمتها في ممارسة اختصاصاتها التي ماطها الدستور بها".

فتداخل عمل السلطات وتركيزها في يد واحد يقلق الأفراد ويجعلهم غير مطمئنين على علاقاتهم القانونية وحقوقهم المكتسبة، وبالتالي فإن مبدأ الفصل بين السلطات من المبادئ الداعمة لمبدأ الأمن القانوني الذي هو بدوره ضرورة ومقدمة لا غنى عنها لتحقيق مبدأ الأمن القضائي على اعتبار أن القاضي يحاول تطبيق الأمن القضائي بالاعتماد على النص القانوني الصادر من السلطة التشريعية.

وترتب على مبدأ الفصل بين السلطات، مبدأ استقلال السلطة القضائية حتى تتمكن من مباشرة عملها دون أن تكون تحت رحمة أيا من السلطات الأخرى بحيث تتمتع بالحيادية والشفافية والنزاهة وجود العمل بقطاع العدالة ،وهذه شروط ضرورية يتعين توافرها لبناء دولة القانون، وبالتالي تحقيق الأمن القضائي، والذي يعد بدوره ضمانه لتحقيق سيادة الديمقراطية وحماية الحقوق والحريات، مما يستتبع توفير مناخ من الحرية والاستقلالية للقضاة حتى تصدر أحكامها على أساس الواقع ووفقا للنصوص التشريعية النافذة[١] وهكذا يتضح تأثير الأمن القانوني كمقدمة ضرورية للأمن القضائي واهمية هذا الأخير في تحقيق ذلك بتطبيق القاعدة القانونية على الواقعة محل النزاع بالشروط والضوابط اللازم توافرها في هذه القواعد القانونية.

غير أن السؤال الذي يثور عما إذا كان مبدأ الفصل بين السلطات يتعارض مع بدأ اجتهاد القضاء ، وتا أثر هذا الأخير على مبدأ الأمن القانوني؟

للقاضي دور بارز عند غياب النص التشريعي الذي يحكم المنازعه محل الفصل ، خاصة وأن الأفراد يطمئنون الي الاجتهاد القضائي الثابت والمستقل ويتعاملون علي هدية ، والمحاكم تضع القانون الحي.

ومن هنا تفرض ضرورة العمل القضائي فتح باب الاجهاد للقاضي في هذا الوضع لتطوير اجتهادة وعدم رفض هذا الاجتهاد تحت زريعه احترام نبدأ الأمن القانوني.

لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية بانه لا يمكن لأحد ان يتمسك بحق مكتسب استنادا إلى اجتهاد قضائي مستقر.[٢]

غير أن الربط بين مشكلة الأمن القانوني والاجتهاد القضائي هو تخوق مبالغ فيه فالمشكلة لا تكمن في الاجتهاد بحد ذاته بل تكمن في مدى تقرير القاضي لأثار اجتهاده على الماضي والمستقبل في الوقت ذاته،

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا بمصر بجلسة ١٩٩٩/٢/٢٠م، ع٣، س٤٨، مارس ١٩٨٦م، ص٤٥؛ وانظر د/ فاروق عبد البر: دور المحكمة الدستورية العليا في حماية الحقوق والحريات، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤م، ص٢٠٥-٢٠٦؛ د/ عبد المجيد الغذاري: المقالة السابقة، ص٤٠١.

(٢) C. civ: 9-10-2001, Gazette de palais, 2001, 14,15-11-2003, Note perdian.

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

فقد يصدر قرار قضائيا واحدا يترتب عليه حدوث خلل في الحقوق المكتسبة والمراكز القانونية المستقرة ، الأمر الذي يدع إلى جودة الاجتهاد وليس امتناعه.

فتغير الاجتهاد الردئ بغيره أفضل منه أولى من البقاء عليه [١]، كما أن الاجتهاد القضائي يتطلب وقت طويل نسبيا كالعرف يحتاج كذلك إلى وقت طويل نسبيا حتى يتغير، وهذا يتفق ومبدأ الأمن القانوني الذي لا يعني الجمود والثبات في القواعد القانونية بل يعني القابلية لتغيير وفقا لمتطلبات الأحداث والظروف المستجدة.

وإذا كان مبدأ الأمن القانوني يجب أن يفهم أنه يقوم على عدم سرعة تغيير احكام القانون التي قد تفاجئ المعنيين بالقاعدة القانونية لا سيما إذا ما كان هذا التغير يتعدى حدود توقعاتهم.

وفي المقابل فإن مبدأ الأمن القانوني يجب أن يفهم أيضا على انه يهدف إلى جعل القاعدة القانونية تساير تطور حاجات الأفراد بحيث لا تفاجئهم بأنها تتضمن أحكاما لم تعد تلائم تطلعاتهم.

وهذا المعنى المزدوج لمبدأ الأمن القانوني هو الذي يجعل منه مبدأ فعالا بحيث يكفل ثقة الناس في القانون من خلال مسايرته للمتطلبات المتجددة والحديثة التي تطرأ على الساحة من حين الآخر.

ولما كان المشرع لا يتوافر له وسائل قياس نبض المجتمع ولا يتوافر له المرونة في إصدار القاعدة التشريعية، فإن ذلك يصبح مدعاة للاجتهاد القضائي ، فالقاضي يستطيع أن يعرف مستوى معاملات الناس وتطورها من خلال المنازعات المطروحة عليه، فضلا عن تمتعه بسلطة تقديرية في احكامه وفق القانون، مما يبعث في نهاية المطاف أن الأمن القانوني والأمن القضائي متلازمان ويخدم احدهما الآخر بشكل متبادل فعال.[٢]

وقد بات دور القاضي في تحقيق مطلب الأمن القانوني من جراء ما هو متاح له من قواعد قانونية ينبغي أن تكون واضحة المعالم سواء من حيث سهولة فهمها وعدم تناقضها وسهولة الولوج إليها واحترامها للقواعد الدستورية في الدولة، بينما يظهر الدور الفعال والحيوي للقاضي عند غياب النص باجتهاد قادر على كسب رهان القيمة القانونية التي يحظى بها اجتهاده ولتحقيق ذلك ينبغي على القضاء وعند اجتهاداتهم القضائية لسد النقص التشريعي أو لإرساء مبادئ قانونية مستقرة تبعث الثقة والاطمئنان لدى الافراد بما تتصف به من العمومية والتجريد والالزام الحرص على الرقي بمستوى الفكر القضائي باعتباره ضمانة أساسية لتجسيد معالم المبدأ القانوني في ظل غياب التشريع ، وهذا بلا شك لا يتعارض مع مبدأ الفصل بين السلطات سالفة الذكر نظراً لتقيد الاجتهاد بضوابط ومعايير محددة وفي ظروف معينة ولا يخفي على فطنة القارئ أن الاجتهاد القضائي يجب أن يبني على قواعد قانونية راسخة ومستقرة بحيث إذا ما ابرز المبدأ أصبح يتمتع بذات الثقة التي يتمتع بها النص القانوني، أي أن يكون في اعتقاد الافراد القابلية للتغير غير المفاجئ.

ولا ينال من ذلك أن قابلية الحكم القضائي ليست بالسهولة المتصورة ، ذلك لأن الوقائع المثارة أمام القضاء مليئة بالمفاجئات سواء من حيث اثار شهادات الشهود او تقديم حجج مجهولة من طرف أحد الخصوم، أو ما

---

(١) M. coipel: les reactions de La Doctrine a La creations de droit par les juges on droit civ. Travaux de L'association Hneri capitant des a mis de La cultore Juridique francais Economic 1980, P.80.

(٢) د/ عبد الرحمن اللمنوني: المقالة السابقة، ص١٨.

تفرزه الخبرات الفنية بحيث يساهم كل ذلك في قلب أي توقع في الحكم، فضلا عما يتمتع به القاضي من حرية في التأويل وسلطة تقديريه[١]. ذلك لأن تلك المفاجئات ليست قاعدة يمكن بسببها اهدار الثقة في الأحكام القضائية، والاجتهاد لا يكون إلا عند الفراغ التشريعي ويكون في ضوء القواعد والمبادئ الحاكمة للدولة والمستقر عليها من جانب الأفراد.

(١) د/ عبد المجيد عمجية: المقالة السابقة، ص٥١.

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

الخاتمة :

بعد دراسة موضوع الأمن القانوني والأمن القضائي وعلى ضوء ما تقدم من معطيات بشأن الموضوع محل الدراسة فقد توصلنا إلى النتائج التالية:

١- يقصد بالأمن القانوني: التزام الدولة بتحقيق قدر من الثبات النسبي للقواعد القانونية المختلفة، بهدف إشاعة الأمن والطمأنينة بين أطراف العلاقات القانونية حتى تتمكن من التصرف على هدي من القواعد والنظم القانونية القائمة وقت ممارستها لأعمالها، وترتيب أوضاعها في ضوء هذه القواعد دون التعرض لمفاجأت أو تصرفات مباغه صادرة عن السلطة العامة يكون من شأنها زعزعة هذه الطمأنينة أو العصف بهذا الاستقرار.

٢- لم يرد النص على مبدأ الأمن القانوني في معظم الدساتير إلا القليل منها حتى لا يتمسك الأفراد بالمبدأ حيال أي اصلاح تشريعي استنادا إلى التكريس الدستوري أو التشريعي للمبدأ الأمن القانوني، غير أن عدم ورود الأمن القانوني كمبدأ في الدستور أو القانوني لا يعني بأي حال من الأحوال تنكر المشرع له لأن الدستور والقانون وضعا الأليات السياسية والقانونية لضمان اصدار قوانين تتسم بالجودة والمعيارية.

٣- لكي يتحقق مبدأ الأمن القانوني لابد أن يقوم على عدة مقومات أهمها مبدأ الفصل بين السلطات، وتحقيق مبدأ المساواة في تطبيق القاعدة القانونية، ووضوحها، وسهولة الولوج إليها وفهمها، وعدم تناقضها مع بعضها البعض، واتصافها بالطابع التوقعي بما يضمن الحقوق المكتسبة والمراكز القانونية المتفرعان من مبدأ عدم رجعية القوانين، الذي يكرس احترام مبدأ الثقة المشروعة.

٤- يقصد بالأمن القضائي ما يعكس الثقة في المؤسسة القضائية والاطمئنان إلى ما تصدره من احكام وقرارات بمهمتها السابقة المتجلية في تطبيق القانون والسهر على توحيد الاجتهاد القضائي وخلق وحدة قضائية من أجل تأمين الانسجام القانوني وتأمين الحقوق وتأمين الجودة في الاجتهاد القضائي لإرساء مبادئ قانونية مستقرة ومتوقعة التعديل.

٥- يؤثر كل من المبدأ القانوني والمبدأ القضائي في بعضهما البعض ذلك لأنه من أهم المتطلبات اللازم توافرها في القانون مبدأ الأمن القانوني ومن أساسيات هذا الأخير الفكر القضائي القادر على بلورة وتطبيق النص القانوني ليحل بذلك مبدأ الأمن القضائي كألية لتنفيذ الأمن القانوني، كما يلعب القاضي دور في انشاء بعض المبادئ القانونية في إحالة غياب النص القانوني على الواقعة المطروحة أمامه والتي تعد متوقعة من قبل المواطنين لاستمراريتها النسبية وقابلية توقعها وتعديلها وفقا للتطورات الجارية.

فعلاقة الأمن القانوني بمبدأ استقلال السلطة القضائية ومبدأ الفصل بين السلطات ومبدأ السلطة التقديرية لا يؤثر على الارتباط القوي بين المبدأين، فإذا كان مبدأ الأمن القانوني يهدف إلى الاستقرار في المراكز القانونية القائمة نسبيا ويحافظ على الحقوق والحريات العامة، فإن مبدأ الأمن القضائي يجسده على أرض الواقع بالثقة فيما يصدره من أحكام أو ما يطمئن إليه الأفراد ويرتبوا أوضاعهم عليها

هذا وبالله التوفيق،،،

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

المراجع

أولا :- المراجع باللغة العربية

١- المراجع الفقهية

- حسون فدور بن موسى:

تقرير استقرار السلطة القضائية دعامة أساسية لضمان ممارسة مهنة المحاماة واحترام الحقوق والحريات وتحقيق الأمن القانوني، مقالة في مجلة المناظر، ع ١٦ ، ١٧، ٢٠١٤م

- عبد الرؤوف هاشم:

النظم السياسية، مكتبة النصر بالزقازيق، ٢٠٠١م

- عبد المجيد الغذاري:

الأمن القانوني والأمن القضائي، علاقة تكامل، مقالة في مجلة الشهاب، ج ٤، ع ٢، ٢٠١٨م

- عبد المجيد غميحة:

مبدأ الأمن القانوني وضرورة الأمن القضائي، مجلة الملحق القضائي، ع ٤٢، ٢٠٠٠م

- فاروق عبد البر:

دور المحكمة الدستورية العليا في حماية الحقوق والحريات، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤م

- عبد المجيد لغزاري، فطيمة بن جدو:

الأمن القانوني والأمن القضائي، مقالة في مجلة الشهاب، ج ٤، ع ٧، ٢٠١٩م

- فدوى بن عيسي:

الأمن القانوني كضمانة لحماية الحقوق والحريات الأساسية، المجلة المغربية القانونية والاقتصادية، ع٦، ٢٠١٩م

- كريم كريمة:

تأثير استعمال التقنيات الحديثة في تحقيق الأمن القانوني متاح على الموقع الالكتروني.

- مصطفى عفيفي:

مبادئ القانون الدستوري والنظم السياسية، الكتاب الأول، ٢٠٠٧م

- مصطفى ين شريف، ود/ فريد بنته:

الأمن القانوني والأمن القضائي، مقالة في مجلة العلوم القانونية، منشور على شبكة الانترنت.

- منذر الشاوي:

فلسفة القانون، ط١، ٢٠١٩م، دار الثقافة، عمان

٢ :- الدساتير والمعاهدات الدولية

- الدستور المصري الصادر عام ٢٠١٢م والمعدل سنه ٢٠١٤م.
- الدستور العراقي المصري الصادر عام ٢٠٠٥م.
- الدستور العراقي الفرنسي الصادر عام ١٩٥٨ وتعديلاته.
- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ١٩٤٨م.
- العهدين الدوليين للحقوق المدنية والسياسية ١٩٦٦م.

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

ثالثا :- المراجع الأجنبية

- Eathy pamart: La magistrature familiale: vers une consecration lega Le du naveau visage de L'office du juge de La famille ed.L' Harmattan, 2004
- F. Luhaire: La protection constitutionn el droit et lipertes Economica, 1987
- Jean. Francois Boudet – La caisse des depats exconsignation – Les logiques Juridiques, 2006
- M. coipel: les reactions de La Doctrine a La creations de droit par les juges on droit civ. Travaux de L'association Hneri capitant des a mis de La cultore Juridique francais Economic 1980
- M. Farmont: La principe de scurite jurid. Que, A. J. D. A, 1996
- M. Formont: art Le pre cite, P 180, M. Delmarre: La securite juridiqu et Le juge admini stratif francais (A. J. D. A) 20004
- M. Kdhir: ver La Fin de La securite juridique en droit francais R. A. d, 1993

دور القاضي الدستوري في إستجلاء مبدأي الشرعية وعدم الرجعية وأثرهما في تحقيق مبدأ الأمن القانوني

أ.د. فوزي حسين سلمان م.د. أسين أحمد فخري
كلية القانون والعلوم السياسية / جامعة كركوك

الملخص :-

يعد موضوع الامن القانوني من أدق وأهم موضوعات القانون، ويعود ذلك الى حاجة أفراد المجتمع الى العدل والاطمئنان على حقوقهم تجاه أعمال السلطة، وتحقيق المساواة بين الافراد من خلال تطبيق القواعد القانونية على القضايا ذات الصلة من حيث الوقائع وتوفير إمكانية الحل أو المبدأ القانوني الذي يمكن أن يطبق عليهم، الامر الذي يؤدي الى إمكانية تسوية المنازعات وسرعة حسمها وصولاً الى تحقيق عدالة سريعة وناجزة.

المقدمة:-

للقضاء الدستوري دور مهم في حماية المراكز القانونية، فهو الحامي لحقوق الأفراد والملاذ الامن الذي يلجأ اليه كل من اصابه ظلم او حيف من جهة متمتعة بأمتيازات السلطة العامة، فالقاضي الدستوري عن طريق سلطته وهيمنتهِ على المسائل الدستورية استطاع أن يضع مبدأي الشرعية وعدم الرجعية في موضعها الصحيح، عن طريق تغليب مصلحة عامة أولى بالحماية على المصلحة الخاصة، ويبقى مبدأ الأمن القانوني ضمانة فعالة وتضام قيم يهدف إلى تأمين دون مفاجآت حسن تنفيذ الالتزامات او تلافي الحد على الاقل من عدم الوثوق بالقانون، فالأمن القانوني هو شرط من شروط جودة القانون كونه يضمن للمخاطبين نوعاً من الثقة والاطمئنان على سلامة تطبيق القانون وحماية حقوق الأفراد والدولة معاً.

اولاً: أهمية البحث:-

من المعروف أن القانون هو مجموعة من القواعد التي تقوم بتنظيم الحياة في المجتمع وصولاً الى تحقيق الصالح المشترك الذي تحدده السلطة العامة، وعليه لا يعد القانون غاية في ذاته، بل وسيلة لتحقيق هذا الصالح المشترك. ومن هنا يظهر سعي السلطة نحو الاهتمام بالقانون على إعتباره أهم وسيلة لبلوغ وتحقيق الصالح المشترك ويظهر ذلك واضحاً في استقرار القانون وعدم تعديله ضماناً لاستقرار المراكز القانونية وعدم زعزعتها.

وتكمن أهمية مبدأ الامن القانوني في ميدان القضاء الدستوري بالاثر القانوني لاحكامه الصادرة بعدم الدستورية والنطاق الزمني الذي يمكن أن تمتد اليه آثار تلك الاحكام، حيث صاغ المشرع الدستوري في

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

المادة (١٩/تاسعاً) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ النافذ بقوله ((ليس القوانين أثر رجعي مالم ينص على خلاف ذلك)).

ثانياً: إشكالية البحث:-

تتمثل إشكالية البحث في أن قاعدة عدم الرجعية هي إحدى القواعد المتعارف عليها، حيث أن المشرع يراعي بمقتضى هذه القاعدة حاجة الأمن لأن التشريع يتأثر بعامل الزمن مما يستلزم مراعاة الاوضاع والمراكز القانونية كما أن احترام مبدأ الشرعية في نطاق التشريعات المالية والجنائية يتطلب أن تكون القواعد القانونية محددة بصورة يقينية لا إلتباس فيها، فالافعال محل التجريم ينبغي أن تحدد تحديداً قاطعاً وأن لا تكون مشوبة بالغموض والابهام وهنا يأتي دور القاضي الدستوري في إستجلاء تلك المفاهيم.

ثالثاً: أهداف البحث:-

يهدف بحثنا الى تحديد ما يجب أن تكون عليه القاعدة القانونية من مقومات تضمن مصالح الافراد، عن طريق عدم اِعمال القاعدة القانونية بأثر رجعي لما في ذلك من إهدار وضياع لحقوق الافراد واهتزاز لمراكزهم القانونية وإن دعت الحاجة وإقتضت المصلحة بسريان القانون بأثر رجعي فإنه يجب أن يكون بشروط ومقتضيات يحددها المشرع.

رابعاً: منهجية البحث:-

تقوم منهجية البحث على الجمع بين المنهج الاستقرائي والمنهج التحليلي الوصفي والمنهج التطبيقي من خلال دراسة وتحليل النصوص التشريعية وتحليل الاحكام القضائية الصادرة من القضاء العراقي، حيث أن طبيعة الدراسة اقتضت هذا الجمع لبلوغ الهدف المنشود من دراسة مبدأ الامن القانوني وبيان قيمته وكيفية تحقيقهِ على أرض الواقع دون الوقوف على ما يوحي به ظاهرهُ.

خامسا: هيكلية البحث:-

سيتم بعون الله بحث هذا الموضوع في خطة تقوم على مقدمة ومبحثين، حيث يقوم المبحث الاول على دراسة مبدأي الشرعية وعدم الرجعية في مجال القوانين المالية والضريبية ويتناول المبحث الثاني مبدأي الشرعية وعدم الرجعية في مجال القوانين الجنائية ومن ثم نحتم البحث بعرض أهم الاستنتاجات والتوصيات التي توصلنا اليها والله ولي التوفيق.

المبحث الاول

مبدأي الشرعية وعدم الرجعية في مجال القوانين المالية والضريبية

هناك مجموعة من الحقوق والمبادئ الدستورية المرتبطة إرتباطاً وثيقاً بالشؤون الضريبية ، وقد حرصت معظم الدساتير على حماية هذه المبادئ فهي تمثل ضمانة أساسية لحقوق المكلف والخزينة العامة للدولة ، ومن أهم هذه المبادئ مبدأي الشرعية الضريبية ومبدأ عدم رجعية القوانين الضريبية، وعلى الرغم من أهمية

هذه المبادئ الأ أنها من الممكن أن تبقى قائمة من الناحية النظرية فقط ، وتهمل من الناحية العملية لو لم يتدخل القضاء ويضمن الحفاظ عليها من الانتهاك من قبل السلطات الاخرى[١] .

ولتوضيح ذلك سنقوم بتقسيم هذا المبحث على مطلبين، نبين في المطلب الاول مبدأ الشرعية الضريبية، ونخصص المطلب الثاني لمبدأ عدم رجعية القوانين الضريبية وكالآتي :-

المطلب الاول

مبدأ الشرعية الضريبية

يعد مبدأ الشرعية الضريبية من المبادئ التي تحكم النظام الضريبي ، فكلما أراد المشرع أن يجعل النظام الضريبي نظاماً صالحاً وسليماً وجب عليهِ تحقيق الشرعية الضريبية عن طريق إستقرار وثبات القواعد الضريبية وعدم تعرضها للتعديلات المتكررة ، فالتعديلات ينبغي أن تكون في فترات متباعدة ومحدودة كي لا تؤدي الى مضايقة المكلفين وبالتالي عدم إستقرار وإضطراب النشاط الاقتصادي للدولة ، بل ينبغي أن يتميز القانون الضريبي بالوضوح كي يكون سهل الفهم من قبل عامة الناس دون إلتباسٍ وعناء ، كما أن ذلك يسهل الامر على المحاكم في تطبيقهِ دون تأويلٍ أو إجتهاد[٢] .

فجودة القانون ، والثقة بمضمونه تكريس فعلي لمبدأ الامن القانوني حيث أن هذا الاخير يبقى ضمانة فعلية يهدف الى حسن تنفيذ الالتزامات عن طريق الابتعاد عن المفاجآت وعدم الوثوق بالقانون[٣] .

ويراد بمبدأ الشرعية الضريبية أو مبدأ قانونية الضرائب ، الذي تبنته معظم الدساتير من خلال منح السلطة التشريعية دون غيرها صلاحية تنظيم المسائل الضريبية بقانون ينظم أحكامها[٤] .

حيث أن هذا المبدأ يعني فقهاً : ((سيادة حكم القانون في شؤون الضرائب حيث لا تفرض الضريبة ولا تعدل أحكامها ولا يتم تحصيلها او الاعفاء منها الا بموجب قانون صادر عن السلطة التشريعية المختصة في الدولة بوصفها ممثلة للشعب ولها إختصاص إصدار التشريعات ومنها بطبيعة الحال التشريعات الضريبية))[٥].

(١) د. رفعت عيد سيد ، مبدأ الأمن القانوني – دراسة تحليلية في ضوء احكام القضاء الاداري والدستوري ، بحث منشور في مجلة إتحاد الجامعات العربية للدراسات والبحوث القانونية ، العدد (٣٤) ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، ٢٠١٣ ، ص١٠٦ .

(٢) محند بوكوطيس، الامن القانوني في المجال الضريبي، بحث منشور في مجلة الارشاد القانوني، المجلد (٢)، العدد (٣)، ٢٠١٨، ص٣٢١.

(٣) د. يونس العياشي ، الأمن القانوني والقضائي وأثرهما في التنمية الاقتصادية والاجتماعية ، ط١، مكتبة دار السلام ، الرباط، المغرب ، ٢٠١٢ ، ص٤٥ .

(٤) د. طاهر الجنابي ، علم المالية العامة والتشريع المالي ، العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة ، ٢٠٠٧، ص١٤٨ .

(٥) د. محمد علوم محمد علي المحمود ، الطبيعة القانونية والمالية لدين الضريبة وتطبيقاتها في التشريعات الضريبية المقارنة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ٢٠١٠ ، ص٢٩ .

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

أما مفهومهُ قضاءً فيعني : ((أن السلطة التشريعية هي التي تقبض بيدها زمام الضريبة العامة ، إذ تتولى بنفسها تنظيم أوضاعها بقانون يصدر عنها متضمناً تحديد نطاقها ، وعلى الاخص تحديد وعائها وأسس تقديرها وبيان مبلغها ، والملتزمين أصلاً بأدائها والمسؤولين عنها وقواعد ربطها وكيفية أدائها))[١] .

مما يعني ذلك أن مبدأ الشرعية في المجال الضريبي يُقَصَّر التنظيم على التشريع بمعناهُ الدقيق ، فلا تستطيع الادارة تنظيم القواعد الضريبية بقرارات ادارية ولو كان ذلك بناءً على تفويض من البرلمان ، فالسلطة التشريعية وحدها هي المناط بها سن وتشريع القواعد الضريبية ، وحصر وظيفة السلطة التنفيذية في إصدار الانظمة والتعليمات لتنفيذ هذه القواعد[٢] .

ويجد مبدأ شرعية الضريبة أساسهُ في الدستور العراقي حيث ورد فيه: ((لا تفرض الضرائب والرسوم ولا تعدل ولا تجبى ولا يعفى منها إلا بقانون))، والمشرع الدستوري عندما أقر هذا المبدأ شمله بالفرض والجباية والتعديل والاعفاء[٣] وبالتالي فإنه وفَّر حماية لحقوق المكلفين والخزينة العامة على حدٍ سواء .

والدستور المصري لسنة ٢٠١٤ هو الاخر نص أيضاً على مبدأ الشرعية الضريبية حيث نص المشرع : ((لا يكون إنشاء الضرائب العامة أو تعديلها أو إلغائها إلا بقانون ، ولا يجوز الاعفاء منها إلا في الاحوال المبينة في القانون ولا يجوز تكليف أحد أداء غير ذلك من الضرائب والرسوم إلا في حدود القانون))[٤] .

وكذلك الدستور الفرنسي لسنة ١٩٥٨ سار بنفس الإتجاه فيما نصت عليه المادة (٣٤) منه ، التي سبق الاشارة إليها .

يتضح من ذلك أن النص على مبدأ الشرعية الضريبية بصورة صريحة في متن الدساتير أعطى لهذا المبدأ مكانة عليا واصبح من المبادئ الدستورية التي تحدد قواعد الاختصاص ، من حيث تحديد الصلاحية الممنوحة للسلطة التشريعية في سن التشريعات الضريبية دون غيرها ، وعندها لا يجوز للسلطات أياً كان نوعها الخروج على هذا المبدأ وإلا عُدت منتهكة لمبادئ الدستور وأحكامه .

ومن جانب آخر فإن المشرع الدستوري العراقي أقر مبدأ الشرعية الضريبية شاملاً الفرض والجباية والتعديل والإعفاء ، وهذا الأمر دعا الى القول بأن المشرع قصد من المبدأ الحفاظ على حقوق المكلفين والخزينة العامة معاً ، وهو في هذه الحالة بدا أكثر تطوراً من أقرانه في الدول التي إكتفت على النص في دساتيرها بصدور القانون في الفرض والجباية فقط دون الأعفاء ، أي أن الإعفاء أصبح من الصلاحيات المخولة للسلطة التنفيذية بناءً على تفويض من السلطة التشريعية[٥] .

---

(١) د. هشام محمد البدري ، النص الضريبي بين التفسير الاداري والتفسير التشريعي ، منشأة المعارف ، القاهرة ، ٢٠٠٥ ، ص٦٨ .

(٢) د. هشام محمد البدري ، الأثر الرجعي والأمن القانوني ، دار الفكر والقانون ، القاهرة ، بدون سنة نشر ، ص١٠٤ .

(٣) المادة (٢٨) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ النافذ.

(٤) المادة (٣٨) من الدستور المصري لسنة ٢٠١٤ النافذ .

(٥) د.عامر عياش عبد ود. أحمد خلف حسين الدخيل ، دستورية الضرائب في العراق ، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، المجلد (١٣) ، العدد (٤٩) ، ٢٠١١ ، ص٢٢٦-٢٢٧ .

فمن أجل ضمان حقوق المكلفين إشترط المشرع العراقي بقانونية فرض الضريبة أي أن تتولى السلطة التشريعية المنتخبة من قبل الشعب بوصفها صاحبة الإختصاص التشريعي الأصيل سن القوانين الضريبية ، وذلك عن طريق تحديد المادة الضريبية تحديداً نافياً للجهالة ، كي يسهل على المخاطبين توقعها ومعرفة فحواها بيسر وسهولة تحقيقاً لمبدأ الأمن القانوني(١) .

كما إشترط أن يكون التعديل والالغاء بقانون بمعنى أن الجهة التي أصدرت القاعدة الضريبية هي نفس الجهة التي تتولى تعديلها وإلغائها كلما استجدت ظروف وأحوال معينة تستوجب التعديل والإلغاء ، فالتشريعات الضريبية شأنها شأن باقي التشريعات يفترض عليها مواكبة تطورات الظروف الاقتصادية والسياسية للدولة ، فهي تتصف بالمرونة التي تجعل أمر تعديلها بذات إجراءات وضعها(٢) .

وجباية الضريبة ايضاً يشترط أن تكون بقانون ، فطريقة جباية الضريبة ووضوحها أمر في غاية الأهمية بالنسبة للمكلف مما يعني أن يكون هذا الاخير على علمٍ ويقين بإجراءات فرض الضريبة وتحصيلها وإبعاد الشك في هذه المسألة ، فالمكلفين يتولد لديهم الشعور بالطمأنينة والامان ازاء التعديلات المتكررة(٣) .

المطلب الثاني

مبدأ عدم رجعية القوانين الضريبية

مما لا شك فيه أن أحد أهم مبادئ سيادة القانون هو عدم رجعية القوانين على الماضي ، وعلى المشرع أن يضعه في حسبانه عند سنه للقوانين آخذاً بنظر الاعتبار الأوضاع والمراكز القانونية التي إستقرت في ظل نظام قانوني سابق . وإلا فإن ذلك سيؤدي الى إنتهاك الأمن القانوني ، ومن أجل ذلك قيل أن المشرع عندما ينوي إستبدال قانون قديم بآخر جديد يتوجب عليه تنظيم مجال تطبيقهما ، أي بعبارة اخرى أن يوازي ويراعي بين أمرين متناقضين : أحدهم يتعلق بالامن القانوني الذي يفرض عليه ابقاء القانون القديم . والثاني يتعلق بتطور القانون ومواكبته للامور المستجدة بمعني ضرورة العمل بمقتضى القانون الجديد(٤).

ولما كانت الضريبة فريضة مالية تقتضيها الدولة من المكلفين بالاداء بموجب القواعد التي يقررها المشرع، دون ان يكون للمكلفين أي خيار في النكول عنها او الوفاء بها ، بل تؤدى جبراً حيث يسهم بها المكلفون في نصيبهم من الاعباء العامة ، حتى لو لم يكن هناك نفع خاص يعود عليهم بشكل مباشر من جراء تحملهم بها(٥) .

---

(١) عثمان سلمان غيلان العبودي ، مبدأ قانونية الضريبة ، اطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة النهرين ، ٢٠٠٢ ، ص٤٢.

(٢) محند بوكوطيس ، مصدر سابق ص٣٢٥ .

(٣) عثمان سلمان غيلان العبودي ، مصدر سابق ، ص٦٣ .

(٤) د. مازن ليلو راضي ، حماية الامن القانوني في النظم القانونية المعاصر، المركز العربي للنشر، ٢٠٢٠، ص١٣٣ .

(٥) د. رفعت عيد سيد ، مصدر سابق ، ص١٠٨ .

فهذا المفهوم للضريبة يقود الى إمكانية الحاق الضرر بالمكلف لدفع الضريبة كونه إستقطاع نقدي وجبري، مما يعني أنه من الممكن أن تتعسف الدولة في إستعمال حقها عند فرض الضرائب دون التقيد بشروط وضوابط معينة ، ومن أهم هذه الضوابط مبدأ عدم رجعية القوانين الضريبية[١] .

ويراد بمبدأ عدم رجعية القوانين الضريبية : ((أن القانون الضريبي يسري إعتباراً من تاريخ نفاذه بنشره في الجريدة الرسمية ، او بإنتهاء الميعاد المحدد للنفاذ بعد النشر ولا يجوز أن تنسحب أحكامه على الوقائع والروابط القانونية التي سبقت ذلك التأريخ))[٢] .

أو يعني : ((أن التشريع الضريبي يسري من وقت إصداره أو في تاريخ لاحق فلا يسري بأثر رجعي ، ولا يمتد الى الوقائع التي تمت قبل صدوره ولا يحكم الا على ما يحدث في ظلهِ من وقائع))[٣] .

ونظراً لما تثيُره مسألة تنازع القوانين من حيث الزمان من مشاكل كبيرة ، وصعوبات جَمّة وبالأخص للأعمال والتصرفات التي نشأت أبان القانون القديم وإستمرت آثارها ونتجت في ظل القانون الجديد . فمن البديهي أن تقيم أية دولة نظامها القانوني على أساس متين ومبدأ قويم يتمثل في سريان أحكام القانون بأثر مباشر يأبى الرجعة ، ومن الطبيعي أن نجد هذا المبدأ يحكم القانون الضريبي[٤] .

وقد أشار الدستور العراقي الى مبدأ عدم رجعية القوانين بنصه : ((ليس للقوانين أثر رجعي ما لم ينص على خلاف ذلك . ولا يشمل هذا الاستثناء قوانين الضرائب والرسوم))[٥] .

وهذا يعني أن المشرع أعطى التشريعات الضريبية حصانة شديدة وعدّ أي عمل ضريبي يتضمن أثراً رجعياً يكون مخالفاً للدستور ويستوجب الالغاء بدلالة نص الفقرة (تاسعاً) من المادة (١٩) من الدستور نفسه ، والتي استثنت التشريعات الضريبية من الاثر الرجعي ، ودلالة الفقرة (ثانياً) من المادة (١٣) من الدستور التي قضت ببطلان اي تشريع يصدر مخالفاً للدستور .

كما ورد في الدستور المصري لسنة ٢٠١٤ : ((لا تسري أحكام القوانين الا على ما يقع من تاريخ العمل بها ولا يترتب عليها أثر فيما وقع قبلها ومع ذلك يجوز في غير المواد الجنائية والضريبية النص في القانون على خلاف ذلك ، بموافقة أغلبية ثلثي أعضاء مجلس النواب))[٦] .

مما يعني أن الدستور المصري هو الآخر حظر سريان التشريعات الضريبية بأثر رجعي وبذلك أصبح محظوراً دستورياً ولا يمكن إعمالهُ مطلقاً .

---

(١) محمد الكامل شلغوم ، أساس حق الدولة في فرض الضريبة ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والشرعية ، العدد (٧) ، كلية القانون ، جامعة الزاوية ، ليبيا ، ٢٠١٥ ، ص٦ .

(٢) د. رائد ناجي احمد ، مبدأ عدم رجعية القوانين الضريبية وتطبيقهُ في العراق ، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية ، المجلد (١) ، العدد (٢) ، ٢٠٠٩ ، ص ٣٠٧ .

(٣) د. محمد محمد عبداللطيف ، الضمانات الدستورية في المجال الضريبي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠ ، ص١٧٩.

(٤) د. رائد ناجي احمد ، مصدر سابق ، ص٣٠٦ .

(٥) المادة (١٩/تاسعاً) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ النافذ .

(٦) المادة (٢٢٥) من دستور جمهورية مصر العربية لسنة ٢٠١٤ النافذ .

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

فلخطورة التشريعات الضريبية من حيث مساسها بحقوق الأفراد وأموالهم نصت أغلب الدساتير على عدم رجعية القوانين في المجال الضريبي ، حفاظاً على حقوق المكلفين ، والقانون الضريبي الجديد يسري اعتباراً من تاريخ نفاذه بنشره في الجريدة الرسمية أو بأنتهاء الوقت المحدد للنفاذ بعد النشر ولا يجوز ان تنسحب أحكامه على الوقائع والروابط القانونية التي سبقت هذا التاريخ[١] .

حيث أن رجعية القاعدة القانونية تعد سبباً من أسباب إنعدام الامن القانوني لدى الملزمين ، ويفترض على التشريعات أن تطبق على الاوضاع والوقائع من تاريخ الصدور ولا تطبق على الاوضاع السابقة عليها، لان ذلك يتنافى مع مفهوم الامن القانوني ، والذي يتطلب استقرار الاوضاع والمراكز القانونية وتطبيق القانون بأثر مباشر لا بأثر رجعي[٢] .

ويقتضى مبدأ عدم رجعية القوانين الضريبية أن يكون المخاطبين على علم بأحكام العمل الضريبي قبل أن يفرض عليهم ، فمن غير الممكن مفاجئتهم فيما بعد بأن النشاط أو العمل الذي كانوا يمارسونه يخضع لضريبة معينة في الوقت الذي لم يكن لديهم مسبقاً أي علم بذلك . وهذا يعني عدم إمكانية فرض ضريبة على تصرفات سابقة على تاريخ نشر التشريع الضريبي لأن في ذلك إخلال واضح بمبدأ الامن القانوني وإهدار للثقة التي يفترض تواجدها بين المكلف بدفع الضريبة والادارة الضريبية[٣] .

فقد ورد في بعض القوانين والانظمة والتعليمات عدم دستورية العديد من النصوص الضريبية ، مثال على ذلك ، ما ورد في المادة (٣٣) من قانون الموازنة الاتحادية لسنة ٢٠١٥ ، والتي نصت صراحة على فرض ضريبة مبيعات على كارتات تعبئة الهواتف النقالة وشبكات الانترنيت وشراء السيارات وتذاكر السفر والمشروبات الكحولية والسكائر وكلٌ بنسبٍ مختلفة[٤] .

ومن ثم نصت المادة (٥٩) من القانون نفسه على أن يتم نشر القانون في الجريدة الرسمية وإعتباره نافذاً من يوم (١/كانون الثاني/٢٠١٥) ، وعدم الاخذ بنظر الاعتبار وجود مواد تتعلق بفرض ضرائب ، مما يعني سريان الضريبة بأثر رجعي لأن القانون المذكور لم ينشر لغاية (١٦/شباط/٢٠١٥) ، وهذا ما يعني سريان النصوص الضريبية بأثر رجعي ، وبالتالي وجود إنتهاك صريح لنص المادة (١٩) الفقرة تاسعاً من الدستور العراقي النافذ ، حيث أن هذه المادة الدستورية منعت سريان النصوص الضريبية بأثر رجعي بأي شكل من الاشكال حفاظاً على حقوق الافراد وإعمالاً لمبدأ الامن القانوني .

والمعيار الذي يعتد به في تحديد القانون الضريبي الواجب التطبيق مرتبط بالواقعة المنشئة للضريبة ، فإذا كانت الواقعة المنشئة بغض النظر عن نوعها (مباشرة او غير مباشرة ، دخل أو رأس المال ، إستهلاك أو

---

(١) د. رائد ناجي أحمد ، مصدر سابق ، ص٣٠٧-٣٠٨ .

(٢) محند بوكوطيس ، مصدر سابق ، ص٣٣٣ .

(٣) د. رفعت عيد سيد ، مصدر سابق ، ص١١٠-١١١ .

٤) تنص المادة (٣٣/أ) من قانون الموازنة الاتحادية لسنة ٢٠١٥ على : ((فرض ضريبة المبيعات على كارتات تعبئة الهاتف النقال وشبكات الانترنيت بنسبة ٢٠% من قيمة الكارت ونسبة (١٥%) على شراء السيارات بكافة أنواعها وتذاكر السفر . و(٣٠%) على السكائر والمشروبات الكحولية وعلى وزارة المالية إصدار التعليمات اللازمة لتطبيق أحكام هذه الفقرة في عموم العراق)) .

تداول أو غيرها) قد إكتملت وتحققت عناصرها أبان القانون الضريبي السابق ، فلا يجوز إعمال وتطبيق أحكام القانون الضريبي الجديد عليها ، والقول بخلاف ذلك يعد خروجاً عن مبدأ عدم رجعية القانون الضريبي. ولكن الواقعة المنشئة للضريبة إذا تحققت في ظل أحكام القانون الضريبي النافذ فلا يجوز تطبيق أحكام القانون السابق عليها ، عملاً بقاعد الاثر المباشر لسريان القانون ، وهذا هو المدلول الثاني من حيث النتيجة لمبدأ عدم رجعية القوانين الضريبية[١] .

إلا أنه قد ترد إستثناءات على مبدأ عدم الرجعية وفي حالات معينة مراعاةً للمصلحة العامة ، او قد تكون بإرادة المشرع ولكن الضرورة ينبغي أن تقدر بقدرها على نحوٍ لا يغطي هذا الاستثناء على القاعدة العامة وهذه الاستثناءات هي :-

اولاً : القوانين المفسرة : وهي القوانين التي تصدر لأيضاح حكم تضمنه قانون سابق وبالأخص عندما يكون القانون النافذ مبهماً وغير واضحٍ وأراد المشرع إيضاحه وإزالة الغموض عنه[٢] .

ولا يخضع القانون المفسر وفقاً للرأي الراجح لمبدأ عدم رجعية القوانين ، فهو يطبق على التصرفات التي تقع في فترة نفاذه فقط ، لكونه يتحد مع القانون الاصل الذي جاء لتفسيرهِ ويصبح جزءاً منه ، وبذلك يكون له نفس النطاق من حيث الزمان ، أي أن أثره يمتد من الناحية العملية الى تاريخ سابق لتاريخ صدوره ونفاذه الحقيقي ، وهو تاريخ نفاذ القانون الاصل ، مما يعني أن القانون المفسر يخضع لمبدأ رجعية القوانين وليس لمبدأ عدم رجعية القوانين ، كونه يسري على وقائع سابقة على تشريعه . الا أن هذا الاستثناء مقيد بشرط وهو أن لا يكون القانون المفسر يتضمن أحكاماً جديدة لم تكن موجودة في القانون الأصل ، فإذا كان كذلك فإنه سوف يخضع لمبدأ عدم الرجعية[٣] .

والقانون المفسر يتحد مع القانون الأصل دون الحاجة الى النص على ذلك ، حيث ورد في أحد أحكام محكمة التمييز العراقية ما يلي : (إن القواعد القانونية المفسرة والموضحة تسري على ما سبق من الوقائع بدون أن ينص صراحةً على سريانها على الماضي)[٤] .

ثانياً : النص الصريح : ويراد به أن ينص المشرع صراحة على سريان أحكام القانون الضريبي الجديد على الماضي إلا أن ذلك ليس مطلقاً ، بل تحكمه حالة الضرورة و وجود مصلحة معتبرة تستوجب ذلك ، حفاظاً على الحقوق المكتسبة للأفراد والابتعاد عن زعزعة مبدأ الامن القانوني الذي عادةً ما يحصل بسبب الرجعية[٥] .

---

١) د. رائد ناجي أحمد ، أحوال مجانبة السلطة التشريعية في العراق لاختصاصها الدستوري في المجال الضريبي ، بحث منشور في مجلة الكوت الجامعة ، القسم الثاني (عدد خاص بالمؤتمر العلمي الدولي الاول) ،٢٠١٧، ص١٩-٢٠ .

٢) د. رائد ناجي أحمد ، مبدأ عدم رجعية القوانين الضريبية في العراق ، مصدر سابق ، ص٣٠٨ .

(٣) د. مازن ليلو راضي ، مصدر سابق ، ص١٤٧ .

(٤) قرار محكمة التمييز العراقية ذي الرقم (٥٩٠/ت/١٩٥٤ في ١٩٥٥/١/٨) مجلة القضاء ، العدد الاول لسنة ١٩٥٥ ، ص١٤٠ . أشار اليه : د. مازن ليلو راضي ، مصدر سابق ، ص١٤٧ .

(٥) د. رائد ناجي احمد ، مصدر سابق ، ص١٤٧ . وينظر كذلك : د. مازن ليلو راضي ، مصدر سابق ، ص١٤٧ .

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

فقد قضت المحكمة الاتحادية العليا في العراق بإلغاء القانون رقم (٣) لسنة ٢٠١٥ في الجزء المتعلق بسريانه على الماضي فيما يخص الضرائب والرسوم ، أما بقية النص فهو خيار تشريعي لا غبار عليه ، مما يدل على جواز سريان القوانين بأثر رجعي إذا وجد نص صريح من المشرع يقضي بذلك وعلى أن لا يشمل ذلك قوانين الضرائب والرسوم ، إعمالاً لنص المادة (١٩/تاسعاً) من الدستور[١].

وتعد هذه الخطوة أهم مظاهر مبدأ الأمن القانوني في دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ النافذ، فصلاحية الجزء السليم من النص لتحقيق أغراضه أتاح للقاضي بالاقرار بدستورية النص على اعتباره خيار تشريعي لا غبار عليه. ويمثل هذا النوع من الاحكام مستوى متطور في قضاء المحكمة الاتحادية العليا لتحقيق مبدأ الأمن القانوني والحفاظ عليه، وهذا يؤكد قدرة قضاتنا على الابتكار والاجتهاد والتطوير.

المبحث الثاني

مبدأي الشرعية وعدم الرجعية في مجال القوانين الجنائية

لما كان القانون الجنائي هو الذي ينظم العلاقات بين الافراد بعضهم ببعض ، وعلاقاتهم مع السلطة ، فإن معناهُ يشير الى ضرورة توفير وإيجاد الطمأنينة في العلاقة القائمة بين الأفراد والسلطة العامة في الدولة وذلك من خلال عدم المساس بحقوق الأفراد وحرياتهم ، الامر الذي يفضي الى الاستقرار ، وهذا الاخير يتولد بتحقيق أمرين في غاية الضرورة ، الامر الاول بيان صور السلوك التي يجرمها القانون ، والثاني ، ضرورة الموازنة بين المصلحة المحمية ومن ثم تجريم الإعتداء عليها ، وإيجاد التناسب بين طبيعة الاعتداء والجزاء المقرر لَهُ[٢] .

ولبيان ذلك سنقوم بتقسيم هذا المبحث على مطلبين، المطلب الاول لمبدأ الشرعية الجنائية، ونبين في المطلب الثاني مبدأ عدم رجعية القوانين الجنائية على الماضي وكالآتي :-

المطلب الاول

مبدأ الشرعية الجزائية

يعد مبدأ الشرعية من المبادئ الدستورية المعاصرة التي يجب تطبيقها في كافة دول العالم ، فهو مبدأ عام ، يسري حكمه في كل مجتمع وفي مواجهة أي سلطة لأنه من المسلمات التي تستند اليها كافة النظم السياسية في العالم المعاصر ، وإهداره حتماً سيؤدي الى إنتهاك حقوق الأفراد وحرياتهم ، فقيمتهُ كبيرة لأنه الضامن

(١) د. مازن ليلو راضي ، مصدر سابق ، ص١٤٩.

(٢) د. عادل علي المانع ، الأمن القانوني الجنائي ، مفهومه وأسسه ، بحث منشور في مجلة الأمن والحياة ، العدد (٢٤٨) ، جامعة نايف للعلوم الامنية ، الكويت ، ٢٠٠٤ ، ص٢٤ .

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

الاساسي لحقوق الأفراد من خلال ما يرسمه من حدود واضحة تفصل بدقة بين المحظور من الافعال والمشروع منها[١] .

فمبدأ الشرعية يعني : ((أن المشرع وحده هو الذي يملك تحديد الأفعال المعاقب عليها المسماة "الجرائم" وتحديد الجزاءات التي توقع على مرتكبيها والمسماة "العقوبات" . مما يترتب عليه أنه ليس للقاضي أن يعتبر الفعل من قبيل الجرائم ويعاقب مرتكبيه مهما كان هذا الفعل منافياً للآداب أو المصلحة العامة إذ لم يكن منصوصاً عليهِ في قانون العقوبات ، ذلك لأنه ليس للقاضي ، حسب هذا المبدأ أن يخلق جرائم ولا أن يبتكر عقوبات))[٢] .

ويستند مبدأ الشرعية على دعامتين أساسيتين وإن كان في ظاهرهما التعارض إلا أن باطنهما يدل على أنهما يصبان في مجرى واحد ، وهو عدم قبول تحديد الجرائم وفرض العقوبات الا من خلال التشريع وحده دون غيرهِ ، وتتمثل هاتين الدعامتين بالحماية (للحرية الشخصية وتحقيق الصالح العام) ويتم ذلك عن طريق وضع حدود واضحة للناس فيما يعد مباحاً لهم وما هو محظور عليهم ، وبيان النتيجة المترتبة على ارتكاب ذلك الفعل المحظور[٣] .

فالحرية الشخصية كفلها الدستور ، لكونها ذات قيمة إنسانية خالصة لا بمعنى إتصالها بالانسان فحسب، بل كونها تنبع عن وجودهِ ، ولتحقيق ذلك فإن الفرد يحتاج الى أن يضمن له القانون مقدماً النتيجة القانونية المترتبة على فعلهِ ، فالذي يبغيه الفرد هو عدم التعرض لمفاجآت أو أخطار لم يكن يحسب لها حساباً عند مخالفة القانون ، وهذا لا يتحقق إلا إذا تحددت القيمة القانونية للفعل مقدماً ولم يكن بإمكان القانون تغييرها بعد ذلك[٤] .

فهذه الضمانات التي تتواجد بين طيات هذا المبدأ الدستوري ، يمثل قيداً على سلطات الدولة إذ لابد من وجود هذا القيد حتى يكون القانون في منأى وأمان من كل إعتداء لأن القانون ليس مجرد أداة لعمل الدولة بل هو الضمان الذي يكفل الحقوق والحريات[٥] .

ومن المسلمات أن الاستقرار القانوني غاية كبرى وهدف أساس ينشده أي تنظيم قانوني سليم ، فهذا المبدأ يحقق الغاية المرجوة في بث الطمأنينة والامان من المفاجآت وصولاً الى الغاية الاسمى الا وهي تحقيق مبدأ الامن القانوني[٦] .

---

(١) د. سلوى حسين حسن رزق ، المبادئ الدستورية للعقوبات الجنائية، دار الفكر والقانون، ٢٠١٢ ، ص٣٠.

(٢) د. علي حسين الخلف ، د. سلطان عبدالقادر الشاوي ، المبادئ العامة في قانون العقوبات، العاتك لصناعة الكتاب، بدون سنة نشر ، ص٣٠ .

(٣) أستاذنا الدكتور ماجد نجم عيدان ، الشرعية الدستورية للقانون الجنائي ، دراسة مقارنة ، بحث منشور في مجلة كلية القانون والعلوم السياسية ، جامعة كركوك ، المجلد (٤) ، الجزء (١) ، العدد (١٣) ، ٢٠١٥ ، ص٢٤١ .

(٤) د. احمد فتحي سرور ، الحماية الدستورية للحقوق والحريات ، دار الشروق، ٢٠٠٨ ، ص٦٩٩ .

(٥) د. سمير داود سلمان ، د. علي مجيد العكيلي ، د. لمى علي الظاهري ، بحوث دستورية ، المركز القومي للاصدارات القانونية ،٢٠١٦، ص١٩١.

(٦) د. يس محمد الطباخ، الاستقرار كغاية من غايات القانون، دار الكتب والوثائق القومية، ٢٠١١، ص٨٩ .

إذ يفترض تحري اليقين والدقة في تحديد الأفعال المحظورة وما يقابلها من عقوبات من حيث الظروف والعناصر والملابسات المحددة لكل فعل من تلك الأفعال المحرمة بياناً واضحاً نافياً للجهالة ، وكذلك تحديد العقوبة المقررة من حيث نوعها ومقدارها ودرجتها ، وبذلك يتحقق الاستقرار والأمن القانوني للأفراد ، وعندها يكون بمقدور الافراد تحديد وبدون عوائق ما يمنع به القانون وما يسمح بهِ ، ولكي يتم الوصول لهذه النتيجة ينبغي أن تكون القواعد واضحة وسلسة ومفهومة ، وأن لا تكون معرضة لتغييرات مستمرة غير متوقعة[١] .

ونظراً للأهمية البالغة لهذا المبدأ فقد نص عليه دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥، حيث جاء فيه : ((لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص))[٢] .

وكذلك الحال بالنسبة للدستور المصري لسنة ٢٠١٤ حيث ورد فيه : ((... لا جريمة ولا عقوبة إلا بناءً على قانون ...))[٣] .

كما أن قانون العقوبات العراقي ضمنه في ثنايا نصوصه حيث نص على : ((لا عقاب على فعل أو إمتناع إلا بناءً على قانون ينص على تجريمه وقت إقترافهِ ولا يجوز توقيع عقوبات او تدابير احترازية لم ينص عليها القانون))[٤] .

وبذلك فإن مبدأ الشرعية يمثل صمام الامان لجميع المخاطبين بقواعد القانون ، وهو كفيل بحماية حقوق الأفراد وحرياتهم ومراكزهم القانونية[٥] .

وهذا ما جعل المبدأ يؤدي دوراً مهماً في توفير الأمن القانوني للمجتمع ، فهو يجعل إنزال العقوبة يتم بأسم القانون ولحماية المصالح العامة ، وبالتالي يجعل المجتمع واثقاً من عدالة العقوبة[٦] .

وإذا كانت الاجراءات الجنائية تتخذ لتمكين الدولة من إقتضاء سلطتها في العقاب فإن ذلك لا يعني التضحية بحقوق الافراد الذين تم التجريم والعقاب في مواجهتهم ، ومن جانب آخر فإذا كانت الحماية الجنائية للمصلحة العامة تقرر بقانون العقوبات وقانون الاجراءات الجنائية ، إلا أن حماية الحقوق والحريات الاساسية تتقرر بالدستور ؛ ومن هنا كان مبدأ الشرعية هو السور المتين والضامن الاعلى للحقوق والحريات[٧] .

وإعمالاً لمبدأ الأمن القانوني فإنه يقتضي أن تسن القاعدة القانونية في ضوء الابعاد الفلسفية للدستور كونها الدليل الاساسي للسياسة التشريعية ، ويرتبط ذلك بإستقرار القانون ، أي أن تتصف الحقوق والحريات التي اكتسبها الأفراد بالحماية اللازمة ، فمن غير المقبول قيام السلطة التشريعية بإصدار تشريعات تتضمن

(١) زكريا العماري ، تراجع الأمن القانوني للقاعدة العقابية في القانون الجنائي ، بحث منشور في مجلة القضاء التجاري ، المجلد (٥) ، العدد (١٠) ، ٢٠١٨ ، ص١٢٧ .

(٢) المادة (١٩/ثانياً) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ النافذ .

(٣) المادة (٩٥) من دستور جمهورية مصر العربية لسنة ٢٠١٤ .

(٤) المادة (١) من قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ (المعدل) .

(٥) د. ماجد نجم عيدان ، مصدر سابق ، ص٢٤١ .

(٦) د. سلوى حسين حسن رزق ، مصدر سابق ، ص٣٠ .

(٧) د. أحمد فتحي سرور ، مصدر سابق ، ص١٠٣ .

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

تجاوزاً بالغاً على الحقوق والحريات ، إلا أن هذا الاستقرار لا يتحقق تلقائياً ، بل لابد من وجود إجراءات محكمة تكفل تحقيقهُ ، ويتمثل ذلك بالرقابة على دستورية القوانين ، وهذا ما يفسر جوهر مبدأ الامن القانوني[١].

ولما كان الدستور العراقي لسنة (٢٠٠٥) النافذ أولى السلطة التشريعية مهمة تجريم الافعال وتحديد العقوبات الملائمة لها وذلك في المادة (١٩) من الدستور التي سبق وأن أشرنا اليها ، فلا يجوز الخروج عليها ويعتبر أي عمل يصدر مخالفاً لنص هذه المادة باطلاً ، فقد قررت المحكمة الاتحادية العليا العراقية في قرارٍ لها بعدم دستورية نص المادة (١٠) من قانون حماية الحيوانات البرية رقم (١٧) لسنة (٢٠١٠) التي تنص على أنه : ((يمنح القائم مقام ومدير الناحية سلطة قاضي جنح لغرض العقوبات المنصوص عليها في هذا القانون)) . وقامت المحكمة بتسبيب قرارها إستناداً الى المادة (٨٧) من الدستور والتي تنص على : ((السلطة القضائية مستقلة وتتولاها المحاكم على إختلاف أنواعها ودرجاتها وتصدر أحكامها وفقاً للقانون)) حيث ان المادة (١٠) من القانون المذكور قد منحت القائم مقام ومدير الناحية سلطة جزائية لغرض العقوبات المقررة ، وهما من الموظفين المدنيين وليسوا من القضاة فلا يجوز لهما من الناحية الدستورية ممارسة مهام قضائية وفرض عقوبات ، وبذلك قررت المحكمة بأن المادة (١٠) من قانون حماية الحيوانات البرية رقم (١٧) لسنة (٢٠١٠) معطلة لعدم دستوريتها ومخالفتها للقواعد المقررة[٢].

المطلب الثاني

مبدأ عدم رجعية القوانين الجنائية على الماضي

إذا كانت القوانين الجنائية تنال من الحرية الشخصية إستناداً الى القيود التي تفرضها فإن المنطق يوجب بعدم أخذ الأفراد بأفعال وتصرفات كانوا غير منذرين بعواقبها ولم يوفر لهم القانون إنذاراً كافياً بنواهيها وأوامرها ، فإذا ما عرف المخاطبون بالأفعال المجرمة سلفاً وعقوبتها المقررة لها وفقاً لتوقعاتهم يمكنهم تكييف تصرفاتهم بعيداً عن حظيرة التجريم ، وذلك عن طريق الامتناع عن إتيان السلوك الذي يرتب العقاب عليهم[٣].

فخضوع الدولة للقانون محدد بموجب مفهوم ديمقراطي يقضي بأن لا تخل تشريعاتها بالحقوق التي يعد التسليم بها في الدول الديمقراطية مفترضاً أساسياً لقيام الدولة القانونية ، وضمانة فعالة لحفظ وحماية حقوق

(١) سيروان عثمان فرج ، الامن القانوني الجنائي ، رسالة ماجستير ، مجلس كلية القانون ، جامعة السليمانية ، ٢٠١٩ ، ص١٣٩ .

(٢) حكم المحكمة الاتحادية العليا رقم (٤/اتحادية/اعلام/٢٠١٦) قرار غير منشور . أشار اليه : سيروان عثمان فرج ، مصدر سابق ، ص١٤٨ .

(٣) د. رفعت عيد سيد ، مصدر سابق ، ص١١٢ .

الأفراد وكرامتهم ، فالأمر الذي يتعارض مع مفهوم الدولة القانونية أن تقرر الدولة سريان عقوبةٍ ما بأثر رجعي وعلى أفعال لم تكن وقتها تشكل ذنباً[١] .

ويراد بمضمون هذا المبدأ في هذا المجال : ((أن أثر القانون الجنائي لا يمتد الى الماضي فيحكم الوقائع التي كانت قد حدثت قبل نفاذهِ ، بل يحكم منها فقط تلك الوقائع التي حدثت بعد نفاذه)) . مما يترتب عليهِ أن القانون واجب التطبيق على الجريمة هو القانون المعمول بهِ والنافذ وقت ارتكابها لا وقت محاكمة مرتكبيها[٢]

وبذلك فإن القانون يعتبر معمولاً به بأثر رجعي إذا شمل نطاق تطبيقه من حيث الزمان واقعة تمت قبل العمل بهذا القانون ، وبذلك فإن مبدأ عدم رجعية القانون الجنائي قاعدة ومبدأ دستوري مطلق ، بخلاف القوانين التي أجاز المشرع الخروج عليها ، على ان يستثنى منها بنص خاص القانون المراد سحب اثره على الماضي[٣] .

فحماية هذا المبدأ هي أحد المقومات التي تؤسس للأمن القانوني ومن ثم لدولة القانون التي تحترم وتصان فيها الحقوق والحريات ، فالنظام القانوني يتضمن عقوبات صارمة على كل من يمس بتلك الحقوق والحريات والعقوبات المنصوص عليها في قانون العقوبات تمثل ضمانة فعالة وحقيقية للأفراد ناهيك عن دورها الرائد في إرساء مبدأ الامن القانوني في هذا المجال[٤] .

فقد ضمن المشرع الدستور مبدأ عدم الرجعية حيث جاء في دستور ٢٠٠٥ ، كما أسلفنا سابقاً : ((ليس للقوانين أثر رجعي ما لم ينص القانون على خلاف ذلك ويستثنى من ذلك القانون الأصلح للمتهم))[٥] .

كما نص قانون العقوبات أيضاً عليهِ إذ ورد فيه : ((يسري على الجرائم القانون النافذ وقت إرتكابها ويرجع في تحديد وقت ارتكاب الجريمة الى الوقت الذي تمت فيه أفعال تنفيذها دون النظر الى وقت تحقق نتيجتها))[٦] .

تؤكد هذه النصوص أن أحكام القواعد الجنائية لا تسري إلا على ما يقع من تاريخ نشرها ومن تلك اللحظة يفرض القانون الجديد سلطانه على كافة الجرائم التي تقع إبتداءً من هذا التاريخ ، فتعديل القواعد أو إلغاؤها بقواعد جديدة ينبغي أن لا يكون فرصة للمساس بهذه الحقوق ، كما أن العمل بهذا المبدأ لا يعني أن يصدر قانون جديد يعاقب على فعل كان – سابقاً – مباحاً ، ولا يجوز أن يصدر قانون جديد يشدد من العقوبة فمثل هذه الرجعية تهدد الناس في حقوقهم وحرياتهم وتأباها العدالة والانصاف ، ولهذا السبب كان مبدأ عدم رجعية القوانين من المبادئ الاصولية المقدسة في كافة شرائع العالم[٧] .

---

(١) د. احمد فتحي سرور ، القانون الجنائي الدستوري ، دار الشروق، ٢٠٠٢ ، ص١٠٧ .

(٢) د. علي حسين خلف د. سلطان عبدالقادر الشاوي، مصدر سابق ، ص٥٦ .

(٣) د. سلوى حسين حسن رزق ، مصدر سابق ، ص٢٢٠ .

(٤) د. خالد روشو ، دور القاعدة الدستورية في إرساء مبدأ الأمن القانوني ، بحث منشور في مجلة دراسات في الوظيفة العامة، المجلد (٣) ، العدد (١) ٢٠١٨ ، ص١١٧ .

(٥) المادة (١٩/ثانياً) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ (النافذ) .

(٦) المادة (٢/اولاً) من قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ (المعدل) .

(٧) د. محمد زكي أبو عامر ، قانون العقوبات – القسم العام ، دار الجامعة الجديدة للنشر،الاسكندرية،مصر،١٩٩٦، ص٦٧.

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

ويرتكز مبدأ عدم رجعية القوانين الجنائية على مبدأ الشرعية الجنائية بوصفه ضماناً لحماية حقوق الأفراد وحرياتهم . إلا أن مبدأ الرجعية في القانون الجنائي يتناقض مع ما يتطلبه مبدأ الشرعية ، فهذا الاخير يتطلب إخطار سابق وصريح للأفراد بالتجريم والعقاب وكذلك الاجراءات المقيدة للحرية التي تُوَلّد الامن القانوني لدى المخاطبين بالقانون . فهذا الاخطار ينبغي أن يتم بعبارات منضبطة وواضحة ومحكمة كي تؤتى فعاليتهُ ، فمن غير الممكن أن يهدرهُ القانون كليةً بالنص على الرجعية(١).

فعلى المشرع الالتزام بمراعاة عدم الرجعية إحتراماً للثقة المشروعة للأفراد في تحقيق الاستقرار لمراكزهم القانونية ، كما أن تقييد الأثر الرجعي لبعض النصوص القانونية غير الجنائية كان إستمداداً لمبدأ عدم الرجعية في المجال الجنائي وتطبيقاً واضحاً لمبدأ الامن القانوني(٢) .

فالقانون يسري من تاريخ العمل به ، أما إذا صدر قانون جديد في ظل سريان قانون قديم فإن العبرة تكون بتاريخ وقوع الجريمة الذي يكون الفيصل في تحديد أي قانون يسري(٣) .

الخاتمة :-

بعد أن انتهينا من بحث ودراسة موضوع (دور القاضي الدستوري في استجلاء مبدأي الشرعية وعدم الرجعية واثرهما في تحقيق مبدا الامن القانوني)، توصلنا الى عدد من الاستنتاجات والتوصيات التي يمكن بيانها على النحو الآتي:-

اولاً: الاستنتاجات.

١- إن غاية القانون هي أن يأمن كل فرد في المجتمع على نفسه وماله، فالقانون بما يضعه من قواعد يسير عليها المجتمع يهدف الى بسط حمايته على كل ذلك.

٢- إنَّ مبدأ الأمن القانوني يستند على بعدين: بعد شكلي، يتعلق بنوعية القانون من حيث وضوحه بما يمكن الأشخاص من فهم مقتضياته. وبعد زمني، يتعلق بسريان القانون من حيث الزمان بما يمكن الاشخاص من الاطمئنان على حقوقهم ومراكزهم القانونية.

٣- يعد مبدأ عدم رجعية القوانين الضريبية من المبادئ الدستورية التي تحكم النظم الضريبية المختلفة على الرغم من عدم ورود نص صريح بشأنه.

ثانياً: التوصيات.

١- على المحكمة الاتحادية العليا أن تحذو حذو المحكمة الدستورية العليا المصرية عند ممارستها الرقابة على دستورية الاعمال الضريبية وأن تفسر النص المطعون فيه تفسيراً متفقاً مع غاية المشرع الدستوري وأن لا تتردد في إلغاء أي عمل ضريبي مخالف لأحكام الدستور.

---

(١) د. احمد فتحي سرور ، القانون الجنائي الدستوري ، مصدر سابق ، ص١٠٨ .

(٢) د. سلوى حسين حسن رزق ، مصدر سابق ، ص٢٢٠ .

(٣) د. احمد فتحي سرور ، مصدر سابق ، ص١١٢ .

٢- نأمل من القضاء الدستوري العراقي المتمثل بالمحكمة الاتحادية العليا بتأصيل المبادئ الدستورية الضريبية في قرارته وأحكامه القضائية كي تكون محل إعتداد وإعتبار من قبل سلطات الدولة كل بحسب إختصاصها المرسوم لها.

المصادر:

اولاً: الكتب القانونية:

١- د. احمد فتحي سرور ، القانون الجنائي الدستوري ، دار الشروق، ٢٠٠٢.
٢- احمد فتحي سرور ، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، دار الشروق، ٢٠٠٨
٣- د. رفعت عيد سيد، مبدأ الأمن القانوني ،دراسة تحليلية في ضوء احكام القضاء الاداري والدستوري ، دار النهضة العربية ، ٢٠١١.
٤- د. سلوى حسين حسن رزق ، المبادئ الدستورية للعقوبات الجنائية ، دار الفكر والقانون ، ٢٠١٢.
٥- د. طاهر الجنابي ، علم المالية العامة والتشريع المالي ، العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة ، ٢٠٠٧.
٦- د. علي حسين خلف ، د. سلطان عبدالقادر الشاوي ، المبادئ العامة في قانون العقوبات ، العاتك لصناعة الكتاب ، بدون سنة نشر.
٧- د. مازن ليلو راضي ، حماية الامن القانوني في النظم القانونية المعاصر، المركز العربي للنشر، ٢٠٢٠.
٨- د. محمد علوم محمد علي المحمود ، الطبيعة القانونية والمالية لدين الضريبة وتطبيقاتها في التشريعات الضريبية المقارنة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ٢٠١٠.
٩- د. محمد محمد عبداللطيف ، الضمانات الدستورية في المجال الضريبي ، دار النهضة العربية ، القاهرة، ٢٠٠٠.
١٠- د. هشام محمد البدري ، الأثر الرجعي والأمن القانوني ، دار الفكر والقانون ، القاهرة ، بدون سنة نشر.
١١- د. هشام محمد البدري ، النص الضريبي بين التفسير الاداري والتفسير التشريعي ، منشأة المعارف ، القاهرة ، ٢٠٠٥.
١٢- د. يس محمد محمد الطباخ، الاستقرار كغاية من غايات القانون، دار الكتب والوثائق القومية، ٢٠١١.
١٣- د. يونس العياشي ، الأمن القانوني والقضائي وأثرهما في التنمية الاقتصادية والاجتماعية ، ط١، مكتبة دار السلام ، الرباط، المغرب ، ٢٠١٢.

ثانياً: الاطاريح والرسائل الجامعية:

١- سيروان عثمان فرج ، الامن القانوني الجنائي ، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون ، جامعة السليمانية ، ٢٠١٩.
٢- د. عثمان سلمان غيلان العبودي ، مبدأ قانونية الضريبة ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية الحقوق ، جامعة النهرين ، ٢٠٠٢.

ثالثاً: البحوث والمجلات:

١- د. خالد روشو ، دور القاعدة الدستورية في إرساء مبدأ الأمن القانوني ، بحث منشور في مجلة دراسات في الوظيفة العامة، المجلد (٣) ، العدد (١) ٢٠١٨.

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

٢- د. رائد ناجي احمد ، مبدأ عدم رجعية القوانين الضريبية وتطبيقهُ في العراق ، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية ، المجلد (١) ، العدد (٢) ، ٢٠٠٩.
٣- زكريا العماري ، تراجع الأمن القانوني للقاعدة العقابية في القانون الجنائي ، بحث منشور في مجلة القضاء التجاري ، المجلد (٥) ، العدد (١٠) ، ٢٠١٨.
٤- د. سمير داود سلمان ، د. علي مجيد العكيلي ، د. لمى علي الظاهري ، بحوث دستورية ، المركز القومي للاصدارات القانونية ،٢٠١٦.
٥- د. عادل علي المانع ، الأمن القانوني الجنائي ، مفهومه وأسسه ، بحث منشور في مجلة الأمن والحياة ، العدد (٢٤٨) ، جامعة نايف للعلوم الامنية ، الكويت ، ٢٠٠٤.
٦- د. عامر عياش عبد و د. أحمد خلف حسين الدخيل ، دستورية الضرائب في العراق ، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، المجلد (١٣) ، العدد (٤٩) ، ٢٠١١.
٧- د. ماجد نجم عيدان ، الشرعية الدستورية للقانون الجنائي ، دراسة مقارنة ، بحث منشور في مجلة كلية القانون والعلوم السياسية ، جامعة كركوك ، المجلد (٤) ، الجزء (١) ، العدد (١٣) ، ٢٠١٥.
٨- محمد الكامل شلغوم ، أساس حق الدولة في فرض الضريبة ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والشرعية ، العدد (٧) ، كلية القانون ، جامعة الزاوية ، ليبيا ، ٢٠١٥.
٩- محند بوكوطيس ، الأمن القانوني في المجال الضريبي ، بحث منشور في مجلة الارشاد القانوني ، المجلد (٢) ، العدد (٣) ، ٢٠١٨.

رابعاً: الدساتير:

١- دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ النافذ.
٢- دستور جمهورية مصر العربية لعام ٢٠١٤ المعدل.

خامساً: القوانين العراقية:

١- قانون العقوبات رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ (المعدل).

سادساً: الاحكام القضائية:

١- حكم المحكمة الاتحادية العليا رقم (٤/اتحادية/اعلام/٢٠١٦).

الدور التوفيقي للقاضي الاداري
بين مبدأي المشروعية والأمن القانوني

أ.د. فوزي حسين سلمان م.د. أمل عبدالرحمن إبراهيم
كلية القانون والعلوم السياسية / جامعة كركوك

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

الملخص :-

لمبدأ الأمن القانوني أهمية كبيرة في مجال القضاء الاداري فهو يعتبر السور الحامي للأفراد من تعسف وبطش الادارة نظرا للامتيازات والسلطات التي تتمتع بها هذه الأخيرة تجاههم ففي كثير من الأحيان تلجأ الادارة الى إرتكاب بعض الأخطاء عند إصدارها لقراراتها على عجل أو دون تبصر ، أو قد يحدث أن تتجاهل الادارة بعض النصوص القانونية التي سنها المشرع لمصلحة الأفراد فمن مقتضيات العدالة أن تخضع الادارة لحكم القانون.

فمن أهم متطلبات الأمن القانوني وجود هيئة قضائية حريصة على توضيح النص القانوني وبيانه، ومن ثم تطبيقهُ على النزاع المعروض عليها، والأهم من ذلك كله قدرتها على خلق قاعدة قانونية تبتغي من وراءها الحفاظ على التوازن المطلوب بين مقتضيات المصلحة العامة والمصلحة الخاصة للأفراد .

المقدمة:-

يعد مبدأ المشروعية من المبادئ المهمة التي تتبؤا مكاناً سامياً في الفكر القانوني، وأحد الضمانات الأساسية الفعالة لحماية الحقوق والحريات للأفراد.

ولما كان الأمن القانوني هو الأخر أحد أهم الأسس التي تقوم عليها بناء دولة القانون وأحد أهم الأهداف التي يرمي القانون الى تحقيقها، فإن عناصر الدولة القانونية لا تكتمل إلا بوجود تنظيم للرقابة القضائية على أعمال مختلف الهيئات في الدولة ولا سيما الهيئات الادارية، فالقضاء الاداري له دور بارز في حماية المشروعية وضمان إحترام حقوق وحريات الأفراد من جور وتعسف الادارة فهو يتسم بالخبرة والفاعلية في فض المنازعات التي تنشأ بين الأفراد.

اولاً: أهمية البحث:-

ان مبدأ الامن القانوني يهدف الى استقرار المراكز القانونية للأفراد وحماية حقوقهم التي إكتسبوها بموجب القوانين، فالأمن القانوني يقوم على جودة ومعيارية القانون، ومدى إستقراره، حيث أن الفرد لا يحصل على حقوقه المشروعة إلا إذا كان في ظل منظومة قانونية مستقرة وثابتة في جميع الميادين، فوجود نوع من الاستقرار والثبات في العلاقات القانونية يبعث على استقرار المراكز القانونية، ويعمل على إشاعة

السكينة والطمأنينة، وتكمن أهمية البحث في هذا الميدان بإعطاء الحق للأفراد الى اللجو، الى القضاء الاداري لمنازعة القرارات غير المشروعة عن طريق رفع دعوى الالغاء الامر الذي يشكل قيد على الادارة بهدف حماية الحقوق المكتسبة والمراكز القانونية.

ثانياً: إشكالية البحث:-

وتظهر إشكالية العلاقة بين مبدأ المشروعية ومبدأ الأمن القانوني، عندما نكون بصدد قرارات إدارية غير مشروعة ترتب حقوقاً ومراكز قانونية وعندها نكون امام إحتمالين، فإذا تبين للقاضي الاداري عدم مشروعية عمل أو قرار إداري معين؛ وجب عليه الحكم بالالغاء لمخالفتهِ مبدأ المشروعية دون النظر إلى أي إعتبار آخر. أو من الممكن أن تترتب على العمل غير المشروع حقوقاً ومراكز قانونية تلزم القاضي الى الاعتراف بنتائج هذا التصرف تماشياً مع اعتبارات مبدأ الأمن القانوني.

ثالثاً: أهداف البحث:-

يهدف بحثنا الى إعمال مبدأ الشرعية ومبدأ الأمن القانوني كل منهما بقدر حفاظاً على المصلحة العامة وحماية للحقوق المكتسبة لتحقيق الاستقرار في العلاقات والمراكز القانونية.

رابعاً: منهجية البحث:-

تقوم منهجية البحث على الجمع بين المنهج الاستقرائي والمنهج التحليلي الوصفي والمنهج التطبيقي من خلال دراسة وتحليل النصوص التشريعية وتحليل الاحكام القضائية الصادرة من القضاء العراقي .

خامسا: هيكلية البحث:-

سيتم بعون الله بحث هذا الموضوع في خطة تقوم على مقدمة ومبحثين، حيث خصصنا المبحث الاول لاعلاء مقتضيات مبدأ المشروعية على اعتبارات مبدأ الأمن القانوني وبينا في المبحث الثاني اعلاء اعتبارات مبدأ الأمن القانوني على مقتضيات مبدأ المشروعية ومن ثم نختم البحث بعرض أهم الاستنتاجات والتوصيات التي توصلنا اليها والله ولي التوفيق.

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

المبحث الأول

اعلاء مقتضيات مبدأ المشروعية على إعتبارات مبدأ الأمن القانوني

إن المشروعية هي صفة كل ما هو مطابق للقانون، وهي تعني خضوع الحكام والمحكومين للقانون والرضوخ لأحكامه، فلا تكون أعمال وتصرفات سلطات الدولة صحيحة ومنتجة لآثارها القانونية إلا بمقدار مطابقتها لقواعد القانون، فإن هي صدرت بالمخالفة لها أصبحت غير مشروعة(١).

فالقاضي يلغي كل قرار اداري ينتهك مبدأ المشروعية، إلا أن القانون قد يحدد مدة معينة لتحصين القرارات الادارية من الطعن بعد فوات المدة او سحبها من قبل الادارة. ولكن القرار الاداري غير المشروع يجوز الطعن به أو سحبه في أي وقت دون التقيد بمدة محددة في حالات معينة وذلك عندما تصل مخالفة القرار الاداري لمبدا المشروعية حداً بليغاً من الجسامة يصعب معها الابقاء على القرار الاداري غير المشروع والاعتراف بما رتبه من آثار وأبرز تلك الحالات هي حالة القرار الاداري المنعدم وحالة صدور القرار بناءً على غش من جانب المستفيد(٢).

ولتوضيح ذلك سنقوم بتقسيم هذا المبحث على مطلبين لبيان كلا الحالتين وكالآتي:

المطلب الأول

في نطاق القرارات الادارية المنعدمة

ينتج عن الالتزام بمبدأ المشروعية في نطاق القرارات الادارية، أنه يجب أن يكون القرار الاداري موجوداً ومتكاملاً من حيث توافر أركانه التي لا يوجد بدونها على أرض الواقع، ويجب أن يكون صحيحاً بتوافر شروط صحتهِ التي تجعله مرتباً لآثاره لاحقاً(٣).

وبعض الفقهاء يميزون بين أركان القرار الاداري وبين شروط صحتهِ، فالقرار الصادر من الادارة وفاقد لأحد اركانه أو متعيب بعيب جسيم يعتبر قراراً معدوماً، أما القرار الصادر فاقداً لأحد شروط صحته كأن يكون متعيباً بعيب لم يبلغ حداً من الجسامة، يعتبر باطلاً(٤).

فالقرار الاداري المنعدم هو: ((ذلك القرار الذي يصل فيه العيب الى درجة شديدة من الجسامة تفقدهُ صفة القرار الاداري وينزل به الى مستوى غصب السلطة والاستبداد فيصبح بمثابة عمل مادي ويكون لكل جهة قضائية حق تقدير الانعدام واعتباره كأن لم يكن))(١).

---

(١) د. إبراهيم عبد العزيز شيحا، القضاء الاداري، مبدا المشروعية، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٣،ص٨.

(٢) د. أحمد عبد الحسيب عبد الفتاح السنتريسي، دور قاضي الألغاء في الموازنة بين مبدا المشروعية ومبدأ الأمن القانونية دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١٨،ص٤٢.

(٣) د. عبدالرحمن رحيم عبدالله، محاضرات في مبدأ المشروعية ونطاقه، مركز أبحاث القانون المقارن، جامعة صلاح الدين، اربيل، ٢٠١١، ص٤٨.

(٤) د. أحمد عبدالحسيب عبد الفتاح السنتريسي، مصدر سابق، ص٤٣.

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

وبذلك فإن القرار الاداري المنعدم تكون مخالفته للقانون مخالفة جسيمة تهبط به الى درجة الانعدام، فمن الممكن سحبه في أي وقت والقضاء بإلغائه دون التقيد بموعد محدد لكونه لا يرتب حقوقاً ولا يتولد عنه أثر قانوني مهما طالت مدة بقاءهِ(٢).

فقد يكون القرار الاداري المعدوم معدوماً من الناحية المادية، كتخلف ركن من اركانه أو قد يكون معدوماً من الناحية القانونية، كأن يكون مشوباً بعيوب متناهية في الجسامة وفي كلا الحالتين لا يكون القرار الاداري جديراً بالحماية مهما طال عليه العهد(٣).

ويترتب على القرار الإداري المعدوم، أنهُ يمكن للإدارة أن تسحبهُ في أي وقت تشاء دون التقيد بمدة الـ(٦٠) يوماً لتحصين القرار الاداري، بل يجوز الطعن فيه أمام القضاء الاداري دون التقيد بالميعاد المحدد للطعن، وذلك لأن القرار الاداري المعدوم هو بمثابة عمل مادي غير مشروع فمعرفة مشروعية القرار، ومعرفة ما إذا كان معدوماً او باطلاً يجعل القضاء الاداري مختصاً بنظر المنازعة وتقرير ذلك(٤).

ويكون القرار الاداري منعدماً إذا إنعدمت أحد أركانه الأساسية ويمكن حصر حالات إنعدام القرار الإداري بما ياتي(٥):

١- <u>الانعدام بسبب فقد ركن الاختصاص:</u>

من الأمور المسلم بها، أنه إذا فقد القرار الاداري أحد أركانه الأساسية، فإنه يعتبر معيباً بخلل جسيم ينزل به الى حد الانعدام، فصدور القرار من جهة غير منوط بها حق إصداره قانوناً يعيبهُ بعيب عدم الاختصاص، طالما كان في ذلك تجاوز على سلطة واختصاص جهة أخرى، وينبغي التفرقة بين عيب عدم الاختصاص البسيط وعيب عدم الاختصاص الجسيم عند صدور القرار الاداري من غير مختص، فالعيب الأول يصم القرار بالبطلان، ومن ثم فإنه يتحصن بمرور(٦٠) يوم على صدور القرار، أما الثاني فيصم القرار بالانعدام مما يسوغ معه سحبه في أي وقت دون الالتزام بمدة (٦٠) يوم(٦).

---

(١) د. محمد رفعت عبدالوهاب، د. حسين عثمان محمد، مبادئ القانون الاداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ٢٠٠١، ص٢٥١.

(٢) د. رفعت عيد سيد، مبدأ الأمن القانوني ،دراسة تحليلية في ضوء احكام القضاء الاداري والدستوري ، دار النهضة العربية ، ٢٠١١، ص٩٦.

(٣) د. أحمد عبدالحسيب عبد الفتاح السنتريسي، مصدر سابق، ص٤٥.

(٤) جمال العفيفي، القرار الاداري المنعدم، بحث منشور على شبكة الانترنيت وعلى الموقع:
https://facebook.com< Permalink : تاريخ الزيارة ٢٠٢١/٥/٦.

(٥) د. أحمد عبد الحسيب عبد الفتاح السنتريسي، مصدر سابق، ص٤٦.

(٦) عائشة غنادرة، دور القاضي الاداري وحدود سلطاته في رقابة المشروعية، رسالة ماجستير ، جامعة الوادي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، ٢٠١٤، ص١١٥.

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

٢- الإنعدام بسبب فقد ركن الغاية:

اذا كان القرار الاداري معيباً بعيب فقد ركن الغاية فإن التضحية يكون بمبدأ الأمن القانوني لحماية مبدأ المشروعية(١).

٣- الإنعدام بسبب إهدار ركن المحل:

يراد بركن المحل بأنه المركز الذي أحدثتهُ الادارة بإرادتها، ويترتب عليه أثر قانوني حال ومباشر، ويتمثل هذا الأثر بإنشاء حالة قانونية، أو تعديلها أو إلغائها، مما يعني أيضاً إنشاء مركز قانوني أو تعديله أو إلغائهِ.

ومما لاشك فيه أن الأثر الذي يرتبه القرار الاداري سوف يمس مصالح الافراد ويؤثر على الأوضاع المقررة لهم. وتطبيقاً لمبدأ المشروعية الذي يفترض أن يسود جميع أعمال الدولة القانونية فإن القرار الاداري بوصفه محلاً قانونياً يجب أن يتفق مع جميع القواعد القانونية وعندها فإن ركن المحل يجب أن يتفق مع هذه القواعد وبخلافه فإنه يتصف بعدم المشروعية ويصبح حقيقاً بالإلغاء(٢).

٤- الانعدام بسبب ركن الشكل والاجراءات:

إن الأصل في إصدار القرار الاداري هو أن لا يخضع لشكل معين، فمن الممكن أن يصدر القرار كتابةً أو شفاهاً. وقد يكون صريحاً أو ضمنياً، إلا أذا أوجب القانون صدوره بشكل معين، ففي هذه الحالة لا يكفي لمشروعية القرار أن يلتزم رجل الادارة حدود إختصاصه، بل يجب اضافة الى ذلك أن يصدر وفقاً للشكليات والاجراءات التي يحددها المشرع، والحكمة من ذلك هو إقامة الضمانات للأفراد(٣).

٥- الانعدام لصدور القرار بناء على سلطة مقيدة:

الإدارة ملزمة بأن تعمل في نطاق ما رسمه المشرع لها، والمشرع عندما يحدد للادارة ما يجب أن تسير عليه يلزمها القيام بعمل على نحوٍ محدد، وعندها لا يكون أمام الادارة خيار سوى إنتهاج الطريق الذي حدده المشرع لها. أو قد يترك المشرع للادارة تقدير القيام بالعمل بما يتفق مع طبيعة النشاط(٤).

مثال ذلك ، القرارات الخاصة بمنح الدرجات العلمية والترفيع على أساس الاقدمية فإذا ما أخطأت الادارة في مراعاة شرط الاقدمية واصدرت قراراً بترفيع موظف أحدث بالقدم قبل الموظف المستحق للترفيع جاز لها سحب ذلك القرار دون التقيد بميعاد سحب القرارات الادارية لأن المشرع قيد سلطة الادارة في ذلك(٥).

يتضح مما سبق أن القرار الاداري متى ما كان منعدماً فإن مبدأ المشروعية هو المعمول به وعندها يعلو هذا الأخير على مبدأ الأمن القانوني، ويضحي بإستقرار الأوضاع والمراكز القانونية التي نشأت بناءً على القرار

---

(١) القاضي محمد شكري ابو رحيل، د. هانم احمد سالم، دور مجلس الدولة في الموازنة بين مبدأي المشروعية والأمن القانوني، دار النهضة العربية ، ٢٠٢١ ، ص٥٨.

(٢) سرى عبدالكريم ابراهيم الجبوري، عيب المحل في القرار الاداري (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير ، جامعة النهرين، كلية الحقوق، ٢٠٠٨، ص٦.

(٣) عائشة غنادرة، مصدر سابق، ص١١٦.

(٤) د. ابراهيم عبد العزيز شيخا، مصدر سابق، ص١٣٩.

(٥) د. عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة، الأسس العامة للقرارات الادارية، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠١٦، ص٢٦٢.

المنعدم ويحكم بإلغاء القرار الاداري وإعتباره كأن لم يكن على إعتبار أن الانتهاك الجسيم لمبدأ المشروعية يجعل القرار منعدماً ويكون مجرد واقعة مادية فالقرار الاداري الفاقد لأحد أركانه لا تتوافر في حقه مقومات القرار الاداري، وعليه لا يكون جديراً بالحماية.

المطلب الثاني

في نطاق القرارات الادارية الصادرة بناءً على غش أو تدليس

من الأمور المسلم بها، احتراماً لمبدأ المشروعية وسيادة حكم القانون، أن لجهة الادارة الحق في سحب أو إلغاء القرارات الادارية غير المشروعة وتصحيح الأوضاع المخالفة للقانون ويشترط أن تمارسه الادارة خلال الميعاد المحدد للطعن القضائي(١).

والعبرة من ذلك هو لاستقرار المراكز القانونية التي تتولد عن هذه القرارات وتحقيق المصلحة العامة، إلا أنه إعمالاً لمبدأ المشروعية فإن هناك حالات لا تخضع سحبها لميعاد الـ(٦٠) يوماً المقرر لسحب القرار الاداري المعيب، وهي حالة ما إذا حصل أحد الأفراد على قرار اداري نتيجة الغش والتدليس، فلا يكتسب هذا القرار أية حصانة تعصمه من السحب أو الإلغاء بعد إنقضاء الميعاد المقرر قانوناً لسحب القرارات الإدارية(٢).

فإذا صدر القرار الاداري بناءً على غش أو تدليس من المستفيد منه فإن الادارة تستطيع أن تسحب ذلك القرار دون التقييد بمواعيد السحب المقررة، لأنه لا يوجد ما يبرر حماية المركز القانوني لشخص إستعمل طرقاً إحتيالية بنية تضليل الادارة وحملها على إصدار القرار إستناداً الى قاعدة الغش يفسد كل شيء(٣) فحسن نية المستفيد من القرار هي التي تبرر عدم جواز المساس به بعد فوات مدة الطعن، أما إذا تبين عدم وجود حسن النية زالت الحكمة من حماية ذلك القرار(٤).

إنَّ العنصر الأساسي في قيام الغش والتدليس على القرارات الادارية هو عنصر العمد وعندها يجوز سحبها دون التقيد باي ميعاد، حيث يقع الغش باستعمال طرقاً احتيالية يستهدف بها صاحب الشأن التأثير في ارادة الادارة وهذه الطرق أما أن تكون مادية كافية للتضليل واخفاء الحقيقة، أو قد تكون عملاً سلبياً محصناً في صورة كتمان صاحب الشأن عمداً بعض المعلومات الأساسية التي تجهلها الادارة ومناط إنزال حكم التدليس هو أن يكون صادراً من المستفيد أو يثبت أنه كان يعلم به، فأساس فكرة التدليس هي معاقبة المدلس ذاته وحرمانه من الاستفادة من نتائج عمله(٥).

---

(١) عائشة غنادرة، مصدر سابق، ص١٢٠.

(٢) د. رفعت عيد سيد، مصدر سابق، ص١٠١.

(٣) د. مازن ليلو راضي، النظرية العامة للقرارات والعقود الادارية، منشورات القانون المقارن، ٢٠١٠، ص٨١.

(٤) د. ماجد راغب الحلو، القانون الاداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٨٧، ص٥٣٣.

(٥) فهد يوسف الجمعة، حرية الادارة في سحب القرارات المنعدمة (دراسة مقارنة) في القضاتين المصري والكويتي، بحث مقدم الى الهيئة العامة للتعليم التطبيقي والتدريب، الكويت، بدون سنة نشر، ص٢٧.

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

والقضاء الاداري في العراق سار على القاعدة العامة التي تقول ((أن الغش يفسد كل شيء)) وطبقها على سحب القرارات الإدارية، وجعل الادارة حرة في سحب قراراتها دون تقييدها بميعاد معين، إذ ورد في أحد قرارات مجلس الانضباط العام: ((أن الامر الاداري الصادر بتاريخ ١٩٧٩/٦/١٩ من قبل أمانة العاصمة والقاضي بإقصاء المدعي من الخدمة (أي سحب قرار تعيينه) وذلك لقيامه باستعمال وثيقة مزورة للدراسة المتوسطة وتعيينهِ موظفاً بموجبها بتاريخ ١٩٦٠/٧/٩ كان قراراً سليماً))[١].

فمجلس الانضباط العام صادق على هذا القرار بقيام الادارة بسحب قرار التعيين المبني على غش المدعي لاستخدامه وثيقة مزورة بعد مرور ما يقارب (١٩) سنة من صدور قرار تعيينهِ. وتأكيداً على ذلك ورد في قرار للمحكمة الادارية العليا: ((لا يكتسب قرار التعيين المبني على الغش الحصانة على الالغاء بمرور الوقت))[٢].

مما يعني ذلك أن القرار الصادر بناءً على غش من جانب المستفيد من القرار الاداري وكان هذا الغش هو الدافع لجهة الادارة بإصدار القرار الاداري يجعل هذا القرار منعدماً، الامر الذي يخول القاضي على التضحية بالمراكز والحقوق التي ترتبت على هذا القرار وتقرير إنعدامه دون التقيد في ذلك بمدد معينة ومن ثم أصبح مبدأ المشروعية هو المرجح على إعتبارات مبدأ الأمن القانوني.

المبحث الثاني

اعلاء اعتبارات مبدأ الأمن القانوني على مقتضيات مبدأ المشروعية

القاعدة العامة أن رقابة القضاء الاداري للقرارات الادارية هي في الأساس رقابة مشروعية، فالقاضي عندما يقوم بإلغاء القرار الاداري غير المشروع الذي رتب حقوقاً ومراكز قانونية للافراد أو قامت الادارة بسحبه إعلاءً لمبدأ المشروعية، فإن هذا الالغاء أو السحب بما لَهُ من أثر رجعي سيمس المراكز والحقوق التي استقرت للأفراد في فترة سريان القرار وحتى تمام إلغائه او سحبه، وبذلك فإن القانون خول القاضي الاداري مكنة تفضيل دواعي الأمن والاستقرار القانوني على مبدأ المشروعية إذا إنقضت المواعيد التي نص عليها القانون واللازمة للطعن بالالغاء في القرار الاداري[٣].

ولتوضيح دور مبدأ الأمن القانوني وترجيحه على مبدأ المشروعية سنقوم بتقسيم هذا المبحث على مطلبين نبين في المطلب الأول عدم قبول الدعوى التي ترفع بعد الميعاد المقرر قانوناً وفي المطلب الثاني نوضح عدم جواز سحب القرار الباطل بعد مضي المدة المحددة للسحب وكالآتي:

---

(١) قرار مجلس الانضباط العام، رقم (٧٩/٢٧٣) بتاريخ ١٩٧٩/٩/٦، جريدة الوقائع العراقية، العدد (٥)، ١٩٧٩،ص١١٠.

(٢) الدعوى رقم (٧٢١/قضاء موظفين/تمييز/٢٠١٦) بتاريخ ٢٠١٩/١/٢٤.

(٣) د. أحمد عبدالحسيب عبدالفتاح السنتريسي، مصدر سابق، ص٦٢.

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

المطلب الأول

احترام المواعيد المقررة لقبول دعوى الالغاء

اتخذ المشرع من واقعة النشر للقرارات الادارية موعداً لبدء سريان مواعيد الطعن بالالغاء عليها، ولإعمال واقعة النشر والتعويل عليها وامكانية رفع دعوى الالغاء يفترض إقامة الدليل عليها، وهذا العمل يقع على عاتق الادارة اضافة الى ضرورة إشتمال النشر على كافة عناصر القرار بطريقة تمكن صاحب الشأن من معرفة حقيقة مركزه القانوني المترتب على القرار. إذ ينبغي أن يكون المعني عالما بذلك القرار علماً يقينياً كي يمكن معه بدء إحتساب مواعيد رفع الدعوى بالنسبة له(١).

ويقوم ذلك على إعتبارين، الأول: هو ضرورة التوفيق بين حق الادارة في إصلاح ما انطوي عليه قرارها من مخالفة القانون ووجوب استقرار الحالة القانونية المترتبة على هذا القرار من كل تعديل وتغيير. والثاني: مراعاة التوافق بين الميعاد الذي يجوز فيه لأصحاب الشأن طلب إلغاء القرارات الادارية بالطريق القضائي وبين الميعاد الذي يجوز فيه للادارة سحب قرارها حتى يتم الاستقرار بعد مضي مدة معينة(٢).

حيث يبدأ ميعاد الإلغاء من تاريخ نشر القرار أو إعلانه أو بالعلم اليقيني، فالنشر يكون في الجريدة الرسمية الا اذا نص القانون على وسيلة أخرى للنشر، وما عدا ذلك لا يعد نشراً للقرار وبالتالي لا يتحقق علم صاحب الشأن به(٣).

والوسيلة الثانية لبدء ميعاد الطعن هي تبليغ القرار أو اعلانه وهو لا يخضع لشكليات معينة يستوجب توافرها، أما الوسيلة الثالثة التي اعتبرها القضاء مبدأ لتحديد ميعاد الطعن بالإلغاء فهو العلم اليقيني بالقرار المطعون فيه، فهذا الأخير يُغني عن العلم بالتبليغ لأن صاحب الشأن سوف يعلم بالقرار بصورة فعلية(٤).

والعلم اليقيني الذي يقوم مقام الاعلان او النشر والذي يبدأ من تاريخ ثبوته سريان ميعاد الطعن بالالغاء يشترط فيه الشروط الاتية:

١- أن يكون العلم يقينياً حقيقياً لا ظنياً ولا افتراضياً.
٢- أن يكون شاملاً لجميع عناصر القرار الاداري ومحتوياتهِ.
٣- أن يسمح العلم لصاحب الشأن بتحديد طرق الطعن المناسبة.

ولا يتقيد إثبات العلم اليقيني بوسيلة إثبات معينة بل يمكن إثباته من أي واقعة تفيد حصوله(١).

والأصل أن القرار الاداري غير المشروع لا يرتب حقوقاً ومراكز قانونية لتعارضه مع مبدأ المشروعية، الا أن مبدأ الأمن القانوني يقتضي تحصين القرارات الادارية غير المشروعة والاعتداد بما

(١) القاضي محمد شكري ابو رحيل، د. هانم احمد سالم، مصدر سابق، ص١٣٠.

(٢) د. رحيم سليمان الكبيسي، حرية الادارة في سحب قراراتها، دراسة مقارنة، مطبعة القاهرة، ٢٠٠٠، ص٤٢٩.

(٣) سليم نعيم خضير الخفاجي، ميعاد رفع دعوى الإلغاء، رسالة ماجستير ، جامعة بغداد، كلية القانون، ٢٠٠١، ص٥٣.

(٤) سالم نعمة رشيد الطائي، شروط قبول دعوى الغاء القرار الاداري، بحث منشور في مجلة أهل البيت عليهم السلام، جامعة كربلاء، كلية العلوم السياسية، العدد (١٨)، بدون سنة نشر، ص٣٢٧.

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

رتبتهُ من حقوق ومراكز قانونية بعد مدة محددة من تاريخ نفاذ هذه القرارات، حيث نص قانون مجلس الدولة المصري على أن:((ميعاد رفع الدعوى أمام المحكمة فيما يتعلق بطلبات الالغاء- ستون يوماً من تاريخ نشر القرار الاداري المطعون فيه في الجريدة الرسمية او في النشرات التي تصدرها المصالح العامة أو اعلان صاحب الشأن به))[٢].

أما في فرنسا فتم تحديد هذه الفترة بمدة (شهرين) من تاريخ نشر وتبليغ القرار الاداري طبقاً للمادة (R٤٢١-١) من قانون (العدالة الادارية Code de justice administrative)[٣].

أما في العراق فإن المحكمة الادارية العليا قضت بموجب القرار رقم (٣٩/اداري/٢٠١٤) بتاريخ ٢٠١٥/٢/٢٦، بأنه يشترط لقبول الدعوى أمام محكمة القضاء الاداري أن تكون ضمن المدة القانونية المنصوص عليها في الفقرة (ب) من البند (سابعاً) من المادة (٧) من قانون مجلس شورى الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩[٤]، حيث تشترط هذه المادة أن يقدم الطعن لدى محكمة القضاء الاداري خلال (٦٠) يوماً من تأريخ رفض التظلم حقيقةً أو حكماً وهذا ما يستوجب رد الدعوى شكلاً.

وبذلك فإن قبول الدعوى في الميعاد المحدد وقيدها، يمثل قوة في الابداع وقدرة على الخلق والانشاء لإيجاد نقطة توازن بين حق الادارة في إصلاح ما انطوى عليه قرارها في مخالفة القانون ووجوب استقرار الحالة القانونية القائمة على هذا القرار.

اضافة الى إيجاد حالة من التوازن بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة وايجاد تصالحاً بين مبدأ المشروعية من جهة واحترام الحقوق المكتسبة من جهة أخرى .

المطلب الثاني

احترام المواعيد المقررة لسحب القرارات الباطلة

يكتسب القرار حصانة بعد انقضاء المواعيد المقررة للسحب فتجعله بمنأى عن الالغاء والسحب ويكون عندها بمثابة القرار السليم، وهذه القاعدة مقررة في شأن القرار المعيب الذي لا يصل عيب المشروعية فيه الى حد الانعدام، فهو يعتبر قراراً باطلاً، ويجوز سحبه خلال مدة الطعن القضائي، أما إذا إنقضي هذا الميعاد دون سحبه أو إلغاءه فإن القرار يكتسب حصانة تعصمه من السحب أو الالغاء[٥].

وقد استقر قضاء مجلس الدولة الفرنسي على أن مرور الميعاد المقرر للطعن في القرارات الادارية وهي مدة (شهرين) يحصن ذلك القرار ويجعل سحبه أمراً مستحيلاً حيث ورد في أحد قرارات مجلس الدولة

---

(١) القاضي محمد شكري ابو رحيل، د. هانم احمد سالم، مصدر سابق، ص١٣١.

(٢) المادة (٢٤) من قانون مجلس الدولة المصري رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٨.

(٣) د. أحمد عبد الحسيب عبد الفتاح السنتريسي، مصدر سابق، ص٦٧

(٤) نشر هذا القانون في الجريدة الرسمية (الوقائع العراقية) رقم العدد (٢٧١٤) تاريخ العدد (١٩٧٩/٦/١١).

(٥) القاضي محمد شكري ابو رحيل، د. هانم احمد سالم، مصدر سابق، ص١٣٤.

الفرنسي ما يلي: ((....إن انقضاء مدة الطعن تكسب القرار غير المشروع صفة الثبات والاستقرار ومن الاستحالة على الادارة سحبه ....))[١].

فمجلس الدولة الفرنسي إعتبر القرار غير المشروع والذي تحصن بقوات ميعاد سحبه سيتحول الى قرار اداري صحيح وبإمكانه أن يولد قرارات صحيحة مبنية عليه[٢].

أما القضاء الاداري المصري فقد استقر على أن مرور فترة الميعاد والبالغة (٦٠) يوماً دون أن تقوم الادارة بسحب قرارها غير المشروع فإن ذلك يجعل منه قراراً مشروعاً ولا يجوز للادارة سحبه، حيث ورد في أحد قرارات محكمة القضاء الاداري: ((اذا إنقضى الميعاد دون أن يسحب القرار فيكون قد اكتسب حصانة نهائية تعصمه من الإلغاء والتعديل من جانب الادارة))[٣].

فسحب القرار بعد فوات المواعيد المقررة قانوناً، يشكل انتهاكاً خطيراً لمبدأ الأمن القانوني ولا سيما استقرار الحقوق والمراكز القانونية التي نشأت بموجب ذلك القرار، حيث أن مخالفة هذا المبدأ تجعل القرار معيباً وحقيقاً بالالغاء، ويعود السبب في ذلك إلى أن فكرة الحقوق المكتسبة تحول دون سحب القرار المعيب بعد فوات المواعيد المقررة للسحب قانوناً لتجنب إهدار المراكز القانونية التي استقرت في الماضي[٤].

حيث أن عدم قيام الادارة بسحب قراراتها الادارية غير المشروعة في الفترة المحددة للطعن القضائي سيؤدي الى تحصين تلك القرارات، وعندها يحظر على الادارة سحبها وتعامل معاملة القرارات المشروعة من حيث الاثار، إلا أنه يثور التساؤل هل أن القرارات المتحصنة تولد قرارات أخرى؟ أو بمعنى أوضح، هل أن القرارات التي تتولد من القرارات المعيبة المتحصنة بفوات ميعاد الطعن تعد مشروعة؟

لقد عد مجلس الدولة الفرنسي أن القرار المعيب الذي تحصن بقوات ميعاد السحب من الممكن أن ينتج قرارات جديدة تبنى عليه ، حيث ورد في أحد قراراتهِ: ((إن القرارات غير المشروعة التي تحصنت بمرور مواعيد الطعن القانونية، تجعل من القرارات المستندة اليها قرارات مشروعة وعدم المشروعية التي يزعم أنها رافقت القرار الأول لن يكون لها أثر على القرارات اللاحقة طالما تحصنت بمرور الميعاد))[٥].

وبذلك فإن السحب الذي تقوم به الادارة والالغاء القضائي يكون مقيداً بميعاد معين، وبعد فوات هذا الميعاد لا يجوز للإدارة القيام بإجراء السحب، كما لا يجوز للقضاء القيام بإلغاء القرار غير المشروع، وذلك لاستقرار الحقوق والمراكز القانونية التي تولدت عن القرارات الادارية مما يعني أن الوضع الذي يترتب على قرار اداري مخالف للقانون لا يولد حقاً إلا بعد فوات المدة المقررة للسحب والالغاء وما قبل ذلك فإن السحب جائز وكذلك الالغاء لهذا القرار[٦].

(١) قرار مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ ١٩٧٤/٥/٢٣. أشار اليه: د. رحيم سليمان الكبيسي، مصدر سابق، ص٤٢٩.

(٢) د. عبدالعزيز عبد المنعم خليفة، مصدر سابق، ص٣٠٤.

(٣) قرار المحكمة القضاء الاداري المصري رقم (٣٣٢) بتاريخ ١٩٥٠/٥/١٨، مجموعة أحكام القضاء الاداري في عام ١٩٤٦-١٩٦١، ص٢٣٩١. أشار إليه : د. رحيم سليمان الكبيسي، مصدر سابق، ص٤٣٠.

(٤) القاضي محمد شكري ابو رحيل، د. هانم أحمد سالم، مصدر سابق، ص١٤١.

(٥) قرار مجلس الدولة الفرنسي المؤرخ ١٩٥٥/٥/٦. أشار اليهِ : د. رحيم سليمان الكبيسي، مصدر سابق، ص٤٣٢.

(٦) د. أحمد عبدالحسيب عبد الفتاح السنتريسي، مصدر سابق، ص٦٣.

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

يتضح مما سبق أن مبدأ الأمن القانوني هو المرجح على مبدأ المشروعية في حال إنقضاء ميعاد الطعن والقرار غير المشروع يصبح محصناً حفاظاً على إستقرار المراكز القانونية والحقوق المكتسبة، فالادارة عندما تسير على وضع مخالف للقانون لمدة طويلة، لا يجوز لها بعد ذلك أن تأتي فجأة وتهدم هذا الوضع لأن هذا فيه إخلال واضح بمبدأ الأمن القانوني، فإستقرار الأوضاع القانونية وتأمين الأفراد على حقوقهم المكتسبة ومراكزهم مطلب أساسي من مطالب الحياة القانونية السليمة.

الخاتمة :-

بعد أن انتهينا من بحث ودراسة موضوع (الدور التوفيقي للقاضي الاداري بين مبدأي المشروعية والامن القانوني)، توصلنا الى عدد من الاستنتاجات والتوصيات التي يمكن بيانها على النحو الآتي:-

اولاً: الاستنتاجات.

١- ربط مجلس الدولة الفرنسي الاثر الرجعي لأحكام الالغاء بالملابسات والظروف المحيطة بكل قضية من أجل توفير واعمال مبدأ الامن القانوني ومن ثم التوفيق بينه وبين مبدأ المشروعية، وذلك بعد إبتداع المزيد من الحلول للوصول الى المعادلة المناسبة بين اعتبارات مبدأ الامن القانوني وبين حماية مبدأ المشروعية، وهذا يعني أن مجلس الدولة الفرنسي رجح مبدأ الامن القانوني على مبدأ المشروعية، على خلاف مجلسي الدولة المصري والعراقي اللذان رجحا مبدأ المشروعية على مقتضيات مبدأ الامن القانوني.

٢- لا تستطيع الادارة سحب القرارات التنظيمية المشروعة بل تستطيع الغائها بالنسبة للمستقبل فقط. بينما بإمكانها سحب القرارات الادارية الفردية غير المشروعة جزاءً لعدم مشروعيتها، فإذا ولدت تلك القرارات حقوقاً لأصحاب الشأن فلا يجوز سحبها إلا خلال فترة ميعاد الطعن القضائي وإلا فإنها ستتحصن من السحب.

٣- لا تظهر نتيجة مبدأ عدم المساس بالحقوق المكتسبة إلا باحترام مبدأ المشروعية، لأن هذا الاحترام يفرض على الادارة الالتزام بإحترام المركز الذي أنشأ القرار الصحيح وبالتالي التزام الادارة بمبدأ المشروعية في إصدار القرارات.

ثانياً: التوصيات.

١- نوصي مجلس الدولة على ضرورة نشر كافة المبادئ القانونية، وقرارات المحكمة الادارية العليا وتعميمها لكي تكون الجهات الادارية على بيّنه من جمع المبادئ القانونية للتقليل من فرص خرق القانون ومخالفة المبادئ القانونية المستقرة.

٢-ضرورة وضع شروط للعدول عن مبدأ قانوني لصالح مبدأ قانوني آخر لإعادة النظر بالمبادئ القانونية المستقرة في قرارات المحكمة الادارية العليا بما يحقق الانسجام بينها وإكمال ما إعتراها من نقص مع بيان الاسباب التي دفعت القاضي الاداري للعدول عن مبدئه القانوني السابق لأن ذلك يعد دعامة أساسية في تحقيق العدالة ومظهراً مهماً من مظاهر المساواة أمام القانون.

٣- ندعو المشرع العراقي بضرورة تعريز ثقة الافراد بقواعد القانون فعدم استقرار القانون يؤدي الى نتائج سلبية وهي إنعدام ثقة الافراد بالقانون، ناهيك عن اختلاف فكرة إستقرار المراكز القانونية في

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

القوانين عنها في القرارات الادارية، لكون القوانين لا تسري إلا على الاعمال الواقعة بعد نفاذها بعكس القرارات الادارية التي تخضع للرجعية عند توافر مبرراتها فضلاً عن خضوعها للتغيير والتعديل وفقاً لمقتضيات المصلحة العامة ومتطلبات سير المرفق العام بانتظام واطراد وبالتالي فإن رجوع القرار الاداري بأثر رجعي على الماضي سيؤدي الى المساس بالمراكز القانونية ويهدد كيانها، الامر الذي يستلزم توفير قدر من الثبات لهذه المراكز لتعزيز ثقة الافراد بقواعد القانون.

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

المصادر:

اولاً: الكتب القانونية:

١- د . إبراهيم عبد العزيز شيحا ، القضاء الاداري ، مبدا المشروعية ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٣.
٢- د. احمد عبد الحسيب عبدالفتاح السنتريسي ، دور قاضي الألغاء في الموازنة بين مبدا المشروعية ومبدأ الأمن القانونية دراسة مقارنة ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ٢٠١٨.
٣- القاضي محمد شكري أبو رحيل ، د .هانم أحمد سالم ، دور مجلس الدولة في الموازنة بين مبدأي المشروعية والأمن القانوني ، دار النهضة العربية ، ٢٠٢١ .
٤- د . رحيم سليمان الكبيسي ، حرية الادارة في سحب قراراتها ، دراسة مقارنة ، مطبعة القاهرة ، ٢٠٠٠.
٥- د . عبدالرحمن رحيم عبدالله ، محاضرات في مبدأ المشروعية ونطاقه ، مركز أبحاث القانون المقارن، جامعة صلاح الدين ، اربيل ، ٢٠١١.
٦- د . عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة ، الأسس العامة للقرارات الادارية ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠١٦.
٧- د . ماجد راغب الحلو ، القانون الاداري ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، ١٩٨٧.
٨- د. مازن ليلو راضي ، النظرية العامة للقرارات والعقود الادارية، منشورات القانون المقارن، ٢٠١٠.

ثانياً: الاطاريح والرسائل الجامعية:

١- سرى عبدالكريم ابراهيم الجبوري ، عيب المحل في القرار الاداري (دراسة مقارنة) ، رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة النهرين ، كلية الحقوق ، ٢٠٠٨.
٢- سليم نعيم خضير الخفاجي ، ميعاد رفع دعوى الإلغاء ، رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة بغداد ، كلية القانون ، ٢٠٠١.
٣- عائشة غنادرة ، دور القاضي الاداري وحدود سلطاته في رقابة المشروعية ، رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة الوادي ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، الجزائر ، ٢٠١٤.

ثالثاً: البحوث والمجلات:

١- سالم نعمة رشيد الطائي ، شروط قبول دعوى الغاء القرار الاداري ، بحث منشور في مجلة أهل البيت عليهم السلام ، جامعة كربلاء ، كلية العلوم السياسية ، العدد (١٨) ، بدون سنة نشر.

٢- فهد يوسف الجمعة ، حرية الادارة في سحب القرارات المنعدمة (دراسة مقارنة) في القضائين المصري والكويتي ، بحث مقدم الى الهيئة العامة للتعليم التطبيقي والتدريب ، الكويت ، بدون سنة نشر.

رابعاً: القرارات القضائية:

١- قرار مجلس الانضباط العام رقم (٧٩/٢٧٣) بتاريخ ١٩٧٩/٩/٦، مجلة الوقائع العراقية العدد(٥)، ١٩٧٩.

٢- الدعوى رقم (٧٢١/قضاء موظفين/تمييز/٢٠١٦) بتاريخ ٢٠١٩/١/٢٤.

خامساً: البحوث والمقالات المنشورة على الشبكة الدولية (الانترنيت):

١- جمال العفيفي، القرار الاداري المنعدم، بحث منشور على شبكة الانترنيت وعلى الموقع: https//facebook.com>permalink.

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

أثرالعدول التفسيري للقضاء الدستوري على الأمن القانوني

أ.د.شورش حسن عمر
جامعة السليمانية/كلية القانون

د. شاخوان صابر أحمد
جامعة السليمانية/كلية القانون

Shorsh.omer@univsul.edu.iq
shakawan.ahmed@univsul.edu.iq

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

الملخص:

يتمتع قرارات القضاء الدستوري بالحجية مطلقة نتيجة لطبيعة الدعوى الدستورية، سواء كانت هذه الدعوى موضوعه الرقابة على دستورية القوانين اوتفسير نصوص الدستور، لذلك فان أثر الحكم في الدعوى الدستورية يؤثر على الأمن القانوني، عليه فان القضاء الدستوري يكون حذرا في تحديد سريان اثر أحكامه، وانه في بعض الحالات لايقرر الأثر الرجعي لحكمها وانما قد يلجأ الى تقييد هذا الأثر الرجعي احتراما للحقوق المكتسبة والمراكز القانونية المستقرة.

عليه تناولنا في هذا البحث أثر العدول التفسيري على الأمن القانوني،وذلك من خلال مبحثين، في الأول تطرقنا الى المقصود بالأمن القانوني والعدول التفسيري، وفي الثاني بحثنا في العلاقة بين العدول التفسيري مع الأمن القانوني ومن ثم تناولنا العدول التفسيري على ضوء القرارات المحكمة الاتحادية العليا في العراق، وأثر هذه القرارات على تحقيق الأمن القانوني من عدمه. ومن ثم توصلنا الى بعض النتائج والمقترحات، منها ان تقيد المحكمة الأثر الرجعي لحكمها بالعدول التفسيري تحقيقا للأمن القانوني واحتراما للمراكز القانونية المستقرة والحقوق المكتسبة.

الكلمات المفتاحية: العدول التفسيري، الأمن القانوني، الحكم الدستوري، الأثر الرجعي.

Abstract:

The decisions of the constitutional judiciary are absolutely authoritative as a result of the nature of the constitutional case, whether

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

this case is the subject of control over the constitutionality of laws or the interpretation of the provisions of the constitution. Some cases do not decide the retroactive effect of their judgment, but may resort to restricting this retroactive effect out of respect for acquired rights and stable legal positions.

Accordingly, we dealt in this research with the effect of interpretative indemnity on legal security, through two sections. Iraq, and the impact of these decisions on achieving legal security or not. And then we reached some conclusions and proposals, including that the court restrict the retroactive effect of its ruling on interpretative deviation in order to achieve legal security and respect for stable legal positions and acquired rights.

المقدمة:

إن مفهوم الأمن القانوني هو من المفاهيم التي يتداول كثيراً في الوقت الراهن نتيجة للأهتمام الذي يحظى به من قبل الباحثين، وذلك بسب دوره في تحقيق الأستقرار القانوني في المجتمع. وان هذا المبدأ ذات العلاقة ببعض المباديء الدستورية الأخرى، كمبدأ احترام المراكز القانونية و الحقوق المكتسبة ومبدأ عدم رجعية القانون.

وبما ان القضاء الدستوري يتمتع قراراته بالحجية مطلقة نتيجة لطبيعة الدعوى الدستورية، سواء كانت هذه الدعوى موضوعه الرقابة على دستورية القوانين اوتفسير نصوص الدستور، لذلك فان أثر الحكم في الدعوى الدستورية يؤثر على الأمن القانوني، وذلك في حالة الأخذ بالأثر الرجعي لهذه الأحكام باعتباره مبدءآ عاما للأحكام القضائية كون القضاء سلطة كاشفة، حيث تسري أثر الحكم على المراكز القانونية التي استقرت والحقوق التي أكتسبت بموجب هذا القانون الذي صدر الحكم بالغائه او بتغيير مدلوله ومعناه نتيجة الحكم التفسيري، الأمر الذي يترتب عليه اهدار الامن القانوني، لذلك فان القضاء الدستوري يكون حذرا في تحديد سريان اثر أحكامه،

وانه في بعض الحالات لايقرر الأثر الرجعي لحكمها وانما قد يلجأ الى تقييد هذا الأثر الرجعي احتراما للحقوق المكتسبة والمراكز القانونية المستقرة.

وان حماية مبدأ الأمن القانوني من قبل القضاء الدستوري يتطلب الحيطة والعناية بصورة أكثر في حالة عدول هذا القضاء عن مبدأ سبق وتبنته في احد احكامها سواء بعدم الدستورية او بتفسير نص دستوري، كحالة تبني تفسير جديد لنص سبق وان استقر القضاء الدستوري على تطبيق تفسير آخر له، كما تهدد القوانين التفسيرية التي تصدر من المشرع لتفسير تشريع سابق، ولابد في هذه الحالة من حماية هذا المبدأ لكي لايمس القرار المراكز القانونية المستقرة والحقوق المكتسبة.

اهمية البحث: إن للأمن القانوني أهمية كبيرة في الوقت الحاضر، نظراً لان اعمال عدم الرجعية في قرارات القضاء الدستوري يؤدي إلى حماية الحقوق المكتسبة ويحمي المصالح والمراكز القانونية المشروعة، ويهدف إلى وضع إطار قانوني يقيد من سلطة اعمال الأثر الرجعي لأحكام القضاء الدستوري.

مشكلة البحث: ان تحقيق الأمن القانوني يتطلب من المشرع مراعاة عناصر الأمن القانوني عند مباشرة اختصاصه التشريعي، وكذلك يتطلب من القضاء الدستوري ايضا مراعاة هذه العناصر واخذها بنظر الأعتبار عند اصدار احكامه التي يتمتع بالحجية المطلقة وتسري على الكافة من الأفراد والسلطات العامة. فمشكلة هذا البحث تتجلى في مايثيره احدى عناصر الأمن القانوني الذي يترتب على اثر الحكم الدستوري من حيث النطاق الزمني لسريان هذا الحكم الصادر من القضاء الدستوري المتضمن عدولا تفسيريا، فان كان سريان هذا الحكم يتم باثر رجعي كقاعدة عامة، فيصطدم هذا الأثر باعتبارات الأمن القانوني، لذلك فان القضاء الدستوري يحاول ان يقيد اثر حكمه هذا بحيث لايؤثر على الأمن القانوني ويحترم الحقوق المكتسبة والمراكز القانونية المستقرة، وذلك من خلال التوفيق بين اثر الحكم الدستوري وأعتبارات الأمن القانوني.

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

خطة البحث: اقتضت طبيعة الموضوع وضع خطة مبنية على مبحثين، خصص المبحث الاول للبحث في التعريف بالأمن القانوني والعدول التفسيري، والذي قسم إلى مطلبين، نتناول في المطلب الاول مفهوم فكرة الأمن القانوني، وافرد المطلب الثاني لدراسة العدول التفسيري . أما المبحث الثاني فنخصصه لدراسة حماية الأمن القانوني من أحكام العدول التفسيري، ونتناوله من خلال مطلبين، نبحث في المطلب الاول العلاقة بين الامن القانوني والعدول التفسيري، وفي المطلب الثاني نتطرق الى العدول التفسيري في ضوء قرارات المحكمة الاتحادية العليا في العراق. ومن ثم نختم البحث بخاتمة يتضمن اهم الأستنتاجات والمقترحات التي نتوصل اليها نتيجة هذه الدراسة.

المبحث الأول

التعريف بالأمن القانوني والعدول التفسيري

إن فكرة الأمن القانوني تنطوي على أمور متعددة أهمها وضوح القواعد القانونية لأجل الثبات النسبي للقواعد القانونية واستقرار المراكز القانونية، والقضاء الدستوري من السلطات التي تؤثر بشكل كبير في فكرة الأمن القانوني، حيث إن الأحكام التي يصدرها سواء بتفسير نصا قانونيا او بعدم دستورية قانون ما مضى على تطبيقه فترة زمنية تمس الاستقرار القانوني ، وبالتالي فأن كل تغيير في موقف القضاء الدستوري سواء بالعدول التفسيري أو القضائي يهدد الأمن القانوني. عليه نتناول في هذا المبحث مفهوم كل من فكرة الامن القانوني والعدول التفسيري، وذلك في مطلبين مستقلين، وعلى النحو الآتي:

المطلب الأول: مفهوم فكرة الامن القانوني

المطلب الثاني:التعريف بالعدول التفسيري

المطلب الأول

مفهوم فكرة الامن القانوني

ان الامن القانوني يعد من احد المفاهيم التي تتداول كثيراً في المجالين القانوني والقضائي، إلا ان هنالك اهتمام محدود لهذا المبدأ من قبل الدستور والقضاء، ولم يحظ بدراسة كافية، وعلى

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

الرغم من الاستعمال الشائع لمبدأ الامن القانوني، إلا انه من الصعب تحديد فكرته و وضع تعريف لها، إذ غالباً ما يقدم كاطار عام لمجموعة من المباديء والحقوق المرتبطة به، عليه نحاول أن نوضح فكرة الأمن القانوني وصوره في هذا المطلب من خلال فرعين مستقلين، وعلى النحو الآتي:

الفرع الأول: تعريف الامن القانوني

الفرع الثاني: صور الأمن القانوني

الفرع الأول

تعريف الامن القانوني

يصعب تعريف مبدأ الامن القانوني، فهو من المباديء المركبة التي تتخذ فيه مجموعة من المباديء القانونية الاخرى، ونظرا لكونه عنصرا أساسيا في الحماية التي تحققها سيادة القانون، فانه يخاطب جميع سلطات الدولة، وبالنسبة الى السلطة التشريعية، فان مبدأ الامن القانوني يفترض تحقيق اليقين القانوني القائم على وضوح النصوص القانونية، ونطاق تطبيق القانون من حيث الزمان [١]. ويقابل مبدأ الامن القانوني مبدأ المشروعية وذلك لضمان قدر معين من الاستقرار للمراكز القانونية والحقوق التي اكتسبت بناء على أعمال قانونية غير مشروعة [٢]، فاذا كانت سيادة القانون ضمانا لحماية الحقوق والحريات،فأن الامن القانوني يبدو أحد العناصر الاساسية لهذه الحماية [٣].

فيقصد بفكرة الامن القانوني وجود نوع من الثبات النسبي للعلاقات القانونية وحد ادنى من الاستقرار للمراكز القانونية لغرض اشاعة الامن والطمأنينة بين أطراف العلاقات القانونية بغض النظر عما اذا كانت أشخاص قانونية خاصة أو عامة، بحيث تستطيع هذه الاشخاص ترتيب اوضاعها وفقا للقواعد القانونية القائمة وقت مباشرتها لأعمالها دون ان تتعرض لمفاجئات أو اعمال لم تكن بالحسبان صادرة عن احدى سلطات الدولة الثلاث، ويكون من شأنها هد ركن الاستقرار او زعزعة روح الثقة والاطمئنان بالدولة وقوانينها [٤]. كما يقصد به ايضا استقرار

[١] - د. أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري،ط٤، دار الشروق، القاهرة، ٢٠٠٦، ص ٨٥.
[٢] - أحمد عبدالحسيب عبدالفتاح السنتريسي، دور القاضي الالغاء في الموازنة بين مبدأ المشروعية ومبدأ الامن القانوني، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠١٧ ، ص٢٢.
[٣] - د. أحمد فتحي سرور، مصدر سابق، ص٨٤.
[٤] - د.يسري محمد العصار،دور الاعتبارات العملية في القضاء الدستوري، دار النهضة العربية،القاهرة،١٩٩٩، ص٢٤٥.

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

المراكز القانونية، وعدم المساس بها، بمعنى ان المراكز القانونية التي تكونت واستقرت لاينبغي المساس بها في مجال تعديل القوانين أو صدور قرارات قضائية، لذلك تركزت هذه الفكرة بشكل رئيسي على حكم القانون كأداة ناظمة للعلاقات كافة داخل المجتمع على اختلافها، سواء كانت اقتصادية او تجارية او اجتماعية أو ادارية او غير ذلك [١].

ويعرف الامن القانوني بانه القاعدة القانونية النموذجية المفهومة والسهلة الوصول اليها، التي تسمح للمخاطبين بها بالتوقع المقبول للنتائج القانونية لتصرفاتهم وسلوكهم [٢]. ويعرفه بعض الاخر بان فكرة الامن القانوني تعني الاستقرار القانوني ان تكون القواعد القانونية مؤكدة وواضحة ومحددة في تنظيمها للمراكز القانونية، وان تضمن تأمين النتائج [٣]. كما عرفه الاخرون بان فكرة الامن القانوني تستوجب ضمان حد أدنى من الثبات والاستقرار للعلاقات القانونية، سواء كانت هذه العلاقات بين الافراد بعضهم البعض أو بينهم وبين الدولة، والتي تلتزم بذلك السلطات العامة [٤].

من خلال هذا العرض لمعنى وتعاريف الامن القانوني يمكن القول بانه عندما نتحدث عن الاستقرار القانوني المصاحب لأي نشاط مجتمعي، أو لتحقيق اي معنى من معاني الامن، فان ذلك يعني أن تكون المراكز القانونية الناجمة عن النشاط البشري واضحة وفعالة وغير معرضة للاهتزاز والمفاجآت، وهذا هو معنى الامن القانوني واهدافه.

الفرع الثاني

صور الأمن القانوني

يعد مبدأ الأمن القانوني من أهم الغايات التي يهدف القانون إلى تحقيقها، ويتطلب تحقيقه توفر عدة عناصر أساسية حتى يتكرس هذا المبدأ، وهما، كل من عدم رجعية القوانين، احترام حقوق المكتسبة، فكرة توقع المشروع، و تقييد الاثرالرجعي للحكم بعدم الدستورية، وسوف نتاولهم تباعا:

---

[١] - د. علي مجيد العكيلي، مبدأ الامن القانوني بين النص الدستوري والواقع العملي، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠١٩،ص ٢٠.

[٢] - د.رجب محمود طاجن، ملامح عدم الرجعية في القضائين الدستوري والاداري- دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ط١، ٢٠١١، ص ١٤٤.

[٣] - د.يس محمد محمد الطباخ، الأستقرار كغاية من غايات القانون،المكتب الجامعي الحديث،الاسكندرية، ٢٠١٢، ص٢.

[٤] - أحمد عبدالحسيب عبدالفتاح السنتريسي،مصدر سابق ، ص ٢٣.

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

١-**عدم رجعية القوانين:** ان الاصل في القانون أنه يسري على الحوادث المستقبلة التي تقع بعد صدوره [١]. ويمكن ارجاع اهمية المبدأ عدم رجعية القوانين الى سببين، الاول يتعلق بالعدل، لأن الافراد يتصرفون على اساس القانون القائم، اما القانون الذي سيصدر في المستقبل فلا يمكن لهم العلم به مقدما. والثاني يتعلق بالنظام العام، لأن هذا المبدأ يعتبر ضمانا لاغني عنه للاستقرار في المجتمع[٢]. وان عدم رجعية القوانين اصبح مبدءاً دستوريا سواء كان مقررا في الدستور ام لا [٣]، وان كانت معظم الدساتير تحرص على النص صراحة على هذا المبدأ . لكن هذه القاعدة كغيرها من القواعد تأبى بطبيعتها ان تكون مطلقة وبمنأي عن الاستثناءات، على ان تكون تلك الاستثناءات لصالح العام،لان الحكمة من تقريرها في القوانين والقرارات القضاء الدستوري تتلخص في ضرورة احترام الحقوق المكتسبة وضمان استقرار المعاملات والمراكزالقانونية وتحقيق العدالة [٤].

٢- **احترام حقوق المكتسبة:** القاعدة المقررة بالنسبة للقوانين وقرارات القضاء الدستوري انه يجب احترام الحقوق المكتسبة وعدم المساس بها من غير ضرورة أو من غير تعويض، لذلك حرصت الدساتير على تأكيد هذه القاعدة، فجعلت الأصل ألا تسري القوانين على الماضي حتى لاتمس الحقوق المكتسبة، واحترام الحقوق المكتسبة قاعدة تمتد جذورها إلى اعماق القانون الطبيعي والمباديء الأساسية للعدالة،لذلك يجب العمل بهذه القاعدة حتى لو لم يتم النص عليه في الدساتير[٥].

وأستقر معظم الفقه الفرنسي والمصري على عدم رجعية القرارات الادارية، احتراما لمبدأ الحقوق المكتسبة، وتحقيقا لمبدأ الامن القانوني، وقد أخذ بهذا التوجه كل من مجلس الدولة الفرنسي[٦]، و المحكمة الادارية العليا في مصر[٧]. كما قضت المحكمة الاتحادية العليا في العراق على احترام الحقوق المكتسبة وعدم المساس بها [٨].

---

[١] - د. عبدالرحمن البزاز، اصول القانون،ط٢، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٥٨ ، ص ٢٣٢.
[٢] - د. سمير عبدالسيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف بالاسكندرية، ١٩٩٩،، ص ٦٥٥.
[٣] - المصدر نفسه، ص ٦٥٣ و٦٥٤.
[٤] - د. هشام محمد البدري، الاثر الرجعي والامن القانوني،ط١،دارالنهضة العربية،القاهرة،٢٠١٥، ص ٥٢-٦١.
[٥]- د.محمد ماهر ابو العينين ،الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، الكتاب الاول، المركز القومي للاصدارات القانونية، ط١، القاهرة، ٢٠١٣، ص١٠٢٧.
[٦] - د. هشام محمد البدري، مصدر سابق، ص ٥٥.
[٧] - المصدر نفسه، ص ٥٥.
[٨] - ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا العراقية رقم(٤٢/ اتحادية/ اعلام/ ٢٠١٤) في٢٠١٥/٢/٢٤ .

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

٣- **فكرة توقع المشروع:** ان القوانين يجب ان لا تصدر بطريقة فجائية مباغتة تصطدم مع التوقعات المشروعة للافراد، لأن احترام التوقعات المشروعة تعد احد العناصر الاساسية المكونة لمعيار العدالة المنصفة،التي تهدف الى حماية الثقة التي تولدت لدى الافراد في الانظمة القائمة في مواجهة اي مسلك تشريعي أو اداري يشكل احباطا للتوقعات المشروعة [١]، ومن ثم يؤدي الى زعزعة الأمن القانوني.

٤- **تقييد الاثر الرجعي للحكم الصادر من القضاء الدستوري:** ان الحكم بعدم الدستورية وتفسير نصوص الدستور من قبل القضاء الدستوري عموما يحدث تغييرا في النظام القانوني، بل قد يحدث فراغا تشريعيا، ولما كان مبدأ الامن القانوني يقتضي تحقيق الاستقرار النسبي للقواعد القانونية ، وكان النص التشريعي المحكوم بعدم دستوريته او بايراد تفسير للنص الذي قد تم تطبيقه خلال فترة من الزمن، مما ادت الى ترتيب الافراد اوضاعهم بناء عليه، فان اقرار الاثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية بشكل مطلق يؤدي بلا شك الى زعزعة هذه الاوضاع القانونية [٢].

من خلال هذا العرض يتبين لنا بان صور الأمن القانوني هذه، يجب مراعاتها من قبل المشرع عند ممارسة اختصاصه التشريعي وكذلك القضاء الدستوري عند ممارسة اختصاصه بالرقابة الدستورية او تفسير نصوص الدستور، لتحقيق الحد الأدنى من اللأستقرار القانوني، وان هذه الصور أو العناصر ذات العلاقة وارتباط مع البعض ولايمكن عزلهما عن البعض.

المطلب الثاني

التعريف بالعدول التفسيري

من المعلوم أنَّ التفسير الدستوري يصدر من قبل القضاء الدستوري، وفي العراق قد أَوْكَلَ دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ هذه المهمة إلى المحكمة الاتحادية العليا [١]، وهي السلطة المختصة بذلك. فإنَّ العدول التفسيري للقضاء الدستوري سواء فيما يخص تفسير نصوص الدستور أو بالرقابة على دستورية القوانين، وفي جميع الأحوال يقوم القضاء بالعدول عن تفسيرٍ سابقٍ له لنصٍ دستوريٍّ رغم عدم تعديل النص الذي فسره سابقاً، وقد يكون هناك تغير في الظروف التي تم من خلالها تفسير النص السابق. وللوقوف على مفهوم العدول التفسيري، سوف

[١] - د. وليد محمد الشناوي، التوقعات المشروعة والوعود الادارية غير الرسمية في القانون الاستثمار،دار الفكر والقانون، المنصورة، ٢٠١٣، ص٤٨.
[٢] - د.محمد صبحي على السيد،الرقابة على دستورية اللوائح، دار النهضة العربية،القاهرة، ٢٠١١، ص ٧١١.

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

نُقسِّم هذا المطلب على فرعين، سيتناول الأول بيان مفهوم العدول التفسيري، أمَّا الثاني سينصرف حول مبررات العدول التفسيري.

الفرع الأول

مفهوم العدول التفسيري

العدول التفسيري مصطلح مركب من مفردتين،هما العدول والتفسيري. والعدول لغةً هو الرجوع أو تغييرالرأي. ويقال عدَلَ عنه، يعدِل عدُولاً إذا مال كأنه يميل من الواحد إلى الآخر، ويقال عدلت الشئ بالشئ، أعدِلُه عدولاً إذا ساوَيْتَه به [٢]. فالعدول مصدر عدل عدلاً وعدولاً: مال. ويُقال عدل عن الطريق: حاد ورجع في أمره. واستقام في حكمه وحكم بالعدل. ويُقال عدل فلان عن طريقه: رجع وعدله[٣]. أمَّا كلمة (التفسيري) أو التفسير، في اللغة فتعني التبيين والتوضيح، يُقال فسَّر الشيء أي وضَّحه،وفسَّر آيات القرآن أي شرحها ووضّح ما تنطوي عليه من معانٍ وأحكام[٤].

أما العدول التفسيري كأصطلاح يعرف بأنَّه: (قرار إرادي من جانب القاضي ليتحرر من تفسير قديم لنص الدستور مرجع الرقابة وتبنيه لتفسير آخر لنفس النص ومتعارض مع ذلك الذي كان يأخذ به حتى ذلك الحين) [٥]. وكذلك يعرف العدول في الأحكام القضائية بأنه عدول عن مبدأ قررته المحكمة الدستورية العليا في بعض أحكامها السابقة [٦]. ويعرفه آخرون بأنَّه: (مصطلح يشير إلى التغيير في الرأي أو الاتجاه من قبل المحكمة) [٧]. وفي نطاق القضاء، العدول يعبر عن تغيير رأي القاضي في حكم مسألة معينة. وبهذا يمكن القول أنه إن إستعملنا لفظ التحول أم لفظ العدول، كلاهما ينطويان على ذات الدلالة والتي تتمثل بتغيير القاضي حكمه تجاه مسألة معينة.

---

[١] - نصت المادة (٩٣) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥على:(تختص المحكمة الاتحادية العليا بما يأتي: أولاً: الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة النافذة. ثانياً: تفسير نصوص الدستور).

[٢] - فادي أسعد فرحات وميشال إبراهيم ساسين، المعجم القانوني ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، بدون سنة النشر ، المجلد العاشر، ص٦٢،٦٣.

[٣] - المعجم الوسيط، إبراهيم أنس وعبدالحليم منتصر وعطية الصوالحي ومحمد خلف الله أحمد، مجمع اللغة العربية، ط٤، القاهرة، ٢٠٠٤، ص٥٨٨.

[٤] - المعجم الوسيط، المصدر السابق، ص٦٨٨.

[٥] - د. عبدالحفيظ علي الشيمي،التحول في أحكام القضاء الدستوري،دار النهضة العربية،القاهرة، ٢٠٠٨،ص٢٣.

[٦] - أحمد كمال أبو المجد، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة والإقليم المصري القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٦٠، ص١٤.

[٧] - د. حامد شاكر محمود الطائي، العدول القضائي، ط١، مكتبة صباح صادق، بغداد، ٢٠١٦، ص١٥.

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

اذن ان المقصود بالعدول في احكام القضاء الدستوري هو ان القاضي وهو بصدد تفسيره للنصوص الدستورية (سواء بمناسبة الرقابة على دستورية القوانين أو سواء بمناسبة اختصاصه الاصلي بتفسير نصوص الدستور) يعدل عن مبدأ سبق له وأن طبقه في أحكامه السابقة على الرغم من عدم تعديل النص الدستوري وذلك على أساس وجود تغير في الظروف الاجتماعية والسياسية التي تدفع بالقاضي الدستوري إلى هذا العدول، أي ان فكرة العدول ترتبط بأمرين، الاول، تفسير النص الدستوري ، والثاني تغير الظروف من حيث الواقع. عليه فان العدول التفسيري يعني تبني تفسير جديد لنص أو لنصوص محددة سبق وان استقر القضاء الستوري على تطبيق تفسير آخر لها.

من خلال هذا العرض،يمكن لنا تعريف العدول التفسيري،بأنَّه عدول المحكمة المختصة بالتفسير عن تفسيراتها السابقة لنص معين بتغييرٍ آخر دون تغير مضمون النص المطلوب تفسيره.

الفرع الثاني

أسباب العدول التفسيري

يرى الفقه الدستوري أنه إذا وجد القاضي نفسه قد وصل إلى الحد الذي لا يجد في الدستور الحل الذي يسعفه في ظل النصوص الدستورية التي اصبحت في حالة غير مواكبة للتطورات التي تتعايش معها، فبإمكانه أن يقوم باستنباط مبادئ عامة ذات قيمة دستورية برجوعه إلى الوسط الاجتماعي الذي يعمل فيه، لأن الدستور هو انعكاس لهذا الوسط، والقاضي له أن يبحث عن حقيقة إرادة المشرع الدستوري في حال إذا لم تسعفه الإرادة الظاهرة، أي إن فقدان النص لايعني فقدان إرادة المشرع في كل الأحوال، بل لابد من البحث عن الإرادة الضمنية له عندما يرد النص في سياق المثل وليس الحصر أو تكون الصياغة عامة ومرنة بدلاً من الصياغة الخاصة أو المقيدة[١] ، لذلك نجد بان وظيفة المفسِّر أنْ يعمل بالبحث والاجتهاد على إزالة الغموض الذي يكتنف النص القانوني[٢]. وذلك لتحديد معنى النص وتحرّي نطاقه وشروط تطبيقه

[١] - د.رفعت عيد سيد ، مبدأ الأمن القانوني ، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١١ ،ص٩١و٩٢. .
[٢] - د. محمود فريد عبداللطيف، تفسير النصوص القانونية في قضاء المحكمة الدستورية العليا بين النظرية والتطبيق، ط١، مركز الدراسات العربية، القاهرة، ٢٠١٨، ص٩٦.

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

وحقيقة المراد به[١]، من خلال الكشف عن حدود الغرض الذي تناوله النص والكشف عن مضمون مضمون الحكم المقرر لهذا الغرض في لفظ النص الدستوري أو القانوني، عليه نتناول بيان أهم الأسباب او الدوافع التي تؤدي بالقضاء لدستوري نحو العدول التفسيري ، وعلى النحو الآتي:

أولاً: الغموض والقصور في النصوص الدستور: ان الغموض ينجم عن عجز النصوص استيعاب الأحداث والتطورات الجديدة، أو قد يكون بسبب اللفظ، أي وضع لأكثر من معنى وليس في صياغته ما يدل على أيٍّ من هذه المعاني، ولا بُدَّ من وجود قرينة خارجية تُبيّن ما يُراد منه [٢]، لأنَّ الأصل في النصّ القانوني أنْ يكون واضح الدلالة على معناه والفكرة التي قصدها المشرِّع من وراء وضعه، لذلك لا بُدَّ من اجتهاد القاضي لإزالة الغموض عن النص المراد تفسيره وأنْ يستعين بالقرائن التي تُساعده على تحديد المعنى الحقيقي الذي قصده المشرِّع عند وضعه[٣].

وكذلك من الصعب أنْ يشتمل التشريع على التفصيلات الدقيقة لكل حالةٍ من الحالات، وإنَّما يجب أنْ يتضمن التشريع القواعد العامة تاركاً للقضاء مهمة تطبيق هذه القواعد على الحالات الواقعية[٤]، فقصور النصّ القانوني يتحتم على الجهة المختصة أنْ تلجأ إلى البحث عن إرادة المشرِّع الدستوري من خلال القراءة الكاملة أو المترابطة للنصوص الدستورية[٥]. وعند ذلك تظهر ضرورة عملية التفسير لإكمال قصور النص القانوني. عليه يتبين أنَّ النصوص القانونية تكون في بعض الأحيان غير واضحة في صياغتها او قاصرة في مغزاها ومدلولها،مما يلجأ القاضي الى التفسير لبيان مفهوم النص ومدى مطابقته للدستور.

ثانياً: التَعارُض بين النصوص الدستور: التعارض بين النصوص هو أنْ يصطدم نص مع نصٍ آخر، بحيث لا يمكن الجمع بينهما[٦]. وقد يقع هذا في تشريعٍ واحدٍ أو تشريعاتٍ مختلفة، وفي هذه الحالة ينبغي العمل على رفع التعارض بينهما إذا لم يوجد بينهما ما يرجِّح أحدهما على

[١] - د. همام محمد محمود زهران، المدخل إلى القانون: النظرية العامة للقانون، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية، ٢٠٠٦، ص٥٤٩.
[٢] - د. عصمت عبدالمجيد بكر، مشكلات التشريع، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٤، ص٢١٣.
[٣]- د. عادل الطبطبائي، المحكمة الدستورية الكويتية: تكوينها، اختصاصاتها، إجراءاتها، ط١، مجلس النشر العلمي، الكويت، ٢٠٠٥، ص٩٣-٩٤.
[٤] - د. عادل الطبطبائي، الحدود الدستورية بين السلطتين التشريعية والقضائية، مجلس النشر العلمي، الكويت، ٢٠٠٠، ص٣٣٥.
[٥] - د. محمود فريد عبداللطيف، مصدر سابق، ص١٠٣.
[٦] - د. رافد خلف هاشم البهادلي و د. عثمان سلمان غيلان العبودي، التشريع بين الصناعة والصياغة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٢، ص٦٧.

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

الآخر في اللِّجوء إلى التفسير من قبل القضاء الدستوري[١]. اذ أنَّ تعارض النصوص الدستورية أمر وارد ، كون الدستور ينتج بآلية واحدة، لكنه لا يضع بالضرورة كله من قبل الشخص ذاته أو المجموعة ذاتها، فقد جرى العمل على تقسيم أبواب وفصول الدستور بين لجان مختصة وبالتالي يتم جمعها في النهاية لتخرج بهيأة دستورٍ مكتوبٍ متكامل. ومن خلال ذلك يكون هناك احتمالية التعارض أو التناقض في الدستور ونصوصه. لذلك يعد الفقه الدستوري بان التعارض بين النصوص سببٍ من أسباب العدول التفسيري من قبل القضاء الدستوري[٢].

ثالثا: التغيير في الظروف الاجتماعية أو في هيئة المحكمة: بالأضافة الى المبررات المتعلقة بالنصوص الدستورية أو التشريعات التي يتطلب العدول التفسيري ، فهناك اسباب اخرى يفرض العدول يتعلق بالظروف السائدة في المجتمع، كظهور المستجدات نتيجة التغيير المستمر في الظروف تتطلب من القاضي الدستوري أن يعيد النظرفي ذلك المبدأ ويلجأ إلى تغييره لينسجم حكمه مع الحد الأدنى على الأقل من تطلعات ورغبات أفراد المجتمع ويقوم بتطوير قضائه تمشياً مع التطور الحاصل في الوسط الاجتماعي، حيث أن هذا التطور يقتضي أن لايقف عند مبدأ معين ويجعله جامداً على الرغم من تغيير الظروف[٣] ، وبناءً على ذلك فالقاضي الدستوري يقوم بتغيير موقفه من حيث تفسيره للنصوص الدستورية، تحت تأثيرالمحيط الاجتماعي. وبهذا فأن حرية القاضي ليست مطلقة عندما يلجأ إلى التحول في أحكامه ، فتوجيهات الرأي العام مثلاً تؤثر على سلطته، فالمحكمة الاتحادية العليا في أمريكا أصدرت حكماً بعدم دستورية عقوبة الإعدام ثم تحولت عن إتجاهها في حكم آخر وبررت أن قرار التحول جاء من خلال (٣٥) تشريع للولايات التي تؤيد تطبيق العقوبة وتعتبرها دستورية[٤].

وكذلك فان المحكمة الدستورية قد تلجا الى العدول عن احكامها السابقة في حالة اجراء التغيير على تركيبتها، اذ قد ينضم لعضوية المحكمة بعض اعضاء الجدد يحملون افكارا وتوجهات متباينة عن سلفهم، وهذا ما لاحظناه عند اجراء التغيير على اعضاء المحكمة الاتحادية العليا الاميركية في عهد تيودور روزفلت، حيث كانت توجهاتهم بعكس اعضاء

[١] - د. عبدالقادر الشيخلي، الصياغة القانونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمّان، ٢٠١٨، ص١١٩.
[٢] - د. عواد حسين ياسين العبيدي، تفسير النصوص القانونية باتباع الحكمة التشريعية من النصوص، ط١، المركز العربي للدراسات والبحوث العلمية، القاهرة، ٢٠١٩، ص١١٨.
[٣] - د. حسين جبر حسين الشويلي، قرينة دستورية التشريع، منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت ، ٢٠١٨، ص١٠٠و١٠١.
[٤] - د.مصطفى عفيفي،رقابة الدستورية في مصر والدول الأجنبية،جامعة عين شمس،الكويت،بدون سنة النشر، ص٥٥.

المحكمة السابقون الذين كان لديهم توجهات محافظة و وقفوا بالضد من القوانين الأصلاحية التي كان يحاول روزفلت تمريرها[١]. وكذلك الحال عند تغيير جميع اعضاء الهيئة للمحكمة الاتحادية العليا العراقية عام ٢٠٢١ ، على اثر تعديل قانون المحكمة[٢]، فوجدنا ان الهيئة الجديدة للمحكمة قد عدلت عن بعض المباديء التوجهات السابقة للمحكمة[٣] .

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

المبحث الثاني

حماية الأمن القانوني من أحكام العدول التفسيري

ان العدول المحكمة عن قراراتها التفسيرية يؤثر بلاشك في الأمن القانوني، وان العدول أمر لابد من تحقيقه، لذلك من الضروري ايجاد التوافق في العلاقة بين العدول التفسيري والأمن القانوني، وان المحكمة الاتحادية العليا قد اصدر عديد من القرارات التي فيها قررت العدول عن احكامها السابقة سواء في مجال التفسير الدستوري او الرقابة الدستورية، عليه نتناول موضوع هذا المطلب من خلال مطلبين مستقلين، وعلى النحو الآتي:

المطلب الأول: العلاقة بين الامن القانوني والعدول التفسيري

المطلب الثاني:العدول التفسيري في قرارات المحكمة الاتحادية

المطلب الأول

العلاقة بين الامن القانوني والعدول التفسيري

ان التفسير الذي يتولاه القضاء الدستوري للنصوص الدستورية والتشريعية يعد تفسيراً ديناميكياً، يمنحها معان جديدة غير التي كانت عليها صورتها ابتداءً، بما يطوعها لحقائق متغيرة، ويكفل توفيقها مع الاوضاع الاجتماعية والاقتصادية والعلمية القائمة [٤]، ويجد هذا التفسير مصدره الأساسي في النصوص الدستورية. كما ان الحكم الصادر من القضاء الدستوري بالعدول

[١] - د.يحيى الجمل،القضاء الدستوري في مصر، دار النهضة العربية،القاهرة،٢٠١١،ص٨٢.
[٢] - ينظر قانون رقم(٢٥) لسنة ٢٠٢١ التعديل الأول(الأمر رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥) قانون المحكمة الاتحادية العليا، في الوقائع العراقية: العدد٤٦٣٥، في ٧ حزيران ٢٠٢١.

[٣] - سوف نتطرق الى بعض هذه القرارات في المطلب الثاني ضمن المبحث الثاني لهذا البحث.
[٤] - د.عوض المر، الرقابة على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية، مركز رينيه جان دبوي للقانون والتنمية، ص٨١-٨٢.

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

التفسيري لـه أثر رجعي وان هذا الأثر بدوره يهدد الأمن القانوني، وبما ان العدول التفسيري غالباً ما يؤدي إلى تغير في القانون فان ذلك سيساهم في عدم تحقيق الأمن القانوني.

والأصل إن قرارات التفسير هي بطبيعتها كاشفة لإرادة المشرع الحقيقية وليست منشئة، لذلك فإن أثرها يترتب من تأريخ صدور النص المفسر وليس من تأريخ صدور قرار المفسر، أي إن لقرار التفسير أثر رجعي وليس أثر فوري، أي يرتد إلى تأريخ سابق على صدوره وهو تأريخ صدور النص المفسر [١]. فما دام الأصل في القرارات التفسيرية أن يرتد أثرها إلى تأريخ النص المفسر نفسه، غير ان اعمال هذا الأصل قد يصطدم ببعض الاعتبارات القانونية، أو ببعض العقبات العملية التي تحول دون الأخذ بالتفسير الصادر وتطبيقه على حالات سابقة على صدوره، وذلك في حالة صدور حكما قضائيا حائزا قوة الأمر المقضي به، كون هذا الحكم يعتبر عنوان للحقيقة ويصير ما يقضى به كحكم القانون ذاته فلا يجوز المساس به أو مهاجمته أو محاولة تغييره بأي طريق أو بأي شكل طالما استنفذ كل طرق الطعن فيه وكل مواعيده وصار نهائياً وباتاً وقطعياً وحاز بالتالي على حجية وقوة الأمر المقضي به، فلايجوز اثارة ما قضى به من جديد كما يجب التسليم بما قضى به. فبالنسبة لهذه الأحكام يمكن القول بان التفسير يسري بأثر فوري، أما الحالات التي لم تصدر فيها أحكام نهائية و باتة بعد فانه يؤخذ بالتفسير الذي أصدرته المحكمة. وكذلك لايمكن تطبيق الحكم بالعدول التفسيري على المراكز والأوضاع القانونية المستقرة، أما بالنسبة للمراكز والأوضاع القانونية التي لم تكتمل بعد ولم تستقر بعد ، فان التفسير يسري عليها حتى ولو كانت نشأت وتولدت وظهرت قبل صدوره [٢].

وعلى الرغم من وجود تخوف من العدول القضائي على فكرة الأمن القانوني، فان هذا التخوف يمكن التقليل منه، وذلك بايجاد التوفيق بين العدول التفسيري والأمن القانوني من خلال اعتبارين، هما[٣]، اولا أن يكون العدول التفسيري محدوداً و استثنائياً، فعلى القاضي الدستوري الا يفرط في استعمال العدول التفسيري والا سيساهم في عدم استقرار المراكز القانونية، اذ ان محدودية العدول التفسيري سوف تساهم في تأكيد مصداقية القاضي الدستوري تجاه المؤسسات الدستورية الاخرى، كما ان مبدأ الأمن القانوني في شقه الخاص بالتوقع المشروع من جانب

[١] - د.جورجي شفيق ساري، اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالتفسير ، ط٣، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥، ص٢٨٤.

[٢] - د.رجب محمود طاجن، مصدر السابق، ص٢٥٠.
[٣]- د.عوض المر، مصدر سابق، ص١٧٧.

الأفراد يقضي على القاضي الدستوري أن يكون قليلاً في عدوله وان هذا الأخير يجب أن يكون أمراً استثنائياً. والأعتبار الثاني هو مشروعية العدول التفسيري، اذ لايمكن قبول عدول أو وصفه بالمشروعية إذا كان يمس أو يهدد أو يخل بحرية من الحريات الأساسية، فالعدول القضائي الدستوري لن يكون مقبولاً و لامشروعاً إلا إذا كان يزيد من حماية الحريات الأساسية أو على الأقل يزيد من فاعليتها، إذاً ليس من المقبول أن يعدل القاضي الدستوري عن أحكام سابقة تفعل من حماية الحقوق والحريات الأساسية، وإلا اعتبر متخلياً عن سبب وجوده الشرعي وهو حماية الدستور و بصفة خاصة الدفاع عن الحقوق والحريات الأساسية.

ومن جانب آخر فإن فكرة رجعية العدول التفسيري تتناقض مع مبدأ عدم رجعية القاعدة القانونية، فحيث يعدل القضاء عن حل أو مبدأ قانوني واضح إلى حل أو مبدأ قانوني جديد، فانه بذلك يبتدع قاعدة قانونية جديدة، كان يجب تطبيقاً للمباديء الدستورية الا تسري سوى في المستقبل، إلا انه وإذ يطبقها على وقائع النزاع المنظور أمامه، فان يطبقها على وقائع موجودة وقائمة قبل الوجود القانوني لهذه القاعدة القانونية، بما يعني انها تسري بأثر رجعي بالمخالفة للقاعدة ان القانون لايطبق إلا على الوقائع والعلاقات التي نشأت بعد وجوده وسريانه في النظام القانوني [١] . وقد اختلف الفقه حول الأثر الرجعي في حال العدول التفسيري للقاضي الدستوري، فقد ذهب اتجاه على أنَّ العدول التفسيري عندما يصدر يقتصر دوره على مجرد عدول عن قرار أو نص وسريانه من تاريخ صدور [٢] ، ومن ثم فإنَّه لا يوجد ما يُمسّ ثقة الأفراد المشروعة. أمَّا الاتجاه الثاني، فيرى أنَّ العدول التفسيري لا يُرتِّب أثر، فهو يزيل الغموض والإبهام الذي يحوط القرار الأول ليس إلَّا [٣].

أنَّ العدول التفسيري للقاضي الدستوري مقيَّد بالثقة المشروعة ولا يمكن للقاضي الدستوري، عند عدوله في التفسير، هدم هذه الثقة من خلال عدوله، فإنَّ الآثار تسري من تاريخ العدول ولا تسري بأثرٍ رجعيٍّ، لأنَّ الأثر الرجعي أمرٌ خطيرٌ ومستبعَد، خاصة وأنَّ جميع النصوص الدستورية تحدُّ من الأثر الرجعي [٤]، وإنْ كان هناك أثرٌ رجعي في العدول بسبب رفع

[١] - د.رجب محمود طاجن، مصدر سابق،ص٣٥٧.
[٢] - د. جورجي شفيق ساري ، المبادئ العامة للقانون الإداري، دار النهضة العربية،القاهرة، ٢٠٠٤، ص٨٤٧.
[٣] - ناصر عبدالحليم السلامات، نفاذ القرار الإداري في القانون الإداري الأُردني، أُطروحة دكتوراه مقدمة إلى جامعة عين شمس، ٢٠٠٩، ص٣٢٨.
[٤] - نصّت المادة (١٩/تاسعاً) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ على: ((ليس للقوانين أثر رجعي ما لم ينص على خلاف ذلك، ولا يشمل هذا الاستثناء قوانين الضرائب والرسوم)). وكذلك نصَت المادة (٢٢٥) من دستور مصر لعام ٢٠١٤ المعدَّل عام ٢٠١٩ على: ((... ولا تسري أحكام القوانين إلَّا على ما يقع من تاريخ

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

الغموض والإبهام الذي كان يحيط التفسير الأول للقاضي الدستوري، فإنَّ ذلك مقيَّد بالثقة المشروعة ولا يمكن هدم هذه الثقة، لأنَّ شأن الأثر الرجعي المساس بالمراكز القانونية بشكلٍ كبير، وإنْ كان هناك أثر للعدول فيجب ألَّا يؤدي استعماله إلى انحراف مسار الخصومات القائمة أمام مختلف الجهات القضائية لمصلحة أحد الخصوم، فإنْ حدث، فذلك يمسّ الثقة المشروعة ويؤدي إلى عدم الاستقرار وتدهور أوضاع الأفراد ومن ثم تتأثر مراكزهم القانونية. لذلك فإنَّ التوقُّع المشروع أو الثقة المشروعة هي قيدٌ على جميع السلطات بما فيها القاضي الدستوري.

لذلك من الضروري تحقيق التوفيق بين أثر الحكم بالعدول التفسيري و بين فكرة الأثر الرجعي، وذلك من خلال تقييد سريان العدول التفسيري بأثر مباشر وليس بأثر رجعي، وبذلك نتفادى عقبة رجعية هذا التحول على الأقل بالنسبة للدعاوي المطروحة على القضاء، وان اعمال التحول القضائي على المستقبل يؤدي في نفس الوقت إلى احترام مبدأ التوقع المشروع للقانون [١]. وهكذا فان الأثر الرجعي للعدول التفسيري نابع من خطورة هذا الأثر على حق التقاضي وعلى الحقوق والحريات الاخرى، وهذا الأمر أدى إلى تبني الأثر الفوري المباشر لهذا العدول.

المطلب الثاني

العدول التفسيري في قرارات المحكمة الاتحادية

ان الشرط الموضوعي للاختصاص التفسيري للمحكمة الاتحادية العليا هو أن يكون هذا النص دستورياً [٢]، غير ان المحكمة الاتحادية العليا قد تجاوزت نصوص الدستور ، وقامت بتفسير نصوص القانون العادي [٣]. وأن قرارات التفسير يجب ان لايتضمن تعديلات على نصوص الدستور او القانون الذي يتم تفسيره،بحيث تؤدي إلى اعتبارها قوانين معدلة لاقوانين تفسيرية، حيث انها تتضمن في الحالة الاولى وبالضرورة أثراً رجعياً لايتفق مع الحدود الدستورية لقاعدة عدم الرجعية وبما يؤدي إلى المساس بحقوق ومراكز المخاطبين بالنص

العمل بها، ومع ذلك يجوز في غير المواد الجنائية والضريبية، النص في القانون على خلاف ذلك، بموافقة أغلبية ثلثي أعضاء مجلس النواب)).

[١] - د.عبدالحفيظ علي الشيمي،مصدر سابق،ص٩١-٩٩.

[٢] - وهذا ما نجده في الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥، إذ نصت المادة (٩٣) على اختصاص المحكمة الاتحادية العليا بتفسير النصوص الدستورية، وهذا ما اكدت عليه المادة (٤) من قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٥، وفي كثير من قراراتها.

[٣] - على سبيل المثال ينظر قرار رقم (٦٧/ت/٢٠٠٦ بتأريخ ٢٠٠٦/٥/٣).

الاصلي، فضلاً عن عدم الاستقرار الكبير في المعاملات والتصرفات التي استندت إلى هذا النص قبل تفسيره [١].

وفي تطبيقات المحكمة الاتحادية العليا العراقية هناك عدة قرارات يتضمن العدول التفسيري،اذ عَدَلت المحكمة عن تفسيرها في عدة مواضيع عند تفسيره لنصوص الدستور، منها، العدول عن موقفها حول موضوع صلاحية المحافظات بالتعيين والأقالة للأجهزة الامنية، اذ قالت: (... وجدت المحكمة من إستقراء الاختصاصات المناطة بالسلطة الاتحادية الواردة في الباب الرابع من الدستور عدم وجود مايشير إلى إناطة صلاحية التعيين والإقالة للأجهزة الأمنية بالسلطة الاتحادية وإذ إن المادة (١١٥) من الدستور نصت على (بأن كل ما لم ينص عليه في الاختصاصات الحصرية للسلطات الاتحادية يكون من صلاحية الأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في أقليم، وبذلك فإن التعيين والإقالة للأجهزة الأمنية تكون من صلاحيات الأقاليم والمحافظات غيرالمنتظمة بإقليم...)[٢]. لكنها عدلت عن تفسيرها هذا عند ورود استيضاح من محافظ ذي قارحول صلاحياته بالتنسيب والإقالة والنقل لأصحاب المناصب العليا بين دوائر المحافظة الواحدة، فقد قضت المحكمة (... وجد أن النظر في الطلب الوارد آنفاً يخرج عن اختصاص المحكمة الاتحادية العليا ...) [٣]. فالمحكمة في قرارها الأول باشرت في نظر الدعوى وحسمها بالشكل المذكور آنفا، بينما عدل عن موقفه في قرار اللاحق بان هذه المسألة تخرج عن اختصاصها.

وفي قرار آخر للمحكمة الاتحادية العليا عن تفسيرها لنصّ المادة (٦١/ثانيا) من الدستور التي نصّت على ان: (يختص مجلس النواب بالرقابة على أداء السلطة التنفيذية)، وظاهر هذا النص لم يتضمن تقييد هذه السلطة بالسلطة الاتحادية، فهل بالإمكان استناداً إلى هذا النص توجيه الأسئلة النيابية إلى المحافِظ أو رئيس مجلس المحافظة بوصفه رأس السلطة التنفيذية في المحافظة. وقد أجابت المحكمة الاتحادية العليا بأنَّها من خلال استقراء نصوص الدستور ونصوص قانون المحافظات غير المنتظمة بإقليم رقم (٢١) لسنة ٢٠٠٨، فأنَّ المادة (٦١/ثانياً) المذكورة قد جاءت بصورةٍ مطلقة وأنَّ هذا الإطلاق يمتد إلى منتسبي السلطة التنفيذية الاتحادية والحكومات المحلية وعلى رأسها المحافظ، كما تجد أنَّ المادة (٢/ثالثاً) من قانون المحافظات غير المنتظمة بإقليم قد نصّت على اختصاص مجلس النواب بالرقابة على المجالس ومن ضمنها

[١] - د.رجب محمود طاجن، المصدر السابق، ص٢٥٠.
[٢] - قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم ١٦/إتحادية/٢٠٠٧ في ٢٠٠٧/٩/١١.
[٣] - قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم ٧٤/أتحادية/٢٠٠٩ في ٢٠٠٩/١٢/٣.

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

مجالس المحافظات، وبناءً عليه فإنَّ لمجلس النواب توجيه الأسئلة النيابية إلى المحافظ وإلى رئيس مجلس المحافظة [١]. لكن في قرارٍ آخر وبنفس الموضوع، فإنَّ المحكمة الاتحادية العليا قد عَدَلت عن تفسيرها، حيث قام مجموعة من المحافظين بتقديم دعوى ضد رئيس مجلس النواب حول قيام الأخير بتشريع قانون مجلس النواب رقم (١٣) لسنة ٢٠١٨ وقد نصّت المادة (٢٧/أحد عشر) منه على اختصاص مجلس النواب في (استجواب المحافظ وفقاً للإجراءات المتعلقة بالوزراء وإقالته بالأغلبية المطلقة بناءً على اقتراع رئيس مجلس الوزراء...)، كما نصّت المادة (٣١) منه على: (للنائب وبموافقة خمسة وعشرين عضواً، توجيه استجواب إلى رئيس مجلس الوزراء أو الوزراء أو مسؤولي الهيئات المستقلة أوالمحافظين لمحاسبتهم في الشؤون التي تدخل في اختصاصهم). وقد قضت المحكمة الاتحادية العليا بأنَّ الدستور في المادة (٦١/سابعاً/ج) وفي المادة (٦١/ثامناً/ه) أورد أصحاب عناوين المناصب التي لمجلس النواب حق استجوابهم في الشؤون التي تدخل ضمن اختصاصهم حصراً ولم يكن المحافظ من ضمن تلك العناوين، وحيث أنَّ المادة (٧/ثامناً/أ) من قانون المحافظات غير المنتظمة بإقليم رقم (٢١) لسنة ٢٠٠٨ المعدَّل قد نصّت على استجواب المحافظ من قبل مجلس المحافظة، لذا تجد المحكمة الاتحادية العليا أنَّ توجيه الاستجواب إلى المحافظ تكون وفقاً لقانون المحافظات المشار إليه أعلاه، وتكون المادة (٢٧/أحد عشر) والمادة (٣١) من قانون مجلس النواب وتشكيلاته رقم (١٣) لسنة ٢٠١٨ مخالفة لأحكام الدستور للأسباب المتقدِّمة، لذا قررت المحكمة الاتحادية العليا الحُكم بعدم دستورية كل من المادة (٢٧/أحد عشر) والمادة (١٣) من القانون أعلاه بقدر تعلُّق الأمر بتوجيه الاستجواب في اختصاصه [١] . يتضح من ذلك، أنَّ المحكمة الاتحادية العليا قد عَدَلت في تفسيرها، كون القرار التفسيري الأول أعطى الحقّ لمجلس النواب بتوجيه الأسئلة النيابية إلى المحافظ وإلى رئيس مجلس المحافظة، أمَّا القرار الثاني، وبنفس الموضوع، فإن المحكمة عدلت عن هذا التفسير حين قضت بأنْ لا يحق لمجلس النواب توجيه الاستجواب إلى المحافظ وقضت بعدم دستورية القانون الذي شُرِّع من قبل مجلس النواب القاضي باستجواب المحافظ.

وفي قرار اخر ذهبت المحكمة الاتحادية بان الدستور قد وضع الأغلبيات اللازمة لأصدار قرارات مجلس النواب حسب أهمية الموضوع اذ يتطلب التصويت على سحب الثقة من رئيس مجلس الوزراء الأغلبية المطلقة لعدد أعضاء مجلس النواب،أما حالة سحب الثقة من أحد الوزراء فلم تتطلب المادة(٦١/ثامنا/أ)الا الحصول على (الأغلبية المطلقة) وهي غير (الأغلبية

[١] - قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم ٨٠/ اتحادية/ ٢٠١٧.

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

المطلقة لعدد أعضائه) الوارد ذكرها عند سحب الثقة من رئيس مجلس الوزراء لأن النص قد ذكرها مجردة من (عدد الأعضاء) وهي تعني أغلبية عدد الحاضرين في الجلسة بعد تحقق النصاب القانوني للأنعقاد المنصوص عليه في المادة(٥٩/أولا) ولو اراد المشرع الدستوري الأغلبية المطلقة لعدد أعضاءه لأوردها صراحة كما فعل في المواد (٥٥)و(٥٩/أولا) و (٦١/سادسا/أ) و(٦١/سادسا/ب) و(٦١/ثامنا/ب/٣) و (٦٤/أولا) من الدستور[٢]. وقد عدلت المحكمة عن موقفها هذا في قرار آخر الذي قضى فيه بان مفهوم الأغلبية المطلقة لرفع الحصانة عن عضو مجلس النواب ... يقصد بها أكثر من نصف العدد الكلي لعدد أعضاء مجلس النواب ويعد ذلك عدولاعن قراره السابق، اذ ان المشرع الدستوري قصد بالأغلبية المطلقة أكثر من نصف العدد الكلي لأعضاء مجلس النواب اينما وردت عبارة(الأغلبية المطلقة) سواء اقترن ذكرها بعبارة عدد أعضائه أم جاءت مجردة أما المقصود بالأغلبية البسيطة فانها تعني أكثر من نصف العدد الفعلي لأعضاء مجلس النواب الحاضرين بعد تحقق النصاب انعقاد جلسات المجلس بحضور الأغلبية المطلقة لعدد أعضائه واعتبار ذلك مبدأ جديدا وعدولا عن مبدأ السابق المتعلق بتفسير مفهوم الأغلبية وفقا للتفصيل المشار اليه آنفا [٣]. وما يجب ذكره انه منذ تاريخ صدور القرار الاول في ٢٠٠٧/١٠/٢١ والى تاريخ صدورالقرار الثاني في ٢٠٠٢١/٤/٢٨، فأن هناك الكثير من القرارات التي يتطلب اصداره في مجلس النواب بالأغلبية المطلقة غير المقترنة بعدد اعضائه، قد اتخذ بأغلبية عدد الحاضرين في الجلسة بعد تحقق النصاب القانوني للأنعقاد، سواء كانت تلك القرارات لسحب الثقة من وزير معين وفق المادة(٦١/ثامنا/أ) من الدستور، أوبمنح الثقة للحكومة وفق المادة(٧٦/رابعا) من الدستور، وفي ذلك بلا شك هدم لبعض المباديء الدستورية ومنه مبدأ المساواة والعدالة التي تؤثر بالأخير على مبدأ الأمن القانوني .

وفيما يخص موقف المحكمة من تفسير الكتلة النيابية الأكبر عددا الواردة في المادة (٧٦/اولا) من الدستور، فقد اصدرت المحكمة بشأنها اربع قرارات تفسيرية، وذهبت في قرارها الأول الى ان(.... تعبير الكتلة النيابية الأكثر عددا يعني أما الكتلة التي تكونت بعد الأنتخابات من خلال قائمة انتخابية واحدة دخلت الأنتخابات باسم ورقم معينين وحازت على العدد الأكثر من المقاعد، أو الكتلة التي تجمعت من قائمتين أو أكثر من القوائم الأنتخابية التي دخلت الأنتخابات بأسماء أو أرقام مختلفة ثم تكتلت في كتلة واحدة ذات كيان واحد في مجلس النواب، أيهما أكثر

[١] - قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم ٢٢٧ وموحدتها ٢٣٢/ اتحادي/اعلام / ٢٠١٨.
[٢] - قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم(٢٣/اتحادية/٢٠٠٧) في ٢٠٠٧/١٠/٢١.
[٣] - قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم ٩٠/اتحادية/٢٠١٩ في ٢٠٢١/٤/٢٨.

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

عددا من الكتلة أو الكتل الأخرى بتشكيل مجلس الوزراء أستنادا لأحكام المادة ٧٦ من الدستور)[١]. وفي القرارين اللاحقين التي اصدرتها المحكمة، فأنها قد اكدت على نفس موقفها السابق بشأن الكتلة الأكبر بانها الكتلة التي تمتلك اكبر المقاعد وتقدم نفسها في الجلسة الاولى لمجلس النواب[٢]، لكن في قراره الأخير حول نفس الموضوع، انها عدلت عن موقفها المقرر في قراراتها السابقة، اذ ذهبت الى ان القائمة التي تتضمن الكتلة النيابية الأكثر عددا تعني القائمة التي تتضمن هذه الكتلة تقدم الى رئاسة مجلس النواب لتدقيقها والتأكد من كونها فعلا تضم العدد الأكثر من النواب ثم ترسل الى رئيس الجمهورية ليمارس دوره بموجب المادة(٧٦) من الدستور وهذا لايمنع من ان تقدم قائمة الكتلة النيابية الأكثر عددا في أية جلسة لمجلس النواب حتى وان كانت بعد جلسة انتخاب رئيس الجمهورية، لأن قائمة الكتلة النيابية الأكثر عددا عرضة للتغيير بحسب التحالفات بين الأحزاب والقوائم لحين الأعلان عن هذه الكتلة الأكثر عددا من قبل رئاسة مجلس النواب ثم رفعها الى رئيس الجمهورية، وحيث أن رئيس الجمهورية لم ينتخب دستوريا لغاية تاريخ تقديم هذه الدعوى ولم تعلن رئاسة مجلس النواب اسم كتلة بعينها باعتبارها الكتلة الأكثر عددا، فأنه بامكان الأحزاب والشخصيات المستقلة الأنضمام لبعضها البعض على حساب احكام وشروط قانون انتخابات مجلس النواب العراقي رقم ٩ لسنة ٢٠٢٠ وتقديم هذه القائمة الى رئاسة مجلس النواب التي تعلن اسم الكتلة الاكثر عددا بشكل واضح ببيان اسماء الموقعين عليها (احزاب وقوائم او شخصيات مستقلة) ثم ترفع الى رئيس الجمهورية بعد انتخابة دستوريا ليمارس دوره الدستوري في تكليف مرشح هذه الكتلة بتشكيل مجلس الوزراء [٣]. هكذا نجد ان المحكمة في قرارها هذا قد عدلت عن موقفها السابق بشأن تحديد معنى الكتلة الأكبروهي الكتلة التي تتشكل لحين افتتاح الجلسة الأولى لمجلس النواب حسب مضمون القرارات الثلاث السابقة للمحكمة ، وذهبت في قرارها الأخير الى ان الكتلة الأكبر هي الكتلة التي يتم تشكيلها ليس في الجلسة الأولى لمجلس النواب وانما لحين ما بعد انتخاب رئيس الجمهورية ، وان هذا التفسير الجديد للكتلة الأكبر قد يؤدي الى تأخر تشكيل الحكومة واقامة المؤسسات الدستورية بعد تصديق نتائج الانتخابات النيابية، مما يترتب عليه عدم الأستقرار السياسي والقانوني، الذي بدورها يؤثر اخيرا على الأمن القانوني للأفراد والمجتمع.

[١] - قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم ٢٥/اتحادية /٢٠١٠ في ٢٠١٠/٣/٢٥.
[٢] - قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم٤٥/ت.ق/ ٢٠١٤ في ٢٠١٤/٨/١١ ، وقرار رقم١٧٠/اتحادية/٢٠١٩ في ٢٠١٩/١٢/٢٢.
[٣] - قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم٧ وموحدتيها ٩ و١٠/اتحادية/٢٠٢٢ في ٢٠٢٢/٢/٣.

وكذلك قررت المحكمة في قرار آخرمبدءاً مفاده أنه:(لايجوز لمجلس النواب اتخاذ قرار بحق احد اعضاءه برفع الحصانه عنه ومنعه من السفر الا بناء على طلب من السلطه القضائية وفي حالات محددة على سبيل الحصر)[١]، لكن المحكمة في قراره الجديد عدلت عن هذا المبدأ وقررت اقتصار الحصول على موافقة مجلس النواب لرفع الحصانة في حالة واحدة فقط وهي حالة صدور مذكرة أمر قبض في جريمة من نوع الجنايات غير المشهودة ، وفيما عدا ذلك لا حصانة لأعضاء مجلس النواب وبالإمكان اتخاذ الاجراءات القانونية بحقهم مباشرة في حال إتهام أي منهم بجريمة جناية مشهودة أو جريمة جنحة أو مخالفة [٢] .

من خلال هذا العرض للاحكام التفسيرية الصادرة من المحكمة الأتحادية العليا، نجد من هذه الأحكام سابقة جديدة وهي عدول المحكمة عن اراء سابقه لها، والعدول التفسيري هو تغيير في اجتهاد المحكمة العليا القضائي المستقر في موضوع معين من شأنه المساس بمبدأ الامن القانوني ، وان تحقيق الأمن القانوني لايرتبط فقط بالتشريعات النافذة في المجتمع وانما تحقيقه يرتبط ايضا بوظيفة المحاكم واختصاصاتهم بشكل عام وبالمحكمة الاتحادية العليا بشكل خاص بالاستناد الى اختصاصاتها المبينة في الدستور، بضمنها اختصاصها بالرقابة على دستورية القوانين وتفسيرنصوص الدستور، والتي يجب عليها من خلال ممارستها لتلك الاختصاصات حماية الدستور و السهر على احترامه ومن ثم توحيد الاجتهاد القضائي لتأمين الانسجام القانوني والقضائي وجودة الاحكام وحجية الأمر المقضي به وذلك حماية للثقة المشروعة والحقوق المكتسبة والمراكز القانونية المستقرة، لذلك من الضروري على المحكمة الاتحادية العليا عند عدولها عن قراراتها السابقة سواء كانت بخصوص تفسير نص دستوري او بالرقابة على دستورية القانون، أن تأخذ بنظر الأعتبار مراعاة عدم المساس بعناصر الأمن القانوني، منها تقييد الأثرالرجعي لقرارالمحكمة، وحماية الحقوق المكتسبة والمراكز القانونية المستقرة والتوقع المشروع للأفراد. وكذلك من الضروري على المشرع العراقي ان ياخذ بنظر الاعتبار عند تعديل الدستور او وضع قانون جديد للمحكمة الاتحادية العليا، ان يشمل هذا التعديل على تنظيم الآليات والقواعد اللازمة لتعزيز ضمانات الامن القانوني في حال تغير الاجتهادات القضائية من قبل المحكمة الاتحادية العليا، وذلك بضرورة مراعاة العناصر اللازمة لتحقيق الأمن القانوني عند عدول المحكمة عن قراراتها السابقة التفسيرية او الاحكام الصادرة بعدم الدستورية.

[١] - قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم ٣٤/اتحادية/٢٠٠٨في ٢٠٠٨/١١/٢٤.
[٢]- قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم ٩٠ / اتحادية /٢٠١٩ في ٢٠٢١/٤/٢٨.

في ختام هذا البحث توصلنا الى بعض النتائج والمقترحات ندرج اهمها ادناه:

الخاتمة :

في ختام هذا البحث توصلنا الى بعض النتائج والمقترحات ندرج اهمها ادناه:

الأستنتاجات:

١. يقصد بالامن القانوني هوأن تكون المراكز القانونية الناجمة عن النشاط البشري واضحة وفعالة وغير معرضة للاهتزاز والمفاجآت، وذلك من خلال ضمان حد أدنى من الثبات والاستقرار للعلاقات القانونية، سواء كانت هذه العلاقات بين الافراد بعضهم البعض أو بينهم وبين الدولة.

٢. يتطلب تحقيق الامن القانوني توفر عدة عناصر أساسية، وهما، كل من عدم رجعية القوانين، احترام حقوق المكتسبة، فكرة توقع المشروع، و تقييد الاثرالرجعي للحكم بعدم الدستورية، وان هذه الصور أو العناصر للامن القانوني ذات العلاقة وارتباط مع البعض ولايمكن عزلهما عن البعض.

٣. ان العدول التفسيري يقصد به عدول المحكمة المختصة بالتفسير عن تفسيراتها السابقة لنص معين بتغييرٍ آخر دون تغير مضمون النص المطلوب تفسيره. فهو تغيير في اجتهاد المحكمة العليا القضائي المستقر في موضوع معين من شأنه المساس بمبدأ الامن القانوني.

٤. يتم اللجوء الى العدول التفسيري لآسباب يتعلق بنصوص الدستور ذاته، كوجود الغموض والقصور والتعارض في النصوص الدستورية، او نتيجة للتغيير في الظروف المجتمع او في هيئة المحكمة.

٥. ان العدول التفسيري هو الأستثناء من الأصل، لذلك لايجب التوسع فيه، وعلى المحكمة ان تلجأ اليه عند توفر شروط وضوابط معينة تستوجب عدولها عن مبادئها السابقة.

٦. ان تحقيق الأمن القانوني لايرتبط فقط بالتشريعات النافذة في المجتمع وانما تحقيقه يرتبط ايضا بوظيفة المحاكم واختصاصاتهم بشكل عام وبالمحكمة الاتحادية العليا بشكل خاص بالاستناد الى اختصاصاتها المبينة في الدستور، بضمنها اختصاصها بالرقابة على دستورية القوانين وتفسيرنصوص الدستور.

٧. لتحقيق الأمن القانوني نتيجة للقرارات الصادرة من القضاء الدستوري بالعدول التفسيري، من الضروري التوفيق بين أثر الحكم بالعدول التفسيري و بين فكرة الأثر الرجعي، وذلك من خلال تقييد سريان العدول التفسيري بأثر مباشر وليس بأثر رجعي.

المقترحات:

١. نقترح على المشرع العراقي ان ياخذ بنظر الاعتبار عند تعديل الدستور او وضع قانون جديد للمحكمة الاتحادية العليا، ان يشمل هذا التعديل على تنظيم الآليات والقواعد اللازمة لتعزيز ضمانات الامن القانوني في حال تغير الاجتهادات القضائية من قبل المحكمة الاتحادية العليا، وذلك بضرورة مراعاة العناصر اللازمة لتحقيق الأمن القانوني عند عدول المحكمة عن قراراتها السابقة التفسيرية او الاحكام الصادرة بعدم الدستورية.

٢. نقترح على المحكمة الاتحادية العليا عند عدولها عن قراراتها السابقة سواء كانت بخصوص تفسير نص دستوري او بالرقابة على دستورية القوانين، أن تأخذ بنظر الأعتبار مراعاة عدم المساس بعناصر الأمن القانوني، منها تقييد الأثرالرجعي لقرارالمحكمة، وحماية الحقوق المكتسبة والمراكز القانونية المستقرة والتوقع المشروع للأفراد.

٣. نقترح على المحكمة الأتحادية العليا في العراق عند لجوئه الى العدول التفسيري، ان تراعي الشروط والضوابط الضرورية التي تستوجب العدول عن مواقفها السابقة.

المصادر

- **القرآن الكريم**.

أولاً: المعاجم والقواميس:

١. إبراهيم أنس وعبدالحليم منتصر وعطية الصوالحي ومحمد خلف الله أحمد ،المعجم الوسيط، ، مجمع اللغة العربية، ط٤، القاهرة، ٢٠٠٤.

٢. فادي أسعد فرحات وميشال إبراهيم ساسين، المعجم القانوني ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، بدون سنة النشر ، المجلد العاشر.

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

ثانياً: الكتب:

١. د. أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري،ط٤، دار الشروق، القاهرة، ٢٠٠٦.
٢. أحمد عبدالحسيب عبدالفتاح السنتريسي، دور القاضي الالغاء في الموازنة بين مبدأ المشروعية ومبدأ الامن القانوني، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠١٧ .
٣. أحمد كمال أبو المجد، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة والإقليم المصري القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٦٠.
٤. د. جورجي شفيق ساري،المبادئ العامة للقانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤.
٥. د.جورجي شفيق ساري، اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالتفسير ، ط٣، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥.
٦. د. حامد شاكر محمود الطائي، العدول القضائي، ط١، مكتبة صباح صادق، بغداد، ٢٠١٦.
٧. د. حسين جبر حسين الشويلي،قرينة دستورية التشريع، منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت، ٢٠١٨.
٨. د. رافد خلف هاشم البهادلي و د. عثمان سلمان غيلان العبودي، التشريع بين الصناعة والصياغة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٢.
٩. د.رجب محمود طاجن، ملامح عدم الرجعية في القضائين الدستوري والاداري ، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١١.
١٠. ناصر عبدالحليم السلامات، نفاذ القرار الإداري في القانون الإداري الأُردني، أُطروحة دكتوراه مقدمة إلى جامعة عين شمس، ٢٠٠٩.
١١. د. سمير عبدالسيد تناغو، النظرية العامة للقانون،منشأة المعارف بالاسكندرية، ١٩٩٩.
١٢. د.رفعت عيد سيد ، مبدأ الأمن القانوني ، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١١ .
١٣. د.عادل الطبطبائي، المحكمة الدستورية الكويتية: تكوينها، اختصاصاتها، إجراءاتها، ط١، مجلس النشر العلمي، الكويت، ٢٠٠٥.
١٤. د. عادل الطبطبائي، الحدود الدستورية بين السلطتين التشريعية والقضائية، مجلس النشر العلمي، الكويت، ٢٠٠٠.
١٥. عبدالقادر الشيخلي، الصياغة القانونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمّان، ٢٠١٨.
١٦. د. عبدالرحمن البزاز، اصول القانون،ط٢، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٥٨ .
١٧. د. عبدالحفيظ علي الشيمي، التحول في أحكام القضاء الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨.
١٨. د. عواد حسين ياسين العبيدي، تفسير النصوص القانونية باتباع الحكمة التشريعية من النصوص، ط١، المركز العربي للدراسات والبحوث العلمية، القاهرة، ٢٠١٩.
١٩. د.عوض المر، الرقابة على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية، مركزرينيه جان دبوي للقانون والتنمية، دون تاريخ النشر.
٢٠. د. علي مجيد العكيلي، مبدأ الامن القانوني بين النص الدستوري والواقع العملي، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠١٩.
٢١. د.عصمت عبدالمجيد بكر، مشكلات التشريع، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٤.
٢٢. د.محمد ماهر ابو العينين ،الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته،الكتاب الاول، المركز القومي للاصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١٣.
٢٣. د.محمد صبحي على السيد،الرقابة على دستورية اللوائح،دار النهضة العربية،القاهرة، ٢٠١١.

٢٤. د. محمود فريد عبداللطيف، تفسير النصوص القانونية في قضاء المحكمة الدستورية العليا بين النظرية والتطبيق، ط١، مركز الدراسات العربية، القاهرة، ٢٠١٨.
٢٥. د.مصطفى عفيفي،رقابة الدستورية في مصر والدول الأجنبية،جامعةعين شمس،الكويت،بدون سنة النشر.
٢٦. د. همام محمد محمود زهران، المدخل إلى القانون: النظرية العامة للقانون، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٦.
٢٧. د. هشام محمد البدري، الاثر الرجعي والامن القانوني،ط١،دارالنهضة العربية،القاهرة،٢٠١٥.
٢٨. د. وليد محمد الشناوي، التوقعات المشروعة والوعود الادارية غير الرسمية في القانون الاستثمار،دار الفكر والقانون، المنصورة، ٢٠١٣.
٢٩. د.يسري محمد العصار،دور الاعتبارات العملية في القضاء الدستوري، دار النهضة العربية،القاهرة،١٩٩٩.
٣٠. د.يس محمد محمد الطباخ، الأستقرار كغاية من غايات القانون،المكتب الجامعي الحديث،الاسكندرية، ٢٠١٢.
٣١. د.يحيى الجمل،القضاء الدستوري في مصر، دار النهضة العربية،القاهرة،٢٠١١.

القرارات القضائية:

١. قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم (٦٧/ت/٢٠٠٦ بتأريخ ٢٠٠٦/٥/٣).
٢. قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم ١٦/إتحادية/٢٠٠٧ في ٢٠٠٧/٩/١١.
٣. قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم(٢٣/اتحادية/٢٠٠٧) في ٢٠٠٧/١٠/٢١.
٤. قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم ٣٤/اتحادية/٢٠٠٨في ٢٠٠٨/١١/٢٤.
٥. قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم ٧٤/أتحادية/٢٠٠٩ في ٢٠٠٩/١٢/٣.
٦. قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم ٢٥/اتحادية /٢٠١٠ في ٢٠١٠/٣/٢٥.
٧. قرارالمحكمة الاتحادية العليا العراقية رقم(٤٢/ ت/ اعلام/ ٢٠١٤)في ٢٠١٥/٢/٢٤ .
٨. قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم٤٥/ت.ق/ ٢٠١٤ في ٢٠١٤/٨/١١.
٩. قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم ٨٠/ اتحادية/ ٢٠١٧.
١٠. قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم ٢٢٧ وموحدتها ٢٣٢/ اتحادية/اعلام/ ٢٠١٨.
١١. قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم١٧٠/اتحادية/٢٠١٩ في ٢٠١٩/١٢/٢٢.
١٢. قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم ٩٠/اتحادية/٢٠١٩ في ٢٠٢١/٤/٢٨.
١٣. قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم٧وموحدتيها ٩ و١٠/اتحادية/٢٠٢٢ في ٢٠٢٢/٢/٣.

الدساتير والقوانين:

١. دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥.
٢. قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٥.
٣. قانون رقم(٢٥) لسنة ٢٠٢١ التعديل الأول(الأمر رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥) قانون المحكمة الاتحادية العليا، المنشور في الوقائع العراقية، العدد ٤٦٣٥، في ٧ حزيران ٢٠٢١.

عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون

ا. د علي شاكر عبد القادر البدري
كلية القانون – جامعة كربلاء

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

الملخص :-

من المعروف بعلم القانون ان القاعدة القانونية تسري في حق جميع المخاطبين فيها ، فالجميع يخضع لا حكامها ، ولايعفى احد من الاعتذار بالجهل بالقانون ،ويسمى هذه القاعدة بالامتناع عن الاعذار بالجهل بالقانون ،فلايسمع قول شخص ادعاءه الجهل بصدور القانون ، فمنذ تاريخ نشر القانون او من تاريخ أخر يحدده القانون يعتبر القانون قد علم به جميع المخاطبين به .

عليه سنقسم البحث على مبحثين نتناول في الاول منها ماهية عدم جواز العذر بالجهل بالقانون ونكرس الثاني تأصيل عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون.

Abstract:

It is well known in the knowledge of the law that the legal rule applies to all those who are addressed in it, everyone is subject to its rulings, and no one is exempted from apologizing due to ignorance of the law, and this rule is called abstaining from excuses due to ignorance of the law. Another specified by the law, the law is considered to be known to all those who address it.

Accordingly, we will divide the research into two sections, in the first of which we will discuss the inadmissibility of excuses due to ignorance of the law, and we will dedicate the second to rooting the inadmissibility of apologies through ignorance of the law.

المقدمة :-

قد نتصور لأول وهلة ان الشخص لا يسأل الا عما يعلم به من قوانين ، ولكن مقتضى القاعدة القانونية انها تسري بحق المخاطبين وعلى الجميع سواء علموا بها ام ليعلموا ، اي تطبق على جميع من توجه اليهم من اشخاص، فلا يعفى احد من الخضوع لإحكامها ،ويسمى ذلك الامتناع عن الاعتذار بالجهل بالقانون ، فالقاعدة القانونية لا تصلح عذراً يمنع او يعفى من نطاقها على

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

اي شخص ، فلا يقبل القول بان احدا يدعي جهله بالقاعدة القانونية لكي يحول دون تطبيقها عليه , وقد أصل عن عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون للاستقرار القانوني .

ويقصد بعدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون هو افتراض علم الكافة بصدور القانون وما يتضمنه من احكامه ومنذ تاريخ نشره ،او من تاريخ آخر يحدده القانون بالنص عليه فيه ، وبمجرد صدور القانون واتباع آجراءت معينة ، فلا يمكن القول بأنه لا يستطيع ان يعلم بصدوره ، فالقانون كما انه ملزم لكل الاشخاص المخاطبين بحكمه الحاكم والمحكوم ، كامل الادراك وعديمه ، فلا عذر لاحد بجهله بالقانون .

عليه سنقسم البحث على مبحثين ناول في الاول منها ماهية عدم جواز العذر بالجهل بالقانون ونكرس الثاني تأصيل عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون .

المبحث الاول

ماهية عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون

سنقسم هذا المبحث على اربعة مطالب نتناول في المطلب الاول تعريف عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون ،ونكرس في المطلب الثاني ، مسوغات وتبريرات عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون ،ونخصص في المطلب الثالث نطاق عدم جواز الاعتذار بالقانون ، ونفرد للمطلب الرابع تمييز عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون من الغلط .

المطلب الاول

تعريف عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون

اما التعريف اللغوي لعدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون فلا ينفعنا بشيء كون المصطلح مركب من عدة كلمات، وكما ان المعنى الاصطلاحي قد يبن لنا فرق بينه وبين المعنى اللغوي .

الجهل هو عدم العلم وعدم الادراك والاحاطة بالشيء، والجهل نوعان مبرر (مشروع) وغير مبرر ، فالجهل المبرر كان يبذل الشخص عناية الرجل المعتاد ومع ذلك لا يستطيع الاحاطة بالموضوع ، اما الجهل غير المبرر ومنها موضوعنا فانه لا يبرر عدم احاطته بالقانون مهما بذل من اعذار الا في الاستثناءات التي سنبيها من خلال البحث .

والجهل هنا ينصب على القانون ،وكما نعلم ان القانون له مصطلحين ، اولهما معناه العام وهو مجموعة القواعد القانونية المرعية في المجتمع ما والمنظمة للعلاقات الاجتماعية فيه والتي يلتزم الاشخاص اتباعها وإلا تعرضوا للجزاء المادي الذي تفرضه السلطة العامة ، اما القانون

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

بمعناه الخاص فهو مجموعة القواعد القانونية التي تسنها السلطة التشريعية في دولة ما لتنظيم امر معين ، والقانون بالمعنى الخاص يرادف التشريع ، بينما في المعنى العام يشمل التشريع والعرف ومبادئ الشريعة وغيره [١] .

وما نقصده في بحثنا في القانون هو المعنى العام لا الخاص وحجتنا في ذلك لا يمكن الادعاء بالجهل للقاعدة القانونية ان كان مصدرها العرف او الشريعة الاسلامية او قواعد العدالة ، لأنها ليس من الصعوبة معرفة ذلك ان كانت القاعدة عرفية او متصلة بالشريعة ، كما لو تركنا الامر الاعتذار بالجهل للتشريع فقط ، امكن للمخاطب بالقاعدة القانون التهرب من اي قاعدة قانونية غير تشريعية بحجة عدم العلم، ولاقتضى ان يجازى من علم بالقاعدة القانونية بتطبيقه عليه ، ويكافئ الجاهل بالقاعدة القانونية باعفاءه من حكمها، وان حدد نطاقه بالتشريع دون سواه من القواعد القانونية لكان ذلك اهدار لما تتميز به القاعدة القانونية من عموم وتجريد .

اما عدم الاعتذار معناه ان لا يحتج المخاطب بجهله سواء كان مريضا امتنع عليه معرفة القوانين او انه لا يمكنه القراءة أو الكتابة او لأي سبب اخر بعدم تطبيق القانون عليه ويتخذ عذرا[٢].

فان وجدت القاعدة القانونية أيا كان مصدرها تطبق على جميع الاشخاص وتحكم جميع الوقائع العملية التي تظهر في حياة هؤلاء الاشخاص ، فالقاعدة القانونية متى ما وجدت مستمدة من مصادرها واصبحت نافذة تطبق على جميع الاشخاص ، فهنا يفترض العلم الافتراضي، علم الكافة ، وليس العلم الحقيقي ، فلوكان مقتضى العلم هو العلم الحقيقي لأدى ذلك لانهيار النظام القانوني من اساسه [٣].

والعلم الحقيقي (العلم اليقيني) هو الجزم بقضية بلا شك او احتمال اما العلم الافتراضي فهو وجود قرينة او احتمال على العلم ، ووفق بحثنا نريد بالعلم هو الافتراضي[٤].

---

[١])- عبد الباقي البكري وزهير البشير ، المدخل لدراسة القانون ،ط١،مكتبة السنهوري ، بغداد ، ٢٠١٢ ، ص٢٢ .

[٢])-د. نبيل ابراهيم سعد ود. محمد حسن قاسم ،المدخل الى القانون ،منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ،٢٠٠٤ ، ص١٦٤ .

[٣])–د. محمود السقا ، المنطق القانوني والمنطق القضائي –دراسة نظرية تطبيقية ، دار الثقافة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠١ ، ص ص (١٢٠ -١٢١)

[٤])–هدير شلال شناوة، العلم واثره في التصرفات القانونية (دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي)،مقدمة لجامعة كربلاء – كلية القانون ،٢٠١٩ ، ص١٦٤ .

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

ان القانون النشر القوانين لسنة ١٩٢٩ ذو الرقم ٥٩ جاء فيه ((ينفذ كل قانون ومرسوم ونظام بعد مضي خمسة عشر يوما اعتبرا من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية ...)) وان هذا القانون قد الغي بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٧٧ والذي لم يأت بحكم مماثل للقانون السابق .

فيمكن مما تقدم ان نعرف عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون لا يعد عذرا هو((عدم احتجاج المخاطب بالقاعدة القانونية بعدم معرفته بها)).

وارودنا لفظ عدم احتجاج حتى لا يتمسك المخاطب بالقاعدة القانونية ايا كان مصدرها الرسمي بالتنصل من القانون ، والمخاطب القانون هو الشخص سواء كان شخص طبيعي او شخص معنوي .

المطلب الثاني

تبريرات وصعوبات عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون

سنقسم هذا المطلب الى فرعين اولهما تبريرات عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون

وثانيهما صعوبات عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون

الفرع الاول:- تبريرات عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون

قد يبدو للوهلة الاولى ان الاعتذار بالجهل بالقانون لا يعد عذرا يخالف حسن النية ، لان الاصل ان الجميع حسني النية الى ان نثبت سوء نيتهم ، فادعاء عدم العلم يفترض يوافق حسن النية ، ولكن لاعتبارات معينة اقتضي عدم سماع ادعاء الجهل وعدم معرفة بصدور القانون ، وهذه الاعتبارات كما يأتي :-

١- الواقع العملي يؤكد عدم علم الكافة بصدور القوانين او ما تتضمنه القوانين ، ففي المجتمع من هو آمي لا يحسن القراءة والكتابة، ومن هو المريض الذي لم يتمكن من الاطلاع على القانون ، ولكن لو فتحنا هذا المجال لما امكننا تطبيق اي قانون ، فيمكن لأي شخص ان يتهرب من تنفيذ القوانين بحجة عدم علمه ولادى ذلك الى عدم تطبيق القانون على الرغم من نفاذه .

٢- ان العلم الافتراضي للقانون ينقذنا من مشكلة الفوضى الاثبات فلو افترضنا ان شخصا يدعي كذبا انه لم يعلم بصدور قانون فكيف نثبت ذلك ، ان لم يكن امرا مستحيلا فهو أمر صعب جدا [١] .

٣-في امور عدة في القانون نأخذ الغالب المألوف وتكون القاعدة القانونية وفق ذلك ، فمثلا سن الرشد هو تمام ١٨ سنة ان لم يصبه عارض من عوارض الاهلية في القانون المدني العراقي وفي قانوني مصر وفرنسا تمام ٢١ وفي بعض القوانين تمام ٢٥ سنة ، فهل ان الرشد مختلف ، الجواب ان رشد الانسان حالة مخفية فقد يكون من عمره صغير راشدا ومن تجاوز كل الاعمار المذكورة ليس راشدا ، ولكن لاستقرار المعاملات والاخذ بالغالب المألوف، فلكل دولة وضعت معيار معينا وعمم هذا المعيار على الكافة، مع العلم ان في حقيقة الامر قد يرشد من هو اقل من هذا السن او بعد هذا السن ، ولكن صعوبة معرفة النضج العقلي للإنسان ، كذلك في موضوع بحثنا ان علم الناس بالقوانين يجري مع الغالب المألوف ولاستقرار المعاملات عمم على الكافة سواء علم حقيقة او افترض علمه.

٤-ان القول باحتجاج المخاطب بعدم علمه بالقانون حتي يكون عذرا له في عدم تطبيق القانون عليه سيؤدي بما لاشك فيه الى ضياع الامن وتقويض النظام في المجتمع .

٥- ان القول بان القاعدة القانونية لا يمكن تطبيقها الا ان علم بها المخاطب ، اضفنا شرطا لاكتساب القاعدة القانونية صفة الالزام وهي- العلم الفعلي - وهذا مالم يقل به أحد[٢].

٦-ان لمساواة الجميع امام القانون يقتضي ان نتمسك بعدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون، فمساواة الكافة امام القانون ضرورة يحتمها الامن المجتمعي ،والمساواة تقتضي ان الجميع يعلمون بالقانون وينفذ القانون عليهم والا ادعى كل شخص وفق مصلحته عدم علمه بالقانون

[١])- د. توفيق حسن فرج ، المدخل للعلوم القانونية، القسم الاول – النظرية العامة للقانون ، الدار الجامعية للطباعة والنشر ، الاسكندرية ،١٩٩٣ ، ص٢١٩ .

[٢])-د. عبد الرزاق السنهوري ود. احمد حشمت ابو ستيت ، اصول القانون ،دار الفكر العربي للنشر ، مصر ، ١٩٥٢ ، ص١٧٧ .

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

لتوصل لعدم تطبيق القانون ولادى ذلك الى عدم تطبق القانون في كثير من الاحيان ويؤدي لعدم استقرار المجتمع [١].

الفرع الثاني :-صعوبات عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون :-

١-ان القاعدة القانونية تتميز بخاصية العمومية والتجريد ، فيسري القانون على الجميع، وان اشتراط علم كل الافراد بالقانون من الناحية العملية قد يكون امرا مستحيلاً، فالاستحالة تكمن من الناحية العملية بعلم الجميع كما انه متعذر ان نتأكد حقيقة جهل من يدعي عدم علمه بالقانون ، فعدم العلم واقعة سلبية صعبة الاثبات ان لم تكن مستحيلة ، لذا لكي نتخلص من صعوبة اثبات علم الاشخاص كلهم بالقانون، او اثبات عدم علم من يدعي جهله بالقانون ، فكان لزاما على فقه القانون والتشريع كذلك من النص على ان لا يعتد بالجهل بالقانون[٢] .

٢-ان من يدعي جهله بالقانون لديه مصلحة خاصة تتمثل بعدم تطبق قانون عليه لا يعلم عنه شيئاً ، وهذه المصلحة تتعارض مع مصلحة العامة والمتمثلة بتطبيق القانون على الجميع بما تتميز به القاعدة القانونية من عمومية وتجريد ، وفي عملية مفاضلة بين حفظ الامن المجتمعي والنظام وبين مصلحة فردية شخصية ، نرجح مما لاشك فيه المصلحة العامة عن المصلحة الخاصة [٣] .

٣- قد يكون هناك تعارض بين موضوع بحثنا -لا يحتج بالجهل بالقانون- مع مقتضيات العدالة[٤]، فان كان شخص لا يعلم حقيقة بصدور قانون ،وذلك لكونه مسافرا او مريضا او ما شابه ذلك من حالات، فكيف نساويه مما تقدم ذكره من حالات مع من يعلم بالقانون ، فيبدو للوهلة الاولى ان عدم الاحتجاج بالجهل بالقانون يبدو مخالفاً للعدالة وللمنطق القانوني ، ولعل هذا التحدي من الصعوبة رده ، لمنطقيته من جهة ولاحتمالية وجوده في الحياة العملية ، ولكن

[١])–علي حميد كاظم الشمري ، استقرار المعاملات المالية –دراسة مقارنة– ، اطروحة مقدمة لكلية القانون لجامعة كربلاء كلية القانون ، ٢٠١٤ ، ص١٩١ .

[٢])– د. ابراهيم ا دسوقي ابو الليل ، اصول القانون ،دار النهضة العربية ، مؤسسة الصباح ، الكويت ، دون ذكر سنة الطبع ،ص١٤٥ .

[٣])- د. عبد المنعم فرج الصدة ،اصول القانون ، دار النهضة العربية ، بيروت ، بدون ذكر سنة الطبع ، ص١٩٤ .

[٤])- ايناس مكي عبد نصار ، الافتراض القانوني –دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي -، اطروحة مقدمة لجامعة كربلاء – كلية القانون ،٢٠١٧ ، ص٢١٩ .

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

يمكن القول ان استقرار النظام والامن المجتمعي والمصلحة العامة اقتضت ذلك ، وان كان يوجد شعور بعدم العدالة في بعض الحالات التي بيناها سلفاً ، ويمكن ان نجد مخرجا من ذلك من خلال الاستثناءات التي ترد عليه والتي سنبينها لاحقاً من خلال البحث [١].

المطلب الثالث

نطاق عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون والاستثناءات الواردة عليه

سنقسم هذا المطلب الى فرعين سنتناول في الفرع الاول نطاق عدم جواز العذر بالجهل بالقانون ، ونبين في الفرع الثاني الاستثناءات الواردة عليه.

الفرع الاول : - نطاق عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون

ان عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون، هل يكون في حدود القواعد الامرة ام يكون في القواعد الامرة والقواعد المكملة ، وقبل ذلك يلزم ان نعرف القاعدة الامرة هي التي لا يجوز للإفراد الاتفاق على ما يخالفها والاتفاق على ما يخالف حكم هذه القاعدة يقع باطلا ، فالاتفاق على فائدة تزيد عن ٧% باطل لاتفاقه على خلاف القاعدة الامرة ، اما القاعدة المكملة فهي القاعدة التي يجوز للإفراد الاتفاق على خلافها ، فالعمل بالقاعدة المكملة (المفسرة) مشروط بعدم وجود اتفاق على خلافها ، مثل نفقات التسليم على المشتري طالما لا يوجد اتفاق على خلاف ذلك [٢] ،يذهب رأي الى ان نطاق عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون يكون في القواعد الامرة دون القواعد المكملة ، وحجتهم في ذلك ان القاعدة المكملة تمر بمرحلتين الاولى تعد غير ملزمة اختيارية ثم تصبح ملزمة ان لم يتفق الافراد على خلافها ،بينما يذهب الرأي الاخر الى ان نطاق القاعدة يكون في القواعد الامرة والقواعد المكملة ولا صحة لحجة الراي الاول من القول بان القاعدة المكملة تكون غير ملزمة ثم تصبح ملزمة [٣] ،ويبدو رجحان الرأي الثاني فلا مبرر ان نقول ان عدم الاعتذار بالجهل يسري فقط على القواعد الامرة طالما ان القواعد الامرة والقواعد المكملة ملزمتان، فطالما القاعدتان متساويتان بالإلزام في المضمون ، فهما متساويتان في العلم بهما ، ولعل من رأى ان نطاق

[١])- د. عوض أحمد الزغبي ، المدخل الى علم القانون ، ط١، اثراء للنشر والتوزيع ، الاردن ، ٢٠١٠ ، ص١٦٢ .

[٢])- د. محمد حسن قاسم ، المرجع السابق ، ص ١٤٤ .

[٣])-المرجع نفسه ، ص١٤٦ .

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

العلم بالقواعد الامرة دون المكملة ، ان القواعد المكملة يمكن استبعادها عند الاتفاق على غيرها عند ابرام العقد بينما لا يمكن استبعاد القواعد الامرة ، ولكن بمزيد من التمعن نجد ان القواعد المكملة بعد ابرام العقد وعدم استبعادها او تعديلها ، فان تعد مكملة لما يعتري ارادة الطرفين من نقص، وتكون مساوية في الالزام مع القاعدة الامرة ، كما لا يمكن القول بالجهل للقاعدة المكملة ، لان القاعدة المكملة ماهي الا قاعدة قانونية ، فلا يمكن الادعاء بالجهل ونفي صفة القاعدة القانونية عنها، فسواء علم المخاطبين علما يقينيا بالقاعدة المكملة ام لم يعلموا العلم اليقيني ، فان القاعدة تنطبق عليهم ولا يمكن باي حال الاحتجاج بعدم العلم بالقاعدة المكملة تهربا من تطبيق احكامها ، عندما يكون تطبيقها واجبا، ولو قلنا بغير ذلك اي الاعتذار بالجهل بالقواعد المكملة لما وجدت لا يعتد بالجهل بالقانون مجالا كبيرا في تطبيقها ، واكثر ما تطبق هذه القاعدة عند سكوت المتعاقدين، يستطيع من له مصلحة بعدم تطبيق القاعدة المكملة الاعتذار بالجهل [١] ،وان القانون يصبح نافذا سواء علم بها المخاطبون ام ليعلموا حقيقة ،ونفاذ القانون يتحقق بالنشر في الجريدة الرسمية ولدينا في العراق تسمى(الوقائع العراقية) .

ويبقى ان نتساءل هل ان الجهل بالقانون لا يعد عذرا، تسري على القاعدة القانونية أيا كان مصدرها أم تسري فقط على القواعد المستمدة من التشريع ، ، فقد توحي عبارة الجهل بالقانون لا يعد عذرا انها تتعلق بالقاعدة التشريعية دون سواها ، لان القاعدة التشريعية تستند في نفادها وافتراض العلم بها الى واقعة النشر في الجريدة الرسمية ، وان التشريع لا يعد نافذا الا بالنشر دون بقية القواعد غير التشريعية، ولكن ما تقدم لا يمكن الركون اليه كون القواعد الاخرى غير التشريع لا تحتاج للنشر على الرغم من سريان الجهل بالقانون لا يعد عذراً عليها .

فلاشك ان الجهل بالقانون لا يعد عذرا تسري على القاعدة القانونية أيا كان مصدرها تشريعا ام عرفا ام غير ذلك [٢] .

[١])- د. ياسر باسم ذنون ، المرجع السابق ، ص ١٩٧ .

[٢])- د. عوض احمد الزغبي ، المدخل الى علم القانونط١ ، اثراء للنشر والتوزيع ، الاردن ، ٢٠١٠ ، ص ١٦٤

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

الفرع الثاني : استثناءات عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون

ان عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون ليس امرا مطلقا بل ترد عليه استثناءات ، فلا يمكن رغم حجج انصار عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون الا يكون عليه استثناء ،فكما يقال ان المبالغة في العدل قد تؤدي الى الظلم[١] ، والاستثناء اما ان يكون :-

١-بالنص عليه :- ان وجد نص يجيز الاعتذار بالجهل بالقانون يعمل به ، ومن ابرز الامثلة على ذلك القانون الصادر في فرنسا علام ١٨٧٠ م والذي ينص على انه اذا حصلت مخالفة في وقت قريب من وقت اعلان القانون فان العذر بالجهل بالقانون يقبل بشرط ان القانون جنائيا وقدر هذا الوقت بثلاثة ايام ، وكذلك ما نصت عليه المادة ١٨ من القانون المدني العراقي اذ نصت ((١- الاهلية تسري عليها قانون الدولة التي ينتمي اليها الشخص بجنسيته .

٢- ومع ذلك ففي التصرفات المالية التي تعقد في العراق وتترتب اثارها فيه ، اذا كان احد الطرفين اجنبيا ناقص الاهلية وكان سبب نقص اهليته يرجع الى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الاخر تبينه ، فان الاجنبي يعتبر في هذا التصرف كامل الاهلية)) .

وكذلك ما نص عليه قانون العقوبات العراقي [٢] .

٢-القوة القاهرة :- ويقصد بها الحالة التي يستحيل بها العلم بصدور القانون لاستحالة توزيع الجريدة الرسمية ، فوصول الج ريدة الرسمية هو الذي يبرر افتراض العلم بمضمون ما نشر فيها من قانون، والقوة القاهرة لا يمكن توقعها ولا يمكن دفعها [٣].

مثل ان تكون حرب او كارثة بيئية او فيضان ادت الى عزل محافظة او اكثر عن بقية المحافظات مما تعذر وصول الجريدة الرسمية للاشخاص في هذا المكان ، فيعد تطبيق عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون منافي مع مقتضيات العدالة .

قد افترض القانون تحقق العلم الافتراضي ،ويتحقق ذلك بوصول الجريدة الرسمية الى المكان المعين ، فان وجد القوة القاهرة ستحول دون تحقيق العلم الافتراضي ، اذ ليس من العدل ان نلزم الاشخاص بالاعتذار بالجهل بالقانون المنشور بالجريدة الرسمية خلال مدة وجود القوة

---

[١])–د. سمير عبد السيد تناغو ، المرجع السابق ، ص ٦٠٩ .

[٢])- اذ نصت المادة (٣٧ / ف٢) من قانون العقوبات العراقي ((للمحكمة ان تعفو من العقاب الاجنبي الذي يرتكب جريمة خلال سبعة ايام على الاكثر تمضي من تاريخ قدومه الى العراق اذا ثبت جهله بالقانون وكان القانون محل اقامته لايعاقب عليها)) .

[٣])- ايناس مكي، المرجع السابق ، ص ٢٢٤ .

القاهرة ، فان زالت القوة القاهرة سرى القانون على الجميع ، ولابد ان نعلم ان هذا الاستثناء يتعلق بالقاعدة التي مصدرها التشريع ، لآنها الوحيدة التي تنشر بالجريدة الرسمية دون غيرها من المصادر الرسمية [١] .

المطلب الرابع

تمييزه عن الغلط

الغلط هو وهم اي اعتقاد خاطئ يقوم في ذهن المتعاقد فيدفعه للتعاقد[٢] ،فالغلط يفترض ان احد المتعاقدين اعتقد واقعة معينة على خلاف الحقيقة ، ولو كان يعلم بالحقيقة لما اقدم على ابرام العقد ، ولكي يتحقق الغلط لابد ان يكون جوهرياً اي دافعا للتعاقد ، فالمعيار هنا معيار ذاتي ينظر للمتعاقد نفسه وان يتصل بعلم المتعاقد الاخر ، ومن انواع الغلط ، الغلط في القانون ، اي لو علم المتعاقد بالقانون لتمسك به لا أن يستبعده .

يعد الغلط عيب من عيوب الارادة ، بينما لا يعد الجهل بالقانون من عيوب الارادة، فالغلط وان كان يتضمن جهلا بالقانون الا ان الجهل لوحده لا يكفي فلابد من توافر شروط التي نصت عليها القوانين لا بطال العقد[٣] .

ان الغلط قد ينصب على واقعة معينة كمن يشتري تمثالا اثريا ثم يتضح انه تمثالا عاديا وليس اثريا فان الغلط جوهريا واتصل بعلم المتعاقد الاخر كان له حق نقض العقد خلال مدة ثلاثة اشهر ، او ان يكون الغلط بإحكام القانون كمن يبع حصته من الميراث ويظنها الثلث وهي في الحقيقية النصف فان تبين له ذلك كان بمكانية الاستعانة بإحكام الغلط بالإجازة او النقض ، اما الجهل بإحكام القانون معناه ان الشخص لا يجوز له ان يحتج بعدم العلم بالقانون تهربا من احكامه ، فليس له ان يتخلص من تطبيق القانون بحجة عدم العلم ، اما في الغلط

[١])-عبد الباقي البكري وزهير البشير ، المرجع السابق ، ص١٠٢.

[٢])- د. عبد المنعم البدراوي ، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري ، ج١، مطبعة المدني ، القاهرة ، ١٩٧٥ ، ص٢٦٢ ومابعدها .

[٣])-د. حسن حرب اللصاصمة ، دراسات في المدخل الى العلوم القانونية ، ط١، دار الخليج للنشر والتزيع ، عمان ، ٢٠٠٤ ، ص٤٠ .

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

فمن وقع فيه يتمسك بتطبيق النص القانوني ولا يتهرب منه ، اي ان الغلط بالقانون يحقق اثرا معاكسا لما يحققه الاعتذار بالجهل بالقانون [١] .

المبحث الثاني

تأصيل عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون

يوجد اختلاف فلسفي فقهي حول عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون ، وكل بنى تأصيله على أمر ما واستند لأسانيد قانونية تدعم رأيه ، لذا اقتضى بنا ان نقسم هذا المبحث الى مطالب ، سنتناول في المطلب الاول القرينة القانونية، ونكرس في المطلب الثاني مبدأ العدل ، ونبين في المطلب الثالث الافتراض القانوني ونبين في المطلب الرابع القاعدة القانونية ونفرد للمطلب الخامس الضرورات العملية ونخصص في المطلب السادس رأي الباحث .

المطلب الاول

القرينة القانونية

القرينة القانونية هي استخلاص امر مجهول من امر معلوم يغلب تحققه لدى ثبوت الامر المعلوم[٢]، ويرى اتجاه من الفقه ان الجهل بالقانون لا يعد عذراً يجد اساسه في فكرة القرنية اي على الاحتمال الراجح الذي يغلب وقوعه[٣] ، وان كانت هذه القرينة تخالف الحقيقة احيانا الانها تتفق معه في اغلب الحالات، واختلف هذا الاتجاه في شأن هذه القرينة القانونية القابلة لإثبات العكس ام غير قابلة لإثبات العكس .

يرى اصحاب هذا الاتجاه ان تأسيس عدم جواز العذر على القرينة يحقق توازنا، فمن جهة تعد القرينة اقرب للعدالة، لان واقع الحال يوجد اشخاص لا يعلمون بوجود القاعدة القانونية والموازنة بين الضرورة الاجتماعية التي لا تسمح بتطبيق القانون بحجة عدم العلم ، ويرون اصحا ب هذا الاتجاه ان افضل تأسيس على القرينة طالما يوجد اشخاص لا يعلمون بالقاعدة

---

[١])- د. محمد حسين منصور ، المدخل الى القانون ، الكتب الاول – القاعدة القانونية ، دار النهضة العربية للطباعة والنشر ، بيروت ، ١٩٩٥ ، ص١٢٩ . د. ياسر باسم ذنون ، مجلة جامعة تكريت للعلوم الانسانية ، مجلد ١٢ ، اصدار خامس ، ٢٠٠٥ ، ص١٩٥ وما بعدها .

[٢])- نصت الماده (٩٨/ ف١) من قانون الاثبات رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ بالاتي ((القرينة القانونية هي استنباط المشرع امرا غير ثابت من امر ثابت لدية)) .

[٣])- د.حسن كيرة ، المرجع السابق ، ص ٣١٦ .

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

القانونية ، وهذا ما يفرضه واقع الحال و يتفق مع القرينة ، فالقرينة لا تبنى على فكرة اليقين بل على فكرة الاحتمال الراجح ، وينطبق ذلك على احتمال الراجح بعلم الاغلبية بصدور القانون ، وطالما نشر القانون بالجريدة الرسمية فقد علم به اكثر الاشخاص وتحقق المطلوب ، إذ ان العذر بالجهل بالقانون يعد متحققا على فكرة القرينة وتجعل من الاحتمال أمرا صحيحا [١] .

واختلف اصحاب هذا الاتجاه كما بيناه سلفا في تأسيس عدم جواز العذر بالقانون على فكرة قرينة قابلة لإثبات العكس ام قرينة غير قابلة لإثبات العكس ، وهي تقسم الى قسمين قرينة قانونية غير قابلة لإثبات العكس ولكن يمكن اثبات عكسها باليمين والاقرار طالما تتعلق بالصالح الخاص ، وقرينة غير قابلة لإثبات العكس تتعلق بالصالح العام لا يمكن اثبات عكسها ، وذهب رأي من الفقه على تأسيس على انها قرينة قابلة لإثبات العكس طالما كان في الامكان اثبات عكسها بالقوة القاهرة .

المطلب الثاني

مبدأ العدل

المبدأ او ما يسمى قاعدة القواعد القانونية ، ويعد المبدأ الفكرة العامة السائدة في المجتمع وترشد المشرع والقضاء، وهي لا تخلق قاعدة قانونية بل تسبق وجود القاعدة القانونية .

ان تأسيس لا يعد الجهل بالقانون عذرا على اساس مبدأ العدل والمساوة ، فخير تأسيس يرى اصحاب هذا الاتجاه على فكرة مبدأ المساواة وهذا يحقق بالتأكيد مبدأ العدل العام بين افراد المجتمع [٢]،فاحد اهم ما يبتغيه القانون تحقيق العدالة ، بل هي من اهم اغراضه سيادة النظام والامن ، فالعدالة تقتضي ان ينشر القانون ليطلع عليه الاشخاص ، لكي يمكن تطبيقه عليهم وبها تتحقق المساواة ، كي لا يقتصر تطبيق القانون على اشخاص دون الاخرين الذين

[١])- د. ابو زيد عبد الباقي مصطفى ، الافتراض ودوره في تطور القانون ، مطبعة دار التأليف ، مصر ، ١٩٨٠ .د. سمير عبد السيد تناغو،النظرية العامة للقانون ، منشاة المعارف، الاسكندرية ، دون ذكر سنة ال ، ص ٥٩٩.

[٢])- علي حميد الشكري ، المرجع السابق ، ص ١٩١ .

يتمسكون بالجهل ، وان اتاحة الفرصة للطعن بالجهل بالقانون سيؤدي الى خلق فوضى وضياع الامن .

وفي بدأ الامر لم يرد عبارة الجهل بالقانون لايعد عذرا بها نص قانوني فهي تعد مبدأ لذلك ، انما وردت اليها اشارات بصورة غير مباشرة في الدستور اوفي نصوص القوانين المدنية .

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

المطلب الثالث

الافتراض القانوني

بين اصحاب هذا الاتجاه ان عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون يستند على الافتراض القانوني او الحيلة وان كان تسمية الافتراض اقرب للمصطلح القانوني من الحيلة لاحتواء الحيلة على الغش والخداع ،فالافتراض وسيلة صياغية قانونية تكمن في روح النص دون ان تمس الفاظه تقوم بتبرير القاعدة القانونية او توسيعها اوانشائها [١] ،ليس من المنطق الصحيح القول بأن جميع الاشخاص قد علموا بالقاعدة القانونية ، فالواقع يفند ذلك، ويكذب كل ادعاء بالقول بذلك ، لذا لامناص من اللجوء الى افتراض يخالف الحقيقة بان جميع الاشخاص الموجه اليه الخطاب بالقاعدة القانونية قد علموا ، ووسيلة العلم هي النشر بالجريدة الرسمية (الوقائع العراقية) ، فالقانون يعد نافذا من خلال تلك الوسيلة [٢].فالافتراض القانوني يبرر اوضاع قانونية تخاف الحقيقة ونجد سندها في الافتراض القانوني ، فالافتراض عدم جواز العذر بالقانون يجد سنداً له وتبريره بالافتراض .

[١])- ايناس مكي ، المرجع السابق ،ص٤٤ .

[٢])- د.ياسر ذنون ، المرجع السابق ، ص ٢٠٥ .

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

المطلب الرابع

القاعدة القانونية

تعرف القاعدة القانونية بانها ((مجموعة من القواعد المنظمة لسلوك الافراد وعلاقاتهم داخل المجتمع ، والمقترنة بجزاء يكفل احترامها توقعه السلطة المختصة في الدولة على ما يخالف بما تقتضي به قواعد من سلوك واجب الاتباع))[١] .

نصت المادة السادسة من قانون النشر العراقي رقم ٧٨ لسنة ١٩٧٧على ان ((لا يعتد بالجهل بمضمون ما ينشر في (الوقائع العراقية))) .يعد على ذلك قاعدة عدم الاعتداد بالجهل بالقانون تشريعا ، ومن ثم تعد قاعدة قانونية لتوافر خصائص القاعدة القاعدة القانونية من انها قاعدة عامة مجردة اذ تخلو من انها تطبق على شخص معين باسمه او واقعة محددة بذاتها فهي تسري على جميع الاشخاص المخاطبين بحكمها وعلى جميع الوقائع التي تدخل في مضمونها ، وكما نعلم ان العموم لا يشترط سريانه على كل افراد المجتمع بل يشترط يخاطب الجميع بصفاتهم لا بذواتهم ، وهذا الشرط منطبق على موضوع بحثنا [٢] .

وكذلك انها قاعدة سلوك اجتماعية ، فهي تنظم سلوك الافراد في المجتمع ، وهي تهدف الى توجيه السلوك وجهة معينة وتبين ما ينبغي ان يكون عليه السلوك، وليس تقرير ما هو كائن ، وذلك بتحديد ما يجب فعله والامتناع عنه ، وهي تتضمن تكليف بالسلوك الواجب الاتباع صراحة او ضمنا فهي تعد قاعدة تقويمية، وهذا متوافر بعدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون كونه تتضمن بالتكليف ضمنا .

وكذلك تعد القاعدة القانونية قاعدة ملزمة وفيها جزاء قانوني ، والجزاء متحقق فيها منذ نشؤها، الا ان فاعليتها متوقف على واقعة النشر في الجريدة الرسمية ،فاذا تمت القاعدة القانونية بجميع خصائصها لا يمكن بعده الاعتذار بالجهل بالقانون ، وذلك لتعارضه مع خصائص

[١])- د. محمد حسن قاسم ، المدخل لدراسة القانون ، منشورات الحلبي ،بيروت ،٢٠١٢ ، ص٣٣ .

[٢])– د. نبيل ابراهيم سعد ود. محمد حسن قاسم ، المدخل الى القانون ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ٢٠٠٤ ، ص ٣٠ .

القاعدة القانونية ،وتهدف القاعدة القانونية بعدم التمسك بالجهل بالقانون الى تحقيق المساواة الجميع امام القانون وتهدف كذلك إلى سيادة القانون [١] .

المطلب الخامس

الضرورة العملية

يجد البعض ان تأصيل عدم جواز العذر بالقانون نجد تأصيله في الضرورات العملية المتجسدة في فكرة المساواة والعدل ، ففكرة المساواة توحي بانه يجب على الجميع ان يكونوا على علم بالقانون فلا يمكن التمسك بالجهل ولو كان حقيقيا ، طالما يوجد علم افتراضي ،ولا يمكن قبول الادعاء بالجهل فسوف يؤدي الى خلق الفوضى وضياع الامن وتقويض المجتمع ، فضلا عن قبول الجهل بالقاعدة القانونية سيؤدي الى انتفاء خاصية الالزام بالقاعدة القانونية ، لذا تأصيل عدم جواز العذر على المساواة يكفل لنا ذلك ويحقق لنا العدل ،فالعدل يقتضي نشر القانون ليطلع عليه جميع الأشخاص حتى يتسنى تطبيقه ، فالجميع يخضع لتطبيق القانون ، كي لا يكون تطبيق القانون على قسم من الاشخاص ويعفى القسم الاخر بدعوى الجهل ، وهذه من الضرورات التي يحتمها نظام المجتمع، ومن الضرورات الاجتماعية التي تؤدي للاستقرار القانوني فينبغي عدم سماع اي عذر بالجهل بالقانون ولو كان حقيقيا من اجل المصلحة العامة وهي تحقيق الاستقرار القانوني ، والمصلحة العامة تفرض علينا القول ان الجميع يعلمون بصدور القانون والا عم الفوضى والاضطراب في نطاق المعاملات [٢]

المطلب السادس

رأي الباحث

توجد عدة آراء لترجيح تأصيل عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون ، ولو ناقشانا لتوصلنا للراي الارجح من بين هذه الآراء ، فمن هذه الآراء من يسندها للضرورة العملية المتمثلة بالمساواة والعدل ، والحقيقة ان هذا أقرب للتبرير من التأصيل ،فهذا يعد من مبرراتها لا تأصيلها ، كما ان فكرة العدل والمساواة قد تبدو غير متحققة تماما ، اذا وجدنا ان شخص الامي

[١])– د. ياسر ذنون ، المرجع السابق ، ص٢٠٨ .

[٢] – ايناس مكي ، المرجع السابق ، ص٢٢٨ .

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

نحاسبه على القانون بمجرد نشره بينما الجهل بالقانون بالشخص المتخصص (القاضي) ان اصدر حكما جهلا به بالقانون لا يحاسب ولا يمكن مطالبته بالتعويض [١] .

اما تأصيل عدم جواز العذر بالجهل بالقانون، فنجد اساسه في القرينة القانونية ، واختلف في القرينة قابلة لأثبات العكس ام غير قابلة لإثبات العكس ، واي كان القول ، فالقرينة يجوز دحضها بالدليل العكسي ولكن لا يجوز لاحد ان يثبت جهله بصدور القانون وعدم علمه به ، كما ان عدم جواز العذر بالجهل بالقانون يتعلق بالحق ذاته بينما القرينة تتعلق بإثباته .

اما الافتراض القانوني ، فالاستناد الى الافتراض في حالة كونه مخالف للحقيقة بصورة كاملة فمخافة تحدث للواقع لتغيير حكم القانون ، بينما نجد ان عدم جواز العذر بالجهل بالقانون ، ان قسم من الاشخاص يعلمون بصدور القانون بينما القسم الاخر لا يعلمون بصدوره ، وان نشر القانون بالجريدة الرسمية لايعني مخالفة الواقع لحكم القانون ، كما ان قسم من الاشخاص يعلمون بصدور القانون بمجرد نشره في الجريدة الرسمية .

اما الرأي الذي يرى ان عدم جواز العذر بالجهل بالقانون هو مبدأ ، فنجد ان المبدأ يسبق وجود القاعدة القانونية ، وعدم جواز العذر بالقانون نص عليه المشرع فمثلا بالتشريع العراقي نص عليه في المادة السادسة من قانون النشر ، ويرى اتجاه من الفقه ان المبدأ لا يرد عليه استثناء بينما عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون عليه استثناء بالقوة القاهرة[١] .

ولعل ارجح الآراء ما قيل انه قاعدة قانونية لاحتوائها على خصائص القاعدة من عمومية وتجريد وجزاء قانوني وقاعدة سلوك اجتماعية ، وما نص المادة السادسة من قانون النشر الاخير دليل على ان عدم جواز العذر بالجهل بالقانون يعد قاعدة قانونية .

الخاتمة :

١- نجد ان التعريف الافضل لعدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون لا يعد عذرا هو((عدم احتجاج المخاطب بالقاعدة القانونية بعدم معرفته بها)).

2-من تبريرات عدم جواز العذر بالجهل بالقانون ان العلم الافتراضي للقانون ينقذنا من مشكلة فوضى الاثبات.

٣- من الصعوبات التي تتعلق بعدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون في ان القاعدة القانونية تتميز بخاصية العمومية والتجريد ، والقانون لابد من سريانه على كافة الاشخاص ، وان اشتراط علم

[١])- د. سمير تناغو ، المرجع السابق ، ص٦٠٦ .

الحقيقي لجميع الاشخاص بالقانون قد يكون امرا مستحيلاً، فالاستحالة تكمن بعلم الجميع كما انه متعذر ان نتأكد حقيقة جهل من يدعي عدم علمه بالقانون.

4-ان نطاق القاعدة يكون في يكون في القواعد القانونية الرسمية، وكذلك يشمل القواعد القانونية ايا كان صفتها امرة ام مكملة, والاستثناء على قاعدة عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون يكون من خلال النص عليها او القوة القاهرة .

5- يختلف الغلط عن عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون بعدة امور منها، في ان من يقع في الغلط يتمسك بتطبيق النص القانوني ولا يتهرب منه ، فالغلط بالقانون يحقق اثرا معاكسا لما يحققه الاعتذار بالجهل .

6-ان تأصيل عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون على الضرورات العملية هو اقرب للتبرير من التأصيل .

٧-ان التأصيل الفلسفي على الافتراض القانوني الذي يبنى تأصيله على مخالفة الحقيقة الكاملة يخالف الواقع من ان قسم من الاشخاص يعلمون حقيقة بصدور القانون .

٨-ان تأصيل هذه القاعدة الارجح يكون من خلال انها قاعدة قانونية موضوعية بتوافر خصائص القاعدة ، اما القول بان تأصيلها على المبدأ او القرينة القانونية لهو قول بعيد عن خصائص قاعدة عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون .

المراجع :

اولا- الكتب

١-د. ابراهيم ا دسوقي ابو الليل ، اصول القانون ،دار النهضة العربية ، مؤسسة الصباح ، الكويت ، دون ذكر سنة الطبع .

٢-د. ابو زيد عبد الباقي مصطفى ، الافتراض ودوره في تطور القانون ، مطبعة دار التأليف ، مصر ، ١٩٨٠.

٣-د. توفيق حسن فرج ، المدخل للعلوم القانونية، القسم الاول – النظرية العامة للقانون ، الدار الجامعية للطباعة والنشر ، الاسكندرية ،١٩٩٣.

٤-د. حسن حرب اللصاصمة ، دراسات في المدخل الى العلوم القانونية ، ط١، دار الخليج للنشر والتزيع ، عمان ، ٢٠٠٤ .

[١])- د. عوض احمد الزغبي ، المرجع السابق، ص٢٨ .

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

٥- .د. سمير عبد السيد تناغو،النظرية العامة للقانون ، منشاة المعرفة ، الاسكندرية ، دون ذكر سنة الطبع .

٦- عبد الباقي البكري وزهير البشير ، المدخل لدراسة القانون ،ط١،مكتبة السنهوري ، بغداد ، ٢٠١٢.

٧-د. عبد الرزاق السنهوري ود. احمد حشمت ابو ستيت ، اصول القانون ،دار الفكر العربي للنشر ، مصر ، ١٩٥٢.

٨-د.عبد المنعم البدراوي ، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري ، ج١، مطبعة المدني ، القاهرة ، ١٩٧٥ .

٩-د. عبد المنعم فرج الصدة ،اصول القانون ، دار النهضة العربية ، بيروت ، بدون ذكر سنة الطبع .

١٠- د. عوض أحمد الزغبي ، المدخل الى علم القانون ، ط١، اثراء للنشر والتوزيع ، الاردن ، ٢٠١٠.

١١- د.محمد حسين منصور ، المدخل الى القانون ، الكتب الاول – القاعدة القانونية ، دار النهضة العربية للطباعة والنشر ، بيروت ، ١٩٩٥ .

١٢- د. محمد حسن قاسم ، المدخل لدراسة القانون ، منشورات الحلبي ،بيروت ،٢٠١٢ .

١٣- د. محمود السقا ، المنطق القانوني والمنطق القضائي –دراسة نظرية تطبيقية ، دار الثقافة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠١ .

١٤- نبيل ابراهيم سعد ود. محمد حسن قاسم ،المدخل الى القانون ،منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ،٢٠٠٤ .

ثانيا البحوث والاطاريح

١-ايناس مكي عبد نصار ، الافتراض القانوني –دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي -، اطروحة مقدمة لجامعة كربلاء – كلية القانون ،٢٠١٧ . .

٢- علي حميد كاظم الشمري ، استقرار المعاملات المالية –دراسة مقارنة- ، اطروحة مقدمة لكلية القانون لجامعة كربلاء كلية القانون ، ٢٠١٤.

٣- هدير شلال شناوة، العلم واثره في التصرفات القانونية (دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي)، اطروحة دكتوراة مقدمة لجامعة كربلاء – كلية القانون ،٢٠١٩ .

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

٤-د. ياسر باسم ذنون ، مجلة جامعة تكريت للعلوم الانسانية ، مجلد ١٢ ، اصدار خامس ، ٢٠٠٥ .

ثالثا- القوانين

١- الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ .
٢- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل .
٣- قانون النشر في القوانين رقم ٥٩ لسنة ١٩٢٦ الملغي .
٤- قانون النشر في الجريدة الرسمية رقم ٧٨ اسنة ١٩٧٧ .
٥- قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل .

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

دور المحكمة الاتحادية العليا في تحقيق الأمن القانوني للتشريعات المالية والاقتصادية

ا.د. سناء محمد سدخان
كلية الحقوق / جامعة النهرين

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

الملخص:

يعد القضاء الدستوري في العراق المتمثل بالمحكمة الاتحادية العليا صمام الأمان لضمان دستورية القوانين وعدم مخالفتها للنصوص الدستورية، كذلك الحال بالنسبة لتفسير النصوص الدستورية لإزالة الغموض والريبة عنها.

ولأهمية القوانين المالية والاقتصادية وتعلقها بالحقوق والحريات العامة المالية والاقتصادية وتماس الأخيرة مع حياة الافراد وواقعهم الاقتصادي، فقد تصدت المحكمة الاتحادية لحماية وضمان تلك الحقوق من خلال الطعون المظورة أمامها لإقرار عدم دستورية بعضها وتأكيد دستورية البعض الآخر، هذا وإن المحكمة الاتحادية قد سعت منذ بداية تأسيسها على تأكيد مبدأ الأمن القانوني من خلال الحرص على عدم رجعية القوانين وسريانها من تاريخ نفاذها الا اذا نص القانون على خلاف ذلك، وكذلك يجب ان تكون القوانين المتعلقة بالشؤون المالية والاقتصادية تتسم بالوضوح وتصل الى علم المخاطبين لها بيسر وسهولة.

والأكثر من ذلك احترام الحقوق المكتسبة جراء تطبيق هذه القوانين لأنها رتبت مركزاً قانونياً للأفراد، كذلك الاهتمام بالصياغة التشريعية وفقاً للقواعد المحددة لها؛ اذ إن تطبيق مبدأ الأمن القانوني من قبل المحكمة الاتحادية العليا بوصفها الجهة الحامية للدستور سوف يؤمن حماية القوانين ذات العلاقة بالشؤون المالية والاقتصادية.

Abstract:

The constitutional judiciary in Iraq, represented by the Federal Supreme Court, is the safety valve to ensure the constitutionality of laws and not to violate the constitutional texts, as well as the interpretation of constitutional texts to remove ambiguity and suspicion.

Because of the importance of financial and economic laws and their relation to public financial and economic rights and freedoms and the connection of the latter with the lives of individuals and their economic reality, the Federal Court has addressed the protection and guarantee of

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

those rights through the appeals before it to establish the unconstitutionality of some of them and to confirm the constitutionality of others, and that the Federal Court has sought since the beginning of its establishment to Emphasizing the principle of legal security by ensuring that laws are not retroactive and effective from the date of their entry into force, unless the law stipulates otherwise. Also, laws related to financial and economic affairs must be clear and accessible to the addressees with ease and ease.

More than that, respect for the rights acquired as a result of the application of these laws because they arranged a legal status for individuals, as well as attention to legislative drafting in accordance with the rules specified for them; As the application of the principle of legal security by the Federal Supreme Court as the protector of the constitution will secure the protection of laws related to financial and economic affairs.

المقدمة :

في ظل التقدم العلمي والتكنلوجي المتزايد وازدياد وتطور الحركة الاقتصادية في العالم بشكل عام وفي العراق بشكل خاص في ظل الانفتاح على العالم الخارجي والذي تجسد ذلك في دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ في المواد ٢٥ و٢٦ والتي اشارت الى تنوع الاقتصاد العراقي وتشجيع الاستثمار وكذلك الحال فيما يخص السياسة المالية .لذلك كان ولابد من وجود قضاء دستوري متخصص يكون حاميا للمشروعية في المجالات المالية والاقتصادية والذي تجسد من خلال المحكمة الاتحادية العليا التي لعبت دورا بارزا في تحقيق الأمن القانوني للتشريعات المالية والاقتصادية. ان الامن القانوني لتلك التشريعات يتحقق من خلال مجموعة من المبادئ والاحكام . والتي تتمثل باستقرار القواعد القانونية و وضوحها بحيث يطمئن الافراد على نطاق سريان هذه القواعد و ان تصل هذه القواعد القانونية الى علم جميع المخاطبين بها بشكل واضح و صريح كما ان التشريعات يجب ان تصاغ صياغة تشريعية سليمة بعيدة عن اللبس و الغموض و ان كان ذلك مهما و مطلوبا في كافة التشريعات و منها التشريعات الاقتصادية المالية للتوضيح دور المحكمة الاتحادية في تحقيق الامن القانوني للتشريعات المالية.

أهمية الدراسة:

تبرز اهمية الدراسة من اهمية التشريعات المالية الاقتصادية والتي لها الاثر الكبير على الحكومة و الافراد في ذات الوقت من خلال مساس تلك التشريعات بحياة الافراد و كذلك

دورها في الاصلاح الاقتصادي للبلد بما يضمن التوازن بين المصلحتين العامة المتمثلة بالدولة و مصلحة الافراد في كيفية التعامل مع تلك التشريعات.

إشكالية الدراسة:

تتمحور اشكالية الدراسة في الاجابة على التساؤلات الاتية

١. ما هو اثر انعدام الامن القانوني على التشريعات المالية الاقتصادية ؟

٢. ماهي ابرز اتجاهات المحكمة الاتحادية في تحقيق الامن القانوني للتشريعات المالية والاقتصادية ؟

٣. ماهي اجتهادات المحكمة الاتحادية العليا في العراق حول التشريعات المالية و الاقتصادية

٤. ما هو اثر الامن القانوني في حسن تنفيذ التشريعات المالية و الاقتصادية

٥. دور المحكمة الاتحادية في الموائمة بين التشريعات المالية و الاقتصادية الاتحادية والمحلية ؟

هدف الدراسة:

تهدف هذه الدراسة الى تسليط الضوء على دور المحكمة الاتحادية في العراق في تحقيق الامن القانوني للتشريعات المالية و الاقتصادية و ذلك من خلال التعرض على اتجاهات المحكمة الاتحادية في كيفية تحقيق الامن القانوني و ما هي اجتهادات المحكمة حول التشريعات المالية و الاقتصادية لا سيما في ما يتعلق بتحقيق التوازن التشريعي بين سلطات الدولة و كذلك الضرائب والرسوم و العائدات النفطية و مسار و اتجاه الاقتصاد العراقي.

منهجية الدراسة:

سيتم اتباع المنهج التحليلي المقارن من خلال تحليل النصوص القانونية و استقرائها من خلال دراسة النصوص العامة للوصول الى الجزئيات الدقيقة ،فضلا عن تحليل الاحكام القضائية و التعليق عليها مع تعزيز البحث بالجوانب العملية التطبيقية.

هيكلية الدراسة:

سيتم بحث هذا الموضوع من خلال تقسيمه على مبحثين: سنبين في المبحث الاول التعريف بالمحكمة الاتحادية العليا والأمن القانوني، وذلك من خلال مطلبين: المطلب الاول للتعريف بالمحكمة الاتحادية و الثاني للتعريف بالأمن القانوني.

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

وسنخصص المبحث الثاني لبيان اجتهادات المحكمة الاتحادية في تحقيق الامن القانوني للتشريعات المالية و الاقتصادية، مخصصين في ذلك المطلب الاول للبحث في دور المحكمة الاتحادية في تحقيق الامن القانوني للتشريعات المالية والمطلب الثاني لدور المحكمة الاتحادية في تحقيق الامن القانوني للتشريعات الاقتصادية.

ونختم البحث بخاتمة تتضمن اهم الاستنتاجات و المقترحات التي تم التوصل اليها..

والله ولي التوفيق

المبحث الأول (التعريف بالمحكمة الاتحادية والأمن القانوني)

على الرغم من حداثة القضاء الدستوري في العراق، اذ تم تأسيس المحكمة الاتحادية العليا في العراق لتكون الجهة الممثلة للقضاء الدستوري، وخلال الحقبة الاخيرة من عمرها استطاعت لعب دور بارز في الحياة القانونية والسياسية على حد سواء من خلال ممارستها بالرقابة على دستورية القوانين والمهام والاختصاصات المحددة لها في المادة ٩٣ من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥،وهذه المساهمة برزت من خلال تحقيق الامن القانوني في مجال التشريعات المالية والاقتصادية بوصفها اكثر تماساً مع مصالح الافراد من جهة ومصالح الدولة من جهة أخرى؛ لذا كان وللا بد ان تكون هذه القوانين تتسم بالوضوح والاستقرار وعدم الرجعية واحترامها للحقوق المكتسبة.

وعليه سنتناول هذا الموضوع من خلال تقسيم المبحث على مطلبين، وعلى النحو الآتي:

المطلب الأول/التعريف بالمحكمة الاتحادية العليا

تعد المحكمة الاتحادية العليا اعلى محكمة في العراق مختصة بالنزاعات الدستورية والفصل فيها، أنشئت بالقانون رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥ وفق احكام المادة ٩٣ من الدستور، وهي مستقلة بشكل كامل عن القضاء العادي ولا يوجد اي ارتباط بينهمان وينظم عملها من خلال دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ وقانونها رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥ المعدل بالقانون رقم ٢٥ لسنة ٢٠٢١، وتعد قراراتها باتة وملزمة للسلطات كافة استناداً لأحكام المادة ٩٤ من الدستور.

ولغرض الإحاطة بهذا الموضوع سيتم تقسيم هذا المطلب على فرعين، يتناول الأول تشكيل المحكمة الاتحادية ويخصص الثاني لاختصاصات المحكمة الاتحادية العليا.

الفرع الأول/تشكيل المحكمة الاتحادية العليا

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

تعد المحكمة الاتحادية العليا اعلى هيئة قضائية في العراق بما تملكه من اختصاصات مهمة ودقيقة، لذلك تم مراعاة تشكيلها بالشكل لذي يضمن تأدية هذه الاختصاصات.

وتتتكون المحكمة الاتحادية العليا من رئيس ونائب له وسبعة أعضاء أصليين من قضاة الصنف الاول المستمرين بالخدمة ممن لا تقل خدمتهم الفعلية في القضاء عن (١٥)خمس عشرة سنة، بالاضافة الى ثلاثة أعضاء احتياط غير متفرغين بالمواصفات نفسها[١].

أما عن كيفية ترشيح قضاة المحكمة الاتحادية العليا فيتولى رئيس مجلس القضاء الاعلى ورئيس المحكمة الاتحادية العليا ورئيس جهاز الادعاء العام ورئيس جهاز الاشراف القضائي ، اختيار رئيس المحكمة ونائبه والاعضاء من بين القضاة المرشحين مع تمثيل الاقاليم في تكوين المحكمة وترفع اسماؤهم الى رئيس الجمهورية لاصدار المرسوم الجمهوري بالتعيين خلال مدة اقصاها (١٥) خمسة عشر يوماً من تأريخ اختيارهم[٢].

ومن خلال الاطلاع على النصوص القانونية الخاصة بتشكيل المحكمة الاتحادية العليا يتبين الملاحظات الآتية:

١- يتم اختيار اعضاء المحكمة الاتحادية العليا بشكل متساوي والمفروض ان يكون ذلك من خلال لجنة مشكلة لهذا الغرض.

٢- كان من المفترض ان يتم عرض القضاة المرشحي على مجلس النواب للتصويت عليهم أسوة بقضاة محكمة التمييز الاتحادية.

٣- جعل رئيس المحكمة الاتحادية من بين الاعضاء ولم يبين من هو المقصود هل السابق أم غيره؟

ويعد اصدار المرسوم الجمهوري بتعيين رئيس واعضاء المحكمة الاتحادية العليا بعد ادائهم اليمين الدستورية امام رئيس الجمهورية ويحالون على التقاعد عند اتمامهم ٧٢ سنة، ولم تتطرق الى المعيار الذي حدد من خلاله العمر بهذا السن[٣].

وقد جاء في تعديل قانون المحكمة الاتحادية العليا ان يراعى في تكوين المحكمة التوازن الدستوري بين مكونات الشعب العراقي، أي ان تكوين المحكمة سوف يدخل فيها المحاصصة والتقسيمات الجغرافية والمذهبية، مع ملاحظة ان التعديل الاول لقانون المحكمة الاتحادية قد

---

(١) ينظر نص المادة ٣/اوللاً من قانون التعديل الاول لقانون المحكمة الاتحادية رقم ٢٥ لسنة ٢٠٢١.

(٢) ينظر نص المادة ٣/ثانياً من قانون التعديل الاول لقانون المحكمة الاتحادية رقم ٢٥ لسنة ٢٠٢١.

(٣) د. غانم عبد دهش عطية، المحكمة الاتحادية واتجاهاتها الحديثة في ميزان الفقه الدستوري، ط١، ٢٠٢١، ص ٤٥.

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

اغفل ما ورد في نص المادة ٩٢/ ثانياً من الدستور الذي نص على أن: ((تتكون المحكمة الاتحادية العليا من عدد من القضاة وخبراء في الفقه الاسلامي وفقهاء القانون، يحدد عددهم وتنظم طريقة اختيارهم وعمل المحكمة بقانون يسن باغلبية ثلثي اعضاء مجلس النواب)).

ولكن وفقاً لهذا التعديل اشار الى القضاة فحسب ولم تراعي خبراء الفقه الاسلامي والقانوني، واذا كان هؤلاء من ضمن تشكيلة المحكمة الاتحادية فيعد تشكيلها ناقصاً وفقاً لهذا النص، وبالتالي فإن الاشكالية في قانون المحكمة الاتحادية العليا يجب حلها من خلال تشريع قانون متكامل لهذا الغرض.

الفرع الثاني/اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا

هناك جملة من الاختصاصات للمحكمة الاتحادية العليا في العراق اشارت إليها المادة ٩٣ من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥، وهي كالآتي[١]:

١- الرقابة على دستورية القوانين والانظمة النافذة.

٢- تفسير نصوص الدستور

٣- الفصل في القضايا التي تنشأ عن تطبيق القوانين الاتحادية والقرارات والانظمة والتعليمات والاجراءات الصادرة عن السلطة الاتحادية، ويكفل القانون حق كل من مجلس الوزراء وذوي الشأن من الافراد وغيرهم حق الطعن المباشر لدى المحكمة.

٤- الفصل في المنازعات التي تحصل بين الحكومة الاتحادية وحكومات الاقاليم والمحافظات والبلديات والادارات المحلية.

٥- الفصل في المنازعات التي تحصل فيما بين حكومات الاقاليم أو المحافظات.

٦- الفصل في الاتهامات الموجهة إلى رئيس الجمهورية ورئيس مجلس الوزراء والوزراء وينظم ذلك بقانون.

٧- المصادقة على النتائج النهائية للانتخابات العامة لعضوية مجلس النواب.

٨- أ/ الفصل في تنازع الاختصاص بين القضاء الاتحادي والهيئات القضائية للاقاليم والمحافظات غير المنتظمة في اقليم.

ب/ الفصل في تنازع الاختصاص فيما بين الهيئات القضائية للاقاليم أو المحافظات غير المنتظمة في اقليم.

---

(١) د. صعب ناجي عبود، محاضرات في القضاء الاداري القيت على طلبة الدكتوراه في معهد العلمين للعام للدراسي ٢٠٢٠-٢٠٢١.

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

ومن خلال الاطلاع على هذه الاختصاصات نجد أنها قد دارت حولها كثيرمن الملاحظات والجدالات القانونية، ومن ضمنها:

١- فيما يخص الرقابة على الانظمة، اصبح هناك تداخل بين اختصاصها واختصاص القضاء الاداري، وبالتالي أي الأنظمة تخضع الى اختصاص كل منهما.

٢- جعلت المادة اختصاص المحكمة الاتحادية في الفصل في المنازعات الناشئة عن تطبيق القوانين الاتحادية والقرارات والانظمة والتعليمات والاجراءات الصادرة عن السلطة الاتحادية من اختصاص القضاء الاداري، اي سوف يصبح هناك تنازع في الاختصاص، وإن ذهب جانب من الفقه الى ان المقصود بهذه القرارات هي القرارات التشريعية، اما الانظمة فهي الانظمة المستقلة الصادرة عن السلطة التنفيذية.

كما انه لم يتم تحديد المقصود بالإجراءات، وهل يجوز الطعن بالإجراءات التي هي مرحلة من مراحل اصدار القرارات والقوانين[١]، وبالتالي فإن هذا اللبس يحتاج الى توضيح، سيما وأن المحكمة الاتحادية في بعض الحالات اصدرت قرارات بعدم اختصاصها في النظر ببعض القرارات، كالمراسيم الخاصة بالعفو الخاص وعدتها قرارات ادارية خارج اختصاصها وينعقد الاختصاص فيها الى القضاء الاداري[٢].

المطلب الثاني/ التعريف بالأمن القانوني

يعد مبدأ الامن القانوني أهم الأسس التي يقوم عليها بناء الدولة القانونية، لأن فكرة لامن القانوني تعني التزام الدولة من خلال مؤسساتها العامة لتحقيق الاستقرار في القواعد القانونية بحيث يطمئن الأفراد من خلال تصرفاتهم القانونية الى استقرار المراكز القانونية الخاصة بهم، والابتعاد عن كل ما من شانه التأثير أو المس بهذا الاستقرار.

وعليه سوف نتناول موضوع الأمن القانوني من خلال تقسيم هذا المطلب على فرعين، وعلى النحو الآتي:

الفرع الأول/ تعريف الأمن القانوني

---

(١) ينظر نص المادة ٣٠٦ من قانون اصول المحاكمات الجزائية رقم ٢٣ لسنة ١٩٧١.

(٢) د.علي مجيد العكيلي، مبدأ الامن القانوني بين النص الدستوري والواقع العملي، المركز العربي للنشر والتوزيع، ص١٤.

ان مفهوم الامن القانوني من المبادئ الحديثة نسبياً اذا ما تم مقارنته بالاصلاحات القانونية الاخرى، الا ان له جذوره التاريخية العميقة، فقد سعت الدول الى ايجاد قواعد قانونية واضحة وصريحة تصل الى علم المخاطبين بها.

وعند تعريف الامن القانوني لا بد من تعريفه تشريعياً وفقهياً وقضائياً، وعلى الرغم من ان المشرع غير ملزم بوضع التعريفات وتركها للفقه والقضاء، فنجد هناك من الدلالات الدستورية والقانونية التي يمكن استخلاصها من النصوص الدستورية كمبدأ سيادة القانون والفصل بين السلطات والمبادئ الخاصة بالحقوق والحريات الاساسية للأفراد، وكذلك المبادئ القانونية مثل عدم رجعية القوانين، وقاعدة الجهل بالقانون ليس بعذر[١].

اما التعريف الفقهي فقد عرفه البعض بأنه إشاعة الأمن والطمأنينة بين الافراد من خلال استقرار المراكز القانونية والثبات النسبي والعلاقات القانونية، وعرفه البعض بأنه الثبات والاستقرار للعلاقات القانونية لغرض اشاعة الامن والطمأنينة بين اطراف العلاقات القانونية سواء كانت أشخاص قانونية عامة او خاصة[٢].

اما التعريف القضائي فقد تناوله مجلس الدولة الفرنسي في أحد قراراته وهي أن تكون القواعد المقررة واضحة ولا تخضع في الزمان الى تغييرات متكررة او غير متوقعة[٣].

وقد لعبت أسس مبدأ الأمن القانوني ولا سيما في العراق دوراً بارزاً خاصة في ظل عدم استقرار القوانين والأحكام وكثرة التعديلات الواردة عليها، ولكن صدرت العديد من الأحكام والآراء والفتاوى التي من شأنها ان ترسخ لقواعد ثابتة ومستقرة في جميع المجالات، سواء ما تعلق منها بوجوب وضوح القواعد القانونية واحترام الحقوق المكتسبة، وأن تصل هذه القواعد القانونية الى علم المخاطبين بها بشكل واضح وصريح.

الفرع الثاني/ مبادئ الأمن القانوني

(١) ينظر المواد ١٤-٢٢-٣٧ من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥.

(٢) د. احمد عبد الحسيب، العدالة التشريعية في ضوء فكرة توقع المشرع، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية ٢٠١٧، ص ٢٣.

(٣) احمد امين عارف، مبدا الامن القانوني وتطبيقاته في التشريع العراقي، اطروحة دكتوراه، كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة كركوك، ٢٠٢٠، ص ١٢٣.

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

هناك مجموعة من المبادئ التي تحكم الأمن القانوني وتشكل بمجموعها الركائز الاساسية التي يقوم عليها الامن القانوني، وهذه المبادئ هي:

أولاً (قاعدة اليقين القانوني): ويقوم هذا المبدأ على جملة عناصر أساسية وهي أن تكون النصوص مكتوبة بوثيقة رسمية وفقاً للإجراءات المحددة لها سواء كانت بقانون أو أنظمة او تعليمات، كما يجب ان تكون واضحة وصريحة بعيدة عن اللبس والغموض والتعارض والتناقض، ويمكن من خلال تفسيرها الوصول الى المعنى الحقيقي لها بعيداً عن التفسير الذي يخرجها من قواعد المشروعية[١].

وكذلك ان تحقق هذه النصوص العدالة بين افراد المجتمع بما يحقق لمساواة بينهم في تطبيق هذه القواعد القانونية وعدم محاباة أو مجاملة أية جهة أو فرد على حساب الآخر، اضافة الى سعي المشرع الى تحقيق المصلحة العامة التي يجب تغليبها على أية مصلحة أخرى[٢].

ثانياً (قاعدة الحقوق المكتسبة): وهي ترتبط بمبدأ آخر وهو عدم رجعية القوانين، اي ان القوانين تعد سارية من تاريخ نفاذها الا اذا وجد ما يعارض ذلك، والحق المكتسب هو ما دخل في ذمة الشص نهائياً ولا يصح لأي شخص آخر انتزاعه منه، ويستطيع التمسك به والدفاع عنه امام القضاء، او هو المصلحة التي يحميها القانون ويستطيع الشخص الدفاع عنها امام القضاء سواء كان ذللك بدعوى ام بدفع[٣].

وبالتالي فإن المراكز القانونية سوف تكون عرضة للتغيير وعدم الاستقرار اذا كانت تسري بأثر رجعي، اذ انها ستتعرض للانتهاك فيما لو جاءت نصوص جديدة تتعارض مع سابقاتها.

ثالثاً (مبدأ الصياغة التشريعية): وتعني نصية القواعد القنونية ونفاذها وفقاً لقواعد أصولية مضبوطة من شانها تلبية حاجات تستدعي التنظيم في سلوك الافراد والجماعات والهيئات، وتكتسب أهمية الصياغة التشيعيةفي مجال الدراسات القانونية سواء في مرحلة الانشاء او التطبيق، بل انها اصبحت مادة تدرس في اغلب كليات القانون، وتحرص الدول ومنها العراق على ايجاد جهات متخصصة تتولى الصياغة التشريعية للقوانين والانظمة والتعليمات، اذ اشارت المادة ٥/ أولاً من قانون مجلس الدولة رقم ٧١ لسنة ٢٠١٧ الى ان من ابرز مهامها

(١) د. مازن ليلو راضي، اليقين القانوني من خلال لوضوح وسهولة الوصول الى القانون، بحث منشور، مجلة العلوم القانونية، جامعة بغداد، ع١، ٢٠١٩، ص ٨

(٢) احمد عبد الحسين، مرجع سابق، ص ٢٨

(٣) د. زياد خالد المفرجي، الحق المكتسب في القانون الاداري، دون ذكر دار نشر، ٢٠٠٨، ص٧.

هي: ((اعداد وصياغة مشروعات التشريعات المتعلقة بالوزارات او الجهات غير المرتبطة بوزارة)) [١].

ولا بد من القول انه لا يمكن ان يكون هنالك استقرار في القواعد او المراكز القانونية اذا لم تكن النصوص القانونية مصاغة بشكل قانوني بعيد عما يشوبه من عيوب وأخطاء وهفوات.

المبحث الثاني (اتجاهات المحكمة الاتحادية العليا في تحقيق الامن القانوني للتشريعات المالية والاقتصادية)

ان التشريعات المالية والاقتصادية من الامور المهمة المؤثرة والمتأثرة بالأمن القانوني، وان استقرار هذه التشريعات يؤدي الى استقرار المراكز القانونية؛ لذلك لعبت المحكمة الاتحادية العليا دوراً في تحقيق الامن القانوني للتشريعات المالية والاقتصادية من خلال قراراتها واحكامها بهذا الصوص، وذلك لتعلقها بحياة الافراد وتأثيرها في كافة القطاعات.

وعليه سنتناول هذا الموضوع من خلال تقسيم المبحث على مطلبين، وعلى النحو الآتي:

المطلب الأول/اتجاهات المحكمة الاتحادية في تحقيق الامن القانوني للتشريعات المالية

تمثل الرقابة على دستورية القوانين المالية خصوصية معينة من خلال الدور الكبير الذي تقوم به المحكمة الاتحادية في تنظيم التشريعات المالية التي تتعلق بالإيرادات العامة للدولة او تلك التي تتعلق بأوجه الانفاق المختلفة كما هو الحال في التشريعات المتعلقة بالموازنة العامة للدولة او التشريعات المتعلقة بالضرائب والرسوم.

وعليه سنتناول هذا الموضوع من خلال تقسيم هذا المطلب على فرعين، وعلى النحو الآتي:

الفرع الأول/اتجاهات المحكمة الاتحادية العليا في تحقيق الامن القانوني لقانون الموازنة العامة والتشريعات ذات الجانب المالي

تعرف الموازنة العامة للدولة بأنها برنامج مالي تقديري لنفقات الدولة وإيراداتها العامة تعتزم الدولة تنفيذه في سنة مالية قادمة ومترجم لأهداف الدولة الاقتصادية والاجتماعية والسياسية ويستوجب التصديق عليه واجازته من السلطة التشريعية[١].

(١) د. محمد عوض رضوان، الاتجاهات الحديثة في تطور الموازنة العامة، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٩، ص٦.

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

وتقوم الموازنة العامة للدولة على عدة مرتكزات تتمثل بإعداد مشروع الموازنة المتمثل بالايرادات المتوقع الحصول عليها والمبالغ التي تتوقع الدولة نفقتها للنهوض بواجباتها تجاه مواطنيها واقرار الموازنة من قبل السلطة التشريعية واعتمادها بشكل نهائي واحالتها للسلطات المختصة لإصداره ونشره.

ويعد قانون الموزانة العامة من القوانين المهمة التي تسبب عدم اقرارها او التأخر في ذلك أثراً على الوضع الاقتصادي والخدمي للبلد في مختلف القطاعات؛ لذلك لعبت المحكمة الاتحادية دوراً في تصحيح مسار الموازنة العامة للدولة من خلال القرار رقم ١٧/اتحادية/٢٠٢٧ في٢٠١٧/٨/٢١ بشأن دعوى الطعن ببعض نصوص الموازنة العامة للدولة، حيث اقرت المحكمة الاتحادية عدم دستوريتها كون ان مجلس النواب تخطى الاختصاص الوارد في المادة ٦٢ من الدستور وزاد اعباء مالية على قانون الموازنة العامة للدولة دون الرجوع الى مجلس الوزراء، وهذه القوانين هي:

١- المادة ٢/أولاً التي الزمت الحكومة بإصدار سندات خزينة لتسديد المبالغ المستحقة للمحافظات المنتجة للنفط او الغاز الطبيعي.

٢- المادة ٨/خامساً التي تضمنت تخصيصات القوات البرية الاتحادية وعدها جزءاً من القوات الامنية وليس القوات البرية وعدم تحديد اعداد البيشمركة حسب النسب السكانية.

٣- المادة ١١/ثالثاً بشأن اضافة وزارتي الكهرباء والهجرة والمهجرين من الجهات المستثناة عن ايقاف التعيينات واشغال الدرجات الشاغرة من حركة الملاك دون تخصيص مالي.

٤- المادة ١١/خامساً/ج الخاص بالدرجات الشاغرة للوزارة دون تخصيص مالي ما يترتب عليه عند التعيين زيادة الانفاق المالي.

٥- المادة ١٤/خامساً حول قرار مجلس الوزراء رقم ٣٤٧ لسنة ٢٠١٥ لمتعلق بالمشاريع الاستثمارية المتوقفة التي اجاز بقاءه او الغاءه تبعاً للظرف دون الرجوع الى مجلس الوزراء.

٦- المادة ٢٤/ج الخاص بمنح الوزارات والجهات الاخرى في مجالس المحافظات فرض رسوم وخدمات جديدة عدا لرسوم السيادية وتخصيص ٥٠% منها الى الوحدات الادارية التي قامت بجبايتها، اذ لم يكن هذا النص موجوداً في المشروع المقدم من رئاسة مجلس الوزراء.

ومن قرارات المحكمة كذلك ما يتعلق بعدم دستورية المادة ٣٣/أ من قانون الموازنة الاتحادية لعام ٢٠١٥ الخاص بفرض مجلس النواب ضريبة بنسبة ٣٠٠% على الكاز والمشروبات

(١) ينظر قرار المحكمة الاتحادية العليا، منشور على الموقع الرسمي (www.iraqfsc.iq)

الكحولية دون الرجوع الى السلطة التنفيذية مخالفاً بذلك نص المادة ٤٧ من الدستور وتجوزاً لصلاحيات مجلس الوزراء في المادة ٨٠/أولاً منه.

ومن القوانين المالية الاخرى قانون التقاعد الموحد رقم ٩ لسنة ٢٠١٤، حيث اقرت المحكمة عدم دستورية المادة ٣٧ والمادة ٣٨/ثالثاً منه لقيام مجلس النواب بتعديل المادتين اعلاه دون الرجوع الى مجلس الوزراء مما زاد من الاعباء المالية على الدولة[١].

الفرع الثاني/اتجاهات المحكمة الاتحادية العليا في تحقيق الامن القانوني في مجال قوانين الضريبة والرسوم

تعرف الضريبة بأنها فريضة نقدية اجبارية تجبيها الدولة دون مقابل من المكلفين بها قانوناً مشاركة منهم ي تحمل الاعباء العامة دون الحصول على مقابل او منفعة خاصة[٢]، اما الرسم فيعرف بأنه مبلغ من النقود يدفعه الفرد مقابل انتفاعه بخدمة معينة تؤديها له يحقق في ان واحد نفعاً خاصاً اضافة الى النفع العام الذي يعود على المجتمع من جراء ادائها[٣].

وتستطيع الدولة من خلال كلا الموردين اعلاه سد النقص الحاصل في الايرادات وساهمت كثيراً بتغطية اوجه الانفاق العام خلال الازمة المالية للبلاد جراء انخفاض سعر النفط؛ لذا قامت المحكمة الاتحادية بمد رقابتها الى تلك القوانين، ويتبين ١لك من خلال قرارها رقم ١٦ في ٢٠٠٨/٤/٢١ الذي شكل تطوراً في مسارها القضائي تجاه صلاحيات مجالس المحافظات بفرض الضرائب والرسوم، فقد اجابت المحكمة الاتحادية على استيضاح محافظ النجف حول مدى تمتع مجالس المحافظات بسلطة سن القوانين الخاصة بفرض وجباية وانفاق الرسوم والغرامات (لما كان فرض الضرائب وجبايتها وانفاقها من الامور المالية التي اشارت اليها المادة ١٢٢/ ثانياً من دستور جمهورية العراق لذا يكون لمجالس المحافظات غير المنتظمة في اقليم حق سن القوانين الخاصة بفرض وجباية وانفاق الضرائب المحالية بما يمكنها من ادارة شؤونها وفق مبدأ اللامركزية الادارية)، وكذلك الحال في القرار رقم ٢٥ في ٢٠١٠/٦/٢٣ حول استفسار مجلس محافظة البصرة بذات الموضوع.

(١) ينظر قانون التقاعد الموحد رقم ٩ لسنة ٢٠١٤

(٢) ينظر قرار المحكمة الاتحادية العليا، منشور على الموقع الرسمي (www.iraqfsc.iq)

(٣) د. رائد ناجي احمد، علم المالية والتشريع المالي في العراق، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ص ٧٤

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

ومن قرارات المحكمة في ذلك ما يخص الطعن المقدم بشأن موازنة عام ٢٠٢١ المتضمن فرض ضرائب على الوقود بنسبة ١٥% كون ان ذلك يؤدي الى زيادة اسعار الوقود التي من شأنها التأثير على المستوى الاقتصادي والخدمي للأفراد[١].

ومما تقدم يتضح ان المحكمة الاتحادية مارست دوراً في مجال القوانين الخاصة بالشؤون المالية سواء ما تعلق منها بقانون الموازنة العامة للدولة او تلك المتعلقة بالضرائب والرسوم من خلال الاحكام القضائية التي تصدرها.

المطلب الثاني /اتجاهات المحكمة الاتحادية في الشؤون الاقتصادية

تتمثل الحقوق الاقتصادية بأنها تلك التي تخول الافراد في الحصول على الخدمات الاساسية من الدولة التي ترتكز على ضرورة بذل الجهود لتخليص الانسان مما يعانيه من احوال اقتصادية صعبة، كما ان هذه الحقوق تحتل مكانة مهمة بين الحريات العامة وتمثل السند والدعم للحريات الاخرى، كما ان الاوضاع الدستورية والقانونية في اي بلد تؤثر في وضعها الاقتصادي، فالنفقات والايرادات العامة تختلف حسب نظام الدولة وشكل الحكم.

ولمعرفة دور المحكمة الاتحادية في مجال الشؤون الاقتصادية، سنتناول هذا الموضوع من خلال تقسيم هذا المطلب على فرعين، وعلى النحو الآتي:

الفرع الأول/التعريف بالحقوق الاقتصادية

تعرف الحقوق الاقتصادية بأنها تلك الحقوق التي تصدر للفرد وتأخذ طابعاً اقتصادياً، مثل حق الانسان في اقتناء الاموال المنقولة وغير المنقولة[٢]، كما ان هناك من عرفها بأنها الحق في الوصول الى الموارد مثل الارض والعمل ورأس المال والتنظيم والتي تعد ضرورية لتداول السلع والخدمات، وكذلك التملك القانوني لها وتبادلها.

وأهم ما يميز تلك الحقوق والحريات بأنها ذات طبيعة تصطبغ بالصبغة الاقتصادية وتأثيرها يجعل لهذه الحقوق أهمية تثر على الاقتصاد بمفهومه كنشاط يشمل انتاج وتبادل وتوزيع واستهلاك السلع والخدمات، كما ان هذه الطبيعة تجعل لها الاهتمام الكامل من قبل الدولة وتدخل في تنظيم تلك الحقوق المتعلقة منها بالاموال من حيث التملك وطرق الاكتساب من خلال العمل والتجارة والصناعة.

---

(١) المرجع نفسه، ص ١١٢

(٢)ينظر قرار المحكمة الاتحادية العليا، منشور على الموقع الرسمي (www.iraqfsc.iq)

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

اما الطبيعة القانونية للحقوق الاقتصادية فتتمثل بكون القانون هو الاداة الضامنة لممارسة تلك الحقوق والحريات من خلال النصوص الدستورية والقانونية ، كذلك الحدود القانونية المرسومة لها، وايجاد قضاء متخصص في حماية هذه الحقوق سواء على مستوى التطبيق او على مستوى الرقابة[١].

وتتنوع الحقوق والحريات الاقتصادية الى عدة انواع، منها حق الملكية التي تعني قدرة الفرد قانوناً على ان يصبح مالكاً وصيانة ملكيته من الاعتداء، كما له حق التصرف فيها وفيما تنتجه، كذلك الانواع الاخرى مثل حرية التجارة والصناعة والاستثمار وغيرها من الحقوق المشار اليها في دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥.

الفرع الثاني/ اجتهادات المحكمة الاتحادية العليا في مجال الحقوق الاقتصادية

تصدرت المحكمة الاتحادية العليا في قراراتها المتعددة لتنظيم شؤونها الاقتصادية لما فيها من مساس بحقوق الافراد، ومن تلك القرارات:

١- القرار رقم ٣٥/اتحادية/ ٢٠٠٧ في ٢٠٠٧/١/٨ الخاص بوجوب توفير تعويض عادل لاي عقار تابع للافراد تنتزع ملكيته كون ان الملكية الخاصة مصانة وفق احكام المادة ٢٣ من الدستور وأن قانون الاستملاك رقم ١٢ لسنة ١٩٨١ وردت فيه صور التعويض العادل[٢].

٢- القرار رقم ٣١/اتحادية/٢٠٠٨ في ٢٠٠٩/٥/٢٦ المتضمن عدم دستورية قرار مجلس قيادة الثورة رقم ٨٠٠ لسنة ١٩٨٩ الذي جاء فيه ان الية التعويض المحددة في هذا القرار تخالف الية التعويض الواردة في المادة ٢٣ من الدستور[٣].

٣- القرار رقم ١٠٨/اتحادية/٢٠١٩ في ٢٠٢٠/١/٢٠ الذي قضى بعدم دستورية المادة ١/٩٧ من قانون ادارة البلديات رقم ١٦٥ لسنة ١٩٦٤ الخاص بتسجيل الشوارع داخل الحدود والمنزل المتروك لها للنفع العام الموجودة عند نفاذ هذا القانون؛ وذلك بسبب عمومية

---

(١) د. اشرف عبد الفتاح ابو المجد، التنيظم الدستوري للحقوق والحريات الاقتصادية (دراسة تطبيقية في النظام الدستوري)، المركز القومي للاصدارات القانونية، مصر ٢٠١٧، ص ١٣٥

(٢) د. اقبال عبد الله امين، دور المحكمة الاتحادية في حماية الحقوق والحريات، دار المسلة، بيروت ٢٠٢١، ص١٦٠.

(٣) اكرم فالح احمد، الحماية الدستورية والقانونية لحق الملكية ، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية الحقوق في جامعة الموصل ، ٢٠٠٤، ص ٥.

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

النص وعدم تحديد صنف وجنس العقارات، وهذا ما يتعارض والمادة ٢٣ من الدستور التي منحقت حق مصادرة الملكية للنفع العام الا بتعويض[١].

٤- القرار رقم ١٠٢/اتحادية/٢٠١٢الخاص برد الطعن المتعلق بتغير سعر صرف الدينار العراقي امام الدولار الامريكي، حيث ان النص المطعون جاء تشريعياً ولا تجد مخالفة لأحكام المادتين ٣٠/اولا و ٣٣/اولاً من الدستور، حيث ان مجلس النواب اخذ بنظر الاعتبار الظروف الاقتصادية التي يمر بها البلد[٢].

٥- القرار رقم ٧٨/اتحادية/٢٠١٨ الخاص بأن نص المادة ١٣ من قانون تنظيم الاستثمار المعدني رقم ٩١ لسنة ١٩٨٨ تعد معطلة وفق قرار المحكمة الاتحادية، وان طلب الموافقة على العمل بها رغم انها اصبحت معطلة غير جائز دستورياً[٣].

ومن خلال تلك القرارات يتضح ان المحكمة الاتحادية ساهمت بشكل كبير في تنظيم الشؤون الاقتصادية من خلال احكامها بعدم دستورية بعض النصوص الدستورية او تأييد دستورية بعض النصوص الأخرى.

الخاتمة :

من خلال دراستنا لموضوع "دور المحكمة الاتحادية في مجال الشؤون المالية والاقتصادية" وهي محاولة لإبراز أهم الجوانب القانونية التي تكتنف هذا الموضوع، إذ إنَّ خاتمة البحث ليست تكراراً لما تناولته الدراسة، إنَّما تجسيد لأهم النتائج التي تمّ التوصل إليها وتبيان بعض المقترحات التي رأينا التوصية بها.

أولاً النتائج :

١- تمثل المحكمة الاتحادية العليا في العراق القضاء الدستوري فيه وتمارس اختصاصاته وفق النصوص الدستورية وقانونها الخاص بها.

٢- هناك تلازم كبير بين مبدأ الامن القانوني وأحكام المحكمة الاتحادية كون ان هذا المبدأ احد غايات المحكمة الاتحادية العليا.

---

(١)ينظر قرار المحكمة الاتحادية العليا، منشور على الموقع الرسمي (www.iraqfsc.iq)

(٢)ينظر قرار المحكمة الاتحادية العليا، منشور على الموقع الرسمي (www.iraqfsc.iq)

(٣)ينظر قرار المحكمة الاتحادية العليا، منشور على الموقع الرسمي (www.iraqfsc.iq)

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

٣- هناك مجموعة مبادئ تحكم الامن القانوني وتسعى المحكمة من خلال قراراتها وأحكامها الى ترسيخ هذه المبادئ المتعلقة بالحقوق المكتسبة واليقين القانوني والصياغة التشريعية.

٤- ان دور المحكمة الاتحادية العليا لا يقتصر على النظر بدستورية القوانين وانما تتعدى الى تفسير النصوص الدستورية، بل ان اختصاصها يمتد الى تفسيرالنصوص القانونية التي هي من اختصاص القضاء الاداري.

٥- مارست المحكمة الاتحادية دوراً في تحقيق الامن القانوني في القوانين ذات الجانب المالي مثل قوانين الضرائب والرسوم.

٦- تتمتع الحقوق الاقتصادية بأهمية كبيرة جداً لمساسها المباشر بحياة الافراد؛ لذا تم الاهتمام بها، مثل حق الملكية والحق في الاستثمار وغيرها.

٧- بالنظر للدور الكبير لقانون الموازنة العامة لتعلقه بالايرادات والنفقات، نجد ان المحكمة الاتحادية اولت اهتماماً كبيراً لهذه القوانين سيما انها سنوية، وأصدرت الكثير من الاحكام التي تتعلق بالموازنة العامة للدولة.

٨- قد يحدث تعارضاً في الاحكام القضائية الصادرة من المحكمة الاتحادية العليا مع قرارات صادرة من محكمة التمييز الاتحادية تخلق نوعاً من الارباك في التطبيق حول أي من الاحكام يتم اعتمادها.

٩- ان المحكمة الاتحادية لم تعد تمارس رقابتها على النصوص الدستورية القانونية، وإنما ايضا الى مدى ملائمة هذه النصوص وانسجامها مع الحياة الاقتصادية.

١٠- ان صدور حكم المحكمة الاتحادية لا يمنعها من العدول عنه في ضوء المستجدات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية

ثانياً : المقترحات

١- لا بد من تشريع قانون المحكمة الاتحادية، فعلى الرغم من تعديل القانون رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥ الا انه لا يزال يشوبه القصور في مجمل احكامه.

٢- ان قرارات المحكمة الاتحادية باتة وملزمة لكنها تحتاج لجهة تنفيذية تتولى تنفيذ ومتابعة التنفيذ كما هو الحال في مديرية التنفيذ في القانون المدني.

٣- وضع اجراءات خاصة بالطعن امام المحكمة الاتحادية يختلف عما هو عليه في قانون المرافعات وذلك لخصوصية القضاء الدستوري.

٤- تضمين الاحكام القضائية وتحويلها الى نصوص دستورية وقانونية خاصة المبادئ والاحكام الجديدة.

٥- تضمين حق التدخل المباشر من قبل المحكمة الاتحادية بدون طعن في حال رأت المحكمة ان هناك نص قانوني او دستوري يحتاج الى اعادة النظر بدستوريته وقانونيته.

٦- التأكيد على الصياغة التشريعية للقوانين من خلال كادر متخصص واقسام متخصصة، سعياً لتحقيق الامن القانوني.

٧-

٨- النأي بالمحكمة الاتحادية عن التجاذبات السياسية كونها جهة قضائية بعيدة عن الاختلافات لسياسية والحزبية.

٩- استحداث قضاء متخصص باسم (القضاء الدستوي) على غرار القضاء العادي والقضاء الاداري تكون له محاكمة واجراءات خاصة.

١٠- على المحكمة ايلاء العناية بالقوانين المالية والاقتصادية لما لها من صلة بحياة الافراد.

١١- قيام الجهات ذات العلاقة بمراجعة القوانين المالية والاقتصادية او من غيرها ذات الصلة والعمل على الغاء النصوص التي لا تتسم بطابع الدستورية او تتعارض مع النصوص الدستورية.

المصادر والمراجع

الكتب:

١. احمد عبد الحسيب، العدالة التشريعية في ضوء فكرة توقع المشرع، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية ٢٠١٧.
٢. اشرف عبد الفتاح ابو المجد، التنيظم الدستوري للحقوق والحريات الاقتصادية (دراسة تطبيقية في النظام الدستوري)، المركز القومي للاصدارات القانونية، مصر ٢٠١٧.
٣. اقبال عبد الله امين، دور المحكمة الاتحادية في حماية الحقوق والحريات، دار المسلة، بيروت ٢٠٢١.
٤. رائد ناجي احمد، علم المالية والتشريع المالي في العراق، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة.
٥. زياد خالد المفرجي، الحق المكتسب في القانون الاداري، دون ذكر دار نشر، ٢٠٠٨.
٦. غانم عبد دهش عطية، المحكمة الاتحادية واتجاهاتها الحديثة في ميزان الفقه الدستوري، ط١، ٢٠٢١.
٧. علي مجيد العكيلي، مبدأ الامن القانوني بين النص الدستوري والواقع العملي، المركز العربي للنشر والتوزيع.

٨. محمد عوض رضوان، الاتجاهات الحديثة في تطور الموازنة العامة، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٩.

الرسائل والأطاريح والبحوث:

١. أحمد امين عارف، مبدا الامن القانوني وتطبيقاته في التشريع العراقي، اطروحة دكتوراه، كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة كركوك، ٢٠٢٠.
٢. اكرم فالح احمد، الحماية الدستورية والقانونية لحق الملكية ، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية الحقوق في جامعة الموصل ، ٢٠٠٤.
٣. صعب ناجي عبود، محاضرات في القضاء الاداري القيت على طلبة الدكتوراه في معهد العلمين للعام للدراسي ٢٠٢٠-٢٠٢١.
٤. مازن ليلو راضي، اليقين القانوني من خلال لوضوح وسهولة الوصول الى القانون، بحث منشور، مجلة العلوم القانونية، جامعة بغداد، ع١، ٢٠١٩

القوانين والتشريعات:

١- الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥.
٢- قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥ المعدل.
٣- قانون التقاعد الموحد رقم ٩ لسنة ٢٠١٤ المعدل.

الأمن القانوني و حقوق الإنسان:أية علاقة ؟

ا.د. بن قو امال
جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم الجزائر / كلية **العلوم القانونية والسياسية**
benkouamel@yahoo.com

الملخص:

إذا كانت حقوق الإنسان تشكل المبادئ الأخلاقية أو المعايير الاجتماعية التي تصف نموذجاً للسلوك البشري الذي يُفهم عموما بأنه مجموعة من الحقوق الأساسية التي لا يجوز المساس بها وهي مستحقة وأصيلة لكل شخص لمجرد كونها أو كونه إنسان، فهي ملازمة لهم بغض النظر عن هويتهم أو مكان وجودهم أو لغتهم أو ديانتهم أو أصلهم العرقي أو أي وضع آخر ،وهذه الحقوق هي مترابطة و متآزرة و غير قابلة للتجزئة ،غير أن وجود نظام قانوني يعترف بهذه الحقوق على المستوى الدولي أو الداخلي لوحده لا يكفي لتحقيق الممارسة السليمة لحقوق الإنسان بل أن هذا يتطلب ضمانة و دعامة أساسية لبناء الثقة في النظام القانوني و زيادة فعاليته في ترقية الحقوق و الاعتراف بها و هذا لن يتحقق إلا من خلال الأمن القانوني الذي يشكل الدعامة الأساسية لثبات و استقرار القواعد القانونية .

المقدمة :

إن خلق منظومة تشريعية متكاملة الملامح و الأطر تقوم على أساس ضبط و سن القواعد القانونية و تنظيم مسارها دون عوائق أو عقبات تعطل مسيرتها أو تنقص من كفاءتها إلا بتحقق الأمن القانوني الذي يعد عماد دولة القانون و أساس تحقيق الأمن الإنساني ،هذا المفهوم الذي يرتبط ارتباطا وثيقا بمستوى التنمية في كل دولة و لا يمكن تصور تنمية و لا حقوق إنسان فعلية و واقعية دون امن قانوني ،لكن هذا الأمن القانوني لا بد أن يكون مدعم بركائز تتمثل في دولة القانون المدعومة بتنظيم ديمقراطي يطبق القانون و يحقق الحماية و يعزز مركز حقوق الإنسان.

أهمية الموضوع :

تبرز أهمية الموضوع من خلال التطرق إلى حقوق الإنسان التي هي من المواضيع التي نالت استقطابا و اهتماما عالمي لكونها حقوق لاصقة بكرامة الإنسان و بإنسانيته البشرية باعتباره إنسان قبل أن يكون في موضع أخر ،ولكن هده الحقوق لا يكفي لكي تكون ممارسة سليمة لها أن يكون هناك نظام قانوني يعترف بها بل لا بد من مبدأ الأمن القانوني الذي يشكل الدعامة الأساسية الحامية لهذه الحقوق و المعزز لها ،كما تبرز أهمية الموضوع من خلال تحديد مقاصد الأمن القانوني و علاقته الازدواجية بحقوق الإنسان من خلال تحقيق الاستقرار و الحماية لهذه الحقوق و ترقيتها .

الهدف من الموضوع :

-إبراز العلاقة التي تربط الأمن القانوني بحقوق الإنسان ،وتحديد الدور الذي يلعبه الأمن القانوني في حماية حقوق الإنسان
-إبراز أهمية و ضرورة وجود دولة قانونية ذات نظام ديمقراطي لتعزيز وتفعيل واقعي لدور الأمن القانوني في حماية حقوق الإنسان.

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

الإشكالية المطروحة :

إذا كان الأمن القانوني يعتبر حق من حقوق الإنسان ذو طابع فردي أي من حق كل فرد أن ينعم بالأمن القانوني ،فهو أيضا ذو طابع جماعي من الحق البشرية أن تشترك فيه ،**فهل يمكن لهذا الحق باعتباره حق من حقوق الإنسان أن يحمي هذه الحقوق أي حقوق الإنسان انطلاقا من مقوماته و مبادئه ووسائله التي تشكل الدعامة الأساسية لحقوق الإنسان ؟ أو بعبير أخر ما مدلول العلاقة التي تربط الأمن القانوني بحقوق الإنسان ،وهل الأمن القانوني يمثل حق من حقوق الإنسان أم وسيلة لحماية حقوق الإنسان ؟و إلى أي مدى يساهم الأمن القانوني في تكريس حقوق الإنسان و ترقيتها .**

للإجابة على الإشكالية المطروحة سنعتمد على المنهج الوصفي و التحليلي

أولا :الأمن القانوني حق من حقوق الإنسان :

قبل التعرف على موضع الأمن القانوني باعتباره حق من حقوق الإنسان، لا بد أن نعرج على أهم التعريفات التي حضي بها :حيث يعد الأمن القانوني من المفاهيم التي طرحت جدلا في الفقه القانوني حول وضع تعريف محدد له و ترجع صعوبة تعريف هذا المبدأ إلى أن الأمن القانوني متعدد المظاهر و متنوع الدلالات و كثير الأبعاد ،فقد عرفه البعض على انه :"كل ضمان و كل نظام قانوني للحماية يهدف إلى تأمين و دون مفاجآت،حسن تنفيذ الالتزامات و تلافي أو على الأقل الحد من عدم الوثوق في تطبيق القانون(**عمر سعد الله ١٩٨١،صفحة ١٦٠**) ،كما عرفه البعض الأخر على انه :"جودة نظام قانوني يضمن للمواطن فهما و ثقة في القانون في وقت معين و الذي سيكون كامل الاحتمال هو قانون المستقبل ،كما عرفه مجلس الدولة الفرنسي بأنه:" مبدأ يقتضي أن يكون المواطنون دون كبير عناء في مستوى تحديد ما هو مباح و ما هو ممنوع من طرف القانون المطبق، و للوصول إلى هذه النتيجة يتعين أن تكون القواعد المقررة **(رقية عواشرية ،٢٠١٦،صفحة٢٥)** واضحة و مفهومة و ألا تخضع في الزمان إلى تغيرات متكررة و غير متوقعة ،ومن تم نفهم أن الأمن القانوني متعدد الأشكال و المعاني و الأبعاد تشترك في مجموعها حول مجموعة الحقوق و المبادئ الواجب احترامها تأمينا لقاعدة قانونية سليمة من العيوب ،وتتضح فكرة الأمن القانوني عقب التزاوج الحاصل في إطار النظام القانوني بين فكرتي الحق و القانون(**موفق طيب شريف ،٢٠١٢ ،صفحة ٥٠**)وهذا ما سنبينه من خلال التعرف على :

أ/ مبررات اعتبار الأمن القانوني حق من حقوق الإنسان:

مبدئيا يجب أن نشير إلى تعريف الحق باعتبار الأمن القانوني حق من حقوق الإنسان ،فالحق يدور في مجمله حول الثبوت و الوجوب ،ومن مفهومه اللغوي يعتبر الحق أمر ثابت و واجب الإحكام **(فتحي الدريني ،١٩٦٤،صفحة ١٧)** أما اصطلاحا فنجد أن هناك من عرف الحق بالنظر إلى إرادة صاحبه وهم أصحاب المذهب الشخصي، وذهب البعض الآخر إلى تعريف الحق بالنظر إلى المصلحة التي يمنحها وهم أصحاب النظرية الموضوعية، أما جانب آخر من الفقه فقد حاول التوفيق بين الإرادة والمصلحة (المذهب المختلط)، في الأخير ظهرت نظرية حديثة يقودها الفقيه دابان لتعريف الحق حيث اعتبره **ميزة يمنحها القانون لشخص ما ويحميها بطريقة قانونية، ويكون له بمقتضاها الحق في التصرف متسلطا على المال معترف له بصفته مالكا أو مستحقا له،ويترتب على هذه الحقوق عدة نتائج منها :**سلطة يقررها القانون **(احمد الرشيدي ،٢٠٠٥،صفحة ٦١)**ويجب على الغير احترام الحقوق وعدم الاعتداء عليها، الحق يتبع شخصا معينا يكون صاحبه وهو إما شخص طبيعي أو معنوي، الحق يرد على قيمة معينة مادية أو معنوية، الحق يمنح لصاحبه سلطة الاستئثار (الحق لشخص بعينه لا غيره) والتسلط عليه و بالتالي الأمن القانوني يتمتع بهذه النتائج مادام انه حق في حد ذاته و هو حق إنساني تتمتع به جميع البشرية على حد السواء .

إن الأمن القانوني كحق يقتضي توفر عنصر الحماية ،فكل فرد الحق في التمتع بالأمن القانوني الذي يضمن استقرارا قانونيا يشمل جميع جوانب الحياة و على عاتق الدولة حماية هذا الحق و تأمينه و المحافظة عليه ،وان حقوق الإنسان هي تلك الحقوق التي من المفروض أن يتمتع بها كل شخص لأنه إنسان ،فهي تستند لمبدأ الإنسانية ،وهذا يعني أن جميع الناس يتساوون في التمتع بها و ضمان حمايتها من المجتمع الدولي(**عبد العظيم عبد السلام ،٢٠٠٥ ،صفحة ٧٥**)والتأمل في الأمن القانوني الذي يجب أن يتمتع به كل فرد في المجتمع هو حق مشروع لكل فرد و في نفس الوقت هو حق مشترك و جماعي،فالأمن القانوني ضرورة لجميع عناصر المجتمع فردا أو جماعة ،فهو عنصر جوهري و ضروري لقيام الحياة بشكل مستقر يضمن الأمن الإنساني من جميع الجوانب (**محمد سعادي ٢٠٠٢،صفحة ١٣**)وفي هذا المقام نجد أن الفقيه دومنيك روسوا اعتبر الأمن القانوني إعلان لحقوق الإنسان ،كما نجد أن المادة ٢ من إعلان حقوق الإنسان و المواطن الفرنسي ١٧٨٩جعلت الأمان من الحقوق الطبيعية شأنها في ذلك شأن الحرية و الحياة و الملكية ...الخ و غيرها من الحقوق الأساسية اللصيقة بوجود الإنسان و ليست فقط حقوق مكملة أو يمكن عدم التمتع بها ،فحق الإنسانية في الأمن هو حقهم في العيش في بيئة أمنة (**بلحميزي فهيمة ،٢٠١٩،صفحة ١٣٣**)مع وجود نظام سياسي و اقتصادي و ديني و اجتماعي خال من العنف ،فحق الإنسانية في الأمن القانوني يساعد بدوره على تحقيق و تفعيل كل أوجه الأمن الإنساني بصفة قطعية .

إن الأمن القانوني فيه استقرار للبشرية من خلال المحافظة على ثبات القواعد القانونية المحددة للتصرفات المشروعة من جهة و من جهة ثانية يساعد على ثبات المؤسسات في الدولة ،كما أن الأمن القانوني يوفر الإطار القانوني و الشرعي للتعامل والتعاقد فيما بين الأفراد في مجالات مختلفة،فالأمن الذي يحققه الأمن القانوني هو اكبر هدف أو غاية مرجوة من أي نظام قائم و خاصة منه القانوني الذي يساعد بدوره على تحقيق كل أوجه الأمن ، فالأمن هو الحاجة القانونية الأساسية و هو الغاية التي يحققها الأمن القانوني في تحقيق القيمة الحقيقية للأمن و خاصة الأمن الإنساني .

ب/ الآثار المترتبة على اعتبار الأمن حق من حقوق الإنسان :

تتولد على اعتبار الأمن حق من حقوق الإنسان عدة خصائص و أثار أهمها :انه حق مشترك ،ذو طابع عالمي و غير قابل للتصرف ،وهذا ما سنظهره من خلال ما يلي:

١-الأمن القانوني حق مشترك و ذو طابع عالمي :

الأمن القانوني حق مشترك لجميع البشر،وهو مطلب أساسي للجميع وبدون تمييز ،كما تكرس ذلك في المادة الأولى من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان التي تنص على انه :" يولد جميع الناس أحرارا متساوين في الكرامة و الحقوق و قد وهبوا عقلا و ضميرا و عليهم أن يعامل بعضهم البعض بروح الإخاء " ،كما نجد أن المادة الثانية من الإعلان نصت :" لكل إنسان الحق في التمتع بكافة الحقوق و الحريات الواردة في الإعلان و دون أي تمييز ، كالتمييز بسبب العنصر أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين أو الرأي السياسي أو أي رأي أخر أو الأصل الوطني أو الاجتماعي أو الثروة أو الميلاد أو أي موضع أخر دون أية تفرقة بين الرجال و النساء،وفضلا عما تقدم فلن يكون هناك أي تمييز أساسه الوضع السياسي أو القانوني أو البقعة التي ينتمي إليها الفرد سواء كان هذا البلد مستقلا أو تحت الوصاية(**عبد الحق لخضاري، ٢٠١٦،صفحة ٢٢٦**) أو غير متمتع بالحكم الذاتي أو كانت سيادته خاضعة لأي قيد من القيود و يتساوى جميع الأفراد في اكتساب الحق في الأمن القانوني و التمتع بمزاياه كما جاء في نص المادة السابعة من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان :"كل الناس سواسية أمام القانون و لهم الحق في التمتع بحماية متكافئة عنه دون أية تفرقة ،كما أن لهم جميع الحق في حماية متساوية ضد أي تمييز يخل بهذا الإعلان و ضد أي تحريض على تمييز كهذا "،فالأمن القانوني حق

تشترك فيه جميع فئات المجتمع الإنساني فردا و دولة و هو مكسب مشترك للبشرية جميعا و عامل امن و استقرار للجميع ،كما انه ذو طابع عالمي بامتياز ،حيث تعتبر عالمية حقوق الإنسان حجر الأساس في القانون الدولي لحقوق الإنسان و قد تم التأكيد على هذا المبدأ في العديد من الإعلانات و الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان و نجد أن مؤتمر فينا لحقوق الإنسان عام ١٩٩٣ نص على انه من واجب الدول(**عبد المجيد غميزة ،٢٠٠٨،صفحة ٢٢٩**) أن تعزز و تحمي جميع حقوق الإنسان و الحريات الأساسية بصرف النظر عن نظمها السياسية و الاقتصادية والثقافية ،فنجد الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عام ١٩٤٨ نص على أن حقوق الإنسان أصبحت مسؤولية عالمية من خلال التأكيد على عالمية الحقوق و تمحورها حول المساواة بين جميع الأفراد و الاعتراف بأن إعمال حقوق الإنسان هدف جماعي للإنسانية ،ولهذا الغرض أوجد مجموعة من القواعد القانونية التي تعد بمثابة أمن قانوني لجميع الناس الهدف منها إيجاد نظام دولي لتعزيز أعمال حقوق الإنسان .

٢-الأمن القانوني حق غير قابل للتصرف فيه :

إن الحق في الأمن القانوني كباقي حقوق الإنسان غير قابل للتصرف فيه ،وليس ملك لجماعة محددة أو فئة معينة و هو غير قابل للتجزئة كباقي حقوق الإنسان سواء كانت حقوق مدنية أو سياسية مثل الحق في الحياة و في المساواة أمام القانون و في حرية التعبير أو اقتصادية أو اجتماعية أو ثقافية (**عبد العزيز سرحان ،١٩٨٧،صفحة ١١٤**) مثل الحق في العمل و الضمان الاجتماعي و التعليم ،أو حقوق جماعية مثل الحق في التنمية و في تقرير المصير، فهي حقوق غير قابلة للتجزئة ومترابطة.

ثانيا:الأمن القانوني وسيلة لحماية حقوق الإنسان :

يعتبر الأمن القانوني ضرورة لحماية كل أفراد المجتمع و ضمانة أساسية للأمن الإنساني الذي يشكل الجوهر الحيوي لحقوق الإنسان و يتحقق في ظل دولة القانون و لقيام مؤسساتها ،وهذا ما يجعل الأمن القانوني من أهم المطالب المشروعة للأفراد و التي تسهر الدولة على تحقيقها لكل مؤسساتها ،كما انه مطلب يتساوى فيه جميع الأفراد فكل فرد الحق في الاستفادة من منظومة قانونية (**جاك دونللي ،١٩٩٨،صفحة ٢٩**)توفر له الأمن و الاستقرار لحقوقه ،و هذا بطريقة تسمح بالتمكين الحقوقي لكل أفراد المجتمع في ظل حماية قانونية لحقوقه الإنسانية ،ومن هذا تبرز لنا أهمية الأمن القانوني في حماية حقوق الإنسان و لكنه للأسف لا يستطيع أن يكون وسيلة لحماية حقوق الإنسان إلا إذا توافرت لذيه مقومات و متطلبات و مبادئ أساسية يجب أن يتوافر لذيه ،وهذا ما سنبينه من خلال ما يلي :

أ/مبادئ و متطلبات الأمن القانوني لحماية حقوق الإنسان :

إذا كان الأمن القانوني يستهدف حالة من الاستقرار في العلاقات و المراكز القانونية من خلال إصدار تشريعات متطابقة مع الدستور و متوافقة مع مبادئ القانون الدولي (**عمر إسماعيل سعد لله ،١٩٩١،صفحة ٤٤**) غايتها إشاعة الثقة الطمأنينة بين أفراد العلاقات القانونية سواء كانوا أشخاص القانون الخاص أو العام ،فانه لا يمكن أن يحقق هذا أو يصل إلى حماية حقوق الإنسان إلا إذا قام على مبادئ قانونية أساسية أهمها :عدم رجعية القاعدة القانونية ،مبدأ احترام الحقوق المكتسبة ،مبدأ الثقة المشروعة و مبادئ قضائية أهمها:مبدأ الشرعية ، استقلالية القضاء و مبدأ قرينة البراءة ،وهذا ما سنوافيه من خلال ما يلي :

١/ المبادئ القانونية :

حتى يتحقق الأمن القانوني لابد أن يشمل على عدة متطلبات قانونية أهمها مبدأ عدم رجعية رجعية القوانين الذي يقصد به التشريع الجديد لا يسري على ما تم قبل نفاده فلا يمكن إعادة النظر فيما تم في الماضي في ظل التشريع القديم من مراكز قانونية ،و لا يكون له تأثير مباشر على الوقائع التي نصت و قضي قبل دخول مرحلة النفاذ و تأخذ هذه بصفة أساسية

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

قيمة دستورية ،(**بدوي عبد الجليل ،هنان علي ،٢٠٢١،صفحة ٨**)،كما أن مبدأ احترام الحقوق المكتسبة يقتضي عدم جواز للغير سواء كان هذا الغير يمثل سلطة عامة مهما كان نفوذها في الدولة أو شخص طبيعي أخر الانتهاك أو التعدي على حق من حقوق الأفراد الشرعية و الحائز عليه بطريقة قانونية أو بموجب قرار أو حكم نهائي خاصة إذا كانت تتعلق بالحقوق و الحريات الأساسية المنصوص عليها بالدستور ،أما مبدأ الثقة المشروعة ،فقد عرفته محكمة العدل للمجموعة الأوروبية بأنه :"كل وضعية في الواقع ما لم يقرر خلاف ذلك على ضوء قواعد القانون المطبق و أن يكون القانون واضحا و دقيقا حتى يمكن للفرد معرفة حقوقه وواجباته و يتخذ موقفه اتجاه ذلك"(**محمد بوكماش،٢٠١٧،صفحة ١٤٠**).

٢/-المبادئ القضائية :

وهذا معناه الأمن القضائي الذي لا يتحقق إلا إذا كان هناك مبدأ الشرعية الذي هو الضامن الأساسي لمحاكمة عادلة للفرد كما هو منصوص عليه في قانون العقوبات الجزائري في المادة ١٥ التي تنص على انه:" لا جريمة و لا عقوبة و لا تدبير امن إلا بنص في القانون" ،كما أن مبدأ عدم رجعية النص الجنائي يعتبر ضامن مهم لحماية حقوق الإنسان بأثر رجعي فلا يحاكم الشخص على فعل سابق لم يكن منصوص على تجريمه في ذلك الوقت و هو ما أكدت عليه المادة الثانية من قانون العقوبات بقولها:" لا يسري على الماضي إلا ما كان منه اشد قلة و لا يطبق إلا إذا كان أصلح للمتهم" و هو حق منصوص عليه في الدستور الجزائري لسنة ١٩٩٦،كما أن مبدأ قرينة البراءة الأصلية هو في غاية الأهمية و يعني أن الأصل في الشخص البراءة حتى تثبت إدانته بالدليل القطعي الذي لا يقبل الطعن أو الشك لقوة الإدانة،(**بوبشير محمد امقران ،٢٠٠٢،صفحة ٣٢**)ويعتبر هذا المبدأ أساسيا لضمان الحرية الشخصية للمتهم باعتبار أن كل متهم بارتكاب جريمة مهما بلغت جسامتها يعتبر بريئا و يجب معاملته بهده الصفة حتى تثبت إدانته بحكم قضائي بات ،أما بالنسبة لاستقلالية القضاء فهو مبدأ عالمي نصت عليه العديد من الاتفاقيات و المواثيق الدولية وهو حق دستوري نصت عليه المادة٣٨ من الدستور بقولها :"إن السلطة القضائية مستقلة و تمارس في إطار القانون ،فمبدأ حياد القضاء أداة فعالة في تحقيق الأمن القانوني مما يساهم بشكل مباشر في حماية حقوق الإنسان و حرياته الأساسية ويعيش الكل تحت الأمن الإنساني الشامل محمي بقوة القانون الذي لا يتجرأ أي شخص بالتعدي عليه .

وسائل و آليات الأمن القانوني لحماية حقوق الإنسان :

إذا كان الأمن القانوني يحقق جودة نظام قانوني يضمن للمواطنين فهما و ثقة في القانون(**رضوان احمد الحاف ،١٩٩٨/١٩٩٧ ،صفحة ١١١**)والذي سيكون مع كامل الاحتمال هو قانون المستقبل فانه ليحقق حقوق الإنسان لا بد أن تتوافر لذيه و سائل و آليات ،هذه الوسائل تتمثل في وجود دولة القانون و وجود نظام ديمقراطي حقيقي و هذا ما سنبينه من خلال ما يلي :

أ- دولة القانون الضامنة للأمن القانوني :

إن دولة القانون هي مفهوم في الفكر القانوني الأوروبي القاري، الكلمة مستعارة من الأصل الألماني، والتي يمكن ترجمتها بأنها الدولة القانونية"، "دولة القانون"، "دولة العدل"، أو "دولة للحقوق ،وهي "الدولة الدستورية" التي يتم فيها تقييد ممارسة السلطة الحكومية للقانون، ويرتبط في كثير من الأحيان إلى مفهوم الأنجلو أمريكية لسيادة القانون.

في دولة القانون، تقتصر سلطة الدولة على مبدأ حماية المواطنين من الممارسة التعسفية للسلطة،و في دولة القانون يتمتع المواطنون بالحريات المدنية قانونياً ويمكنهم استخدامها في

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

المحاكم، و لا يمكن لبلد أن يكون به حرية ولا ديمقراطية بدون أن يكون به أولاً دولة قانون،كما أن دولة القانون(**عادل السعيد أبو الخير ، ٢٠٢٠،صفحة ٤٠**) هي الدولة التي تجعل من القانون المصدر الأساسي لكل نشاطاتها ومن أهم أسس بناء دولة القانون هو وجود و احترام التدرج الهرمي لقواعد الأمن ،حيث تتم كل الصلاحيات المخولة لأجهزة الدولة في إطار القانون ،وكذلك تكريس مبدأ الفصل بين السلطات و الذي يقصد به عدم الجمع بين السلطات و عدم تركيزها في جهة واحدة مع احترام كل سلطة لاختصاصاتها الدستورية ،وغني عن البيان بأن حماية حقوق الإنسان في ظل دولة القانون لا يتحقق بمجرد النص عليها في الدستور و قوانين الدولة و لا حتى بمصادقة الدولة على اتفاقيات حقوق الإنسان بل من خلال نظام حكم حقيقي يعترف بهذه الحقوق سواء من الناحية القانونية أو التنفيذية ،(**خليفة نادية ،٢٠٠٩/٢٠١٠،صفحة ٣٨**)و يعترف كذلك بان الأفراد هم مصدر السلطة الحقيقية،وفي هذه الحالة و بالتطبيق الحقيقي لدولة القانون يتكرس مبدأ الأمن القانوني المعزز و الحامي لحقوق الإنسان .

ب/تكريس نظام ديمقراطي حقيقي يعترف بالأمن القانوني :

مبدئيا تعني كلمة الديمقراطية في أصلها الفردي حكم الشعب، و هي ترجع إلى أصل يوناني مكون من مقطعين احدهما و تعني الشعب والثانية تعني حكم أو سلطة و بذلك تعني الكلمة في معناها اللغوي أي: الشعب هو صاحب السلطة أو حكم الشعب،و قد ظهرت الكثير من التعريفات لهذا المصطلح فقد عرفها الرئيس الأمريكي السابق أبراهام لتكون في إحدى خطبه بأنها حكم الشعب بواسطة الشعب(**روبرت ا.دال ، ٢٠٠٠،صفحة٩٩**) و من اجل الشعب و تدل كلمة الشعب على أن يكون الحكم ملكا للشعب و يختص به.

و تشير عبارة بواسطة الشعب إلى اشتراك المواطنين في صنع السياسة و ممارسة الرقابة على ممثليهم أو نوابهم و تعني عبارة من اجل الشعب أن الحكومة في خدمة الشعب ليس مجرد رعايا لهذه الحكومة،و ذهب لورد برايس إلى أن الديمقراطية شكل من أشكال الحكم تكون فيه السلطة الحاكمة في الدول ممثلة قانونيا في أعضاء الجماعة ككل، و ليس في طبقة أو طبقات معينة ،و عرفها جون ستيوارت قبله بأنها شكل من أشكال الحكم يمارس فيه الشعب كله أو القسم الأكبر منه سلطة الحكم من خلال نواب ينتخبونه بأنفسهم بصورة دورية ،و عرفها سيلي بأنها الحكم الذي يشارك فيه كل فرد من أفراد المجتمع،كما عرفت بأنها شكل من أشكال الحكم (**حسام مريم ،٢٠٢٠،صفحة ٤٠٥**) الذي يقوم على منطق يقتضي حضور أكثر للمواطن في عملية وضع القرار السياسي ،وعليه فان وجود نظام ديمقراطي حقيقي هو الذي يكرس أمنا قانونيا حاميا و معززا لحقوق الإنسان ،فالنظام الديمقراطي هو نظام شامل لكل المؤسسات و العمليات السياسية التي تضمن تكريس حقوق الإنسان ،وعلى هذا فالديمقراطية تسعى للحفاظ على الأمن القانوني من خلال إرساء أساس أخلاقي ضمني لجميع القوانين المعترفة بحقوق الإنسان ،كما تدعم الديمقراطية هذا الاعتراف من خلال مختلف العمليات السياسية و الاجتماعية من فرض التمكين الفعلي من هذه الحقوق .

الخاتمة :

إن الأمن القانوني فكرة لذيها معاني متعددة و واسعة و لا يعتبر مبدأ و خاصية للمنظومة القانونية ،بل يعتبر حق من الحقوق الفردية و الملموسة لفائدة الأفراد، و ينظر إليه من ناحية ثانية على انه عنصرا في النظام القانوني و ضمانة للحقوق،حيث يعرف بأنه ضامن لحقوق الإنسان في السياق القانوني ،كما يقوم بفحص الضمانات التي تكرس للأفراد و تدافع عن حقوقهم إلا انه يشترط اليقين القانوني الذي لا يتفق مع وجود مخاطر كتضخم التشريع و عدم جودة النصوص و تناقض القوانين(**إسماعيل الجابوربي ،٢٠١٨،صفحة ٢٠٠**) و عسر في فهم

القانون و عدم تضمن القانون لقواعد معيارية و رجعية القوانين و خرق لمبدأ المساواة أمام القانون .

ولهدا لتجسيد مبدأ الأمن القانوني واقعيا ،لا بد أن تتحقق في الدولة مقوماته و مبادئه الأساسية القانونية منها كعدم رجعية القوانين ،الثقة المشروعة ،احترام الحقوق المكتسبة ،و القضائية منها كمبدأ الشرعية و استقلالية القضاء ،كما يجب أن يترعرع في ظل دولة القانون الديمقراطية التي تحقق له الأمن الإنساني و الاستقرار القانوني و الحقوقي و تزيد من فعاليته في حماية و ترقية حقوق الإنسان .

قائمة المراجع :

١ .عمر سعد الله. (١٩٨١) .حقوق الإنسان و حقوق الشعوب .(الإصدار الطبعة الرابعة).الجزائر :ديوان المطبوعات الجامعية .

٢ .رقية عواشرية .(٢٠١٦).الأمن القانوني و أثره على التنمية .مجلة الجزائرية للأمن الإنساني ، العدد الأول .

٣ .موفق طيب شريف . (١٩١٢) .تطور القيمة القانونية فكرة الأمن القانوني، ملتقى الأمن القانوني.كلية الحقوق ،الجزائر :جامعة قاصدي مرباح ورقلة .

٤.فتحي الدريني .(١٩٦٤). الحق و مدى سلطان الدولة في تقييده.بيروت :مؤسسة الرسالة .

٥.احمد الرشيدي .(٢٠٠٥).حقوق الإنسان نحو مدخل إلى وعي وثقافي .مصر :الهيئة العامة لقصور الثقافة .

٦.عبد العظيم عبد السلام .(٢٠٠٥). حقوق الإنسان و حرياته العامة وفقا لأحدث الدساتير العالمية و المواثيق الدولية (دراسة مقارنة) .(الإصدار الطبعة الأولى).مصر :دار النهضة العربية .

٧.محمد سعادي.(٢٠٠٢). حقوق الإنسان .(الإصدار الطبعة الأولى).الجزائر :دار الريحانة.

٨.بلحميزي فهيمة .(٢٠١٩) الأمن القانوني حق من حقوق الإنسان .مجلة القانون الدولي والتنمية ،المجلد السابع (العدد الثاني) .

٩.عبد الحق لخضاري .(٢٠١٦).مبدأ الأمن القانوني و دوره في حماية حقوق الإنسان .مجلة الحقيقة ، العدد٣٧.

١٠.عبد المجيد غميزة .(٢٠٠٨).مبدأ الأمن القانوني و ضرورة الأمن القضائي ، المؤتمر الثالث للمجموعة الإفريقية للاتحاد العالمي للقضاة القانوني. المغرب:الدار البيضاء.

١١.عبد العزيز سرحان .(١٩٨٧). الإطار القانوني لحقوق الإنسان في القانون الدولي العام .(الإصدار الطبعة الأولى).القاهرة :دار هنا.

١٢.جاك دونللي .(١٩٩٨). حقوق الإنسان العالمية بين النظرية و التطبيق . القاهرة :المكتبة الأكاديمية

١٣.عمر إسماعيل سعد لله .(١٩٩١).مدخل في القانون الدولي لحقوق الإنسان. الجزائر :ديوان المطبوعات الجامعية .

١٤.بدوي عبد الجليل ،هنان علي.(٢٠٢١). مفهوم مبدأ الأمن القانوني و متطلباته.مجلة دراسات في الوظيفة العامة ، العدد الثامن .

١٥.محمد بوكماش.(٢٠١٧).مبدأ الأمن القانوني و مدى تكريسه في القانون الإداري .مجلة البحوث و الدراسات ،العدد٢٤

١٦.بوبشير محمد امقران .(٢٠٠٢).السلطة القضائية في الجزائر .الجزائر :دار الأمل

١٧.رضوان احمد الحاف .(١٩٩٨/١٩٩٧) .حق الإنسان في بيئة سليمة في القانون الدولي العام ،رسالة دكتوراه .كلية الحقوق ،القاهرة :جامعة القاهرة

١٨.عادل السعيد أبو الخير .(٢٠٢٠).اجتهاد القاضي الإداري في مجال الحقوق و الحريات .مجلة الاجتهاد القضائي ،المجلد الثاني (العدد٢).
١٩.خليفة نادية ،(٢٠١٠/٢٠٠٩).أسباب حماية حقوق الإنسان في المنظومة القانونية الجزائرية ،أطروحة دكتوراه.كلية الحقوق ،الجزائر :جامعة الحاج لخضر باتنة
٢٠.روبرت ا.دال .(٢٠٢٠).عن الديمقراطية.القاهرة :الجمعية المصرية لنشر المعرفة والثقافة العالمية .
٢١.حسام مريم .(٢٠٢٠).دور الأمن القانوني في ترقية حقوق الإنسان"المتطلبات و الوسائل " ،المجلد ١١ (العدد٤).
٢٢.إسماعيل الجابوربي .(٢٠١٨). أسس فكرة الأمن القانوني و عناصرها.مجلة تحولات ، العدد٢.

اثر تفسير النصوص القانونية على فكره التوقع المشروع

ا.م.د.لمى علي الظاهري
كلية العلوم السياسية / الجامعة المستنصرية

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

المقدمة:

لا شك أنَّ فكرة التوقع المشروع أو الثقة المشروعة نشأت من حاجة المجتمع إلى توفير الأمن والحماية لأصحاب المراكز القانونية داخل المجتمع، ذلك أنَّ المراكز القانونية التي تكونت واستقرت، يجب عدم المساس بها وعدم مفاجئة الأفراد، ولابد من أنَّ تتوفر لها الضمانات على الدوام في حال تغير القوانين أو تبدل الأوضاع السائدة في المجتمع؛ لأنَّ التوقع المشروع يتحقق عندما يكتسب الشخص ثقة مشروعة من القواعد القانونية المطبّقة، أو من خلال ضمانات القضاء، فيجب أنْ لا تصطدم معها قواعد قانونية أو قرارات إدارية جديدة لم تكن في الحسبان دون اتخاذ تدابير انتقالية لعدم المساس بالتوقع المشروع.

لذلك أصبحت دواعي الثقة المشروعة تستوجب العمل على التخفيف من الآثار والمعوقات التي قد تصاحب العمل التشريعي وهذا بدوره يتطلب ، وجود هيئة قضائية تحرص على بلورة النص القانوني وتطبيقه على المنازعات المعروضة أمامها، وقادرة على خلق قاعدة قانونية واضحة تسعى من خلالها المحافظة على حقوق الأفراد الخاصة، فالقاضي سواء كان الدستوري أم الإداري، هو الجهة الوحيدة القادرة على مواجهة السلطات العامة التي تتمتع بالامتياز مقارنة بالفرد العادي، وذلك بإلغاء كافة القرارات غير المشروعة والتصدي لها أو تفسير النصوص القانونية وفق القانون الذي بدوره يحقق الثقة المشروعة لدى الأفراد

وعليه فإنَّ احترام الدستور يفترض احترام المبادئ التي نص عليها، ويأتي في مقدمتها –في الدول الديمقراطية- مبدأ الفصل بين السلطات، وتدرج القواعد القانونية، فإنَّ القضاء الدستوري يستمد شرعيته من المهام التي أناطها به الدستور، وهي المحافظة على شرعية السلطات في الدولة لجهة تكوينها وأدائها.

لذلك يباشر القضاء الدستوري رقابته على دستورية القوانين دون الحاجة إلى نص دستوري يبيح له ذلك، استنادًا إلى واجبه في إكمال حكم القانون الأعلى (الدستور) إذا تعارض معه قانون أدنى كما يعد ممارسة القضاء الدستوري دورًا بارزًا في النظم الديمقراطية، باعتباره الحامي للنصوص الدستورية، الذي يعمل على إبطال وإلغاء أي عمل تشريعي أو تنفيذي مخالف للقواعد الدستورية
كما ان دور القاضي الدستوري بممارسه تفسيره للقانون يوجب علية احترام مبدأ الامن القانوني وهذ الدور لايقل شأنا عن قيامه بتطبيق القانون او دوره بمراقبه اتطبيق القانون .
وعليه فان بحثنا هذا سيعالج الاثار القانونيه للقرار التفسيري على مبدا الامن القانوني وعدم المساس بالحقوق المكتسبه للافراد من خلال دراسة لتلك الاثار والاتجاهات الفقيه بذلك والتعرف ايضا على الاثر القانوني الذي يترتب على رجعيه القوانين .وذلك في ثلاث مباحث وعلى النحو الاتي :

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

المبحث الاول :دور التفسير القضائي في تحقق مبدا الامن القانوني

المبحث الثاني : رجعية القوانين وأثرها على تطبيق فكرة التوقع المشروع
المبحث الثالث :ضمانات تطبيق فكرة التوقع المشروع

المبحث الاول :دور التفسير القضائي في تحقق مبدا الامن القانوني

تختلف الاتجاهات العامة في التفسير باختلاف النظرة إلى أصل القانون وأساسه[١]، وباختلاف وجهات النظر في حقيقة دور المشرع في وضع القواعد القانونية وفي مدى ما يتضمنه التشريع من قواعد[٢]. لذلك عرف التفسير بأنه: ((بيان الحكم الواجب التطبيق إذا لم يكن بيّنًا)). كما يعد التفسير فعل ينسب إلى فاعل، وهو الشارع في الشرعي، والفقيه في الفقهي، والقاضي في القضائي، والعالم في العملي، وبالنسبة إلى الشرع والفقه والقضاء والعلم مبنية على المجاز[٣].

لذلك يجمع الفقه بأنَّ التفسير الذي يقوم به القضاء الدستوري للدستور والقوانين يجد أساسه في الوظيفة التي يتولاها القضاء والاختصاصات التي عهد بها إليه الدستور والقانون المنظم له، حيث ينبغي على القاضي أنْ يفسر نصوص الدستور بمناسبة ممارسة الرقابة على دستورية القوانين، فينبغي عليه تفسير النص القانوني المطعون بعدم دستوريته وتصبح عملية التفسير ضرورية خاصة حينما تكون صياغة النصوص موجزة أو غامضة[٤]، فإنَّ مهمة القاضي ليست تطبيق النصوص القانونية بطريقة آلية، وإنما يقوم القاضي بدور حيال هذه النصوص، عن طريق تفسيرها لبيان الغرض منها وإزالة ما لحق بها من غموض حتى يتمكن تطبيقها تطبيقًا صحيحًا[٥].

لذلك بما أنَّ تفسير النصوص القانونية التي أثارت خلاف حول تطبيقها من خلال الأثر الرجعي للقوانين، وهذا ما يؤدي إلى هدم فكرة التوقع المشروع، فتطبيق النصوص القانونية بأثر رجعي على الوقائع السابقة على صدورها بأنْ يقوم بتجريم ما اتاه الأفراد من افعال مباحة أو إبطال

(١) فحيث يعقد القانون بإرادة الدولة وتنحصر مصادره في مصدر واحد، هو التشريع، تظهر مدرسة الشرح على المتون، وحيث يؤخذ القانون على انبعاث من ضمير الجماعة ومن الظروف المحيطة بها، توجد المدرسة التاريخية أو الاجتماعية في التفسير، وحيث يؤخذ القانون على أنَّه جوهر وصناعة أو علم وصياغة، توجد المدرسة العلمية أو مدرسة البحث والتفسير الحر.

(٢) د. رمزي طه الشاعر، النظم السياسية والقانون الدستوري، ج١، مطبعة جامعة عين شمس، القاهرة، ١٩٧٧، ص٢٠٨.

(٣) د. مصطفى إبراهيم الزلمي، دلالات النصوص وطرق استنباط الأحكام في ضوء أُصول الفقه الإسلامي، ط٣، أربيل، ٢٠١٣، ص٢٩١.

(٤) د. يسري العصار، الأساس القانوني للتفسير القضائي لنصوص الدستور والقانون، مجلة كلية القانون الكويتية، العدد(٤)، السنة الخامسة، ٢٠١٧، ص٣٥٨.

(٥) د. أحمد سلامة بدر، دور المحكمة الدستوريه في تفسير النصوص القانونية .دار النهضه العربية ,القاهرة ، ٢٠١٦ص١٥.

تصرفاتهم التي تمت بمقتضى القانون؛ لأنَّ من شأن ذلك أنْ يؤدي لانعدام ثقة الأفراد في القانون ويولد القلق في نفوسهم ويخل بالاستقرار وينمي الإحساس القوي باللا أمن القانوني(١).

المطلب الاول : دور الفقه في تفسير الاثر الرجعي للقرار التفسيري

يقرر الفقه(٢)أنَّ الأثر الرجعي لقرار التفسير لا يشكل مخالفة للقواعد الدستورية أو للقواعد القانونية المتعارف عليها والتي تبرر سريان القوانين والقرارات بأثر فوري ومباشر من التاريخ المقرر لبدء سريان أحكامها، أي أنَّها تطبق على الوقائع الجديدة التي تحدث في ظلها ولا تمتد إلى الوقائع التي حدثت قبل إعداد هذه النصوص، فهذه القواعد والمبادئ لا تحكم قرارات التفسير؛ لأنَّ تلك القرارات لا تنشئ حكمًا جديدًا ولا تبدع قاعدة عامة لم تكن موجودة قبل صدورها، وإنما هي تقرر وتكشف عن حكم قائم مطبق وساري المفعول. لكن هل يعتبر القرار التفسيري قرارًا ينطوي على أثر رجعي؟ وهل رجعية القرار المفسر رجعية حقيقية أو ظاهرية؟ وهل تهدد ثقة الأفراد؟ كل هذا سوف نتطرق إليه حسب ما ذهب إليه البعض، والحقيقة هناك ثمة اتجاهات:

الاتجاه الأول: يرى أنَّ القرار التفسيري يقتصر دوره على مجرد تفسير قرار أو نص موجود بالفعل، ويترتب عليه مراكز قانونية معينة، فقرار التفسير في رأيهم مجرد إتمام ومكمل للقرار الذي يفسره القاضي وسريانه من تاريخ صدور القرار الأول ولا يخالف مبدأ عدم الرجعية(٣)، ومن ثم فإنَّه لا يوجد ما يمس ثقة الأفراد المشروعة.

الاتجاه الثاني: يرى أصحاب هذا الاتجاه أنَّ القرار التفسيري لا يرتب أثرًا، فهو مجرد يزيل الغموض والابهام الذي يحوط القرار الأول(٤).

فيما يقول البعض(٥) أنَّ القرار المفسر هو قرار إداري يرتب آثارًا تسري من تاريخ القرار الذي جاء لتفسيره، وذلك بشرط أنْ يكون القرار مفسرًا بطبيعته، حيث لا يحمل في مضمونه تعديلًا لمفهوم القرار الأول.

نحن نرى أنَّ هذا الرأي هو الأقرب للحقيقة؛ والسبب في ذلك أنَّ التفسير يطلب بمجرد وضوح الشيء لإزا ة الغموض من النص القانوني، ومن ناحية سريانه، فيكون من تاريخ صدور القرار،

(١) Bernard PACTEAU, La securite juridique, un principe qui nousnanque. Voir. AJDA. 1995. P.151.

(٢) د. جورجي شفيق ساري، اختصاص المحكمة الدستورية العليا في التفسير، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥، ص٢٨٤-٢٨٥.

(٣) د. جورجي شفيق ساري، المبادئ العامة للقانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤، ص٨٤٧.

(٤) ناصر عبدالحليم السلامات، نفاذ القرار الإداري في القانون الإداري الأردني، أُطروحة دكتوراه مقدمة إلى جامعة عين شمس، ٢٠٠٩، ص٣٢٨.

(٥) نجم عليوي خلف، مبدأ عدم الرجعية في القرارات الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠١٦، ص١٧٧.

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

المطلب الثاني : الاستثناءات التي تقررها القوانيين

هناك بعض الاستثناءات في مجال القوانين أو النصوص القانوني الجديدة حتى تصبح ذات أثر رجعي، تنطبق على الحالات والمراكز الناشئة في ظل قوانين قديمة صدرت في الماضي. ويمكن حصر هذه الاستثناءات في الآتي:

وجود أسباب منطقية بموجبها يمكن قبول الأثر الرجعي للقانون أو النص بدون تقييد، فإنْ كان القانون تفسيرًا لتشريع سابق، فإنَّه يسري من تاريخ نفاذ هذا الأخير، ويطبق هذا القانون بشكل رجعي؛ لأنَّه يشكل من القانون المفسر وحده، من حيث أنَّه يفسره ويوضحه، أو إذا نص المشرع في تشريع ما صراحة وبوضوح على تطبيقه الرجعي، وهذا السبب هو الآخر منطقي؛ لأنَّ مبدأ عدم رجعية القانون يقيد القاضي لا المشرع؛ لأنَّ الأخير هو من يضع التشريع، قد يقدر وجود مصلحة عامة تستوجب تطبيق التشريع الجديد على الماضي[١].

قد ينص المشرع صراحة على أنْ يسري القانون بأثر رجعي، كما أنَّ قد يمنح الإدارة ترخيصًا بإصدار القرارات الإدارية بأثر رجعي بما يضفي صفة المشروعية على هذه القرارات[٢].

فالنصوص التشريعية في فرنسا ومصر أباحت للمشرع الخروج على مبدأ عدم الرجعية بنص صريح[٣]. لذا، فالمشرع يستطيع أنْ يصدر تشريعًا ينص على أنْ يسري بأثر رجعي مادام أنَّه استمد هذه الرخصة بنص دستوري، والمشرع كما هو قادر على أنْ ينص على الرجعية في التشريع، فإنَّه قادر على أنْ يخول الإدارة أنْ تنص على الرجعية في قراراتها. مثال ذلك في فرنسا، فقد اتخذت عدة قوانين تبيح للإدارة اتخاذ قرارات رجعية، ومنهم التشريع الصادر في ٢٢ يوليو ١٩٤٠ أثناء الحرب العالمية الثانية، إذ خول المشرع الإدارة اتخاذ قرارات إدارية تتعلق بسحب الجنسية ممن اكتسبوها من الأجانب من رعايا الدول المحاربة ضد فرنسا، على أنْ يتضمن المرسوم سحب الجنسية تاريخ سريانه[٤].

أما الفقيه (Roubier) فقد ذهب بعكس هذه الاتجاهات التي ذكرناها، حيث اعتبر أنَّ الرجعية في القرارات والقوانين المفسرة هي رجعية حقيقية، حيث اعتبر أنَّ القرار التفسيري يرتب أثرًا؛ لأنَّ

---

(١) CF. F. Pollaud-Dulian. A propos de la securite juridique in Revue trimestrielle du droit civil. 2001. N.3. P.490.

١. (٢) ناصر عبدالحليم السلامات، ناصر عبدالحليم السلامات، نفاذ القرار الإداري في القانون الإداري الأردني، أُطروحة دكتوراه مقدمة إلى جامعة عين شمس، ٢٠٠٩ ص٢٤٩.

د. صباح موسى المومني، حالات إباحة رجعية القرار الإداري، بحث منشور على الموقع:[3]
https://researchgate.net..، ص١٠

(٤أحمد النوايسة، مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية، أُطروحة دكتوراه مقدمة إلى جامعة عمَّان العربية، ٢٠٠٩، ص١٢٦.

يزيل على الأقل الغموض والابهام الذي يحيط القرار الأول، واستند في رأيه إلى أنَّ هناك من القرارات الإدارية ما لا يمكن تطبيقها قبل تفسيرها، ومن ثم فإنَّ التفسير يحدث أثرًا[١].

نحن نرى، أنَّ التفسير القضائي يرتب آثارًا تسري من تاريخ القرار الذي جاء لتفسيره؛ والسبب في ذلك ان العدالة والمنطق والاستقرار في المعاملات والحقوق المكتسبة، تلك هي مبررات مبدأ عدم الرجعية في القوانين والقرارات الإدارية، إلا إنه من المتفق عليه أنَّه لا يوجد مبدأ من المبادئ القانونية يخلو من الاستثناءات، ومبدأ الرجعية في القوانين والقرارات من المبادئ التي طرأت عليها استثناءات وفقًا للأحكام القضائية التي جاء بها القضاء الدستوري والإداري، حيث تشكل هذه الاستثناءات مبادئ قانونية مهمة.

فهدف فكرة التوقع المشروع هو تقييد الأثر الرجعي لبعض النصوص القانونية، وخاصة في مرحلة التفسير القضائي، فإنَّ غالبية الفقه القضائي حين يقوم بعملية التفسير، يتقيد بالأثر الرجعي؛ لأنَّ من شأن الأثر الرجعي المساس بالمراكز القانونية بشكل يتجاوز الحدود التي تسمح بها المبادئ الدستورية، وعلى الرغم من أنَّ الدستور يخول للمشرع تقرير أثر رجعي للنصوص غير الجنائية، لكن القضاء الدستوري يقيد الأثر الرجعي لهذه النصوص القانونية، ويستندون في ذلك على تفسير واسع لبعض النصوص القانونية[٢].

لذلك أصبح القضاء الدستوري يستنبط مبادئ عامة من نصوص الدستور، يقوم بتطبيقها على الدعوى القائمة امامه، وعلى الدعاوى اللاحقة، باعتبارها مبادئ دستورية عامة، ومن أمثلة هذه المبادئ، هي التوقع المشروع أو الثقة المشروعة، الذي استنبطها القضاء الدستوري في دول عديدة من روح الدستور وفكرة الحقوق المكتسبة بطريق مشروع من القوانين، وضرورة استقرار المراكز القانونية[٣].

تأسيسًا على ذلك، يمكن القول بأنَّ الأثر الرجعي للقانون أو القرار هو لتحقيق غاية محددة، ووضع لتصحيح وتطوير تفسير النص بالنسبة للقوانين التفسيرية، بدافع مصلحة عامة أساسية، في حالة النص الصريح على الرجعية، لذا يجب أنْ لا يؤدي استعماله إلى انحراف مسار الخصومات القائمة أمام مختلف الجهات القضائية لمصلحة أحد الخصوم، فهذا يسلب الطرف الآخر حقه ويمس الثقة المشروعة، ويؤدي إلى عدم الاستقرار وتدهور أوضاع الأفراد، ومن ثم تتأثر مراكزهم القانونية من حقوق ومصالح، وهذا ما يهدد الأمن القانوني في المجتمع؛ لأنَّ المخاطبين بالقواعد القانونية ينفرون من تطبيقها؛ كونها مخالفة لما كانوا يتوقعونه.

المبحث الثاني : رجعية القوانين وأثرها على تطبيق فكرة التوقع المشروع

لا شك أنَّ الفقه والقضاء يجمعان على أنَّ الرجعية أمر خطير، يسمح بدخول الإرباك، وعدم الاستقرار في الأوضاع والتصرفات القانونية السابقة، أي عدم انسحاب أثر القواعد القانونية على

---

(١) (P.) Roubier, Les conflits de lois dans le temps, Theorie de la non retoactite des lois (1929-1930). P.470.

(٢) د. رفعت عيد سيد، مبدأ الأمن القانوني – دراسة تحليلية في ضوء أحكام القضاء الإداري والدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١١، ص١١٢.

(٣) د. يسري العصار، المرجع السابق، ص٣٥٨.

الماضي، واقتصارها على حكم الوقائع التي تقع ابتداءً من يوم نفاذها[١]، لذلك أشارت كثير من الدساتير، منها الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ في المادة (١٩) والتي نصت على: ((ليس للقوانين أثر رجعي ما لم ينص على خلاف ذلك ولا يشمل هذا الاستثناء قوانين الضرائب والرسوم))[٢]. وأيضًا نصت المادة (٢٢٥) من دستور مصر لعام ٢٠١٤ على: ((... لا تسري أحكام القوانين إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها، ومع ذلك يجوز في غير المواد الجنائية والضريبية النص في القانون على خلاف ذلك بموافقة أغلبية ثلثي أعضاء مجلس النواب))[٣].

لذلك فإنَّ سريان التصرفات القانونية، منها القرار الإداري، إنما يكون للمستقبل فقط، دون المساس بالتصرفات والوقائع السابقة، فعندما يمضي الزمن لا يمكن أنْ يعود، وإنَّ القبول بغير ذلك في مجال القرارات الإدارية وأي تصرف قانوني آخر يعد خرقًا للمنطق القانوني[٤] الذي يجب احترامه من قبل جميع السلطات العامة للدولة.

كما قد اهتم القضاء الإداري في فرنسا ومصر بهذا الموضوع في كثير من أحكامه حتى استقر بوضوح على أنَّ القاعدة العامة، هي تحريم الرجعية في القرارات الإدارية سواء كانت تنظيمية أو فردية أيضًا[٥].

فإنَّ فكرة التوقع المشروع تقتضي أنَّ كل شخص له الحق في استقرار القاعدة القانونية، وأنْ يكون في مأمن من التعديلات المفاجئة التي يمكنها أنْ تؤثر على ذلك الاستقرار، فيكون بذلك الوجه المضيء للقانون[٦].

كما يرى البعض[٧] أنَّ الرجعية بالقرارات تنشأ عندما يكون هناك مركز قانوني مكتمل العناصر في ظل الأوضاع القانونية السابقة، ويأتي هذا القرار ماسًّا بهذا المركز أما بالتعديل أو بالإلغاء.

هذا وعبَّر البعض[٨] عن الحقوق التي يحميها مبدأ الرجعية تحت مسميات شتى، فذهب إلى أنَّه يحمي مبدأ المساواة أمام القانون؛ للحيلولة دون تحكم وقسوة القانون الرجعي في مواجهة بعض المواطنين ممن طبق عليهم هذا القانون، ويحمي مبدأ الفصل بين السلطات، ويحمي الحقوق المكتسبة للمواطنين، فإنَّ الحكمة من تقرير قاعدة الرجعية عمومًا سواء تعلق الأمر بقوانين أم بقرارات إدارية، هي واحدة، وأنَّ مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية لم يأتِ من فراغ، وإنما دعت الحاجة إليه، باعتباره ضمانة أكيدة لحماية حقوق الأفراد وإرضاءً للمنطق القانوني السليم وتحقيق العدالة والاستقرار في المعاملات[٩].

---

(١) د. علي مجيد العكيلي، المرجع السابق، ص٣٩.

(٢) دستور العراق لعام ٢٠٠٥، المادة (١٩).

(٣) دستور مصر لعام ٢٠١٤، المادة (٢٢٥).

(٤) نجم عليوي خلف، المرجع السابق، ص٦٢.

(٥) د. سامي جمال الدين، اللوائح الإدارية التنفيذية وضمانة الرقابة القضائية، مؤسسة حورس الدولية، الاسكندرية، ٢٠١٤، ص٧٥.

(٦) د. عبدالمجيد غميجة، ، ص٧.

(٧) د. طعيمة الجرف، القانون الإداري، مكتبة القاهرة الحديثة، القاهرة، ١٩٧٠، ص٤١١.

(٨) د. أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، المرجع السابق، ص١٠٨.

(٩) د. رفعت عيد سيد، مبدأ الأمن القانوني ، المرجع السابق ، ص٦١.

لذلك فإنَّ ضمانة فكرة التوقع المشروع، لابد من اعمال القواعد القانونية الجديدة بأثر فوري؛ حتى يتمكن الأفراد المخاطبين بها من معرفتها، وتكييف سلوكهم وفقًا لمقتضياتها، بما يضمن حقوقهم وحرياتهم، واستجابةً لاعتبارات العدل، فتطبيق القواعد القانونية بأثر رجعي على الوقائع السابقة على صدورها بأنه يقوم بتجريم ما اتاه الأفراد من أفعال مباحة أو إبطال تصرفاتهم التي تمت بمقتضى القانون؛ لأنَّ من شأن ذلك أنْ يؤدي إلى انعدام ثقة الأفراد في القانون ويزرع القلق في نفوسهم، ويخل بالاستقرار وينمي الإحساس القوي بلا أمن قانوني.

تأسيسًا على ذلك، يمكن القول بأنَّ سريان القرار أو القانون بأثر رجعي يعد انتهاكًا لفكرة التوقع المشروع؛ لأنَّ هدف الثقة المشروعة هو تحقيق النظام في الحياة الاجتماعية وفي العلاقات الاجتماعية، بمعنى أنَّه يحقق بين الأفراد الأمن والطمأنينة والمساواة القانونية، لذلك فإنَّ مبدأ عدم رجعية القرارات والقوانين من المبادئ التي حرص المشرع على تأكيدها واحترامها، فلاقت تأييدًا من الفقه والقضاء واستحسانًا من السلطات العامة. تبعًا لذلك، سوف نتناول هذا الموضوع لما له من أهمية على النحو الآتي:

المطلب الأول: أساس الرجعية في القوانين.

المطلب الثاني: مجانبة العدل.

المطلب الثالث: عدم استقرار المعاملات.

المطلب الأول: أساس الرجعية في القوانين

تعد الرجعية خروجًا عن القاعدة العامة التي تفرض عدم الرجعية في القرارات الإدارية والقوانين التي غالبًا ما تم تحديدها في صلب الوثيقة الدستورية، على اعتبار أنها تنتج آثارها القانوني بأثر فوري، ولا تسري آثارها على الماضي بأثر رجعي تطبيقًا لمبدأ المشروعية، وحفاظًا على الحقوق المكتسبة، ومن ثم تحقيق الاستقرار وتتولد الثقة المشروعة للأفراد. فإنَّ الرجعية من المسائل الخطرة المخالفة للعدالة، وقد لقيت هذه الفكرة معارضة شديدة من قبل الفقه والقضاء؛ باعتبارها خرقًا للقواعد القانونية السليمة وانتهاكًا لحقوق الأفراد[١]، لأنَّ انسحاب القاعدة القانونية على الماضي يؤدي إلى الإخلال بالاستقرار الواجب للمعاملات والمساس بالحقوق والمراكز المشروعة التي تم ترتيبها في ظل القانون القائم، وإحلال الفوضى وعدم الاستقرار. لذلك يثير الأثر الرجعي صعوبات كبيرة على أساس أنَّ العمل الإداري سيستمد آثاره إلى الماضي. وقد اعتنى القضاء الإداري بهذا الموضوع باعتبار أنَّ التصرفات القانونية حتمًا سترتب آثارها من وقت سابق على إنشائها[٢]، مما جعل البعض يعتبرون الأثر الرجعي خروجًا عن مبدأ المشروعية ومساس بالحقوق المكتسبة للأفراد، مما قد يؤدي إلى عدم الاستقرار وفقد الثقة المشروعة في الأوضاع القانونية[٣].

---

(١) نجم عليوي خلف، المرجع السابق، ص٥٧.

(٢) د. يمينة خضار، الأثر الرجعي في القرارات الإدارية، بحث منشور في مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد(١١)، الجزائر، ٢٠١٧، ص٢٤٠.

(٣) د. حسن محمد عواضة، المبادئ الأساسية للقانون الإداري، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، بيروت، ١٩٩٧. ص١٤٤.

مما تجدر الإشارة إليه، أنَّ بعض الفقه[١] يرى أنَّ المراكز القانونية يمكن أنْ تتعرض لمخاطر عدم الاستقرار حتى في الحالات التي تسري فيها القواعد القانونية بأثر فوري، دون أنْ ينعطف سريانها على الماضي، وحجته في ذلك ترجع إلى اعتبارين: الأول: هو تعديل القواعد القانونية تعديلًا مباغتًا دون أنْ يكون مصحوبًا بأحكام انتقالية، ومن ثم يؤدي إلى انتهاك فكرة التوقع المشروع. والثاني: فهو استمرار ملاحقة المركز القانوني حتى مع عدم تعديل القواعد القانونية المطبقة على هذا المركز.

نحن نرى أنَّ هذا الأمر مستبعد في أغلب الأحيان وإنْ تم تطبيقه، فيكون في حالات محددة، والأساس هو عدم الرجعية، ومن ثم يمكن للأفراد التي مست مراكزهم القانونية أو هدمت توقعاتهم المشروعة اللجوء إلى القضاء، سواء أكان القضاء الدستوري أم الإداري للمطالبة بحقوقهم التي حددها لهم القانون واكتسبوها بطريقة مشروعة.

المطلب الثاني: مجانبة العدل

من البديهي أنَّه ليس من العدل في شيء أنْ يتم محاسبة الأفراد عن تصرفات ووقائع حدثت في الماضي؛ لأنَّ لا يمكن لهؤلاء أنْ يتنبؤوا أو يتوقعوا بما قد يصدره المشرع من قواعد في المستقبل[٢]، لكن قد يكون العكس من ذلك، أي تكون هناك تصرفات تسري على الأفراد على الماضي وخاصة في رجعية القرارات الإدارية والأثر الرجعي سوف ينتهك حقوق الأفراد المكتسبة ويهدم توقعاتهم المشروعة التي حققوها في ظل قانون سابق.

فإنَّ الحفاظ على المركز القانوني هو الحق المكتسب الذي نجم عن تصرف قانوني معين، وهو يقوم على أساس مبدأ عدم الرجعية للقرارات الإدارية، وعدم رجعية سريان النصوص القانونية، أي أنَّه يهدف إلى حماية مركز قانوني تولد في الماضي واكتسب صاحبه حقوقًا مشروعة[٣]. لأنَّ مبدأ العدالة الذي يقرره القانون الطبيعي، هو أمر بديهي ومطلوب للحفاظ على استقرار المجتمع وحفظ الحقوق والمراكز فيه، فإنَّ غير ذلك هو مجانبة للعدل وانتهاكًا لحقوق الأفراد؛ لأنَّ مبدأ رجعية القرارات والقوانين لا يتفق مع مبدأ العدالة، حيث أنَّه ليس من العدل محاسبة أفراد احترموا القانون القديم وعملوا في سياقه واكتسبوا حقوقًا ومراكز قانونية في ظل أحكامه[٤]. ومن ثم فإنَّ تطبيق القانون بأثر رجعي يمس الحقوق ويمس الثقة المشروعة للأفراد، وهذا ما لا يتفق مع مبدأ العدالة، حيث أنَّ من العدالة، عدم رجعية القرارات الإدارية، حتى ولو نص على ذلك في القرار[٥].

---

(١) د. محمد محمد عبداللطيف، المرجع السابق، ص١١٦.

(٢) باحريز حسن، عملية نشر النصوص القانونية وسريانها، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق، بن يوسف بن خدة – بن عنكون، جامعة الجزائر، ٢٠١٣، ص١١٢.

(٣) أوروك حورية، مدى مساهمة القضاء الإداري في تحقيق الأمن القانوني، بحث منشور في مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد(١١)، الجزائر، ٢٠١٧.

ص٢٦١.

(٤) د. محمد بكر حسين، الوسيط في القانون الإداري، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٧، ص٢٤٠.

(٥) نجم عليوي خلف، المرجع السابق، ص٨٧.

فخلاف ذلك تهدم حقوق الأفراد وتوقعاتهم المشروعة التي اكتسبوها في ظل قانون سابق، حتى يتم الحفاظ على المراكز القانونية، يجب عدم رجعية القوانين والقرارات الإدارية على الماضي؛ لأنَّ هدف العدالة إلى الحلول المنصفة، وتقضي إلى مراعاة دقائق ظروف الناس ومصالحهم وتخفف كثيرًا من روح الاستبداد والاستئثار، وهي في ذلك تعني العدالة الحقيقية أو الفعلية[١].

المطلب الثالث: عدم استقرار المعاملات

تقتضي المصلحة العامة ألا يفقد الأفراد الثقة والاطمئنان على استقرار حقوقهم ومراكزهم الذاتية التي تمت نتيجة لتطبيق الأوضاع القانونية السابقة[٢]. لذلك اشترط في جميع التشريعات في كافة أشكالها نوعًا من الثبات والاستقرار والابتعاد عن التعديل الدائم للنصوص القانونية، مما يؤثر على استقرار الأوضاع والحقوق المكتسبة (Droit aquis les).

فإنَّ رجعية القوانين تعد انتهاكًا لحقوق الأفراد وفقد ثقتهم بالقانون؛ لأنَّ سريان القانون على الماضي يؤدي إلى اضطراب المعاملات وعدم الاستقرار وتدخلها بحكم إخضاع العلاقة الواحدة لقاعدتين مختلفتين. لذلك قال بلانيول: "لن يكون هناك أمان بالنسبة للأفراد، إذا كانت حقوقهم الشخصية يمكن في أي لحظة أنْ تتأثر أو تعدل أو تزول بسبب تغير في إدارة المشرع"[٣].

لذلك فإنَّه ينبغي ترك القديم على قدمه وترك الآثار التي تمت في الماضي سليمة؛ لأنَّ المساس بها تعني اضطراب أحوال الناس واستحالة استقرار أوضاعهم، فمبدأ عدم الرجعية ضرورة لاستقرار المعاملات كافة وتوفير الطمأنينة بحفظ المراكز القانونية وجعلها بعيدة عن الزعزعة والاضطراب[٤].

كما يرى أحد الفقهاء (Benjamin Constant): ان الرجعية تؤدي إلى عدم الاستقرار في المعاملات، ويعتبر اعتداء يمكن أنْ يرتكبه التشريع، فهي تمزيق للعقد الاجتماعي وإبطال للشروط التي تمت بمقتضاها يخضع الفرد للمجتمع لأنها الطاعة، كما اعتبر (ديجي) مخالفة للقانون وأنَّ رفض التشريع الرجعي أمر مشروع[٥].

فمبدأ عدم رجعية القوانين والقرارات الإدارية يقوم على اعتبارات عملية تدور حول ضمان استقرار العلاقات القانونية؛ وذلك لأنَّ تمكين الإدارة حق إصدار قرارات بأثر رجعي يؤدي إلى إهدار كل أمان واستقرار لذوي الشأن في هذه القرارات.

وتتم الفوضى وعدم الاستقرار، فالتنظيم يكون بالنسبة للمستقبل مع ترك الآثار التي تمت في الماضي سليمة، ولهذا فإنَّ الدساتير تنص على أنَّ القوانين تسري بالنسبة للمستقبل، وإذا لم ينص الدستور على جواز الرجعية للقانون، استحال سريان القانون على الماضي[٦].

---

(١) عواد حسين ياسين العبيدي، اتجاه المشرع العراقي في سد النقص في التشريع، بحث منشور في مجلة التشريع والقضاء، العدد(٢)، السنة الثالثة، بغداد، ٢٠١١، ص٥١.

(٢) نجم عليوي خلف، المرجع السابق، ص٩٣.

(٣) باحريز حسن، المرجع السابق، ص١١٢.

(٤) د. محمد رفعت عبدالوهاب، القضاء الإداري، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠١١، ص٦٠.

(٥) د. سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٨٤، ص٦٥٥.

(٦) د. سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، ط٣، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٦٦، ص٥٤٦.

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

المبحث الثالث :ضمانات تطبيق فكرة التوقع المشروع

لا شك أنَّ فكرة التوقع المشروع أو الثقة المشروعة نشأت من حاجة المجتمع إلى توفير الأمن والحماية لأصحاب المراكز القانونية داخل المجتمع، ذلك أنَّ المراكز القانونية التي تكونت واستقرت، يجب عدم المساس بها وعدم مفاجئة الأفراد، ولابد من أنَّ تتوفر لها الضمانات على الدوام في حال تغير القوانين أو تبدل الأوضاع السائدة في المجتمع؛ لأنَّ التوقع المشروع يتحقق عندما يكتسب الشخص ثقة مشروعة من القواعد القانونية المطبّقة، أو من خلال ضمانات القضاء، فيجب أنْ لا تصطدم معها قواعد قانونية أو قرارات إدارية جديدة لم تكن في الحسبان دون اتخاذ تدابير انتقالية لعدم المساس بالتوقع المشروع.

لذلك أصبحت دواعي الثقة المشروعة تستوجب العمل على التخفيف من الآثار والمعوقات الثانوية لكل ما تم ذكره، وهو وجود هيئة قضائية تحرص على بلورة النص القانوني وتطبيقه على المنازعات المعروضة أمامها، وقادرة على خلق قاعدة قانونية واضحة تسعى من خلالها المحافظة على حقوق الأفراد الخاصة، فالقاضي سواء كان الدستوري أم الإداري، هو الجهة الوحيدة القادرة على مواجهة السلطات العامة التي تتمتع بالامتياز مقارنة بالفرد العادي، وذلك بإلغاء كافة القرارات غير المشروعة والتصدي لها أو تفسير النصوص القانونية وفق القانون الذي بدوره يحقق الثقة المشروعة لدى الأفراد. لذلك سوف نتناول هذه الضمانات على النحو الآتي:

المطلب الأول: القضاء الدستوري ضمان لحماية فكرة التوقع المشروع.

المطلب الثاني: القضاء الإداري ضمان لحماية فكرة التوقع المشروع.

المطلب الثالث : دور السلطتين التشريعية والتنفيذية في حماية فكرة التوقع المشروع.

المطلب الأول: القضاء الدستوري ضمان لحماية فكرة التوقع المشروع

إنَّ احترام الدستور يفترض احترام المبادئ التي نص عليها، ويأتي في مقدمتها –في الدول الديمقراطية- مبدأ الفصل بين السلطات، وتدرج القواعد القانونية، فإنَّ القضاء الدستوري يستمد شرعيته من المهام التي أناطها به الدستور، وهي المحافظة على شرعية السلطات في الدولة لجهة تكوينها وأدائها[١].

لذلك يباشر القضاء الدستوري رقابته على دستورية القوانين دون الحاجة إلى نص دستوري يبيح له ذلك، استنادًا إلى واجبه في إكمال حكم القانون الأعلى (الدستور) إذا تعارض معه قانون أدنى[٢]. كما يعد ممارسة القضاء الدستوري دورًا بارزًا في النظم الديمقراطية، باعتباره الحامي للنصوص الدستورية، الذي يعمل على إبطال وإلغاء أي عمل تشريعي أو تنفيذي مخالف للقواعد الدستورية. ويهدف القضاء الدستوري في مباشرة وظيفته إلى تحقيق غرضين أساسيين:

الأول: الصالح العام.

---

(١) د. لمى علي فرج، العلاقة بين سلطة التشريع والقضاء الدستوري، بحث منشور في المجلة السياسية والدولية، كلية العلوم السياسية، الجامعة المستنصرية، العدد(٢٦/٢٥)، ٢٠١٧، ص١٨٦.

(٢) د. علي السيد الباز، السلطات العامة في النظام الدستوري الكويتي، مجلس النشر العلمي، الكويت، ٢٠٠٦، ص٣٧٥.

الثاني: صالح الأفراد[١].

أما الصالح العام، فيكون من خلال تقييد السلطات في الدولة (تشريعية وتنفيذية) على احترام القانون والخضوع لسلطانه، ويكون ذلك عن طريق إلغاء أي تصرف مخالف لمبدأ المشروعية.

وأما صالح الأفراد، فيكون من خلال المحافظة على مراكزهم وحقوقهم المشروعة، ويتم ذلك عن طريق إلغاء القرارات الإدارية الغير مشروعة أو التعويض عنها إذا مسّت مراكز الأفراد أو نالت من حقوقهم.

فإنَّ إقامة قضاء دستوري له صلاحيات ما يمكنه من ممارسة رقابة دستورية فاعلة على القوانين وفرض احترام الدستور من خلال استقلالية القاضي الدستوري. لأنَّ قيام سلطة قضائية مستقلة ومتحررة من كل تأثير، يوفر حماية دستورية وقانونية للحقوق والحريات. لذلك فإنَّ الدساتير في جميع الدول الديمقراطية غالبًا ما تنص على الضمانات التي تكفل استقلال القضاء؛ وذلك من أجل حماية حقوق الأفراد[٢] وحماية مراكزهم القانونية وحقوقهم المكتسبة. لذلك سوف نبيّن أهم الأُسس التي يقوم عليها القاضي الدستوري في حماية فكرة التوقع المشروع وعلى النحو الآتي:

الفرع الأول: استقلال القضاء ضمان لحماية فكرة التوقع المشروع

الفرع الثاني: الرقابة على دستورية القوانين ضمان لحماية فكرة التوقع المشروع.

الفرع الثالث: مبدأ تدرج القواعد القانونية ضمان لحماية فكرة التوقع المشروع.

الفرع الأول: استقلال القضاء ضمان لحماية فكرة التوقع المشروع

تحرص الدساتير عادةً على أنْ تؤكد على استقلال القضاء الدستوري عن السلطات العامة في الدولة[٣]، ومنها دستور العراق لعام ٢٠٠٥ في المادة (٨٨) التي نصت على: ((القضاة مستقلون، لا سلطان عليهم في قضائهم لغير القانون، ولا يجوز لأية سلطة التدخل في القضاء أو في شؤون العدالة))[٤]. كذلك نص دستور مصر لعام ٢٠١٤ في المادة (١٨٦) على: ((القضاة مستقلون غير قابلين للعزل، لا سلطان عليهم في عملهم لغير القانون، ...))[٥].

لذلك فإنَّ مبدأ استقلال السلطة القضائية بصفة عامة، والذي يعتبر تطبيقًا لمبدأ الفصل بين السلطات[٦]، الذي يعتبر أحد المكونات الأساسية لمفهوم استقلال القضاء، ويقصد به عدم تدخل السلطات الأُخرى في شؤون القضاء، كالسلطة التنفيذية والسلطة التشريعية، والهدف من ذلك: الوصول إلى تحقيق أمن قانوني حقيقي وعدالة إنسانية حقيقية. ولا يتم ذلك إلا باستقلال تام لجهاز

(١) د. عبدالعزيز محمد سالمان، ضوابط وقيود الرقابة الدستورية، دار الفكر الجامعي، القاهرة، ٢٠١١، ص٨١.

(٢) د. رافع خضر صالح شبر، السلطة القضائية في النظام الفيدرالي، المركز العربي للدراسات والبحوث، القاهرة، ٢٠١٧، ص١٤.

(٣) د. عصمت عبدالله الشيخ، مدى استقلال القضاء الدستوري في شأن الرقابة على دستورية التشريعات، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩، ص١٥.

(٤) دستور العراق لعام ٢٠٠٥، المادة (٨٨).

(٥) دستور مصر لعام ٢٠١٤، المادة (١٨٦).

(٦) د. أسامة الروبي و د. وليد الشناوي، ضمانات استقلال القضاء، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٥، ص٢٠.

القضاء[١]؛ لأنَّ السلطة القضائية هي الدرع الواقي الحارس الأمين لمبدأ سيادة القانون ضد أي محاولة للاعتداء على هذا المبدأ ومخالفته أو انتهاك حرمته[٢].
فالقاضي الدستوري إذ يستمد سلطاته من الدستور مباشرة ويحس بكيانه المدعم المستقل، يفصل فيما يعرض عليه من قضايا بقلب ثابت وإرادة مطمئنة دون خشية أو حذر.
ويأخذ استقلال القضاء مظهرين من مظاهر الاستقلال:
الأول: أنْ يكون القضاء سلطة من سلطات الدولة وليس وظيفة من وظائفها. فيكون محايدًا، فلا يصبغ بصبغة سياسية أو عقائدية أ ومذهبية، وأنْ يكون متخصصًا يحمل وحده عبء العدالة[٣].

الثاني: أنْ يكون القضاة متحررين من أي تدخل، غير متأثرين في قضائهم إلا بكلمة القانون العادل.

فإنَّ بغير ذلك يؤدي إلى انعدام الاستقلال يحول دون ممارسة القضاء سلطته في الرقابة سواء على تصرفات السلطة التشريعية أو السلطة التنفيذية على نحو يحقق الأهداف المرجوُّة منه، الأمر الذي ينعكس على حقوق الأفراد وحرياتهم ومراكزهم القانونية وزعزعة الثقة المشروعة لهم، من ثم يتحول انعدام الاستقلال القضائي إلى هيكل لا روح فيه[٤]. لذلك فإنَّ الحماية الفعالة لحقوق الأفراد واستقرار مراكزهم القانونية تتوقف على استقلال السلطة القضائية[٥]، فإذا لم يكن القاضي مستقلًا في حكمه، أدى ذلك إلى عدم الطمأنينة لدى الأفراد، واستقلالية القاضي لم تقررها القوانين، بل يستمدها القاضي من قرارة نفسه، بينما القوانين تقرر الضمانات التي تؤكد هذا الحق وتدعمه[٦].

فإنَّ هدف القاضي الدستوري هو توفير القدر اللازم من الاستقرار والطمأنينة للأفراد؛ للحفاظ على حقوقهم التي اكتسبوها في ظل قانون قائم ومستقر، فلا يجوز سلب هذه الحقوق بذريعة تغير قانون أو تعديله.

لذلك يعد استقلال القضاء أداة لتحقيق العدالة في الدول القانونية، وترسيخ قواعدها وضبط مسارها، ويعد ضمانًا أساسيًا لاحترام مبدأ المشروعية وسمو مكانته، وتحقيق سيادة القانون وعلو كلمته، كما أنه يعد الضمان الأساسي الذي لا غنى عنه لكفالة حقوق المواطنين وصون حرماتهم وحماية حرياتهم.

تأسيسًا على ذلك، يمكن القول بأنَّ استقلال القاضي الدستوري يعد أكبر ضمان لحماية حقوق وحريات الأفراد وصون مراكزهم القانونية وحفظ حقوقهم المكتسبة التي حصلوا عليها في ظل قانون قائم وحماية الثقة المشروعة لدى الأفراد.

---

(١) د. عبدالحق لخذاري، المرجع السابق، ص٢٣٣.

(٢) د. رافع خضر صالح شبر، المرجع السابق، ص١٤.

(٣) د. حمدي عطية مصطفى عامر، حماية حقوق الإنسان وحرياته العامة الأساسية في القانون الوضعي والفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠١٠، ص٨٣٤.

(٤) د. فاروق الكيلاني، المحاكم الخاصة في الأردن، مطبعة دار العلم للملايين، بيروت، ١٩٦٦، ص٧.

(٥) د. حنان محمد القيسي، مسؤولية القاضي بين التقييد والإطلاق، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٧، ص٣١.

(٦) د. عصمت عبدالله الشيخ، المرجع السابق، ص٥٢.

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

الفرع الثاني: الرقابة على دستورية القوانين ضمان لحماية فكرة التوقع المشروع

يقصد بالرقابة على دستورية القوانين، التحقق من مدى مطابقة التشريعات العادية مع الدستور القائم في البلاد، باعتباره القاعدة القانونية العليا التي لا يجوز لغيرها من القواعد القانونية الأُخرى الخروج على مقتضاها أو مخالفتها وفقًا لمبدأ تدرج القواعد القانونية؛ إعلاءً لمبدأ المشروعية وسيادة القانون(١).

وينحصر محل الرقابة على دستورية القوانين في موضوعات القوانين، هذا يفترض صدور هذه القوانين وفقًا للشكل والإجراءات التي يتطلّبها الدستور لإصدارها(٢). فالرقابة التي يباشرها القاضي الدستوري على القوانين العادية بقصد احترامها للقواعد الواردة في الوثيقة الدستورية وعدم مخالفتها لأحكامها، من أهم الوسائل القانونية التي تكفل نفاذ القانون الدستوري وتطبيقه تطبيقًا سليمًا(٣).

لذلك يرى البعض(٤) أنَّ الرقابة الدستورية تعد تأكيدًا لمبدأ سيادة الدستور وسموّه على باقي القوانين في الدولة، وتعتبر ضمانًا قويًا لحماية حريات الأفراد واحترام حقوقهم المكتسبة. كما يعد البعض الآخر(٥) أنَّ رقابة دستورية القوانين تعتبر أنجع الوسائل التي ابتكرها العلم الدستوري لحماية سيادة القوانين.

فإنَّ أهمية الرقابة على دستورية القوانين تأتي من كونها ضمانة لحماية الحقوق والحريات العامة للأفراد وضمانة لحقوقهم المكتسبة واحترام توقعاتهم. فالرقابة على دستورية القوانين تبغي في الحقيقة منع وجود قوانين تخالف الدستور، وهي بهذا تؤكد على أولوية أو عُلوية الدستور على جميع القوانين في الدولة(٦). فهو مبدأ التقييد بالحدود التي جاء بها الدستور في المجال التشريعي العادي، فإنَّ الدستور بحكم شموله وهيمنته، وزّع السلطات وحدد نطاق ممارستها، فلا يمكن بعد ذلك أنْ تمارس أية سلطة من سلطات الدولة اختصاصاتها خارج الحدود التي عيّنها لها الدستور، ولتامين التزام السلطات بتلك الحدود وعدم خروجها عليها، اقتضى الأمر فرض رقابة عليها(٧)؛ لأجل أنْ تكون مختلف القوانين مطابقة ومنسجمة مع المبادئ الأساسية التي يقوم عليها المجتمع

(١) د. محمد أحمد إبراهيم المسلماني، وسائل حماية مبدأ المشروعية –سيادة القانون– في النظم الدستورية المعاصرة والنظام الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠١٥، ص٢٦.

(٢) د. عبدالعظيم عبدالسلام عبدالحميد، الرقابة على دستورية القوانين في فرنسا ومصر، مطابع جامعة المنوفية، القاهرة، ٢٠٠٤-٢٠٠٥، ص١٢.

(٣) د. أحمد عبد الحسيب عبدالفتاح السنتريسي، إشكالية الرقابة على دستورية القوانين في ظل تعاقب الدساتير، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠١٨، ص٧.

(٤) د. حمدي عطية مصطفى عامر، المرجع السابق، ص٨٢٣.

(٥) د. عبدالعزيز محمد سالمان، المرجع السابق، ص٣٥.

(٦) د. منذر الشاوي، معنى الرقابة على دستورية القوانين، دون مكان نشر ولا سنة طبع، ص٨.

(٧) د. إسماعيل مرزة، مبادئ القانون الدستوري والعلم السياسي، شركة الطبع والنشر الأهلية ذات المسؤولية المحدودة، بغداد، ١٩٦٠، ص١٦٩.

في مختلف المحاولات. لذلك وضع المشرع آليات متنوعة بشأن احترام التوقعات المشروعة، ومنها رقابة دستورية القوانين[١]؛ حتى تتحقق الطمأنينة لدى الأفراد وعدم زعزعة مراكزهم القانونية وحماية حقوقهم المكتسبة وعدم مفاجئتهم في تعديل القوانين أو إلغائها.

الفرع الثالث: مبدأ تدرج القواعد القانونية ضمان لحماية فكرة التوقع المشروع

إذا كان مبدأ المشروعية أو سيادة القانون، هو الأساس الأول في التمييز بين الدولة القانونية وغيرها من الدول الاستبدادية أو البوليسية، فإنَّ هذا المبدأ لا معنى ولا مضمون حقيقي له ما لم يؤدي إلى تقرير تدرج القواعد القانونية؛ حتى تكفل فعلًا وقولًا سيادة القانون على الأفراد والسلطات العامة في آنْ واحد[٢]، أي أنَّ القواعد القانونية التي يتكون منها النظام القانوني في الدولة، تتدرج فيما بينها، مما يجعل بعضها أسمى من البعض الآخر، أي انها ليس جميعًا في مرتبة واحدة من حيث القوة القانونية[٣]. لذلك فإنَّ القاعدة الدستورية –طبقًا لهذا المبدأ- تأخذ مكانها في قمة النظام القانوني للدولة، تتولاها القاعدة التشريعية العادية الصادرة عن البرلمان، ثم اللوائح الصادرة عن السلطات الإدارية، ثم بعد ذلك القرارات الإدارية الفردية، وأخيرًا العمل الإداري المالي.

ولذلك أصبح من المسلمات أنْ تدرج القواعد القانونية، هو أهم مقتضيات وأول متطلبات الأخذ بمبدأ المشروعية في الدولة القانونية، وذلك إزاء تعدد المصادر الرسمية للقانون في هذه الدولة، مما يحتِّم ترتيب القواعد القانونية لحل مشكلة كيفية المفاضلة بين مختلف هذه المصادر في حال وجود تعارض فيها، ومن ثم تحقيق الترابط بين جميع هذه القواعد القانونية التي يتكون منها التنظيم القانوني للدولة، لذلك فإنَّ التشريع المنظم للحرية لابد أنْ يصدر ضمن نطاق التدرج الهرمي للسلَّم التشريعي، بمعنى أنه يجب التقيد بمبدأ تدرج القواعد القانونية من الناحيتين الشكلية والموضوعية، وبذات الوقت فلابد من التقيد بمبدأ سمو الدستور، حيث تكون النصوص الدستورية في قمة الهرم القانوني[٤].

فإنَّ التدرج في التشريع يعني اتخاذ التدابير والإجراءات الانتقالية عن سن التشريع أو إلغائه أو تعديله؛ لعدم مفاجئة المخاطبين بأحكامه وحماية توقعاتهم المشروعة وحماية مراكزهم القانونية. فإنَّ احترام التوقعات المشروعة للأفراد والمبنية على القواعد والأنظمة القانونية السارية المفعول، مما يجعلهم يطمئنون إلى نتيجة أعمالهم وتصرفاتهم، مع ما يرتبط بهذا الأمر من

(١) Fatiha Benabbou-Kirane. Introduction au droit constitutionnel, OPU, 2015. Pp.207 ets.

(٢) د. سامي جمال الدين، الرقابة على أعمال الإدارة، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٢، ص١٠٧.

(٣) د. حسين عثمان محمد عثمان، النظم السياسية والقانون الدستوري، الدار الجامعية، الاسكندرية، ١٩٨٩، ص١٧٩.

(٤) د. مازن ليلو راضي، قواعد التشريع الماس بالحريات الأساسية في العراق، بحث منشور في مجلة دهوك، العدد(٢)، ٢٠١١، ص٢٨٦.

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

استقرار في العلاقات، ومن يقين قانوني يعد أساسيًا في مجال الحريات والعقوبات الجزائية[١]، لأنَّ مبدأ احترام المشروعية هو أحد صور الأمن القانوني، وبمقتضاه يلتزم المشرع بعدم مفاجئة أو مباغتة الأفراد أو هدم توقعاتهم المشروعة. فمبدأ الثقة المشروعة متفرع عن مبدا الأمن القانوني الذي بدوره يكون فكرة دولة القانون، فالاتحاد الأوربي يكرّس مبدأ الأمن القانوني ويعده تعبيرًا عن دولة القانون[٢].

لذلك فإنَّ احترام توقعات الأفراد عند سن تشريع ابتداءً أو عند تعديله أو إلغائه، يحقق العدالة التشريعية، حيث يراعي ثقة الأفراد وتوقعاتهم المشروعة في الأنظمة القانونية السارية، وعدم مفاجئتهم بتشريعات لم تكن في حسبانهم ولم يتهيؤوا لتقبّلها. لذا جاء في مبدأ التدرج في التشريع ليحقق هذه الغاية، سواء بخصوص الابتداء في التشريع أو تعديله أو إلغائه. فإنَّ البعض[٣] يرى أنَّ القرارات الصادرة عن السلطة نفسها من طبيعة واحدة واتخذت أشكالًا واحدة، واعتبت الإجراءات نفسها، فإنَّ قرارات فردية تنسخ أو تلغي قرارات فردية سابقة ليست مطلقة، وإنما تعدها قاعدة عدم المساس بالحقوق المكتسبة؛ لأنَّ الحقوق المكتسبة ترتبط بالمراكز القانونية للأفراد، ومن ثم لا يجوز المساس بها، فالمراكز القانونية هي مجموعة من الحقوق والالتزامات، سواء كانت مراكز فردية أو ذاتية، فالحق المكتسب قد ينشأ من القرارات التنظيمية أو من القرارات الفردية[٤].

فإذا كان الاعتداء على الحقوق القائمة اعتداء على الاستقرار القانوني، فإنَّ تهديد الآمال المشروعة وإحباطها لا يقل إخلالًا بفكرة الأمن القانوني، لذلك فإنَّ فكرة التوقع المشروع أو الثقة المشروعة لا تصدر قوانين فجائية ومباغتة تصطدم مع التوقعات المشروعة للمواطن[٥]؛ حتى يتحقق الأمن القانوني من خلال المحافظة على استقرار المراكز القانونية، وعدم الثقة في العلاقات القانونية بما يحول دون اهتزاز صورة القانون في أعين المخاطبين به.

المطلب الثاني: القضاء الإداري ضمان لحماية فكرة التوقع المشروع

لا شك تعتبر من أهم المهام التي توكل للدولة مهمة تحقيق النظام في المجتمع، ويندرج ضمن أحد أهم عناصر النظام في المجتمع الاستقرار أو ما يطلق عليه الثقة المشروعة أو التوقع المشروع، الذي هو بحاجة إلى سلطة قادرة على إجبار الإدارة بالضوابط التي يحددها القانون والتي تأمر بها لتحقيق الثقة المشروعة، فيعتبر القضاء الإداري هو الآلية التي تقوم بحماية حقوق الأفراد وتأمّن على مراكزهم القانونية وحقوقهم المكتسبة، الذي في بعض الأحيان تتعرض إلى مباغتة في التصرف من قبل الإدارة أو يصدر تصرف غير مشروع، فيلجأ الأفراد إلى القضاء الإداري للطعن في القرار غير المشروع، من خلال عدة وسائل حتى تضمن حقوقه التي تعرضت للمساس من قبل الإدارة، فيقوم القضاء الإداري في بيان مدى مشروعية هذه القرارات التي

(١) د. أحمد عبد الحسيب عبدالفتاح السنتريسي، العدالة التشريعية في ضوء فكرة التوقع المشروع، المرجع السابق، ص٨٩.

(٢) د. حميد زيداي،.

(٣) د. ثروت بدوي، تدرج القرارات الإدارية ومبدأ الشرعية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٩.

(٤) د. سليمان الطماوي، الوجيز في القانون الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٦٧، ص٥٢٦.

(٥) د. أحمد عبد الحسيب عبدالفتاح السنتريسي، العدالة التشريعية في ضوء فكرة التوقع المشروع، المرجع السابق، ص٩٢.

صدرت بحق الأفراد من خلال دعوى تقام من قبل الأفراد. لذلك سوف نبيّن أهم الوسائل التي يقوم بها القضاء الإداري لحماية حقوق الأفراد وعلى النحو الآتي:

الفرع الأول: مبدأ المشروعية.

الفرع الثاني: دعوى الإلغاء.

الفرع الثالث: حجية الشيء المقضي به.

الفرع الأول: مبدأ المشروعية

مبدأ المشروعية يعني خضوع إرادة الحاكم مثل المحكوم لقواعد القانون، ومن ثم لا يكفي أنْ يخضع الأفراد وحدهم للقانون في علاقاتهم الخاصة، بل من الضروري أنْ تخضع له أيضًا السلطات العامة في الدولة[١]، بمعنى خضوع الدولة للقانون في كل صور نشاطها ومختلف التصرفات والأعمال التي تصدر عنها، وذلك بالنسبة لجميع السلطات فيها من تشريعية وتنفيذية، فجميع السلطات العامة في الدولة يجب أنْ تخضع لحكم القانون عند مباشرتها للاختصاصات المخولة لها[٢].

فإنَّ تقرير هذا المبدأ، وهو ما يعرف بمبدأ المشروعية (Principe de la legalite)، إنما يكفل حماية جدية للأفراد في مواجهة السلطة العامة، وذلك إذ يحقق قدر آمن من التوازن بين هذه السلطة ومفهومات الحريات العامة للمواطنين، حيث يكون هؤلاء بمقتضاه في مأمن من أنْ تعتدي عليهم الهيئات الحاكمة على خلاف ما قرره القانون[٣].

فبمقتضى مبدأ المشروعية ان أعمال الهيئات العامة وقراراتها الملزمة لا تكون صحيحة ولا منتجة لآثارها القانونية، كما لا تكون ملزمة للأفراد المخاطبين بها، إلا بقدر مطابقتها لقواعد القانون العليا التي تحكمها، بحيث متى ما صدرت بالمخالفة لهذه القواعد، فإنها تكون غير مشروعة ويكون من حق الأفراد ذوي المصلحة طلب إلغائها والتعويض عنها أمام المحكمة المختصة[٤].

يرى أحد الفقه[٥] أنَّ مبدأ المشروعية في معناه العام، لا يعني أكثر من سيادة حكم القانون. ويرى آخرون[٦] أنَّ المشروعية هي أنْ يخضع الحكام جميعًا للقانون، بحيث لا تكون أعمالهم ولا

(١) د. عبد الناصر عبدالله أبو سمهدانة، مبدأ المشروعية والرقابة على أعمال الإدارة، المركز القومي للإصدارات القانونية، ألقاهرة، ٢٠١٤، ص١١.

(٢) د. أشرف اللمساوي، الشرعية الدستورية في التشريعات المختلفة ودور القضاء الدستوري في رقابة المشروعية، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠٠٧، ص٩.

(٣) د. طعيمة الجرف، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون، مكتبة القاهرة الحديثة، القاهرة، ١٩٦٣، ص٧.

(٤) د. أحمد الموافي، المشروعية الاستثنائية، دون مكان نشر، ٢٠٠٤، ص٩.

(٥) د. سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، المرجع السابق، ص١٣.

(٦) د. أحمد كمال أبو المجد، رقابة القضاء على أعمال الإدارة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٣، ص٧.

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

قراراتهم صحيحة قانونًا ولا ملزمة للأفراد إلا بقدر التزامها بحدود الإطار القانوني الذي تعيش الجماعة في ظله.

كما يرى العلامة (ديكي) أنَّ المشروعية تتحدد في عدم استطاعة أية سلطة في دولة قانونية اتخاذ قرار فردي إلا ضمن الحدود التي يرسمها نص ذو بعد عام، أي قانون بالمعنى المادي(١).

فإنَّ المشروعية تتحدد في تنفيذ القوانين وسائر الوثائق القانونية تنفيذًا دقيقًا ثابتًا من قبل جميع المواطنين والمنظمات الاجتماعية وهيئات الدولة والمسؤولين(٢).

هذا يعني أنَّ الدولة يحكمها القانون ومن ثم تسودها المشروعية، وبهذا المعنى إنَّ دولة القانون هي دولة مشروعية. فالمشروعية إذن هي فكرة أو مفهوم قانوني لا تدرك إلا من خلال النظام القانوني(٣).

لذلك يعتبر مبدأ المشروعية أساس لعمل القضاء الإداري، فإنَّ الإدارة إذا أصدرت قرار مخالف لقواعد المشروعية، يجوز لذوي الشأن الطعن أمام القضاء الإداري بهذا القرار، ومن ثم يقوم القضاء الإداري بإلغائه، لعدم مشروعيته؛ وذلك لحماية حقوق الأفراد، لأنَّ القاعدة المستقرة في القضاء الإداري، أي أنَّ القرار الإداري الذي يكتسب الحصانة هو الذي يصدر مطابقًا للقانون وفي حدود السلطة التقديرية للإدارة(٤).

فلتحقيق فكرة التوقع المشروع والمتمثل في المحافظة على استقرار المراكز القانونية للأفراد وقيام الثقة في العلاقات القانونية والقدرة على توقع الأُمور مسبقًا وتخطيط العلاقات المستقبلية، فكان لابد من وجود إدارة سلمية تحرص على تنفيذ القوانين؛ بهدف تحقيق الغاية من وجودها، أو قبل ذلك وجود هيئة تتبع نصوص قانونية تتماشى مع متطلبات المجتمع. فالقانون أداة أساسية لتنظيم العلاقات بين الأفراد في المجتمع، فلابد أنْ يكون أي نظام قانوني محققًا للاستقرار والانضباط في كافة المجالات، سواء كانت المراكز القانونية أو الأعمال المادية والقانونية، لذلك فإنَّ مبدأ مشروعية يعد شرطًا أساسيًا وأحد أقوى الركائز لتحقيق التوقع المشروع أو الثقة المشروعة وفي كافة المجالات يتطلب التوقع المشروع احترام الدولة للقانون أولًا باعتبارها الطرف الأقوى في العلاقات القانونية، فلا يمكن لها أنْ تطلب من الأفراد احترام القاعدة القانونية ما لم تكن هي في ذاتها تحترمها وتسهر على احترامها وتعمل على تحقيق الغاية من وجودها بتحقيق المساواة بين الأفراد وتحافظ على المراكز القانونية للأفراد(٥).

(١) العميد ليون دكي، دروس في القانون العام، ترجمة رشدي خالد، منشورات وزارة العدل، بغداد، ١٩٨١، ص١٤٦.

(٢) د. علي سبتي محمد، وسائل حماية المشروعية، دار واسط، لندن، ١٩٨٥، ص١٨.

(٣) د. منذر الشاوي، فلسفة الدولة، الذاكرة للنشر والتوزيع، بغداد، ٢٠١٢، ص٦٣.

(٤) د. أحمد عبد الحسيب عبدالفتاح السنتريسي، دور قاضي الإلغاء في الموازنة بين المشروعية ومبدأ الأمن القانوني، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠١٧، ص٦٦.

(٥) د. عليان بوزيان، أثر فاعلية القاعدة الدستورية في تحقيق الأمن القانوني والقضائي لتحقيق العدالة الاجتماعية، مداخلة في ملتقى حول الأمن القانوني في الجزائر، جامعة يحيى فارس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ٢٠١٤، ص٧.

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

لذلك ارتبط مبدأ المشروعية بفكرة التوقع المشروع من حيث ضرورة أنْ تكون القواعد الممثلة للمشروعية لأي عمل قانوني واضحة ومفهومة بالنسبة للمواطنين وتتسم بالاستقرار وغير خاضعة في الوقت ذاته لتغييرات متكررة وغير متوقعة[١].

فمبدأ المشروعية يشمل أعمال الإدارة المادية مثلما يشمل أعمالها القانونية، مثلًا هدم "أحد المباني المملوكة للأفراد دون إصدار قرار بنزع ملكية المبنى للمنفعة العامة"، وطبقًا للإجراءات القانونية المقررة[٢]. لذلك فإنَّ مفاجئة الأفراد دون معرفتهم بالقرار أو القانون، هو مخالفة لمبدأ المشروعية.

تأسيسًا على ذلك، يمكن القول بأنَّ مخالفة مبدأ المشروعية من قبل الإدارة، جزائه بطلان التصرف الإداري من قبل القضاء الإداري.

الفرع الثاني: دعوى الإلغاء

بعد أنْ بيَّنا أنَّ مبدأ المشروعية يملي على الإدارة العاملة الخضوع للقانون، بمعنى أنَّ على السلطة الإدارية إذا ما قامت بممارسة نشاط معين، أنْ تعمل في دائرة القانون، وكان عليها واجب احترام القواعد القانونية تبعًا لمبدأ تدرجها[٣].

لذلك فإنَّ دعوى الإلغاء، هي دعوى قضائية ترفع إلى القضاء لإعدام قرار إداري صدر ما يقضي به القانون، وتسمى أيضًا دعوى تجاوز السلطة، وتعد من أهم وسائل حماية المشروعية[٤].

كما يعتبر البعض أنَّ دعوى الإلغاء دعوى موضوعية أو عينية تقوم على مخاصمة القرار الإداري غير المشروع، وهي موجهة ضد القرار الإداري، ويتعين لقبول الدعوى، أنْ يكون القرار قائمًا ومنتجًا لآثاره عند إقامة الدعوى[٥].

فإنَّ التزام الإدارة بمبدأ المشروعية هو أنْ تأتي جميع تصرفاتها متوافقة مع قواعد المشروعية[٦]؛ لأنَّ دعوى الإلغاء وسيلة قانونية وقضائية فعالة لتحريك وتطبيق عملية الرقابة القضائية على أعمال الدولة والإدارة العامة لتحقيق حماية فكرة الدولة القانونية ومبدأ المشروعية والنظام القانوني لحقوق وحريات الإنسان، حيث إنَّ الإدارة هي الجانب القوي في العلاقة القانونية التي تجمعها في الأفراد، فقد خوّل القانون للأفراد سلطة اللجوء إلى القضاء في حال عدم التزام الإدارة فيما تصدره من أعمال قانونية مخالفة لمبدأ المشروعية؛ لأنه لا قيمة للقانون

---

(١) د. علي مجيد العكيلي، المرجع السابق، ص٢١.

(٢) د. يس محمد محمد الطباخ، المرجع السابق، ص١٨٤.

(٣) د. محسن خليل، القضاء الإداري ورقابته لأعمال الإدارة، ج١، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٦٢، ص٢٩٧.

(٤) د. مازن ليلو راضي، أُصول القضاء الإداري، دار نيبور، بغداد، ٢٠١٦، ص٢٣٩.

(٥) د. حنان محمد القيسي و د. مازن ليلو راضي، امتناع الإدارة عن تنفيذ أحكام القضاء الإداري، دار المسلّة، بغداد، ٢٠١٨، ص٢٩.

(٦) د. أحمد عبد الحسيب عبدالفتاح السنتريسي، دور قاضي الإلغاء في الموازنة بين المشروعية ومبدأ الأمن القانوني، المرجع السابق، ص٤١.

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

دون تطبيقه، ولا قيمة لمقررات القضاء بدون تنفيذها، ولا قيمة لمبدأ المشروعية في الدولة ما لم يقترن بمبدأ آخر مضمونه احترام حجية الشيء المقضي فيه وضرورة تنفيذه.

جدير بالذكر، فإنَّ فرنسا تعتبر أول من طبّق قضاء الإلغاء، وكان مجلس الدولة صاحب الولاية العامة بنظر الدعاوى الإدارية منذ عام ١٨٧٢[١]، واعتبر أنَّ دعوى الإلغاء لا يمكن أنْ تشمل إلا على طلب الإلغاء، أي على طلب إلغاء القرار غير المشروع دون أنْ يكون للمدعي حق طلب التعويض بمناسبة دعوى الإلغاء[٢].

اما في مصر، فإنَّ دعوى الإلغاء ظهرت بنشوء مجلس الدولة بمقتضى القانون رقم (١١٢) لسنة ١٩٤٦، وكانت محكمة القضاء الإداري تختص دون غيرها في الفصل في دعاوى إلغاء القرارات الإدارية غير المشروعة.

وفي العراق، فقد كانت دعوى الإلغاء ضمن نشوء القضاء الإداري بمقتضى القانون رقم (١٠٦) لسنة ١٩٨٩.

لذلك وبموجب الصلاحيات، تكون سلطة القاضي الإداري في دعوى الإلغاء محددة، تنحصر في التحقق من صحة ومشروعية القرار الإداري ومدى موافقته للقانون، فإذا رفع أحد الأفراد إلى القضاء الإداري طلب إلغاء قرار إداري، فإنَّ هذه الدعوى تخوّل القاضي فحص مشروعية القرار الإداري، فإذا تبيَّن مخالفته للقانون، حكم بإلغائه، ولكن دون أنْ يمتد حكمه إلى أكثر من ذلك[٣]. فإنَّ القضاء الإداري يعتبر عنصرًا حاسمًا في حل المنازعات، وهو جزء أساسي من فكرة التوقع المشروع، فلا يمكن أنْ ننفي تكريس هذه الفكرة في القضاء خاصة القضاء الإداري، والذي بدوره يلغي القرارات الصادرة من السلطات الإدارية؛ لمساسه بالحقوق المكتسبة. فالقضاء الإداري يعد سلطة مستقلة عن الإدارة لا سلطان عليه لغير القانون، وفي ظله يتحقق الأفراد على الحيدة والنزاهة والاستقلال. لذلك يعتبر القضاء الإداري ضمانة حقيقية لحقوق الأفراد، ويتم ذلك بناءً على إلغاء القرارات الإدارية المخالفة للقانون والتي سببت أضرارًا للأفراد[٤].

لذلك يرى البعض[٥]، أنَّ القرار الإداري عندما يصدر من الجهة الإدارية متوافقًا مع مبدأ المشروعية، فلا يجوز سحبه أو إلغائه ما دام يرتب حقوقًا أو مراكز قانونية للأفراد، فالقاعدة المستقرة في القضاء الإداري: أنَّ القرار الإداري الذي يكتسب الحصانة، هو الذي يصدر مطابقًا للقانون. فالقاعدة العامة هي أنَّه لا يجوز إلغاء القرارات الإدارية السليمة والمنشئة لمراكز قانونية والمكتسبة لحقوق، أما عن القرارات الإدارية غير المشروعة، فعلى السلطة الإدارية سحبها خلال الميعاد المقرر قانونًا، أما إذا تم سحبها بعد فوات الميعاد، فيعد تعارضًا مع فكرة التوقع

---

(١) د. محسن خليل، قضاء الإلغاء، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ١٩٩٨، ص٢٩.

(٢) Waline: Le controle Juridcitionnel de l'administration. 1949. P.120.

- د. محسن خليل، القضاء الإداري ورقابته لأعمال الإدارة، المرجع السابق، ص٢٩٨.

(٣) د. مازن ليلو راضي، أُصول القضاء الإداري، المرجع السابق، ص٢٤١.

(٤) أوروك حورية، المرجع السابق، ص٢٦٣.

(٥) د. خالد سمارة الزغبي، القرار الإداري بين النظرية والتطبيق، مكتبة دار الثقافة للنشر، عمّان، ١٩٩٩، ص٢٢٧.

المشروع[١]. كما أنَّ فكرة التوقع المشروع تستخدمها بعض الدول اللاتينية بصفة رئيسية لتقييد سحب القرارات الإدارية الرسمية التي رتبت حقوقًا لأحد الأطراف الخاصة[٢].

بالإضافة إلى ذلك، فقد يحمي القانون التوقعات المشروعة من خلال اعترافه الواسع بالمسؤولية التقصيرية للدولة، وعلى ذلك قضت المحكمة الإدارية بمدينة ستراسبورغ: على الإدارة حيث تقوم بنشاطها أنْ تراعي ألا تسبب ضررًا جسيمًا للغير، يكون ناشئًا عن تعديل غير متوقع للقواعد التي تتخذها، أو السلوك الذي تتبنّاه، وذلك إذا كانت الصفة الفجائية لهذا التغيير لم يفرضها موضوع الإجراء أو الأهداف المبتغاة، وأنّه إذا كان يجوز للسلطات الإدارية أنْ تعدل التنظيم اللائحي الذي اتخذته وفقًا لتطور أهدافها أو المراكز القانونية أو الواقعية التي تؤثر في تدخلها، فإنَّ هذه السلطات يجب أنْ تتخذ الإجراءات المناسبة، حتى يكون لدى الأشخاص ذوي الشأن معلومات سابقة، أو تقرير فترة انتقالية، حتى لا يأخذ التعديل المقترح في النفاذ بطريقة فورية، وحتى لا يُحدث هذا التعديل آثارًا سلبية على ممارسة أنشطة مهنية أو حرية عامة، فإذا لم يحترم مبدأ الثقة العامة في وضوح وتوقع القواعد القانونية والنشاط الإداري، فإنَّ الإدارة تتحمل مسؤولية بسبب الضرر غير العادي الناشئ عن التعديل المفاجئ دون مبرر لهذه القواعد أو لهذا السلوك[٣].

يتضح مما تقدم، أنَّ الإدارة حين تصدر قرارًا إداريًا، يجب أنْ لا يخالف مبدأ المشروعية واحترام ثقة الأفراد وتوقعاتهم المشروعة؛ لأنَّه بغير ذلك سوف يزعزع الثقة لدى الأفراد، ومن ثم يلجؤون إلى القضاء مطالبين بالإلغاء لما صدر بحقهم من ضرر بسبب الإدارة، ويجب مراعاة الاستقرار الواجب في المعاملات. لذلك فقد أجاز القاضي الإداري في جميع النظم المقارنة، إلغاء القرارات الإدارية سواء كانت مشروعة أو غير مشروعة، بشرط أنْ تكون للمستقبل فقط، مع الاعتراف لكافة آثارها التي رتبتها في الماضي[٤]؛ وذلك لاعتبارات فكرة التوقع المشروع التي تتمثل في عدم المساس بالمراكز القانونية والحقوق المكتسبة التي رتبت على هذه القرارات في فترة سريانها.

(١) Ingrid Fournol, Le principe de la securite juridique en droit communautaire et en droit administratif, Op.Cit. P.19.

(٢) Ado Coutoe Silva, Principios da legalidade da administracao publica eda seguranca Jurdica on Estabo de Direito contemporaneo. Op.Cit.

(٣) S. Calmes, Du principe de protection de la confiance legitime en droits allemande, communitaire et Francais. Op.Cit. P.617. cit-ing conseil d'Etate Compagnie des mines de Siguiri 22 November 1929. See also: C.Broyelle, Confiance legitime et Responsabilite publique, 2009. 2 Revue Droit Public 321.

(٤) TA, Strasbourg, 8 dee 1994. Freymuth, AJDA, 1995. P.555.

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

لذلك شبَّه الفقيه (جيز)[١] أثر القرار الإداري في الفترة السابقة على إلغائه بـ"جرح ناتج عن سكين"، إذ لا يمكن الادعاء بأنَّ هذا الجرح لم يحدث[٢].

تأسيسًا على ذلك، يمكن لنا القول بأنَّ القاضي الإداري، هو الجهة الوحيدة القادرة على مواجهة الإدارة العامة التي تتمتع بالامتيازات مقارنة بالفرد العادي؛ وذلك بإلغاء كافة القرارات الإدارية غير المشروعة من خلال دعوى الإلغاء؛ لضمان حقوق الأفراد والحفاظ على مراكزهم القانونية.

الفرع الثالث: حجية الشيء المقتضي به

يجوز حكم إلغاء القرار الإداري المخالف للمشروعية على حجية الشيء المقتضي به[٣]. لذلك ورد في كتاب الصحاح بأنَّ حجية الشيء أو الأمر المقضي "هو اعتبار الحكم الصادر في نزاع ما عنوان الحقيقة المطلقة، بحيث لا يجوز طرح الأمر بصدد نفس النزاع بين الأطراف نفسها مرة أُخرى أمام القضاء، والحجية المطلقة للحكم هي اعتبار الحكم الصادر في نزاع حجة قبل الكافة ولو لم يكونوا ممثلين في الدعوى التي صدر فيها الحكم، ومن ذلك، الأحكام الصادرة بإلغاء القرارات الإدارية، أما الحجية النسبية للحكم، فهي اقتصار أثر الحكم على أطراف النزاع الذي صدر فيه، بحيث لا يحتج به قبل غيرهم"[٤].

فإنَّ الأحكام الصادرة بالإلغاء حجة على الكافة، فحكم الإلغاء يسري على الجميع سواء أكانوا أطرافًا في الدعوى أم لم يكونوا، فيتمنّع على من لم يكن طرفًا في الدعوى مخاصمة القرار الإداري الذي قضى بإلغائه[٥]، كما يستفيد من آثار الإلغاء من كان طرفًا في دعوى الإلغاء ومن لم يكن طرفًا فيها بحكم إطلاق حجية حكم الإلغاء[٦]. ومن الشروط الواجب توافرها في القرار الإداري ليكتسب حجية الشيء المقضي به: أنْ يكون ذلك القرار متمتعًا بصفة نهائية[٧]، وأيضًا وحدة الخصوم والموضوع والسبب في الدعوى، وتتقرر الحجية لمنطوق الحكم وأسبابه إذا ارتبطت بالمنطوق[٨].

(١) Geze (G). Cours de licence 1923-1924. P.4. De l'exerce dans le temps du pouvoir legislative (retrait de l'acte legislative), R.D.P. 1923. P.177-223.

(٢) د. حسني درويش عبدالحميد، نهاية القرار الإداري عن غير طريق القضاء، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨١، ص٥٩.

(٣) د. غازي فيصل مهدي و د. عدنان عاجل عبيد، القضاء الإداري، مؤسسة النبراس للطباعة والنشر، العراق، النجف، ٢٠١٢، ص٢١١.

(٤) نديم وأُسامة مرشعلي، الصحاح في اللغة العربية، دار الحضارة العربية، المجلد(٢)، بيروت، ١٩٧٤، ص٢٩١.

(٥) د. مازن ليلو راضي، أُصول القضاء الإداري، المرجع السابق، ص٣٤١.

(٦) د. حنان محمد القيسي و د. مازن ليلو راضي، المرجع السابق، ص٤٥.

(٧) د. رشا عبدالرزاق الشمري، صفة النهائية في القرار الإداري، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١٦، ص١٠٦.

(٨) د. غازي فيصل مهدي و د. عدنان عاجل عبيد، المرجع السابق، ص٢١٢.

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

كما تتصل الحجية المطلقة بالنظام العام، فلكل فرد أنْ يتمسك بها أمام المحاكم بأنواعها. لذلك فإنَّ القرار الإداري يتمتع بقوة قانونية تدفع الإدارة إلى الأخذ به لتحقيق الأهداف المنوطة به[١]، وهو حماية حقوق الأفراد، وهذا هدف القاضي الإداري، لتحقيق أكبر ضمان لحقوق الأفراد من أعمال الإدارة غير المشروعة التي تؤدي إلى العصف بحقوقهم أو التعرض لمراكزهم القانونية، فإنَّ حجية الشيء المقضي به تعد أكبر ضمانة للأفراد حتى يتمكنوا من إعادة حقوقهم المشروعة من خلال القضاء الإداري، الذي بدوره يحقق الحماية في بطلان كل تصرف قانوني تجريه الإدارة على خلاف القانون.

الخاتمة :

أنَّ فكرة التوقع المشروع تعني الحد من احتمالات التغيير المفاجئ للقواعد القانونية الصادرة من السلطات المختصة؛ حماية لثقة المخاطبين بها وعدم خداعهم؛ لأنَّ التوقع المشروع هو ناتج عن الأمن القانوني، فتحقيق فكرة التوقع المشروع لا تكون إلا بتوفير الأمن القانوني.

فإنّ التحدي الأكبر في هذا الشأن في كون السلطة الأولى التي تشرع ليست هي نفس السلطة التي تنفذ؛ لذا فمن المفروض أن يحظى التنظيم التنفيذيّ ببعض العناية والاهتمام من قبل الجهات التنفيذيّة المسؤولة عن إعداده التي لا يجب أن تحيد عن منطق التبعية في إطار العلاقة التدرجية الكامنة بين النصّ التشريعيّ والتنظيم التنفيذيّ له، وما يجعلها قرار بالتالي مسألة التوقع المشروع الذي لا يتحقق إلّا بثقة المواطن في النص القانونيّ الذي يحكمه، والذي يجعله بالتأكيد يكون على علم مسبق بالنتائج المترتبة على التصرفات القانونيّة التي قد تصدر عنه، وذلك من خلال الصياغة المحكمة والجيدة للمواد القانونيّة[٢]. ويفترض التوقع المشروع بطبيعة الحال التزام الدولة –الحكومة- لضمان العلم بالقانون لدى المخاطبين به، و إنّ وصول العلم بالقانون لدى المخاطبين به قيمة دستوريّة في حدّ ذاتها تنبع من مبدأ المساواة أمام القانون، فهذه المساواة يمكن أن تقل فاعليتها إذا لم يكفل للمواطنين علم الكفاف بالقواعد القانونيّة المطبقة عليهم، ومن ثم فإنّ هذا العلم يعدّ أمرًا ضروريًا لممارسة الحقوق والحريات التي يحميها الدستور(

وعلى هذا فإنّ فكرة التوقع المشروع تتطلب مناخًا سليمًا من جودة إعداد وتحرير القاعدة القانونيّة إلى تطبيقها، وتنفيذها على الوجه المطلوب لذلك يتعين أن يتوافق التوقع المشروع من حاجة أخرى، هي مواكبة التحولات التي يعرضها المجتمع المعاصر، فالتوقع المشروع لا يمنع التحول، ولكن عند الاقتضاء يتعين اتخاذ إجراءات إعلام وقائيّ وتدابير انتقالية تضمن توفير الثقة المشروعة؛ لأنّ هدف فكرة التوقع المشروع، حماية الأفراد من الآثار الثانوية السلبيّة للقانون عند تطبيقه على الأفراد من خلال الأنظمة والتعليمات والإلغاءات المتكررة للقوانين أو تعديلها، بما يخلّف ذلك من انعدام لفكرة التوقع المشروع؛ لذلك فإنّ حماية السلطة التنفيذيّة لفكرة التوقع المشروع تتطلب عدّة متطلبات لتحقيقها على أرض الواقع ومن هذه المتطلبات هي:

- الحرص على مبدأ المساواة

(١) د. رشا عبدالرزاق الشمري، المرجع السابق، ص١٠٧.

.

- وضوح القاعدة القانونيّة.
- استقرار القواعد القانونيّة.
- عدم رجعية القانون.
- الشفافيّة.
- المحاكمة العادلة.
- تلافي تناقض القواعد.
- فهم القاعدة القانونيّة واستيعابها من قبل المخاطبين بها لا سيما السلطة التنفيذيّة في كافة مؤسساتها.
- ضمان حقوق الدفاع.

فضلًا عن ذلك الطبيعة الاجتماعيّة للقواعد التشريعيّة، بمعنى أنّه لا يمكن تجريد قواعد القانون من طابعها الاجتماعيّ، فلا ينبغي والحال هذه أن تأتي القوانين على خلاف ما كان يتوقعه الناس؛ لأنّ ذلك يؤدي إلى مبالغة أفراد المجتمع، ومن ثم تتأثر مراكزهم القانونيّة من حقوق ومصالح. وهذا ما يهدد الثقة المشروعة في المجتمع؛ لأنّ المخاطبين بالقواعد القانونيّة ينفرون من تطبيقها بسبب كونها مخالفة لما كانوا يتوقعونه[

المصادر :

١. د. مصطفى إبراهيم الزلمي، دلالات النصوص وطرق استنباط الأحكام في ضوء أُصول الفقه الإسلامي، ط٣، أربيل، ٢٠١٣،
٢. د. يسري العصار، الأساس القانوني للتفسير القضائي لنصوص الدستور والقانون، مجلة كلية القانون الكويتية، العدد(٤)، السنة الخامسة، ٢٠١٧،
٣. د.أحمد سلامة بدر، دور المحكمة الدستورية في تفسير النصوص القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٦
٤. د. جورجي شفيق ساري، اختصاص المحكمة الدستورية العليا في التفسير، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥،
٥. د. جورجي شفيق ساري، المبادئ العامة للقانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤،
٦. ناصر عبدالحليم السلامات، نفاذ القرار الإداري في القانون الإداري الأردني، أُطروحة دكتوراه مقدمة إلى جامعة عين شمس، ٢٠٠٩،
٧. نجم عليوي خلف، مبدأ عدم الرجعية في القرارات الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠١٦،
8. .
٩. د. صباح موسى المومني، حالات إباحة رجعية القرار الإداري، بحث منشور على الموقع:
١٠. https://researchgate.net.،
١١. أحمد النوايسة، مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية، أُطروحة دكتوراه مقدمة إلى جامعة عمَّان العربية، ٢٠٠٩، ص١٢٦.
١٢. د. رفعت عيد سيد، مبدأ الأمن القانوني – دراسة تحليلية في ضوء أحكام القضاء الإداري والدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١١،
١٣. د. علي مجيد العكيلي، مبدأ الأمن القانوني بين النص الدستوري والواقع العملي، المركز العربي للدراسات والبحوث، القاهرة، ٢٠١٩.

١٤. د. سامي جمال الدين، اللوائح الإدارية التنفيذية وضمانة الرقابة القضائية، مؤسسة حورس الدولية، الاسكندرية، ٢٠١٤،
١٥. د. عبدالمجيد غميجة،
١٦. د. طعيمة الجرف، القانون الإداري، مكتبة القاهرة الحديثة، القاهرة، ١٩٧٠،
.د. يمينة خضار، الأثر الرجعي في القرارات الإدارية، بحث منشور في مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد(١١)، الجزائر، ٢٠١٧،
١٧. . حسن محمد عواضة، المبادئ الأساسية للقانون الإداري، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، بيروت، ١٩٩٧.
١٨. محمد محمد عبداللطيف، مبدأ الأمن القانوني، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية والشرعية، العدد(٣٦)، جامعة المنصورة، ٢٠٠٤.
١٩. د. سليمان الطماوي، الوجيز في القانون الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٦٧،
٢٠. د. علي مجيد العكيلي، مبدأ الأمن القانوني بين النص الدستوري والواقع العملي، المركز العربي للدراسات والبحوث، القاهرة، ٢٠١٩.
٢١. باحريز حسن، عملية نشر النصوص القانونية وسريانها، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق، بن يوسف بن خدة – بن عنكون، جامعة الجزائر، ٢٠١٣،
٢٢. أوروك حورية، مدى مساهمة القضاء الإداري في تحقيق الأمن القانوني، بحث منشور في مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد(١١)، الجزائر، ٢٠١٧.
٢٣. د. محمد بكر حسين، الوسيط في القانون الإداري، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٧،
٢٤. (عواد حسين ياسين العبيدي، اتجاه المشرع العراقي في سد النقص في التشريع، بحث منشور في مجلة التشريع والقضاء، العدد(٢)، السنة الثالثة، بغداد، ٢٠١١،
٢٥. د. محمد رفعت عبدالوهاب، القضاء الإداري، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠١١،
٢٦. د. سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٨٤،
٢٧. د. سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، ط٣، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٦٦،.
٢٨. د. لمى علي فرج، العلاقة بين سلطة التشريع والقضاء الدستوري، بحث منشور في المجلة السياسية والدولية، كلية العلوم السياسية، الجامعة المستنصرية، العدد(٢٦/٢٥)، ٢٠١٧،
٢٩. د. علي السيد الباز، السلطات العامة في النظام الدستوري الكويتي، مجلس النشر العلمي، الكويت، ٢٠٠٦،
٣٠. د. عبدالعزيز محمد سالمان، ضوابط وقيود الرقابة الدستورية، دار الفكر الجامعي، القاهرة، ٢٠١١،
٣١. د. رافع خضر صالح شبر، السلطة القضائية في النظام الفيدرالي، المركز العربي للدراسات والبحوث، القاهرة، ٢٠١٧،
٣٢. د. عصمت عبدالله الشيخ، مدى استقلال القضاء الدستوري في شأن الرقابة على دستورية التشريعات، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩،.
٣٣. د. أسامة الروبي و د. وليد الشناوي، ضمانات استقلال القضاء، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٥،
٣٤. د. عبدالمجيد لخذاري و د. فطيمة بن جدو، الأمن القانوني والأمن القضائي، بحث منشور في مجلة الشهاب، معهد العلوم الإسلامية، جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي، العدد(٢)، المجلد(٤)، الجزائر، ٢٠١٨

٣٥. د. حمدي عطية مصطفى عامر، حماية حقوق الإنسان وحرياته العامة الأساسية في القانون الوضعي والفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠١٠،
٣٦. د. فاروق الكيلاني، المحاكم الخاصة في الأردن، مطبعة دار العلم للملايين، بيروت، ١٩٦٦،
٣٧. د. حنان محمد القيسي، مسؤولية القاضي بين التقييد والإطلاق، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٧،
٣٨. . عصمت عبدالله الشيخ، مدى استقلال القضاء الدستوري في شأن الرقابة على دستورية التشريعات، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩.
٣٩. د. محمد أحمد إبراهيم المسلماني، وسائل حماية مبدأ المشروعية –سيادة القانون- في النظم الدستورية المعاصرة والنظام الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠١٥،
٤٠. د. عبدالعظيم عبدالسلام عبدالحميد، الرقابة على دستورية القوانين في فرنسا ومصر، مطابع جامعة المنوفية، القاهرة، ٢٠٠٤-٢٠٠٥،.
٤١. د. أحمد عبد الحسيب عبدالفتاح السنتريسي، إشكالية الرقابة على دستورية القوانين في ظل تعاقب الدساتير، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠١٨،
٤٢. حمدي عطية مصطفى عامر، حماية حقوق الإنسان وحرياته العامة الأساسية في القانون الوضعي والفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠١٠.
٤٣. د. منذر الشاوي، معنى الرقابة على دستورية القوانين، دون مكان نشر ولا سنة طبع
٤٤. د. إسماعيل مرزة، مبادئ القانون الدستوري والعلم السياسي، شركة الطبع والنشر الأهلية ذات المسؤولية المحدودة، بغداد، ١٩٦٠
٤٥. د. سامي جمال الدين، الرقابة على أعمال الإدارة، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٢،
٤٦. د. حسين عثمان محمد عثمان، النظم السياسية والقانون الدستوري، الدار الجامعية، الاسكندرية، ١٩٨٩،.
٤٧. د. مازن ليلو راضي، قواعد التشريع الماس بالحريات الأساسية في العراق، بحث منشور في مجلة دهوك، العدد(٢)، ٢٠١١،
٤٨. د. أحمد عبد الحسيب عبدالفتاح السنتريسي، العدالة التشريعية في ضوء فكرة التوقع المشروع،
٤٩. . حمدي عطية مصطفى عامر، حماية حقوق الإنسان وحرياته العامة الأساسية في القانون الوضعي والفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠١٠
٥٠. . ثروت بدوي، تدرج القرارات الإدارية ومبدأ الشرعية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٩.
٥١. د. أحمد عبد الحسيب عبدالفتاح السنتريسي، العدالة التشريعية في ضوء فكرة التوقع المشروع،
٥٢. د. عبد الناصر عبدالله أبو سمهدانة، مبدأ المشروعية والرقابة على أعمال الإدارة، المركز القومي للإصدارات القانونية، ألقاهرة، ٢٠١٤،
٥٣. د. أشرف اللمساوي، الشرعية الدستورية في التشريعات المختلفة ودور القضاء الدستوري في رقابة المشروعية، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠٠٧،
٥٤. د. طعيمة الجرف، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون، مكتبة القاهرة الحديثة، القاهرة، ١٩٦٣،
٥٥. د. أحمد الموافي، المشروعية الاستثنائية، دون مكان نشر، ٢٠٠٤،
٥٦. د. سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، المرجع السابق،

٥٧. د. أحمد كمال أبو المجد، رقابة القضاء على أعمال الإدارة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٣،
٥٨. العميد ليون دكي، دروس في القانون العام، ترجمة رشدي خالد، منشورات وزارة العدل، بغداد، ١٩٨١،
٥٩. د. علي سبتي محمد، وسائل حماية المشروعية، دار واسط، لندن، ١٩٨٥،
٦٠. د. منذر الشاوي، فلسفة الدولة، الذاكرة للنشر والتوزيع، بغداد، ٢٠١٢،
٦١. د. أحمد عبد الحسيب عبدالفتاح السنتريسي، دور قاضي الإلغاء في الموازنة بين المشروعية ومبدأ الأمن القانوني، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠١٧،
٦٢. د. عليان بوزيان، أثر فاعلية القاعدة الدستورية في تحقيق الأمن القانوني والقضائي لتحقيق العدالة الاجتماعية، مداخلة في ملتقى حول الأمن القانوني في الجزائر، جامعة يحيى فارس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ٢٠١٤،
٦٣. . يس محمد محمد الطباخ، الاستقرار كغاية من غايات القانون، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، ٢٠١٢.
٦٤. د. محسن خليل، القضاء الإداري ورقابته لأعمال الإدارة، ج١، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٦٢،
٦٥. د. مازن ليلو راضي، أُصول القضاء الإداري، دار نيبور، بغداد، ٢٠١٦،
٦٦. د. حنان محمد القيسي و د. مازن ليلو راضي، امتناع الإدارة عن تنفيذ أحكام القضاء الإداري، دار المسلّة، بغداد، ٢٠١٨،
٦٧. د. أحمد عبد الحسيب عبدالفتاح السنتريسي، دور قاضي الإلغاء في الموازنة بين المشروعية ومبدأ الأمن القانون.
٦٨. د. محسن خليل، قضاء الإلغاء، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ١٩٩٨.
٦٩. د. خالد سمارة الزغبي، القرار الإداري بين النظرية والتطبيق، مكتبة دار الثقافة للنشر، عمّان، ١٩٩٩،
٧٠. د. حسني درويش عبدالحميد، نهاية القرار الإداري عن غير طريق القضاء، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨١، ص٥٩.
٧١. د. غازي فيصل مهدي و د. عدنان عاجل عبيد، القضاء الإداري، مؤسسة النبراس للطباعة والنشر، العراق، النجف، ٢٠١٢، ص٢١١.
٧٢. نديم وأُسامة مرشعلي، الصحاح في اللغة العربية، دار الحضارة العربية، المجلد(٢)، بيروت، ١٩٧٤،
٧٣. د. رشا عبدالرزاق الشمري، صفة النهائية في القرار الإداري، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١٦،
٧٤. رمزي طه الشاعر، النظم السياسية والقانون الدستوري، ج١، مطبعة جامعة عين شمس، القاهرة، ١٩٧٧.

المصادر الاجنبيه :

1. Ingrid Fournol, Le principe de la securite juridique en droit communautaire et en droit administratif, Op.Cit. P.19.
2. Ado Coutoe Silva, Principios da legalidade da administracao publica eda seguranca Jurdica on Estabo de Direito contemporaneo. Op.Cit.

3. S. Calmes, Du principe de protection de la confiance legitime en droits allemande, communitaire et Francais. Op.Cit. P.617. cit-ing conseil d'Etate Compagnie des mines de Siguiri 22 November 1929. See also: C.Broyelle, Confiance legitime et Responsabilite publique, 2009. 2 Revue Droit Public 321.
4. TA, Strasbourg, 8 dee 1994. Freymuth, AJDA, 1995. P.555.
5. Geze (G). Cours de licence 1923-1924. P.4. De l'exerce dans le temps du pouvoir legislative (retrait de l'acte legislative), R.D.P. 1923. P.177-223.
6. .
7. Bernard PACTEAU, La securite juridique, un principe qui nousnanque. Voir. AJDA. 1995. P.151.
8. Waline: Le controle Juridcitionnel de l'administration. 1949. P.120.
9. .،
10. Fatiha Benabbou-Kirane. Introduction au droit constitutionnel, OPU, 2015. Pp.207 ets.

11. CF. F. Pollaud-Dulian. A propos de la securite juridique in Revue trimestrielle du droit civil. 2001. N.3. P.490
12. (P.) Roubier, Les conflits de lois dans le temps, Theorie de la non retoactite des lois (1929-1930)..
13. **الدساتير :**
14. دستور العراق لعام ٢٠٠٥،
15. دستور مصر لعام ٢٠١٤

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

حماية مبدأ الأمن القانوني
دراسة في دور السلطات الثلاث في الدولة

Protecting the principle of legal security
A study of the role of the three authorities in the state

ا.م.د. علي مجيد العكيلي
أستاذ القانون الدستوري المساعد
مركز المستنصرية للدراسات العربية والدولية

الملخص:

يتسم مبدأ الأمن القانوني بأهمية كبيرة في النظام القانوني، ومن خلاله تكون المراكز القانونية مستقرة وغير مُعرّصة للمفاجآت أو التغييرات. ويجب على جميع السلطات في الدولة حماية حقوق الأفراد وحرياتهم وعدم المساس بها بأي شكلٍ من الأشكال من خلال تعديل أو تغيير القوانين أو العدول عن قراراتٍ قضائيةٍ أو الغموض في النصوص القانونية؛ وذلك من أجل تحقيق الاستقرار القانوني الذي يُعد من أهم أُسس الدولة القانونية.

كلمات مفتاحية: الأمن القانوني، التكريس الدستوري، السلطة التشريعية، السلطة التنفيذية، السلطة القضائية.

Abstract:

The principle of legal security is of great importance in the legal system, and through it the legal positions are stable and not subject to surprises or changes. All authorities in the state must protect the rights and freedoms of individuals and not prejudice them in any way by amending or changing laws, reversing judicial decisions or ambiguity in legal texts; This is in order to achieve legal stability, which is one of the most important legal foundations of the state.

Keywords: Legal security, constitutional consecration, the legislative authority, the executive authority, the judiciary.

المقدمة Introduction

يُعد مبدأ الأمن القانون من المبادئ الدستورية ومن أهم الأُسس التي يقوم عليها بناء الدولة القانونية. ظهر هذا المبدأ من أجل توفير الحماية لأصحاب المراكز القانونية داخل المجتمع، لأنّ هذه المراكز القانونية المستقرة يجب أن تكون غير مُعرّضة للمساس أو الانتهاك بسبب التغييرات أو التعديلات التي تُجرى على القوانين بصورةٍ مفاجئة. وبذلك يجب على جميع السلطات في الدولة توفير الحماية وإشاعة الأمن والطمأنينة جرّاء التصرفات التي تقوم بها الدولة، وخلاف ذلك يؤدي إلى زعزعة هذه الطمأنينة أو العصف بها.

أهمية البحث Research importance

تأتي أهمية البحث من الدور الذي يلعبه الأمن القانوني في حماية حقوق الأفراد وحرياتهم من أي تغييرات أو مفاجئات جرّاء تصرفات تقوم بها السلطات في الدولة، لأنّ وظيفة الأمن القانوني تأمين النظام القانوني من التغييرات والمفاجئات التي من خلالها يتم المساس بحقوق الأفراد وحرياتهم.

إشكالية البحث Problematic of research

تتجلى إشكالية البحث في التساؤل التالي: هل توفِّر السلطات الثلاث في الدولة (تشريعية، وتنفيذية، وقضائية) حمايةً حقيقيةً للأمن القانوني أم أنّ هناك انتهاكٌ بحقوق الأفراد جرّاء التصرفات التي تقوم بها هذه السلطات، ومن ثمّ يُنتَهَك الأمن القانوني.

خطة البحث Research plan

سيتم تقسيم البحث على مقدمة وأربعة مطالب، سنتناول في الأول منها التعريف بالأمن القانوني وقيمته الدستورية، أمّا الثاني فسيكون حول دور السلطة التشريعية في حماية مبدأ الأمن القانوني، أمّا الثالث سوف يكون عن دور السلطة التنفيذية في حماية مبدأ الأمن القانوني، فيما سينصرف الرابع إلى دور القضاء في حماية مبدأ الأمن القانوني، ثم نُنهي بحثنا بخاتمةٍ نُبيّن فيها أهم النتائج والمقترحات التي توصَّلنا إليها.

المطلب الأول: التعريف بالأمن القانوني وقيمته الدستورية

Defining legal security and its constitutional value

إنّ التطرق للأمن القانوني يعني أن تكون المراكز القانونية مستقرة وغير معرّضة للمفاجآت أو التغيّرات، بمعنى أنّ المراكز القانونية التي تكوّنت واستقرّت أو اكتُسِبَت، لا ينبغي المساس بها في حال تعديل قوانين أو تغيير قراراتٍ قضائية، أو الرجعية في القوانين والقرارات التي تصدر من السلطة التشريعية أو القضائية، لأنّ الأمن القانوني يهدف إلى الاستقرار في المراكز القانونية. وبغيةً للوقوف على مفهوم الأمن القانوني وبيان قيمته الدستورية، سنُقسِّم هذا المطلب على فرعين وعلى النحو الآتي:

الفرع الأول: مفهوم الأمن القانوني

Legal Security Concept

من الطبيعي قبل الولوج في بيان الأمن القانوني، يجدر بنا تسليط الضوء على تعريفه في اللغة والاصطلاح وعلى النحو الآتي:

أولاً: المدلول اللغوي للأمن القانوني Linguistic meaning of legal security

الأمن القانوني مصطلح مركّب من مفردتين هما:

- الأمن.

– القانوني.

الأمن لغةً، بمعنى إيماناً، وثق به وصدقه أمن، واثق، أمن، مطمئن، أمن "بل أمن" مستقر لا اضطراب فيه ولا فوضى، أمن بالله أسلم له وانقاد وأدانى "كل آمن بالله وملائكته وكتبه ورسله"[١] "وما أنت بمؤمن لنا"[٢].

أمّا كلمة قانوني، فتعني كلمة (قانون)، وكلمة القانون معربة يرجع أصلها إلى اللغة اليونانية فهي مأخوذة من الكلمة اليونانية "Kanun"، ومنها العصا المستقيمة أي النظام أو المبدأ أو الاستقامة في القواعد القانونية، وقد انتقلت هذه الكلمة إلى لغاتٍ عِدّة منها الفرنسية "Droit"، والإيطالية "Diricto"، واللاتينية "Directus"، والإنجليزية "Law"،لأنّ القانون ضرورة حتمية لأي مجتمع إنشائي، فلا يمكن أن يسود الأمن والاستقرار إذا ارتضى أفراده بأن يتبعوا قواعد معينة تُحقِّق أهدافهم، ومن أن خُلِق الإنسان، فإنّ يميل بطبعه للألفة والاندماج مع الآخرين شأنه شأن أي مخلوقٍ آخر[٣].

ثانياً: المدلول الاصطلاحي للأمن القانوني Legal Security as a term

عرف الأمن القانوني بأنّه: "يستوجب ضمان حد أدنى من الثبات والاستقرار للعلاقات القانوني، سواء كانت هذه العلاقات بين الأفراد مع بعضهم أو بينهم وبين الدولة والتي تُلزم بذلك السلطات العامة"[٤]. وعرف أيضاً بأنّه: "مبدأٌ دستوري عام يحكم عمل السلطات العامة بثلاثيتها المعروفة، وهو شعور بالطمأنينة أو السكينة يلامس وجدان المخاطبين بالقانون تجاه أعمال السلطات العامة تشريعياً تنفيذاً وقضاءً"[٥]. وجاء في التقرير السنوي لمجلس الدولة الفرنسي سنة ٢٠٠٦ أنّ: "مبدأ الأمن القانوني يقتضي أن يكون المواطن قادراً على تحديد ما هو مباح وما هو محظور بموجب القانون المطبّق، دون يستدعي ذلك من جانبه بذل مجهودات غير محتملة، ومن أجل بلوغ هذه النتيجة، يجب أن تكون القوانين الصادرة واضحة ومفهومة ولا تخضع في الزمن لتغييرات مفرطة وبالأخص غير متوقعة"[٦].

ويرى الأُستاذ "Formont" أنّ مبدأ الأمن القانوني يتضمن طائفتين من القواعد، الطائفة الأُولى تهدف إلى ضمان استقرار المراكز القانونية أو الثبات النسبي لهذه المراكز من حيث الزمان. أمّا الطائفة الثانية من القواعد فتشترِط فكرة اليقين "la certitute" في القواعد القانونية، أي الوضوح والتحديد للقواعد القانونية وقرارات السلطات العامة، مما يعني توافر الجودة في هذه القواعد والقرارات[٧].

تأسيساً على ذلك، يمكن لنا تعريف مبدأ الأمن القانوني بأنّه: عدم الإضرار بمصالح الأفراد من خلال قراراتٍ اتخذتها السلطات الثلاث في الدولة على أساس قواعد قانون موجودة، ومن ثم يتم تغيير تلك القواعد بصورةٍ مفاجِئة.

---

(١) ابن منظور، لسان العرب، مادة (أمن)، دار صادر، بيروت، ط٣، ١٤١٤هـ. – سورة البقرة، الآية: ٢٨٥.

(٢) المرجع نفسه، مادة (أمن). – سورة يوسف، الآية: ١٧.

(٣) د. سهيل حسين الفتلاوي، تاريخ القانون، مكتبة الذاكرة، بغداد، ٢٠١٠، ص١١.

(٤) د. أحمد عبد الحسيب عبد الفتاح السنتريسي، العدالة التشريعية في ضوء فكرة التوقع المشروع، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١٧، ص٢٣.

(٥) د. حسين أحمد مقداد، مبدأ الأمن القانوني كأساس لعمل القاضي الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٧، ص١٤.

(٦) Conseil 'd Etat, Securite juridique et complexite du droit, Rapport public, 2006, p.281.

(٧) د. محمد عبد الطيف، مبدأ الأمن القانوني، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنصورة، كلية الحقوق، العدد(٣٦)، ٢٠٠٤، ص٨٨.

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

الفرع الثاني: التكريس الدستوري لمبدأ الأمن القانوني

Constitutional consecration of the principle of legal security

تقف الأنظمة القانوني موقفاً متبايناً من موضوع التكريس الدستوري لمبدأ الأمن القانوني، فهناك دساتير نصّت صراحةً على هذا المبدأ، وهناك دساتير أُخرى نصّت ضمناً عليه، فمن الدساتير التي كرسته صراحةً، الدستور الإسباني لعام ١٩٧٨ في المادة (٣/٩) منه التي نصّت على: "يتضمن الدستور مبدأ الشرعية، وقواعد التدرج وعمومية القواعد، وتطبيق القانون الأفضل دون أثر رجعي، والأمن القانوني، ومنع تعسّفية السلطات العمومية"[١]. أمّا الدساتير التي نصّت عليه ضمناً فمثالها دستور البرتغال لعام ١٩٧٦ في المادة (٢٨٢) منه والتي نصّت على: "يمكن للمحكمة الدستوري أن تحد من آثار الحُكم بعدم الدستورية أو عدم القانونية، وذلك لازماً لأغراض اليقين القانوني أو لأغراض إقامة العدل أو من أجل صالحٍ عامٍّ هامٍّ على نحوٍ خاصٍّ تذكر مبرراته في القرار"[٢].

يتضح من النصوص الدستورية السابقة أنّ الدستور الإسباني أشار صراحةً على هذا المبدأ، أمّا الدستور البرتغالي فقد أشار ضمناً، لأنّ مصطلح اليقين القانوني الذي أشار إليه الدستور أعلاه هو المصطلح نفسه لمبدأ الأمن القانوني، فكلاهما في المعنى ذاته ولكن مصطلح الأمن القانوني هو الأكثر استخداماً مِن قِبل الاجتهاد الفرنسي[٣]، أمّا الدساتير العربية فإنّها لم تُشِر صراحةً إلى هذا المبدأ بل أشارت لمبادئ أُخرى أو صور مثل الحق المكتسب أو عدم رجعية القوانين.

المطلب الثاني: دور السلطة التشريعية في حماية مبدأ الأمن القانوني

The role of the legislature in protecting the principle of legal security

وفقاً لتقسيم مونتسكيو للسلطات الثلاث في الدولة، والذي تبنّته جميع دول العالم، فإنّ السلطات التشريعية هي إحدى السلطات الأساسية الثلاث في الدولة إلى جانب السلطتين التنفيذية والقضائية[٤]، أو هي السلطة التي تنبثق منها جميع السلطات. كما إنّ هذه السلطة سُمّيت "تشريعية" لأنّ التشريع أو إصدار قواعد عامة أو قوانين هو من اختصاصها الأساسي وملزم للجميع كونها تمثل الشعب، لذلك يُعد نصاً

---

(١) المادة (٣/٩) من دستور إسبانيا لعام ١٩٧٨.

(٢) نصّت الفقرة ١ على: "يسري الحكم بعدم دستورية أو عدم القانونية بقرار ملزم بصفة عامة اعتباراً من دخول القاعدة التي تحكم بعدم دستوريتها أو عدم قانونيتها حيز النفاذ وينتج عنه إعادة إعمال القواعد التي أبطلتها تلك القاعدة". الفقرة ٢: "ومع ذلك ففي حال كان قرار عدم الدستورية أو عدم القانوني ناتجاً عن مخالفة قاعدة دستورية أو قانونية لاحقة يسري القرار اعتباراً من تاريخ دخول القاعدة اللاحقة حيز النفاذ".

- المادة (٢٨٢) من دستور البرتغال لعام ١٩٧٦ المعدل.

(٣) د. حامد شاكر محمود الطائي، العدول القضائي، موسوعة القوانين العراقية، بغداد، ٢٠١٦، ص٥٤.

(٤) د. سيروان زهاوي، النظام البرلماني، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٥، ص٩٣.

تشريعياً كل قاعدة قانونية مكتوبة صادرة عن سلطة مختصة بالتشريع[١]، فضلاً عن أنّ التشريع يُعد الآلية التي تسمح للدولة في التعبير عن إرادتها تعبيراً واضحاً ودقيقاً في الحياة العملية.

يرى أحد الفقه[٢] أنّ التشريع يمتاز بالقدرة على حماية الحقوق والمراكز القانونية. ويقول – أيضاً- الفقيه "Esmein" في هذا المعنى: "إن الذي يسيغ على التشريع ميزته في حماية الحقوق هو طبيعته ذاتها، فهو لا يقرر شيئاً لمصلحة فردية بل يتوخى مصلحة الجميع، ولا يضع قاعدة لفرد بالذات، بل يضعها لجميع الناس، وفي وقائع مستقبلية، وعلى وجه دائم"[٣].

لذا فإنّ المعنى المراد من التشريع يجب أن يكون معبّراً عن تطلعات وآمال الشعب، على اعتبار أن المشرع أخذ بعين الاعتبار هذه التطلعات لتحقيق العدالة الاجتماعية. وللوقوف على دور السلطة التشريعية في حماية الأمن القانوني، يمكن إجمال ذلك على النحو الآتي:

أولاً: حماية التصرف المفاجئ في سَنّ التشريع: يمكن حماية ذلك التصرف من خلال التدقيق والتمعُّن في التشريع قبل التصويت عليه مِن قِبل لجان مختصة وذات خبرة في مجال العمل التشريعي.

ثانياً: يجب أن تكون التشريعات التي يصدرها البرلمان مطابقة للدستور: أي أن تكون جميع التشريعات مفهومة وواضحة ومنسجمة مع القاعدة الدستورية، لأنّ بغير ذلك تُفقَد الثقة المشروعة في الدولة وقوانينها[٤].

ثالثاً: ضمان الكفاءة في الأداء التشريعي: يجب أن يتمتع الأشخاص القائمين على صياغة التشريع بكفاءة عالية تقوم بالأساس على كيفية انتخاب وتشكيل المجلس التشريعي[٥] الذي مِن شأنه تحقيق صالح الأفراد والمجتمع، وبالتالي تحقيق الأمن القانوني.

رابعاً: حماية تطبيق النصوص التشريعية عند إصدارها: وهذا يعتمد على الصياغة القانونية فناً وعلماً له أصوله وأساليبه ومعاييره، ولضمان حسن الصياغة، يتعيّن مراعاة لغة التشريع، بمعنى ألّا يكون التشريع إلّا بلغة أهله المخاطبين به، وأن تكون اللغة المستعمَلة سليمة ومنضبطة ودقيقة، تُحقِّق مِن خلالها أحكام التشريع ومقاصده على نحوٍ يُحقِّق قصد المشرع ويوضّح معناه[٦]، لأنّ وضوح النصّ القانوني مِن أهم تطبيقات مبدأ الأمن القانوني.

المطلب الثالث: دور السلطة التنفيذية في حماية مبدأ الأمن القانوني

The role of the executive authority in protecting the principle of legal security

(١) د. سعدى محمد الخطيب، العلاقة بين السلطتين التشريعية والتنفيذية في الأنظمة الدستورية العربية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٨، ص١٣.

(٢) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية، بحث منشور في مجلة مجلس الدولة المصري، السنة الثالثة، ١٩٥٢، ص٤.

(٣) المرجع نفسه، ص٤١.

(٤) CGEM – Livre Blane, Pour ren forcer et consolider le dynamism de le conomie Marcaine, 2007, p.34.

(٥) د. جابر محمد حجي، السياسة القضائية للمحكمة الدستورية العليا، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٢، ص٤٢-٤٣.

(٦) سعيد أحمد بيومي، لغة الحكم القضائي: دراسة تركيبية، مكتبة الآداب، القاهرة، ٢٠٠٧، ص٦١.

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

لا شكّ أنّ السلطة التنفيذية هي الهيئة الفعلية التي تمارس وتُهيمن على جميع مصالح الدولة[١]، فتقوم بتنفيذ القوانين وإصدار الأنظمة والأوامر لصيانة الحريات العامة وحماية حقوق الأفراد وحفظ الأمن والنظام في الدولة، كما تقوم بتنفيذ القوانين التي شرّعتها السلطة التشريعية[٢].

لذا، يجب أن يحظى التنظيم التنفيذي ببعض العناية والاهتمام مِن قِبل الجهات التنفيذية المسؤولة عن إعداده، ومنها ضمان العِلم بالقانون لدى المخاطَبين به. ولهذا أكّد المجلس الدستوري الفرنسي[٣] أنّ وصول العِلم بالقانون لدى المخاطَبين به قيمة دستورية في حدّ ذاتها تنبع من مبدأ المساواة أمام القانون، هذه المساواة يمكن أن تقل فاعليتها إذا لم يكفل للمواطنين عِلم الكفاف بالقواعد القانونية المطبّقة عليهم، ومن ثمّ فإنّ هذا العِلم يُعد أمراً ضرورياً لممارسة الحقوق والحريات التي يحميها الدستور[٤].

وعلى هذا، فإنّ الأمن القانوني يتطلب مناخاً سليماً من جودة إعداد وتحرير القاعدة القانونية إلى تطبيقها وتنفيذها على الوجه المطلوب[٥]. لذلك يجب أن يتوافق الأمن القانوني من حاجة أُخرى، وهي مواكبة التحولات التي يعرضها المجتمع المعاصر، لأنّ هدف الأمن القانوني حماية الأفراد من الآثار الثانوية السلبية للقانون عند تطبيقه على الأفراد من خلال الأنظمة والتعليمات والإلغاءات المتكررة للقوانين أو تعديلها أو العدول عنها بما يُخلّف ذلك من انعدام للأمن القانوني. لذلك فإنّ حماية السلطة التنفيذية للأمن القانوني تتطلب عدة متطلبات لتحقيقها على أرض الواقع، ومن هذه المتطلبات: الحرص على مبدأ المساواة[٦]، وعدم رجعيّة القانون[٧]، الشفافية والمحاكمة العادلة[٨]، وضمان حقوق الدفاع[٩].

---

(١) د. شمران حمادي، النظم السياسية والدستورية في الشرق الأوسط، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، ١٩٦٤، ص٧٧.

(٢) د. أبو اليزيد علي المتيت، النظم السياسية والحريات العامة، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، ١٩٨٢، ص٤١.

(٣) 421-D du 16 December 1999, Annuaire international de lo juris prusence constitutionnelle, 1999, p.628.

(٤) د. أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، دار الشروق، القاهرة، ٢٠٢٢، ص٨٣-٨٤.

(٥) د. عبد المجيد غميجة، مبدأ الأمن القانوني وضرورة الأمن القضائي، مجلس الحقوق المغربية، العدد(٧)، ٢٠٠٩، ص١٣.

(٦) نصّت المادة (١٤) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ على: "العراقيون 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".

(٧) نصّت المادة (١٩/تاسعاً) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ على: "ليس للقوانين أثر رجعي ما لم ينصّ على خلاف ذلك، ولا يشمل هذا الاستثناء قوانين الضرائب والرسوم. عاشراً: لا يسري القانون الجنائي بأثر رجعي إلّا إذا كان أصلح للمتهم".

(٨) نصّت المادة (١٩/خامساً) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ على: "المتهم بريء حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونية عادلة، ولا يحاكَم المتهم عن التهمة ذاتها مرة أخرى بعد الإفراج عنه، إلّا إذا ظهرت أدلّة جديدة".

(٩) نصّت المادة (١٩/رابعاً) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ على: "حق الدفاع مقدس ومكفول في جميع مراحل التحقيق والمحاكمة".

- د. عبد المجيد غميجة، المرجع السابق، ص١٣.

فضلاً عن ذلك، الطبيعة الاجتماعية، بمعنى أنّه لا يمكن تجريد الواعد القانونية من طابعها الاجتماعي، فلا ينبغي أن تأتي القوانين على خلاف ما يتوقّعه الناس، لأنّ في ذلك تهديد للأمن القانوني في المجتمع، لأن المخاطَبين بالقانون ينفرون من تطبيقها بسبب مخالفتها لما كانوا يتوقّعونه[١].

المطلب الرابع: دور القضاء في حماية الأمن القانوني

The role of the judiciary in protecting legal security

يتسم دور القضاء بأهمية كبيرة في حماية الأمن قانوني بمختلف فروعه سواء أكان قضاءً عادياً أم دستورياً أم إدارياً، كونه الضامن لحقوق الأفراد وحرياتهم ولتمتُّعه بالاستقلال في مواجهة المتقاضين أو في مواجهة السلطتين التشريعية والتنفيذية. فإنّ فاعلية القضاء في كل فروعه هو جزء أساسي من فكرة الأمن القانوني، لأنّ هذه الفكرة تُعبّر عنه أحياناً بتعبيراتٍ تتمحور حول مبادئ محددة مثل واجب القاضي بالبتّ في النزاع طبقاً للقوانين المطبّقة يوم تقديم الطلب، وعدم رجعية القواعد القانونية، والآثار الملزِمة لاتفاقات الأطراف، واحترام آجال الطعون والتقادُم، واحترام حُجّية الشيء المقضي به، وحماية الثقة المشروعة، وأمن المراكز القانونية، واستقرار المعاملات، وحُسن سير العدالة[٢].

من خلال ذلك، يتبيَّن أنّ الأمن القانوني يُلزِم القاضي بتوفير حماية قضائية، والسبب في ذلك يرجع إلى اعتباراتٍ قانونيةٍ نصّ عليها القانون، وأيضاً إلى اعتبارات المصلحة العامة التي تقتضي استقرار المراكز القانونية. ومن هذه الفكرة، يبدو أنّ هناك علاقة بين الأمن القانوني تتمحور في أساسيات يمكن إجمالها في الآتي:

أولاً: علاقة الأمن القانوني بمبدأ السلطة التقديرية للقضاء التي قد تختلف من قاضٍ إلى آخر، يؤدي ذلك إلى آثار على مبدأ الأمن القانوني[٣].

ثانياً: اختلاف المحاكم في تطبيق القانون من شأنه أن يؤدي إلى تعدُّد التغييرات، وبذلك يؤثِّر على الأمن القانوني.

ثالثاً: إنّ مبدأ استقلال القضاء لا يعني هذا الاستقلال أنّ القاضي يحكم كيفما اتفق، وإلّا تمّ المساس والتجاوُز على مبدأ الأمن القانوني ومن ثم انتهاك حقوق الأفراد[٤].

يرى البعض[٥] أنّ استقلال القضاء يجب أن يكون على سائر السلطات (تشريعية وتنفيذية وغيرها من الهيئات)، وعن جميع العلاقات الشخصية المؤثِّرة، وعن جميع التأثيرات السياسية أو المذهبية أو الفكرية أو الدينية، كونه – مبدأ استقلال القضاء- من المبادئ الدستورية التي نصّت عليها جميع دساتير دول العالم، ومن هذه الدساتير، دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ في المادة (١٩/أولاً) منه والتي نصّت على: "القضاء مستقل لا سلطان عليه لغير القانون"[٦]. فإنْ انعدام الاستقلال القضائي يحول دون ممارسة القضاء سلطته في الرقابة سواء على تصرفات السلطة التشريعية أو السلطة التنفيذية، الأمر الذي

---

(١) د. سعيد درويش، دور الرقابة البرلمانية في حماية مبدأ التوقعات من خلال تكريس الخاصية الاجتماعية لقواعد القانون، سلسلة خاصة بالملتقيات والندوات، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، ٢٠١٦، ص١٤٧.

(٢) د. وجدي راغب فهمي، مبادئ القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١، ص٤٩.

(٣) د. عبد المجيد غميجة، المرجع السابق، ص١٨.

(٤) د. علي مجيد العكيلي، مبدأ الأمن القانوني بين النص الدستوري والواقع العملي، ط١، المركز العربي للدراسات والبحوث العلمية، القاهرة، ٢٠١٩، ص٦٧.

(٥) د. مصطفى بن شريف و د. فريد بنته، الأمن القانوني والأمن القضائي، بحث منشور على موقع العلوم القانونية المغربي http://ift.h-IPEIs2Q، ص٨.

(٦) المادة (١٩/أولاً) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥.

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

ينعكس على حقوق الأفراد وحرياتهم ومراكزهم القانونية وزعزعة الأمن القانوني لهم، ومن ثم يتحول انعدام الاستقلال القضائي إلى هيكل لا روح فيه[١]. لذلك فإنّ الحماية الفعّالة لحقوق الأفراد واستقرار مراكزهم القانونية تتوقف على استقلال السلطة القضائية[٢].

من خلال ما تقدّم، نرى أنّ الدستور هو الذي يُحدِّد الضمانات التي تضمن حقوق الأفراد وحرياتهم، ومن هذه الضمانات: ضمان استقلال القضاء، والرقابة على دستورية القوانين. لذلك يجب على جميع السلطات في الدولة التقيُّد بالدستور وعدم مخالفته، لأنّ التقيُّد به يُحقِّق الأمن القانوني الذي يُعد أهم أُسس الدولة القانونية.

الخاتمة Conclusion

بعد أنْ انتهينا من إيراد أهم الأفكار في موضوع (**حماية مبدأ الأمن القانوني: دراسة في دور السلطات الثلاث في الدولة**)، توصَّلنا إلى نتائج ومقترحات، نقف عليها في البيان التالي:

أولاً: النتائج Results

١. إنّ مبدأ الأمن القانوني مبدأٌ دستوري وقانوني، تم النصّ عليه صراحةً في بعض الدساتير، منها دستور إسبانيا ودستور البرتغال، ومن ثم انتقل إلى دولٍ أُخرى تم النص عليه بشكلٍ ضمني من خلال مبادئ أُخرى.

٢. إنّ الأمن القانوني هو أحد المبادئ الأساسية التي يقوم عليها بناء الدولة القانوني، وأي إجراء يخالف الأمن القانوني يُعد انتهاكاً لحقوق الأفراد وحرياتهم.

٣. إنّ دور السلطات الثلاث في الدولة (تشريعية، وتنفيذية، وقضائية) مرتبطةً مع مبدأ الأمن القانوني، كونه مبدأٌ يُعبّر عن دورها الحقيقي، ولا بُد من حمايةٍ لحقوق الأفراد وحرياتهم من أي انتهاك.

ثانياً: المقترحات Suggestions

١. نقترح على المشرع العراقي، عندما يقترح قانوناً ما، أن يعرضه على لجان مختصة من ذوي الخبرة والاختصاص، يتضمن أسباب صدوره بتفاصيل محددة ودقيقة، حتى لا يكون فيه غموض في فحواه، ومن ثم يتحقق الأمن القانوني.

٢. نقترح على المشرع القانوني، عند وضع النصوص التشريعية، أن يراعي الظروف الاجتماعية للدولة، كون النصوص التشريعية متطورة ويجب أن تكون منسجمةً مع وضع الأفراد الاجتماعي.

قائمة المراجع References

(١) د. فاروق الكيلاني، المحاكم الخاصة في الأردن، مطبعة دار العلم للملايين، بيروت، ١٩٦٦، ص٧.

(٢) د. حنان محمد القيسي، مسؤولية القاضي بين التقييد والإطلاق، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٧، ص٣٢.

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

- **القرآن الكريم.**

أولاً: المعاجم والقواميس

- ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، ط٣، ١٤١٤ه.

ثانياً: الكُتُب

١. د. أبو اليزيد علي المتيت، النظم السياسية والحريات العامة، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، ١٩٨٢.
٢. د. أحمد عبد الحسيب عبد الفتاح السنتريسي، العدالة التشريعية في ضوء فكرة التوقع المشروع، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١٧.
٣. د. أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، دار الشروق، القاهرة، ٢٠٢٢.
٤. د. جابر محمد حجي، السياسة القضائية للمحكمة الدستورية العليا، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٢.
٥. د. حامد شاكر محمود الطائي، العدول القضائي، موسوعة القوانين العراقية، بغداد، ٢٠١٦.
٦. د. حسين أحمد مقداد، مبدأ الأمن القانوني كأساس لعمل القاضي الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٧.
٧. د. حنان محمد القيسي، مسؤولية القاضي بين التقييد والإطلاق، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٧.
٨. د. سعدى محمد الخطيب، العلاقة بين السلطتين التشريعية والتنفيذية في الأنظمة الدستورية العربية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٨.
٩. سعيد أحمد بيومي، لغة الحكم القضائي: دراسة تركيبية، مكتبة الآداب، القاهرة، ٢٠٠٧.
١٠. د. سعيد درويش، دور الرقابة البرلمانية في حماية مبدأ التوقعات من خلال تكريس الخاصية الاجتماعية لقواعد القانون، سلسلة خاصة بالملتقيات والندوات، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، ٢٠١٦.
١١. د. سهيل حسين الفتلاوي، تاريخ القانون، مكتبة الذاكرة، بغداد، ٢٠١٠.
١٢. د. سيروان زهاوي، النظام البرلماني، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٥.
١٣. د. شمران حمادي، النظم السياسية والدستورية في الشرق الأوسط، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، ١٩٦٤.
١٤. د. عبد المجيد غميجة، مبدأ الأمن القانوني وضرورة الأمن القضائي، مجلس الحقوق المغربية، العدد(٧)، ٢٠٠٩.
١٥. د. علي مجيد العكيلي، مبدأ الأمن القانوني بين النص الدستوري والواقع العملي، ط١، المركز العربي للدراسات والبحوث العلمية، القاهرة، ٢٠١٩.
١٦. د. فاروق الكيلاني، المحاكم الخاصة في الأردن، مطبعة دار العلم للملايين، بيروت، ١٩٦٦.
١٧. د. وجدي راغب فهمي، مبادئ القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١.

ثالثاً: المراجع الأجنبية

1. CGEM – Livre Blane, Pour ren forcer et consolider le dynamism de le conomie Marcaine, 2007.
2. Conseil 'd Etat, Securite juridique et complexite du droit, Rapport public, 2006.
3. 421-D du 16 December 1999, Annuaire international de lo juris prusence constitutionnelle, 1999.

رابعاً: البحوث والرسائل والأُطروحات

١. د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية، بحث منشور في مجلة مجلس الدولة المصري، السنة الثالثة، ١٩٥٢.
٢. د. محمد عبد الطيف، مبدأ الأمن القانوني، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنصورة، كلية الحقوق، العدد(٣٦)، ٢٠٠٤.

خامساً: شبكة الإنترنت

- د. مصطفى بن شريف و د. فريد بنته، الأمن القانوني والأمن القضائي، بحث منشور على موقع العلوم القانونية المغربي http://ift.h-IPEIs2Q.

سادساً: الدساتير والقوانين والأحكام

- دستور البرتغال لعام ١٩٧٦ المعدل.
- دستور إسبانيا لعام ١٩٧٨.
- دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥.

فكرة الامن القانوني في أحكام القضاء الاداري

ا.م.د. محمود عبد علي الزبيدي
مدير قسم الشؤون القانونية
كلية القانون/ الجامعة المستنصرية

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

الملخص :

الفكرة المهمة هي"فكرة الأمن القانوني" إذ يؤكد على حق كل فرد في التطور ولكن في عالم قانوني مستقر، ويمكن تحليل الفكرة الأمن القانوني إلى مرحلتين ، **الاولى**: أن تضمن السلطة المختصة حماية الحقوق التي اكتسبها الأفراد في ظل أوضاع قانونية كانت ومشروعة ، **الثانية** : ذلك قيام السلطة المختصة بإعطاء الأفراد شواهد وإشارات عن نيتها في إصدار قواعد قانونية جديدة ، فلا يفاجئون بقواعد تعارض توقعاتهم المشروعة المبنية على أسس موضوعية مستمدة من الأنظمة القانونية القائمة والسياسات العامة المعلنة رسمياً من جانب السلطات العامة بالدولة ، وفي مجال قضاء الإلغاء يجري القاضي الموازنة بين مبدأ المشروعية ومبدأ الأمن القانوني بناء على أسس معينة، فعندما يراقب مدى مشروعية القرار الإداري الذي يعد محلا لدعوى الإلغاء.

The idea of legal security in the judiciary of administrative court rulings Prepare

.Assistant Professor Dr
Mahmood Abd Ali Al-Zubaidi
College of Law / Al-Mustansiriya University

Abstract:

The important idea is the “idea of legal security” as it affirms the right of every individual to develop but in a stable legal world. The idea of legal security can be analyzed into two stages, the first: that the competent authority guarantees the protection of the rights acquired by individuals under legal and legitimate conditions, the second: That is when the competent authority gives individuals evidence and indications of their intention to issue new legal rules, so they are not surprised by rules that contradict their legitimate expectations based on objective foundations derived from existing legal systems and public policies officially announced by the public authorities in the state. Legality and the principle of legal security based on certain grounds. When the legality of the administrative decision that is the subject of an annulment lawsuit is monitored

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

المقدمة :-

تسعي السلطة التشريعية بشكل مستمر الى الاهتمام بالقانون بوصفه أهم وسيلة لبلوغ المصلحة العامة وهذا الاهتمام تضبطه ثلاثة مبادئ تستند بعضها على الاخر لحماية القانون من الاعتداءات المؤثرة على الوفاء بغاياته فأول هذه المبادئ مبدأ الاستقرار المتمثل في ثبات القانون وعدم تعديله ضماناً لاستقرار المراكز القانونية وعدم زعزعتها ، وتظهر أهمية الموضوع في مبدأ تطور القاعدة القانونية التي تحمله مكنة التطوير والتعديل لتتلاءم مع التطورات الاجتماعية المتلاحقة ، فالسلطة القائمة على وضع القانون مهما جاهدت على التنبوء بالأحداث التي سيتعرض لها المجتمع في المستقبل، فإن الحاجة إلى تعديل القانون ستكون أمرا واقعاً يوماً ما ، لأنه قد تجد على الساحة تطورات لم تكن في الحسبان ، تفرض التدخل لمعالجتها تشريعياً، فالعلاقة طردية بين تطور الأوضاع الاجتماعية وتطور القانون .

أما الفكرة المهمة هي"فكرة الأمن القانوني" إذ يؤكد على حق كل فرد في التطور ولكن في عالم قانوني مستقر، ويمكن تحليل مبدأ الأمن القانوني إلى ثلاث مراحل ، **الاولى**: أن تضمن السلطة المختصة حماية الحقوق التي اكتسبها الأفراد في ظل أوضاع قانونية كانت ومشروعة ، ومن ثم لا يجوز أن تصدر قاعدة قانونية من شأنها المساس بمراكز قانونية ، بل ينحصر وظيفة هذه القاعدة الجديدة على تنظيم العلاقات الجماعية في المستقبل المرحلة **الثانية** : ذلك قيام السلطة المختصة بإعطاء الأفراد شواهد وإشارات عن نيتها في إصدار قواعد قانونية جديدة ، فلا يفاجئون بقواعد تعارض توقعاتهم المشروعة المبنية على أسس موضوعية مستمدة من الأنظمة القانونية القائمة والسياسات العامة المعلنة رسمياً من جانب السلطات العامة بالدولة ، وفي مجال قضاء الإلغاء يجري القاضي الموازنة بين مبدأ المشروعية ومبدأ الأمن القانوني بناء على أسس معينة، فعندما يراقب مدى مشروعية القرار الإداري الذي يعد محلا لدعوى الإلغاء، فإن القاضي قد يرجح مبدأ المشروعية ويحكم بإلغاء القرار الإداري المخالف للمشروعية؛ ومن ثم يعدم القرار الإداري من تاريخ صدوره .

مشكلة البحث : تظهر المشكلة في إن فكرة الامن القانوني هي عادة ما تعارض مبدأ المشروعية من حيث اثار حكم الالغاء وعدم وجود تبني صريح لها في نصوص القانون ولا في أحكام القضاء الاداري وعدم وجود قواعد واضحة تحدد اطار العمل بها لذلك يواجه تطبيقها صعوبات عملية بالتطبيق .

منهجية الدراسة : لا يقوم على النظر المجرد في أحكام مجلس الدولة ، وإنما يتعدى ذلك ليقوم بصفه أساسية على المنهج الوصفي التحليلي النقدي التطبيقي المقارن ، للنواحي التطبيقية في قضاء مجلس الدولة في كل من مصر فرنسا والعراق ، من خلال المنهج الوصفي التحليلي الذي يقوم على جمع الحقائق والمعلومات ومن ثم العمل على إستخلاص المبادئ والاحكام الخاصة بموضوع البحث ، مستعيناً بالتطبيقات التي شهدتها الحياة العملية كلما كان ذلك متاحاً وممكناً

خطة البحث :

المبحث الاول : ماهية فكرة الامن القانوني وأساسه
المطلب الاول : تعريف فكرة الامن القانوني وتمييزه من غيره
المطلب الثاني : أساس فكرة الامن القانوني
المبحث الثاني : دور القاضي الاداري في إرساء فكرة الامن القانوني وحمايتها
المطلب الاول : وسيلة القاضي الاداري في إرساء فكرة الامن القانوني .
المطلب الثاني : حماية فكرة الامن القانوني

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

المبحث الاول

ماهية فكرة الامن القانوني وأساسه

تتمتع فكرة الامن القانوني بالاهتمام من الفقه والقضاء الاداري لما له من أهمية في مجال الحياة الادارية ومساسه بحقوق الافراد التي قد كسبوها نتيجة القرارات الادارية الصادرة من الجهات الادارية المختصة والتي مر عليها وقت طويل استقرت واطمأن لها الافراد المتعاملين مع الادارة ، لذلك سنتناول هذا المبحث في مطلبين وكالاتي :

المطلب الاول

تعريف فكرة الامن القانوني وتمييزه من غيره

إن ضرورات تطبيق فكرة الأمن القانوني يقتضي تحديدها ووضع اطار لها يحدد مضمونها ويميزها من غيرها من الافكار الاخرى ، لذا سنتناول هذا المطلب في الفروع الاتية :

الفرع الاول

تعريف فكرة الامن القانوني

يطلق على فكرة الأمن القانوني مبدأ الاستقرار القانوني. (ويعد هذا المبدأ واحداً من أسس الدولة القانونية)،كما يعد الضمانة والحماية التي تهدف إلى استبعاد الريبة أو عدم الاستقرار من الحقل القانوني، أو التغيير القاسي في تطبيق القانون . (د.عصام نعمة إسماعيل: الإلغاء الإجباري للأنظمة الإدارية غير المشروعة، ط١، مكتبة الاستقلال، ٢٠٠٣، ص٨٦).

والأمن القانوني يمكن أن يعنى الأمن بواسطة القانون، كما يمكن أن يعنى أمن القانون. ويسمى الأمن الذي يمنحه القانون للشخص وللفرد بالسلام والنظام ، فالقاعدة القانونية ينبغي أن تراعي اعتبارات الأمن القانوني سواء أكانت تشريعية أم لائحية أم فردية ومن ثم ينبغي أن يهيمن مبدأ الأمن القانوني على النظام القانوني في الدولة، فالقانون لا يضمن فقط أمن الأشخاص، لكن ينبغي أن يضمن أيضاً أمن موضوعاته.

(Voir, Anne-Laure Valembois : la constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en drois francais, LGDJ 2005, p.8)

و يذهب رأي في الفقه الى تعريف فكرة الأمن القانوني بأنها : (تحقيق قدر من الثبات النسبي للعلاقات القانونية، وحد أدنى من الاستقرار للمراكز القانونية المختلفة بهدف إشاعة الأمن والطمأنينة بين أطراف العلاقات القانونية من أشخاص قانونية عامة وخاصة، بحيث تتمكن هذه الأشخاص من التصرف باطمئنان على هدى من القواعد والأنظمة القانونية القائمة وقت قيامها بأعمالها وترتيب أوضاعها على ضوء منها دون التعرض لمفاجئات أو تصرفات مباغتة صادرة عن السلطات العامة من شأنها زعزعة هذه الطمأنينة أو العصف بهذا الاستقرار).

(د. يسري محمد العصار : دور الاعتبارات العملية في القضاء الدستوري، دار النهضة العربية، ١٩٩٩، ص ٢٤٥) .

ومبدأ الأمن القانوني يضمن أمن العلاقات القانونية عن طريق استقرار القواعد القانونية في الماضي، كما يضمن أمن تلك العلاقات في المستقبل عن طريق ضمان توقع القواعد القانونية في المستقبل). (Philippe Raimbault,

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

Recherche sur la sécurité juridique en droit administratif français, L.G.D.J, 2009, p.4.) ولم يعترف المجلس الدستوري الفرنسي بالأمن القانوني كمبدأ دستوري ، كما لم يتضمن الدستور الفرنسي الحالي الصادر في سنة(١٩٥٨)، ولا إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر في سنة(١٧٨٩) ، النص على مفهوم الأمن القانوني

(M.Olivier Dutheillet de Lamothe, La. sécurité juridique Le point de vue du juge constitutionnel, 20/9/2005, P.1)

بينها ذهبت (محكمة النقض الفرنسية) في تقريرها لسنة(٢٠٠٢-٢٠٠٣) إلى أن المبدأ المتعلق بالأمن القانوني يجد أساسه في مبدأ سيادة القانون الذي يتمتع بقيمة دستورية، ويمكن الاستدلال على مبدأ سيادة القانون من القراءة الشاملة للدستور كمبدأ عام له قيمة دستورية، ومبدأ الأمن القانوني مشار إليه ضمناً في الدستور، وله مثل المباديء العامة للقانون الأخرى قيمة دستورية

(Rapport de la Cour de Cassation 2002-2003, p. 142 144 ; voir aussi, Bruno Peeters, La relation entre le principe de securité juridique et le principe de l'égalité : un processus d'Echternach ?, p.5,6)

.

والأمن القانوني مقابلة بمبدأ المشروعية يعني: ضمان قدر معين من الاستقرار للمراكز القانونية والحقوق التي اكتسبت بناء على أعمال قانونية غير مشروعة ، ويرتبط مبدأ المشروعية بمبدأ الأمن القانوني من حيث ضرورة أن تكون القواعد الممثلة للمشروعية لأي عمل قانوني واضحة ومفهومة بالنسبة للمواطنين،وتتسم بالاستقرار وغير خاضعة في الوقت ذاته لتغيرات متكررة وغير متوقعة

(Voir, Josseline de CLAUSADE. Et autre, La sécurité juridique et **la complexité** du droit, études et documents du Conseil d'état La Documentation française, Paris 2006, P. 229)

فبخصوص القرارات الإدارية غير المشروعة، فإن قاضي الإلغاء قد يكون له مهمة في تطبيق مبدأ الأمن القانوني من خلال الموازنات التي يجريها تطبيقاً لقواعد العدالة بأن يعترف بآثار معينة للقرار الإداري غير المشروع، وهذا من صميم دوره الإنشائي الذي يتميز به.

الفرع الثاني

تمييز فكرة الامن القانوني من غيرها

الأمن القانوني هو تحقيق قدر من الثبات النسبي للعلاقات القانونية ، وحد أدنى من الاستقرار للمراكز القانونية المختلفة بهدف إشاعة الأمن والطمأنينة بين أطراف العلاقات القانونية من أشخاص قانونية عامة وخاصة ، وسنتناول ذلك في البنود الاتية : .

البند الاول ـ تمييز فكرة الامن القانوني عن فكرة الامن الفردي :

فالأمن القانوني يهدف إلى حماية الحقوق المكتسبة للأفراد بطريق مشروع من القوانين القائمة ، الأمر الذي يفرض على السلطة العامة عدم اصدار قاعدة قانونية جديدة ، سواء أكانت تشريعية أم لائحية ، بأثر رجعي، كذلك يهدف الأمن القانوني إلى حماية التوقعات المشروعة للأفراد من أن تعترضها قواعد قانونية جديدة لم يكونوا على علم بها أو وصلت الى علمهم وهي محملة بعبارات غامضة غير مفهومة تركت الأفراد في حيرة من أمرهم إزاء ما تحمله هذه القواعد من التزامات أو ضمانات لحقوقهم ، أما

الأمن الفردي فهو أحد الحقوق الأساسية التي اسبغ عليها القضاء قيمة دستورية ، والذي يكون لزاماً على الدولة واجب حمايته ، ويشمل جميع العناصر التي يتكون منها هذا الحق هي :

١- مبدأ مشروعية الجرائم والعقوبات والذي لا يجيز إدانة شخص بارتكاب جريمة أو توقيع عقوبة عليه إلا وفقاً لنص في القانون أو بناء على قانون ، كما يتعين أن تكون العقوبة ضرورية ومتناسبة مع جسامة المخالفات المرتكبة .

٢- الحق في الأمن الفردي كذلك التزام المشرع بتحديد الأفعال التي يجرمها تحديداً دقيقاً ، وذلك لاستبعاد التعسف الذي تستعمله السلطة العامة من تصيد الأخطاء والمساس بأمن الأفراد فضلا عن ذلك فأن تحقيق الأمن الفردي يتوقف على مدى اليقين الذي يعيشه الفرد ، ويشعره بأنه لن يكون عرضة لأية تدابير تعسفية ، تتخذها السلطة العامة ، تسلب حريته الفردية كالقبض أو الاعتقال دون سند من القانون .

٣- قرينة البراءة تعد أهم عناصر الحق في الأمن الفردي ، إذ أن المتهم برئ حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونية منصفة تحترم حقوق الدفاع ، من زاوية تمكين الفرد المتهم من العلم بما هو منسوب إليه وتمكينه من تقديم دفاعه أمام محكمة محايدة ومستقلة . (د. رفعت عيد سيد : مبدأ الامن القانوني ، دار النهضة العربية ، القاهرة، ٢٠١١، ص١١-١٢) .

البند الثاني ـ تمييز فكرة الامن القانوني عن فكرة الامن المادي :

يتعلق الأمن المادي بالحقوق الاجتماعية التي ينص المشرع الدستوري على ضرورة قيام الدولة بكفالتها للأفراد ، ومن بينها:

١- **الحق في العمل :** اذ كرست المادة(٢٣) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان هذا الحق بقولها : (لكل شخص الحق بالعمل وفي حرية اختيار عمله وفي شروط عمل عادلة ومرضية وفي الحماية من البطالة) . ثم جاءت المادة(٧) من الميثاق الدولي المتعلق بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لتوضيح الغاية من إقرار حق العمل وهي(تأمين حياة لائقة للأفراد وعائلاتهم) ، وتطبيقاً لهذا الحق أقر المجلس الدستوري الفرنسي في قراره الصادر في(٦/٢٨/ ١٩٨٣)، بأنه :(على المشرع أن يفرض القواعد الآيلة إلى تأمين حق كل إنسان بالحصول على عمل والتي تمكن أكبر عدد من المواطنين من الحصول على وظائف).

(cc,83-156 DC,28mai1983, Loi portant diverses mesures relatives aux prestations de vieillesse, Journal officiel du 1er juin 1983 ,p1646) .

٢- **الحق في الرعاية الصحية:** أن الرعاية الصحية تهدف إلى حماية الفرد ، في سعيه الهادف إلى تأمين استمراريته وبقائه ووجوده وتكوين عائلته والحفاظ على ركائز هذه الاستمرارية بوجه التطور والاكتشافات المذهلة في علم الطب ، وبناء على ذلك نصت الفقرة (الحادية عشرة) من مقدمة الدستور الفرنسي لسنة١٩٤٦ على حق الإنسان في الرعاية الصحية ، (ينظر البند (أولا) من المادة (٣١) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥) .

ونظراً لأهمية الرعاية الصحية بالنسبة لتحقيق الأمن المادي للأفراد ، قرر المجلس الدستوري الفرنسي أنه :(بالرغم من الاعتراف بحق الإضراب ، إلا أن ذلك لا يحول دون وضع ضوابط من قبل المشرع هادفة إلى حماية الصحة التي هي مثل حق الإضراب مبدأ له قيمة دستورية بل أن ذات المجلس رأى في قراره الصادر في(٨ /١/ ١٩٩١) أن مبدأ حماية الصحة العامة (ذات قيمة دستورية يمكن أن تفرض أولويته على حق الملكية وحق المقاولة ، بحيث تبرر الضوابط التي فرضها المشرع للحد من الإعلانات المروجة للمشروبات الروحية والتبغ)

(CC,n90-283 DC du8 janvier 1991, Journal official du 10 janvier 1991,p.524)

3- الحق في إعانات العجز عن العمل والبطالة والشيخوخة والتأمينات الاجتماعية :

أن التأمينات الاجتماعية تهدف إلى حماية الأفراد في مواجهة الأخطار الناشئة عن الحياة الاجتماعية . (ينظر البند (ثانياً) من المادة(٣٠) من دستور جمهورية العراق لسنة٢٠٠٥).

وتأسيساً على ذلك فقد أعلنت المحكمة الدستورية العليا المصرية أن: (الدستور حرص على دعم التأمين الاجتماعي حين ناط بالدولة من خدماتها في هذا المجال إلى المواطنين بجميع فئاتهم في الحدود التي يبينها القانون ، من خلال تقرير ما يعينهم على مواجهة بطالتهم أو عجزهم عن العمل أو شيخوختهم ، وذلك لان مظلة التأمين الاجتماعي هي التي تكفل بمداها واقعاً أفضل يؤمن المواطن في غده ، وينهض بموجبات التضامن الاجتماعي التي يقوم عليها المجتمع وفقا لنص ....من الدستور ، ولازم ذلك أن الرعاية التأمينية ضرورة اجتماعية بقدر ما هي ضرورة اقتصادية ، وأن غايتها أن تؤمن المشمولين بها في مستقبل أيامهم عند تقاعدهم أو عجزهم أو مرضهم ، وأن تكفل الحقوق المتفرعة عنها لأسرهم بعد وفاتهم).(المحكمة الدستورية العليا ، جلسة ٤ /سبتمبر/ ٢٠٠٠ ، القضية رقم ١ لسنة ١٨ قضائية دستورية، الجريدة الرسمية ، العدد ٣٨ الصادر في ٢١ /سبتمبر/ ٢٠٠٠) .

وقد ذهبت المحكمة ذاتها الى أن : (مظلة التأمين الاجتماعي التي تمتد نطاقها إلى الأشخاص المشمولين بها هي التي تكفل لكل مواطن الحد الأدنى من المعاملة الإنسانية التي لا تمتهن فيها آدميته والتي توفر لحريته الشخصية مناخها الملاءم ولضمانة الحق في الحياة أهم روافدها وللحقوق التي يمليها التضامن بين أفراد الجماعة التي يعيش في محيطها مقوماتها بما يؤكد انتماءه إليها).

(المحكمة الدستورية العليا ، قضية رقم ١٦ لسنة ١٥ قضائية دستورية ، جلسة ١٤ /١/ ١٩٩٥، الجريدة الرسمية ، العدد ٦ ، الصادر بتاريخ ٦ فبراير ١٩٩٥) .

وعلى ذلك نستطيع أن نتبين أن التفرقة بين الأمن القانوني من جهة والأمن الفردي والمادي من جهة أخرى ، يقوم على أن الأخير يهتم بالجانب المادي لأمن الأفراد ، بينما الأمن القانوني يولي اهتمامه بالأمن المعنوي للأفراد ، فكلاهما وجهان لعملة واحدة وعلى رغم أهمية الأمن القانوني ، إلا أن مفهومه لم يرد لا في نص الدستور الفرنسي(١٩٥٨) ولا في مقدمة دستور(١٩٤٦) ولا حتى في إعلان حقوق الإنسان والمواطن لعام(١٧٨٩)، ودليلنا على ذلك أن إعلان حقوق الإنسان أشار إلى مفهومين متميزين :

المفهوم الأول- هو مفهوم الأمن الذي يعد بموجب نص المادة (الثانية) أحد حقوق الإنسان الطبيعية التي لا تقبل التقادم ، وهي : الحرية والملكية ومقاومة الظلم .أما المفهوم الثاني- هو ضمانة الحقوق الواردة بالمادة(١٦) من الإعلان ، إذ أشارت إلى: (أن كل مجتمع لا تكون ضمانة الحقوق مؤمنة ، وفصل السلطات محدداً ، لا يكون فيه دستور) ،ومن ذلك يتضح أن مفهوم الأمن القانوني لم يرد في قرارات المجلس الدستوري ،إذ أعلن الأخير في كثير من أحكامه عن رفضه الدائم لتكريس مفهوم الأمن القانوني كمبدأ دستوري ومع ذلك فإن ضرورة الأمن القانوني تبدو كمرجع ضمني لرقابة دستورية القوانين.

(B. Mathieu, La sécurité juridique : un principe constitutionnel clandestin mais efficient, in mélange Patrice Gélard. Montchrestien, 1999, p.301).

، إذ يستعمل المجلس الدستوري مفهوم الأمن القانوني بطريقتين : فمن الطريقة ألاولى : يستعمل المجلس مقتضى الأمن القانوني من أجل الحد من إمكانيات الأثر الرجعي للقانون.وأما الطريقة الثانية: ، يستعمل هذا المقتضى لمحاولة حماية نوعية القانون.

(F.Luchaire, La securite juridique en droit constitutionnel francais , Les cahiers du conseil constitutionnel, 2001, p67-69) .

وكانت م(حكمة عدل الجماعات الأوربية) قد كرست ، في وقت مبكر جداً ، مبدأ الأمن القانوني والتوقع المشروع بين المبادئ العامة للقانون الأوروبي (الجماعي) ، فقد أعلنت المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان أن نوعية القانون تتضمن احترام متطلبات الدقة وإمكانية الوصول إلى القاعدة القانونية وقابليتها للتوقع ، وهي متطلبات تهدف في مجملها إلى حماية مبدأ الأمن القانوني .

(CEDH,26 avril 1979 , Sundy Times c\Royaume-Uni,A.p30 , CEDH, 28mars 2000, Baranozski c\Pologne, Rec,2000III, p52.)

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

ونخلص من ذلك أن القضاء الدستوري والإداري قد تبنيا صوراً لفكرة الأمن القانوني ، مثل عدم رجعية القوانين ووضع ضوابط تتعلق برجعية الأحكام الصادرة من القضاء الدستوري واحترام الحقوق المكتسبة للأفراد التي استمدوها بطريق مشروع من القوانين القائمة ، وأن فكرة الأمن القانوني ليست لها قيمة دستورية بذاتها ، وإنما تشتمل على صور متعددة ويتفرع عنها عدد من المبادئ ، بعضها له قيمة دستورية ، وبعضها الآخر ليست له قيمة دستورية ، رغم ذلك تظل فكرة الأمن القانوني "أحد أهم الأسس التي تقوم عليها الدولة القانونية التي تخضع فيها السلطات العامة جميعها للقانون ، وإحدى أهم الغايات التي يهدف القانون لتحقيقها.
(د. يسري محمد العصار ، دور الاعتبارات العملية في القضاء الدستوري ،مصدر سابق ، ص ٢٥٢) .

المطلب الثاني

أساس فكرة الامن القانوني

ليس من المعقول ولا من المتصور أن يثبت القانون على حال واحدة، بل هو مختلف دائماً بحسب المكان من مجتمع لآخر إذ تولده ظروف البيئة الخاصة بكل مجتمع ، وهو متطور دائماً في الزمان تطوراً لا يفتعله الإنسان ، تطور ذاتي أو تلقائي يتسلسل في حلقة من حلقات التاريخ تسلسلاً لا إرادياً وعن طريق هذا التطور يقابله تطور في الحفاظ على أمن الافراد ، لذلك سنتناول هذا المطلب في فرعين :

الفرع الاول

الاساس الفلسفي (القانون الطبيعي)

القانون هو ترجمة لروح الشعب ووجدانه، ومن العبث الانسياق وراء زعم الفكرة العقلية للقانون العام والتي ترى الأبدى الثابتة، وإنما هناك تطوراً هادئاً ينبع من ضمير الجماعة في كل دولة، يعمل على تغيير القواعد القانونية فيها، وهذا التفاعل البطئ في مشاعر الجماعة يؤثر على تكوين القواعد القانونية ويعمل على تطورها ، لذلك سنتناول هذا الفرع في البنود الاتية : .

البند الاول : القانون الطبيعى ذو المضمون المتغير

يدعوا منطق المذهب التاريخي في تطور القانون أنصار نظرية القانون الطبيعي إلى القصد في خلع صفة الخلود والثبات عن القانون الطبيعي، فكان لابد من الملاءمة والتوفيق بين فكرتى الخلود والتطور حتى يتخلص مذهب القانون الطبيعي من التناقض الذي رماه به مذهب التطور التاريخي، وقد قاد ذلك الاتجاه الفقيه الألماني (ستاملر) إذ قام بالجمع بين الخلود والتطور في فكرة القانون الطبيعي، فيما فسماه (بالقانون الطبيعي ذي المضمون المتغير).
(Charmont : La renaissance du droit naturel, 2e ed., 1972, p. 170 – 176)

وجوهر القانون في هذا الرأي ، هو مثل أعلى للعدل، خالد متغير في ذات الوقت : فهو خالد في فكرته، متغير في مضمونه، فالعدل واحد والمثالية واحدة، ولكن التطبيق يتغير ويتنوع في المكان والزمان، فصفة الخلود دائماً تلحق فكرة العدل في ذاتها، أما مضمون هذه الفكرة وطريق تحقيقها قائم على ظروف الحياة في كل مجتمع وبتصور هذا المجتمع لفكرة العدل، الذي يعد عنده المثل الأعلى للتنظيم القانوني، فالذي لا يتغير هو وجود عدل ينبغى تحقيقه، ذلك لأن فكرة التمييز بين العدل والظلم وإقامة القواعد القانونية على أساس من العدل ، وجدت دائما في ضمير الإنسان منذ الأزل، أما كيفية التمييز بين العدل والظلم، وإسباغ صفة العدل على بعض النظم ، فهو أمر لا يلحقه خلود أو ثبات، لأنه صادر عن

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

تفاعل بين بيئة المجتمع والتصوير السائد فيه لفكرة العدل، فالعدل يبقى خالداً دائماً في ضمير الإنسان على اختلاف البيئات وتعاقب الزمان .

.(Roubier: Théorie général du droit, 1949, p. 152) .

وقد تعرضت فكرة القانون الطبيعي ذو المضمون المتغير للنقد من حيث أنها فكرة متناقضة، إذ المثل الأعلى بطبيعته ثابت خالد، وهذا النظر يجعل منه مثلاً خاصاً بكل جماعة وفقاً لتصويرها الخاص لفكرة العدل، وهو ما يؤدى إلى أن تكون فكرة العدل فكرة شخصية أو ظنية ليس لها كيان ذاتي أو موضوعى يجعل منها حقيقة واحدة على اختلاف المكان والزمان فيصبح الأمر الواحد عدلا في مكان أو عصر معين، وظلما في مكان آخر أو عصر سابق أو لاحق، وهو ما لا يمكن التسليم به. فلئن كان الرق مشروعاً عند الجماعات الأولى طبقاً لتصورها لفكرة العدل، فللعدل حقيقة في ذاته، وهي لذلك حقيقة واحدة خالدة لا تتغير في زمان أو مكان. والرق في حكم هذه الحقيقة نظام ظالم دائماً في أي زمان ومكان يوجد به . (د.حسن كيره : المدخل إلى القانون،منشأة المعارف، الاسكندرية،١٩٧١، ص١١٧).

البند الثاني : القانون الطبيعي موجه مثالي للعدل :

بالغ أنصار نظرية القانون الطبيعي في القرن (الثامن عشر) في عد هذه النظرية تعبر عن وجود قانون مثالى نموذجي، يتضمن قواعد تفصيلية تضع حلولا عملية لكل ما يعرض من مشاكل الحياة الاجتماعية في دقائقها وجزئياتها ، تكون ثابتة خالدة لا تتأثر باختلاف المكان والزمان ، من أجل ذلك اتجهت حركة إحياء نظرية القانون الطبيعي في مطلع القرن (العشرين) ، إلى الارتفاع بالقانون الطبيعى إلى مجرد القيادة الروحية الموجهة، فقصرته على بضعة مبادئ مثالية، ثابتة خالدة، تتحدد وظيفة القانون الطبيعي، فهو لا يضع حلولا عملية لمشاكل الحياة الاجتماعية، ولكنه يكتفى بالتوجيه إلى الحلول العملية التي توضع لحل مشكلات الحياة الاجتماعية، فهي في جوهرها موافقة للقانون الطبيعي، ،ذلك المثل الذي له من وجوده الذاتي ما يجعله خالداً ثابتاً، لا يتغير بتغير الزمان ولا بتغير المكان. فالقوانين الوضعية المختلفة إنما تنتهى في جوهرها إلى تلك الأصول العامة للعدل التي تكون القانون الطبيعي، (د. حسن كيره : المدخل إلى القانون، مصدر سابق، ص١١٨). فالقانون الطبيعي وفقاً لهذا التصوير يقتصر على عدد قليل من المبادئ الأساسية، ويكون على المشرع في كل جماعة تنظيم تطبيقاتها . (د.محمود جمال الدين زكى: دروس في مقدمة الدراسات القانونية،الهيئة العامة لشؤون المطابع الاميرية ،١٩٦٩، ص٦١).

ففكرة القانون الطبيعي خلصت إلى أنها تعبر عن الدستور المثالي للعدل ، الذي يلزم أن تقوم على أساسه القوانين الوضعية المختلفة، وهو دستور لا ينزل إلى التفصيل والتفريع، وإنما يقتصر على التوجيه والإلهام بما يتضمن من أصول عامة وموجهات مثالية لفكرة العدل ، لا تصلح بذاتها للتطبيق العملى كمبدأ إتيان كل ذي حق حقه، ومبدأ عدم الإضرار بالغير عن خطأ، ومبدأ عدم الإثراء على حساب الغير دون سبب مشروع ومبدأ عدم الرجعية للقانون وإنما تستلهمها القوانين الوضعية المختلفة فيما تضع من تنظيم للمجتمع حتى يخرج نظاما عادلا، كما يستهدى الملاح بالبوصلة فيما يسلك من طريق حتى يقع على الطريق المأمونة الموصلة إلى الغاية.

(.Roubier (P.): Théorie générale du droit, 1949, p. 150-151 ·)

ومن ذلك نخلص الى إن وجود الثبات للعدل على مر الزمان وعدم تغييره على مختلف الاماكن يلهم المشرع بضرورة سن قوانين تعبر عن تطلعات الافراد بحفظها وصيانتها وعدم زعزه الحقوق المكتسبة في ظلها بأية اجراءات لاحقة تجعل من العدل الثابت والخالد عرضة للتغير والتبديل نتيجة لإختلاف الظروف والازمان ومن ثم تكون الحقوق عرضة للضياع ونكون أمام عدم استقرار وامان قانوني لحقوق الافراد عن ممارسة نشاطهم . وهذا مأيده القاضي الاداري في قراراته :

وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا في مصر بحكمها الصادر في(١٩٦٥/١١/٢١) جاء فيه (إن "الأصل طبقاً للقانون الطبيعي هو احترام الحقوق المكتسبة، فهذا ما تقضى به العدالة ويستلزم

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

الصالح العام، إذ ليس من العدل في شئ أن تهدر الحقوق كا لا يتفق والصالح العام أن يفقد الناس الثقة والاطمئنان على استقرار حقوقهم لذلك جاء الدستور مؤكداً على هذا الأصل الطبيعي فحظر المساس بالحقوق المكتسبة، أو بالمراكز القانونية التي تمت إلا بقانون بأن جعل تقرير الرجعية رهينا بنص خاص في قانون، أي جعل هذه الرخصة التشريعية من اختصاص السلطة التشريعية وحدها لما يتوافر فيها من ضانات، ومن ثم لزم بحكم الأصل ألا تسرى القرارات الإدارية بأثر رجعي حتى ولو نص فيها على هذا الأثر، وإذا كان ثمة استثناء لقاعدة عدم رجعية القرارات الإدارية فإنه استثناء لا يخل بحكمة هذا الأصل وعلته، فإذا كان من المستثنيات حالة ما إذا كان القرار الإداري صادراً تنفيذاً لقانون، فإنه يشترط في هذه الحالة أن يكون هذا القانون قد نص فيه على الأثر الرجعي أو على الترخيص للإدارة بتقرير الرجعية) "(ينظر حكم المحكمة الادارية العليا المصرية في الطعن رقم ١٠٥٠ لسنة ٧ق- في ١٩٦٥/١١/٢١، مجموعة السنة(١١) رقم القاعدة (٣) ، ص١٧) .

وقد أكدت ذلك المحكمة الإدارية العليا المصرية في أحكامها المتواترة، ومنها أحكامها في هذا الشأن الصادر في (٢٠١٦/١/١٦) بأن :(الأصل في نفاذ القرارات الإدارية سواء تنظيمية أو فردية أن يقترن نفاذها بتاريخ صدورها بحيث تسري بالنسبة للمستقبل ولا تسري بأثر رجعي إلا إذا نص القانون على ذلك، تطبيقاً لمبدأ احترام الحقوق المكتسبة واستقرار الأوضاع والمراكز القانونية...)، (حكم المحكمة الادارية العليا في الطعن رقم(٣١٣٢٩لسنة٥٨ق –في ٢٠١٦/١/١٦).

الفرع الثاني

الاساس القضائي (مبدأ التوقع المشروع)

مبدأ التوقع المشروع : هو الوجه الذاتي والملموس لمبدأ الأمن القانوني أو محله الذي يتعين وجوده كأساس له ، بل انه العنصر المميز له ، فتطبيق القاعدة القانونية يتعين أن ينظر إليه من زاويتين : زاوية السلطة المصدرة للقاعدة ؛ وزاوية المخاطبين بها، فالسلطة التشريعية يتعين عليها أن تراعي في القاعدة كل ما يمس معرفتها وتماسكها وسهولة فهمها ووصولها إلى المعنيين بها، أما زاوية المخاطبين بالقاعدة فيجب أن نأخذ بالحسبان هل كان باستطاعة الأفراد المعنيين وعلى وفق معلوماتهم المهنية توقع القاعدة القانونية من عدمه ، لذلك سنتناول هذا الفرع في البنود الاتية :

البند الاول : تعريف مبدأ التوقع :

يمكن تعريف التوقع المشروع بأنه :(عدم مفاجأة الأفراد بتصرفات مباغتة تصدرها السلطات العامة على نحو لم يتوقعه الأفراد ومن شأنها زعزعة الطمأنينة أو العصف بها).(د.رفعت عيد سيد : مبدأ الامن القانوني : دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠١١، ص ١٠٩) من هذا التعريف يتبين أن مبدأ التوقع المشروع قد تترتب عليه نتائج قد تكون مهمة هي:

١-قد يمس مبدأ التوقع سيادة البرلمان من ناحية ، ويخفف من وطأة خضوع الإدارة للقانون من ناحية أخرى ، فالتزام السلطة التشريعية بعدم مفاجأة أو مباغتة الأفراد بالقاعدة القانونية من شأنه أن يبث روح التردد في البرلمان عند سنه لتشريعات ، قد يراها ضرورية لتنظيم المجتمع ، لما ترتبه من عدم دستورية ، فالبرلمان قد يعجز عن معرفة ما إذا كان باستطاعة الأفراد توقع القاعدة القانونية من عدمه ،

٢-قد يصبح من المتعذر على البرلمان بممارسة اختصاصه التشريعي وهذه العقبة ليست عسيرة التخطي ، فمن جانب يمكن للسلطة التشريعية أن تصدر القاعدة القانونية وتقضي بعدم نفاذها إلا بعد مرور مدة طويلة على نشرها في الجريدة الرسمية(الوقائع) ، الأمر الذي يسمح للأفراد بالوقوف على القانون الصادر وتهيئة ظروفهم وفقاً لمقتضاه .

٣-يمكن للسلطة مصدرة القاعدة القانونية أن تنص على تدابير انتقالية تمكن الأفراد من الانتقال من نظام قانوني كان مقرر من قبل قاعدة قانونية قديمة إلى نظام قانوني جديد جاءت به القاعدة القانونية الجديدة

وبهذه الآلية لن يفاجأ الأفراد أو تباغتهم القاعدة القانونية الجديدة وعدم مباغتة الأفراد بقرارات تنظيمية تصدرها الإدارة تنفيذا لقانون صادر عن السلطة التشريعية يعني عدم خضوع الإدارة للقانون الجديد .
أن التزام الإدارة بمبدأ التوقع المشروع لا يمس مبدأ خضوع الإدارة للقانون ، فإذا كانت الإدارة تمتنع عن مباغتة الأفراد بإصدار قرارات تنظيمية قاسية تنفذ بها القانون الجديد ، فإنها ستكون ملزمة بتطبيق نصوص القانون القديم والتصرف فيها أيا كان الأمر .(د.رفعت عيد سيد : مبدأ الامن القانوني ، مصدر سابق،ص١١٠)

البند الثاني – ضوابط مبدأ التوقع المشروع : هناك ضوابط عدة لمبدأ التوقع المشروع بعضها وارد على تصرفات السلطات العامة والبعض الأخر وارد على ما يتوقعه الأفراد :

أولا : الضابط المتعلق بتصرفات السلطة العامة : فالأصل يمتنع على السلطة العامة إتيان أي تصرف من شأنه مفاجاة الأفراد ومباغتتهم ، فالتصرف المحظور هنا يشمل الإجراء الخاص أو العام ، وسواء أكان تصرفاً قانونيا أم عملاً مادياً ، وهي كالاتي:
١-الإجراء العام وصوره : يتمثل في صدور قانون أو نظام ، ومثال ذلك لتوفير الأمن والسلامة للعاملين في حرفة معينة يحتاج المتعاقد لأفرادها في تنفيذ التزاماته التعاقدية ، وبالمثل يعد إجراء عاماً صدور قانون يلزم أرباب الأعمال صدور لائحة أو نظام بتأمين العمال ضد المرض والشيخوخة .
٢-أما الإجراء الخاص وصوره : فمثاله أن تقوم الإدارة بتعديل العقد الإداري على نحو يتجاوز الحدود المتوقعة ، خاصة إذا لم ينص في العقد على حدود التعديل التي يمكن ان تطرأ عليه ، كذلك من صور الإجراء الخاص أن تصدر الإدارة قراراً فردياً استناداً إلى سلطتها في الضبط الإداري كإصدار أمر إلى الشركة المتعاقدة بنقل أسلاك الكهرباء من مكان لأخر حفاظاً على سلامة المواطنين ، كما يتمثل الإجراء المحظور في عمل مادي يقع من الجهة الإدارية مثل إصلاح خطوط المياه أو كابلات الكهرباء على بشكل مفاجئ للمتعاقد معها فيزيد من عبء التكاليف الملقاه على عاتقه .
٣-نطاق مبدأ التوقع المشروع : محدد بألا يشكل الإجراء الصادر من السلطة العامة مفاجأة أو مباغتة للأفراد ، ومفاد ذلك انه لا يجوز للفرد أن يتمسك بمبدأ التوقع إذا كان بإمكانه توقع الإجراء الصادر من السلطة العامة ، فهذا التوقع يفيد أن الفرد قد اخذ في حسبانه لحظة تطبيق القاعدة عليه .
تعود علة الضابط السابق إلى أن القانون يسعى لتنظيم علاقات الأفراد فيما بين بعضهم ببعض أو فيما بينهم وبين مجتمعهم ، وبالتالي لا يجوز للسلطة العامة أن تستخدم القواعد القانونية كاداة لتفاجأ الأفراد وتنال منهم تحقيقاً لأغراض بعيدة عن الصالح العام ، فلا يستخدم القانون لتسويغ شهوة السلطة بمفاجأة الخاضعين لها. (د.رفعت عيد سيد : مبدأ الامن القانوني ، مصدرسابق ،ص ١١١)
٤-مسؤولية الادارة بشأنه عنصر المفاجأة إذا كان تحقيقه يرجع إلى إرادة السلطة العامة ، فلا يجوز لصاحب الشأن أن يتمسك بمخالفة مبدأ التوقع المشروع ، إذا كان الإجراء الواقع ليس للسلطة يد فيه لأن المبدأ يتعلق بمفاجأة الأفراد وليس مفاجأة السلطة العامة ومن ثم فأن علم الطرف الأخر بالظروف التي سكتت عنها السلطة العامة لا تعد ذريعة لإفلات الأخيرة من المسؤولية ، إلا إذا اقترن هذا العلم بظروف ترفعه إلى مرتبة الإجازة ، فمجرد علم المتعاقد مع الإدارة بالإجراء الذي أخل بالتوازن المالي للعقد ومن ثم يقرر له الحق في المطالبة بالتعويض ، لا يؤدي في ذاته إلى سقوط حقه في هذه المطالبة ، بل يجب لذلك أن يقترن بإظهار رغبته في الاستمرار بتنفيذ العقد بعد تحقق الإجراء الذي أخل بتوازنه ، فقد يشكل تصرف السلطة العامة مخالفة لمبدأ التوقع إذا كان من شأنه أن يباغت الأفراد على بشكل يجعل خضوعهم للقاعدة أمرا مرهقاً ، فلا يلزم أن تصل تلك المفاجاة إلى استحالة تنفيذهم للقاعدة القانونية ، وتقدير ذلك متروك للقاضي يقدره تبعاً للظروف والملابسات المحيطة بكل حالة على حده .(د.أحمد محمود جمعة : العقود الادارية طبقاً لأحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الجديد ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠١٣، ص٢٦١)

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

ثانياً - الضابط المتعلق بالأفراد المخاطبين بالقاعدة القانونية : فيجب أن يقوم التوقع علـــــــى (أسس موضوعية وليست شخصية)، وهو كـــــالأتي :

١-مضمون الضابط : هو أن ينهج المخاطبون بالقاعدة سلوكاً قويماً يقتضيهم بذل العناية التي يتوقعها المشرع من أوساطهم ليكون النكول عنها دالاً على تراخي يقظتهم ، مما يحرمهم من التمسك بمبدأ التوقع المشروع .

٢-معيار الضابط (موضوعي) : هو على صاحب الشأن أن كان باستطاعته أن يتوقى المفاجاة أو المباغتة لو بذل جهداً معقولاً لا يزيد وفقاً للمقاييس الموضوعية عما يكون متوقعاً من أوساط الناس ، فإذا لم يبذل هذا الجهد ، ونجم ضرر عن المفاجأة صار مسئولاً عنه ، ولا يلومن إلا نفسه .

٣-التوقعات التي يتعين على الأفراد مراعاتها : تستمد هذه التوقعات من وسائل عدة منها: الأنظمة القانونية القائمة وسياسات الدولة المعلنة رسمية والوعود المقدمة من الحكومة والتأكيدات والتقارير الصادرة عنها ، وبذلك تبنى توقعات الافراد على الاتي :

أ- إذا كانت الدولة تتبع نظام السوق الحر فعلى الأفراد أن يتوقعوا صدور تشريعات تسير في هذا الاتجاه

ب-صدور قانون يحيل إلى تعليمات تنفيذية مهمة وضع أحكامه موضع التطبيق ، يعنى توقع الأفراد صدور هذه اللائحة أو التعليمات في أي وقت ، غير انه إذا تضمنت التعليمات أحكام جديدة تخالف بها القانون ، فإنه يجوز لذوي الشان أن يتمسكوا بمخالفة التعليمات لمبدأ التوقع المشروع ، لأنه لم يكونوا يتوقعون أن تصدر لائحة أو تعليمات تنفيذية تخالف القانون الأساسي .

ج- إذا تضمن القانون إجراءات انتقالية يتم العمل بها خلال مدة معينة ، فإن على الأفراد ان يتوقعوا إلغائها وصدور قواعد جديدة . ومثال ذلك أن يتضمن الدستور العمل بنظام الكوتا النسائية لعضوية البرلمان خلال فصلين تشريعيين من ناحية أخرى .

د-قد تساعد وعود الحكومة في تشكيل توقعات الأفراد كان تعد الحكومة بعدم يضمين مشروع القانون المراد إصداره أحكاماً تزيد من أعباء الضريبة ، ثم يصدر القانون على خلاف هذا الوعد على أن ترد مثل هذه الوعود في اجتماعات رسمية ومعلنة عبر صحف قومية أو أية وسيلة اخرى معترف بها قضائياً و ويجب ملاحظة أن القواعد القانونية الصادرة على خلاف التقارير الصادر عن السلطة العامة يمثل إخلالا بمبدأ التوقع المشروع . فإذا كانت التقارير الصادرة من الجهات الرسمية تشير إلى زيادة نسبة العمال غير المؤمنين عليهم صحياً ، فإنه لا يجوز أن يصدر تشريعاً من شأنه أن يعفي أرباب الأعمال من إخضاع عمالهم لمظلة التأمين الصحي .

ه-طبيعة المسألة أن تنظمها القواعد القانونية ، فقد تكون هذه المسألة متطورة بطبيعتها ومن ثم يتعين على القاعدة القانونية التي تنظمها أن تتطور بدورها لتواكب ما قد يطرأ عليها ، فقد يتعين على الأفراد أن تكون الطبيعة المتطورة للمسألة محل اعتبارهم ، فلا يدعون أن السلطة أصدرت قاعدة جديدة على خلاف ما قد يتوقعونه من بقاء القاعدة القديمة فترة طويلة من الزمن ،

و- إجراء مناقشات تتعلق بمضمون القانون المزمع إصداره من قبل السلطة المختصة ، فإنه لا يسوغ لها أن تضمن هذا القانون أحكاماً تعارض وبصورة جوهرية مما كانت عليه المناقشة الا أن بقاء إلتزام السلطة المختصة بإصدار القانون طبقاً لتوقعات الأفراد متوقف على ببقاء الظروف التي في ظلها تمت هذه المناقشة ، فكل تغيير يطرأ بعد ذلك من شأنه ان يحلل السلطة من التزامها بمراعاة قاعدة توقع الأفراد.

ي-هناك شرطان لابد من توافرهما حتى تتخلص السلطة المختصة من الالتزام بالتوقع ، وهذان الشرطان هما:

أولا - ان تكون مخالفة التوقع ناشئ عن ظروف لاحقة لإصدار القاعدة القانونية القديمة ، فالظروف السابقة أو المعاصرة للقاعدة القديمة لا يمكن أن تعفي السلطة من الالتزام بالتوقع ، وإن أدى الجهل بها على التأثير على مضمون القاعدة القانونية

ثانياً - يجب أن تؤدي هذه الظروف اللاحقة على صدور القاعدة إلى الإضرار بالصالح العام . (د.رفعت عيد سيد : مبدأ الامن القانوني ، مصدرسابق ،ص ١١١-١١٤) .

البند الثالث : نهج القضاء الإداري إزاء مبدأ التوقع المشروع :

أن القاضي الإداري لم يغفل هذا المبدأ في أحكامه التي كونت صرح القانون الإداري لا تقوم الأعمال الإدارية بوجه من هي موجهة إليه قبل أن تكون قد نشرت وفقا للقواعد المعمول بها ، والى ذلك ذهب مجلس الدولة الفرنسي بشأن التوقع المشروع في حكمه بقضية (شركة KPMG) والتي تتلخص وقائع هذا الحكم في أن: (القانون الصادر في ٨/١/ ٢٠٠٣) والخاص بالأمن المالي أدخل في متن قانون التجارة فرعاً جديداً بعنوان أدبيات (واجبات) واستقلال مفوضي الحسابات") واستناداً إلى الأحكام الواردة بهذا الفرع صادق مرسوم من مجلس الدولة على قانون أدبيات المهنة ، وعلى الأحكام المطبقة على مفوضي الحسابات العاملين لدي الأشخاص والهيئات التي تدعو الجمهور للاكتتاب (من أجل التوفير) ، ولدي سلطة الأسواق المالية ، وعملاً بأحكام هذا الفرع ، لا يمكن لمفوضي الحسابات أن يأخذ أو يستلم أو يحتفظ ، مباشرة أو مداورة ، فائدة أو مصلحة لدي الشخص أو الهيئة التي يكلف (مفوض الحسابات) بالإشهاد على حساباتها ، أو لدي شخص يراقبها أو هو مراقب منها من ناحية أخرى ، حدد قانون الأدبيات المنصوص عليه في أحكام الفرع المضاف إلى قانون التجارة العلاقات الشخصية والمادية والمهنية ، المتزامنة أو السابقة على مهمة مفوض الحسابات والتي تتعارض مع ممارسة هذه المهمة كما حدد القانون الأوضاع التي تتأثر فيها استقلالية مفوض الحسابات ،إذ يستبعد القانون أن يصادق مدقق حسابات منتسب إلى شبكة متعددة الفروع أو دولية لدي أعضائها مصلحة اقتصادية مشتركة ، على حسابات شخص تقدم لـه الشبكة اعمال خدمة غير مرتبطة مباشرة بمهمته في التصديق على الحسابات ، باعتبار أن مثل هذه الخدمات تعد مضرة باستقلال مدققي الحسابات ، ويحظر بشكل خاص على مدقق الحسابات القبول بمهمة مراقبة الحسابات عندما يكون هو نفسه أو شبكته قد قدماً خلال العامين السابقين أعمال خدمة للشخص الذي ينبغي مراقبته ، وتلزم المادة(٣٠) من مدونة سلوك مدققي الحسابات على أن يستخلصوا من دون تأخير نتائج مثل هذا الوضع ، وإزاء هذه الأضرار سارعت عدة مكاتب عالمية كبرى مقيمة في فرنسا ، ومن بينها شركة(KPMG) إلى مجلس الدولـة مطالبة بإعلان عدم مشروعية(١٦ /١١/ ٢٠٠٥) والذي بموجبـه تمت الموافقة على قانون الأدبيات وكان من بين ما أثارته الشركة الطاعنة لتأييد دعواها ويتصل بموضوعنا مخالفة المرسوم لمبدأ التوقع المشروع (أو الثقة المشروعة) من ناحية ، وتطبيق قانون الأدبيات بأثر رجعي على الأوضاع التعاقدية الجارية من ناحية أخرى وفي تعقيبـه علـى المبرر الأول أوضـح مجلس الدولة أن "مبدأ التوقـع المشروع (الثقـة المشروعة) الـذي هـو جـزء مـن المبادئ العامـة فـي القـانون الجماعي، لا يطبق في مجال القانون الوطني إلا في الحالة التي يكون فيها الوضع القانوني المترتب على القاضي الإداري الفرنسي النظر فيـه ، محكوماً بالقانون الجماعي ، وأن الأمر ليس كذلك في القضية المعروضة ،إذ أن التوجيه الصادر في (١٠ /٤/ ١٩٨٤) المتعلق بمصادقة الأشخاص المكلفين بالمراقبة القانونية على المستندات المحاسبية ، هذا التوجيه وإن هـو أكـد علـى المبـدأ القائـل بـان الأشخاص الذين يقومون بمراقبة قانونية ، يجب عليهم أن يكونوا مستقلين ، إلا أنه اكتفى بأن يحيل على الدول الأعضاء مهمة تحديد مضمون هذا الموجب ، وان المطعن المستمد من مخالفة مبدأ التوقع المشروع ، هو مطعن غير فاعل). (CE. Ass 24mars 2006, Societe (KPMG et autres, Rec, p154.

ويظهر من الحكم اعلاه النتائج الاتية :

١-أن مجلس الدولة الفرنسي فلم يطبق مبدأ الأمن القانوني إلا بمقدار ما إذا كان الخلاف المنظور أمامه يستدعي فقط تطبيق القانون الجماعي ، رغم تلك ، فإن مجلس الدولة عالج في تقاريره السنوية مبدأ الأمن القانوني ،وعده يشكل أحد أسس الحالة القانونية .

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

٢-إعترف مجلس الدولة في المرحلة الأخيرة من قرار(شركة KPMG)، صراحة بمبدأ الأمن القانوني عندما قضى بإلغاء الالتزامات والمحظورات التي نتجت على التوالي عن القانون بسبب مخالفتها لمبدأ الأمن القانوني، وتم تدعيم هذا الإقرار عن طريق الحكم الصادر في(٢٧ /١٠/ ٢٠٠٦) في قضية (Techna) وآخرين ، إذ تكلم المجلس عن مبدأ الأمن القانوني المعترف به في القانون الداخلي كما في النظام القانون الجماعي.

(CE, Sect ,27octobre 2006,societe Techna SA et autres , Rec,p451)

٣-لا يجوز الاحتجاج على هذا الإقرار بمقولة أن القرارين المشار إليهما لم يتلفظا صراحة بالأمن القانوني كمبدأ قانوني عام فعدم وجود مثل هذه العبارة لا يعني أن مبدأ الأمن القانوني لا يشكل مبدأ حقوقياً عاماً ، فمبدأ المساواة الذي يعتبر من أوائل المبادئ القانونية العامة اعترف به مجلس الدولة دون أن يستعمل صراحة هذه العبارة.

(CE, 19mars 1951, Societe Des Concerts Du Conservatoire, Rec p.151))

٤-وإذا كان مجلس الدولة الفرنسي أقر بمبدأ الأمن القانوني على المستوى الوطني ، فإنه لم يطبق هذا الإقرار إلى مبدأ التوقع المشروع بوصفه مظهراً من مظاهر هذا الأمن القانوني واستناداً الى حكم مجلس الدولة في قضية شركة (kpmg) فإنه لم يجعل لمبدأ التوقع المشروع الذي يشكل جزءاً من المبادئ العامة للقانون الجماعي ، تطبيقاً في المجال القانوني الوطني ، إلا في الحالة التي يكون فيها الوضع القانوني الذي سيبحثه القاضي الإداري الفرنسي محكوماً بالقانون الجماعي ، وهذا لم يكن هو الحال في القضية المعروضة ، ونخلص من ذلك أن القضاء الفرنسي رفض تطبيق مبدأ التوقع المشروع لان النزاع المعروض عليه لم يدخل في المجال المحكوم بالقانون الجماعي .

المبحث الثاني

دور القاضي الاداري في إرساء فكرة الامن القانوني وحمايتها

عندما يوازن قاضي الإلغاء بين مبدأ المشروعية ومبدأ الأمن القانوني ويجد أن انتهاك المشروعية قد بلغ حداً من الجسامة بحيث لا يتاح له من المبررات ما يخول له إعمال مبدأ الأمن القانوني على أي وجه، ففي هذه الحالة يفضل قاضي الإلغاء الإعمال الكامل لمبدأ المشروعية، دون النظر لأي اعتبارات تخول له إعمال مبدأ الأمن القانوني ، لذلك سنتناول هذا المبحث في المطالب الاتية :

المطلب الاول

وسيلة القاضي الاداري في إرساء فكرة الامن القانوني

وقد يجد القاضي الإداري بعد الموازنة بين مبدأ المشروعية ومبدأ الأمن القانوني أن المصلحة العامة تقتضي تفضيل أحد المبدأين على الآخر، أو إعمال كل منها بقدر معلوم يحدده القاضي على حسب كل قضية على حدة فقد تقتضي المصلحة العامة تفضيل مبدأ المشروعية على مبدأ الأمن القانوني وسنتناول ذلك في الفرعين الأتيين :

الفرع الاول

التوازن بين فكرة الامن القانوني ومبدأ المشروعية

قد يرى القاضي أن المصلحة العامة أو الخاصة المعتبرة تقتضي ترجيح فكرة الأمن القانوني على مبدأ المشروعية حالة مرور مدة زمنية معينة يقرر بعدها عدم المساس بالقرار الإداري غير المشروع وتحصينه من الطعن عليه بالإلغاء أو سحبه من جهة الإدارة. وكالاتي :

البند الاول – ترجيح اعتبارات فكرة الأمن القانوني على فكرة المشروعية :أن المستقر عليه في القضاء الإداري : (أن السحب الإداري أو الإلغاء القضائي كلاهما جزاء لمخالفة مبدأالمشروعية ويؤدي إلى

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

إلغاء القرار بأثر رجعي اعتباراً من تاريخ صدور القرار).(ينظر حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم(١٢١٤٦)،لسنة ٤٨ق، في ٢٠١٦/١/١٦،) ومن ثم يقوم قاضي الإلغاء في حالات عديدة بتفضيل مبدأ الأمن القانوني على مبدأ المشروعية، وتفضيل قاضي الإلغاء لمبدأ الأمن القانوني في هذه الحالات يرجع لاعتبارات قانونية نص عليها القانون، كما يرجع لاعتبارات المصلحة العامة التي تقتضي استقرار المراكز القانونية بعد مضي مدة معينة.وكالاتي :

أولاً ـ تحصين القرارات غير المشروعة بعد مضي مدة الإلغاء أو السحب.

إذا أصدرت الجهة الإدارية القرار الإداري متوافقاً مع مبدأ المشروعية، فلا يجوز سحبه أو إلغاؤه كونه يرتب حقوقا او مركزا قانونية للأفراد، فالقاعدة المستقرة في القضاء الإداري أن القرار الإداري الذي يكتسب الحصانة هو الذي يصدر مطابقاً للقانون وفي حدود السلطة التقديرية للإدارة، أما القرار المخالف للقانون وغير المشروع فلا يمكن أن ينشأ حقاً، ، ففي هاتين الحالتين لا يمكن أن يسلم من الناحية القانونية بأنه ينشئ حقاً مكتسباً، (د.حسنى درويش: نهاية القرار الإداري عن غير طريق القضاء، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق/جامعة عين شمس ، ص٣٧٨).

فالأصل أن القرار الإداري غير المشروع لا يرتب حقوقاً أو مراكز قانونية لتعارضه مع مبدأ المشروعية، إلا أن مبدأ الأمن القانوني يقتضي تحصين القرارات الإدارية غير المشروعة والاعتداد بما رتبته من حقوق ومراكز قانونية بعد مضي مدة محددة منذ تاريخ نفاذ هذه القرارات ، والى ذلك نص قانون مجلس الدولة المصري رقم(٤٧) لسنة ١٩٧٢ على أن : (ميعاد رفع الدعوى أمام المحكمة ـ فيما يتعلق بطلبات الإلغاء ـ ستون يوماً من تاريخ نشر القرار الإداري المطعون فيه في الجريدة الرسمية أو في النشرات التي تصدرها المصالح العامة أو إعلان صاحب الشأن به).(ينظرالمادة(٢٤) من قانون مجلس الدولة المصري رقم(٤٧) لسنة١٩٧٢المعدل)

كا تنص المادة رقم (R421-١) من قانون العدالة الإدارية الفرنسي على أن : (مدة الطعن على القرار شهرين اعتباراً من إعلان أو نشر القرار المطعون ضده) (Article R421-1 de la code de justice administratfe)

وفي ذات الاتجاه نص قانون مجلس الدولة العراقي رقم(٦٥)لسنة١٩٧٩المعدل، على :(..... على المتظلم أن يقدم طعنه الى المحكمة خلال (٦٠) ستين يوماً من تاريخ رفض التظلم حقيقة أو حكماً ...). (ينظر الفقرة(ب) من البند (سابعاً) من المادة(٧) من قانون مجلس الدولة رقم(٦٥) لسنة ١٩٧٩المعدل)

يشير نص المادة (٢٤) من قانون مجلس الدولة المصري الى: أن المشرع حدد ميعاد غايته ستين يوماً من تاريخ نشر القرار الإداري في الجريدة الرسمية أو في النشرات التي تصدرها المصالح العامة أو إعلان صاحب الشأن به أو من تاريخ ثبوت علمه بالقرار علا يقينياً من أية واقعة قاطعة على حدوث هذا العلم اليقيني، يكون لصاحب الشأن خلال هذا الميعاد الطعن على القرار الإداري بطلب إلغائه، بحيث إذا انقضي هذا الميعاد تحصن القرار ضد السحب والإلغاء واستقرت المراكز القانونية المترتبة عليه . (ينظر حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم ٩٩٨٥ لسنة ٥٨ق، بتاريخ ٢٠١٦/٢/٢٠ ؛ وحكمها في الطعن رقم(١٥٧٧٢) لسنة ٥٧ ق، بتاريخ٢٠١٦/٤/١٦). أما في فرنسا فلقد حددت هذه مدة الطعن بالإلغاء بشهرين اعتباراً من تاريخ نفاذ القرار الإداري وذلك لاستقرار المراكز القانونية والحقوق التي تكون قد ترتبت على القرار الإداري بما يحقق الأمن القانوني

(Voir, Philippe Raimbault,Recherche sur la securite juridique en droit administratife francais L,G,D,J,2009 p.91)

وتجدر الإشارة إلى أن مجلس الدولة الفرنسي وإن كان - من أجل الحفاظ على استقرار المراكز القانونية – قد استقر على مبدأ مفاده : (أنه لا يجوز سحب القرار الإداري إلا في خلال المدة المحددة للطعن القضائي بداية من حكم (Dame Cachet) والصادر في ٣ /١١/ ١٩٢٢)

(C.E, 3 Nov. 1922, n° 74010, Dame cachet, R.D.P. 1922. P. 552; Rec., P.790)

إلا أنه عدل عن ذلك الاتجاه ، في حكمه الصادر في١٢/٢٦/ ٢٠٠١ في قضية(Ternon)، والذي قرر فيه : (عدم جواز سحب القرار الإداري إلا في خلال أربعة أشهر التالية لنشر القرار أو إعلانه على حسب الأحوال) .

.(C.E ass. 26 oct 2001, Ternon, Rec. P. 497)

وبناء على ما تقدم فإن المستقر عليه فقهاً وقضاءً في فرنسا ومصر والعراق أن السحب الذي تقوم به الإدارة والإلغاء القضائي يكون مقيداً بمدة معينة بعد مضي هذا المدة فلا يجوز للإدارة القيام بإجراء السحب، كما لا يجوز للقضاء القيام بإلغاء القرار غير المشروع ؛ وذلك لاستقرار الحقوق والمراكز القانونية المتولدة عن القرارات الإدارية. (د.سليمان محمد الطماوي : النظرية العامة للقرارات الادارية ، دار الفكر العربي ،ط٧، ٢٠١٢، ص٧٠١،وكذلك د. خالد سمارة الزغبي: القرار الاداري بين النظرية والتطبيق ، دار الثقافة والنشر ، الاردن ، ١٩٩٩، ص٢٢٧، وكذلك د.مازن ليلو راضي : القانون الاداري ، دار المسلة ، ط٤، ٢٠١٧، ص٢٦٢-٢٦٣).

ثانياً- تحصين القرار الإداري لمضي مدة الطعن بالإلغاء وتحقيق الأمن القانوني :

فإذا كانت القرارات الإدارية تتمتع بقرينة السلامة والقابلية للتنفيذ المباشر ، فإن الأمر يقتضي أن تكون مدة الطعن بإلغائها قصيراً حتى تستقر الأوضاع الإدارية، وتأمن الإدارة على عدم المساس بإجراءاتها الأمر الذي يحقق إستقرار الحقوق والمراكز القانونية ، إذ يعد هذا الاستقرار أحد جوانب مبدأ الأمن القانوني ، فمن المستقر عليه قضاء : (أن تحديد ميعاد الطعن على القرارات الادارية بستين يوماً من تاريخ العلم بالقرار مرده في الفقه والقضاء الإداريين إلى ثبات المراكز القانونية وعدم زعزعتها، وليس من شك أن فوات مدة طويله على صدور القرار واستتباب المراكز القانونية التي أنشاها على مدار السنتين يجعل القرار حصيناً من السحب والإلغاء ، وبالتالي فإن استطاله الأمد بين صدور القرار مثار الطعن وبين سلوك سبيل دعوى الإلغاء يقيم قرينه قانونية على تحقق العلم اليقيني بتلك القرار المطعون عليه، حيث كان على العامل أن ينشط دائما إلى معرفه القرارات التي من شأنها المساس بمركزه وكذلك الصادرة في شأن زملائه المعاصرين له العاملين في ذات الجهة الإدارية التي يعمل بها وكان من الميسور عليه دائما وأمامه هذا الوقت الطويل أن يحدد مركزه القانوني منهم وأن المطعون عليه في ميعاد مناسب ، والإدعاء بغير ذلك والأخذ به يؤدى إلى إهدار مراكز قانونية استقرت على مر السنين) .(ينظر حكم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم ٣٥٧١ لسنة ١ ق، بتاريخ ٢٣/ ١١/ ٢٠٠٤؛ وحكمها في الطعن رقم ١٨٥٠ لسنة ٤ ق، بتاريخ١١/٣٠/ ٢٠٠٤، إشار اليه د.أحمد عبد الحسيب السنستي :دور قاضي الالغاء في الموازنه بين مبدأ الشروعية ومبدأالامن القومي ، دار الفكر العربي ، الاسكندرية ،٢٠١٨، ص٧١) .

إن الموازنة بين المصلحة العامة ومصلحة الأفراد يلزم تحديد مدة معينة للطعن بالإلغاء في القرار الإداري، بعد هذه المدة لا يجوز الطعن فيه ولو كان القرار غير مشروع، فمصلحة الأفراد تقتضي إطالة المدة حتى تكون فرصة الطعن أمامهم كبيرة، ومصلحة الإدارة تتطلب ان تكون المدة قصيرة، لكى تستقر قراراتها في أقرب أجل وتصبح في منأى من الطعن عليها بالإلغاء، (د.داود الباز: القضاء الإداري، دار النهضة العربية ،القاهرة،٢٠١١، ص٢٤٨).

والى ذلك ذهبت المحكمة الادارية العليا في العراق الى: (وجدت المحكمة الادارية العليا أن محكمة قضاء الموظفين قضت في حكمها المميز بإلغاء الامر المطعون فيه _ مؤسسة ذلك على أساس أن تسكين المدعي بالعنوان السابق مضى عليه فترة طويلة مما أكسبته وصفاً قانونياً مستقراً باعتباره قراراً يقتضي عدم التعرض له من دون أن تتحقق من طبيعة الخطأ الذي أكتنف القرارات الادارية التي تدعي الادارة تصحيحها في القرار المطعون به ، مما يقتضي التفريق بين حالتين ، الاولى: أن يكون القرار الاداري الذي صححته الادارة معيباً عيباً جوهرياً بلغت درجة جسامة العيب فيه ، حداً يجرده من صفته الادارية ويجعله عملاً مادياً مجرداً ، مما يتعذر معه القول بأن هذا القانون صادر تطبيقاً للقانون ، فيكون في هذه الحالة معدوماً مما يستوجب سحبه ، ذلك أن من حق الادارة بل من الواجب عليها أن تصحح الخطأ

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

الجسيم الذي وقعت فيه ، ويكون قراراها الصادر في هذا الشأن صحيحاً ولا يجوز للمحكمة في هذه الحالة إلغاؤه . الحالة الثانية : أن يكون القرار محل التصحيح معيباً عيباً غير جسيم لا يترتب على وجوده انعدام القرار الاداري ، فإن هذا القرار يعامل معاملة القرار الصحيح ويتحصن من الطعن بعد فوات مدده ، ويكتسب الموظف بمقتضاه حقاً لا يجوز المساس به ، ويكون قرار الادارة الصادر بتصحيحه غير صحيح ويتعين على المحكمة الغاءه ، ..... ووجدت محكمة قضاء الموظفين بأن الخطأ الذي وقعت فيه الادارة في التسكين يسيراً ولا يرقى الى مستوى الخطأ الجسيم الذي تنطبق عليه نظرية القرار المعدوم مما يعني تحصن القرار الاداري من الالغاء ويكون الرجوع فيه غير صحيح وان قرار الادارة الصادر في هذا الاتجاه يستوجب الالغاء ....(ينظر قرار المحكمة الادارية العليا رقم(١٢٤٥/قضاء موظفين/تمييز/٢٠١٤) في ٢٠١٥/١/١٥، قرارات وفتاوي مجلس الدولة لسنة٢٠١٥، ص٣٤١-٣٤٢.) ، وتأسيساً على ذلك إذا كان القرار غير مشروع ورتب حقوق لصالح الأفراد وليس في صالح الإدارة، فقد يترتب على ذلك النتائج الاتية :

١-لا يمكن للإدارة سحب القرار أو إلغائه بعد مرور مدة الطعن القضائي، ترجيحاً لمصلحة الأفراد في عدم المساس بحقوقهم ومراكزهم التي ترتبت على القرار غير المشروع على المصلحة العامة المتمثلة في حماية مبدأ المشروعية، فإن القرار الإداري يتحصن من الإلغاء أو السحب .

٢-يرجح القاضي في هذه الحالة مبدأ الأمن القانوني الذي يقتضي استقرار الحقوق الفردية المكتسبة بناء على القرار الإداري غير المشروع علي اعتبارات مبدأ المشروعية الذي تقتضي عدم الاعتراف بأي مركز أو حق ترتب على القرار الإداري غير المشروع.

٣-وازنة المشرع بين مبدأي الشروعية والأمن القانوني المتمثل في استقرار المراكز القانونية والحقوق المكتسبة :

فقد أجاز للقاضي الاداري إلغاء القرار الإداري غير المشروع، أو سحبه من قبل الإدارة خلال مدة الطعن القضائي ، فإذا انقضت هذه المدة يعد القرار كما لو ولد صحيحاً ويغلق بعد ذلك باب السحب عن طريق الإدارة أو الإلغاء عن طريق القضاء، وبهذا يضحي القاضي بمبدأ المشروعية ويرجح من مبدأ الأمن القانوني استقراراً للمراكز القانونية والحقوق المكتسبة بعد مضي هذه المدة

(د.فؤاد النادي : القانون الإداري، دار النهضة العربية ،القاهرة، ص٤٩١. وكذلك

(Philippe Raimbault, Recherche sur la sécurité juridique en droit administratif français, op.cit, p.512)

٤-حينما تقر الادارة وضعاً مخالفاً للقانون لمدة طويلة في الحياة الادارية : لا يجوز لها بعد ذلك أن تخل بمبدأ الأمن القانوني وتأتي فجأة وتهدم هذا الوضع، بحجة كان عملها هذا مخالفة لحسن الإدارة، إذ إن استقرار الأوضاع القانونية وتأمين الأفراد على حقوقهم المكتسبة من مطالب الحياة القانونية السليمة، فالاتجاه السليم هو ايجاد حل وسط يمثل التصالح بين مبدأي الشروعية واحترام الحقوق المكتسبة الذي يعد أحد تطبيقات مبدأ الأمن القانوني، وقد وجد هذا الحل الوسط للإدارة حق سحب القرارات غير المشروعة ولقاضي الإلغاء سلطة إلغائها شريطة ، أن يكون ذلك خلال مدة معينة يمتنع بعدها السحب أو الإلغاء القضائي ليطمئن الأفراد إلى استقرار أوضاعهم، وهذه المدة هي مدة الطعن القضائي. (د.ثروت بدوي : تدرج القرارات الإدارية،دار النهضة العربية،٢٠٠٧ ، ص١٢٢ - ١٢٣).

وبناءً على ذلك ذهب مجلس الدولة الفرنسي مقرراً الحفاظ على الحقوق المكتسبة مراعاة لمبدأ الأمن القانوني وترجيحة على مبدأ المشروعية بعد مضي المدة المقرر لسحب القرارات الإدارية، إذ قرر في حكمه الصادر في (١١ /٥/ ٢٠٠٩) بأن:(السوابق القضائية الخاصة بالسحب تقوم على أساس الحقوق المكتسبة، والتركيز على مبدأ الأمن القانوني، وتقييد سريان المبدأ الدستوري الخاص بالشرعية من حيث الزمان) .

(C.E, 19 mai 2009, n° 193.418 Goslar (Mme Michèle), AJDA 2009, P.161)

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

١- لاينتج ترجيح القاضي الاداري لمبدأ الأمن القانوني على مبدأ المشروعية أثره، إذا كان الانتهاك لمبدأ المشروعية جسيماً، كأن يكون القرار غير المشروع قد بنى على غش أو تدليس، أو كان فاقداً لأحد أركانه تمثل مخالفة للمشروعية جسيمة تصل بالقرار الإداري إلى حد الانعدام ، فهنا يقوم القاضي بترجيح مبدأ المشروعية على اعتبارات مبدأ الأمن القانوني .

٢- أن القاضي الإداري أجاز للإدارة إلغاء القرارات الإدارية سواء أكانت مشروعة أم غير مشروعة بالنسبة للمستقبل فقط مع الاعتراف بكافة آثارها التي رتبتها في الماضي ،

وذلك لاعتبارات مبدأ الأمن القانون التي تتمثل في عدم المساس بالمراكز القانونية والحقوق التي ترتبت على هذه القرارات في مدة سريانها، ولقد فرق القضاء الإداري في هذا الصدد بين القرارات التنظيمية والقرارات الفردية، فبالنسبة للقرارات التنظيمية: يجوز للإدارة إلغاء القرارات الإدارية التنظيمية في أي وقت لإنها لا تولد حقوقا مكتسبة لأحد، إذ يتم إلغاؤها أو تعديلها على وفق تغير الظروف ولما تقتضيه المصلحة العامة وفى ذلك قررت المحكمة الإدارية لعليا المصرية في حكمها بالقول:(أن علاقة الموظف بالحكومة هي علاقة تنظيمية تحكمها القوانين واللوائح التي تصدر في شأنها، وهذه الصفة الحكومية للوظيفة تخص الموظف بمركز قانونى عام ويخضع في تنظيمه أساساً لما تفرضه تلك القوانين من أحكام دون أن تكون للموظف الاحتجاج أو الادعاء بالحق المكتسب المستند من القوانين السابقة).(ينظر حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم ٤١٢٤ لسنة ٤٣ ق، بتاريخ ٢٠٠١/١/٣٠، المجموعة س (٤٦)، القاعدة رقم (٨٧) ص ٧٣٥؛ وحكمها في الطعن رقم ٣١٣٢٩ لسنة ٥٨ ق، بتاريخ ٢٠١٦/١/١٦، وكذلك ، د.حسني درويش عبد الحميد : نهاية القرار الإداري عن غير طريق القضاء، مصدرسابق ، ص٥٩٠)

أما بالنسبة للقرارات الفردية: إذا كان مشروعاً وغير منشىء لحقوق، فإنه يمكن الغائه وسحبه في كل وقت ، كقرار سحب الجزاء التأديبي حتى ولو كان هذا الجزاء مشروع أما القرارات الفردية المشروعة التي يترتب عليها مراكز قانونية وحقوق شخصية، فالأصل العام إن هذه القرارات أنه لا يجوز إلغاؤها لما يترتب على هذا الإلغاء من مساس بالحقوق والمراكز القانونية المكتسبة، وبالنسبة للقرارات الإدارية الفردية المعيبة لا يجوز إلغاءها إلا في خلال الميعاد المقرر قانوناً للطعن بالإلغاء أمام القضاء الإداري وعن طريق نظر الدعوى بطلب إلغائه إن رفعت بمراعاة الإجراءات والمواعيد القانونية؛ وذلك لاستقرار الحقوق والمراكز القانونية المتولدة عن تلك القرارات. (د. رمزي طه الشاعر ود. عبد العظيم عبد السلام : الوجيز في القانون الإداري ، الولاء للطبع والتوزيع،القاهرة، 1994، ص445). وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكمها جاء فيه :(من المقرر أن الجهة الإدارية المختصة طبقاً لما استقر عليه قضاء وإفتاء مجلس الدولة حين تصدر قرارها باعتماد النتيجة، فإن قرارها إنما يستمد من سلطتها التقديرية في وزن وتقدير كفاية الطالب في فهم وتحصيل المواد المقررة على أساس واقع إجاباته ودرجاته الفعلية التي حصل عليها في المواد المختلفة وأن الطالب إنما يستجمع جميع الشروط التي حددها القانون لاعتباره ناجحاً، وأن مؤدى ذلك إعلان النتيجة وثبوت نجاح التلميذ، واعتماد تلك النتيجة من الجهات المختصة أن يصبح للطالب حق مكتسب، لا يجوز تعديله أو تغييره لما ينطوي عليه ذلك من مساس محظور بمركزه القانوني) (ينظر حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم ١١٧٠٤ لسنة ٥٩ ق، بتاريخ ٢٠١٤/٥/١٨ ، اشار اليه، د.أحمد عبد الحسيب السنستي :دور قاضي الالغاء في الموازنه بين مبدأ الشروعية ومبدأالامن القومي ،مصدر سابق، ص٧٦) .

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

الفرع الثاني

التوفيق بين فكرة الأمن القانوني ومبدأ المشروعية

يقوم قاضي الاداري عند إجرائه الموازنة بين مبدأ المشروعية ومبدأ الأمن القانوني بإعمال كل من المبدأين معاً، ومن ثم يقوم بإلغاء القرار الإداري غير المشروع، وبذلك يحقق الحفاظ على مبدأ المشروعية، وفي الوقت ذاته يحقق اعتبارات مبدأ الأمن القانوني ، ويستند القاضي الاداري في التوفيق بين المبدأيين في الحالات التي تستدعي هذا التوفيق إلى معيار المصلحة العامة وما تقتضيه العدالة من حماية الوضع الظاهر، وسنتناول ذلك في البنود الاتية :

البند الاول _ التوفيق بين مبدأ المشروعية وفكرة الأمن القانوني في قضاء مجلس الدولة الفرنسي

يقوم مجلس الدولة الفرنسي بإجراء عملية الموازنة بين مبدأ المشروعية وفكرة الأمن القانوني بإعمال كل منها دون إهمال أحدهما على الإطلاق وكالاتي :

أولا: التوفيق بين مبدأ المشروعية ومبدأ الأمن القانوني والحد من أثار الحكم بالإلغاء:

من التطبيقات التي تؤكد موازنة القاضي الإداري في فرنسا بين مبدأ المشروعية ومبدأ الأمن القانوني وإعمال كل منها بقدر ما قرره قضاء مجلس الدولة الفرنسي من الحد من آثار الحكم الصادر بالإلغاء لصالح مبدأ الأمن ولقد أقر مجلس الدولة الفرنسي هذه الموازنة لأول مرة في حكمه الصادر في(٢٠٠٤/٥/١١) في قضية (Association AC. Et autre) والذي اعترف فيه بسلطة القاضي الإداري بإعمال الأثر المباشر لحكم الإلغاء أو تقرير أثر مستقبلي له وحرمانه من الأثر الرجعي المقرر له بخصوص إلغاء القرارت التنظيمية أو الفردية غير المشروعة؛ وذلك إعمالا لاعتبارات المصلحة العامة ، وتفضيلها على اعتبارات مبدأ المشروعية وجاء في هذا الحكم بأن : (إلغاء القرار الإداري يعد من حيث المبدأ أن هذا القرار كأن لم يكن، ومع ذلك ينبغي عدم الإفراط في النتائج المترتبة على الأثر الرجعي للإلغاء، وذلك لأن الآثار التي نتجت عن القرار الملغى والمراكز التي ترتبت منذ دخوله حيز النفاذ، تستطيع المصلحة العامة التمسك بالإبقاء المؤقت عليها، والقاضي الإداري بخصوص ذلك يوازن بين اعتبارات النظام العام، وبين مشروعية القرار الإداري، فيأخذ في الاعتبار من جهة، نتائج الأثر الرجعي للإلغاء من أجل اعتبارات المصلحة العامة أو المصلحة الخاصة المعتبرة، ومن جهة أخرى، يأخذ في الحسبان العيوب التي انتهكت مبدأ المشروعية، وحق الأفراد في سبيل إنصاف فعال، وذلك بالحد من حيث الزمان من آثار الإلغاء استثناء من مبدأ الأثر الرجعي لحكم الإلغاء، الذي كان يقتضى إرجاع أثر الإلغاء إلى تاريخ سابق على صدوره، ففي هذه الحالة، فإن الإلغاء لا ينتج أثره إلا في تاريخ لاحق على صدوره يحدده القاضي).

(C.E, Ass, 11 mai 2004, Association AC. Et autre, A.J.D.A 2004, p. 1183; YR.F.D.A 2004 p. 438)

.

ويتبين مما سبق أن الموازنة بين مبدأ المشروعية ومبدأ الأمن القانوني التي طبقها مجلس الدولة الفرنسي قد تأسست على معيار المصلحة العامة، وقد طبق مجلس الدولة الفرنسي هذه الموازنة في الكثير من أحكامه، ومن أحكامه في هذا الخصوص، حكمه الصادر في(١٢ /١٢/ ٢٠٠٧) في قضية (SIRE) والذي قضي فيه بأن: (إلغاء تعيين قاض يترتب عليه طبقاً للأثر الرجعي لحكم الإلغاء بطلان الأحكام والإجراءات التي ساهم فيها مما يؤدي إلي الإفراط في الضرر الواقع علي مرفق القضاء، لذا من الضروري في ظروف هذه القضية عدم إعلان إلغاء قرار تعيين هذا القاضي إلا بعد انتهاء مدة شهر من تأريخ صدور قرار الإلغاء).

(C.E, 12 décembre 2007, nº 296072, SIRE, AJDA 2007 p. 2407)

وقد قررت محكمة (ليون الاستئنافية) في حكمها الصادر في(١٠ /٢٠٠٩/٧) في قضية (ETRMFS) قررت إلغاء القرار الإداري تأكيداً لمبدأ المشروعية، وأن هذا الإلغاء يكون له من حيث المبدأ أثر

رجعي، بحيث يعتبر كأن لم يكن في الوجود أبداً، لكن قد يترتب على الأثر الرجعي لحكم الإلغاء آثار ضارة بالمصلحة العامة؛ لذا فإنه يمكن للقاضي الإداري أن يحدد تاريخاً لاحقاً لسريان الحكم الصادر منه بإلغاء القرار الإدارى مراعاة للمصلحة العامة.

(Cour administrative d'appel de Lyon, 10juillet 2009, n° 07LY01537, ١ entreprise de transport routier de marchandises François S.. AJDA 2010, P. 221 .)

وذهب مجلس الدولة الفرنسي في هذا الصدد بحكمه الصادر في(٢٠١٦/٩/٢٨) والذي قضي فيه بأنه :(إذا كان إلغاء القاضي لأي قرار إداري يعد هذا القرار من حيث المبدأ كأن لم يكن تأكيداً لمبدأ المشروعية، إلا أنه في بعض الأحيان قد يترتب على هذا الأثر عواقب وخيمة، إذ قد تقتضي المصلحة العامة سريان أثر هذا الإلغاء في وقت لاحق على دخوله حيز النفاذ، إذ قد ترتبت مراكز قانونية على القرار الذي حكم بإلغائه في فترة سريانه، وقد انتهى قاضي الإلغاء في هذا الحكم إلى أن ملابسات وظروف هذه القضية تتطلب إلغاء تعيين M.B بعد انتهاء تسعة أشهر اعتباراً من تاريخ حكم الإلغاء). CE, 28 septembre 2016, M. D..., 6 / 1 CHR , N° (377190)

ونخلص من ذلك أن مجلس الدولة الفرنسي يعمل كل من المبدأين، فيقوم بإلغاء القرار الإداري غير المشروع، وفي ذات الوقت لا يهدم كل الآثار التي ترتبت على هذا القرار،إذ يقوم بالحد منها في الماضي أو يجعل للحكم بالإلغاء أثر مباشر أو مستقبلي استناداً للمصلحة العامة وإعمالا لاعتبارات مبدأ الأمن القانوني.

ثانيا : التوفيق بين مبدأ المشروعية ومبدأ الأمن القانوني وحالة الموظف الفعلي :

اتجه مجلس الدولة الفرنسي الى حماية الغير حسن النية بناء على نظرية الموظف الفعلي واستقر قضاؤه علي أن الحكم بإلغاء قرارات التعيين أو الترقية لا يترتب عليه بطلان للتصرفات التي قام بها الموظف خلال الفترة من تاريخ تعيينه أو ترقيته وحتي صدور حكم بإلغاء قرار التعيين أو الترقية، وقد ذهب في حكمه الصادر في(١٢/ ديسمبر/ ٢٠٠٧) في قضية(SIRE)الى صحة التصرفات والأحكام والإجراءات التي قام بها القاضي الذي ألغى قرار تعيينه؛ لإزالة الضرر الذي قد يقع على مرفق القضاء لو لم يتم الاعتراف بها. (C.E. 12 déc 2007, Sire, n° 296072, op.cit)

وبذهب رأى في الفقه الفرنسي إلى: (أن حسن النية المتطلب لتطبيق نظرية الموظف الفعلي هنا هو حسن نية الموظف نفسه، بأن كان يعتقد أنه تم تعيينه علي الوجه الصحيح ومدي سلامة قرار تعيين هذا الموظف، فيكفي في هذا الصدد الاعتداد بان يوحى به الوضع الظاهر للموظف من صحة انتسابه فعلاً للجهة التي يباشر العمل بها ، وتستند الموازنة بين مبدأ المشروعية ومبدا الأمن القانوني في حالة الموظف الفعلي إلي المصلحة العامة والخاصة على السواء والتي تقتضي: (حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد، وسلامة الأوضاع القانونية والإدارية التي قام بها الموظف الفعلي وعدم إبطالها).

(Nicolas Groper, L'autorité de nomination et la gestion de fait du comptable patent mal nommé, AJDA 2003 p. 1220)

.

البند الثاني:التوفيق بين مبدأ المشروعية وفكرة الأمن القانوني في قضاء مجلس الدولة المصري:

أن مجلس الدولة المصري قد قرر هذه الموازنة ، إلا أنه توجد بعض الاختلافات التي لم يساير بصددها نظيره الفرنسي في الاتي :

أولاً : إقرار الموازنة بين مبدأ المشروعية ومبدأ الأمن القانوني في حالة إضرار التنفيذ لحكم الإلغاء بالمصلحة العامة:

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

إذا كان مجلس الدولة المصرى لم يساير التطور الحديث الذي أتى به نظيره الفرنسى من تقريره الموازنة بين مبدأ المشروعية ومبدأ الأمن القانوني ، إلا أنه من جهة أخرى قرر ترجيح مبدأ الأمن القانوني على الرغم من تأكيده عدم مشروعية القرار وإلغائه وقرر فقط التعويض لذوي الشأن نتيجة عدم تنفيذ الحكم بالإلغاء الذي يتعارض تنفيذه مع المصلحة العامة ، وذلك بالمحافظة على اعتبارات المصلحة العامة من دون تقرير هذه الموازنة ومن ثم أعلى اعتبارات الأمن القانوني بجوازه للإدارة ألا تقوم بتنفيذ حكم إلغاء القرار غير المشروع متذرعة بالصالح العام .(د.محمد عبد اللطيف: قانون القضاء الإداري، ك٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤، ص ٤٣٣).

وفي الاتجاه ذاته أكدت المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكم لها بأن : (الأصل أنه لا يجوز للقرار الإداري أن يعطل تنفيذ حكم قضائي وإلا كان مخالفاً للقانون لما يتضمنه من عدوان من السلطة التنفيذية على السلطة القضائية وإخلال بمبدأ المشروعية – إذا كان يترتب على تنفيذ الحكم إخلال خطير بالصالح العام يتعذر تداركه، فإنه استثناء يرجح عندئذ الصالح العام على الصالح الفردي، ولكن بعد بحث الظروف وواقع الحال في كل حالة على حده لتبين مسلك الإدارة وعما إذا كان الهدف هو حماية الصالح العام أو مجرد تعطيل تنفيذ حكم القضاء مؤدى ذلك : يتعين أن تقدر الضرورة بقدرها دون مجاوزة مع تعويض صاحب الشأن إن كان لذلك وجه).(ينظر حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم ١٨٦٣ ، ٢٠٠٢ لسنة ٣٢ ق، ٢٨٨ لسنة ٣٣ ق، بتاريخ ٣/ ١/ ١٩٩٨م، المجموعة سنة (٤٣) ج(١)، قاعدة رقم (٧٥) ص ٢)

وقضت في حكم لها في الاتجاه ذاته بأن : (... شرط ذلك أن تقدر الضرورة بقدرها وإلا فلا يسوغ لجهة الإدارة إصدار قرار يترتب عليه تعطيل نفاذ الأحكام النهائية التي حازت قوة الأمر المقضي) . (ينظرحكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم ٣٢٥٧ لسنة ٤٩ق، بتاريخ ٢/٢/ ٢٠٠٥، ٧٠٠. المجموعة س(٥٠)، ج(١)، ص٥٢٣) .

ويتبين من الأحكام السابقة إن مجلس الدولة المصرى أقر لجهة الإدارة إمكانية تعطيل تنفيذ حكم الإلغاء إذا كان يتعارض مع المصلحة العامة، فإذا كان المجلس يرجح مبدأ المشروعية ويقوم بإلغاء القرار غير المشروع، إلا أنه يقرر عدم تنفيذ هذا الحكم من قبل الإداره لتعارض تنفيذه مع اعتبارات المصلحة العامة؛ ومن ثم فإن مجلس الدولة المصري يرجح مبدأ المشروعية فقط نظرياً، لكنه من حيث الواقع يرجح مبدأ الأمن القانوني استناداً للمصلحة العامة.

ثانياً : التوفيق بين مبدأ المشروعية ومبدأ الأمن القانوني وحالة الموظف الفعلي:

لقد ساير مجلس الدولة المصري نظيره الفرنسي عن طريق الاخذ بالموازنة بين مبدأ المشروعية ومبدأ الأمن القانوني باعترافه بصحة تصرفات الموظف الفعلي الذي تم إلغاء قرار تعيينه غير المشروع؛ وذلك لوضعه في الحسبان مصلحة المرفق العام وحسن نية المتعامل مع هذا الموظف، وإذا كان الرأي الغالب في الفقه الاداري يرى: (أنه يكفي الاعتداد بحسن نية المتعامل مع الموظف الفعلي فقط لصحة التصرفات التي يقوم بها هذا الموظف.(د. مجدي عز الدين يوسف:الاساس القانوني لنظرية الموظف العفعلي، سالة دكتوراه، كلية الحقوق /جامعة عين شمس،١٩٨٧،ص٦١،وكذلك د.عبد المنعم عبدالعظيم جيرة: أثار حكم الالغاء،ط١،دار الفكر العربي ، ١٩٧١،ص٤٦٧، وكذلك د. صبري محمد السنوسي: ركن الاختصاص في القرار الاداري الكويتي،مقال، مجلة الحقوق/جامعة الكويت،ع٤،سنة٢٠٠٧، ٣٤ ، ص١٢٣)، فإنه يذهب رأى في الفقه المصرى إلي أنه يشترط للاعتداد بهذه التصرفات أن يكون مصدرها والمستفيد منها حسني النية، وإلا فإنه يكون من الواجب إهدارها وعدم الاعتداد بها، طوعاً للأصل المقرر في القانون بأن الغش يفسد كل شيء، وأنه لا يجوز للملوث أن يستفيد من تلوثه.(عليوة فتح الباب: القرار الإداري الباطل والقرار الإداري المعدوم ،ط١، دار النهضة العربية ، القاهرة، ١٩٩٧ ، ص٣٦٥.) .

وإذا كان القضاء الفرنسي قد انتصر لمبدأ المشروعية وألغي سند التعيين غير المشروع في الوظيفة العامة، واخذ في ذات الوقت بصحة تصرفات من ألغي قرار تعيينه أو ترقيته وذلك طبقاً لنظرية الموظف

الفعلي حماية للغير حسن النية، فإن أن المحكمة الإدارية العليا المصرية لم تعترف بهذه النظرية الا بعد فترة طويلة وباتجاه حديث لها اعترافت بموجبه (بنظرية الموظف الفعلى في الظروف العادية) . وذلك حفاظاً على الوضع الظاهر والمركز القانوني الذاتي للمتعامل مع الإدارة الذي يجب احترامه، وهذا إنما يكون عند عدم وجود غش من جانب المتعامل مع الإدارة.

وبذلك تكون المحكمة الإدارية العليا في مصر قد وازنت بين مبدأ المشروعية ومبدأ الأمن القانوني بإعمالها نظرية الموظف الفعلي في الظروف العادية، وهذا يتضح من حكمها والتي جاء فيه: (... قد بات مستقراً أن للمواطن أن يثق ثقة مشروعة في التصرفات التي تجريها جهة الإدارة ما دامت هذه التصرفات ليست متعارضة - بحسب الظاهر – وعلى نحو يدركه المواطن العادي مع الدستور والقانون أو لم تقم على غش من جانبه ويقع على عاتق جهة الإدارة إثبات هذا الغش وينبني على ذلك أن يكون للفرد الحق في إطار الشرعية وسيادة القانون ووفقاً لأصول الإدارة السليمة في أن يثق في القرار الصادر من الجهة الإدارية أو في الإجراءات السابقة لصدوره والمكونة لوجوده، وأن يتعامل معها على أساسه وأن يتمسك بمركزه القانوني الذي خلقه ذلك القرار أو تلك الإجراءات، حتى ولو كان التصرف من اختصاص جهة إدارية أخرى، ومن ثم يكون للمواطن أن يرتب أوضاعه على ما أجرته الجهة الإدارية التنفيذية من تعاقد أو ما أصدرته له من تخصيص أو ما أعملته من تصرفات، ويجب عليها احترام المركز الذاتي الذي اكتسبه المواطن ولا يجوز لها أن تتسلب من تصرفها للنيل من المركز القانوني مستندة إلى عيب شاب تصرفها أو سبب يكشف عن تقصيرها في سلطة الإشراف والرقابة على تصرفات مرؤوسيها، كما أن خروج أحد تابعيها عن نطاق اختصاصه الوظيفي يجعله محلا للمساءلة الإدارية ولا يجوز أن يضار المواطن من جراء ذلك، وذلك حماية للمركز القانوني والوضع الظاهر الذي يحتم احترامه وإعمالاً للاستقرار الواجب للعلاقات مع جهات الإدارة العامة ولعدم زعزعة الثقة المشروعة للأفراد في تصرفات الإدارة العامة وهي في مستواها الأعلى التي يتعاملون معها والتي حازت ثقة المتعاملين) . (ينظر حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم ٢٥٣٧ لسنة ٤٣ ق، بتاريخ ٢٩ /٥/ ٢٠٠٤، المجموعة س (٤٩)، قاعدة رقم (٨٩) ص ٧١٠).

ويتضح من هذا الحكم إن المحكمة الإدارية العليا المصرية قد وضعت مبادئ قانونياً مفادها:

١-الاعتراف بصحة التصرفات التي ترتب حقوقاً للأفراد وفى الوقت نفسه تشوبها عيوب لا دخل لهؤلاء الأفراد في إحداثها، وذلك كأن تصدر هذه التصرفات من جهة غير مختصة.

٢-قررت المحكمة حماية الوضع الظاهر والحقوق الذاتية للأفراد وذلك لعدم زعزعة الثقة مع المتعاملين مع الإدارة، والاعتراف بالتصرفات التي قام بها قبل الحكم بإلغاء قرار تعيينه غير المشروع لتحقق ذات العلة التي جاء بها الحكم.

٣-إجراء الموازنة بين مبدأ المشروعية ومبدأ الأمن القانوني بخصوص إلغاء قرارات التعيين أو الترقية غير المشروعة: وذلك بإعمال مبدأ المشروعية من خلال إلغاء تلك القرارات، وإعمال مبدأ الأمن القانوني من خلال عدم جواز استرداد ما صرف لمن ألغي قرار تعيينه بناء على هذا القرار منذ تاريخ صدوره وحتى تاريخ صدور الحكم بإلغائه، وذلك مادام أن القرار لم يصدر بناء على غش من جانب المستفيد منه).

٤- أقرت المحكمة قاعدة الأجر مقابل العمل: وقد قام من ألغي قرار تعيينه أو ترقيته بالعمل الوظيفي فعلا منذ صدور قرار تعيينه وحتى صدور قرار الغاء التعيين فقد استحق الأجر المقرر للوظيفة الملغاة، وفي ذلك قررت المحكمة الإدارية العليا المصرية بأنه : (من المقرر أن الأجر مقابل العمل والأصل المؤصل أن يخصص الموظف وقته وجهده لأداء واجبات وظيفته، وألا ينقطع عن مباشرة مهامها إلا إذا استحصل مقدماً على أجازة بذلك سواء أكانت هذه الأجازة اعتيادية أم مرضية) .

(ينظر حكم المحكمة الادارية العليا المصرية في الطعن رقم ٧٠٥٧ لسنة ٥٩ ق، بتاريخ ٩/ ٨/ ٢٠١٤؛ وكذلك حكم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم ٣٢٤٤٨ لسنة ٦٨ ق، بتاريخ ٢/١٦/ ٢٠١٦) .

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

ثانياً : التوفيق بين مبدأ المشروعية ومبدأ الأمن القانوني وحالة الموظف الفعلي في قضاء مجلس الدولة العراقي :

لقد ذهب مجلس الدولة في رأيه عندما، تقدمت وزارة البلديات والاشغال العامة الى مجلس الدولة العراقي تطلب الرأي من المجلس استناداً أحكام البند (رابعاً) من المادة(٦) قانون مجلس الدولة بشأن الحالة الأتية : (مدى امكانية استرداد مبالغ الرواتب والمخصصات التي تقاضاها الموظف الذي قدم الوثيقة الدراسية المزورة خلال خدمته الوظيفية كما جاء بقرار مجلس الوزراء رقم(٢٥٠) لسنة٢٠١٠ سواء عن طريق دعوى مدنية أم لجنة تضمين) وفي ذلك يرى القسم القانوني في الوزارة المذكورة إن استرداد الرواتب والمخصصات التي تقاضاه الموظف الذي قدم وثيقة دراسية ثبت انها مزورة سواء لأغراض التعيين أو تعديل الراتب لا سند له من القانون ومخالف لمبدأ الاجر مقابل العمل من دون المساس بحق الدائرة في المطالبة بالتعويض عما قد أصابها من أضرار نتيجة التزوير ، وفي ذلك فقد بينت الامانة العامة لمجلس الوزراء ..... ، إن قرار مجلس الوزراء رقم(٢٥٠) لسنة٢٠١٠ ، أكد على إتخاذ الاجراءات القانونية ضد الموظفين الذين عينوا بناء على شهادات دراسية مزورة بإقصائهم من الوظيفة وإزالة جميع الاثار المترتبة على قرار التعيين بما في ذلك إسترجاع الرواتب والمخصصات على أساس التحصيل الدراسي الصحيح (الفرق بين راتب ومخصصات التحصيل العلمي الصحيح والشهادة المزورة) ، لأن التحصيل العلمي شرط أساس لتسكين الموظف ، وحيث أن تسكين الموظف كان بناءً على شهادة مزورة تقاضي عنها رواتب ومخصصات من دون إستحقاقه القانوني ، وحيث أن البند(أولاً) من المادة(٤) من قانون رواتب موظفي الدولة والقطاع العام رقم(٢٢) لسنة ٢٠٠٨ ، ربط بين تسكين الموظف وتحصيله الدراسي وعد التحصيل الدراسي من المعايير الأساسية لتحديد راتب ومخصصات الموظف ، وحيث أن تسكين الموظف كان بناء على شهادة مزورة تقاضى عنها رواتب ومخصصات من دون إستحقاقه القانوني ، وحيث أن الفقة والقضاء إستقر على أن الاعمال التي يقوم بها الموظف المستوضح عنه تكون ملزمة للإدارة طبقاً لنظرية الموظف الفعلي ، وتأسيساً على ما تقدم من أسباب ، فقد ذهب مجلس الدولة العراقي الى أن يُسترد الفرق بين راتب ومخصصات التحصيل العلمي الصحيح للموظف المعزول والراتب والمخصصات التي تقاضاه بناء على الشهادة المزورة بالاستقطاع المباشر أو بدعوى مدنية مع بقاء الاعمال الذي قام بها سارية طبقاً لنظرية الموظف الفعلي) .

(ينظر المبدأ القانوني الذي قرره مجلس الدولة العراقي ذي الرقم(٢٠١٣/٦٩) في ٢٠١٣/٧/١٠، قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة لسنة ٢٠١٣ ، ص١٦٢).

وخلاصة ما تقدم أن القضاء الإداري في مصر وفرنسا والعراق قد وازن بين مبدأ المشروعية ومبدأ الأمن القانوني من خلال التوفيق بينهما وإعمال كل منها بقدر، وذلك في حالة الحد من آثار الحكم بإلغاء القرار الإداري غير المشروع، وجعل الحكم يسري بالنسبة للمستقبل فحسب أو يحد من آثاره الرجعية في الماضي للمصلحة العامة كما في فرنسا، أو الاعتراف للإدارة بحق عدم تنفيذ الحكم الصادر بالإلغاء في حالة تعارضه مع المصلحة العامة كا في مصر. كما اعترف ، القضاء الإداري في كل من مصر وفرنسا والعراق بصحة تصرفات الموظف الفعلي على الرغم من من بطلان سند تعيينه تحقيقاً لمبدأ المشروعية ومبدأ الأمن القانوني على السواء وإعمال، وذلك استناداً إلى اعتبارات المصلحة العامة ومراعاة المتعامل مع الإدارة حسن النية، وكذلك عدم رد ما تقاضاه من مرتبات تطبيقاً لقاعدة الأجر مقابل العمل.

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

المطلب الثاني

حماية فكرة الامن القانوني

يتجسد الدور الأكبر للقضاء الإداري في حماية الحقوق المكتسبة والمراكز القانونية في إقرار مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية ، ومفاد هذا المبدأ انه لا يجوز للقرار الإداري أن يعدل في تاريخ سابق على العمل به آثار تصرف قانوني او مركز قانوني اكتمل بنيانه وتأسس بصفة نهائية. وسنتناول ذلك الفروع الاتية :

الفرع الاول

مسوغات مبدأ عدم رجعية القرارات الادارية

يرد مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية على متطلبات الأمن القانوني واستقرار المعاملات وضرورة حماية الحقوق المكتسبة والمراكز القانونية للأفراد، فمن غير المقبول المساس بالحقوق المكتسبة أو المراكز القانونية التي تمت مشروعة في ظل نظام قانوني معين عن طريق إعمال قرار إداري بأثر رجعي ، وتطبيقاً لذلك ذهبت محكمة القضاء الإداري المصرية الى أن: (المساس بالحقوق المكتسبة لا يكون إلا بقانون ينص على الأثر الرجعي طبقا للمادة ٢٧ من الدستور (المادة ١٧٨ من دستور ١٩٧١) ، حتى لو كانت تلك الحقوق مستمدة مباشرة من نصوص قوانين ، لان الأصل طبقاً للقانون الطبيعي هو احترام الحقوق المكتسبة ، فهذا تقضي به العدالة الطبيعية ويستلزمه الصالح العام ، إذ ليس من العدل في شئ أن تهدر الحقوق ، كما لا يتفق والمصلحة العامة أن يفقد الناس الثقة والاطمئنان على استقرار حقوقهم ، .....، كما يلزم أن يفسر الاستثناء الذي جاءت به تلك المادة في أضيق الحدود ، بحيث لا يجوز المساس بالحقوق المكتسبة أو بالمراكز القانونية التي تمت سواء أكان اكتسابها بقانون أو بقرار تنظيمي عام ، إلا بقانون ، وذلك نزولاً على حكم الدستور والذي جعل تقرير الرجعية رهينا بنص خاص في قانون ، أي جعل هذه الرخصة التشريعية ذات الخطر من اختصاص السلطة التشريعية وحدها ، لما يتوافر فيها من ضمانات ، ولأنها تمثل إرادة الأمة التي هي مصدر السلطات). (ينظر قرار محكمة القضاء الإداري المصرية، في قضية رقم ٤٠٤ لسنة ٣ ق ، جلسة ١٢/٢٥ /١٩٥٠ ، المجموعة ، السنة الخامسة ، ص ٢٧) أشار اليه د.رفعت عيد سيد : مبدأ الامن القانوني ، مصدرسابق ، ص٦٢).

وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا المصرية على هذا المسوغ في حكمها جاء فيه : (قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن علاقة الموظف بالحكومة هي علاقة تحكمها القوانين واللوائح ، ومركز الموظف من هذه الناحية هو مركز قانوني عام يجوز تغييره في أي وقت ، إلا إذا كان تنظيم يسري على الموظف بأثر حال مباشر من تاريخ العمل به ، ولكنه لا يسري بأثر رجعي بما من شأنه إهدار المراكز القانونية الذاتية التي تكون قد تحققت لصالح الموظف نتيجة لتطبيق التنظيم القديم عليه قانوناً أو لائحة إلا بنص خاص في القانون وليس في أداة أدنى منه كلائحة) .(ينظر حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في طعن رقم ٥٧٥ لسنة ١٧ ق ، جلسة ١٢ /٧/ ١٩٧٧، مجموعة أحكام المحكمة في ١٥ سنة ، ج٣ ، ص ٢٢٩٤ . وكذلك حكمها في الطعن رقم ٧٩ لسنة ٢٢ ق ، جلسة ٢٣ /٧/ ١٩٨٤ ، السنة ٢٩ ، ج٢ ، البند ٢٠٣، ص١٢٨١) .

وقد أكدت فتاوى مجلس الدولة المصري على هذا المبدأ بالقول : (لما كانت القاعدة وفقاً لأحكام الدستور وما استقر عليه القضاء الإداري هي سريان القانون بأثر فوري على ما يقع أو يستجد من تاريخ نفاذه وحتى إلغائه ولا أثر له فيما وقع قبله إلا بنص تشريعي خاص يقرر سريان بأثر رجعي ، وعلى عكس ذلك فإن القرارات الإدارية ، سواء أكانت تنظيمية عامة أم قرارات فردية ، لا يجوز تضمينها اثر رجعي ، ولا تستند قاعدة عدم الرجعية هذه إلى مجرد احترام الحقوق المكتسبة وعدم المساس بالمراكز الذاتية التي تكونت في ظل الأوضاع السابقة ، بل تستند أيضاً إلى احترام المعاملات واستقرار

الأوضاع والمراكز القانونية السابقة وضرورة ممارسة الاختصاصات الإدارية وفقاً للأوضاع القانونية السليمة) . (ينظر الجمعية العامة في مجلس الدولة المصري فتوى رقم ٧٦٠ الصادرة في ٢ يوليو ١٩٨٨ ، جلسة ١١ مايو ١٩٨٨ ، ملف رقم ١٦/٢/٦٠ كذلك فتوى رقم ٤ الصادرة في ٤ يناير ٢٠٠٧ ، ملف رقم ٨٦/٣/١٠٧٦ ، وأشار إليه د.رفعت عيد سيد : مبدأ الامن القانوني ، مصدرسابق ، ص٦٤).

الفرع الثاني

أثر استثناءات مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية على الأمن القانوني

إذا كان الأصل أنه لا يجوز للإدارة أن تعمل قراراتها الإدارية بأثر رجعي ، اذ لا يجوز تطبيقها ليسبق تاريخ صدورها ، إلا أن هذا الأصل ترد عليه بعض الاستثناءات وهي :

أولا - الاستثناءات المقررة بواسطة المشرع : وفي هذا الصدد تقول المحكمة الإدارية العليا في مصر: (أن الدستور قد حظر النص على أي أثر رجعي للقوانين إلا استثناء وفي غير المواد الجنائية ، وبنص صريح وبموافقة أغلبية أعضاء مجلس الشعب ، أي بموافقة أغلبية خاصة غير الأغلبية العادية المقررة لسن القوانين ، كما نص صراحة في المادة(١٨٧) منه على أن القوانين لا تسري إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها ، ولا يترتب على أحكامها أي اثر فيما وقع قبلها ، ومن ثم فإنه وفقاً لصريح هذه الأحكام لا يجوز على أي وجه تقرير أي اثر رجعي للقرارات الإدارية إلا لو نص القانون على ذلك استثناء بالشروط السالف بيانها ، وعلى القضاء الإداري عدم الاعتداد بأي اثر رجعي للقرارات الإدارية اللائحية أو التنظيمية لانعدام أي حكم يقرر الأثر الرجعي لانطوائها على اغتصاب السلطة التشريعية أو المخالفة الجسيمة للدستور). (ينظر حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم ٧٨٧ لسنة ٣٦ ق ، جلسة ١٩٩١/٤/٢٠، ص ٩٣٥) .

وبناء على ذلك فالنص على رجعية القرار الإداري قد يكون صريحاً ومباشراً وقد يكون ضمنياً تمليه طبيعة الاختصاص ، فقد يصدر قانون يخول الإدارة سلطة إعادة النظر في جميع القرارات الصادرة من سلطة معينة ابتداء من تاريخ معين من ناحية وقد تصدر السلطة التشريعية قانوناً رجعياً يحتاج تنفيذه إلى صدور قرارات إدارية تصدرها الادارة ، وترتد قراراتها عند الضرورة إلى تاريخ نفاذ القانون في الماضي من ناحية أخرى. (د. سليمان محمد الطماوي : النظرية العامة للقرارات الادارية ، مصدر سابق ، ٥٧٢) .

ثانياً- الاستثناءات المقررة بسبب طبيعة القرار الإداري: الاستثناءات المقررة على مبدا عدم رجعية القرار الإداري والتي تجد اساسها في طبيعة القرار ذاته ، متعددة الجوانب وهي كالاتي :

١-رجعية القرارات الصالحة للأفراد : أن مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية لم يقرر إلا لكي يحمي المعاملات والأفراد من القرارات الضارة بهم ، إلا أن هناك أكثر من سبب في صالح استبعاد الأثر الرجعي للقرار رغم صلاحيته للفرد المخاطب به ،فمن ناحية فتح باب الرجعية في هذا الفرض (يمكن الرؤساء الإداريين من إفادة من يشاؤون ، لا بالنسبة إلى المستقبل فحسب ، بل وبالنسبة إلى الماضي أيضاً ، مما يؤدي إلى قلقلة الأوضاع في النهاية، من ناحية أخرى ، أن الرجعية استثناء ولا يجوز التوسع فيها إلا بنص قانوني وفي غياب مثل هذا النص ، فلا يجوز إعمال هذه الرجعية حتى ولو كانت في صالح الفرد .من ناحية ثالثة ، الحكم الدستوري الخاص برجعية النصوص الجنائية الأصلح للمتهم ، يجب أن يفسر على ضوء العلة التي أدت إلى تقريره ، ولا شك أن هذه العلة لا تتوافر بالنسبة للقرار الإداري الأصلح للفرد ، وبالتالي لا يصح القياس على الحكم الدستوري استهداء بحكمة رجعية النص الجنائي الأصلح للمتهم وتوافرها في غير هذه الحالة المذكورة صراحة بنص دستوري. ومن ناحيه ثالثة توجد حالات قد تعطي الانطباع بإقرار القضاء لرجعية قرار صدر في صالح الفرد ، ولكن التعمق في هذه الحالات يكشف عن أن القاضي لا يقرر الرجعية ، بل أن رافع الدعوى لتصوره أنه قد تضرر من الرجعية ، لم تتوافر بشأنه المصلحة الكافية لرفع الدعوى ، فيحكم القاضي بعدم قبول الدعوى لعدم توافر المصلحة.

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

(د. سليمان محمد الطماوي : النظرية العامة القرارات الإدارية ، مصدرالسابق ، ص ٦٠٨)

٢-القرارات المفسرة والمؤكدة: أن هذه القرارات تطبق على الماضي، إلا انه يلاحظ أن القرارات المفسرة ، ليس من شأنها أن تعدل أحكام القرارات السابقة ، بل أن أثرها محصور في تحديد معناها وجلاء غموضها لتضع حداً للصعوبات التي يثيرها تفسير القرار ، فتعد كأنها صدرت في الوقت نفسه مع القرار الذي قصد بها تفسيره وفي هذا تقول محكمة القضاء الإداري المصرية أن : (الفرق بين القرار التفسيري والقرار المتضمن حكماً جديداً من حيث الأثر هو انسحاب الأول على الماضي باعتباره المدلول الحقيقي للقرار الأول، بينما الأخر لا يسري إلا من تاريخ صدوره). (ينظر حكم محكمة القضاء الإداري ، قضية رقم ٣٠٤ لسنة ٢ق ، جلسة ٨ مارس ١٩٥٠ ، المجموعة ، السنة ٤ ، ص ٤٤٦) .

٤-الرجعية بسبب مقتضيات سير المرافق العامة : أن المرافق العامة تضطلع بتقديم خدمات ضرورية لجمهور الأفراد ، والتي لا يمكن الاستغناء عنها ولو مؤقتاً ومن ثم يؤدي توقف سير المرفق العام ، أو عدم سيره سيراً منتظماً ، إلى توقفه عن تقديم تلك الخدمات الضرورية ، أو قصوره عن إشباع حاجات الجمهور الضرورية ، وبالتالي تقع الأضرار وتحل الكوارث ويختل نظام المجتمع. (د.ثروت بدوي : القانون الإداري ، دار النهضة العربية ،القاهرة، ٢٠٠٦ ، ص ٤٠٩) ، وإزاء أهمية هذه المرافق تقرر مبدأ سير المرافق العامة بانتظام واطراد من دون أن نكون في حاجة إلى سند من دستور أو قانون يقرره ، فإن إقرار رجعية القرارات المنتعلقة به ليست في حاجة بدورها إلى سند من دستور او قانون من هذا المنطلق حرص القضاء الإداري على استبعاد تطبيق قاعدة عدم الرجعية بالنسبة للقرارات التي تتراخى الإدارة في إصدارها مما يتسبب ، إن هي نفذت باثر مباشر ومن وقت إصدارها، في إحداث البلبلة والاضطراب داخل هذه المرافق مما ينعكس بالسلب على سيرها بانتظام واضطراد) . (د.علاء عبد العال: مدى جواز الرجعية وحدودها في القرارات الإدارية ، ٢٠٠٤ ، ص١١٣)

وتأكيدا لذلك قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية بأن : (المدعي قد تسلم العمل على اثر ترشيحه من ديوان الموظفين وبناء على تكليف لم يخرج عن كونه تنفيذاً لما اتجهت إليه الهيئة من تعيينه بها ، فإذا ما تراخي بعد ذلك صدور القرار المثبت لتعينه عن يوم تسلمه العمل في الوظيفة التي أسندت إليه ، ثم صدر هذا القرار اعتباراً من يوم تسلمه العمل بالهيئة ، فإنه يكون قد أفصح عن المركز القانوني الذي نشأ للمدعي بما انعقدت عليه نية الإدارة من تعيينه بها اعتباراً من التاريخ الذي حددته في قراراها ، فإن هذا التاريخ هو الذي يعول عليه في تحديد اقدمية المدعي في الدرجة) . (المحكمة الإدارية العليا ، قضية رقم ٣٣٣ لسنة ١٤ ق ، جلسة ١ ابريل ١٩٧٣ ، أشار اليه د. رفعت عيد سيد : مبدأ الامن القانوني ، مصدر سابق ، ص٧٧)

الرجعية الناشئة عن إجازة القرار الغير مشروع : في حالة صدور قرار إداري غير مشروع من سلطة غير مختصة ، فقد يتم تصحيح عيب عدم الاختصاص بإقراره أو إجازته من السلطة المختصة بإصداره ،فقد ذهب بعض الفقه إلى القول: (بأن عيب عدم الاختصاص ، لتعلقه بالنظام العام ، لا تصححه الإجازة اللاحقة ، وأنه إذا جاز للإدارة أن تصدر قراراً صحيحاً تجيز به قراراً غير مشروع لصدوره من جهة غير مختصة ، فإن هذه الإجازة الصادرة من الجهة المختصة تعد قراراً جديداً لا يسري إلا من تاريخ صدوره). (د.فتحي فكري وجيز دعوى الالغاء ،القاهرة، ٢٠٠٥، ص٢٢٩، وكذلك د.عثمان خليل : مجلس الدولة ، من دون سنة ،ص٣٥٠) ، وتطبيقاً لذلك رفضت محكمة القضاء الإداري في مصر :(تصحيح عيب عدم الاختصاص عن طريق إجازة أو إقرار السلطة المختصة للقرار الصادر من الجهة غير المختصة بحجة أن القرار الباطل بسبب عدم الاختصاص لا يصحح بالاعتماد فيما بعد من صاحب الشأن فيه ، بل يجب أن يصدر إنشائياً بمقتضى سلطته المخولة له) . (ينظر حكم محكمة القضاء الإداري ، جلسة ٢١ /١٢/ ١٩٥٣ ، م (٨) ، ص ٢٩٣ . وكذلك حكم المحكمة الصادر في ٧ /٢/ ١٩٥١ ، السنة٥ ، ص ٥٦٦) . ورغم منطقية هذا الرأي إلا أن المحكمة الإدارية العليا كان لها رايا آخر، إذ ذهبت الى أن:(القرار المعيب بعدم الاختصاص يصححه اعتماد الجهة المختصة قبل صدور الحكم

بالإلغاء) . (المحكمة الإدارية العليا ، جلسة ٢٢/ ٥/ ١٩٧٧ ، الموسوعة الإدارية ، ج (١٩) ، قاعدة (٣٢٩) ، ص ٥٢٤ ؛ جلسة ٥/ ٣/ ١٩٨٨ ، م (٣٣) ، ص ١٠٣٣) .

٤-الرجعية الناشئة عن القرارات المصححة للأخطاء المادية :

نقصد (بالأخطاء المادية) هي الخطأ في التعبير وليس الخطأ في التفكير، فإذا كان رجل الإدارة وقت تعبيره عن إرادته لإصدار القرار استخدم عبارات غير التي كان يتعين عليه ، أن يستعملها للتعبير عما في ذهنه ، فإنه بهذا قد أرتكب خطا ماديا يجوز له أن يصححه، ومن قبيل الأخطاء المادية التي يمكن تصحيحها أن يأتي خطا في منطوق القرار فيما يخص النص القانوني الذي استند إليه مصدر القرار مع وضوح هذا الخطأ من حيثيات القرار وجوهره ، ويشترط لجواز التصحيح الا تتخذ الإدارة منه وسيلة للرجوع عن القرار الأول الصادر منها، فتغير منطوقه بما يناقضه أو أن تتجاوز سلطتها في التصحيح، ولتحديد أثر القرار المصحح للخطأ المادي على الأمن القانوني للأفراد يتعين التمييز بين حالتين : الأولى : تدخل الإدارة لتصحيح الخطأ المادي قبل نشر القرار أو إعلانه لصاحب الشان . في هذا الفرض إذا قامت الإدارة بتصحيح الخطا ، فإن قرار التصحيح ينسحب إلى تاريخ إصدار القرار الأول وليس تاريخ إصدار القرار المصحح . ولا يجوز الادعاء بمساس رجعية التصحيح بالأمن القانوني ، لان القرار قبل نشره أو إعلانه لا يلزم الأفراد ولا يجوز التمسك بأحكامه في مواجهتهم ،الثاني : أن تتدخل الإدارة لتصحيح الخطأ بعد إعلان القرار أو نشره ، الخطأ الذي قد يصيب القرار قد يتعلق بمضمون القرار أو بطريقة الإعلان أو النشر ، فإذا كان الخطأ يتعلق بالإعلان أو بالنشر فإن التصحيح لا يتعلق بالقرار ذاته :(لأن نشر القرار هو شكلية بعيدة عن صحته ، والعيب الذي يلحق النشر لا شأن له بسلامة القرار ، فعملية النشر في ذاتها هي إجراء لاحق لا يعدو أن يكون تسجيلاً لما تم ، فلا يرتد أثرها إلى ذات القرار ولا يمس صحته). (ينظر حكم المحكمة الإدارية العليا ، القضيتان رقمي ٣ ، ٤ لسنة ١ ق ، دمشق ، جلسة ٢٦ ا/٤/ ١٩٦٠، ص ٣١٧،أشار اليه د. رفعت عيد سيد : مبدأ الامن القانوني ، مصدر سابق ، ص٨١)

وتأكيداً على ذلك ذهبت محكمة القضاء الاداري المصرية بالى أن :(النشر ليس لازما لصحة القرارات الإدارية أو لنفاذها ولا يقصد منه غير إبلاغ الغير بمضمونها حتى تكون حجة عليها ويفتح بها ميعاد طلب إلغائها). (محكمة قضاء الاداري القضية رقم ١٠٩٩ لسنة ٢٣ ق ، جلسة ٢٢ فبراير ١٩٧٢ ، المجموعة ، السنة ٢٥ ، بند ٧٦ ، ص ٢٨٨ أشار اليه د. رفعت عيد سيد : مبدأ الامن القانوني ، مصدر سابق ، ص٨١)

ثالثا- رجعية القرار الإداري لتنفيذ أحكام القضاء وأثرها على الأمن القانوني

أن الأصل في نفاذ القرارات الإدارية أن تقترن بتاريخ صدورها ،إذ تسري بالنسبة إلى المستقبل ولا تسري بأثر رجعي على الوقائع السابقة على تاريخ صدورها ، وذلك احتراماً للحقوق المكتسبة أو المراكز القانونية الذاتية، لذلك فلابد من صدور قرار إداري جديد ينشئ المراكز القانونية في هذا الشأن ، على مقتضى ما حكمت به المحكمة ، إلا أن هذه الرؤية يمكن ان تنازعها رؤية أخرى خلاصتها أن :(حكم الإلغاء يحقق بذاته إعدام الأثر القانوني المباشر للقرار منذ تقريره دون أن يتوقف ذلك على تدخل جهة الإدارة ، بيد انه جرى الأمر على أن تصدر تلك الجهة قراراً كإجراء تنفيذي مادي بحت لإزالة القرار الملغي تنفيذا للحكم وقياماً بواجبها الذي تفرضه عليها الصيغة التنفيذية التي تزيل بها الأحكام القضائية ، وهذا القرار لا يعدو أن يكون تأكيداً للأثر القانوني الذي تحقق سلفاً بمقتضى حكم الإلغاء ولا يضيف جديداً في هذا المجال ، فهو محض تأكيد لما تضمنه الحكم لأن المحكوم له إنما يستمد حقه مباشرة من ذات الحكم الحائز لقوة الشئ المحكوم فيه لا من القرار الصادر تنفيذاً له ، والتي لا تملك الجهة الإدارية سلطة تقديرية في صدوره ، وإنما تلتزم فيه منطوق الحكم فلا تجاوزه، وفائدته (القرار التنفيذي) إنما تقتصر على نقل مضمون حكم الإلغاء من تظلم القضاء إلى المجال الإداري ليتسنى العلم به لكل من يقوم على تنفيذ الحكم وأصحاب الشان ممن يعنيهم القرار الملغي ، ولا مناص والأمر كذلك من القول بأن الأحكام الصادرة بالإلغاء في الحالة المعروضة تعتبر بمجرد صدورها ، وأنها فيما قضت به من انعدام

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

القرار المطعون فيه باعتباره مشوبا بغصب السلطة ومن انحداره إلى مجرد الفعل المادي المعدوم الأثر تكون أزالت عقبة مادية عن سبيل استعمال ذوي الشأن لمراكزهم القانونية السابقة على . . صدور القرار الملغي) . (ينظر فتوى الجمعية السومية لقسمي الفتوى والتشريع رقم ٨٦/٢/٢٤٠، جلسة ٣ /١١/ ١٩٩٣ ، أشار إليها ، محمد ماهر أبو العينين ، ضوابط مشروعية القرارات الإدارية ، ك٣ ، ص ٧٥)

الخاتمة :

بعد أن انهينا دراسة موضوع بحثنا الموسوم ب(فكرة الامن القانوني في قضاء أحكام القضاء الاداري) توصلنا الى مجموعة من النتائج والتوصيات عسى ان تكون فيها اضافه للمكتبة القانونية :

أولا- النتائج :

١- ان فكرة الامن القانوني لا تقتصر على الحفاظ على الحقوق المكتسبة والمحافظة على المصلحة العامة وانما تشمل الامن الشخصي للافراد من اجراءات الادارة التعسفية والمفاجئة ضدهم بوصفهم يخضون ومن دون مناقشة والامن الاجرائي من حيث المحافظة حقوقهم تنفيذ الادارة حتى لقرارات قضائية مكتسبة الدرجة القطعية .

٢- يستمد الامن القانوني أساسه من القانون الطبيعي وطور فكرة العدالة الثابته عبر الزمن وفي مختلف المجتمعات الانسانية .

٣- يوازن القاضي الاداري بين فكرة الامن القانوني ومبدأ المشروعية فيرجح المشروعية في الجانب النظري وفي الجوانب العلمية وعند توافر الضرورة يرجح فكرة الامن القانوني .

ثانيا- التوصيات :

١- نوصي المشرع تضمين النصوص التشريعية فكرة الامن القانوني وبشكل صريح ل، لان الامن القانون لا يقتصر على تطبيق القانون اتجاه الحقوق المكتسبة والمصلحة العامة وانما الامن الشخصي والمادي له أهمية في استقرار الحقوق الادارية وتحصينها

٢- نوصي المشرع باجراء المناقشات الكافية والواضحة وبالشكل الذي لا يترك مجال لمفاجأة الافراد بنصوص قانونية أو تعديلات مفاجئة تأثر سلباً على نظرة الافراد اتجاه المشرع وتفقد الثقه بالتشريعات والسلطة المصدرة لها .

المصادر :

١- د.عصام نعمة إسماعيل: الإلغاء الإجباري للأنظمة الإدارية غير المشروعة، ط١، مكتبة الاستقلال، ٢٠٠٣،
٢- د. رفعت عيد سيد : مبدأ الامن القانوني ، دار النهضة العربية ، القاهرة، ٢٠١١،
٣- د.حسن كيره : المدخل إلى القانون،منشأة المعارف، الاسكندرية،١٩٧١،
٤- د.أحمد محمود جمعة : العقود الادارية طبقاً لأحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الجديد ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠١٣،
٥- د.سليمان محمد الطماوي : النظرية العامة للقرارات الادارية ، دار الفكر العربي ،ط٧، ٢٠١٢،
٦- د. خالد سمارة الزغبي: القرار الاداري بين النظرية والتطبيق ، دار الثقافة والنشر ، الاردن ، ١٩٩٩،
٧- د.مازن ليلو راضي : القانون الاداري ، دار المسلة ، ط٤، ٢٠١٧،
٨- د.أحمد عبد الحسيب السنستي :دور قاضي الالغاء في الموازنه بين مبدأ الشروعية ومبدأالامن القومي ، دار الفكر العربي ، الاسكندرية ،٢٠١٨
٩- د.فؤاد النادي : القانون الإداري، دار النهضة العربية ،القاهرة، من دون سنة .
١٠- د.ثروت بدوي : تدرج القرارات الإدارية،دار النهضة العربية،٢٠٠٧.

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

١١- د. رمـزي طـه الـشـاعـر ود. عبـد العـظـيـم عبـد السلام : الـوجيز في القانون الإداري ، الـولاء للطبـع والتوزيـع،القاهرة، 1994،
١٢- د.محمـد عبـد اللطيف: قانون القضاء الإداري، ك٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤،
١٣- د.عبد المنعم عبدالعظيم جيرة: أثار حكم الالغاء،ط١،دار الفكر العربي ، ١٩٧١،
١٤- عليوة فتح الباب: القرار الإداري الباطـل والقرار الإداري المعـدوم ،ط١، دار النهضة العربية ، القاهرة، ١٩٩٧ .
١٥- د.علاء عبد العال: مدى جواز الرجعية وحدودها في القرارات الإدارية ، ٢٠٠٤ .

ثانيا- الرسائل والاطاريح الجامعية :

١- مجدي عز الدين يوسف:الاساس القانوني لنظرية الموظف العفعلي، سالة دكتوراه، كلية الحقوق /جامعة عين شمس،١٩٨٧،
٢- حسنى درويش: نهاية القرار الإداري عن غير طـريـق القضاء، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق/جامعة عين شمس ، من دون سنة .

ثالثاً- القوانين :

١- قانون مجلس الدولة المصري رقم(٤٧)لسنة١٩٧٢.
٢- قانون مجلس الدولة العراقي رقم(٦٥) لسنة١٩٧٩المعدل

رابعاً- المجموعات القضائية :

١- الموسوعة الإدارية الحديثة ، ج ٣٥ ،
٢- قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة لعام ٢٠١٥.

- المصادر باللغة الاجنبية :

1-(Voir, Anne-Laure Valembois : la constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en drois francais, LGDJ 2005,)
2-(Philippe Raimbault,
Recherche sur la sécurité juridique en droit administratif français, L.G.D.J, 2009.
3- Voir, Josseline de CLAUSADE. Et autre, La sécurité juridique et **la**

complexité du droit, études et documents du Conseil d'état La Documentation française, Paris 2006

4-(B. Mathieu, La sécurité juridique : un principe constitutionnel clandestin mais efficient, in mélange Patrice Gélard. Montchrestien, 1999, p.301)
5- F.Luchaire, La securite juridique en droit constitutionnel francais , Les cahiers du conseil constitutionnel, 2001) .
6-Charmont : La renaissance du droit naturel, 2e ed., 1972,

الامن القانوني وضمان حقوق المتعاقد مع الادارة

ا.م.د. سجى محمد الفاضلي
استاذ القانون الاداري المساعد
كلية الحقوق / جامعة النهرين

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

الملخص :

يعد الامن القانوني من اهم شروط ومقومات النجاح في مختلف الميادين والمجالات في دولة القانون، التي لا يقتصر دورها على الحماية ضد الفوضى والتعسف فحسب وانما تتكفل دولة القانون ببناء نظام قانوني منسجم داخل الدولة.

فمبدأ الامن القانوني يعني ضرورة التزام السلطات العامة بتحقيق الثبات للعلاقات القانونية والاستقرار للمراكز القانونية المتشعبة بهدف اشاعة كل من الامن والطمأنينة بين كافة اطراف العلاقة القانونية، ومن العلاقات القانونية هي علاقة الادارة مع المتعاقد معها، فبدون هذا الجو من الامن والطمأنينة للاستقرار القانوني والمراكز في العقد الاداري، لا يمكن ان يقدم احد للتعاقد مع الادارة او السلطات الادارية العامة في الدولة، لاسيما مع ما تتمتع به الاخيرة من امتيازات وسلطات الادارة العامة.

Abstract:

Legal security is one of the most important conditions and ingredients for success in various fields and fields in the state of law, whose role is not limited to protection against chaos and abuse only, but the state of law ensures the building of a harmonious legal system within the state.

The principle of legal security means the necessity of the public authorities' commitment to achieving stability for legal relations and stability of the manifold legal centers in order to spread both security and tranquility among all parties to the legal relationship, and among the legal relations is the relationship of the administration with the contractor, without this atmosphere of security and reassurance for legal stability and positions in the administrative contract. No one can come forward to contract with the administration or the general

administrative authorities in the state, especially with the latter's privileges and powers of the public administration.

المقدمة :

موضوع البحث:

يعد الامن القانوني هو احد الركائز الاساسية للدولة، فتكريس فكرة دولة القانون لا يمكن دون تحقيق الامن داخل المجتمع، فمفهوم الامن له عدة معاني فهو مصطلح ملازم لكل مجالات الحياة، ومن اولى هذه المعاني واهمها هو الامن القانوني، اذ ان الأمن الاقتصادي او الفكري او النفسي او البيئي او العلمي او المعلوماتي او السياسي وغيرها كلها معاني للأمن وصور متعددة ومختلفة له، الا ان الملاحظ ان جميع هذه الصور المختلفة للأمن لا يمكن منفردة ان توفر معنى الاستقرار والطمأنينة اذ يتطلب الامر استقرار في مختلف الميادين، وهذا لا يتحقق دون توفير الامن والاستقرار القانوني، ولذلك يعد الامن القانوني من اهم شروط ومقومات النجاح في مختلف الميادين والمجالات في دولة القانون، التي لا يقتصر دورها على الحماية ضد الفوضى والتعسف فحسب وانما تتكفل دولة القانون ببناء نظام قانوني منسجم داخل الدولة.

فمبدأ الامن القانوني يعني ضرورة التزام السلطات العامة بتحقيق الثبات للعلاقات القانونية والاستقرار للمراكز القانونية المتشعبة بهدف اشاعة كل من الامن والطمأنينة بين كافة اطراف العلاقة القانونية، ومن العلاقات القانونية هي علاقة الادارة مع المتعاقد معها، فبدون هذا الجو من الامن والطمأنينة للاستقرار القانوني والمراكز في العقد الاداري، لا يمكن ان يقدم احد للتعاقد مع الادارة او السلطات الادارية العامة في الدولة، لاسيما مع ما تتمتع به الاخيرة من امتيازات وسلطات الادارة العامة.

اهمية الموضوع:

ان عدم الثبات او انعدام الاستقرار القانوني، وعدم احترام الحقوق المكتسبة او الاخذ برجعية القوانين او صعوبة الوصول المادي او الفكري للقانون، او عدم وجود السند القانوني للقواعد القانونية الموضوعة، او انعدام وضوح القانون وافتقاده للجودة التشريعية بأي شكل من اشكالها، او مفاجأة الافراد ومباغتتهم وهدم توقعاتهم المشروعة بتغيرات مفاجئة للقواعد القانونية يضعها المشرع القانوني بشكل مفاجئ، جميعها صور توضح اهمية الموضوع الذي نحن بصدده، فالأمن القانوني يعني بناء نظام قانوني منسجم في دولة القانون.

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

ومن بين اهم العلاقات القانونية التي تحتاج الى الثبات والاستقرار للمراكز القانونية المتعلقة بها، هي علاقة المتعاقد مع الادارة، تلك العلاقة التي ينظر اليها الفرد العادي بأنها محفوفة بالمصاعب امام كل امتيازات السلطة العامة التي تتمتع بها الادارة، الامر الذي يحتاج الى ضمانات قانونية ثابتة كي يقدم للتعاقد مع السلطات العامة في الدولة وهو امن مستقر، مطمئن على حقوقه الخاضعة لمبادئ القانون والعدالة في دولة القانون، واهمها مبدأ الامن القانوني، لما ينضوي في ظله من مبادئ قانونية عدة، الامر الذي يجعل تحقيق هذا المبدأ وتكريسه وسيلة لتكريس كل تلك المبادئ المهمة في دولة القانون.

اسباب اختيار الموضوع:

١- اهمية موضوع البحث لتعلقه بسمو النظام القانوني في دولة القانون ورفعته، فأي تأسيس للتطور والتقدم في مجتمع ما لابد وان يبدا من النظام القانوني لها، ولاسيما تكريس مبدأ الامن القانوني واهمية ذلك في تحقيق الضمان للمتعاقد مع الادارة .

٢- انعدام الدراسات القانونية فيما يتعلق بهذه العلاقة ما بين تكريس مبدأ الامن القانوني وضمان حقوق المتعاقد مع الادارة، بما يحمل هذا الموضوع من اهمية.

٣- الاشكاليات التي تظهر في حال انعدام مبدا الامن القانوني، وعدم استقرار القواعد واثر ذلك على العقود الادارية وبالتالي على التقدم والنمو في الدولة.

٤- ضرورة وضع الحلول والمعالجات في هذا الجانب، اضافة الى التعديلات المقترحة.

اشكاليات البحث:

تظهر من خلال طرح الاسئلة الاتية:

١- هل ان الامن القانوني كمفهوم ومبدأ قانوني غاية في الاهمية، واضح ومعرف لدى السلطات العامة في الدولة والهيئات والمؤسسات الادارية، ومشرعنا القانوني؟

٢- هل يكفل النظام القانوني في العراق مبدأ الامن القانوني؟

٣- هل للأمن القانوني صور معينة ومعرف بها؟ ومكرسة ومكفولة في نظامنا القانوني؟

٤- هل الحقوق المقرة للمتعاقد مع الادارة مكفولة بموجب القانون وما تنطوي عليه هذه القواعد من امن قانوني مستقر وثابت؟

٥- هل المتعاقد مع الادارة يتمتع بحق التوقع المشروع وهو بمأمن من التغيرات المفاجئة؟

٦- الى اي مدى يمكن ان يؤثر كفالة مبدأ الامن القانوني على العلاقات القانونية في الدولة، لاسيما علاقة المتعاقد مع الادارة؟

«هذه الاشكاليات وغيرها، سوف نسعى لدراستها ووضع الاجابات والحلول والتوصيات»

منهجية البحث:

ان كل دراسة بحثية تحتاج الى منهج علمي يحكمها، وبالنظر لأهمية الموضوع من الناحية النظرية والعملية، فقد اعتمدنا على المنهج التعريفي الوصفي التحليلي، اذ عرفنا جميع المصطلحات والعبارات المتعلقة بالموضوع، واستعرضنا موضوعات البحث مع التحليل والمقارنة اذا لزم الامر بتطبيقات بعض الدول الناجحة في هذا المجال، اضافة الى المنهج التطبيقي من خلال معالجة موضوع البحث باعتباره قضية عملية مستمرة في حياتنا المعاصرة.

خطة البحث:

لغرض دراسة الموضوع سوف نقسم البحث الى مبحثين، اذ سندرس في المبحث الاول التعريف بمبدأ الامن القانوني من خلال ثلاث مطالب، الاول يتعلق بتعريف مبدأ الامن القانوني، اما المطلب الثاني سيكون مخصص لدراسة صور مبدأ الامن القانوني، اما المطلب الثالث سوف ندرس فيه الاساس الدستوري لهذا المبدأ.

في حين ندرس في المبحث الثاني اثر ارساء مبدأ الامن القانوني في ضمان حقوق المتعاقد مع الادارة، من خلال تقسيم المبحث الى اربعة مطالب، ندرس في المطلب الاول دور الادارة في حماية وارساء مبدا الامن القانوني، اما المطلب الثاني سيكون مخصص لدراسة اثر ارساء مبدأ الامن القانوني في ضمان الحق بالمقابل للمتعاقد، في حين نخصص المطلب الثالث لدراسة اثر ارساء مبدأ الامن القانوني في ضمان حق احترام الادارة لالتزاماتها التعاقدية، ويكون المطلب الاخير خاص بدراسة اثر ارساء مبدأ الامن القانوني في ضمان التوازن المالي للعقد الإداري.

المبحث الاول

التعريف بمبدأ الأمن القانوني

يعد مبدا الامن القانوني المدخل الاساس لتحقيق الامن بصوره المتعددة والمختلفة، وما يتبع ذلك من استقرار في البلاد ولاسيما في الجوانب السياسية والامنية، ولغرض التعريف بمبدأ الامن القانوني سوف

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

نعمد الى تقسيم هذا المبحث الى ثلاث مطالب، نخصص الاول لتعريف مبدأ الامن القانوني، اما المطلب الثاني سيكون مخصص لدراسة صور مبدأ الامن القانوني، اما المطلب الثالث سوف ندرس فيه الاساس الدستوري لهذا المبدأ.

المطلب الاول

تعريف مبدا الامن القانوني

يعرف الامن القانوني في اللغة وفي الاصطلاح بتعريفات متعددة تتفق جميعها على ترسيخ الاطمئنان والاستقرار, سوف ندرسها من خلال الفرعين الآتيين.

الفرع الاول: التعريف اللغوي للأمن القانوني

يعرف الامن في اللغة بأنه هو (الأمان) و (الامانة) والامن ضد الخوف، اما الامانة ضد الخيانة[١]، وأمن الرجل: اطمأن ولم يخف، او امن الرجل: وثق واطمأن.

فالأمن في اللغة العربية يراد به: "بانه الطمأنينة وعدم الخوف والثقة وعدم الخيانة"[٢].

اما كلمة القانوني، فهي مشتقة من كلمة (قانون) والتي تعني في اللغة الاصل او الاساس، والجمع قوانين، والقانون هو مقياس كل شيء وطريقه، والقانون هو القواعد والاحكام التي تتبعها الناس في علاقاتهم المختلفة وتنفذها الدولة او الدول بواسطة المحاكم والسلطات العامة[٣].

الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي للأمن القانوني

يعد الامن القانوني هو احد الركائز الاساسية للدولة، فمفهوم الامن له عدة معاني ومن اولى هذه المعاني واهمها هو الامن القانوني، فالأمن الاقتصادي او الفكري او النفسي او البيئي او العلمي او المعلوماتي او السياسي وغيرها كلها معاني للأمن وصور متعددة ومختلفة له، الا ان الملاحظ ان جميع هذه الصور المختلفة للأمن لا يمكن منفردة ان توفر معنى الاستقرار والطمأنينة اذ يتطلب الامر استقرار في مختلف

[١] تعريف الامن في اصطلاحات اللغة العربية / منشور على الموقع الالكتروني (تاريخ الزيارة في ٢٠٢٢/٣/٢٠):

Elmasa-security.net

[٢] ابن منظور / لسان العرب / مادة (امن) / دار صادر / بيروت / ط٣ / ١٤١٤هـ .

[٣] معجم المعاني الجامع / معنى كلمة قانون / منشور على الموقع الالكتروني (تاريخ الزيارة في ٢٠٢٢/٣/٢٠):

https://www.almaany.com

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

الميادين، وهذا لا يتحقق دون توفير الامن والاستقرار القانوني، ولذلك يعد الامن القانوني من اهم شروط ومقومات النجاح في مختلف الميادين والمجالات في دولة القانون.

فمبدأ الامن القانوني يعني ضرورة التزام السلطات العامة بتحقيق الثبات للعلاقات القانونية والاستقرار للمراكز القانونية المتشعبة بهدف اشاعة كل من الامن والطمأنينة بين كافة اطراف العلاقة القانونية[١]. ومن العلاقات القانونية هي علاقة الادارة مع المتعاقد معها، فبدون هذا الجو من الامن والطمأنينة للاستقرار القانوني والمراكز في العقد الاداري، لا يمكن ان يقدم احد للتعاقد مع الادارة او السلطات الادارية العامة في الدولة، لاسيما مع ما تتمتع به الاخيرة من امتيازات وسلطات الادارة العامة.

كما يعرف الامن القانوني بانه: "هو وجود نوع من الثبات النسبي للعلاقة القانونية، وحد ادنى من الاستقرار للمراكز القانونية، لغرض اشاعة الامن والطمأنينة بين اطراف العلاقات القانونية بغض النظر عما اذا كانت اشخاص قانونية خاصة ام عامة بحيث يستطيع هؤلاء الاشخاص ترتيب اوضاعهم وفقا للقواعد القانونية القائمة وقت مباشرتها لأعمالها دون ان تتعرض لمفاجئات او اعمال لم تكن بالحسبان صادرة عن احدى سلطات الدولة، ويكون من شانها هدم ركن الاستقرار او زعزعة روح الثقة والاطمئنان بالدولة وقوانينها"[٢].

كما يعرف الامن القانوني " بأنه هو الاجراءات التي تتخذها السلطة العامة بهدف تحقيق التوازن بين ثبات ووضوح وسهولة الوصول الى القواعد القانونية السائدة في وقت معين بما يحقق الثقة والاطمئنان لدى المخاطبين بها، وبين التطور والتغيير الطبيعي لها"[٣].

ويعرف الامن القانوني ايضا " هو الفاعلية المثلى لقانون يمكن الوصول اليه وفهمه، والذي يسمح لأشخاص القانون بأن يتوقعوا بدرجة معقولة الاثار القانونية لتصرفاتهم ويحترم التوقعات المشروعة المبنية مسبقا من قبلهم وبذلك يعزز تحقيقها"[١].

---

[1] مفهوم الامن القانوني ومبادئه / منشور على الموقع الالكتروني (تاريخ الزيارة في ٢٠٢٢/٣/٢٠):

https://universitylifestyle.net

[٢] د. يسرى محمد العصار، نقلا عن د. علي مجيد العكيلي / مبدأ الامن القانوني بين النص الدستوري والواقع العملي / الطبعة الاولى / ٢٠١٩ / المركز العربي للنشر والتوزيع / القاهرة / ص١٥.

[٣] د. مازن ليلو / حماية الامن القانوني في النظم القانونية المعاصرة / الطبعة الاولى / المركز العربي للنشر والتوزيع / القاهرة / ٢٠٢٠ / ص٢٢.

فالأمن القانوني يعني في حقيقة الامر ان تكون القواعد القانونية مؤكدة ومحددة في تنظيمها للمراكز القانونية او تضمن تامين النتائج بحيث ان كل فرد يستطيع ان يتوقع هذه النتائج ويعتمد عليها، كأن يتوقع مقدما نتائج تصرفاته من حيث ما له وما عليه، فالأمن القانوني يؤدي الى امكانية توقع الافراد لنتائج افعالهم سلفا[٢].

ومن التعريفات الواضحة والدقيقة للأمن القانوني، تعريفه بأنه "هو عدم الاضرار بمصالح الافراد من خلال قرارات اتخذت على اساس قواعد قانون موجودة، ومن ثم يتم تغيير تلك القواعد بصورة مفاجئة"[٣].

ومن التعريفات القضائية للأمن القانوني هو " ان يكون المواطنين قادرون على تحديد ماهو مسموح وما هو محظور عنهم بموجب القانون المعمول به، دون ان يستدعي ذلك من جانبهم بذل مجهودات غير محتملة، ولتحقيق هذه النتيجة يجب ان تكون القواعد التي يتم سنها واضحة ومفهومة وان لا تخضع بمرور الوقت الى تغيرات متكررة لا يمكن التنبؤ بها"[٤].

يتضح لنا ان مبدأ الامن القانوني يضمن للمقابل ان تكون المراكز القانونية الناشئة عن اي نشاط بشري واضحة ومفهومة ومستقرة تمنح الشعور بالاطمئنان وعدم الخوف، فهي غير معرضة للمفاجئات او التغيرات، فنشاط السلطة العامة او الافراد في اي مجال من المجالات وفقا لهذا المبدأ يجب ان يكون واضح المعالم ومستقر.

وعليه يمكننا ان نعرف مبدأ الامن القانوني بانه:

"هو الحالة المثالية التي يهدف اليها القانون، من خلال صياغة قواعد قانونية واضحة ومتماسكة ومستقرة نسبيا ويمكن الوصول اليها بيسر، كي يتسنى للأشخاص بناء توقعاتهم المشروعة عليها مسبقا ، بحيث تكون سندا لحقوقهم المكتسبة ومراكزهم القانونية".

فالأمن القانوني يشتمل على عدة محاور اهمها:

---

[١] Piazzon Thomas / La securite juridique / these / Defrenhos / coll doctor et natariat / T.35 / 2009 / P.62.

[٢] د. احمد ابراهيم حسن / غاية القانون – دراسة في فلسفة القانون / دار المطبوعات الجامعية / الاسكندرية / ٢٠٠٠ / ص١٧٩.

[٣] د. علي مجيد العكيلي / المرجع السابق / ص١٦.

[4] التقرير السنوي لمجلس الدولة الفرنسي الصادر عام ٢٠٠٦.

Conseil d'Etat, Rapport public 2006, securite juridique et complexite du droit (paris:la documentation francaise, 2006), P61.

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

اولا: المحور الشكلي والموضوعي والذي يتعلق بوضوح القواعد القانونية وحسن صياغتها او ما يسمى بجودة التشريع، فهو يتعلق بنوعية القانون، فالقانون لم يوجد ليثرثر او لينشأ او هام او يضع قواعد غامضة تخلق الشك حول الاثر الحقيقي لأحكام القانون.

ثانيا: المحور الزمني والذي يتعلق بقابلية القانون للتوقع، فمبدا الامن القانوني يفرض ان يكون القانون قابل للتوقع وان تبقى المراكز القانونية مستقرة نسبيا.

المطلب الثاني

صور مبدأ الامـــــــن القانوني

للأمن القانوني صور متعددة، ويتفرع من هذا المبدأ المهم عدد من المبادئ الاخرى التي لا تقل بالأهمية عن فكرة الامن القانوني، الا ان الاخير يجمع هذه الصور كافة عند ذكره، فالصور او المبادئ المتفرعة عن مبدأ الامن القانوني، يضفي الدستور على البعض منها قيمة دستورية ايضا كما الامن القانوني، والاخر لا يملك مثل هذه القيمة الدستورية، ولدراسة هذه الصور والمبادئ سوف نقسم هذا المطلب الى ثلاثة افرع، ندرس في الاول فكرة اليقين القانوني، اما الثاني ندرس فيه الاستقرار القانوني (عدم رجعية القوانين)، اما الفرع الثالث سندرس فيه فكرة التوقع المشروع (احترام الحقوق المكتسبة).

الفرع الاول: اليقين القانـــــوني

ان العلم بالقانون وبما يتضمنه من قواعد واحكام، بالنسبة للمخاطبين به، امر غاية في الاهمية، اذ يجب تمكين الاشخاص من العلم بمضامين القاعدة القانونية واحكامها، فاليقين القانوني يفرض ان يتوافر في النظام القانوني الاساليب المناسبة لكفالة العلم بالقانون، وهذا يكون من خلال:

١- **سهولة الوصول المادي للقانون (وجود سند قانوني مادي للأعمال الصادرة عن سلطات الدولة):** ان النشر والاعلام للقانون امر واجب قبل تطبيقه على العامة ولاسيما المخاطبين به، اذ يجب ان ينشر ويشهر القانون ويعلم المخاطبين به ويكون في متناولهم، ويسهل الوصول اليه، فلا يمكن الاحتجاج به عليهم قبل هذا الاجراء، ويتحقق العلم بالقانون من خلال النشر والاعلان والعلم اليقيني او الحكمي، اذ لا يشترط هنا العلم اليقيني بالقانون فالعلم الحكمي به يكفي، ويراد به هو ان يكون باستطاعته الوصول اليه والعلم به وذلك تطبيقا لقاعد الجهل بالقانون ليس بعذر.

٢- **سهولة الوصول الفكري للقانون (الجودة التشريعية):** المقصود بذلك هو ان تتوافر مجموعة من الخصائص في القاعدة القانونية بحيث تحقق الجودة التشريعية من حيث اولا الصياغة والدلالة

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

والوضوح، اذ يراد به ان تكون القاعدة القانونية سهلة القراءة والفهم، وواضحة المعاني والدلالة، بحيث يمكن فهمها واستيعابها، باستخدام كلمات وعبارات واضحة الدلالة ولا تتحمل التأويل او التفسير او البحث في خبايا النص وروحه وغرض المشرع وقت اصدار القانون وغيرها من اساليب تحتاج الى مختصين لتفسير القواعد القانونية الامر الذي يصعب على المواطن العادي فعله، وهذا يتحقق من خلال استخدام لغة سهلة وبأساليب بسيطة وواضحة تمكن المعني بها من المواطنين من فهمها واستيعاب ما له من حقوق وما عليه من واجبات.

فوضوح القانون وقابليته للفهم والادراك امر ضروري يضمن للمواطن التمتع بحقوقه المكفولة له بالقانون وبخلافه لا تتحقق هذه الضمانة بسبب عدم استطاعة تحديد معنى النص القانوني، وقد حظي مبدأ وضوح القانون باهمية خاصة في قضاء الاتحاد الاوربي، فقد طبقته محكمة العدل الاوربية اعتبارا من ١٩٦٩ وتقرر باحكامها ان مبدأ الامن القانوني الذي يشكل جزء من النظام القانوني لقانون الاتحاد يفترض ان يكون الاجراء واضح ومحدد وان ينقل الى علم ذوي الشأن بطريقة يعرفون منها على نحو اليقين الوقت الذي يبدأ فيه الاجراء نافذا وخصوصا بالنسبة الى ميعاد الطعن[١].

ولابد من الاشارة الى ان مبدأ اليقين القانوني يكون اساسي ومهم بالأخص فيما يتعلق بحماية الحقوق والحريات، وتحقيق التوازن بين الحقوق والحريات التي يحميها القانون من خلال معيار التناسب بين مختلف القيم التي يحميها، كما يفرض هذا المبدأ، الابتعاد قدر الامكان عن التشريعات الاستثنائية الا في الظروف الاستثنائية وحالة الطواري والتي يجب ان تحدد مسبقا بقانون.

ان موضوع اتاحة القانون وسهولة الوصول اليه سواء ماديا او فكريا اصبح اليوم حق لكل انسان، فصعوبة الوصول الى القانون لم تعد مبررة او مقبولة اليوم، فالمعرفة بالقانون واليقين القانوني اصبح اليوم حقا وليس مطلب يمكن تحقيقه او لا يمكن ذلك، وانما نجد ان مبدا اليقين القانوني يمثل التزام على جميع السلطات العامة في الدولة[٢].

---

[١] د. علي مجيد العكيلي / المرجع السابق / ص ٤٩.

[٢] ينظر كل من:
محمد عبد اللطيف محمد / مبدا الامن القانوني / مجلة البحوث القانونية والاقتصادية لجامعة المنصورة / العدد ٣٦ / ٢٠٠٤ / ص١٠٤.
اوراك حورية / مبادئ الامن القانوني في القانون الجزائري واجراءاته / اطروحة دكتوراه / جامعة الجزائر / ٢٠١٨ / ص٧٤.
دويني مختار / مبدأ الامن القانوني ومقتضيات تحقيقه / مجلة الدراسات الحقوقية لجامعة سعيدة / العدد ٥ / ٢٠١٦ / ص٣٠.
بو زيد صبرينة / الامن القانوني لاحكام قانون المنافسة / الطبعة الاولى / مكتبة الوفاء القانونية / الاسكندرية / ٢٠١٨ / ص ٤٣.

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

الفرع الثاني: الاستقرار القانونـــي

لمنح القواعد القانونية قيمة ومكانة واهمية كان لابد منحها الثبات والاستقرار والعمل على ترسيخ ذلك، اذ لا يمكننا تحقيق والامن والثبات والاستقرار في المجتمع دون ثبات واستقرار النظام القانوني فيه، فعنصر الوقت يمنح القواعد القانونية السلطة والنفوذ، اذ ان القواعد القانونية تكتسب جزء كبير من قيمتها ونفوذها من خلال استقرارها وثباتها[١].

ولتحقيق الاستقرار القانوني يمكننا الاشارة الى عنصرين مهمين في هذا الجانب:

اولا: عدم رجعية القوانين والقرارات الادارية

يجمع الفقه والقضاء على ان الرجعية امر خطير يسمح بدخول الارباك وعدم الاستقرار في الاوضاع والتصرفات القانونية السابقة، ولتحقيق الاستقرار القانوني، كان لابد من الاخذ بمبدأ عدم رجعية القواعد القانونية او انسحاب اثرها على الماضي، بل يجب ان يقتصر حكمها على الوقائع التي تقع ابتداء من يوم نفاذها، ويتحقق لدينا في العراق بعد النشر والاعلان في الجريدة الرسمية للدولة[٢].

لذلك فأن سريان التصرفات القانونية ومنها الانظمة والتعليمات اي القرار الاداري يكون للمستقبل فقط دون المساس بالتصرفات والوقائع السابقة، فعندما يمضي الزمن لايمكن ان يعود وان القبول بغير ذلك في مجال القرارات الادارية او اي تصرف قانوني اخر يعد خرقا للمنطق القانوني، الذي يجب احترامه من قبل جميع السلطات العامة في الدولة[٣]

وكذلك الحال في العقود الادارية بكل ما تتضمنه من اجراءات وتصرفات قانونية او قرارات ادارية، المفروض هي سارية على الوقائع التي تقع بعد نفاذها وليس ان تنسحب باثر رجعي الى التصرفات الماضية بشكل يخلق عدم استقرار في الاوضاع والتصرفات القانونية السابقة، ويتسبب في احداث عدم ثقة بين المتعاقد والادارة، اذ ان الرجعية بالقرارات الادارية تنشأ عندما يكون هنالك مركز قانوني مكتمل العناصر في ظل الاوضاع القانونية السابقة ثم يأتي القرار ماسا بالمراكز القانونية سواء بالتعديل او الالغاء[٤] الامر الذي يتسبب بالعزوف عن التعاقد الاداري مع السلطات العامة لعدم الثقة ولانعدام

---

[١] دويني مختار / المرجع السابق / ص٣٢.

[٢] اشارت الكثير من الدساتير الى مبدأ عدم الرجعية والاستقرار القانوني، منها الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥، اذ نص على ذلك في المادة (١٩) منه والتي وضحت انه (ليس للقوانين اثر رجعي ما لم ينص على ذلك ولا يشمل هذا الاستثناء قوانين الضرائب والرسوم)، مع الاشارة الى ان الجريد الرسمية في الدولة العراقية (الوقائع العراقية).

[٣] د. علي مجيد العكيلي / المرجع السابق / ص٣٩.

[٤] د. طعيمة الجرف / القانون الاداري / مكتبة القاهرة الحديثة / القاهرة ١٩٧٠ / ص٤١١.

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

الاستقرار القانوني، في حين يمكن تلافي ذلك من خلال ارساء وترسيخ مبدأ الامن القانوني وبسطه على جميع تصرفات الادارة ولاسيما العقود الادارية.

ان سريان القانون او القرار الاداري بأثر رجعي يعد انتهاك لمبدأ الامن القانوني والاستقرار القانوني، لان هدف الامن القانوني هو تحقيق النظام العام في الحياة القانونية والاجتماعية وفي العلاقات القانونية والاجتماعية، بمعنى ان يحقق بين الافراد الامن والمساواة، فبوجود الامن القانوني في النظام مسبقا، سوف يستطيع الافراد ان يبنون تصرفاتهم وهم مطمئنين وعلى معرفة تامة بالقانون الذي ينظم تصرفاتهم هذه، ويحكمها ودون خوف من صدمات او مفاجئات غير مدروسة بسبب الرجعية في القوانين او عدم الاستقرار القانوني.

لذلك عبر البعض عن الحقوق التي يحميها مبدا عدم الرجعية تحت مسميات شتى، فذهب البعض الى انه يحمي مبدا المساواة امام القانون للحيلولة دون تحكم وقسوة القانون الرجعي في مواجهة بعض المواطنين ممن طبق عليهم هذا القانون، ويحمي مبدأ الفصل بين السلطات، ويحمي مبدأ الحقوق المكتسبة للمواطنين فأن الحكمة من تقرير قاعدة عدم الرجعية عموما سواء تعلق الامر بقوانين ام بقرارات ادارية هي واحدة، وان مبدا عدم رجعية القرارات الادارية لم يأت من فراغ، وانما دعت الحاجة اليه باعتباره ضمانة اكيدة لحماية حقوق الافراد وارضاء للمنطق القانوني السليم وتحقيق العدالة والاستقرار في المعاملات، فيكون الامن القانوني هو الوجه المضيء لدولة القانون[١].

ثانيا: التوقع المشـــــــروع

تعتبر فكرة التوقع المشروع من الافكار الحديثة في القوانين لاسيما الاوربية، وتعد هذه الفكرة صورة من صور الامن القانوني، وتعني فكرة التوقع المشروع او الثقة المشروعة ان القواعد العامة المجردة التي تصدر من قبل السلطة التشريعية في صورة قوانين او التي تصدر من السلطة التنفيذية من انظمة او تعليمات او قرارات ادارية، يجب ان لاتصدر بطريقة فجائية مباغتة تصطدم مع النتائج التي يتوقعها الافراد من وراء تصرفاتهم المبنية على اسس موضوعية مستمدة من القواعد والانظمة القانونية سارية المفعول، لهذا اصبح من الضروري على الدولة وهيئاتها واجهزتها الادارية او غيرها اعطاء الاشخاص شواهد واشارات عن نيتها في اصدار قواعد قانونية جديدة[٢].

---

[١] د. علي مجيد العكيلي / المرجع السابق / ص٤٠.

[٢] د. الهواري عامر – د. العيد هدفي / التكريس الدستوري لمبدأ الامن القانوني ضمانة لتجسيد دولة القانون الحديثة في الجزائر / مجلة مدارات سياسية / المجلد ٥ / العدد ١ / ٢٠٢١ / ص١٣٩.

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

ان مبدأ الامن القانوني يستلزم ان يكون لكل شخص في الدولة الحق في استقرار القواعد القانونية وثباتها، وان يكون في مأمن من التعديلات المفاجئة التي يمكنها ان تزعزع ذلك الاستقرار وتؤثر به ايما تأثير، ولكن لابد من الاشارة الى مسألة مهمة هنا، هي ان الاستقرار القانوني وعدم الرجعية لا يعني عدم التغيير او التعديل، وانما يراد به ان لا يكون هذا التعديل او التغيير سببا او مصدرا لحدوث الصدمات غير المتوقعة او المفاجئات، بل يجب ان تكون هذه التعديلات غير مفاجئة ومدروسة من قبل الخبراء والمتخصصين في هذا الجانب، فمتى كان التغيير ضرورة اصبح الابقاء على القوانين القديمة بحجة الاستقرار القانوني مفرغ من محتواه، بل ان الاستمرار بتطبيق قانون قديم لا يتفق مع متطلبات العصر واحتياجات الافراد، هو مظهر من مظاهر اللا أمن القانوني وليس استقرارا قانونيا يشكل مظهر من مظاهر الامن القانوني.

الفرع الثالث: احترام الحقوق المكتسبة

ان الحقوق التي يستمدها الافراد بطريق مشروع ووفقا للقوانين والانظمة او القرارات النافذة في الدولة، لا يمكن سلبها او المساس بها باي شكل من الاشكال من قبل اي سلطة من سلطات الدولة.

ويعرف الحق المكتسب في القانون الاداري بأنه: هو وضع شرعي بموجبه تتحصن المنفعة التي حصل عليها الشخص جراء قانون او قرار اداري من الالغاء او التعديل[١]. والمراد بالوضع الشرعي هو المركز القانوني الذي يجعله القانون للشخص.

كما يعرف الحق المكتسب في القضاء، بانه الحق الذي لا يجوز للقاضي ان يمسه بسوء او يسلبه صاحبه بحجة تطبيق قانون مستجد[٢].

وعليه لا يجوز ان يأتي قانون او قرار يلغي او يعدل اي حق من حقوق الافراد التي اكتسبوها وفقا للقانون، فالفقه يعرف الحق المكتسب بانه الوضع القانوني الذي تتحصن فيه المنفعة التي حصل عليها الشخص بموجب قانون او قرار اداري[١].

---

[١] د. زياد خالد المفرجي / الحق المكتسب في القانون الاداري / منشور على الموقع الالكتروني (تاريخ الزيارة في ٢٠٢٢/٣/٢٥):

https://www.iasj.net

[٢] د. عبد الفتاح مراد / المعجم القانوني / بدون مكان نشر / الطبعة الاولى / ٢٠٠٥ / ص١٥٧.

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

وعليه نجد ان الحفاظ على المراكز القانونية الناجمة عن تصرفات قانونية مشروعة هو المراد بالحق المكتسب، الذي يعد هو الارضية الفلسفية والاساس لمبدأ عدم رجعية القوانين والقرارات الادارية، فلا يجوز المساس بالمراكز القانونية التي نشأت بالماضي بدعوى تغير القوانين مثلا او لأي سبب اخر، فهذه المراكز قد اصبحت حقا مكتسبا لذويها ولا يجوز الا حمايتها وتحصينها من اي مساس.

ان احترام الحقوق المكتسبة هو مبدا تمتد جذوره الى اعماق القانون الطبيعي والمبادئ الاساسية للعدالة، لذلك نجد ان العمل بهذا المبدأ واجب وان لم ينص عليها القانون، اذ ان من اهم اسس الحق المكتسب هو مبدا العدالة والتي تقضي بعدم حرمان شخص من حق اكتسبه في الزمن الماضي، ومبدأ استقرار المراكز القانونية والقانون نفسه[٢].

المطلب الثالث

الاساس الدستوري لمبدأ الامـــــن القانوني

لجأ المشرع في الدول المختلفة لسن التشريعات لكفالة الحقوق وضمانها وتحديد العلاقات، وبالعودة الى النصوص القانونية نجد ان هذا المبدأ يجد اساسه في الدستور وانعكاس هذا الاساس على التشريعات العادية في دولة القانون.

فقد نشأت فكرة الامن القانوني كمبدأ دستوري من حاجة المجتمع والدول الى الامن والحماية لأصحاب المراكز القانونية داخل المجتمع، وعندما نتكلم عن الاساس الدستوري لمبدأ الامن القانوني فنحن نقصد الاشارة الصريحة لهذا المبدأ بذكره مباشرتا في متن الوثيقة الدستورية, او نقصد الاشارة الضمنية من خلال النص في الدستور على صور هذا المبدأ او عناصره وتنظيمها، وهذا ما سندرسه في الفرعيين الآتيين:

الفرع الاول: الاعتراف الصريح لمبدأ الامن القانوني

ان فكرة الامن القانوني ليست حديثة العهد، اذ تضمنت العديد من الدساتير هذه الفكرة من خلال النص على صور الامن القانوني وتنظيم موضوعها، الا ان تكريس هذا المبدأ والنص عليه صراحة، جاء في

---

[١] د. عبد الرزاق احمد السنهوري / مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية / بحث منشور في مجلة مجلس الدولة المصري / السنة الثالثة / ١٩٥٢ / ص٤.

[٢] ينظر: د. علي مجيد العكيلي / المرجع السابق / ص٤٢ وما بعدها.

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

عدد من الدساتير اولها الدستور الالماني لعام ١٩٦١، اذ اكدت المحكمة الدستورية في المانيا على هذا المبدأ واصبح منذ ذلك الوقت مبدأ دستوري مستقل، ومن المانيا انتقلت الفكرة لهذا المبدأ كنص صريح في الدستور الى قوانين المجموعة الاوربية، ونظرا لتأثير القانون الاوربي على القوانين الداخلية للدول الاعضاء، فقد تم استقبال فكرة الامن القانوني في دساتيرهم وقوانينهم مع بعض الاختلافات في التوقيت والتطبيق.

ومن الدساتير التي تتضمن نص صريح على هذا المبدأ المهم في صلبها ايضا، نذكر مثلا، الدستور السويدي لعام ١٩٧٤ المعدل، في الفصل الثامن المادة (١٨) ينص " على وجوب مراجعة المجلس التشريعي لمشاريع القوانين، ما يلي:

٣. علاقة المشروع بمتطلبات الامن القانوني.

٤. ما اذا كان المشروع مصمما بحيث يمكن توقع القانون لتحقيق الاهداف المعلنة".

كذلك الحال في البرتغال فقد ساير المشرع البرتغالي نظيره المشرع الدستوري الالماني و السويدي بالنص صراحة على مبدأ الامن القانوني في دستور البرتغال لعام ١٩٧٦ المعدل، والذي اشار الى مبدا الامن القانوني في المادة (٢٨٢/رابعا) التي نصت على "يمكن للمحكمة الدستورية ان تحد من اثار الحكم بعدم الدستورية او عدم القانونية لمستوى ادنى مما هو وارد في الفقرتين (١و٢) من هذه المادة، اذا كان لازما لأغراض اليقين القانوني او لأغراض اقامة العدل او من اجل صالح عام هام على نحو خاص تذكر مبرراته في القرار".

اما في الدول العربية، فنجد ان المشرع الدستوري الجزائري وامام هذا الانتشار الواسع لمبدأ الامن القانوني وارتباط هذا المبدأ بدولة القانون واهميته الخاصة، فقد حرص المشرع الدستوري في الجزائر على تضمين هذا المبدأ في التعديل الاخير للوثيقة الدستورية لعام ٢٠٢٠، ليصبح هذا المبدأ مبدأ دستوريا، منصوص عليه صراحتا في صلب الدستور، وفي موضعين:

النص الاول جاء في ديباجة الدستور الجزائري، والتي نصت على " يكفل الدستور الفصل بين السلطات والتوازن بينها واستقلال العدالة والحماية القانونية ورقابة عمل السلطات العمومية وضمان الامن القانوني والديموقراطي".

اما الموضع الثاني فقد كان في نص المادة (٣٤ / رابعا) والتي جاء فيها "تحقيقا للامن القانوني تسهر الدولة عند وضع التشريع المتعلق بالحقوق والحريات، على ضمان الوصول اليه ووضوحه واستقراره".

ونجد في نص الدستور اعلاه سواء في الديباجة او المادة اعلاه، قد احسن المشرع الجزائري كثيرا وخطى خطوة مهمة في تعزيز وتجسيد دولة القانون التي تضمن سيادة القانون وحقوق وحريات الافراد، والتي لايمكن ان نتصور تحققها دون تكريس هذا المبدأ والنص عليه، الامر الذي ندعو مشرعنا الى الاخذ

به في دستورنا العراقي، فتكريس صور الامن القانوني في الدستور لم تعد كافية، اذ ان النص الضمني لايوفر الحماية اللازمة لهذا المبدأ المهم الذي يشكل عنصر مهم من عناصر دولة القانون.

الفرع الثاني: الاعتراف الضمني لمبدأ الامن القانوني

وردت فكرة الامن القانوني في عدد كبير من الدساتير بصورة ضمنية من خلال تكريس صور هذه الفكرة وتنظيمها، فغالبية الدساتير لا تخلو من الاشارة الى بعض مظاهر وصور مبدأ الامن القانوني، وهذا ما فعله المشرع الدستوري العراقي في تنظيمه لهذا المبدأ، اذ تضمن دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥، اكثر من نص يتعلق بسيادة القانون ومبدأ المشروعية وكل ما يتعلق بالحقوق المكتسبة، وضرورة استقرار المراكز القانونية، ومبدأ عدم رجعية القوانين الى الماضي، وكذلك النص على نشر القوانين واعلام الافراد بها كي تكون حجة ونافذة عليهم بما تتضمنه من قواعد واحكام يجب مراعاتها والعمل بها.

ففي المادة (٥) من الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥، نقرأ " السيادة للقانون، والشعب مصدر السلطات وشرعيتها, يمارسها بالاقتراع السري العام المباشر, وعبر مؤسساته الدستورية".

وهذا يؤكد مبدأ سيادة القانون وهيمنته ومبدأ الشرعية، اما المادة (١٥) من الدستور فقد نصت على "لكل فرد الحق في الحياة والامن والحرية، ولا يجوز الحرمان من هذه الحقوق او تقييدها الا وفقا للقانون، وبناء على قرار صادر من جهة قضائية مختصة".

وهذا النص يؤكد على مبدأ احترام الحقوق المكتسبة للأفراد المستمدة بطريق مشروع وبموجب القوانين والانظمة والقرارات النافذة، وهذا ما اكدته المادة (٤٦) من الدستور ايضا بالنص على "لا يكون تقييد ممارسة اي من الحقوق والحريات الواردة في هذا الدستور او تحديدها الا بقانون او بناء عليه، على ان لا يمس ذلك التحديد والتقييد جوهر الحق او الحرية".

كما ثبت الدستور وجهة اخرى من وجهات او صور مبدأ الامن القانوني بالنص على عدم رجعية القوانين الى الماضي واقتصار اثرها على حكم الوقائع التي تقع بعد نفاذ هذه القوانين الا في حالات معينة ينص القانون عليها اذ يقضي بخلاف ذلك او لضرورات المصلحة العامة وتغليبها على المصالح الخاصة بشروط وظروف معينة وبنص القانون، فقد نصت المادة (١٩/ثانيا) من الدستور على "لا جريمة ولا عقوبة الا بنص، ولا عقوبة الا على الفعل الذي يعده القانون وقت اقترافه جريمة، ولا يجوز تطبيق عقوبة اشد من العقوبة النافذة وقت ارتكاب الجريمة".

اما المادة (١٢٩) من الدستور فقد اكدت على ضرورة نشر القوانين واعلام الافراد بأحكامها قبل الزامهم بها، من خلال نشرها في الجريدة الرسمية في الدولة، اذ نصت المادة على "تنشر القوانين في الجريدة الرسمية، ويعمل بها من تاريخ نشرها، ما لم ينص على خلاف ذلك".

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

اما المادة (١٣٠) من الدستور فقد نصت على "تبقى التشريعات النافذة معمولا بها، ما لم تلغى او تعدل وفقا لأحكام هذا الدستور"، وهذا فيه احترام وتأكيد على مبدأ الامن القانوني والحقوق المكتسبة للأفراد والاستقرار القانوني لمراكزهم ومنعا من اي فراغ تشريعي يحدث بسبب الغاء هذه التشريعات المستقرة من فترة زمنية سابقة.

ما ذكرت من نصوص اعلاه وغيرها نجدها تؤكد اهم صور مبدا الامن القانوني الذي يعني الاستقرار القانوني والثبات للمراكز القانونية والاوضاع واحترام الحقوق المكتسبة وضمانات الافراد، بحيث تكون القواعد القانونية مؤكدة ومحددة في تنظيمها للمراكز القانونية، وتضمن النتائج المترتبة عليها، بحيث ان كل فرد يستطيع ان يتوقع هذ النتائج ويعتمد عليها، ويحدد كل فرد ما له وما عليه، بناء على ما قام به من تصرفات، وهذا هو الامن او الاستقرار القانوني، الذي نجد ان دستور العراق لسنة ٢٠٠٥ قد نظمه ولكن بصورة ضمنية من خلال تنظيم صور الامن القانوني، دون النص عليه صراحتا، الامر الذي ندعو مشرعنا الدستوري الى تعديله والاخذ به، لأهمية هذا المبدأ وضرورة النص الصريح عليه على اعتبار ان قيمة وقوة اي مبدأ تأتي من قوة مرجعه او مصدره.

مع الاشارة الى ان القضاء العراقي قد اصدر العديد من الاحكام التي تكرس هذا المبدأ، ضمانا لاستقرار المراكز والاوضاع القانونية وما يترتب عليها من حقوق مكتبة للأفراد[١].

ومن الدساتير التي لم يشر المشرع الدستوري فيها بصريح لفظ هذا المبدأ (الامن القانوني) الا انه نص على اغلب صورة ان لم نقل جميعها، ومن هذه الدساتير ، الدستور الاسباني، اذ نصت المادة (٩/ثالثا) من الدستور الاسباني لعام ١٩٧٨ المعدل، على " يضمن الدستور مبدأ المشروعية وترتيب التشريعات ونشر القوانين وعدم رجعية القوانين العقابية التي لا تتماشى مع الحقوق الفردية او تقلصها، كما يضمن سيادة القانون ومحاسبة السلطات العمومية ومنع تعسفها".

وكذلك الحال بالنسبة للدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨[٢], والدستور الالماني لعام ١٩٤٩، والدستور الاماراتي لعام ١٩٧١ المعدل، والدستور السعودي لعام ١٩٩٢, والدستور المصري لعام ١٩١٤، وغيرها.

---

[١] من التطبيقات القضائية قضاء مجلس الدولة بالقرار رقم ٤١ / انضباط / تمييز / ٢٠٠٦، وكذلك القرار الرقم ١٠٩ / قضاء اداري / ١٩٩٤ في ١٩٩٤/٣/١٩ منشور في الموسوعة العدلية العدد ١٦ / ١٩٩٤، اذ هنالك العديد من الاحكام التي اصدرها القضاء بشأن حماية الحقوق المكتسبة للافراد واحترام هذه الحقوق وعدم المساس بها، ومنه العديد من قرارات المحكمة الاتحادية العليا ومجلس الدولة العراقي. للاطلاع على تفاصيل اكثر في هذا الجانب:
ينظر: د. علي مجيد العكيلي / المرجع السابق / ص١٣٨ وما بعدها.
ينظر: طلال جميل شريف / دور مجلس الدولة العراقي في ارساء مبدا الامن القانوني في تشريعات الوظيفة العامة – دراسة مقارنة / اطروحة دكتوراه / كلية الحقوق - جامعة النهرين / ٢٠٢٢ / ص ٢٣ ومابعدها.

[٢] في فرنسا مرت عملية استقبال فكرة الامن القانوني بمرحلتين، كان لمجلس الدولة الفرنسي الدور المهم والفاصل في تكريس هذا المبدا، الاولى تبدأ سنة ١٩٩١ بالتقرير السنوي لمجلس الدولة والذي حذر فيه من التعقيد القانوني، وعدم استقرار القواعد وتردي نوعية القوانين، اما المرحلة الثانية فقد بدات بصدور تقرير اخر هام لمجلس الدولة الفرنسي سنة ٢٠٠٦ تحت عنوان (الامن القانوني وتعقيد القانون) وما لحقه من احكام لمجلس الدولة واعتراف صريح للمبدأ.

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

المبحث الثاني

اثر ارساء مبدأ الامن القانوني في ضمان حقوق المتعاقد مع الادارة

بعد ان وضحنا في المبحث الاول مبدأ الامن القانوني واهميته ودوره في تحقيق الاستقرار والطمأنينة في الدولة، كونه يمثل الاستقرار القانوني الذي يعد القاعدة لتحقيق اي امن او استقرار اخر، ووضحنا الصور التي يمكن من خلال تحقيقها ارساء وتكريس هذا المبدأ في دولة القانون المعاصرة، لاسيما ان هذا ما ارساه الدستور في العديد من الدول ان لم نقل جميعها سواء بالنص الصريح عليه او بالنص الضمني من خلال ارساء وتكريس صور الامن القانوني التي تشكل بذاتها مبادئ مهمة في دولة القانون.

لاشك ان للإدارة في العقود الادارية سلطات واسعة لا نظير لها في العقود العادية المبرمة في ظل القانون الخاص، سواء سلطة الادارة في الرقابة والتوجيه او سلطتها في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها او سلطة الادارة في تعديل شروط العقد او انهاءه بإرادتها المنفردة، اذ نجد ان كل سلطة من سلطات الادارة العامة على قدر من الاهمية والخطورة في ان واحد، اضافة الى انها تشكل خرق واستثناء لقاعدة (العقد شريعة المتعاقدين) المعروفة في القانون الخاص، لذا وبمقابل هذه السلطات الواسعة والخطيرة، كانت هنالك جملة من الحقوق للمتعاقد مع الادارة عند تنفيذ العقد المبرم بينهما، مقابل ما تتمتع به الاخيرة من امتيازات.

وهنا نذكر ان فكرة الامن القانوني لها دور مهم وكبير في العقود الادارية، اذ انها تشكل خير ضمان لحقوق المتعاقد مع الادارة وافضل ضمان لها، فان يكون القانون محدد في تنظيمه للمراكز القانونية في العقد الاداري، وان تكون النتائج معروفة للمتعاقدين مسبقا وفقا للقانون، بحيث ان كل طرف في العقد الاداري يستطيع مسبقا ان يتوقع هذه النتائج ويعتمد عليها، ويحدد ما له من حقوق وما عليه من التزامات وواجبات، وهو ما يسمى بفكرة التوقع المشروع، التي تعد من اهم المبادئ والافكار المتمخضة عن الامن القانوني، اضافة الى وجوب عدم رجعية القوانين الى الماضي، واحترام الحقوق المكتسبة، واليقين القانوني وما يتطلبه من وضوح القانون وسهولة الوصول المادي والفكري للقواعد القانونية، جميعها افكار ومبادئ لا يمكن تحقيقها والوصول اليها لاسيما في مجال العقود الادارية دون الاخذ بمبدأ او فكرة الامن القانوني وتكريسها في القوانين، فارساء مبدأ الامن القانوني يشكل ضمان لحقوق المتعاقدين في العقد الاداري وليس لاحدهما، ولكن نحن ندرسه من جانب المتعاقد مع الادارة كونه الطرف الاضعف في

الا ان المجلس الدستوري الفرنسي لازال متردد في الاعتراف بهذا المبدأ رغم موقف القضاء الاداري هذا، الا انه يؤكد على اهمية وضوح القانون وضرورة الوصول الية بسهولة وفهمه.
د. الهواري عامر – د. العيد هدفي / المرجع السابق / ص١٤١.

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

هذه العلاقة القانونية، التي تتمتع بها الادارة بامتيازات استثنائية لضرورات المصلحة العامة، لذا نجد ان هذا المبدأ يعد خير ضمان لحقوق المتعاقد مع الادارة وكما سنوضحه اكثر في دراستنا بهذا المبحث.

مع الاشارة الى الدور المهم الذي تلعبه السلطة التنفيذية والادارة العامة في حماية وارساء مبدأ الامن القانوني، لذا ولغرض دراسة هذا المبحث سوف نعمد تقسيمه الى اربعة مطالب، ندرس في المطلب الاول دور الادارة في حماية وارساء مبدا الامن القانوني، اما المطلب الثاني سيخصص لدراسة اثر ارساء مبدأ الامن القانوني في ضمان الحق في المقابل للمتعاقد، اما المطلب الثالث سوف يكون مخصص لدراسة اثر ارساء مبدأ الامن القانوني في ضمان حق اقتضاء التعويضات، اما المطلب الرابع سوف نخصصه لدراسة اثر ارساء مبدأ الامن القانوني في ضمان التوازن المالي في العقد الاداري.

المطلب الاول

دور الادارة في حماية وارساء مبدأ الامن القانوني

ان السلطة التنفيذية بهيئاتها الادارية واجهزتها هي الهيئة التي تمارس وتهيمن بصورة فعلية في الدولة، فتقوم بإصدار المراسيم والاوامر، كما تقوم بحفظ الامن والنظام في الدولة، وتشرف على سير العمل في كل دوائر الدولة[1]، فالإدارة تقوم بتنفيذ كافة القوانين التي تصدرها السلطة التشريعية عن طريق الاعمال والمهام التي تقوم بها، اضافة الى واجبها بإصدار الانظمة والتعليمات وما يتطلب من قرارات ادارية لغرض تنفيذ القوانين وتسهيل تنفيذها، ويكمن التحدي في هذا الشأن كون ان السلطة التي تشرع ليست هي السلطة التي تنفذ، لذا فوجب على السلطة المنفذة ان تولي كامل العناية والاهتمام عند اعداد القرارات الصادرة عنها من انظمة وتعليمات وقرارات ادارية في هذا الجانب، والتي تسمى بالتشريعات الفرعية، اذ يحب ان تكون التشريعات الفرعية متفقة ولا تتعارض مع التشريعات العادية او الدستور ضمن الهرم القانوني في دولة القانون، وان تكون على نهج القوانين من حيث الوضوح والاستقرار والتوقع المشروع للأفراد وعدم الرجعية واحترام الحقوق المكتسبة وعدم المساس بها، فهي تشريعات قانونية ايضا وتخضع لذات الشروط المطلوبة عند صياغة القواعد القانونية.

---

[1] – فؤاد الصامت / دور القاعدة القانونية في توفير الامن القانوني / مجلة المتوسط للدراسات القانونية والقضائية المغرب / العدد الثاني / ٢٠١٦ / ص٢٨٠.

– د. شمران حمادي / النظم السياسية والدستورية في الشرق الاوسط / شركة الطبع والنشر الاهلية / بغداد / ١٩٦٤ / ص٧٧.

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

كما يظهر دور السلطة التنفيذية والادارة في حمايتها للأمن القانوني بشكل جلي وواضح في فترات الظروف الطارئة او الاستثنائية والتي تتطلب اتخاذ اجراءات سريعة وتدابير تشريعية وقرارات لا تتحمل التأخير، فتكون قراراتها لها قوة القانون العادي ولا تخضع لرقابة القضاء الا بعد انتهاء الظرف الطارئ، الامر الذي يتطلب من رجل الادارة ان يكون مشرعا، الامر الذي يوجب عليه مراعاة مبادئ واساسيات القانون في قراراته هذه، ومنها مبدأ الامن القانوني.

فللإدارة دور مهم (سواء في الظروف العادية ام الاستثنائية) في حماية حقوق وحريات وممتلكات الافراد وحفظ الامن والنظام في الدولة، فهي التي تقوم بالأشراف على سير العمل في دوائر ومراقبة الموظفين وتعينهم واقالتهم وتقوم قوات الامن كما تقوم السلطة التنفيذية بتنفيذ القوانين كافة العادية او الفرعية.

اضافة الى الادارة العامة التي تتولاها السلطة التنفيذية من خلال ادارتها، نجد ان من مهامها هو اقتراح القوانين التي تعرض على البرلمان للتصويت عليها، وهذا ما نصت عليه الكثير من الدساتير، اذ خولت السلطة التنفيذية اقتراح مشروعات القوانين[1]، الامر الذي يعطي لهذه السلطة دور اكبر في حماية وارساء مبدأ الامن القانوني، لاسيما اذا ما علمنا ان السلطة التنفيذية في معظم الدساتير في الوقت الحاضر، تقوم بأعداد موازنة الدولة، اذ اصبح اعداد الموازنة العامة للدولة عملا خالصا للسلطة التنفيذية ولا يستطيع البرلمان سوى اقرارها من حيث المبدأ دون التدخل في تفاصيلها بالتعديل، ولم تتحرج بعض الدساتير اذ فرضت على البرلمانات قيودا في المجال المالي او حتى حرمانها من اقتراح القوانين المالية بصورة كلية او جزئية، وهذا ما يقوي الوظيفة التشريعية للسلطة التنفيذية، اذ يكون حقها بالتشريع هنا حقا دستوريا، لذا كان لابد لها من مراعاة قواعد الصياغة التشريعية السليمة، من وضوح واستقرار القانون وموضوعيته وسهولة الوصول اليه سواء المادي او الفكري وكذلك مراعاة التوقع المشروع للمخاطبين به واحترام الحقوق والحريات المكتسبة والمراكز القانونية، اضافة الى مبادئ واسس القانون الاخرى، اذ يجب ان يتم مراعاتها الى جانب مراعاة تواجد مبدأ الامن القانوني، في الصياغة التشريعية للقانون والقرارات الادارية.

وتظهر حماية الادارة لمبدأ الامن القانوني من خلال:

وضوح التنظيمات لاستيعابها من قبل المخاطبين بها من الافراد او هيئات ومؤسسات الدولة.

الحرص على مبدا المساواة امام القانون.

عدم رجعية القانون الا لضرورة قصوى ويجب النص الصريح على ذلك.

---

[1] نصت المادة (٨٠) من دستور العراق لسنة ٢٠٠٥، على "يمارس مجلس الوزراء الصلاحيات الاتية: ثانيا. اقتراح مشروعات القوانين".

اعتماد الشفافية في القرارات الادارية الصادرة منها وتلافي تناقض النصوص التنظيمية.

حماية التوقعات المشروعة للأشخاص.

يجب ان تكون التشريعات الفرعية (القرارات الادارية) الصادرة من الادارة متفقة مع الهرم القانوني في الدولة أي لا تخالف نصا دستوريا او تشريعا عاديا.

ضرورة اصدار الانظمة والتعليمات الكفيلة بتسهيل القوانين في اجال معقولة ومناسبة وان لا تتأخر عنها كثيرا، والا فقدت قيمتها[1].

المطلب الثاني

اثر ارساء مبدأ الامن القانوني في ضمان الحق بالمقابل للمتعاقد

يقدم المتعاقد مع جهة الادارة على ابرام العقد الاداري والرضا بسلطات الادارة وامتيازاتها الاستثنائية، لغرض تحقيق مصلحة او مقابل معين من وراء تعاقده هذا، وغالبا ما يتمثل هذا المقابل بالمقابل المادي او النقدي او المالي الذي يحصل عليه لقاء الخدمات التي يقدمها وحسب نوع العقد الاداري والالتزامات التعاقدية المنصوص عليها، فقد يكون المقابل هو الرسوم التي يحصل عليها المتعاقد من المنتفعين من خدمات المرفق العام في عقد الامتياز، او يكون الثمن الذي تدفعه الادارة الى المتعاقد معها نظير السلع التي تم توريدها او الاشغال التي تم تنفيذها في عقد التوريد والاشغال العامة، وهكذا الحال في باقي العقود الادارية الاخرى[2].

وقد درج الفقهاء على تسميته بالمقابل النقدي، اذ يميز الفقهاء بين نوعين من المقابل النقدي وذلك وفقا لنوع الخدمة التي يلتزم المتعاقد بتقديمها:

١- اذا كان المتعاقد يؤدي الخدمة مباشرة فأن الادارة هي التي تلتزم بأداء المقابل الى المتعاقد، ويتخذ المقابل في هذه الحالة صورا مختلفة وفقا لطبيعة العقد، فهو ثمن في عقد التوريد والاشغال العامة والنقل وما شابهها، ويكون المقابل على شكل راتب شهري في عقد التوظيف، وقد يكون المقابل على شكل فائدة كما هو الحال في عقد القرض.

[1] د. الهواري عامر – د. العيد هدفي / المرجع السابق / ص١٤٤.

[2] د. مازن ليلو / العقود الادارية / منظمة طبع ونشر الثقافة القانونية / اربيل / العراق / ٢٠١٠ / ص١٢٢.

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

٢- اما اذا كان المتعاقد هو من يؤدي الخدمة للجمهور مباشرة كما هو الحال في عقد الامتياز فانه يحصل على المقابل النقدي في صورة رسم يتقاضاه من المنتفعين من خدمات المرفق العام[١].

كما يمكن ان يصحب المقابل النقدي المقرر لمتعاقد بصفة اصلية (كالثمن او الرسوم) في العقد الاداري مزايا مالية اخرى كضمان حد ادنى من الربح او التزام الادارة بإقراض المتعاقد مبالغ في حدود معينة او ضمانة لدى البنوك في الحصول على القروض وغيرها من المزايا المالية الاخرى التي تندرج تحت عنوان المقابل المالي او النقدي للمتعاقد ويجب ان تلتزم الادارة بالوفاء بها ايضا مع المقابل النقدي[٢]، اذ يتمكن المتعاقد مع الادارة من فهمها مسبقا قبل ابرام العقد من خلال ما يوفره الامن القانوني له من وضوح النصوص القانونية والقواعد وسهولة الوصول المادي او الفكري لها، واحترام الحقوق المكتسبة لأطراف العقد الاداري.

فالأمن القانوني يضمن للمتعاقد مع الادارة، الحصول على الحق بالمقابل النقدي او المالي او المادي بكل سهولة ويسر، فلا تستطيع الادارة في دولة القانون ان لا تحترم هذا الحق المكتسب للمتعاقد، كما يستطيع هذا الاخير الاحتجاج ببنود العقد ونصوص القانون بالزام الادارة بتنفيذ التزاماتها التعاقدية معه، من خلال الوجود المادي للعقد او القانون الامر الذي يضمن بتكريس مبدأ الامن القانوني في كل العلاقات القانونية ومنها العقود الادارية.

لاسيما اذا ما علمنا ان القاعدة او الاصل فيما يخص المقابل المادي او النقدي في العقود الادارية، تنص على ان المقابل لا يدفع الا بعد انتهاء تنفيذ العقد الاداري وتسوية الحساب الختامي الا في بعض الحالات التي تتعلق بطبيعة العقد الذي يتطلب تنفيذه مدة زمنية طويلة، نجد ان تطبيق مبدأ الامن القانوني وارسائه يكون له الأثر البالغ في ضمان وحماية الحق بالمقابل النقدي او المادي، لاسيما لو علمنا ان الاصل ان هذا المقابل لا يدفع الا بعد تنفيذ العقد، فماذا لو تغيرت القوانين او الانظمة والتعليمات؟ واصبحت سارية بأثر رجعي على الماضي!

ماذا لو كان هنالك عدم احترام للحقوق المكتسبة، او ان نصوص القانون كانت مبهمة سلفا او غير واضحة، لا تحدد معالم العلاقات القانونية بحيث يمكن الاحتجاج بها اما السلطات العامة، كل هذه المشاكل

[١] د. محمد عبد العال السناري / النظرية العامة للعقود الادارية – دراسة مقارنة / دار النهضة العربية / مطبعة الاسراء / القاهرة / بدون سنة نشر / ص ٢٥٥ و٢٥٦.

[٢] د. مصطفى سالم النجيفي / العقود الادارية والتحكيم / الافاق المشرقة ناشرون / الامارات العربية / ٢٠١٠ / ص٢٧٠.

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

يتلافاها ويحلها تكريس هذا المبدأ ويضمن للطرف الاخر المتعاقد مع الادارة حقوقه ومنها الحق بالمقابل النقدي.

المطلب الثالث

اثر ارساء مبدأ الامن القانوني في ضمان حق احترام الادارة لالتزاماتها التعاقدية

اشرنا في المطلب الاول ان المتعاقد مع جهة الادارة انما يبغي من وراء تعاقده معها الحصول على مقابل معين لقاء اداء الالتزامات الواردة في العقد الاداري، ولذلك فان من اهم حقوق المتعاقد هو الحصول على مستحقاته المالية او المقابل النقدي او المعين الذي تم الاتفاق عليه[١].

فللمتعاقد مع الادارة كل الحق في ان تحترم الادارة التزاماتها التعاقدية معه، سواء وردت في العقد او في القوانين والانظمة وهذا ما يسهل تحقيقه في دولة القانون التي ترسي مبدأ الامن القانوني وتعترف به وتنص عليه في قوانينها وتكفله لأفرادها ومن باب اولى المتعاقدين معها، فإرساء مبدأ الامن القانوني له كل الاثر في ضمان حق المتعاقد في احترام الادارة لالتزاماتها التعاقدية معه، وبخلافه كان للمتعاقد الحق بالمطالبة بتوقيع الجزاء على الادارة، اذ يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه من بنود والتزامات او ما نصت عليه القوانين والانظمة.

والجزاء الذي يمكن ان يوقع على الادارة حال اخلالها بالتزاماتها قد يكون التعويض وهذا هو الغالب، لذا نجد غالبية الفقه يسمي هذا الحق المقرر للمتعاقد مع الادارة بالحق في اقتضاء التعويض او التعويضات[٢]، ولكن الى جانب حق المتعاقد بالحصول على التعويض حال اخلال الادارة بالتزاماتها التعاقدية، ايضا له الحق في المطالبة بأنهاء العقد الاداري.

اذ يجب تنفيذ العقد الاداري طيقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما اوجبه حسن النية، وان لا يقتصر العقد على الزام طرفي العقد بما ورد فيه ولكن ايضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف وطبيعة

[١] د. محمود سامي جمال الدين / اصول القانون الاداري في دولة الامارات العربية المتحدة / ط٢ / نظرية العمل الاداري / ١٩٩٤ / ص٣٦٤.

[٢] د. مازن ليلو / العقود الادارية / المرجع السابق / ص١٢٣.

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

التصرف وهذا الامر لايمكن المطالبة به دون وجود لمبدأ الامن القانوني الذي يضمن ذلك في القوانين والانظمة[١].

اذ ان تسبب الادارة بإحداث ضرر بالمتعاقد معها لعدم تنفيذها لالتزاماتها التعاقدية يستوجب التعويض من قبل الادارة وفقا للقواعد العامة في القانون.

كما يتقاضى المتعاقد مع الادارة التعويض عن الاعمال الاضافية التي ينجزها ولم تكن واردة مسبقا في العقد الاداري، متى ما كانت هذه الاعمال ضرورية لتنفيذ العقد وتكون مطالبته في هذه الحالة استنادا الى قاعدة الاثراء بلا سبب.

اضافة الى ذلك نجد ان المتعاقد مع الادارة يستحق التعويض اذا واجه اثناء تنفيذ العقد صعوبات مادية استثنائية لم تدخل مسبقا في حساب طرفي العقد وتقديرهما عند التعاقد، الامر الذي يجعل تنفيذ الالتزام اكثر من الكلفة التي قدرها المتعاقد مسبقا او حسبها الطرفين مسبقا عند ابرام العقد[٢]، وهذا هو عينه ما يقتضيه الامن القانوني من تقدير مشروع لما هو موجود من حقوق والتزامات بحيث يعلم المتعاقد مع الادارة مسبقا ماله من حقوق وما عليه من التزامات.

فإرساء مبدأ الامن القانوني يعني ارساء وضمان لحق الطرف الاخر المتعاقد مع الادارة في الحصول على حقه في التعويضات التي تجبر ما اصابه من ضرر او لحق به من اذى.

المطلب الرابع

اثر ارساء مبدأ الامن القانوني في ضمان التوازن المالي للعقد الإداري

ان الادارة تملك من السلطات ما يمكنها من اجبار المتعاقد معها على الالتزام بتنفيذ العقد وفقا لما هو متفق عليه وتنفيذ كل التزاماته العقدية وممكن بالزيادة او النقصان، ولما كانت التزامات المتعاقد مع الادارة تتسم بطابع المرونة فينبغي ايضا اضفاء هذه الصفة على حقوقه المستمدة من العقد ايضا نظرا للترابط بين التزامات المتعاقد وحقوقه.

فالمتعاقد يرتبط مع الادارة بالالتزامات التعاقدية مقابل الحقوق التي يسعى الى الحصول عليها، وما دامت الالتزامات قابلة للزيادة او النقصان لضرورات المصلحة العامة، فأن ذلك يقضي ان ينعكس على حقوق

[١] د. مصطفى سالم النجيفي / المرجع السابق / ص ٢٦٨و٢٦٩.

[2] د. مازن ليلو / النظرية العامة للقرارات والعقود الادارية / مركز ابحاث القانون المقارن / اربيل / العراق / ٢٠١٠ / ص٢٢٣.

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

المتعاقد المقابلة لهذه الالتزامات، وهذا هو ما يعبر عنه بفكرة التوازن المالي للعقد الاداري او التوازن الشريف بين حقوق المتعاقد والتزاماته.

اذ من الضروري الحفاظ على حقوق المتعاقد تطبيقا لمبدأ حسن سير العدالة وحفاظا على حسن سير المرافق العامة بانتظام واضطراد من اجل تحقيق المصلحة العامة، اذ يجب ان ينفذ المتعقد التزاماته تنفيذ سليم، اضافة الى الالتزام بكل تعديل يطرأ من قبل الادارة للضرورة، فالمتعاقد يلتزم بالتعاون مع الادارة في تسيير المرافق العام بانتظام واستمرار، ومساعدة الادارة في تلبية حاجات الجمهور واشباع الحاجات العامة والاستمرار بذلك في مختلف الظروف، في المقابل يجب ان تلتزم الادارة ايضا بالحفاظ على حقوق المتعاقد معها لاسيما المالية التي تعتبر الدافع المحرك للمتعاقد في التعاقد معها.

اذ ان امتناع الادارة عن اعادة التوازن المالي للعقد الاداري في حال زيادة الاعباء او الالتزامات على الطرف الاخر سواء نتيجة تصرف الادارة (نظرية فعل الامير) او نتيجة ظروف خارجة عن ارادة المتعاقدين وتوقعاتهم طرأت اثناء تنفيذ العقد الاداري (نظرية الظروف الطارئة)، سيؤدي الى عزوف الافراد واعراضهم عن التعاقد مع الادارة الامر الذي يعود بالسلب على سير المرافق العامة وانتظام تقديمها للخدمة للمواطنين وتلبية احتياجاتهم، مما يسبب تعطيلا لهذه المرافق واضرار بالمصلحة العامة[١].

فالمراد **بعمل الامير** جميع الاعمال الادارية المشروعة التي تصدر عن السلطة الادارية المتعاقدة وتؤدي الى ضرر بالمركز المالي للمتعاقد معها، **ويشترط لتطبيق هذه النظرية:**

- ان يتعلق عمل الامير بعقد اداري.
- ان يكون الفعل الضار صادر من جهة الادارة المتعاقدة.
- ان ينتج عن عمل الامير ضرر للمتعاقد.
- ان لا تكون الادارة المتعاقدة قد اخطأت بعملها الضار. فالإدارة تسال في نطاق هذه النظرية بصرف النظر عن قيام الخطأ من جانبها، ذلك ان المسؤولية هنا تكون عقدية بلا خطأ اما اذا انطوى تصرفها على خطأ فأنها تسأل على اساس هذا الخطأ.

[١] د. نصري منصور نابلسي / العقود الادارية – دراسة مقارنة / الطبعة الاولى / منشورات زين الحقوقية / ٢٠١٠ / ص٥٩٩و٦٠٠.

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

- ان يكون الاجراء الذي اصدرته الادارة غير متوقع، ومن المستقر في هذا المجال ان شرط عدم التوقع لا ينصرف الى اصل الحق في التعديل فهذا التعديل متوقع من الادارة دائما، ولكن عدم التوقع هو في حدود هذا التعديل او مداه[١].

اما **نظرية الظروف الطارئة** والتي تعد من اسباب اختلال التوازن المالي في العقد الاداري، نجد في هذه النظرية ان تنفيذ العقد الاداري لا يكون مستحيلا كما هو الحال بالنسبة للقوة القاهرة التي تعفي المتعاقد من التنفيذ, وانما نجد ان التنفيذ في نظرية الظروف الطارئة يبقى ممكنا ولكنه مرهق وعلى هذا الاساس لا يعفى المتعاقد من تنفيذ العقد الا انه يكون للمتعاقد الحق في الطلب من الادارة ان تسهم في تحمل بعض الخسائر التي تلحق به، ضمانا لحماية الرفق العام واستمراره في اداء خدماته دون انقطاع، **ويشترط لتطبيق هذه النظرية:**

- وقوع حوادث استثنائية عامة غير متوقعة بعد ابرام العقد واثناء تنفيذه.
- ان يكون الحادث الطارئ خارج عن ارادة المتعاقد ومستقل عن ارادته.
- ان يؤدي الظرف الطارئ الى الحاق خسائر غير مألوفة ومن شأن هذه الخسائر ان تؤدي الى اضطراب في التوازن المالي للعقد الاداري، وارهاق المتعاقد.
- ان يستمر المتعاقد في تنفيذ العقد، اذ كي يتمكن القاضي من رد الالتزام المرهق الى الحد المعقول يجب ان يكون الالتزام قائما ولم يتم تنفيذه[٢].

وبعطف فكرة الامن القانوني على حق المتعاقد مع جهة الادارة في اعادة التوازن المالي للعقد بعد ان اصبح تنفيذ الالتزام مرهقا بالنسبة للمتعاقد اما نتيجة فعل الادارة وقدرتها على التعديل (فعل الامير) او بسبب الظروف الطارئة التي زادت من التزامات المتعاقد لسبب خارجي طارئ لا دخل لإرادة الطرفين به، فالأمن القانوني يفترض ان يكون المتعاقد على علم بنصوص القانون لأنه اشترط ابتداء فكرة اليقين القانوني ووضوح القانون وضمان الحقوق المكتسبة وعدم رجعية القوانين الامر الذي يضمن للمتعاقد ان القانون سوف ينصفه في حال حدوث فعل الامير او الظرف الطارئ الذي سيزيد من التزاماته التعاقدية او سيرهقه اثناء تنفيذ العقد، الا انه متيقن بوجود الامن القانوني الذي سيشكل ضمان لحقوقه التعاقدية ومنها الحق في اعادة التوازن المالي للعقد الاداري.

---

[١] د. سليمان محمد الطماوي / الاسس العامة للعقود الادارية – دراسة مقارنة / دار الفكر العربي / ١٩٨٤ / ص٦٢٨.

د. مازن ليلو / العقود الادارية / المرجع السابق / ص١٢٧.

[٢] د. مازن ليلو / النظرية العامة للقرارات والعقود الادارية / المرجع السابق / ص ٢٣٠ وما بعدها.

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

فالتوازن المالي للعقد الاداري يعني ضرورة وجود تناسب بين التزامات المتعاقد وحقوقه حتى يتمكن من تنفيذ العقد على النحو المتفق عليه، والحفاظ على التوازن المالي مرجعه اعتبارات العدالة وحسن النية في تنفيذ العقود الامر الذي ينعكس ايجابا على المرافق العامة وحسن سيرها بانتظام واضطراد.

واذا كان هذا مقرر مسبقا للمتعاقد وفقا للقواعد القانونية الادارية، لذا وبحكم مبدأ الامن القانوني يكون المتعاقد بأمان واطمئنان من تطبيق ذلك عليه فوفقا للأمن القانوني تلتزم السلطات العامة بتحقيق الثبات النسبي في العلاقات القانونية، وكذلك الاستقرار للمراكز القانونية بهدف اشاعة الامن والطمأنينة بين اطراف العلاقة القانونية، بالنظر لاستقرار هذه القواعد القانونية من ناحية تطبيقها عليهم.

من كل ما تقدم نجد ان هنالك علاقة قوية بين ارساء الامن القانوني في دولة القانون وبين ضمان حقوق المتعاقد مع الادارة، فالأسئلة التي تتبادر الى ذهننا كثيرة، اذ ماذا لو كان هنالك عدم احترام للحقوق المكتسبة للمتعاقد مع الادارة، هل يمكن مع هذا الحال ان نتصور امكانية اقدام احد على التعاقد مع الادارة او الاستثمار معها؟ اذ لا يمكن ان نتصور تحقيق اي تقدم في الدولة او ان نبني دولة القانون دون وجود امن قانوني بكافة صورة، فالآمن القانوني يشكل ضمانة مهمة للأفراد في اي مجتمع بما يحمله من افكار اصبحت في جميع دول القانون مبادئ قانونية راسخة، فاليقين القانوني ووجود سند مادي للأعمال القانونية او تلك التي تصدر عن سلطات الدولة، وان تكون هذه قوانين الدولة بمستوى من الجودة التشريعية والوضوح والدلالة بحيث يتمكن الفرد من الوصول اليها فكريا اضافة الى سهولة الوصول المادي لها، وكذلك ارساء مبدأ عدم رجعية القوانين واحترام الحقوق المكتسبة، كلها مبادئ تشكل ضمانات للمتعاقد مع الادارة، اختصرت جميعها بإقرار وارساء مبدأ الامن القانوني، الذي يمثل وجوده ضمانه مهمة لحق كل فرد لاسيما حقوق المتعاقد مع الادارة، ذلك الفرد الذي اقبل على هذا العقد رغم شروطه الاستثنائية، عشما بما يتمتع به قانونه من امن قانوني يضمن له هذه الحقوق ويحفظها في دولة القانون.

الخاتمــة :

بعد ان انهينا دراستنا هذه، لابد من وضع النتائج التي توصلنا لها وعدد من التوصيات التي نأمل ان يأخذ بها مشرعنا القانوني عند صياغة القواعد القانونية في الهرم القانوني لدولة القانون، وتفعيلها في مجال العقود الادارية وضمان حقوق المتعاقد مع الادارة.

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

اولا: النتائج :

١- يعد الامن القانوني هو احد الركائز الاساسية لدولة القانون، التي لا يقتصر دورها على الحماية ضد الفوضى والتعسف فحسب، وانما تتكفل ببناء نظام قانوني منسجم داخل الدولة. فالمقصود بمبدأ الامن القانوني هو الحالة المثالية التي يهدف اليها القانون، من خلال صياغة قواعد قانونية واضحة ومتماسكة ومستقرة نسبيا ويمكن الوصول اليها بيسر، كي يتسنى للأشخاص بناء توقعاتهم المشروعة عليها مسبقا، بحيث تكون سندا لحقوقهم المكتسبة ومراكزهم القانونية.

فالأمن القانوني يهدف الى ايجاد نوع من الثبات النسبي للعلاقة القانونية، وحد ادنى من الاستقرار للمراكز القانونية، لغرض اشاعة الامن والطمأنينة بين اطراف العلاقات القانونية بغض النظر عما اذا كانت اشخاص قانونية خاصة ام عامة بحيث يستطيع هؤلاء الاشخاص ترتيب اوضاعهم وفقا للقواعد القانونية القائمة وقت مباشرتها لأعمالها دون ان تتعرض لمفاجئات او اعمال لم تكن بالحسبان صادرة عن احدى السلطات العامة في الدولة، الامر الذي يهدم ركن الاستقرار ويزعزع روح الثقة والاطمئنان بالدولة وقوانينها.

٢- للأمن القانوني صور متعددة، ويتفرع من هذا المبدأ المهم عدد من المبادئ الاخرى التي لا تقل بالأهمية عن فكرة الامن القانوني، الا ان الاخير يجمع هذه الصور كافة عند ذكره، فالصور او المبادئ المتفرعة عن مبدأ الامن القانوني، يضفي الدستور على البعض منها قيمة دستورية ايضا كما الامن القانوني، والاخر لا يملك مثل هذه القيمة الدستورية، وهذه الصور تتمثل بفكرة اليقين القانوني، والاستقرار القانوني او عدم رجعية القوانين، وكذلك فكرة التوقع المشروع واحترام الحقوق المكتسبة.

٣- يجد مبدأ الامن القانوني اساسه في الدستور، اذ لجأ المشرع في الدول المختلفة لسن التشريعات لكفالة الحقوق وضمانها وتحديد العلاقات، فالأمن القانوني يجد اساسه في الدستور وانعكاس هذا الاساس على التشريعات العادية في دولة القانون.

فقد نشأت فكرة الامن القانوني كمبدأ قانوني من حاجة المجتمع والدول الى الامن والحماية لأصحاب المراكز القانونية داخل الدولة، اذ كفل المشرع الدستوري مبدأ الامن القانوني اما بصورة صريحة بذكره مباشرتا في متن الوثيقة الدستورية كالمشرع الدستوري السويدي والبرتغالي, او من خلال الاشارة الضمنية بالنص في الدستور على صور هذا المبدأ او عناصره وتنظيمها، وهذا ما فعله المشرع الدستوري العراقي في تنظيمه لهذا المبدأ، اذ تضمن دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥، اكثر من نص يتعلق بسيادة القانون ومبدأ المشروعية وكل ما يتعلق بالحقوق المكتسبة، وضرورة استقرار

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

المراكز القانونية، ومبدأ عدم رجعية القوانين الى الماضي، وكذلك النص على نشر القوانين واعلام الافراد بها كي تكون حجة ونافذة عليهم بما تتضمنه من قواعد واحكام يجب مراعاتها والعمل بها.

٤-للإدارة في العقود الادارية سلطات واسعة لا نظير لها في العقود العادية المبرمة في ظل القانون الخاص، سواء سلطة الادارة في الرقابة والتوجيه او سلطتها في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها او سلطة الادارة في تعديل شروط العقد او انهاءه بإرادتها المنفردة، اذ نجد ان كل سلطة من سلطات الادارة العامة على قدر من الاهمية والخطورة في ان واحد، اضافة الى انها تشكل خرق واستثناء لقاعدة (العقد شريعة المتعاقدين) المعروفة في القانون الخاص، لذا وبمقابل هذه السلطات الواسعة والخطيرة، كانت هنالك جملة من الحقوق للمتعاقد مع الادارة عند تنفيذ العقد المبرم بينهما، مقابل ما تتمتع به الاخيرة من امتيازات، لذا نجد ان فكرة الامن القانوني لها دور مهم وكبير في العقود الادارية، اذ انها تشكل خير ضمان لحقوق المتعاقد مع الادارة وافضل ضمان لها، فان يكون القانون محدد في تنظيمه للمراكز القانونية في العقد الاداري، وان تكون النتائج معروفة للمتعاقدين مسبقا وفقا للقانون، بحيث ان كل طرف في العقد الاداري يستطيع مسبقا ان يتوقع هذه النتائج ويعتمد عليها، ويحدد ما له من حقوق وما عليه من التزامات وواجبات، وهو ما يسمى بفكرة التوقع المشروع، التي تعد من اهم المبادئ والافكار المتمخضة عن الامن القانوني، اضافة الى وجوب عدم رجعية القوانين الى الماضي، واحترام الحقوق المكتسبة، واليقين القانوني وما يتطلبه من وضوح القانون وسهولة الوصول المادي والفكري للقواعد القانونية، جميعها افكار ومبادئ لا يمكن تحقيقها والوصول اليها لاسيما في مجال العقود الادارية دون الاخذ بمبدأ او فكرة الامن القانوني وتكريسها في القوانين، فارساء مبدأ الامن القانوني يشكل ضمان لحقوق المتعاقدين في العقد الاداري وليس لاحدهما، ولكن درسناه من جانب المتعاقد مع الادارة كونه الطرف الاضعف في هذه العلاقة القانونية، التي تتمتع بها الادارة بامتيازات استثنائية لضرورات المصلحة العامة، لذا نجد ان هذا المبدأ يعد خير ضمان لحقوق المتعاقد مع الادارة.

٥- للإدارة دور مهم في تحقيق مبدأ الامن القانوني، اذ عليها ان تولي كامل العناية والاهتمام عند اعداد القرارات الصادرة عنها والتي تسمى بالتشريعات الفرعية، اذ يجب ان تكون متفقة ولا تتعارض مع التشريعات العادية او الدستور ضمن الهرم القانوني في دولة القانون، وان تكون على نهج القوانين من حيث الوضوح والاستقرار والتوقع المشروع للأفراد وعدم الرجعية واحترام الحقوق المكتسبة وعدم المساس بها، فهي تشريعات قانونية ايضا وتخضع لذات الشروط المطلوبة عند صياغة القواعد القانونية.

اضافة الى دور الاجهزة الادارية في حماية حقوق وحريات وممتلكات الافراد وحفظ الامن والنظام في الدولة.

٦- هنالك علاقة قوية بين ارساء الامن القانوني في دولة القانون وبين ضمان حقوق المتعاقد مع الادارة، فالآمن القانوني يشكل ضمانة مهمة للأفراد في اي مجتمع بما يحمله من افكار اصبحت في جميع دول القانون مبادئ قانونية راسخة، فاليقين القانوني ووجود سند مادي للأعمال القانونية او تلك التي تصدر عن سلطات الدولة، وان تكون قوانين الدولة بمستوى من الجودة التشريعية والوضوح والدلالة بحيث يتمكن الفرد من الوصول اليها فكريا اضافة الى سهولة الوصول المادي لها، وكذلك ارساء مبدأ عدم رجعية القوانين واحترام الحقوق المكتسبة، كلها مبادئ تشكل ضمانات للمتعاقد مع الادارة، اختصرت جميعها بإقرار وارساء مبدأ الامن القانوني، الذي يمثل وجوده ضمانه مهمة لحق كل فرد لاسيما حقوق المتعاقد مع الادارة (من مقابل معين او حقه في التعويض او حقة في اعادة التوازن المالي للعقد)، ذلك الفرد الذي اقبل على هذا العقد رغم شروطه الاستثنائية، عشما بما يتمتع به قانونه من امن قانوني يضمن له هذه الحقوق ويحفظها في دولة القانون.

٧- لتحقيق الامن القانوني لابد من الاستقرار النسبي للنصوص القانونية الا ان هذا الاستقرار لا يراد منه الجمود وعدم التعديل والاخذ بالمستجدات والتطورات، لان العمل بقوانين قديمة لا تتفق مع متطلبات واحتياجات العصر وماطرا من مستجدات وتطورات للمجتمع يعد هو الاخر مظهر من مظاهر اللا آمن القانوني.

ثانيا: التوصيات

١- ندعو المشرع الدستوري الى ايراد نص صريح يكفل تكريس مبدأ الامن القانوني بالدستور العراقي صراحتا، فالاعتراف الضمني لهذا المبدأ المهم لا يكفي نحن بحاجة الى تكريس مبدا الامن القانوني صرحتا في دستورنا لتحقيق الانسجام في النظام القانوني لدولة القانون التي نطمح لها.

٢- ندعو المشرع الى تكريس مبدأ الامن القانوني في النصوص والقواعد القانونية المعمول بها داخل الدولة، من خلال تكريس مبدا الثبات والاستقرار قدر الامكان، والسمو والحفاظ على المراكز القانونية في جميع التشريعات العادية او الفرعية، الامر الذي يعزز الثقة والطمأنينة لدى الافراد ويشجعهم بالدخول في علاقات قانونية مع الدولة، ومنها العقود الادارية، فالأمن القانوني يزيد من ثقة الفرد بدولته ونظامه القانوني.

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

٣-ندعو الهيئات الادارية الى ضرورة الاخذ بمبدأ الامن القانوني في جميع العلاقات القانونية التي ترتبط بها، لاسيما ما يتعلق بضمان حقوق المتعاقدين معها في العقود الادارية، وتأمين نوع من الثبات والاستقرار والوضوح في هذه العلاقات، وان نضمن للمتعاقد الثقة المشروعة بتعامله مع الادارة، بحيث يستطيع هؤلاء الاشخاص ترتيب اوضاعهم وفقا للقواعد القانونية القائمة وقت مباشرتهم لأعمالهم دون ان التعرض لمفاجئات او اعمال لم تكن بالحسبان صادرة عن الادارة بعد ابرام العقد الاداري.

٤- ضرورة التقييد بالهرم القانوني في دولة القانون، من حيث تواجد العلاقة التدريجية للقواعد القانونية في هذا الهرم ومراعاة ان يكون النص التنفيذي متسقا مع النص القانوني والدستوري المنبثق عنهما، كما يجب ان تصدر الانظمة والتعليمات الكفيلة بتنفيذ القوانين في اجالها المحددة او خلال فترة معقولة من تشريع القوانين، والا فقدت قيمتها.

واخر دعوانا ان الحمـــــــد لله رب العاملين

بعد القران الكريم

قائمة المراجع

اولا: معاجم اللغة العربية

١- ابن منظور / لسان العرب / مادة (امن) / دار صادر / بيروت / ط٣ / ١٤١٤هـ .

ثانيا: الكتب

١- د. احمد ابراهيم حسن / غاية القانون – دراسة في فلسفة القانون / دار المطبوعات الجامعية / الاسكندرية / ٢٠٠٠ / ص١٧٩.

٢- بو زيد صبرينة / الامن القانوني لاحكام قانون المنافسة / الطبعة الاولى / مكتبة الوفاء القانونية / الاسكندرية / ٢٠١٨.

٣- د. سليمان محمد الطماوي / الاسس العامة للعقود الادارية – دراسة مقارنة / دار الفكر العربي / ١٩٨٤.

٤- د. شمران حمادي / النظم السياسية والدستورية في الشرق الاوسط / شركة الطبع والنشر الاهلية / بغداد / ١٩٦٤.

٥- د. طعيمة الجرف / القانون الاداري / مكتبة القاهرة الحديثة / القاهرة / ١٩٧٠.

٦- د. عبد الرزاق احمد السنهوري / مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية / بحث منشور في مجلة مجلس الدولة المصري / السنة الثالثة / ١٩٥٢.
٧- د. عبد الفتاح مراد / المعجم القانوني / بدون مكان نشر / الطبعة الاولى / ٢٠٠٥.
٨- د. علي مجيد العكيلي / مبدأ الامن القانوني بين النص الدستوري والواقع العملي / الطبعة الاولى / ٢٠١٩ / المركز العربي للنشر والتوزيع / القاهرة.
٩- د. مازن ليلو / العقود الادارية / منظمة طبع ونشر الثقافة القانونية / اربيل / العراق / ٢٠١٠.
١٠- د. مازن ليلو / النظرية العامة للقرارات والعقود الادارية / مركز ابحاث القانون المقارن / اربيل / العراق / ٢٠١٠.
١١- د. مازن ليلو / حماية الامن القانوني في النظم القانونية المعاصرة / الطبعة الاولى / المركز العربي للنشر والتوزيع / القاهرة / ٢٠٢٠.
١٢- د. محمد عبد العال السناري / النظرية العامة للعقود الادارية – دراسة مقارنة / دار النهضة العربية / مطبعة الاسراء / القاهرة / بدون سنة نشر.
١٣- محمد عبد اللطيف محمد / مبدا الامن القانوني / مجلة البحوث القانونية والاقتصادية لجامعة المنصورة / العدد ٣٦ / ٢٠٠٤.
١٤- د. محمود سامي جمال الدين / اصول القانون الاداري في دولة الامارات العربية المتحدة / ط٢ / نظرية العمل الاداري / ١٩٩٤.
١٥- د. مصطفى سالم النجيفي / العقود الادارية والتحكيم / الافاق المشرقة ناشرون / الامارات العربية / ٢٠١٠.
١٦- د. نصري منصور نابلسي / العقود الادارية – دراسة مقارنة / الطبعة الاولى / منشورات زين الحقوقية / ٢٠١٠.

ثالثا: أطاريح الدكتوراه

١- اوراك حورية / مبادئ الامن القانوني في القانون الجزائري واجراءاته / اطروحة دكتوراه / جامعة الجزائر / ٢٠١٨.
٢- طلال جميل شريف / دور مجلس الدولة العراقي في ارساء مبدا الامن القانوني في تشريعات الوظيفة العامة – دراسة مقارنة / اطروحة دكتوراه / كلية الحقوق - جامعة النهرين / ٢٠٢٢.

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

رابعا: الابحاث والمقالات العلمية

١- دويني مختار / مبدأ الامن القانوني ومقتضيات تحقيقه / مجلة الدراسات الحقوقية لجامعة سعيدة / العدد ٥ / ٢٠١٦.
٢- د. عامر الهواري – د. هدفي العيد / التكريس الدستوري لمبدأ الامن القانوني ضمانة لتجسيد دولة القانون الحديثة في الجزائر / مجلة مدارات سياسية / المجلد ٥ / العدد ١ / ٢٠٢١.
٣- فؤاد الصامت / دور القاعدة القانونية في توفير الامن القانوني / مجلة المتوسط للدراسات القانونية والقضائية المغرب / العدد الثاني / ٢٠١٦.

خامسا: القوانين

أ- الدساتير
١- الدستور الالماني لعام ١٩٤٩.
٢- الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨.
٣- الدستور الالماني لعام ١٩٦١.
٤- الدستور الاماراتي لعام ١٩٧١.
٥- الدستور السويدي لعام ١٩٧٤.
٦- دستور البرتغال لعام ١٩٧٦.
٧- الدستور الاسباني لعام ١٩٧٨.
٨- الدستور السعودي لعام ١٩٩٢.
٩- دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥.
١٠-الدستور المصري لعام ١٩١٤.
١١-الدستور الجزائري لعام ٢٠٢٠.

سادسا: التقارير

١- التقرير السنوي لمجلس الدولة الفرنسي الصادر عام ٢٠٠٦.
٢- الموسوعة العدلية العدد ١٦ / ١٩٩٤.

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

سابعا: المصادر الالكترونية

١- د. زياد خالد المفرجي / الحق المكتسب في القانون الاداري / منشور على الموقع الالكتروني (تاريخ الزيارة في ٢٠٢٢/٣/٢٥):

https://www.iasj.net

٢- تعريف الامن في اصطلاحات اللغة العربية / منشور على الموقع الالكتروني (تاريخ الزيارة في ٢٠٢٢/٣/٢٠):

Elmasa-security.net

٣- مفهوم الامن القانوني ومبادئه / منشور على الموقع الالكتروني (تاريخ الزيارة في ٢٠٢٢/٣/٢٠):

https://universitylifestyle.net

ثامنا: المصادر الاجنبية

1- Piazzon Thomas / La securite juridique / these / Defrenhos / coll doctor et natariat / T.35 / 2009 / P.62.

2- Conseil d'Etat, Rapport public 2006, securite juridique et complexite du droit (paris:la documentation francaise, 2006), P61.

الأمن القانوني في التشريعات الجنائية الخاصة

أ.م.د. هيمن عبدالله محمد
جامعة حلبجة - كلية القانون والإدارة
Hemn.muhammad@uoh.edu.iq

الملخص :

أصدر المشرع الجنائي خلال العَقدين الماضيين وحتى الآن مجموعة من التشريعات الجنائية الخاصة لمواكبة مستجدات العصر بعد التحولات السياسية والإقتصادية والإجتماعية التي شهدتها العراق بعد سقوط نظامها السابق سنة ٢٠٠٣ وإعادة هيكلة الدولة وتبني النظام الديمقراطي التعددي الحر في دستورها الدائم لسنة ٢٠٠٥، سواء تلك التي أصدرت على صعيد الدولة الإتحادية كـ(قانون مكافحة الإرهاب رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٥) أو على صعيد الاقليم كـ(قانون منع إساءة استعمال أجهزة الإتصالات في اقليم كوردستان - العراق رقم ٦ لسنة ٢٠٠٨ ، وقانون مناهضة العنف الأسري في اقيم كوردستان – العراق رقم ٨ لسنة ٢٠١١، وقانون مكافحة التدخين في إقليم كوردستان- العراق رقم ٣١ لسنة ٢٠٠٧).

يمثل هذا البحث محاولة لبيان مدى تأثر الأمن القانوني – كمبدأ مهم لقوام دولة القانون الحديثة وثباتها واستقرارها – بالتشريعات الجنائية الخاصة التي يضيفها المشرع الجنائي إلى المنظومة الجنائية القائمة لإستجابة متطلبات العصر وسد النواقص والهفوات التي تظهر في التشريعات الجنائية العامة وتوفير الحماية الجنائية الملائمة للحقوق أوالمصالح أو المراكز القانونية المستحدثة نتيجةً لتطور وسائل وفنون ارتكاب الجرائم وظهور أنماط جديدة من السلوك الضار لم يخطر تجريمه في إذهان المشرع عند صياغة النصوص الجنائية العامة.

واكتفينا في هذا السياق بدراسة مدى تأثر الأمن القانوني بقانون منع إساءة استعمال أجهزة الإتصالات في اقليم كوردستان - العراق رقم ٦ لسنة ٢٠٠٨ -كنموذج للتشريعات الجنائية الخاصة- لكون هذا القانون أكثر مرشحاً من الناحية العملية لتهديد الأمن القانوني في اقليم كوردستان العراق.

وتم لنا ذلك - بعون الله تعالي - من خلال تقسيم البحث إلى مبحثين، تطرقنا في المبحث الأول للتعريف بالأمن القانوني من خلال مطلبين: تناولنا في المطلب الأول مفهوم الأمن القانوني، وبحثنا في المطلب الثاني عناصر الأمن القانوني، أما المبحث الثاني فدرسنا فيه مدى تأثر الأمن القانوني بالتشريعات الجنائية الخاصة، وذلك من خلال مطلبين: خصص المطلب الأول لبيان عوارض الأمن القانوني في التشريعات الجنائية الخاصة، وكُرِّسَ المطلب الثاني لبيان مظاهر الإخلال بالأمن القانوني في قانون منع إساءة استعمال أجهزة الإتصالات في اقليم كوردستان – العراق رقم ٦ لسنة ٢٠٠٨ – كنموذج للتشريعات الجنائية الخاصة.

فلاحظنا خلال دراستنا لموضوع البحث أن التشريعات الجنائية الخاصة بشكل عام، وقانون منع إساءة استعمال أجهزة الإتصالات في اقليم كوردستان- العراق على وجه الخصوص، تتسم بنوع من المفاجئة والتضخم والتوسع في تجريم النشاطات الإنسانية التى الأصل فيها الإباحة، إضافةً إلى عدم اتباع المشرع لسياسة تجريمية وعقابية رشيدة، وعدم اتباعه لوسائل الصياغة القانونية السليمة للوصول إلى الغاية المرجوة منها، وهذا مايشكل تهديداً فعلياً على الحقوق أوالمصالح أو المراكز القانونية المشروعة ويهدم الطمأنينة والثقة في العلاقات القائمة بين أشخاص القانون العام والخاص ويمثل عائقاً فعلياً أمام تحقيق الأمن القانوني في هذه التشريعات الجنائية الخاصة. وانتهينا الدراسة بخاتمة تضمنت أهم النتائج والتوصيات التي توصلنا إليها خلال الدراسة.

الكلمات المفتاحية: الأمن القانوني؛ التشريع الجنائي الخاص؛ معوقات؛ مظاهر.

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

Abstract :

During the past two decades, the criminal legislator has issued a set of special criminal legislation to keep pace with the developments of the times after the political, economic and social transformations that Iraq witnessed after the fall of its previous regime in 2003, restructuring the state and adopting the free pluralistic democratic system in its permanent constitution for the year 2005, both those issued at the level of The federal state as (Anti-Terrorism Law No. 13 of 2005) or at the regional level as (Law to prevent misuse of telecommunications equipment in the Kurdistan Region - Iraq No. 6 of 2008, and the Anti-Domestic Violence Law in Kurdistan - Iraq No. 8 of 2011, and Anti-Smoking Law in the Kurdistan Region - Iraq No. 31 of 2007).

This research represents an attempt to show the extent to which legal security - as an important principle for the strength, stability and stability of the modern state of law - is affected by the special criminal legislation that the criminal legislator adds to the existing criminal system to respond to the requirements of the times and fill the shortcomings and lapses that appear in general criminal legislation and provide appropriate felony protection for rights, interests or centers The new legality as a result of the development of the means and arts of committing crimes and the emergence of new patterns of harmful behavior whose criminalization did not occur to the legislator when drafting general criminal texts.

In this context, we sufficed with studying the extent to which legal security was affected by the Law of Preventing the Misuse of Communications Devices in the Kurdistan Region - Iraq No. 6 of 2008 - as a model for special criminal legislation - because this law is more likely from a practical point of view to threaten legal security in the Kurdistan Region of Iraq.

We divided the research into two sections. In the first one, we dealt with the definition of legal security through two topics: we discussed in the first one the concept of legal security, and we discussed in the second the elements of legal security. As for the second section, we studied the extent to which legal security is affected by special criminal legislation. And that through two topics: The first one was devoted to explaining the symptoms of legal security in special criminal legislation, and the second was devoted to explaining the manifestations of breach of legal security in the Law to Prevent Misuse of Communications Devices in the Kurdistan Region - Iraq No. 6 of 2008 - as a model for special criminal legislation.

We noticed during our study of the topic of the research that the special criminal legislation in general, and the law to prevent the misuse of communications equipment in the Kurdistan Region - Iraq in particular, is characterized by a kind of suddenness, inflation and expansion in the criminalization of human activities in which the origin is permissible, in addition to the fact that the legislator does not follow a criminal and punitive policy rationality, and his failure to follow the means of sound legal drafting to reach the desired goal, and this constitutes an actual threat to the rights, interests or legitimate legal positions and destroys the tranquility and confidence in the existing relations

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

between public and private law persons and represents an actual obstacle to achieving legal security in these private criminal legislation.

We ended the study with a conclusion that included the most important results and recommendations that we reached during the study.

المقدمة :

تعد فكرة الأمن القانوني من المفاهيم المتداولة في الفقه القانوني المعاصر، لاسيما عندما يتعلق الأمر بتقييم التشريعات الصادرة من السلطة التشريعية، أو عند نقد مسار تطبيق القاعدة القانونية أو تفسيرها من قبل القضاء، فغالباً ما يوجه النقد للأنظمة القانونية من جوانب عديدة، منها ما يتعلق بعدم الدقة في صياغتها، ومنها مايتعلق بعدم التناسب التشريعي فيها ، ومنها مايتعلق بتضخم النصوص القانونية أو بعدم استقرارها نتيجة لتغييرها المتكرر بغية مواكبتها لمستجدات العصر أو بالإضرار بالحقوق والمراكز القانونية نتيجةً لتوسع القضاء في تطبيق المواد القانونية خاصةً عندما يتعلق الأمر بتنظيم بعض المجالات الجديدة المرتبطة بانفتاح وتقدم المجتمعات.

وان تطبيق فكرة الأمن القانوني مسالة مطروحة في معظم فروع القانون، لاسيما تلك التي تندرج ضمن فروع القانون العام، وبما أن القانون الجنائي يندرج ضمن هذا الفرع يتطلب تحقيق الأمن القانوني فيه بأتباع المشرع في صياغة النصوص الجنائية الدقة في صياغة النصوص والإبتعاد عن التضخم والمفاجئات التشريعية، بالإضافة إلى اتباع سياسة جنائية رشيدة في التجريم والعقاب لكي يكون المواطن في مأمن من مخاطر النصوص الجنائية.

فكلما استجاب المشرع لهذه المستلزمات يكون الأمن القانوني متوفراً في التشريعات الجنائية ويكون ذلك دليلاً على رشد السياسة التشريعية ويساعد المشرع في وصوله إلى الغاية المرجوة من هذه التشريعات، وكلما قل مراعات المشرع لهذه المستلزمات يكون الأمن القانوني مهدداً، وبه يخلق عدم الإستقرار القانوني ويهدم ثقة المواطن بالمؤسسات القضائية القائمة.

بناءاً على ماسبق يقع اهتمامنا في هذه الدراسة على إبراز مظاهر الإخلال بالأمن القانوني في قانون منع إساءة استعمال أجهزة الإتصالات في اقليم كوردستان - العراق رقم ٦ لسنة ٢٠٠٨ -كنموذج للتشريعات الجنائية الخاصة التي تدخل المشرع الكوردستانى بإضافته إلى المنظومة الجنائية العراقية المطبقة في اقليم كوردستان – العراق تحت تأثير التغيرات التي شهده الاقليم في السنوات الأخيرة و بعد التطورات الهائلة في عالم تكنولوجيا المعلومات ودخول وسائلها إلى شتى مجالات الحياة وانتشار عريضة النطاق للوسائل التكنولوجية الحديثة ووسائل الأتصالات والأنترنت وتعاظم دورها بشكل غير محدود.

ومن هذا المنطلق تطرح الأهمية البالغة لمعرفة وفهم هذا البعد الجديد من الأمن القانوني، وعليه نطرح الإشكالية التالية: كيف يمكن للتشريعات الجنائية الخاصة أن تحقق الأمن القانوني، وماهي معوقات الأمن القانوني في قانون منع إساءة استعمال أجهزة الإتصالات في اقليم كوردستان - العراق رقم ٦ لسنة ٢٠٠٨ -كنموذج للتشريعات الجنائية الخاصة؟.

وإن الإحاطة بكافة جوانب الموضوع تقتضي منا في هذه الدراسة التعريف بالأمن القانوني وبيان عناصره وذلك في (المبحث الأول)، ثم بيان عوارض الأمن القانوني في التشريعات الجنائية الخاصة ومظاهر الإخلال بالأمن القانوني في قانون منع إساءة استعمال أجهزة الإتصالات في اقليم كوردستان - العراق رقم ٦ لسنة ٢٠٠٨ -كنموذج للتشريعات الجنائية الخاصة في (المبحث الثاني)، واعتمدنا في كل ذلك على المنهج الوصفي التحليلي للوصول إلى الغاية المرجوة من البحث.

واختتمنا الدراسة بأهم ما توصلنا إليه من نتائج وتوصيات.

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

المبحث الأول

التعريف بالأمن القانوني

يعد الأمن القانوني من المفاهيم التي لازالت غامضة في ميدان الدراسة القانونية، فهو لاينفصل تاريخيا عن مقومات بناء دولة القانون التي تأتي في مقدمتها القاعدة القانونية، ويرتبط بها رتباطا وثيقاً من حيث نشأتها ومذاهبها المختلفة، ويتميز بخصائص يجعل منه مبدأ مميزا ضمن المبادئ القانونية[١].

ولما كانت أهمية الدراسة تقتضي منا التعريف بالأمن القانوني، قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين نتناول في المطلب الأول أهم تعريف الأمن القانوني، ثم نقوم ببيان المقومات التي تقوم عليها هذا المبدأ.

المطلب الأول : مفهوم الأمن القانوني

ينبغي الإحاطة بكافة جوانب الأمن القانوني تقسيم هذا المطلب إلى فرعين، نتناول في الفرع الاول تعريف الأمن القانوني، ونخصص الفرع الثاني لتمييزه عما يتشابه معه ، وذلك على النحو الاتي.

الفرع الأول : تعريف الأمن القانوني

لم يتضمن التشريع العراقي تعريفاً صريحاً للأمن القانوني[٢]، كما لم يحضى هذا المصطلح بتعريف المشرعين له شأنه شأن العديد من المصطلحات القانونية الأخرى، الأمر الذي جعل هذه المسألة تقع على عاتق الفقه والقضاء لإيجاد تعريف له، وفي ذلك ظهرت عدة اتجاهات فقهية يتغير مفهوم الأمن القانوني عندهم باختلاف الزاوية التي ينظرون بها إلى هذا المصطلح:

فهناك من يعتبره كأحد مظاهر حق الإنسان الطبيعي في الامان؛ وعلى هذا الاساس يعرفه على أنه: " كل ضمانة تهدف الى تأمين حسن تنفيذ الالتزامات وتلافي عدم الوثوق بتطبيق القانون بما يؤمن حق الافراد بالأمان"[٣].

وهناك من بنى تعريفه على أساس فكرة الثقة المشروعة، التي تعني " كل وضعية بالواقع تستشف من وضوح ودقة قواعد القانون المطبق حتى يمكن للفرد أن يعرف حقوقه وواجباته ويتخذ موقفا على ضوء ذلك"[٤].

---

(١) د. دويني مختار، مبدأ الأمن القانوني ومقتضيات تحقيقه، مجلة الدراسات الحقوقية، كلية الحقوق والعلوم السياسية- جامعة سعيدة، العدد ٥، تموز ٢٠١٦، ص٢٥.

(٢) تجدر هنا الإشارة إلى تضمين التشريع العراقي ضمنياً لبض مظاهر الأمن القانوني في نصوص تشريعية متفرقة، كالتي جاء بها نص المادة (١٩) من الدستور العراقي الدائم لسنة ٢٠٠٥، إذ تنص على أنه:" اولاً: القضاء مستقل لا سلطان عليه لغير القانون. ثانياً: لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص ، ولا عقوبة إلا على الفعل الذي يعده القانون وقت اقترافه جريمة، ولا يجوز تطبيق عقوبة اشد من العقوبة النافذة وقت ارتكاب الجريمة. ثالثاً: التقاضي حق مصون ومكفول للجميع. ربعاً: حق الدفاع مقدس ومكفول في جميع مراحل التحقيق والمحاكمة. خامساً :المتهم بريء حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونية عادلة ، ولا يحاكم المتهم عن التهمة ذاتها مرة أخرى بعد الافراج عنه إلا اذا ظهرت ادلة جديدة. سادساً: لكل فرد الحق في أن يعامل معاملة عادلة في الاجراءات القضائية والادارية. سابعاً :جلسات المحاكم علنية إلا اذا قررت المحكمة جعلها سرية. ثامناً: العقوبة شخصية. تاسعاً: ليس للقوانين اثر رجعي ما لم يُنص على خلاف ذلك .... عاشراً: لا يسري القانون الجزائي بأثر رجعي إلا إذا كان اصلح للمتهم.....". وكذلك المباديء القانونية التي ذكرت في المادتين الأولى والثانية من قانون العقوبات العراقي النافذ كـ(قانونية الجرائم والعقوبات وعدم رجعية القوانين المشددة على الماضي و سريان قانون الأصلح للمتهم).

(٣) محمد سالم كريم، دور القضاء الدستوري في تحقيق مبدأ الأمن القانوني، جامعة القادسية – مجلة القادسية والعلوم السياسية، العدد ٢، المجلد ٨، كانون الأول- ٢٠١٧، ص٣١٨.

(٤) يسرى محمد العصار، دور الاعتبارات العملية في القضاء الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩ ، ص ٢٤٥ .

وهناك من نظر إلى محتواه وفقا لمعيار الشخصي، فعرفه بأنه: "وجود نوع من الثبات النسبي للعلاقات القانونية، واستقرار المراكز القانونية لغرض إشاعة الأمن والطمأنينة بين أطراف العلاقات القانونية سواء أكانت أشخاص قانونية خاصة أم عامة، حيث تستطيع هذه الأطراف ترتيب أوضاعها وفقا للقواعد القانونية القائمة وقت مباشرتها لأعمالها، دون أن تتعرض لمفاجآت أو أعمال لم تكن في الحسبان صادرة عن إحدى سلطات الدولة الثلاث، ويكون من شأنها ركن الاستقرار والثقة والاطمئنان بالدولة وقوانينها"[١].

وهناك من يعرفه خلال الأهداف التي يحققها فعرفه بأنه: "عملية تستهدف توفير حالة من الاستقرار في العلاقات والمراكز القانونية من خلال إصدار تشريعات متطابقة مع الدستور ومتوافقة مع مبادئ القانون الدولي غايتها إشاعة الثقة والطمأنينة بين أطراف العلاقات القانونية سواء كانوا أشخاص القانون الخاص أو العام" [٢].

وإن أكثر التعريفات لمبدأ الأمن القانوني وضوحا وشمولا؛ التعريف الذي قدمه مجلس الدولة الفرنسي في تقريره الدوري لسنة ٢٠٠٦ ، والذي جاء فيه: " مبدأ الأمن القانوني يقتضي أن يكون المواطن، قادرا على تحديد ما هو مباح و ما هو محظور بموجب القانون الساري دون أن يستدعي ذلك من جانبه بذل مجهودات إضافية من أجل بلوغ هذه النتيجة، ويجب أن تكون القوانين الصادرة واضحة و مفهومة ولا تخضع في الزمن لتغييرات مفرطة، وبالأخص غير متوقعة"[٣].

وهناك من يقسم مضمون الأمن القانوني في ضوء هذا التقرير إلى محورين، المحور الزمني المتعلق بقابلية القانون للتوقع، وأن تبقى المراكز القانونية ثابتة نسبياً ، والمحور الشكلي المتعلق بنوعية القانون من حيث الوضوح[٤]، فيرى الاستاذ (Formont) ان مبدأ الامن القانوني يتضمن طائفتين من القواعد، أما الطائفة الاولى فتهدف إلى ضمان استقرار المراكز القانونية أو الثبات النسبي لهذه المراكز من حيث الزمان، و أما الطائفة الثانية من القواعد فهي تشترط فكرة اليقين (la certitude) في القواعد القانونية، أي الوضوح والتحديد للقواعد القانونية و قرارات السلطات العامة، مما يعني توافر الجودة في هذه القواعد والقرارات[٥].

و نستنتج من خلال التعاريف السابقة أن الفقه لم يتفق على تعريف جامع مانع للأمن القانوني، والسبب في ذلك يرجع بالأساس لكون نظرية الأمن القانوني متعددة الأشكال والمظاهر ومتنوعة المعاني والدلالات وكثيرة الأبعاد والأهداف.

الفرع الثاني : تميز الأمن القانوني عن المصطلحات المشابهة له

قد يتشابه الأمن القانوني ببعض مبادئ أخرى مماثله له مما يؤدي الى الخلط بينها، ويرجع ذلك إلى كون هذه المبادئ تهدف كلها إلى تحقيق غاية واحدة وهي المحافظة على الحقوق والمراكز القانونية للأفراد، ومن أبرز هذه المبادئ الحق في الأمن الشخصي والحق في الأمن المادي.

---

(١) علي مجيد العكيلي، مبدأ الأمن القانوني بين النص الدستوري والواقع العملي، الطبعة الأولى، المركز العربي للنشر والتوزيع، مصر، ٢٠١٩ ، ص١٥.

(٢) محمد بوكماش، خلود كلاش، مبدأ الامن القانوني ومدى تكريسه في القضاء الاداري، مجلة البحوث والدراسات– العدد ٢٤، السنة ١٤، صيف ٢٠١٧، ص ١٤٠ .

(٣) Conseil d'Etat, Sécurité juridique et complexité du droit, Rapport public, Etudes et documents du Conseil d'Etat n°57, La documentation française, 2006.p 281. نقلاً عن عبدالمجيد غميجة، مبدا الأمن القانوني وضرورة الأمن القضائي، مجلة الحقوق المغربية، العدد ٧ ، ٢٠٠٩، ص٦.

(٤) بلخير محمد بنت عودية، الأمن القانوني ومقوماته في القانون الإداري، دار الخلدونية، الجزائر، ٢٠١٨، ص٢٢.

(٥) M.Froont, Le princepe de securite juridi ique, AJDA, 1996, P178. نقلاً عن د.محمد عبداللطيف، مبدأ الامن القانوني، مجلة البحوث القانونية و الأقتصادية، مجلة فصلية محكمة يصدرها أساتذة كلية الحقوق جامعة المنصورة، اكتوبر، العدد ٣٦، ٢٠٠٤، ص٨٨.

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

أولاً: تميز الأمن القانوني عن الحق في الأمن الشخصي:

يقصد بالأمن الشخصي عدم جواز اعتقال الفرد أو القبض عليه بصورة تعسفية أوتعريضه للترهيب النفسي أو تعذيبه بدنياً أو استجوابه أو التحقيق معه بطريقة مهينة لمشاعره أو الاتيان بأي تصرف من شأنه الحط من كرامته أو تعريضه لأي شكل من أشكال الإستغلال العنصري كالرق والسخرة(١).

كذلك يدخل ضمن الحق بالأمن الشخصي تطبيق مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات الذي يقوم على قاعدة (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص)، والأخذ بقرينة البراءة التي تعني ان (المتهم بريء حتى تثبت ادانته)(٢).

فالأمن الشخصي يهتم بحماية أمن الأشخاص من الناحية المعنوية والمادية، في حين الأمن القانوني يهتم بحماية الأشخاص و وعلاقاتهم وأوضاعهم القانونية من اي عبث يلحق بهم من قبل احدى السلطات الدولة بحجة تطبيقهم للقانون سواء كان قانوناً جديداً أو تراجعا عن تطبيق قانون قديم.

ثانياً: تميز الأمن القانوني عن مبدأ العدالة:

يعرف العدالة بأنها "الحيادية في اطلاق الاحكام على الاخرين مهما كانت مراتبهم، مع الاخذ بعين الاعتبار مشروطيات كل شخص والبيئة المحيطة التي دفعته الى القيام بفعل ما"، وقد يكون لمصطلح العدالة معان أوسع، فهناك من يشير الى توزيع الموارد بالشكل الصحيح بين الناس، وغير ذلك من المعاني الهامة(٣).

ويعرفه الآخر(٤) بانها: "الطريقة التي توزع من خلالها المؤسسات الاجتماعية الرئيسة - المتمثلة بالدستور والقانون والأنظمة الأخرى - الحقوق الأساسية بين المواطنين وترمي لتحقيق التوازن بين الإحتياجات والرغبات المتغيرة للمواطنين عن طريق خلق نوع من المساوات بين مختلف الفئات الإجتماعية".

عليه فإن العدالة ترمي إلى تحقيق التوازن بين حقوق الأفراد، وهي مسألة نسبية تختلف بتغيير الزمان والمكان، ومعناها تحقيق الامن للمجتمع بجميع فئاته وفي شتى المناخي الاقتصادية والاجتماعية والسياسية وذلك بالوسائل التي يتيحها له القانون، بينما يسعى الأمن القانوني إلى تنظيم المراكز القانونية من خلال قواعد قانونية مؤكدة ومحددة بحيث يمكن الأفراد توقع ما له وما عليه من الإلتزامات و يمكنه أيضاً بأن يكون في مأمن من ضياع حقوقه عند بناء تصرفاته عليها(٥).

ويبدو أن هناك نوع من العلاقة الطردية بين العدالة والأمن القانوني ، فطالما كان القانون يجسد التعبير عن قيم ومباديء المجتمع فانه في هذه الحالة يحقق العدالة، وبالتالي يمثل الأمن القانوني ومتطلباته ضمانة مهمة لبلوغ العدالة القانونية، فالسلطة المختصة بالتشريع تهدف غالباً الى تحقيق الامن القانوني من خلال تحقيق ما يحتاجه المجتمع وفق الظروف والقيم السائدة فيه، واذا انحرف التشريع عن ترسيخه

(١) ماهر البحيري ، الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية و فلسفة التشريع في الحد من مداه ، المجلة الدستورية ، العدد ٢ ، القاهرة، ٢٠٠٣، ص ٥٩.

(٢) د. بهاء الدين براهيم؛ د. عصمت عدلي؛ د. طارق ابراهيم دسوقي، حقوق الإنسان بين التشريع والتطبيق، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٨، ص٢٧٦.

(٣) د. علي مجيد العكيلي و د. لمى علي الظاهري، فكرة التوقع المشروع دراسة في القضاء الدستوري والاداري،المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة،٢٠٢٠، ص ٤١.

(٤) جون رولز، نظرية في العدالة(A THEORY OF JUSTICE)، ترجمة ليلى الطويل، منشورات الهيئة العامة السورية للكتاب، دمشق، ٢٠١١، ص٣٤.

(٥) د. حسن كيره، المدخل إلى علم القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون سنة طبع، ص١٨٦.

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

لهذه القيم فلا يحقق العدالة فيكون حينئذ مستحقا للالغاء او التعديل، وبهما يعرض الأمن القانوني للخطر(١).

ومع ذلك يوجد بعض مظاهر التعارض بينهما، لاسيما تلك التي تتعلق بإختلاف طبيعة كل منهما، فالأمن القانوني مسألة واقعية عارضة من صنع المشرع أو القاضي ولايدخل في جوهر القانون ولايتعدى اثره كأحدى وسائل تطوير القانون، في حين تعد العدالة مسألة مثالية متداخلة مع جوهر القانون وغايته فهي مستمدة من قانون الطبيعة عند اليونان وقانون الشعوب عند الملك وضمير الملك عند الرومان وتمثل الحقيقة إلى مالانهاية في صورها المتعددة(٢).

ثالثا: تميز الأمن القانوني عن الحق في الأمن المادي:

يقصد بالأمن المادي "مجموعة الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والسياسية والصحية المقررة لصالح العام وتعهد الدولة بكفالتها للأفراد"(٣)، ويقصد به ايضاً :تدابير الأمان المصممة لمنع الوصول غير المصرح به إلى المرافق والمعدات والموارد، وحماية الأفراد والممتلكات من التلف أو الأذى، مثل تجسس أو سرقة أو هجمات إرهابية"(٤).

فالقانون بشكل عام والقانون الجنائي على وجه الخصوص هو الوسيلة المفضلة التي تلجأ إليها الدولة لحماية الحقوق والمفردات الداخلة في الأمن العام المادي، وذلك من خلال تجريم كل نشاط يهدد ويعرقل تمتع الأفراد بهذه الحقوق، وبه يصبح القانون مصدراً لتحقيق الأمن المادي في ومواجهة الأخطار المادية التي تعرقل تمتع الأفراد بحقوقهم وحماية مصالحهم، بينما يهتم الأمن القانوني بالقانون ذاته من خلال حماية الأفراد من الآثار السلبية للقانون(٥).

ومن هنا يظهر التداخل أو الترابط بين الأمن المادي والأمن القانوني، فإذا يمثل القانون مصدراً مباشراً لتحقيق الأمن المادي من خلال استجابته لمستلزمات المجتمع وحمايتها من الإعتداءات، فيعد الأمن القانوني وسيلة غير مباشرة لتعزيز وترسيخ الأمن المادي من خلال الحفاظ على التناسق في التشريعات المنظمة لتلك الحقوق وعدم تعرض الحقوق أو والمراكز القانونية المحمية للمفاجئات التشريعية، فكلما زاد مراعات الأمن القانوني في التشريعات يكون الأمن المادي أكبر وحقوق ومصالح الأفراد أضمن.

المطلب الثاني : عناصر الأمن القانوني

يقصد بعناصر الأمن القانوني المقومات الأساسية التي يقوم عليها كونه مبدأ عام يضم في ثناياه مبادئ قانونية عديدة تشكل قاعدة من الأصول في صناعة التشريع وتطوير المنظومة القانونية للدولة، واغلب تلك المقومات تجد مصادرها في مضامين النصوص الدستورية أو النصوص التشريعية (٦).

وكما سبق القول يعد الأمن القانوني شرط ضروري لضمان جودة القانون وصلاحيته للتطبيق و قابليته لتحقيق الأمن والاستقرار في المجتمع، وإن بلوغ هذه الغاية تستدعي توافر مقومات أساسية تشكل دعامة

(١) د.شورش حسن عمر؛ د.خاموش عمر عبدالله، دور العدالة التشريعية في تحقيق الامن القانوني –دراسة تحليلية، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية–كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة عمار ثليجي بالأغواط، المجلد ٣، العدد ٢، سبتمبر ٢٠١٩، ص٣٣٧.

(٢) اسماعيل نامق حسين، العدالة وأثرها في القاعدة القانونية في القاعدة القانونية– القانون المدني نموذجاً، رسالة ماجستير، كلية القانون بجامعة السليمانية، ٢٠٠٨، ص١٤١.

(٣) عامر زغير محسن، الموازنة بين فكرة الأمن القانوني و مبدأ عد رجعية الحكم بعدم الدستورية ، مجمة مركز دراسات الوفاء ، العدد ١٨ ، سنة ٢٠١٠، ص٦.

(٤) ماهر البحيري ، مصدر سابق، ص٦٢.

(٥) د. محمد رشيد حسن وسيروان عثمان فرج، تضخم القواعد القانونية الجزائية كعارض من عوارض تحقيق الأمن القانوني، مجلة دراسات قانونية وسياسية – جامعة السليمانية، السنة السابعة، العدد ٢، كانون الأول ٢٠١٩، ص٣٣٩-٣٤٠.

(٦) محمد سالم كريم، مصدر سابق ، ص٣١٩ .

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

الأمن القانوني، فهذه المقومات لاتستنفذ الأمن القانوني كله لكن تمثل مستلزماته الرئيسية، عليه سسنستعرض هذه المقومات

الفرع الأول : مبدأ عدم رجعية القوانين

يقصد بعدم رجعية القانون عدم سريان النص القانوني على الماضي وسريانه فقط على المستقبل، وعدم سريانه إلا الأفعال والمعاملات التي تمت بعد نشره ودخوله حيز التنفيذ، بمعنى أن أي معاملة أجريت قبل دخول القانون الجديد حيز التنفيذ تبقى خاضعة للقانون القديم - إلا استثناءً - لأن من شأن الأثر الرجعي للقانون أن يشعر الأفراد بعدم الارتياح والطمأنينة تجاه تصرفاتهم التي كانوا قد أنشؤوها وفقا لقانون قديم وشملها الاستقرار، الأمر الذي سيؤدي في حالة تطبيق الأثر الرجعي للقانون إلى زعزعة تلك المعاملات وضياع مصالح الأفراد من خلال تغيير القانون الجديد من أحكام تلك المعاملات، هذا فضلا عن فقدان الثقة في القانون وعدم ارتياح الأفراد لأي قانون سواء كان قديما أو محتمل الصدور، ولتلافي كل هذه السلبيات تنص التشريعات الأساسية على عدم رجعية القانون، ومن ذلك ما نصت عليه المادة (١٩/عاشراً) من دستور العراقي النافذ [١]، وكذلك المادة (٢٢٥) من دستور المصري النافذ[٢] .

كذلك يوكد التشريعات العادية على مبدأ عدم رجعية القانون الجنائي على الماضي، كالذي جاء به قانون العقوبات العراقي النافذ في لمادة (٢/ ف١) منه [٣].

وأخيراً تجدر الإشارة إلى أن هذا المبدأ كغيره من المبادئ يأبى بطبيعتا ان يكون مطلقاً وبمنأي عن الاستثناءات، على ان تكون تلك الاستثناءات لصالح العام، لان الحكمة من تقريره في القوانين تتلخص في ضرورة احترام الحقوق المكتسبة وضمان استقرار المعاملات والمراكز القانونية وتحقيق العدالة، كحالة سريان القانون بأثر رجعي في حالة كونه أصلح للمتهم على وفق المادة (٢/ ف٢،٤) من قانون العقوبات العراقي النافذ[٤].

الفرع الثاني : مبدأ احترام الحقوق المكتسبة

يعرف الحق المكتسب بأنه "ذلك الحق الناشئ عن تصرف قانوني والذي ينشئ مركزا قانونيا"، فمفهوم الحق المكتسب يعتمد على فكرة ضرورة استقرار المراكز القانونية وبالتالي استقرار التصرفات المتعلقة بها، ويقصد به أيضاً عدم جواز للغير - سواء اكان هذا الغير يمثل سلطة عامة مهما كان نفوذها في الدولة او شخص طبيعي آخر - الانتهاك او التعدي على حق من حقوق الافراد الشرعية، والحائز عليه بطريقة

---

(١) نص الدستور الدائم لجمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ في المادة (١٩/ تاسعاً وعاشراً)منه على ذلك، وجاء فيه: "تاسعا: ليس للقوانين اثر رجعي مالم ينص على خلاف ذلك، ولا يشمل هذا الاستثناء قوانين الضرائب والرسوم. عاشرا: لايسري قانون جزائي باثر رجعي الا اذا كان اصلح للمتهم".

(٢) كذلك نص الدستور المصري لسنة ٢٠١٤ في المادة (٢٢٥) منه على هذه المسألة التي نصت على انه: "...ولا تسرى أحكام القوانين الا على ما يقع من تاريخ العمل بها، ومع ذلك يجوز فى غير المواد الجنائية والضريبية، النص في القانون على خلاف ذلك، بموافقة أغلبية ثلثى أعضاء مجلس النواب".

(٣) نصت المادة (٢- ف١) من قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل على الآتي:" ١. يسري على الجرائم القانون النافذ وقت ارتكابها ويرجع في تحديد وقت ارتكاب الجريمة إلى الوقت الذي تمت فيه أفعال تنفيذها دون النظر إلى وقت تحقق نتيجتها ....."

(٤) تنص المادة (٢) من قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل على الآتي:."... ٢. على أنه إذا صدر قانون او أكثر بعد ارتكاب الجريمة وقبل أن يصبح الحكم الصادر فيها نهائياً فيطبق القانون الأصلح للمتهم. ٣. وإذا صدر بعد صيرورة الحكم نهائيا قانون يجعل الفعل او االمتناع الذي حكم على المتهم من أجله غير معاقب عليه يوقف تنفيذ الحكم وتنتهي آثاره الجزائية ولا يمس هذا بأي حال ما سبق تنفيذه من العقوبات ما لم ينص القانون الجديد على خالف ذلك، وعلى المحكمة التي أصدرت الحكم ابتداء أن تقرر وقف تنفيذ الحكم بناء على طلب من المحكوم عليه او االدعاء العام.... ٤. أما إذا جاء القانون الجديد مخففا للعقوبة فحسب جاز للمحكمة التي أصدرت الحكم ابتداء إعادة النظر في العقوبة المحكوم بها على ضوء أحكام القانون الجديد وذلك بناء على طلب المحكوم عليه او االدعاء العام."

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

قانونية او بموجب قرار اوحكم نهائي خاصة اذا كانت تتعلق بالحقوق والحريات الاساسية المنصوصة عليها في الدستور ، كحق الملكية وحق الجنسية .....الخ[١] .

فالقاعدة المقررة بالنسبة للقوانين انه يجب احترام الحقوق المكتسبة وعدم المساس بها من غير ضرورة أو من غير تعويض، لذلك حرصت الدساتير على تأكيد هذه القاعدة[٢]، ومن ضمنهم دستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ فجعلت الأصل ألا تسري القوانين على الماضي حتى لاتمس الحقوق المكتسبة[٣]، واحترام الحقوق المكتسبة قاعدة تمتد جذورها إلى اعماق القانون الطبيعي والمباديء الأساسية للعدالة، لذلك هناك من[٤] يرى بوجوب العمل بهذه القاعدة حتى ولو لم يتم النص عليها في الدساتير.

الفرع الثالث : مبدأ امكانية توقع القانون

تعد توقعات المواطنين للقانون احد العناصر الاساسية المكونة لمعيار العدالة المنصفة، كما يتمثل الهدف الاساس لهذا المفهوم في حماية الثقة التي تولدت لدى الافراد في الانظمة القائمة في مواجهة اي مسلك تشريعي أو اداري يشكل احباطا لهذه للتوقعات[٥].

فإن من بين أهداف الأمن القانوني تحقيق الاستقرار النسبي - وليس المطلق- للقوانين، وبالنتيجة استقرار التصرفات القانونية، ولكن ذلك يجب أن يتم بالقدر الذي لا يحول دون مواكبة التطورات التي تعرفها الحياة على جميع الأصعدة، فالقاعدة القانونية في النهاية هي قاعدة اجتماعية، وبالتالي يجب أن تساير تطور هذا المجتمع، إذ من غير المقبول استمرار قوانين بآلية لاتتفق مع العصر واحتياجاته لأن ذلك مظهر من مظاهر عدم الأمن والاستقرار القانونيين[٦].

غير أن هذه المسايرة بدورها يجب أن تكون في الحدود الذي يستبعد عنصر التغيير المفاجئ للقوانين وخطر عدم استقرار المعاملات بين الأفراد وما يخلفه ذلك من انعدام للأمن القانوني أيضا، ولذلك غالبا ما يلجأ المشرع إلى إجراء أساسي يتمثل في نشر القانون الجديد وإشهاره في الجريدة الرسمية، ويعطي للأفراد مهلة الاطلاع الفعلي أو الافتراضي عليه حتى يكونوا على بينة من مضمونه، وذلك تفاديا لمباغتة

---

(١) محمد بوكماش وخلود كلاش، مبدأ الامن القانوني ومدى تكريسه في القضاء الاداري، مجلة البحوث والدراسات، العدد ٢٤ ، السنة ١٤، صيف ٢٠١٧ ، ص ١٥٠.

(٢) أستقر معظم الفقه في فرنسا ومصر على عدم رجعية القرارات الادارية، احتراما لمبدأ الحقوق المكتسبة، وتحقيقا لمبدأ الامن القانوني، كما قضى مجلس الدولة الفرنسي في هذا الصدد في قراره الصادر في ١٩٩٨/١٢/١١ بان: "مبدأ عدم رجعية القرارات الادارية يتعين ان يقترن باحترام حقوق المكتسبة"، كما قضت المحكمة الادارية العليا في مصر في حكمها الصادر في ٢٠٠١/٣/١١ بأن: "الاصل في نفاذ القرارات الادارية ان يقترن بتاريخ صدورها بحيث تسري بالنسبة للمستقبل ولاتسري باثر رجعي الا اذا نص القانون على ذلك وتطبيقا لمبدأ احترام الحقوق المكتسبة". مشار إليهما لدى د.شورش حسن عمر؛ د.خاموش عمر عبدالله، مصدر سابق، ص٣٢٤.

(٣) قضت المحكمة الاتحادية العليا العراقية في قرارها المرقم (٤٢ وموحدتها/ اتحادية/ اعلام/ ٢٠١٤) بتأريخ ٢٠١٥/٢/٢٤ بعدم دستورية المادة (٣٥/ رابعاً- ب) من قانون التقاعد الموحد رقم (٩) لسنة ٢٠١٤ وذلك "....لمخالفتها لأحكام المواد (١٩/ عاشراً) (٢٣/ ثالثاً) و (١٣٠) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ من حيث المضمون والهدف المتمثل بعدم التعرض للحقوق المكتسبة، إضافة إلى ما استقر القضاء العراقي عليه من احترام هذه الحقوق وعدم المساس بها ....."، فتجد المحكمة الاتحادية العليا ان التعريف الفقهي للحق المكتسب كما ورد في احد شروح القانون بانه: "وضع قانوني تتحصن المنفعة التي حصل عليها الشخص جراء قانون أو قرار إداري وتجد المحكمة الاتحادية العليا ان الراتب التقاعدي في حقيقته حق مكتسب للموظف عند توفر شروط منحه من الدولة ولايجوز حجبه عن الموظف إلا في الأحوال التي ينص القانون عليها، إلا ان نصابه من حيث الزيادة أو النقصان لايعتبر حقاً مكتسباً لان هذا النصاب محكوم بالوضع المالي للدولة وبالحالة الاجتماعية للمتقاعدين....".

(٤) د.محمد ماهر ابو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، الكتاب الاول، المركز القومي للاصدارات القانونية، ط١، القاهرة، ٢٠١٣، ص١٠٢٧.

(٥) د. وليد محمد الشناوي، التوقعات المشروعة والوعود الادارية غير الرسمية في القانون الاستثمار، دار الفكر والقانون، المنصورة، ٢٠١٣، ص٤٨.

(٦) رمضان أبو السعود، همام محمد محمود، المبادئ الأساسية في القانون، منشأة المعارف، الاسكندرية ، ١٩٩٦، ص ٢١.

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

الأفراد بقوانين لم تكن لهم دراية بها، وحتى يكون القانون الجديد في توقعات الأشخاص المعنيين به، وبالتالي تحقق شرط تطبيق مبدأ (الجهل بالقانون لايعتبر عذراً)[١].

وهو احدى المبادئ القانونية المستقرة التي لا خلاف حولها سواء نص عليها المشرع او لم ينص، ويجد هذا المبدأ أساسه في قرينة افترضها المشرع مفادها ان الجميع علموا بالقانون عند نشره في الجريدة الرسمية ،لأن كفالة النظام في المجتمع هي علة وجود القانون وغايته في الرقي به إلى المستوى المطلوب، وهو ما اكد عليه المشرع في المادة (٦)من قانون النشر في الجريدة الرسمية رقم٧٨ لسنة ١٩٧٧ المعدل[٢].

وتجدر الإشارة إلى أن الجريدة الرسمية في العراق هي الوسيلة الشائعة لنشر القانون، وكان في السابق يطرح إشكال أساسي يتمثل في عدم إطلاع الأفراد على الجريدة الرسمية الأمر الذي يفضي إلى عدم العلم بالقانون المنشور في الجريدة الرسمية، غير أنه مع الثورة المعلوماتية التي يشهدها العالم وزخم المعرفة الذي ساهمت فيه، فقد أصبح هذا الإشكال شبه معدوم اليوم.

الفرع الرابع

مبدأ الإستقرار التشريعي

يقصد بالاستقرار التشريعي أن تكون المراكز القانونية الناجمة عن نشاط الأفراد واضحة وفعالة وغير معرضة للتقلبات والمفاجآت التشريعية، فأي نشاط لابد ان يبنى على فكرة واضحة عن المراكز القانونية التي ينشأها او يتعامل معها الأفراد ليس في الحاضر فقط، وانما في المستقبل أيضاً، وليس معنى ذلك أن يظل القانون جامداً، وانما المقصود هو أن لايكون مجال تطوره وتعديله ميداناً للمفاجآت وسببا لعدم الاستقرار[٣].

فالاستقرار التشريعي لايعني حصر وظيفة التشريع في ضمان الثبات التشريعي، لان التشريع هو تعبير عن حاجات المجتمع وهي بطبيعتها متغيرة وفي حالة تطور، وهذا يجب ان يكون واضحا بالنسبة للمشرع لكي يراعي الاعتبارات العملية لحالة التطور عند وضع التشريع ، لأن جمود التشريع وعدم تعديله كثيراً مايكون مظهر من مظاهر عدم الإستقرار التشريعي، فالاستمرار في تطبيق قوانين لا تتفق مع تطور العصر واحتياجاته تؤدي الى صعوبة تطبيقها ويثير صعوبات لدى الافراد في احترامها، فالاستقرار التشريعي يعني الملاءمة المستمرة بين أحكام التشريع واحتياجات المجتمع[٤].

بناً على ماتقدم يتطلب الأمن التشريعي استبعاد خطر عدم الاستقرار للقواعد القانونية والانعكاسات السلبية لجمودها او لتغييرها على العلاقات والمراكز القانونية ، وهو بذلك يشكل ضمانة ضد اعتباط السلطة ومزاجية التشريعات، وهو ما يتطلب تطور المفاهيم القانونية للتشريعات القائمة والجديدة بما يتلائم وتطور حاجات المجتمع ومواجهة العلاقات المستجدة ، الامر الذي يقتضي مواكبة العمل التشريعي للتطور التكنولوجي والاقتصادي.

الفرع الخامس : مبدأ استقرار الإجتهاد أو التفسير القضائي

لاشك أن التفسير أو الاجتهاد القضائي له تأثير مباشر على مبدأ الأمن القانوني، ذلك أن التفسير القضائي في جوهره تأويل للقاعدة القانونية المكتوبة، ولذلك فإن استقرار الاجتهاد القضائي على تفسير معين

(١) علي الصقلي، المدخل لدراسة القانون، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ١٩٩٦، ص١١.

(٢) نصت المادة (٦) من قانون النشر في الجريدة الرسمية رقم٧٨ لسنة ١٩٧٧ المعدل على أن: "لا يعتد بالجهل بمضمون ما ينشر بالجريدة الرسمية".

(٣) د. غالب علي الداودي ، المدخل الى علم القانون، ط ٩ ، دار وائل للنشر، عمان– الاردن، ٢٠٠٤، ص ٧٣.

(٤) د. أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، ط٢، دار الشروق، القاهرة، ٢٠٠٠، ص٨٩.

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

للقاعدة القانونية يساهم في خدمة الأمن القانوني، وذلك من خلال الاطمئنان لتفسير أو لإجتهاد قضائي تم التواتر عليه وأصبح ثابت ومستقر، ويتصرف الأفراد في ضوئه دون تخوف.

ولكن هناك من[١] يعيب التفسير أو الاجتهاد القضائي لتراجعه المفاجئ عن تأويل ثابت وتبني تأويل جديد للقاعدة القانونية، وهذا يشكل دائما في نظرهم مفاجأة للمعنيين بالقاعدة القضائية، وهذا الرأي يمكن نقضه بالقول أن التفسير أو الاجتهاد القضائي يشبه العرف من حيث طبيعة تكوينه، إذ يحتاج إلى وقت طويل ليصبح قاعدة مستقرة كما يحتاج إلى وقت طويل أيضا للتخلي عنه واستبداله، وهذا الثبات النسبي للاجتهاد أو التفسير القضائي يعد من أساسيات الأمن القانوني[٢].

ولكن بالمقابل لاينبغي أن نجعل من الأمن القانوني مبدأ يفضي إلى منع المحاكم من تغيير وتجديد اجتهاداتها بحجة احترامه، وهذا ما سبق أن قررته محكمة النقض الفرنسية في قرار لها جاء فيه أن: " الأمن القانوني لا يمكن من الاعتداد بحق مكتسب بواسطة اجتهاد ثابت، لأن تطور الاجتهاد متروك للقاضي في تطبيقه للقانون""[٣].

وفي الحقيقة أن المشكلة لا تتعلق باستقرار التفسير أو الاجتهاد القضائي في حد ذاته أو بعدم استقراره، وإنما بجودة هذا التفسير أو الاجتهاد، لأنه قد يصدر قرارا قضائيا واحدا ولأول مرة ومع ذلك قد يحدث ضجة قوية فيما يخص الأوضاع القانونية، كالقرارات الصادرة من المحكمة الإتحادية العليا في العراق، إذ يلاحظ على بعضها غلبة الإتجاه التوسيعي للتفسير من قبل المحكمة، مما يعد سبباً في انسحاب قرارات المحكمة إلى دوامة التسييس وخدمة أغراض السلطة السياسية بشطريها التنفيذي والتشريعي.

ونذكر منها على سبيل المثال قرارها المرقم ٢ /اتحادية /٢٠١٠ الصادر بتاريخ ٢٠١٠/٣/٢٥ بشأن تفسير المادة ٧٦ من الدستور بخصوص مرشح الكتلة الأكثر عددا حيث جاء فيه:"تجد المحكمة االتحادية العليا أن تعبير - مرشح الكتلة النيابية الأكثر عددا - يعني: أما الكتلة التي تكونت بعد الأنتخابات من خلال قائمة انتخابية واحدة، دخلت الانتخابات باسم ورقم معينين وحازت على العدد الأكثر من المقاعد، أو الكتلة التي تجمعت من قائمتين أو أكثر من القوائم الأنتخابية التي دخلت الأنتخابات بأسماء وأرقام مختلفة ثم تكتلت في كتلة واحدة ذات كيان واحد في مجلس النواب، أيهما أكثر عددا"[٤].

إذ إن هذا القرار لم يسلم من النقد، من حيث أن الغموض في القرار لازال قائماً، لأن المحكمة لم تعطي رأياً قاطعاً وواضحاً بالغموض الوارد في عبارة "الكتلة النيابية الأكثر عددا"من المادة(٧٦)من الدستور، إذ لم يحسم القرار المسألة، بل فسرت العبارة المذكورة بصورتين، حيث كان من المفروض على المحكمة أن تبدي رأياً حاسماً وموحدا لا ان تسرد الأحتمالات فهو أمر بعيد عن منطق التفسير القانوني الملزم[٥].

ونذكر في السياق نفسه قرار آخر للمحكمة الاتحادية العليا في العراق الذي أثار جدلاً كبيراً، وهو القرار المرقم١١٥/اتحادية ٢٠١١الصادر بتاريخ ٢٠١١/١/٣٠ حيث ربط الهيئات المستقلة برئاسة مجلس الوزراء خلافاً لصريح المادتين (١٠٢، ١٠٣) من الدستور، وخلافاً لقرارها الصادر المرقم ٢٢٨/ت/ ٢٠٠٦ الصادر بتاريخ ٢٠٠٦/١٠/٩، بذريعة أن الصفة التنفيذية تغلب على عملها، مما أدى بالبعض بأن

(١) رماش محمد، مظاهر تصادم مدونة الأسرة مع النظام العام الجديد، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص،كلية العلوم القانونية و الإجتماعية و الإقتصادية- جامعة مولاي إسماعيل، ٢٠١٥، ص ٣٩.

(٢) د.حفيظة السيد حداد، النظرية العامة في القانون القضائي الدولي، الكتاب الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى،٢٠٠٤، ص٣٩.

(٣) قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ ٢٦-٧ -١٩٩٠، مشار إليه لدى د.حفيظة السيد حداد، المصدر السابق، ص٤٠.

(٤) مصطفى لطيف شكر، الاختصاص التفسيري للمحكمة االتحادية العليا في العراق -دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة شرق الأوسط، ٢٠٢٠، ص٧٦.

(٥) علي يوسف الشكري، المحكمة االتحادية العليا في العراق بين عهدين، ط١، بغداد، الذاكرة للنشر والتوزيع، ٢٠١٦، ص ص١٤٣، ١٤٨.

يرى فيه إشارة إلى خضوع المحكمة االتحادية العليا في العراق لتأثيرات السلطة التنفيذية وقربها من توجهاتها(١).

عليه أن خطورة التفسير أو الاجتهاد القضائي على مبدأ الأمن القانوني تكمن أساسا في صعوبة توقع الاجتهاد القضائي من قبل الأفراد الذين يلجؤون إلى القضاء، إذ مهما طال اعتماد القضاء على قاعدة تفسيرية أو اجتهادية معينة، فليس هناك ما يمنع القاضي من تبني تفسير أو اجتهاد آخر يراه الأنسب لتطبيقه على وقائع القضية المعروضة عليه، فالقاضي في هذا السياق يتمتع بسلطة تقديرية في تفسير القاعدة القانونية، ويمكن لعنصر جزئي بسيط يتضمنه ملف المنازعة أن يغير من قناعات القاضي ويدفعه إلى اعتناق تفسير آخر جديد.

المبحث الثاني : مدى تأثر الأمن القانوني بالتشريعات الجنائية الخاصة

يقصد بالتشريعات الجنائية الخاصة "تلك النصوص الجزائية الموضوعية والإجرائية التي ترد النص عليها في تشريعات مستقلة عن التشريع الجنائي الأصلي، وتتضمن في بعض جوانبها خروجاً عن الأحكام العامة الواردة في قانون القوبات العام ، كما اصطلح على تسميته أيضاً بالجرائم المصطنعة أو الجرائم القانونية الصرفة"(٢).

وقد ثار خلاف في الفقه الجنائي بخصوص ضرورة تشريع النصوص الجنائية الخاصة، فمنهم من(٣) يرى بضرورة التشريعات الجنائية الخاصة، ويتجه بعض الآخر(٤) إلى عدم ضرورتها لإخلالها بوحدة التشريع الجنائي الأساسي، وهناك رأي ثالث(٥)وهو ما يؤيده الباحث وآخرون(٦)- يتوسط بين الرأيين السابقين فيرى ضرورة التشريعات الجنائية الخاصة ولكن في حدود ضيق وعند الضرورة ودون المبالغة والإفراط فيها.

وإن فكرة الأمن القانوني في التشريعات الجنائية الخاصة التي تضاف إلى المنظومة الجنائية القائمة بمثابة الضمان الذي يعطي للمخاطبين بها من اجل تصريف حريتهم و يخولهم الثقة في عدم تعرض سلوكهم لتهديدات النصوص الجنائية الخاصة التي لم يتضمنها التشريع الجنائي الأساسي.

ونظراً للطبيعة الخاصة التي تتميز بها هذه التشريعات يكون الأمن القانوني فيها من أكثر المفاهيم تداولا في الفقه الجنائي، لاسيما عندما يتعلق الأمر بتقييم هذا النظام المستقل نسبياً عن نظام التشريعات الجنائية الأساسية، مما يقتضي اتباع الحذر في مسار وضع القاعدة الجنائية الخاصة من طرف المشرع، إذ أن من حسن السياسة التشريعية الجنائية أن يضمن المشرع للتشريعات الجنائية قدراً معينا من الثبات، فلا يتناول أحكامها بقوانين متفرقة ولا يلجأ إلى تفريع وتجزئة التشريع الجنائي إلا لضرورة ملحة أو لمقتضيات الإستجابة لخصوصية فئوية مميزة(٧).

وفي كل ذلك يجب مراعات الأصول العامة التي استقرت في الأذهان وأصبحت من الأصول الثابتة اللتي قلما تتغير باختلاف الزمان والمكان، بل أنها لم تعد في حاجة إلى نصوص تقررها، ومن أمثلة هذه

(١) عثمان ياسين علي، اتجاه المحكمة االتحادية العليا في تفسير النصوص الدستورية، دراسة تحليلية تطبيقية، مجلة زانست العلمية- الجامعة اللبنانية الفرنسية، أقليم كو ردستان – العراق، المجلد ٣ ،العدد ١، ٢٠١٨، ص٦٤٤.

(٢)د. احمد عبد الظاهر، القوانين الجنائية الخاصة- النظرية العامة، الطبعة الأولى، دار النهظة العربية، القاهرة، ٢٠١١، ص٤٦.

(٣) د. احمد عبد الظاهر، المصدر السابق، ص٥٩.

(٤) د. ناهد العجوز، الحماية الجنائية للحقوق العمالية في قانون العمل في مصر والدول العربية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٦، ص٩.

(٥) د. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات – القسم العام، دار النهضة العربية، الطبعة الخامسة، ١٩٩١، ص٦.

(٦) د. محمد رشيد حسن و سيروان عثمان فرج، مصدر سابق، ص٣٥٨- ٣٥٩.

(٧) هناك أسباب داعية لإصدار بعض التشريعات الجنائية الخاصة لفئات مميزة يقتضيها الواقع العملي، كقانون رعاية الأحداث و قانون عقوبات العسكري و قانون عقوبات قوى الأمن الداخلي و...الخ.

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

االمقومات؛ الدقة والوضوح في صياغة القاعدة الجنائية الخاصة، والتناسب التشريعي بين التجريم والعقاب، وجودة النصوص الجنائية الخاصة وعدم تضخمها.

وإن انعدام هذه الأصول لايمس الحقوق والمصالح والمراكز القانونية للأفراد المخاطبين بها فحسب، بل يؤثر على مستقبل القاعدة الجنائية الخاصة وفاعلية المنظومة الجنائية باسرها، كما يعيب العمل التشريعي والقضائي معاً ويضعف ثقة المواطن بهما.

عليه سنتطرق في هذا المبحث لدراسة عوارض الأمن القانوني في التشريعات الجنائية الخاصة، ثم نبحث في ضوئها مدى تحقيق فكرة الأمن القانوني الجنائي في قانون منع إساءة استعمال أجهزة الإتصالات في اقليم كوردستان - العراق رقم ٦ لسنة ٢٠٠٨ -كنموذج للتشريعات الجنائية الخاصة- لكون هذا القانون أكثر مرشحاً من الناحية العملية لتهديد الأمن القانوني في اقليم كوردستان العراق، وذلك من خلال مطلبين؛ نتناول في المطلب الأول عوارض الأمن القانوني في التشريعات الجنائية الخاصة، ونتطرق في المبحث الثاني مظاهر الإخلال بالأمن القانوني في قانون منع إساءة استعمال أجهزة الإتصالات في اقليم كوردستان – العراق رقم ٦ لسنة ٢٠٠٨ – كنموذج للتشريعات الجنائية الخاصة.

المطلب الأول : عوارض الأمن القانوني في التشريعات الجنائية الخاصة

يقصد بعوارض الأمن القانوني العوائق التي تحول دون استيفاء النصوص الجنائية لمباديء الأمن القانوني، ويمكن استخلاص هذه العوارض بما يأتي:

الفرع الأول : انعدام الدقة وعدم الوضوح في صياغة القانونية للنصوص الجنائية الخاصة

يتطلب الأمن القانوني في النصوص الجنائية الخاصة أن تكون القاعدة القانونية دقيقة وواضحة، وهذا الدور يناط في الغالب بالسلطة التشريعية صاحبة الاختصاص الأصيل في سن القوانين، فكثيراً ما تضيع حقوق الناس نتيجة لثغرة أو هفوة قانونية سقط فيها المشرع، فالصياغة التشريعية الدقيقة للقاعدة القانونية لها دور فعال في تحقيق الأمن القانوني، إذ أن من أهم شروط التجريم هو"التحديد" الذي يتحقق من خلال صياغة المصطلحات المكونة للمادة الجنائية بصورة دقيقة وواضحة وبسيطة وسهلة(١).

وتعد الصياغة التشريعية من المسائل الفنية الضرورية لإنشاء القاعدة القانونية وفق أسس ومبادئ سليمة خالية من التعقيد والشوائب وسهلة الفهم بالنسبة لكافة المخاطبين بها، ويجب أن تكون النصوص متوقعة من الأفراد، فالنصوص القانونية الواضحة والدقيقة تجعل المتلقي والمخاطب فهم النص بسهولة ويقيد السلطة التقديرية لمطبق النص ويمنعه من تفسيره بتعسف(٢).

و تعتبر هذه المسألة من متطلبات مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات أيضاً، والتي تقتضي قيام المشرع بسن نصوص واضحة ودقيقة واستبعاد أي دور للإجتهاد القضائي فيه، فلايمكن تحقيق هذا الغرض عندما يكون النص التشريعي غامضا للغاية، لاسيما عندما لاتستطيع السلطة التشريعية الدخول في تفاصيل بعض المسائل التقنية كما هو الحال في الجرائم المستحدثة، كالجرائم الإلكترونية وجرائم الإرهاب وجرائم البيئة (٣).

(١) رضا بن السعيدة معيزة، ترشيد السياسة الجزائية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، ٢٠١٦، ص١١٣.

(٢) محمد شرايرية، مظاهر المساس بالأمن القانوني في مادة القانون الجنائي الاستهلاكي، مجلة التواصل في الاقتصاد والإدارة والقانون، جامعة عنابة، عدد ٢٤، ٢٠١٥، ص١٦٠.

(٣) أسماء عنتر، مكافحة الجرائم المستحدثة في التشريع الجزائري- التسرب نموذجاً، مجلة القانون العام الجزائري والمقارن، جامعة عبدالحميد بن باديس- مستغانم، العدد ٦، ٢٠١٧، ص٧٦.

ويترتب على غموض النصوص الجنائية الخاصة تقبل العديد من التفسيرات بسبب عدم إمكانية التعرف على المعنى الحقيقي لمضمون النص الجنائي في نطاق النصوص الحامية لحقوق أو المصالح الخاصة، مما يفتح المجال أمام تأويلات الجهات القضائية المطبقة للقانون، وبه يهدر العدالة المنشودة بسبب خلو القاعدة الجنائية من متطلبات الأمن القانوني(١).

ويضاف أثرآخر لانعدام الدقة والوضوح في النصوص الجنائية الخاصة يتمثل في المساس بمبدأ التوقع القانوني، لان وضوح صياغة النصوص الجنائية من مستلزمات مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات الذي يشكل بدوره التجسيد الفعلي لمتطلبات التوقع القانوني، إذ أن غموض التشريع يجعل القانون غير متوقع ويجعله وسيلة لتعسف القانون ومصدر لنشؤ المنازعات وطريقة لوضع نهاية لدولة القانون(٢).

ونظراً لأهمية دقة النصوص الجزائية أكدت العديد من أحكام محكمة العدل الأوربية لحقوق الإنسان وجوب كون النصوص محددة بدقة لكي تسمح للمواطن بتنظيم سلوكه، وحتى يتسنى له بدرجة معقولة - بالنظر لظروف الحال- توقع الآثار التي ستترتب عن فعل معين، فغياب الوضوح من شأنه خلق حالة عدم الأمن القانوني، ولذلك ذهبت إلى اعتبار الجرائم التي تفتقر إلى الدقة بشكل كبير جرائم غير موجودة(٣).

عليه تقتضي طبيعة الموضوع الذي يعالجه المشرع في النموذج التشريعي التعرض لأدق التفاصيل ويراعي فيه الاتساع والدقة معاً، فيصنع النص أو يصوغه بلغة واضحة وسليمة ولايترك للقضاء إلا استخلاص المعنى المراد عند حدوث الواقعة.

وهناك من(٤) يعتقد بأن الاعتناء بصياغة النصوص القانونية مجرد اعتناء بالجوانب الشكلية واللغوية اولدلالية لنص القانون، في حين أن جوهر المسالة تتعلق بالتطبيق السليم للقانون من خلال سن نصوص قانونية واضحة ودقيقة الصياغة، لكون هذه الصياغة هي أداة تحول المادة القانونية إلى قواعد أولية عملية قابلة للتطبيق الصحيح على نحو يحقق الهدف الذي يفصح عنها جوهرها، ويعد الاعتناء بلغة النصوص عملا أساسيا في الأنظمة الديمقراطية لما له من تأثير على تطبيق القانون بكيفية سليمة بعيدا عن كل تأويل أو تعسف ويؤدي إلى وجود تشريعات يمكن أن نصنفها بالعصرية والحديثة اولنموذجية(٥).

عليه يؤكد الفقه على أن تكون لغة التشريع واضحة ودقيقة، لأن اللغة المعقدة تجعل القانون مغلقا، كما أن اللغة غير الدقيقة تجعل القانون مبهما لأن للتشريع لغة فنية خاصة به، وتتسم لغة التشريع بأنها لغة مباشرة بمعنى أن كل كلمة فيها لها مدلول مقصود بذاته، بل أن كل موضع تأخذه العبارة القانونية يجب أن يراعي فيه الدقة والوضوح ويتجنب فيه التعقيد لأن صياغة النصوص التشريعية من المسائل الجوهرية التي يجب الحرص على تحقيقها، لاسيما إذا تعلق الأمر بمسائل فنية تقتضي الدقة في استعمال المصطلحات الخاصة بها(٦)، لأن صياغة النص الجنائي ليس مجرد أداة لتقرير ما لايجوز القيام به من النشاطات الإنسانية فحسب، بل أصبح في الحقيقة علم التنظيم والتصميم كالهندسة، فيهتم المشرع عند

(١) عبدالمجيد لخذاري وفطيمة بن جدو، الأمن القانوني والأمن القضائي، مجلة الشهاب– معهد العلوم الإسلامية، مجلد٤، العدد ٢، حزيران ٢٠١٨، ص٤٠٠.

(٢) محمد شرايرية، مصدر سابق، ص١٥٨.

(٣) بن عودة حسكر مراد، محددات النص الجنائي وأثرها على تحقيق فكرة الأمن القانوني، مجلة القانون العام الجزائري والمقارن، المجلد السابع، العدد٢، نوفمبر ٢٠٢١، ص٧٩.

(٤) رضا بن السعيدة معيزة، مصدر سابق، ص١١٩.

(٥) كريم كريمة، تأثير استعمال التقنيات الحديثة في تحقيق الأمن القانوني، جامعة جيلالي اليابس، الجزائر، بدون دار نشر و سنة طبع، ص٣ ، كتاب بصيغة pdf متاح في مكتبة المنصة القانونية على الرابط التالي: http://www.sajplus.com Last visit: 12.3.2022/ .

(٦) عصام عفيفي حسيني عبد البصير، القاعدة الجنائية على بياض، دراسة مقارنة في القانون الوضعي والفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار أبوالمجد للطباعة ، الهرم الجيزة– مصر، ٢٠٠٣ ، ص ٩٨.

صياغة النموذج التشريعي الجنائي بوضع الأسس والقواعد التي تنظم وتلائم الواقع، وذلك بمراعات احتياجاته المادية والموضوعية(١).

الفرع الثاني : عدم التناسب التشريعي في النصوص الجنائية الخاصة

يعرف التناسب في الاصطلاح القانوني بوجه عام بأنه: "تعبير عن الصلة التوافقية بين حالة معينة وأخرى مناظرة لها نتيجة توازن مقبول بينهما"(٢)، فالتناسب بهذا المعنى يقوم على وجود علاقة منطقية بين شيئين يعبر عنها بالتماثل أوالتكافؤ، وهو لن يكون إلا نسبياً حين يتعلق الأمر بإقامة علاقة مقارنة بين قيم مختلفة.

عليه يدور التعريف العام للتناسب حول عنصرين، أحدهما ثابت يشمل على العلاقة بين طرفي قياس، والآخر متغير يتمثل في مدى أو درجة العلاقة بين هذين الطرفين، ومن ثم يمكن الكشف عن عدة صور للتناسب يكون فحواها مختلفاً، ولكن تبقى هناك خاصية مشتركة تجمع بينهما تتمثل في وجود علاقة تلازم منطقية تقود إلى تصور مجرد إيجابي للتناسب كالمعقولية والتوازن والتناغم والانسجام، أوتصور مجرد سلبي كالمفرط والمغالي فيه والمتجاوز للحد، وبين هذين التصورين تتجسد أسقف التناسب بمعناه النسبي وليس الدقيق والمطلق(٣).

أما في المجال العقابي فالتناسب يعني أن يكون العقاب متلائماً مع الظروف الشخصية للجاني، والظروف الموضوعية للجريمة لكي تأتي العقوبة ثمارها وتحقق وظائفها(٤)، وهذا يعني أن العقوبة يجب أن تكون متناسابة وحالة الجاني وظروف جريمته، إذ ليس للمشرع أن يعترف بعقوبة قاسية تجرح الشعور العام، إذ هي عند ذلك سوف لن تعبر عن فكرة الجزاء العادل كما استقرت في أذهان الناس، بل لتثير الإشفاق على المحكوم عليه، وقد عبرت محكمة التمييز العراقية عن مضمون مبدأ التناسب في قراراً لها جاء فيه:"ولا ينبغي ان تكون العقوبة هينة بحيث لا يؤبه بها، ولا تكون قاسية بغير مبرر، إذ لا فائدة من عقوبة غير رادعة"(٥).

وتجدر الإشارة إلى أن أهمية مبدأ التناسب قد تعاظمت في الدراسات العقابية إلى حد صيرورته أحد موجهات السياسة الجنائية الرشيدة، إذ كلما تناسبت العقوبة المقررة مع الجريمة المرتكبة كلما زاد ذلك من القيمة الاقناعية للقاعدة الجنائية بما يكفل تحقيقها لوظيفة الردع المرجوة منها.

ولمبدأ التناسب بين الجريمة والعقوبة أهمية متنامية في فرنسا وصلت إلى حد اعتباره من ضمن لوازم مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، وقد أشار إعلان حقوق الإنسان والمواطنة الصادر في فرنسا سنة ١٧٨٩إلى مبدأ التناسب في مادته الثامنة، إذ يؤكد نص هذه المادة وجوب أن لا تتضمن القاعدة المجرمة سوى العقوبات الضرورية ، أي تلك العقوبات اللازمة والمتناسبة مع خطورة السلوك غير المشروع والمصلحة المعتدى عليها، وذلك بقدر ما أصابها من ضرر أو ما تعرضت لها من خطر، أو بالنظر إلى ما وقع من الفاعل من خطأ، واستناداً إلى مبدأ التناسب المشار إليه في المادة المذكورة أعلاه، فقد قرر

(١) مراد منير فهيم، نحو قانون واحد للشركات (قنين الشركات) دراسة في التشريع الراهن للشركات في القانونين المصري والفرنسي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩١، ص٢١٦.

(٢) مايا محمد نزار، الرقابة القضائية على التناسب في القرار الإداري، ط ١، المؤسسة الحديثة للكتاب، ٢٠٠١ ، ص ٦٥؛ د. عادل الطباطبائي، الرقابة القضائية على مبدأ التناسب بين العقوبة التأديبية والمخالفة الوظيفية، بحث منشور في مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة ٦٠، العدد ٣، ١٩٨٣، ص٨٨.

(٣) د. خليفة سالم الجهمي، الرقابة القضائية على التناسب بين العقوبة والجريمة في مجال التأديب، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٩، ص٩٥.

(٤) د. عمار عباس الحسني، التفريد العقابي في القانون العراقي والمقارن، بحث منشور في مجلة الكلية الإسلامية الجامعة، النجف الأشرف، ٢٠٠٩ ، ص٨.

(٥) قرار محكمة التميز رقم١٦٣٦ في ١٩٧١/٧/٢٨، مشار إليه لدى د.فخري الحديثي، شرح قانون العقوبات– القسم العام، العاتك، بغداد، ٢٠١٠، ص٣٧٣.

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

المجلس الدستوري في فرنسا اعتبار بعض النصوص القانونية مخالفة للدستور على أساس عدم تناسب الجزاء على ما وقع من مخالفة للقانون[١].

ومن مقتضيات مبدأ التناسب ان تكون العقوبة قابلة للتجزئة (divisible) أو كما عبر عنها البعض[٢] وجوب ان تكون العقوبة مرنة، بحيث يمكن تحديد مقدارها بما يتناسب مع جسامة الجريمة ودرجة خطورة الجاني وهو مايسمى في الفقه الجنائي بمبدأ "الموازنة بين خطورة الجريمة وجسامة العقوبة"، على أن لا يفهم ان التناسب يعني المساواة المثلية بين ألم الجريمة والعقوبة، إنما تعني فقط إنزال ألم بالجاني يتناسب مع الشر الذي أحدثته الجريمة ولو لم يمس هذا الإيلام ذات الحق الذي وقعت الجريمة اعتداءاً عليه، فجريمة القتل على سبيل المثال وان ترتب عليها حرمان المجنى عليه من الحق في الحياة، إلا ان العقوبة التي توقع على الجاني قد لا تؤدي إلى المساس بحقه في الحياة ، إنما تقتصر على المساس بحقه في الحرية[٣].

وبما ان العقوبة من صور الجزاء فمن الطبيعي أن لايلحق هذا الجزاء إلا بمن ثبتت مسؤوليته عن جريمة وقعت فعلاً، فالجريمة إذن تنزل من العقوبة منزلة الفعل من رد الفعل، وطبيعي ان يتناسب رد الفعل مع الفعل ذاته، وإن وضع معيار محدد لهذا التناسب يواجه صعوبات عديدة لأن تحديده أمر لا يخلو من الدقة نظراً لتعدد الاعتبارات التي يجب مراعاتها للقول بالتناسب من عدمه، وهذا ماجعلت المعايير الفقهية التي يمكن الأخذ بها لتحقيق هذا التناسب متعددة، فثمة معيار موضوعي، واخر شخصي، وثمة معيار مختلط يجمع بين المعيارين السابقين معاً[٤].

أولاً/المعيار الموضوعي للتناسب:

مقتضى هذا المعيار أن يكون هناك تناسب بين الآلم الذي تنطوي عليه العقوبة وجسامة النتيجة المترتبة على الفعل الإجرامي، ويفترض هذا التناسب قيام صلة بين سلوك الجاني والنتيجة الإجرمية لجريمته[٥].

إذن وفقاً للمعيار الموضوعي فإن العقوبة يجب ان تكون متناسبة مع درجة جسامة ماديات الجريمة بصرف النظر عن نصيب إرادة الجاني من الخطأ وهذه نتيجة منطقية لوظيفة العقوبة كجزاء رادع فيه زجر للجاني، وهذا يعني أن جسامة العقوبة وفقاً للمعيار الموضوعي يجب ان تطرد مع جسامة الجريمة إعمالاً لمبدأ العدالة الذي هو الجزاء الحق للخير أو الشر، فالعقوبة هي الجزاء العادل للمجرم عن جريمته، وبالتالي يجب أن تلحق به ألماً يتناسب مع ما يسببه من ضرر للنظام القانوني، وقد كان التناسب في أول الأمر أخلاقي ثم تحول إلى تناسب اجتماعي وتطور أخيراً إلى تناسب قانوني[٦].

ويرجع الفضل في ظهور هذا المعيار إلى فقهاء المدرسة التقليدية إذ تركزت دراساتهم على الجريمة دون المجرم، لافتراضهم ان المجرم هو شخص سوي في جميع الأحوال ولا يفقد سويته إلا إذا نقص إدراكه أو اختياره، وبما أنه كذلك فقانون العقوبات تقتصر دراسته على الجريمة دون المجرم، وملائمة العقوبة أو تناسابها يتحدد نوعاً ومقداراً على ضوء جسامة الجريمة، فكلما كانت الجريمة جسيمة كانت العقوبة شديدة دون اعتبار لظروف الجاني[٧].

---

(١) Conseil Constitutional ,Note French,1970, janvier,p 81- 19. نقلاً عن د. أمين مصطفى محمد، النظرية العامة لقانون العقوبات الإداري، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٨ ، ص ٦٢.

(٢) د.فخري الحديثي، مصدر سابق، ص ٣٧٣- ٣٧٤.

(٣) د. عادل يحيى، مبادئ علم العقاب، ط ١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥ ، ص ٤٩.

(٤) د. عادل يحيى، المصدر السابق، ص٥٠.

(٥) د. فهد يوسف الكساسبة، وظيفة العقوبة ودورها في الإصلاح والتأهيل، ط ١، دار وائل للنشر، عمان – الأردن، ٢٠١٠، ص ٥٢.

(٦) د. نادرة محمود سالم، السياسة الجنائية المعاصرة ومبادئ الدفاع الاجتماعي من منظور إسلامي مع تطبيقات الشريعة الإسلامية في مكافحة الجريمة، الناشر النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة طبع ، ص٤٢.

(٧) د. فهد يوسف الكساسبة، مصدر سابق، ص١١٢.

إلا أن الأخذ بهذا المعيار أدى إلى نتائج غير مقبولة، فالفعل الجسيم في ظل هذا المعيار يرتب عقوبة شديدة ولو كان حظ فاعله من الخطأ ضئيلاً، في حين ان الفعل التافه لم يكن يستحق سوى عقوبة بسيطة ولو انطوى على درجة خطأ وإثم كبير في حق فاعله، وذلك لأن فقهاء المدرسة التقليدية أقاموا أسس التجريم والعقاب على قواعد موضوعية بحتة لم يراعِ فيها شخصية الجاني والظروف التي دفعته إلى الانحراف وارتكاب الجريمة(١).

ثانياً/ المعيار الشخصي للتناسب:

إذا كان التناسب وفقاً للمعيار الموضوعي يقوم على أساس جسامة الفعل المادي، فإن التناسب في ظل المعيار الشخصي مبناه خطورة الجاني متمثلاً فيما صدر عنه، فالمعيار الشخصي لايكتفي بقيام رابطة السببية المادية بين السلوك والجاني نفسه، وبالتالي فإن قوام المعيار الشخصي هو الركن المعنوي للجريمة(٢).

يرجع الفضل في ظهور هذا المعيار إلى المدرسة الإيطالية الوضعية التي اهتمت بدراسة شخصية الجاني وظروفه المختلفة، إذ يرى أصحابها أن الشخص لايرتكب الجريمة إلا نتيجة لعوامل داخلية وخارجية، ممايعني وجوب مسائلته في ضوء هذه الظروف معاً، لأن سلوكه يكشف عن مدى خطورته الإجرامية على المجتمع(٣).

إذن فأساس المسؤولية الجنائية لدى أنصار هذه المدرسة هي الخطورة الإجرامية، لذلك يذهب أنصارها إلى أن العقوبة لكي تحقق أهدافها يجب أن لاتكون متناسابة مع جسامة الفعل فقط، إنما مع مدى الخطورة التي يكشف عنها سلوك الجاني ايضاً(٤).

وقد تبلورت فكرة الخطورة الإجرامية وتعددت صورها حتى أصبحت نواة لنظرية الركن المعنوي التي تعد أحد أهم نظريات قانون العقوبات، وعلى هذا فلم يعد مقبولاً في النظم القانونية المعاصرة أن يقرر المشرع عقوبة شديدة متى كان حظ الجاني من الخطأ ضئيلاً - أي غير ذي خطورة إجرامية كبيرة- وذلك بصرف النظر عن جسامة الفعل المادي، على اعتبار أن تلك التشريعات أصبحت تدرك ان الجناب النفسي الذي يربط الجريمة بفاعلها لا يقل أهمية عن الجانب المادي، وان ثمة عوامل نفسية قد تزيد أو تنقص من درجة جسامة ماديات الجريمة، وقد ترتب على ذلك ان العقوبة في التشريعات الحديثة أصبحت تدور بين حدين أعلى وأدنى حتى يتمكن القاضي من تحديد أفضل نقاط التوازن بين الجريمة بجانبها المادي والنفسي من جهة والعقاب من جهة أخرى، أي بعبارة أخرى حتى يتمكن القاضي من تحديد القدر المناسب من إيلام العقوبة والصورة المناسبة من المعاملة العقابية للمحكوم عليه(٥).

ثالثاً/ المعيار المختلط للتناسب:

هذا المعيار تبنته المدارس التوفيقية التي حاولت التوفيق بين المعيار الموضوعي(جسامة الجريمة) الذي أخذت به المدرسة التقليدية، والمعيار الشخصي (شخص المجرم وخطورته الإجرامية) الذي أخذت به المدرسة الوضعية، وذلك من خلال الجمع بين المعيارين السابقين، بحيث تتناسب العقوبة طوراً مع جسامة الفعل المادي وطوراً آخر مع درجة الخطأ (الخطورة الإجرامية) الذي يكشف عنه سلوك الفاعل،

(١) د. عمر خوري، السياسة العقابية في الجزائر، ط ١، دار الكتاب الحديث، القاهرة، ٢٠٠٩ ، ص ٣٣.

(٢) د. علي عبد القادر القهوجي ود. فتوح عبد الله الشادلي، علم الإجرام وعلم العقاب، مطابع السعدني، ٢٠٠٩ ، ص ٤٣.

(٣) د. فهد يوسف الكساسبة، مصدر سابق، ص١١٢- ١١٣.

(٤) د. محمد شلال حبيب، الخطورة الاجرامية، أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون والسياسة . جامعة بغداد، ط١،دار الرسالة للطباعة، بغداد، ١٩٨٠، ص ٣٤-٣٥.

(٥) د. نادرة محمود سالم، مصدر سابق، ص٣٨.

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

وذلك من خلال منح القاضي سلطة تقديرية في فرض العقوبة المتناسبة مع جسامة الجريمة وخطورة الفاعل في نطاق الحدود المرسومة قانوناً[١].

لذلك فليس هناك مايمنع من الأخذ بالمعيارين السابقين معاً في ظل تشريع واحد بحيث تتناسب العقوبة طوراً مع جسامة الفعل وطوراً آخر مع درجة الخطورة التي يكشف عنها سوك الفاعل، ذلك لأنه إذا كان للتناسب المادي أهميته الخاصة على اعتبار ان غالبية التشريعات تعتمد عليه في تصنيف العقوبات، فإن للتناسب الشخصي دوره الهام كذلك، إذ ان التعمق في إدراك الصلة النفسية بين الفاعل وقدرالخطورة التي تنطوي عليها نفسيته قد يؤدي إلى تعديل في مفهوم المعاملة العقابية، ومؤدى ذلك إنجاح المعاملة العقابية وتحقيقها للهدف المنشود ألا وهو إصلاح الجاني وتقويمه[٢].

أخيراً وبناء على المعايير التي طرحها الفقه لتحديد التناسب بين التجريم والعقاب، يرى الباحث ن المعيار المختلط هو الأقرب إلى تحقيق العدالة وذلك من خلال ملائمة العقوبة وإعطاء القاضي سلطة تقديرية لفرض العقوبة المناسبة والقائمة على الأخذ بشخصية الجاني ودرجة خطورته من جهة، وجسامة الجريمة ومدى خطورتها على المصلحة المحمية من جهة أخرى.

الفرع الثالث : التضخم في النصوص الجنائية الخاصة

يعرف التضخم التشريعي بأنه: "ظاهرة قانونية سببها ازدياد عدد النصوص القانونية الصادرة في كل سنة، أو كثرة النصوص المشرعة مع مرور الزمن والتي لا مجال لتطبيقها في الواقع، أو تطويل مضمون النص القانوني، وإخراج النص عن ميدانه، أو إذا كان حجم النص كبير بشكل غير مبرر أو يحتوي نصوصا مكررة، وتتعارض فيما بينها، كما يعتبر تضخما تشريعيا وجود عدة استثناءات على قاعدة قانونية بحيث تطغى على الأصل العام للقاعدة القانونية"[٣].

ويعرف ايضاً بأنه: "حالة من الفوضى التشريعي نتيجة لوضع نصوص قانونية استجابة لاعتبارات سياسية واقتصادية واجتماعية تمتاز بالتحديد الزمني في تطبيقها، أضاف إلى ذلك عدم استقرار التشريعات التي توضع عادة بطريقة ارتجالية دون دراسة ودون مراعاة واقع المجتمع وخصوصياته، مما يؤدي إلى عدم احترامها من قبل الأفراد والعصيان والخروج عن الخضوع للقانون، وهذا ما يجعل السلطة تضطر إلى الغائه واستبداله.كما يعتبر تضخما تشريعيا عدم تمتع النصوص القانونية بالفعالية المطلوبة، نتيجة كونها وسيلة في يد السلطة لمواجهة ظرف محدد أو خدمة برنامج أو توجه معين"[٤].

أما التضخم في النصوصالجنائية ، فأنها إحدى صور التضخم التشريعي بصفة عامة، ويقصد به " إسراف المشرع في استخدام السلاح العقابي بغير ضرورة تقتضيه ودون تناسب أو مبرر، مما يؤدي إلى الإخلال بالأمن القانوني وانكماش اليقين القانوني وإرباك في الواقع العملي عند تطبيق النصوص الجنائية"[٥].

وغالباً ما يحدث التضخم في النصوص الجنائية الخاصة من خلال عدم التزام المشرع بالأصول العامة لسياستى التجريم والعقاب، أو تقديم حلول جزائية لمسائل قدتم حلها في تشريعات سابقة، أو اصدار تشريعات جنائية استعراضية استجابةً لمتطلبات فئوية تقرر فيها العقاب لجرائم بسيطة لم تصل خطورتها

(١) د. فهد يوسف الكساسبة، مصدر سابق، ص١١٣.

(٢) د. طارق عبد الوهاب سليم، المدخل إلى علم العقاب الحديث، دار النهظة العربية، القاهرة، ١٩٩٩، ص١٧٨.

(٣) عبد الكريم صالح عبد الكريم وعبدالله فاضل حامد، تضخم القواعد القانونية التشريعية – دراسة تحليلية نقدية في القانون المدني، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية ، السنة٦، العدد٢٣، ٢٠١٤، ص١٤٧-١٤٨.

(٤) بن جدو أمال، الحد من التجريم والعقاب في السياسة المعاصرة، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، جامعة محمد بوضياف المسيلة، العدد العاشر، سبتمبر ٢٠١٨ ، ص ١٩٦.

(٥) بن عودة حسكر مراد، مصدر سابق، ص٨٩؛ وبنفس المعنى د. محمد رشيد حسن و سيروان عثمان فرج، مصدر سابق، ص٣٤٦.

إلى حد التجريم ويمكن حلها بوسائل ضبطية أخرى غير القانون الجنائي، أو سن قوانين جنائية اضطرارية استجابةً للتحولات الأيديولوجية والسياسية(١).

عليه يمكن تحديد أهم أسباب المؤدية إلى التضخم في النصوص الجنائية الخاصة بما يأتي:

أولاً/عدم إلمام المشرع بالصياغة التشريعية وفقاً للأصول العامة لسياسة التجريم :

إن عملية سن القوانين الجنائية في غاية التعقيد وبحاجة إلى مهارة تشريعية لإجراء الموازنة بين المصالح الأساسية والتبصر للمستقبل واستيعاب كل الفروض والاحتمالات، فكما هو معلوم لم يشترط القانون على كل من يتقدم بالتشريع ليكون عضوا في السلطة التشريعية أن يكون من بين ذوي الاختصاص القانوني ولديه معرفة بالصياغات التشريعية، فينتج عن ذلك أن المشرعين قليلو الخبرة في المجال التشريعي.

وفي حالة افتراض وجود خبرات قانونية مقبولة لدى كل أعضاء البرلمان فإنهم يعانون من مسألة عدم الاستقلالية لاتخاذ القرارات الحاسمة والمصادقة على مشاريع القوانين، أو عدم وجود الوقت الكافي لديهم لتقييم مشروعات القوانين وتقديم البدائل، وينجم عن ذلك أحيانا أثار سلبية تكمن في إصدار التشريعاتجنائية بصورة غير منتجة وضعيفة لا تساهم في حل مشكلات المجتمع بل على العكس فهي تساهم في خلق مشكلة تضخم التشريع الجنائي(٢).

عليه يمكن القول بصورة عامة أن هيكلية العمل التشريعي شهدت في العراق واقليم كوردستان تراجعا ملحوضاً في كفاءة النواب ارتباطا بعملية التشريعية وعدم فهمهم بشكل عام لأسس التشريع وضنهم أن التشريع الجنائي يجب أن يكون في الأولوية قبل القواعد القانونية الأخرى في حل المشاكل الإجتماعية أو الفئوية، وهذا التصور الخاطئ أدى إلى ظهور تشريعات جنائية زائدة أو غير مبررة وغير مطبقة أيضاً(٣).

ثانياً/ التوسع في استخدام سلاح التجريم بغير ضرورة:

يذهب المشرع الجنائي أحيانا إلى الإفراط في استعمال سلاح التجريم لاعتقاده بأن القانون الجزائي هو الوسيلة الوحيدة لحمل المخاطبين به على احترام أحكام القوانين نظراً لأقترانه بالجزاءات الجنائية، وفضلا عن ذلك يقدم حلا سريعا وسهلا من حيث إعداده واستعماله مقارنة بباقي الوسائل غير الجنائية الأخرى للضبط الاجتماعي، ولعل من ساهم في ترسيخ هذا الاعتقاد هو الفهم الخاطئ لحقيقة الظاهرة الإجرامية بحسبانها مشكلة قانونية بحتة، بينما في الواقع هي ظاهرة اجتماعية ذات أبعاد كثيرة، وليس من السهل مواجهتها بالوسائل القانونية لوحدها، بل يجب أن يساهم فيها جميع قطاعات أوجهزة الدولة(٤).

فلا تكفي مجرد رغبة السلطة في تجريم فعل بعينه والخروج به من دائرة الإباحة إلى دائرة المنع أوالحظر، بل يجب أن تكون هناك حاجة مجتمعية لوضع الفعل في دائرة المنع، ولما كانت المصالح المجتمعية متباينة ومتضاربة فيما بينها، وجب على المشرع أن يوازن بين تلك المصالح وأن تكون التضحية بواحدة منها في سبيل حماية باقية المصالح المجتمعية مُبرراً، ويجب كذلك التضحية بالمصلحة الأقل أهمية، لأن الفكرة الرئيسية في تنظيم القوانين الجنائية تتمحور حول معنى الموازنة بين حماية المصلحة العامة وإتاحة حريات المواطنين، حيث إن التجريم في قوامه الأصيل يُشرع من أجل صون أو حماية الأفراد والمجتمعات، وتتجسد حماية الحريات العامة من خلال تبصير الأفراد بما هو غير مشروع من الأفعال قبل الإقدام عليها، بما يضمن لهم الطمأنينة والأمن.

---

(١) بن جدو أمال، مصدر سابق، ص ١٩٧.

(٢) علي مجيد العكيلي، مصدر سابق، ص١٥.

(٣) نذكر على سبيل المثال قانون مكافحة التدخين في إقليم كوردستان– العراق رقم ٣١ لسنة ٢٠٠٧، فعلى الرغم من إصدار هذا القانون منذ سنة ٢٠٠٧ وتضمينه حكماً جزائياً بفرض غرامة مالية قدرها (١٠٠٠٠ دينار) على الشخص الذي يدخن في الأماكن العامة وفق المادة (الثامنة/ثانياً)منه، إلا أنه لم يطبق في غالبية الأماكن العامة، وبقي القانون كتابة معلقة على الجدران.

(٤) صبرينة بوزيد، الأمن القانوني لأحكام قانون المنافسة، الطبعة الاولى، مكتبة الوفاء القانونية، الأسكندرية، ٢٠١٨، ص ٨٠ .

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

ثالثاً/ إصدار التشريعات الجنائية الإستعراضية:

يعرف التشريعات الجنائية الإستعراضية بـ"القوانين الجنائية الرمزية التي تصدر استجابةً لضغوطات فئوية اجتماعية أو سياسية معينة لسهولة وسرعة سنها ولعجز الدولة غير المستقرة سياسيا من تبني معالجات أخرى باستخدام وسائل ضبطية غير جزائية"[١].

فيرى البعض[٢] من الفقه الجنائي أن سببا معتبراً وراء مشكلة التضخم في التشريعات الجنائية هو إصدار التشريعات الاستعراضية الجزائية أو ما يسمي بـ(القانون الجنائي الرمزي الفوري أوالسحري)، إذ أن الضغوطات الاجتماعية أو السياسية تعد من أهم الأسباب التي تساهم في إصدار مثل هذه التشريعات وتسبب في خلق مشكلة التضخم فيها، نظراً لسهولة وسرعة اصدارها ولعجز أجهزة الدولة غير المستقرة سياسياً من تقديم بدائل وحلول ضبطية غير جزائية لتلك المطالب الفئوية الإجتماعية أوالسياسية[٣].

وأحيانا يتحول دور القانون الجنائي من وظيفته الأصلية المتمثلة في توفير الحماية الجنائية للمصالح الأكثر اعتباراً إلى الوظيفة الرمزية وهي الحالة التي يستخدم فيها المشرع سلاح التجريم استجابة لحاجات واقعية وحالة، لكن لا يقدم حلولاً جذرية إلا كالمهدئات ولايستهدف منها تغير الواقع فعلا، حيث أن فلسفة تشريعه هو مجرد من اجل تغيير الصورة الموجودة في ذهن المخاطبين به في هذا الواقع، ولعل أبرز مثال علد ذلك هو قانون مناهضة العنف الأسري في إقليم كوردستان – العراق رقم(٨) لسنة ٢٠١١[٤].

رابعاً/ التحولات الأيديولوجية والسياسية:

إن الاستقرار السياسي ينعكس على الاستقرار القانوني، فكلما مرت الدولة بأزمات سياسية حادة أو عميقة، سوف يقابلها حتما تحولات جذرية في الايديولوجية السياسية، والتجربة العراقية خير دليل على ذلك، فقد تحوّل العراق بعد سقوط نظامها السابق سنة ٢٠٠٣ و وفق دستورها الدائم لسنة ٢٠٠٥ من دولة بسيطة إلى دولة اتحادية، وتحول نظام الحكم فيها من نظام الحزب الواحد والمركزية السياسية والإدارية إلى نظام التعددية الحزبية واللامركزية السياسية والإدارية، كما تحول نظامها الإقتصادي من الإشتراكي إلى الإقتصاد السوق مع وجود حالة من التذبذب بين اعتناق هذا النظام أو ذاك، وهذا هوحال الكثير من دول العالم الثالث التي تعيش أزمات سياسية وتمر بمرحلة انتقالية معبرة عن تحولات جذرية في البنية السياسية والأيدولوجية والإقتصادية من جانب وفي البنية الإجتماعية التي تنازعها الإتجاهات والمذاهب الدينية والعلمانية من جانب آخر، وهذه المتغيرات تتبعها تحولات جذرية في السياسة التشريعية وإعادة النظر في المنظومة القانونية القائمة.

عليه أصدرت المشرعين العراقي والكوردستاني بعد التحولات التي تلت سقوط النظام السابق الكثير من التشريعات الجزائية وغير الجزائية، غير أن هذه التشريعات يلاحظ عليها انتقادات من الناحيتين الشكلية أو الموضوعية، وقد يكون ذلك راجعاً إلى أسباب، منها التحول السياسي السريع وحداثة التجربة الديمقراطية النيابية الحقيقية في العرق واقليم كوردستان، والإسراع في اجراءات إعداد مشاريع القوانين

---

(١) د. محمد رشيد حسن و سيروان عثمان فرج، مصدر سابق، ص٣٤٩.

(٢) رضا بن السعيدة معيزة، مصدر سابق، ص١١٥.

(٣) د. محمد رشيد حسن و سيروان عثمان فرج، مصدر سابق، ص٣٤٩؛ علي مجيد العكيلي، مصدر سابق، ص١٧ .

(٤) أورد المشرع الكوردستاني في قانون مناهضة العنف الأسري في إقليم كوردستان – العراق رقم(٨) لسنة ٢٠١١ بعظ مظاهر السلوك الإجتماعي في نطاق الأسرة كجريمة العنف الأسري ضد المرأة إذا ارتكب من قبل أحد أفراد الأسرة الواحدة حتى الدرجة الرابعة، وذلك استجابةُ لمطالب المنظمات النسوية المدافعة عن حقوق المراءة، وذكر في المادة (٢) من القانون المذكور عدد من صور السلوك المادي لهذه الجريمة على سبيل المثال، من ضمنهم(ختان الإناث، التحريض على الزنا، الإجهاض، الضرب، الإيذاء، السب ، القذف، التسول)؛ فعلى الرغم من أهمية هذا القانون في كونه سبقاً تشريعياً في تصحيح بعض مظاهر السلوك غير المنصفة بين أفراد الأسرة الواحدة، إلا أنه يشكل تضخماً تشريعياً لكون النشاطات المذكورة أنفاً سبق تنظيمها في قانون العقوبات العراقي النافذ في المواد (٣٧٧، ٣٨٠، ٣٨٥، ٣٩٠، ٤١٢، ٤١٣، ٤٣٣، ٤٣٤).

وإصدارها، بالإضافةً إلى عدم إلمام غالبية النواب – سواء في العرق أو في الإقليم- بفنون الصياغة التشريعية السليمة.

وإن غلبية هذه التشريعات تحتاج إلى مراجعة وتعديلات متأنية لتلافي مافيها من قصور وانحرافات تشريعية واستعادة نوع من الإستقرار التشريعي فيها من خلال ترشيق وتنقيح نصوصها وخليصها من التضخم التشريعي[١].

المطلب الثاني : مظاهر الإخلال بالأمن القانوني في قانون منع إساءة استعمال أجهزة الإتصالات في اقليم كوردستان – العراق رقم ٦ لسنة ٢٠٠٨

عانت المجتمع العراقي بكافة مكوناته في فترات متعاقبة من تاريخ العراق الكثير لإسترداد حقوقها وحرياتها الأساسية، وواجهت في سبيل هذه الحريات حروباً عدة ضد النظم الديكتاتورية والقمعية والاستبدادية حتى تحققت لها المكاسب التي كانت تصبو إليها، فتضمنت الدستور العراقي الدائم لسنة ٢٠٠٥ هذه الحريات وجعلها من المبادئ الدستورية التي تم التأكيد عليها وضمن لها احترامها بنصوص دستورية واضحة، مؤكدةً على أن الحريات الأساسية التي كفلها الدستور هي الأصل و لايجوز تعطيل مضمونها ولا تقييدها بأغلال تعوق ممارستها، ونصت في المادة(٣٨) منه على كفالتها[٢]، كما عد حرية الاتصالات والمراسلات البريدية والبرقية والهاتفية والالكترونية وغيرها من بين الحريات الأساسية التي لايجوز المساس بها، وذلك وفق المادة (٤٠)منه[٣].

ومع الإقرار بالمزايا الكثيرة التي يحققها الإنترنت ووسائل الإتصالات الحديثة كـ(الثورة المعلوماتية التي تغيرت معالم الحياة على سطح الأرض، البحث الإلكتروني وسرعة نقل الأخبار في كافة أنحاء العالم، احياء التواصل الاجتماعي عبر شبكات الأنترنت، التسوق الألكتروني ....والخ)، إلا أنه تعد نعمة وفقمة في آن واحد، إذ ظهر في سياق تطوره المستمر تصادم بين استخدام هذه الوسائل مع حقوق ومصالح أخرى محمية في الدستور والقانون؛ فمنها ما يمس الحياء العام أو الآداب العامة، ومنها مايهدد الأمن العام، ومنها ما يتعلق بالأشخاص ذاتهم كأسرارهم الشخصية، وحياتهم الخاصة، وسمعتهم واعتبارهم[٤].

ومن هنا تبرز حتمية الموازنة القانونية بين كفالة الحقوق والحريات وحماية المصالح القانونية المهددة بالاستخدام غير المشروع لوسائل الإتصالات، وهذا ما حمل المشرع في إقليم كوردستان – العراق على سن قانون منع إساءة استعمال أجهزة الإتصالات رقم ٦ لسنة ٢٠٠٨، فيؤكد في المادة(١) منه على حرمة الحياة الخاصة للأفراد وعدم جواز انتهاك حرمة مكالماتهم الهاتفية و اتصالاتهم البريدية والألكترونية[٥].

(١) لعل أبرز مثال على التشريعات الجنائية التي يلاحظ عليها هذه الإنتقادات: قانون مكافحة الإرهاب الإتحادي رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٥ ، وقانون منع إساءة استعمال أجهزة الإتصالات في اقليم كوردستان – العراق رقم ٦ لسنة ٢٠٠٨ ، وقانون مناهضة العنف الأسري في اقيم كوردستان – العراق رقم ٨ لسنة ٢٠١١، وقانون مكافحة التدخين في إقليم كوردستان– العراق رقم ٣١ لسنة ٢٠٠٧. ينظر في ذلك: د. محمد رشيد حسن و سيروان عثمان فرج، مصدر سابق، ص٣٥٥؛ د. كسال سامية، التضخم التشريعي عائق أمام الإستثمار الأجنبي، مجلة صوت القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية– جامعة مولود معمري، المجلد ٥، العدد ٢، اكتوبر ٢٠١٨، ص٤٤٣.

(٢) نصت المادة (٣٨) من الدستور العراقي النافذ على الآتي: " تكفل الدولة وبما لايخل بالنظام العام والآداب اولاً: حرية التعبير عن الرأي بكل الوسائل .ثانياً : حرية الصحافة والطباعة والاعلان والاعلام والنشر .ثالثاً : حرية الاجتماع والتظاهر السلمي وتنظم بقانون ".

(٣) نصت المادة(٤٠) من الدستور العراقي النافذ على أنه: "حرية الاتصالات والمراسلات البريدية والبرقية والهاتفية والالكترونية وغيرها مكفولة ، ولا يجوز مرا قبتها أو التنصت عليها، أو الكشف عنها، الا لضرورةٍ قانونيةٍ وأمنية وبقرار قضائي".

(٤) د. إبراهيم حامد طنطاوي: أحكام التجريم والعقاب في قانون تنظيم الاتصالات، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣، ص٣٢.

(٥) نصت المادة (١) من قانون منع إساءة استعمال أجهزة الإتصالات في اقليم كوردستان – العراق رقم ٦ لسنة ٢٠٠٨ على الآتي: " المكالمات الهاتفية والاتصالات البريدية والالكترونية من الأمور الخاصة لا يجوز انتهاك حرمتها".

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

ثم يوصف في المادة الثانية[١]، وكذلك المادة الثالثة [٢]منه بعض صور المساس بالمصالح المعتبرة والتي تخرج عن إطار غايات حرية الرأي والتعبير، وتتعرض لحرمة الحياة الخاصة للآخرين أوسمعتهم وشرفهم واعتبارهم.

وسوف نتسأل من خلال هذا المطلب عن مدى بلوغ هذا القانون لغايته في إقامة مجتمع مدني متحضر على أسس سليمة ومنع استخدام وسائل الإتصالات للتأثير على حريات الأفراد وإفشاء أسرارهم الشخصية والإساءة إلى الأخلاق والنظام العام والآداب العامة[٣]، ونبحث في هذا السياق مدى تعارض النماذج التشريعية الجنائية التي اوردها المشرع الكوردستاني في قانون منع إساءة استعمال أجهزة الإتصالات مع مباديء ومقومات الأمن القانوني الذي يضمن للمواطن الاحترام لمصالحه وحقوقه ومراكزه القانوية، وسيتم لنا ذلك من خلال الأفرع الثلاثة التالية:

الفرع الأول : عدم الدقة والوضوح في صياغة النصوص الجنائية

يتطلب مبدأ يقين القانون الجنائي التعبير عن الجرائم بأوضح وأدق لغة ممكنة، لأن التعريفات غير الدقيقة أو غير الكاملة يمكن أن تؤدي إلى عدم استقرار الحقوق أو المصالح أوالمراكز المحمية في القانون، وتشكل مصدراً لتهديد الأمن القانوني للمواطن بسبب غموضها أو اتساعها المفرط.

وتبعًا لذلك فإن التعريفات القانونية للجرائم المنصوصة عليها في التشريعات الجنائية على درجة بالغة من الأهمية، وذلك لبيان الحدود الواضحة بين ما هو مجرم قانوناً وما هو غير مجرم ومباح، وبما أن التشريع (موضوع الدراسة) يستهدف مواجهة ظاهرة إساءة استعمال اجهزة الإتصالات فهو الأكثر مرشحاً لتقيد الحقوق الأساسية مثل (حرية التعبير، حرية الصحافة والطباعة والاعلان والاعلام، حرية الاجتماع والتظاهر السلمي، حرية الاتصالات والمراسلات البريدية والبرقية والهاتفية والالكترونية وغيرها) التي تكفلها الدستور[٤] والقوانين المرعية[٥].

(١) نصت المادة (٢) من قانون منع إساءة استعمال أجهزة الإتصالات في اقليم كوردستان – العراق على الآتي: "يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر ولا تزيد على خمس سنوات و بغرامة لا تقل عن مليون دينار و لا تزيد على خمسة ملايين دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من أساء استعمال الهاتف الخلوي أو أية أجهزة اتصال سلكية أو لاسلكية أو الانترنيت أو البريد الالكتروني و ذلك عن طريق التهديد أو القذف أو السب أو نشر أخبار مختلقة تثير الرعب وتسريب محادثات أو صور ثابتة أو متحركة أو الرسائل القصيرة (المسج) المنافية للأخلاق والآداب العامة أو التقاط صور بلا رخصة أو أذن أو إسناد أمور خادشة للشرف أو التحريض على ارتكاب الجرائم أو أفعال الفسوق والفجور أو نشر معلومات تتصل بأسرار الحياة الخاصة أو العائلية للأفراد و التي حصل عليها بأية طريقة كانت ولو كانت صحيحة إذا كان من شأن نشرها وتسريبها وتوزيعها الإساءة إليهم أو إلحاق الضرر بهم".

(٢) نصت المادة (٣) من القانون نفسه على أن:"يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ثلاثة أشهر ولا تزيد على سنة وبغرامة لا تقل عن سبعمائة وخمسون ألف دينار ولا تزيد على ثلاثة ملايين دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من تسبب عمداً باستخدام واستغلال الهاتف الخلوي أو أية أجهزة اتصال سلكية أو لاسلكية أو الانترنيت أو البريد الالكتروني في إزعاج غيره في غير الحالات الواردة في المادة الثانية من هذا القانون".

(٣) ورد في الأسباب الموجبة لصدور قانون منع إساءة استعمال أجهزة الإتصالات في اقليم كوردستان – العراق رقم ٦ لسنة ٢٠٠٨ الآتي: " بالنظر للتطورات الاجتماعية والاقتصادية والسياسية التي طرأت على حياة المواطنين في إقليم كوردستان وبالنظر لتطلع شبابه إلى التطورات التكنولوجية في العالم وما ترافق هذه التطورات من سهولة الاتصالات بين الشعوب وحيث إن الهواتف الخلوية والبريد الالكتروني ووسائل الاتصالات الحديثة هي ضرب من ضروب تلك التطورات وما تحمل تلك الوسائل من أمور قد تؤثر سلباً على سلوك الشباب والأفراد والأطفال وانطلاقاً من نهج حكومة إقليم كوردستان في إقامة مجتمع مدني متحضر على أسس سليمة وبغية معاقبة مسيئي استعمال تلك الأجهزة ومنعهم من التأثير على حريات الأفراد وإفشاء أسرارهم الشخصية والإساءة إلى الأخلاق والنظام العام والآداب العامة لذا فقد شرع هذا القانون".

(٤) ينظر: المادتين(٣٨، ٤٠) من الدستور العراقي الدائم لسنة ٢٠٠٥ سالفتي الذكر.

(٥) نصت المادة (٢) من قانون العمل الصحفي في كوردستان رقم (٣٥) لسنة ٢٠٠٧ على حرية العمل الصحفي بقولها: أولاً: الصحافة حرة ولا رقابة عليها وحرية التعبير والنشر مكفولة لكل مواطن في إطار احترام الحقوق والحريات الخاصة للأفراد وخصوصية حياتهم وفق القانون والالتزام بمبادئ أخلاقيات العمل الصحفي وفق ميثاق شرف الفيدرالية الدولية لعام ١٩٥٤ المعدل. ثانياً: للصحفي الحصول على المعلومات التي تهم المواطنين والمرتبطة بالمصلحة العامة من مصادرها المختلفة وفق القانون. ثالثاً: للصحفي إبقاء مصادر المعلومات أو

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

وإن المشكلة الأولى التي تظهر في قانون منع إساءة استعمال أجهزة الإتصالات في اقليم كوردستان – العراق رقم ٦ لسنة ٢٠٠٨ تلك التي تتعلق بتعريف جريمة "إساءة استعمال أجهزة الإتصالات"، وتداخل هذه العبارة مع مفاهيم أخرى مثل: (التسلط الإلكتروني- cyber bulling، والإستهداف الإلكتروني - cyber targeting)، والمضايقة الألكترونية- cyber stalking [١].

فيستخدم مصطلح التسلط الالكتروني- cyber bulling للدلالة على: "القسوة في مواجهة الآخرين من خلال إرسال أو نشر مواد ضارة أو الانخراط في أشكال أخرى من الاعتداء الاجتماعي من خلال استخدام الإنترنت أو غيره من وسائل التكنولوجية الرقمية"، بينما يستخدم مصطلح الاستهداف الإلكتروني- cyber targeting للإشارة إلى العديد من المسارات القانونية المحتملة للنشاطات الإجرامية في مجال أجهزة الإتصالات ، وبالأخص تلك التي تجري بدرجة أعلى من الدقة.

أما المضايقة الألكترونية - cyber stalking فهي: "كل سلوك ترتكب بقصد مضايقة الشخص الذي يود الإتصال بالمرسل على شكل إرسال رسائل عبر البريد الالكتروني أو عبر الرسائل النصية في الهاتف المحمول، ويمكن أن تشتمل أيضا على التهديدات المتكررة والتصريحات الجنسية وعلامات التحقير أي خطاب الكراهية أو التشهير بالاتهامات الباطلة وجعل الآخر موضع سخرية في المنتديات أو المحافل الاجتماعية ونشر البيانات الكاذبة على اعتبار أنها بيانات حقيقية بهدف تشويه سمعة الشخص وتحقيره، أو نشر الشائعات حول شخص ما عبر الانترنت من اجل أن يكرهه الآخرون أو إقناع الآخرين بكرهه أو المشاركة بالحط من سمعته، وقد يقوم مرتكب الجريمة بتحديد هوية الضحية ونشر أكاذيب للتشهير به أو لتحقيره وإذلاله" [٢].

عليه يلاحظ على منهج المشرع العراقي في تعريف جرائم (إساءة استعمال أجهزة الإتصالات) المنصوصة عليها في المادتين (٢،٣)من القانون المذكور عدم الدقته في وصف النشاطات المادية المكونة لهذه الجريمة بشكل فني ودقيق، إذ لم ينتبه لتنوع اجهزة الاتصالات التي ذكرها في المادتين المذكورتين، ولم يتدارك اختلاف أجهزة الإتصالات من حيث طبيعتها وخصائصها ووظائفها وأنماط سلوك اساءة الاستعمال المرتبطة بها، فقد جمع بين الهاتف الخلوي واجهزة الاتصال السلكي واللاسلكي والانترنت والبريد الالكتروني والهواتف الذكية في نموذج تشريعي جنائي واحد، في حين هناك اختلافات جوهرية بين هذه الوسائل، وهذا ما تستوجب تنوعا في النماذج التشريعية الجنائية لمعالجة إساءة استعمال الأنواع

الأخبار التي يتم الحصول عليها في سرية بالنسبة للدعاوي المعروضة على المحكمة إلا إذا قررت المحكمة المختصة خلاف ذلك. رابعاً: يحق لكل شخص طبيعي أو معنوي تملك الصحف واصدارها وفقاً لأحكام هذا القانون. خامساً: يحظر منع صدور الصحف او مصادرتها".

و نصت المادة(٢) من قانون تنظيم المظاهرات في اقليم كوردستان – العراق رقم ١١١ لسنة ٢٠١٠ على جرية التجمع و التضاهر السلمي بقولها: " اولاً: التظاهر حق دستوري ويتم ممارسته وفق القانون. ثانياً: لا يجوز منع ممارسة حق التظاهر خلافاً للقانون. ثالثاً: لا يجوز ان يكون القصد من التظاهر التحريض ضد فئة معينة بسبب الدين او القومية او الجنس او تحريض فئة ضد فئة اخرى".

ونصت المادة(١) من قانون منع إساءة استعمال أجهزة الإتصالات في اقليم كوردستان – العراق رقم ٦ لسنة ٢٠٠٨ على حرية الاتصالات والمراسلات البريدية والبرقية والهاتفية والالكترونية وغيرها بقولها: " المكالمات الهاتفية والاتصالات البريدية والالكترونية من الأمور الخاصة لا يجوز انتهاك حرمتها".

(١) يشيع استخدام هذه المصطلحات في اللغة الانجليزية لوصف أشكال متشابهة من السلوك الإجرامي التي تنفذ عبر شبكة الانترنت، والحقيقة أن هذه الأشكال من السلوك الإجرامي عبر شبكة الإنترنت لا توجد بينها سوى فروق طفيفة، لاسيما فيما يتعلق بأعمار الأطراف، ومدى خطورة وتطور النشاط الإجرامي في كل منها.

(٢) Educator’s Guide to Cyberbullying, Cyber threats & Sexting ،Center for Safe and ، Nancy Willard, M.S., J.D Responsible Use of the Internet, P1-2 **، متاح على الرابط التالي:**
. https://cdn.ymaws.com/www.safestates.org/resource/resmgr/imported/educatorsguide.pdf

Last visit: 18.3.2022

المختلفة لأجهزة الإتصالات، إذ ينبغي أن يحضى إساءة استعمال كل نوع من أجهزة الإتصالات بنموذج عقابي خاص نظراً للفروق الشاسعة بين تلك الأجهزة واستعمالاتها[١].

كما يلاحظ استخدام المشرع مصطلحات وعبارات غريبة على التشريعات الجنائية القائمة كـ(أعمال الفسق والفجور)[٢]، إذ إنه مصطلح متداول في الكتب الشرعية أكثر من كونه مصطلح قانوني، فكان من الأفضل استخدام المصطلحات المرادفة المعلومة والمتداولة في التشريعات الجنائية كمصطلح (الدعارة) أو(البغاء) أو ماشابه ذلك.

ويلاحظ أيضاً عدم استيعاب النصوص الجزائية في قانون منع إساءة استعمال أجهزة الإتصالات إلا عدد قليل من نشاطات إساءة استعمال أجهزة الإتصالات، وهي تلك المرتبطة بمجالي الاتصال والنشر دون مراعاة التطور المذهل في اتساع مجال الأجهزة المختلفة المرتبطة بشبكة الانترنت، فهناك صور أخرى من الإساءات غير تلك التي يتناولها القانون بالعقاب، نذكر منها على سبيل المثال:

١. نشر الفاعل لصور ثابتة أو متحركة أو رسائل قصيرة (المسج) منافية للأخلاق والآداب العامة عن نفسه أو نفسها.
٢. التهرب الضريبي من قبل شركات الإتصال.
٣. بيع شرائح الاتصال مجهولة الهوية أو تداولها بطريقة مخالفة للأنظمة والقاوانين ذات الصلة.
٤. بيع بطاقات الاتصال المدفوع بأكثر من ثمنها (قيمتها الفعلية).
٥. استخدام الهاتف الخلوي للغير دون إذنه الذي يدخل ضمن فكرة سرقة الخدمات والاطلاع على المعلومات المخزنة في الهاتف الخلوي كالصور وقائمة الاتصالات أو إتلافها أو تعديلها أو نسخها.
٦. تعطيل أجهزة الإتصالات أو نظام عملها عن بعد بإرسال الفيروسات إليه عن طريق المسج أو الرسالة الأكترونية أو اية تقنية أخرى[٣].
٧. مخالفة شركات الإتصال أو مندوبيهم أو مقدمي خدمات الإتصالات أى شرط من شروط الترخيص الممنوح له أو مخالفتهم لضوابط الجودة الفنية أو القياسات المعيارية لجودة الأداء لمختلف خدمات الاتصالات المرخص له بها[٤].

وهذا ما يستدعي ضرورة العمل على وضع نظام قانوني رصين يتضمن بين حيثياته النماذج التشريعية الواضحة والكافية لتحقيق حماية الأمن القانوني لمستخدمي أجهزة الإتصالات بحيث تتناسب وتتواكب مع الأنظمة القانونية الجنائية القائمة من جانب، والتطور الذي تشهده النشاطات الإلكترونية السلكية واللاسلكية من جانبٍ آخر.

وندعو في هذا السياق إضافة النشاطات المذكورة آنفاً إلى تلك المحظورة المكونة لجريمة إساءة استعمال أجهزة الإتصالات، مع تعدد الغرامة بتعدد المستخدمين الذين وقعت المخالفة من أجلهم، وكذلك معاقبة المسئول عن الإدارة الفعلية للشخص الاعتباري بذات العقوبات المقررة عن الأفعال التي ترتكب بالمخالفة لأحكام هذا القانون إذا ثبت علمه بها وكان إخلاله بالواجبات التي تفرضها عليه تلك الإدارة قد أسهم في وقوع الجريمة[٥].

---

(١) د. رزكار محمد قادر، ملاحظات على قانون منع اساءة استعمال أجهزة الإتصالات رقم ٦ لسنة ٢٠٠٨، مجلة تةرازو – اتحاد حقوقي كوردستان، العدد٣٥ لسنة ٢٠٠٨، ص٤٢.

(٢) ينظر: المادة (٢) من قانون منع إساءة استعمال أجهزة الإتصالات في اقليم كوردستان – العراق رقم ٦ لسنة ٢٠٠٨ سالفة الذكر.

(٣) د. رزكار محمد قادر، مصدر سابق، ص١١١.

(٤) نصت المادة (٨٥) من قانون تنظيم الإتصالات المصري رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٣ على أن :" يعاقب بغرامة لا تقل عن عشرين ألف جنيه ولاتجاوز مائتي ألف جنيه كل مشغل أو مقدم خدمة اتصالات خالف أي شرط من شروط الترخيص الممنوح له أو خالف ضوابط الجودة الفنية أو القياسات المعيارية لجودة الأداء لمختلف خدمات الاتصالات المرخص له بها" . ويعاقب بغرامة تعادل عشرة أمثال قيمة الزيادة التي حصل عليها كل من خالف أسعار خدمات الاتصالات المعتمدة من الجهاز وتتعدد الغرامة بتعدد المستخدمين الذين وقعت المخالفة من أجلهم" .

(٥) نصت المادة(٨٦) من القانون تنظيم الإتصالات المصري رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٣ على أن : يعاقب المسئول عن الإدارة الفعلية للشخص الاعتباري بذات العقوبات المقررة عن الأفعال التي ترتكب بالمخالفة لأحكام هذا القانون إذا ثبت علمه بها وكان إخلاله بالواجبات التي تفرضها

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

وإزاء عدم الاستقرار على تحديد تشريعي واضح لمسطلح "إساءة استعمال أجهزة الإتصالات" بسبب الخلط بينها وبين الصور المشابهة لها، نقترح استخدام مسطلح (التسلط الألكتروني) للجرائم التي عبر عنها المشرع في المادة (٢)من قانون منع إساءة استعمال أجهزة الإتصال بـ (إساءة استعمال أجهزة الإتصالات)، وايراد تعريف واضح لها في متن القانون المذكور، وفي هذا السياق نقترح التعريف الآتي للتسلط الألكتروني:" كل سلوك مرتكب بقصد إيذاء الآخرين، أو التحرش بهم، أو احتقارهم، أو تهديدهم، أو الإساءة إليهم بإرسال ونشر صور ثابتة أو متحركة أو شائعات وأكاذيب أو اخبار ضارة بسمعة الشخص وبعلاقاتة الإجتماعية واستبعاده عمدا عن الجماعة الافتراضية عبر الانترنت".

أما النشاطات الأخرى التي عبرعنها المشرع في المادة(٣) قانون منع إساءة استعمال أجهزة الإتصال فنقترح لها مصطلح (المضايقة الألكترونية) ، على أن تشمل إضافةً إلى النشاطات الواردة في تعريفها الحالات التي تكشف فيها الجاني عن البيانات الشخصية للضحايا مثال ذلك: الاسم الحقيقي للضحية وعنوان المنزل ومكان العمل أو المدرسة في المنتديات للتحريض على الآخرين بهدف كراهيتهم أو السخرية منه، أو انتحال هوية وشخصية الضحية وإنشاء حسابات وهمية أو تعليقات أو ادعاء وانتحال موقع الضحية لنشر البيانات باسمه لقذفه والتشهير والسخرية منه.

وفي ضوء ما سبق نرى بأن مصطلحي التسلط الالكتروني والمضايقة الألكترونية في جوهرهما ومضمونهما القانوني يستوعبان كافة صور المضايقة والتحرش الالكتروني التي تستهدف الإيذاء النفسي أو الابتزاز المعنوي للمجني عليه، وأن انضباط المواجهة الجنائية لهذه الصور المتعددة من السلوك الإجرامي تقتضي جمعها تحت مصطلحات محددة بحيث يتسع مدلوله ونطاقه القانوني ليشمل كافة صور الاعتداء الالكتروني على الأشخاص.

الفرع الثاني

عدم التناسب بين التجريم والعقاب

قد تصطدم التكنولوجيا الجديدة واستخداماتها ببعض القيم والثوابت الأخلاقية أو الاجتماعية أو الدينية، وقد تساعد على ارتكاب أعمال غير مشروعة أو مجرمة وأخيرا قد تكون هي بذاتها محلا للجريمة والاعتداء، ويتمثل أوجه الصعوبة في التعامل مع جرائم إساءة استعمال أجهزة الإتصالات في كيفية معالجة الجوانب السلبية لتكنولوجيا معينة على نحو لايمس بالجوانب لايجابية لها سواء تمثل هذا المساس في منع الاستفادة منها أو الحد من هذه الاستفادة أو تقييدها(١).

نظم المشرع في إقليم كوردستان صور النشاطات التي تشكل جريمة "منع إساءة استعمال أجهزة الإتصالات" في نموذجين تشريعيين ضمن قانون منع إساءة استعمال أجهزة الإتصالات في اقليم كوردستان – العراق رقم ٦ لسنة ٢٠٠٨، وأورد نموذجين عقابيين لمعاقبة مختلف النشاطات التي تشكل إعتداءاً على المصالح والحقوق ذات الصلة بإساءة إستعمال أجهزة الإتصالات، وعلى الوجه الأتي:

أولاً: يعاقب المشرع بعقوبة (الحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر ولا تزيد على خمس سنوات و بغرامة لا تقل عن مليون دينار و لا تزيد على خمسة ملايين دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين) على إرتكاب احدى النشاطات التالية عبر أجهزة الإتصالات المتنوعة: (١. التهديد، ٢. القذف، ٣. السب، ٤. نشر أخبار تثير الرعب، ٥. تسريب محادثات أو صور ثابتة أو متحركة أو الرسائل القصيرة المنافية للأخلاق والآداب العامة، ٦. التقاط صور بلا رخصة أو إذن، ٧. إسناد أمور خادشة للشرف، ٨. التحريض على إرتكاب

عليه تلك الإدارة قد أسهم في وقوع الجريمة . يكون الشخص الاعتباري مسئولاً بالتضامن عن الوفاء بما يحكم به من عقوبات مالية وتعويضات".

(١) د.هالة صلاح الحديثي، النظام القانوني لعقود الهواتف النقالة، بحث منشورفي مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية، كلية القانون، جامعة القادسية، المجلدالثاني، العدد الاول، ٢٠٠٩، ص٩٨.

الجرائم، ٩. التحريض عاى أفعال الفسق والفجور، ١٠. نشر المعلومات المتصلة بإسرار الحياة الخاصة أو العائلية للإفراد ولو كانت صحيحة إذا كان من شأن نشرها وتسريبها وتوزيعها الإساءة إليهم أو إلحاق ضرر بهم، ١١. التسبب بارتكاب جريمة عن طريق احد الأفعال السابقة)[١].

ثانياً: يعاقب المشرع بعقوبة (الحبس مدة لا تقل عن ثلاثة أشهر ولا تزيد على سنة وبغرامة لا تقل عن سبعمائة وخمسون ألف دينار ولا تزيد على ثلاثة ملايين دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين)على (التسبب عمدا في إزعاج الغير في غير الحالات الواردة في المادة الثانية سالفة الذكر)[٢].

ومن هنا يثور التساؤل عن مدى تناسب الخطورة الإجرامية التي تحتوية كل نشاط مع جسامة العقوبة المقررة لها، فيلاحظ عموماً على منهج المشرع العراقي في معالجة الجريمة موضوع الدراسة عدم مراعات التبويب العلمي في عرض النصوص الجزائية ، إذ تضمن المادة(٢)من القانون مجموعة من النشاطات الإجرامية المتباينة من حيث الخطورة الإجرامية في نموذج عقابي واحد، ولم يقم بتقسيمها الى فقرات وبنود بحيث تختص كل منها بنموذج معين من نماذج جريمة إساءة استخدام أجهزة الإتصالات، وإنه عرض النصوص القانونية بأسلوب إنشائي بعيد من الأسلوب التشريعي الفني وعاقب في مادة معينة وبصورة اجمالية على مجموعة من نشاطات إساءة استعمال أجهزة الإتصالات بعقوبة واحدة، وهذا مايجعل منهجه منتقد، فلا يمكن الإقرار بمساوات الخطورة الإجرامية بين كافة النشاطات المختلفة المدرجة ضمن هذه المادة، فينبغي أن يقوم المشرع بالتفريق في المعاملة العقابية تبعاً لخطورة كل نشاط من النشاطات الإجرامية من جانب، وخطورة الفاعل ونيته في إرتكاب النشاط المحظور من جانبِ آخر.

وفيما يتعلق بموقف المشرع الكوردستاني في معاقبة شركات الاتصال المخالفة لالتزاماتها المنصوص عليها في المادة السادسة من هذا القانون[٣]، فعلى الرغم من تثمين جهوده لكونه أطلق يد القضاء في معاقبة شركاة الإتصال حيال التجاوزات الكثيرة على الحقوق والمصالح العامة والخاصة، إلا أن السؤال الذي يطرح نفسه هنا هو مدى جدارة وجدوى هذه النصوص من الناحية العملية التطبيقية خلال السنوات الماضية من سريان تطبيق هذا القانون؟، فهل تم تسجيل شكوى واحدة وفق المادة المذكورة ضد أية شركة مخالفة في إقليم كوردستان وهل تم معاقبتها؟.

فلا يخفي على الكل أن هناك الآلاف بل مئات الألوف من الشرائح مجهولة الهوية أو مسجلة بأسماء وهمية معروضة في الأسواق بحيث انه أصبح من أسهل الأمور لكل من ينوي ارتكاب جريمة من الجرائم المشار إليها في هذا القانون من الأفعال المجرمة وبأرخص الأثمان، فيرتكب بها جريمته دون أن تتمكن السلطات التحقيقية من ملاحقته.

عليه نرى ضرورة تضمين قانون منع إساءة استعمال أجهزة الإتصالات نصاً يقضي بإلزام أعضاء الادعاء العام في إقليم كوردستان بتحريك دعوى جزائية مستقلة ضد الشركة الصادرة للرقم في حال تقديم شكوى ضد مرتكبي إحدى الجرائم المنصوصة عليها في القانون بواسطة هاتف النقال أمام المحاكم الجزائية في الإقليم و ثبوت مجهولية هوية صاحب الرقم المستخدم، أو ثبوت تسجيله باسم وهمي.

ونقترح في هذا السياق النص الأتي: "على عضو الإدعاء العام تحريك دعوى جزائية مستقلة ضد شركة الإتصال الصادرة للرقم الخلوي، عند ثبوت مجهولية هوية صاحب الرقم المستخدم، أو ثبوت تسجيله باسم

(١) ينظر: المادة(٢) من قانون منع إساءة استعمال أجهزة الإتصالات في اقليم كوردستان – العراق رقم ٦ لسنة ٢٠٠٨.

(٢) ينظر: المادة (٣) من قانون منع إساءة استعمال أجهزة الإتصالات في اقليم كوردستان – العراق رقم ٦ لسنة ٢٠٠٨.

(٣) نصت المادة (٦) من قانون منع إساءة استعمال أجهزة الإتصالات في اقليم كوردستان – العراق رقم ٦ لسنة ٢٠٠٨.على الآتي: على شركات الاتصالات العاملة في الإقليم اتخاذ ما يلي:. أولاً: تسجيل بطاقة الموبايل الالكترونية وأجهزة الاتصالات الالكترونية والهواتف النقالة الأخرى الصادرة منها قبل نفاذ هذا القانون باسم الحائز غير المشترك وذلك خلال مدة ستة أشهر من تاريخ نفاذه وإلغاء بطاقة الحائز الذي يتخلف عن مراجعة الشركة خلال تلك المدة. ثانياً: تقديم أية معلومة متعلقة ببطاقة الاشتراك والمشترك إلى المحكمة المختصة عند الاقتضاء. ثالثاً: تعاقب الشركة المخالفة للفقرتين (أولاً وثانياً) من هذه المادة بغرامة لا تقل عن خمسين مليون دينار ولا تزيد على مائة مليون دينار".

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

وهمي في أثناء النظر في الشكاوى المرفوعة أمام القضاء وفق أحكام المادتين الثانية والثالثة من هذا القانون".

وفيما يتعلق بكفاية العقوبة المنصوصة عليها في المادة (السادسة/ ثالثاً) من هذا القانون المتمثلة بـ"غرامة لا تقل عن خمسين مليون دينار ولا تزيد على مائة مليون دينار" والمفروضة على الشركة المخالفة للفقرتين (أولاً وثانياً) من المادة السالفة الذكر ، نرى بأنها غير متناسبة مع الخطورة التي يحنويها إخلال شركات الإتصلات بالإلتزامات المنصوصة عليها في الفقرتين (أولاً وثانياً) من المادة، لأن الأذي الذي تكتنفه غرامة مالية من (خمسين مليون دينار إلى مائة مليون دينار) نسبةً بالثروات الهائلة التي تحصل عليها شركات الإتصال لاتمثل شيئاً تذكر، لاسيما إن هذه الغرامة وردت بصيغة مطلقة تعم كافة حالات إخلال الشركة بإلتزاماتها المنصوصة عليها في هذا القانون، إذ لايمكن فرضها على شركة مخالفة إلا مرة واحدة، وهذا مايعيب فاعليتها في ردع شركات الإتصال وانهاء العمل بالشرائح مجهولة الهوية أو مسجلة بأسماء وهمية.

عليه نقترح تعديل الفقرة الثالثة من هذه المادة على الوجه الذي يمكن القضاء في فرض العقوبة المنصوصة عليها في هذه المادة -على الأقل- على كل حالة مخالفة للفقرتين الثانية والثالثة من المادة السادسة السالفة الذكر.

ونقترح في هذا السياق تعديل الفقرة المومأة إليه أعلاه على الوجه الآتي: " ثالثاً/ تعاقب الشركة المخالفة للفقرتين (أولاً وثانياً) من هذه المادة بغرامة لا تقل عن خمسين مليون دينار ولا تزيد على مائة مليون دينار عن كل حالة مخالفة للفقرتين الثانية والثالثة من هذه المادة".

الفرع الثالث

التضخم التشريعي في النصوص الجنائية

الأصل أن ينسجم التشريع الجنائي مع التطورات الجارية على كافة الأصعدة، ويتماشى مع متطلبات المجتمع واحتياجاته، وقد يلجأ أحياناً إلى التشريعات الجنائية الخاصة لتحقيق هذا المطلب، غير أن ذلك قد يؤدي إلى ظهور نصوص قانونية كثيرة ومبعثرة يصعب استيعابها حتى من قبل أهل الاختصاص، فالنصوص التشريعية الجنائية الخاصة التي يتم صياغتها بعيداً عن قواعد الصياغة الجيدة ولايراعي فيها التناسب بين خطورة النشاط المحظور وجسامة العقوبة المقررة له يؤدي إلى صعوبة تفسيرها وفهمها وعدم امكانية تطبيقها، كما أن النصوص التي تسن لدواعي تزيينية أو دعائية أو تلبية لمطالب فئوية أو لدواع غير قانونية سوف تؤدي إلى الفوضى أو التضخم التشريعي[1].

وعند عطف النظر إلى النصوص الجنائية لقانون منع إساءة استعمال أجهزة الإتصالات في اقليم كوردستان – العراق نلاحظ فيها بعض مظاهر التضخم التشريعي، ويمكن استخلاصها بما يأتي::

أولاً/ إن معظم النشاطات الإجرامية الواردة ضمن المادتين (الثانية والثالثة) من هذا القانون مجرمة أصلا في قانون العقوبات ،ويمكن إخضاع أي منها لنص أو أكثر من نصوص ذلك القانون، نذكر على سبيل المثال نشاطات التهديد والقذف والسبب والتحريض على ارتكاب الجرائم عبر وسائل أجهزة الإتصالات.

فنظم المشرع العراقي جريمة التهديد في ثلاثة نماذج تشريعية عقابية ضمن المواد(٤٣٠، ٤٣١، ٤٣٢) من قانون العقوبات النافذ، فرتب في المادة(٢٣٠/ ف١) عقوبة "الحبس أو السجن مدة لا تزيد على سبع سنوات" على التهديد بارتكاب جناية ضد النفس او المال، أو ضد نفس أو مال الغير، او عند اسناد امور

(١) د. كسال سامية، مصدر سابق، ص٤٤٢.

مخدشة بالشرف او افشاءها إذا كان مصحوبا بطلب او بتكليف بأمر او الامتناع عن فعل او مقصودا به ذلك[١].

كما أورد العقوبة ذاتها وفق المادة(٢٣٠/ ف٢) لجريمة التهديد في خطاب خال من اسم مرسله او في خطاب منسوب صدوره الى جماعة سرية موجودة او مزعومة[٢]. وفرض عقوبة "الحبس" على التهديد بارتكاب جناية ضد النفس او المال، او ضد نفس او مال الغير او عند اسناد امور خادشة للشرف او الاعتبار او افشاءها بغير الحالات المبينة في المادة السابقة، وذلك على وفق المادة (٤٣١)منه[٣].

فعند مراجعة المواد المذكورة أعلاه نجد أن المشرع العراقي أكثر دقة من نظيره في إقليم كوردستان عندما نظم جريمة التهديد في ثلاثة نماذج التشريعية وفقاً لتدرج خطورة النشاط المادي المكون لهذه الجريمة، فخصص لها ثلاثة نماذج عقابية على وفق خطورة النشاط المقترف، في حين نظم نظيره الكوردستاني "التهديد" كأحد النشاطات المادية المكونة لجريمة إساءة استعمال أجهزة الإتصالات -من مجموع عشرة نشاطات مكونة لهذه الجريمة- على وفق المادة(٢)من قانون متع إساءة استعمال أجهزة الإتصالات، وساوى في المعاملة العقابية بين هذه النشاطات على الرغم من اختلاف الخطورة التي يحتويها كل نشاط.

ونظراً لعمومية الألفاظ المستخدمة في صياغة المواد المذكورة أعلاه وعدم تحديدها لوسيلة إرتكاب الجريمة، لانجد مايمنع معاقبة الجاني الذي يرتكب جريمة التهديد عبر وسائل أجهزة الإتصالات وفق النماذج التشريعية المومأة إليها أعلاه. وبه نكون أمام تضخم تشريعي لمعالجة هذه الجريمة.

ونفس الملاحضة فيما يتعلق بجريمتي القذف والسب، فعالج المشرع العراقي جريمة القذف بنموذجين عقابيين ضمن المادة(٤٣٣/ ف١) من قانون العقوبات النافذ، فرتب عقوبة " الحبس والغرامة او احديهما" على جريمة القذف في صورتها البسيطة، ثم عد وقوعها بطريقة النشر في الصحف او المطبوعات او باحدى طرق الاعلام الاخرى ظرفاً مشدداً[٤].

وبه تكون عقوبة إرتكاب هذه الجريمة عبر وسائل أجهزة الإتصالات تلك المقررة في صورتها المشدده، والمتمثلة بـ(عقوبة اشد من الحبس والغرامة - إحديهما او معاً)، لإعتبار أجهزة الإتصالات ضمن وسائل الإعلام المومأة إليها في نهاية المادة المذكورة أعلاه. وبه تكون العقوبة المقررة لجريمة القذف بإستخدام أجهزة الإتصالات وفقاً للمادة(٤٣٣) من قانون العقوبات النافذ أشد من تلك المقررة وفق المادة (٢)من قانون منع إساءة استعمال أجهزة الإتصالات والمتمثلة بـ" الحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر ولا تزيد على خمس سنوات و بغرامة لا تقل عن مليون دينار و لا تزيد على خمسة ملايين دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين ".

وهذا مايجعل موقف المشرع في إقليم كوردستان منتقداً، إذ قرر لجريمة القذف عبر وسائل أجهزة الإتصالات وفق المادة(٢)من قانون منع إساءة استعمال أجهزة الإتصالات عقوبة أخف من تلك المقررة للجريمة ذاتها بموجب المادة(٤٣٣/ ف١) من قانون العقوبات النافذ. وبه تكون فائدة المادة(٢)من قانون

(١) نصت المادة ٤٣٠ على الآتي:" ١. يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على سبع سنوات او بالحبس كل من هدد اخر بارتكاب جناية ضد نفسه او ماله او ضد نفس او مال غيره او باسناد امور مخدشة بالشرف او افشاءها وكان ذلك مصحوبا بطلب او بتكليف بامر او الامتناع عن فعل او مقصودا به ذلك. ٢. ويعاقب بالعقوبة ذاتها اذا كان التهديد في خطاب خال من اسم مرسله او كان منسوبا صدوره الى جماعة سرية موجودة او مزعومة".

(٢) نصت المادة ٤٣١ على أن: "يعاقب بالحبس كل من هدد اخر بارتكاب جناية ضد نفسه او ماله او ضد نفس او مال غيره او باسناد امور خادشة للشرف او الاعتبار او افشاءها بغير الحالات المبينة في المادة ٤٣٠".

(٣) نصت المادة ٤٣٢ على أنه: كل من هدد اخر بالقول او الفعل او الاشارة كتابة او شفاها او بواسطة شخص اخر في غير الحالات المبينة في المادتين ٤٣١ و٤٣١ يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة واحدة او بغرامة لا تزيد على مائة دينار".

(٤) تنص المادة ٤٣٣ من قانون العقوبات العراقي على الآتي: ١. القذف هو اسناد واقعة معينة الى الغير باحدى طرق العلانية من شانها لو صحت ان توجب عقاب من اسندت اليه او احتقاره عند اهل وطنه. ويعاقب من قذف غيره بالحبس وبالغرامة او باحدى هاتين العقوبتين. واذا وقع القذف بطريق النشر في الصحف او المطبوعات او باحدى طرق الاعلام الاخرى عد ذلك ظرفا مشددا....."

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

منع إساءة استعمال أجهزة الإتصالات شبة معدوماً - إرتباطاً بجريمة القذف عبر وسائل أجهزة الإتصالات.

ونود ان نبين مسألة مهمة للغاية ونحن بصدد جريمة القذف، وهي إعتبار المشرع العراقي وفق المادة(٤٣٣/ف٢) القذف الموجه الى موظف او مكلف بخدمة عامة او الى شخص ذي صفة نيابية عامة ممن يتولون أعمالاً يتعلق بمصالح الجمهور عملاً مباحاً بشرط أن يكون ما اسنده القاذف متصلا بوظيفة المقذوف او عمله، ويقدم دليلاً بصحة ماسنده إلى المقذوف[١]، وبه تنتفي الجريمة لأن المشرع عده من اسباب الاباحة.

وفي المقابل لم نلاحظ هذه الضمانة في قانون منع إساءة استعمال أجهزة الإتصالات، إذ لم يتضمن هذا القانون نصاً بإنتفاء الجريمة في الحالة المذكورة آنفاً، وبه نكون أمام خطر كبير على تقيد حرية الراي وفاعلية الرقابة الإيجابية الصحافة والراي العام اللتان تمنعان تعسف الموظف وتحميان نزاهة الوظيفة العامة.

فبالنظر للأهمية الكبيرة التي نالها موضوع حرية الرأي والتعبير والنشر والإعلام، تقع على عاتق المشرع الجنائي مهمة ومسؤولية كبيرة في تمكين المواطن لممارسة الحريات وإستعمال الحقوق المستمدة من الدستور والقوانين النافذة، وإن أية تردد في هذا المجال يمكن أن تستغل من قبل السلطة لتضيق الحقوق والحريات و يخلق حالة من الفوضى أو التضخم التشريعي، وبالتالي يكون مصدراً لتهديد الأمن القانوني للمواطنين[٢].

وهنا ندعوا المشرع في اقليم كوردستان الى تدارك أهمية مراعاة تحقيق التوازن بين الحق في النقد من جهة وحق الموظف أومن في حكمه في الكرامة والاعتبار والشرف و عدم التشهير به من جهة أخرى،

---

(١) نصت المادة(٤٣٣/ الفقرة ٢) على أنه: " ولا يقبل من القاذف اقامة الدليل على ما اسنده الا اذا كان القذف موجها الى موظف او مكلف بخدمة عامة او الى شخص ذي صفة نيابية عامة او كان يتولى عملا يتعلق بمصالح الجمهور وكان ما اسنده القاذف متصلا بوظيفة المقذوف او عمله فاذا اقام الدليل على كل ما اسنده انتفت الجريمة".

(٢) رصد بعثة الأمم المتحدة لمساعدة العراق(يونامي) من خلال مكاتب مفوضية الأمم المتحدة لحقوق الإنسان في محافظات اقليم كوردستان (أربيل ودهوك وسليمانية) منذ آذار ٢٠٢٠ إلى نيسان ٢٠٢١ حالات من انتهاكات لحرية الرأي والتعبير في الإقليم مما تثير قلقاً بالغاً- حسب تعبيرهم- مشيرا إلى التطبيق الإنتقائي للقوانين وعدم الإمتثال للإجراءات القانونية ذات الصلة والحق في محاكمات عادلة، نذكر من التقرير على سبيل المثال:

- منذ آذار ٢٠٢٠ ، وثقت يونامي/مفوضية لحقوق الإنسان عدة حالات لإجراءات جنائية موجهة بدأت ضد صحفيين من مختلف وسائل الإعلام، وكذلك نشطاء ينشرون على وسائل التواصل الاجتماعي، والذين إما قد ابلغوا عن احتجاجات مناهضة للحكومة أو انتقدوا السلطات العامة الكردية، وقد تم توجيه هذه الإجراءات الجنائية بموجب المادة (٢) من قانون منع اساءة استعمال اجهزة الاتصالات، والتي تحظر من بين أمور أخرى نشر "المعلومات المضللة"، وتم تعريف هاتين الجريمتين بعبارات عامة وغير دقيقة، وقد يواجه أي شخص يدان بموجب هذه الأحكام عقوبة الحبس/ أو الغرامة.

- في ٢٤ آذا ر ٢٠٢٠ ، تم القبض على صحفي بعد إن كتب منشورات على الفيسبوك تنتقد استجابة حكومة إقليم كوردستان لجائحة كورونا وأتهم حكومة الأقليم باستخدام حظر التجوال وماتلاه من فترات تمديد كمبررات لعدم دفع رواتب الموظفين العموميين، وبعد احتجازه فترة أسبوعين، اطلق سراح الصحفي بكفالة ثم اعيد اعتقاله بعد يومين بتهمة القذف بموجب المادة المادة (٢) من قانون منع اساءة استعمال أجهزة الإتصالات عقب شكوى منفصلة قدمتها مسؤول كبير.

- في ١٥ ايار ٢٠٢٠، اعتقل أحد ناشطى حقوق الإنسان من منزله والذي كان قد دعى إلى مظاهرة لمدة ساعة في دهوك، للتعبير عن استيائه من تأخير دفع رواتب موظفي القطاع العام، وقد احتجز لأكثر من اسبوعين قبل الإفراج عنه دون توجيه تهمة إليه في ٣١ ايار، وفي ١٨ آب أعيد اعتقاله وفي ٩ أيلول اتهم بموجب المادة (٢) من قانون منع اساءة استعمال أجهزة الإتصالات .... ينظر للمزيد: تقرير بعثة الأمم المتحدة لمساعدة العراق/ مكتب مفوضية الأمم المتحدة السامية لحقوق الإنسان، آيار ٢٠٢١، بغداد، ص٩-١٥، متاح على الرابط التالي:

https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Countries/IQ/Freedom-of-Expression-in-the-Kurdistan-Region_Ar.pdf، last visit: 23. 3. 2022،

وفي حالة تعذر تحقيق التوازن يرجح الحق في النقد تغليبا للمصلحة العامة للمجتمع على المصلحة الخاصة.

عليه ندعو المشرع في إقليم كوردستان أن يتخذ موقفا مماثلا لموقف المشرع العراقي من خلال النص في قانون منع إساءة استعمال أجهزة الإتصالات في إقليم كوردستان على إباحة جريمة القذف أسوة بالقذف المباح وفق الفقرة (٢) من المادة (٤٣٣) من قانون العقوبات النافذ، وكذلك الفقرة (٤) من المادة(٨) من قانون العمل الصحفي في كوردستان رقم(٣٥) لسنة ٢٠٠٧[١].

وفي هذا السياق نقترح النص الآتي:"مع عدم الإخلال بتطبيق المادتين الثانية والثالثة من هذا القانون لا عقاب على القذف الموجه الى موظف او مكلف بخدمة عامة او الى شخص ذي صفة نيابية عامة ممن يتولون أعمالاً يتعلق بمصالح الجمهور إذا كان ما اسنده القاذف متصلا بوظيفة المقذوف او عمله، وقدم إلى المحكمة دليلاً بصحة ماسنده إليه".

وفيما يتعلق بجريمة السب، فعالجه المشرع العراقي بنموذجين عقابيين ضمن المادة(٤٣٤) من قانون العقوبات النافذ، فرتب عقوبة "الحبس مدة لا تزيد على سنة وغرامة لا تزيد على مائة دينار او احدى هاتين العقوبتين." عليها في صورتها البسيطة، ثم عد وقوعها بطريقة النشر في الصحف او المطبوعات او باحدى طرق الاعلام الاخرى ظرفاً مشدداً[٢]. وبه تكون عقوبة إرتكاب هذه الجريمة عبر وسائل أجهزة الإتصالات تلك المقررة في صورتها المشدده، والمتمثلة بـ(عقوبة الحبس الشديد -لمدة تزيد على سنة والغرامة - إحداهما او كلاهما) لإعتبار أجهزة الإتصالات ضمن وسائل الإعلام المومأة إليها في نهاية المادة المذكورة .

وبه تكون العقوبة المقررة لجريمة القذف بإستخدام أجهزة الإتصالات وفقاً للمادة(٤٣٣) من قانون العقوبات النافذ أخف من تلك المقررة وفق المادة (٢)من قانون منع إساءة استعمال أجهزة الإتصالات والمتمثلة بـ" الحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر ولا تزيد على خمس سنوات و بغرامة لا تقل عن مليون دينار و لا تزيد على خمسة ملايين دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين ". إلا أنه يمثل ايضاً تضخماً تشريعياً أسوة بجريمتي التهديد والقذف المومأة إليهما سابقاً.

وما يخص التحريض على إرتكاب الجرائم، فتناوله المشرع العراقي ضمن الأحكام العامة لقانون العقوبات النافذ، وتحديداً في المادتين (٤٨، ٥٠)منه، إذ قضت في المادة (٤٨) بأن من يحرض على الجريمة يعد شريكا[٣]، ثم قضت في المادة (٥٠) من ذات القانون بأن عقوبة الشريك هي ذاتها عقوبة الفاعل الاصلي[٤].

ونرى بأن اعتبار التحريض على ارتكاب الجريمة كإحدى صور النشاطات المكونة لجريمة إساءة استخدام اجهزة الإتصالات وفق المادة (٢)من قانون منع اساءة استعمال أجهزة الإتصالات خطأ تشريعي

(١) نصت المادة (٨/ الفقرة رابعاً) من قانون العمل الصحفي في كوردستان رقم(٣٥) لسنة ٢٠٠٧ على الآتي: " لا جريمة إذا نشر او كتب في أعمال موظف او مكلف بخدمة عامة او شخص ذي صفة نيابية عامة إذا كان النشر لا يتعدى أعمال الوظيفة أو الخدمة العامة أو النيابية بشرط إقامته الدليل على ما اسنده إليهم."

(٢) تنص المادة ٤٣٤ من قانون العقوبات العراقي على الآتي: "السب من رمي الغير بما يخدش شرفه او اعتباره او يجرح شعوره وان لم يتضمن ذلك اسناد واقعة معينة. ويعاقب من سب غيره بالحبس مدة لا تزيد على سنة وبغرامة لا تزيد على مائة دينار او باحدى هاتين العقوبتين.واذا وقع السب بطريق النشر في الصحف او المطبوعات او باحدى طرق الاعلام الاخرى عد ذلك ظرفا مشددا".

(٣) نصت المادة(٤٨) من قانون العقوبات العراقي النافذ على أنه: "يعد شريكا في الجريمة: ١. من حرض على ارتكابها فوقعت بناء على هذا التحريض. ٢.من اتفق على غيره على ارتكابها فوقعت بناء على هذا االتفاق. ٤. من اعطى الفاعل سالحاً او آلات او أي شيء آخر مما استعمل في ارتكاب الجريمة مع علمه بها أو ساعده عمداً بأي طريقة أخرى في الاعمال المجهزة او المسهلة او المتممة لارتكابها".

(٤) نصت المادة(٥٠) من قانوةن العقوبات العراقي النافذ على أنه: "١. كل من ساهم بوصفه فاعلا او شريكا في ارتكاب جريمة يعاقب بالعقوبة المقررة لها ما لم ينص القانون على خلاف ذلك. ٢. يعاقب الشريك بالعقوبة المنصوص عليها قانونا ولو كان فاعل الجريمة غير معاقب بسبب عدم توفر القصد الجرمي لديه او لاحوال اخرى خاصة به". وبه تكون ع التحريض على ارتكاب الجريمة عبر وسائل الإعلام على وفق المادة (٢)من قانون منع إساءة استعمال أجهزة الإتصالات لامبرر له من الواقع،

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

يجب تداركه ومعالجته من قبل المشرع الكوردستاني، لكونه يؤدي إلى نتائج غير مقبولة، لاسيما فيما يتعلق بعقوبة التحريض على ارتكاب الجرائم عبر وسائل أجهزة الإتصالات، إذ تكون عقوبة هذه الجريمة ضئيلة جداً نسبةً إلى تلك المقررة في المادة (٥٠) من قانون العقوبات العراقي النافذ، فمثلاً إذا حرض شخص الآخر عبر وسائل أجهزة الإتصالات على قتل شخص ثالث، فقتله بناءاً على هذا التحريض، فتكون عقوبة المحرض وفق المادة (٢)من قانون منع إساءة استعمال أجهزة الإتصالات " الحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر ولا تزيد على خمس سنوات و بغرامة لا تقل عن مليون دينار ولا تزيد على خمسة ملايين دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين ". في حين عده المشرع العراقي شريكاً في جريمة القتل العمد، وبه يكون مستحقا لعقوبة السجن المؤقت أو المؤبد وفق المادتين (٥٠، ٤٠٦) من قانون العقوبات العراقي النافذ[١].

وهكذا إذا راجعنا مواد ونصوص قانون العقوبات يتبين أن معظم النشاطات التي جرمها قانون منع إساءة استعمال أجهزة الإتصالات مجرمة أصلا في قانون العقوبات، ويمكن إخضاع أي منها لنص أو أكثر من نصوص ذلك القانون، ماعدى بعض منها كـ "التسبب بارتكاب جريمة عن طريق إحدى النشاطات الأخرى الموجودة في المادتين (الثانية والثالثة) من هذا القانون" وهي بالفعل نشاط جديد غير منصوص عليه في قانون العقوبات النافذ[٢].

كما أن المشرع قد عد لإغراض تطبيق أحكام هذا القانون ارتكاب إحدى الجرائم الواردة في المادتين (الثانية والثالثة) ظرفا مشددا إذا كان مرتكبها من أفراد القوات المسلحة أو قوى الأمن الداخلي أو ممن يستغل صفة رسمية أو من المطلعين على الأسرار الشخصية أو العائلية للأفراد بحكم وظيفته أو مهنته وكل من استعمل جهاز اتصال غيره لارتكاب احد الأفعال المذكور.

(١) نصت المادة(٥٠) من قانوقن العقوبات العراقي النافذ على أنه:" من قتل نفسا عمدا يعاقب بالسجن المؤبد او المؤقت."

(٢) نصت المادة(٤) من قانون منع إساءة استعمال أجهزة الإتصالات على الأتي: " إذا نشأ عن الفعل المرتكب وفق المادتين (الثانية والثالثة) من هذا القانون ارتكاب جريمة يعد المتسبب شريكاً ويعاقب بالعقوبة المقررة للجريمة المرتكبة".

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

الخاتمة :

توصلنا من خلال بحثنا هذا إلى جملة من النتائج والتوصيات، نستخلص أهمها في النقاط التالية :

أولا/ النتائج:

١. يلاحظ على معظم التشريعات الجنائية الخاصة التي اضافها المشرع في إقليم كوردستان العراق أنها تتسم بنوع من المفاجئة والتضخم والتوسع في تجريم النشاطات الإنسانية التى الأصل فيها الإباحة، إضافةً إلى عدم اتباع المشرع لسياسة تجريمية وعقابية رشيدة، وعدم اتباعه لوسائل الصياغة القانونية السليمة للوصول إلى الغاية المرجوة من تلك التشريعات، وهذا مايشكل تهديداً فعلياً على الحقوق أوالمصالح أو المراكز القانونية المشروعة و يهدم به الطمأنينة والثقة في العلاقات القائمة بين أشخاص القانون العام والخاص ويمثل عائقاً فعلياً أمام تحقيق الأمن القانوني.

٢. يلاحظ عدم دقة المشرع في إقليم كوردستان- العراق في تعريف جرائم (إساءة استعمال أجهزة الإتصالات) المنصوصة عليها في المادتين (٢،٣)من القانون المذكور ووصف النشاطات المادية المكونة لها بشكل فني ودقيق، إذ لم ينتبه تنوع اجهزة الاتصالات التي ذكرها في المادتين المذكورتين، ولم يتدارك اختلاف أجهزة الإتصالات من حيث طبيعتها وخصائصها ووظائفها وأنماط سلوك اساءة الاستعمال المرتبطة بها، كما لم تستوعب النماذج التشريعية الجنائية لكافة نشاطات إساءة استعمال أجهزة الإتصالات.

٣. يلاحظ على منهج المشرع الجنائي في اقليم كوردستان عند معالجته لجرائم إساءة استخدام أجهزة الإتصالات عدم مراعات التبويب العلمي في عرض النصوص الجنائية، إذ إنه أورد النصوص بأسلوب إنشائي بعيد عن الصياغة التشريعية الفنية، وتضمنت المادة الواحدة مجموعة من النشاطات الإجرامية المتباينة من حيث الخطورة الإجرامية ، وعاقب فيها وبصورة اجمالية على مجموعة من نشاطات إساءة استعمال أجهزة الإتصالات بالعقوبة ذاتها.

٤. يلاحظ عدم كفاية العقوبة المنصوصة عليها في المادة (السادسة/ ثالثاً) من قانون منع إساءة استعمال أجهزة الإتصالات، فالأذي الذي تكتنفه غرامة مالية من (خمسين مليون دينار إلى مائة مليون دينار) نسبةً بالثروات الهائلة التي تحصل عليها شركات الإتصال لاتمثل شيئاً تذكر، لاسيما إن هذه الغرامة وردت بصيغة مطلقة تعم كافة حالات إخلال الشركة بإلتزاماتها المنصوصة عليها في هذا القانون، إذ لايمكن فرضها على شركة مخالفة إلا مرة واحدة، وهذا مايعيب فاعليتها في ردع شركات الإتصال وانهاء العمل بالشرائح مجهولة الهوية أو مسجلة بأسماء وهمية.

٥. إن معظم النشاطات الإجرامية الواردة ضمن المادتين (الثانية والثالثة) من قانون منع إساءة استعمال أجهزة الإتصالات مجرمة أصلا في قانون العقوبات، لاسيما جرائم التهديد والسب والقذف والتحريض على إرتكاب الجرائم المنصوصة عليها في المواد (٤٣٠، ٤٣١، ٤٣٢، ٤٣٣، ٤٣٤، ٤٨، ٥٠) من قانون العقوبات العراقي النافذ، إذ يمكن إخضاع أي منها لنص أو أكثر من نصوص ذلك القانون.

ثانياً/ التوصيات:

١. ندعو المشرع الجنائي في إقليم كوردستان- العراق إلى مراعات تنوع أجهزة الإتصالات المختلفة في النماذج التشريعية الجنائية لمعالجة جرائم إساءة استعمال أجهزة الإتصالات، على الوجه الذي يحضى إساءة استعمال كل نوع من أجهزة الإتصالات بنموذج عقابي خاص نظراً للفروق الشاسعة بين تلك الأجهزة واستعمالاتها.

٢. ندعو المشرع الجنائي في إقليم كوردستان- العراق إلى إعادة صياغة النماذج التشريعية الجنائية في قانون منع إساءة استعمال أجهزة الإتصالات على النحو الذي يجاوب للأصول العلمية والفنية المعتمدة في صناعة النصوص الجنائية و على الوجه الذي تستوعب كافة صور نشاطات إساءة

استعمال أجهزة الإتصالات، مع مراعات التفريق في المعاملة العقابية تبعاً لخطورة كل نشاط من النشاطات الإجرامية من جانب، وخطورة الفاعل ونيته في إرتكاب النشاط المحظور من جانبٍ آخر.

٣. نرى ضرورة تضمين قانون منع إساءة استعمال أجهزة الإتصالات نصاً يقضي بإلزام تدخل أعضاء الادعاء العام في إقليم كوردستان بتحريك دعوى جزائية مستقلة ضد الشركة الصادرة للرقم في حال تقديم شكوى ضد مرتكبي إحدى الجرائم المنصوصة عليها في هذا القانون أمام المحاكم الجزائية في الإقليم و ثبوت مجهولية هوية صاحب الرقم المستخدم، أو ثبوت تسجيله باسم وهمي، ونقترح في هذا السياق النص الأتي: "على عضو الإدعاء العام تحريك دعوى جزائية مستقلة ضد شركة الإتصال الصادرة للرقم الخلوي، عند ثبوت مجهولية هوية صاحب الرقم المستخدم، أو ثبوت تسجيله باسم وهمي في أثناء النظر في الشكاوى المرفوعة أمام القضاء وفق أحكام المادتين الثانية والثالثة من هذا القانون".

٤. نقترح تعديل المادة (السادسة/ ثالثاً) من قانون منع إساءة استعمال أجهزة الإتصالات على الوجه الآتي: " ثالثاً/ تعاقب الشركة المخالفة للفقرتين (أولاً وثانياً) من هذه المادة بغرامة لا تقل عن خمسين مليون دينار ولا تزيد على مائة مليون دينار عن كل حالة مخالفة للفقرتين الثانية والثالثة من هذه المادة".

٥. ندعو المشرع في إقليم كوردستان أن يتخذ موقفا مماثلا لموقف المشرع العراقي من خلال النص في قانون منع إساءة استعمال أجهزة الإتصالات في إقليم كوردستان على إباحة جريمة القذف الذي ترتكب عبر استعمال أجهزة الإتصالات أسوة بالقذف المباح وفق الفقرة (٢) من المادة (٤٣٣) من قانون العقوبات النافذ، ونقترح في هذا السياق النص الآتي:"مع عدم الإخلال بتطبيق المادتين الثانية والثالثة من هذا القانون لا عقاب على القذف الموجه الى موظف او مكلف بخدمة عامة او الى شخص ذي صفة نيابية عامة ممن يتولون أعمالاً يتعلق بمصالح الجمهور إذا كان ما اسنده القاذف متصلا بوظيفة المقذوف او عمله، وقدم إلى المحكمة دليلاً بصحة ماسنده إليه".

قائمة المصادر

أولاً/ الدساتير:

١. الدستور العراقي الدائم لسنة ٢٠٠٥.
٢. الدستور المصري لسنة ٢٠١٤.

ثانياً/ القوانين:

١. قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل.
٢. قانون العمل الصحفي في كوردستان رقم (٣٥) لسنة ٢٠٠٧.
٣. قانون النشر في الجريدة الرسمية العراقي رقم٧٨ لسنة ١٩٧٧.
٤. قانون تنظيم الإتصالات المصري رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٣.
٥. قانون تنظيم المظاهرات في اقليم كوردستان – العراق رقم ١١١ لسنة ٢٠١٠.
٦. قانون مكافحة الإرهاب الإتحادي رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٥.
٧. قانون مكافحة التدخين في إقليم كوردستان- العراق رقم ٣١ لسنة ٢٠٠٧.
٨. قانون مناهضة العنف الأسري في إقليم كوردستان – العراق رقم(٨) لسنة ٢٠١١.

ثالثاً/ الكتب:

١. ابراهيم حامد طنطاوي: أحكام التجريم والعقاب في قانون تنظيم الاتصالات، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣.
٢. أحمد عبد الظاهر، القوانين الجنائية الخاصة- النظرية العامة، الطبعة الأولى، دار النهظة العربية، القاهرة، ٢٠١١.

٣. أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، الطبعة الثانية، دار الشروق، القاهرة، ٢٠٠٠.
٤. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات - القسم العام، دار النهضة العربية، الطبعة الخامسة، ١٩٩١.
٥. أمين مصطفى محمد، النظرية العامة لقانون العقوبات الإداري، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٨.
٦. بلخير محمد ببت عودية، الأمن القانوني ومقوماته في القانون الإداري، دار الخلدونية، الجزائر، ٢٠١٨.
٧. بهاء الدين براهيم؛ عصمت عدلي؛ طارق ابراهيم دسوقي، حقوق الإنسان بين التشريع والتطبيق، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٨.
٨. جون رولز، نظرية في العدالة، ترجمة ليلى الطويل، منشورات الهيئة العامة السورية للكتاب، دمشق، ٢٠١١.
٩. حسن كيره، المدخل إلى علم القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون سنة طبع.
١٠. حفيظة السيد حداد، النظرية العامة في القانون القضائي الدولي، الكتاب الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى،٢٠٠٤.
١١. خليفة سالم الجهمي، الرقابة القضائية على التناسب بين العقوبة والجريمة في مجال التأديب، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٩،.
١٢. رضا بن السعيدة معيزة، ترشيد السياسة الجزائية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، ٢٠١٦.
١٣. رماش محمد، مظاهر تصادم مدونة الأسرة مع النظام العام الجديد، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص،كلية العلوم القانونية و الإجتماعية و الإقتصادية- جامعة مولاي إسماعيل، ٢٠١٥.
١٤. رمضان أبو السعود، همام محمد محمود، المبادئ الأساسية في القانون، منشأة المعارف، الاسكندرية ، ١٩٩٦.
١٥. صبرينة بوزيد، الأمن القانوني لأحكام قانون المنافسة، الطبعة الاولى، مكتبة الوفاء القانونية، الأسكندرية، ٢٠١٨.
١٦. طارق عبد الوهاب سليم، المدخل إلى علم العقاب الحديث، دار النهظة العربية، القاهرة، ١٩٩٩.
١٧. عادل يحيى، مبادئ علم العقاب، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥.
١٨. عصام عفيفي حسيني عبد البصير، القاعدة الجنائية على بياض، دراسة مقارنة في القانون الوضعي والفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار أبوالمجد للطباعة ، الهرم الجيزة- مصر، ٢٠٠٣
علي الصقلي، المدخل لدراسة القانون، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ١٩٩٦.
١٩. علي عبد القادر القهوجي و فتوح عبد الله الشادلي، علم الإجرام وعلم العقاب، مطابع السعدني، ٢٠٠٩.
٢٠. علي مجيد العكيلي ولمى علي الظاهري، فكرة التوقع المشروع دراسة في القضاء الدستوري والاداري،المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة،٢٠٢٠.
٢١. علي مجيد العكيلي، مبدأ الأمن القانوني بين النص الدستوري والواقع العملي، الطبعة الأولى، المركز العربي للنشر والتوزيع، مصر، ٢٠١٩.
٢٢. علي يوسف الشكري، المحكمة االتحادية العليا في العراق بين عهدين، الطبعة الأولى، بغداد، الذاكرة للنشر والتوزيع، ٢٠١٦.
٢٣. عمر خوري، السياسة العقابية في الجزائر، الطبعة الأولى ، دار الكتاب الحديث، القاهرة، ٢٠٠٩.
٢٤. غالب علي الداودي ، المدخل الى علم القانون، الطبعة التاسعة ، دار وائل للنشر، عمان- الاردن، ٢٠٠٤.
٢٥. فهد يوسف الكساسبة، وظيفة العقوبة ودورها في الإصلاح والتأهيل، الطبعة الأولى ، دار وائل للنشر، عمان – الأردن، ٢٠١٠.

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

٢٦. مايا محمد نزار، الرقابة القضائية على التناسب في القرار الإداري، الطبعة الأولى ، المؤسسة الحديثة للكتاب، ٢٠٠١
٢٧. محمد ماهر ابو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، الكتاب الاول، المركز القومي للاصدارات القانونية، ط١، القاهرة، ٢٠١٣.
٢٨. مراد منير فهيم، نحو قانون واحد للشركات (قنين الشركات) دراسة في التشريع الراهن للشركات في القانونين المصري والفرنسي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩١.
٢٩. نادرة محمود سالم، السياسة الجنائية المعاصرة ومبادئ الدفاع الاجتماعي من منظور إسلامي مع تطبيقات الشريعة الإسلامية في مكافحة الجريمة، الناشر النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة طبع.
٣٠. ناهد العجوز، الحماية الجنائية للحقوق العمالية في قانون العمل في مصر والدول العربية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٦.
٣١. وليد محمد الشناوي، التوقعات المشروعة والوعود الادارية غير الرسمية في القانون الاستثمار، دار الفكر والقانون، المنصورة، ٢٠١٣.
٣٢. يسرى محمد العصار، دور الاعتبارات العملية في القضاء الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩.

رابعاً/ الرسائل الجامعية والبحوث:

١. أسماء عنتر، مكافحة الجرائم المستحدثة في التشريع الجزائري- التسرب نموذجاً، مجلة القانون العام الجزائري والمقارن، جامعة عبدالحميد بن باديس- مستغانم، العدد ٦، ٢٠١٧.
٢. اسماعيل نامق حسين، العدالة وأثرها في القاعدة القانونية في القاعدة القانونية- القانون المدني نموذجاً، رسالة ماجستير، كلية القانون بجامعة السليمانية، ٢٠٠٨.
٣. بن جدو أمال، الحد من التجريم والعقاب في السياسة المعاصرة، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، جامعة محمد بوضياف المسيلة، العدد العاشر، سبتمبر ٢٠١٨.
٤. بن عودة حسكر مراد، محددات النص الجنائي وأثرها على تحقيق فكرة الأمن القانوني، مجلة القانون العام الجزائري والمقارن، المجلد السابع، العدد٢، نوفمبر ٢٠٢١،
٥. دويني مختار، مبدأ الأمن القانوني ومقتضيات تحقيقه، مجلة الدراسات الحقوقية، كلية الحقوق والعلوم السياسية- جامعة سعيدة، العدد ٥، تموز ٢٠١٦.
٦. رزكار محمد قادر، ملاحظات على قانون منع اساءة استعمال أجهزة الإتصالات رقم ٦ لسنة ٢٠٠٨، مجلة تةرازو – اتحاد حقوقي كوردستان، العدد٣٥ لسنة ٢٠٠٨.
٧. شورش حسن عمر؛ خاموش عمر عبدالله، دور العدالة التشريعية في تحقيق الامن القانوني - دراسة تحليلية، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية-كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة عمار ثليجي بالأغواط، المجلد ٣، العدد ٢، سبتمبر ٢٠١٩.
٨. عادل الطباطبائي، الرقابة القضائية على مبدأ التناسب بين العقوبة التأديبية والمخالفة الوظيفية، بحث منشور في مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة ٦٠، العدد ٣، ١٩٨٣.
٩. عامر زغير محسن، الموازنة بين فكرة الأمن القانوني و مبدأ عد رجعية الحكم بعدم الدستورية ، مجمة مركز دراسات الوفاء ، العدد ١٨ ، سنة ٢٠١٠.
١٠. عبد الكريم صالح عبد الكريم وعبدالله فاضل حامد، تضخم القواعد القانونية التشريعية - دراسة تحليلية نقدية في القانون المدني، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية ، السنة٦، العدد٢٣، ٢٠١٤.
١١. عبدالمجيد غميجة، مبدا الأمن القانوني وضرورة الأمن القضائي، مجلة الحقوق المغربية، العدد ٧ ، ٢٠٠٩.
١٢. عبدالمجيد لخذاري وفطيمة بن جدو، الأمن القانوني والأمن القضائي، مجلة الشهاب- معهد العلوم الإسلامية، مجلد٤، العدد ٢، حزيران ٢٠١٨.

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

١٣. عثمان ياسين علي، اتجاه المحكمة االتحادية العليا في تفسير النصوص الدستورية، دراسة تحليلية تطبيقية، مجلة زانست العلمية- الجامعة اللبنانية الفرنسية، أقليم كو ردستان - العراق، المجلد ٣ ،العدد ١، ٢٠١٨.
١٤. عمار عباس الحسني، التفريد العقابي في القانون العراقي والمقارن، بحث منشور في مجلة الكلية الإسلامية الجامعة، النجف الأشرف، ٢٠٠٩ ،.
١٥. كسال سامية، التضخم التشريعي عائق أمام الإستثمار الأجنبي، مجلة صوت القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية- جامعة مولود معمري، المجلد ٥، العدد ٢، اكتوبر ٢٠١٨.
١٦. ماهر البحيري ، الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية و فلسفة التشريع في الحد من مداه ، المجلة الدستورية ، العدد ٢ ، القاهرة، ٢٠٠٣.
١٧. محمد بوكماش وخلود كلاش، مبدأ الامن القانوني ومدى تكريسه في القضاء الاداري، مجلة البحوث والدراسات، العدد ٢٤ ، السنة ١٤، صيف ٢٠١٧.
١٨. محمد رشيد حسن وسيروان عثمان فرج، تضخم القواعد القانونية الجزائية كعارض من عوارض تحقيق الأمن القانوني، مجلة دراسات قانونية وسياسية – جامعة السليمانية، السنة السابعة، العدد ٢، كانون الأول ٢٠١٩.
١٩. محمد سالم كريم، دور القضاء الدستوري في تحقيق مبدأ الامن القانوني ، بحث منشور في مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية ، المجلد ٨ ، العدد٢، كانون الأول ٢٠١٧.
٢٠. محمد شرايرية، مظاهر المساس بالأمن القانوني في مادة القانون الجنائي الاستهلاكي، مجلة التواصل في الاقتصاد والإدارة والقانون، جامعة عنابة، عدد ٢٤، ٢٠١٥.
٢١. محمد شلال حبيب، الخطورة الاجرامية، أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون والسياسة - جامعة بغداد، ط١،دار الرسالة للطباعة، بغداد،١٩٨٠.
٢٢. محمد عبداللطيف، مبدأ الامن القانوني، مجلة البحوث القانونية و الأقتصادية، مجلة فصلية محكمة يصدرها أساتذة كلية الحقوق جامعة المنصورة، اكتوبر، العدد ٣٦، ٢٠٠٤.
٢٣. مصطفى لطيف شكر، الاختصاص التفسيري للمحكمة االتحادية العليا في العراق -دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة شرق الأوسط، ٢٠٢٠.
٢٤. هالة صلاح الحديثي، النظام القانوني لعقود الهواتف النقالة، بحث منشورفي مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية، كلية القانون، جامعة القادسية، المجلدالثاني، العدد الاول، ٢٠٠٩.

خامساً/ المصادر الإلكترونية:

١. كريم كريمة، تأثير استعمال التقنيات الحديثة في تحقيق الأمن القانوني، جامعة جيلالي اليابس، الجزائر، بدون دار نشر و سنة طبع، كتاب بصيغة pdf، متاح في مكتبة المنصة القانونية على الرابط التالي:
http://www.sajplus.com/ . Last visit; 12/3/2022.

٢. Nancy Willard, M.S., J.D Responsible Use of the Internet ,Center for Safe and Educator's Guide to Cyberbullying, Cyber threats & Sexting.
متاح على الرابط التالي:
https://cdn.ymaws.com/www.safestates.org/resource/resmgr/imported/edu catorsguide.pdf . Last visit; 18/3/2022.

٣. تقرير بعثة الأمم المتحدة لمساعدة العراق/ مكتب مفوضية الأمم المتحدة السامية لحقوق الإنسان، آيار ٢٠٢١، بغداد.
متاح على الرابط التالي:

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Countries/IQ/Freedom-of-
. Last visit: 23. 3. 2022.Expression-in-the-Kurdistan-Region_Ar.pdf

سادساً/ القرارات القضائية:

١. قرار المحكمة الاتحادية العليا العراقية المرقم (٤٢ وموحدتها/ اتحادية/ اعلام/ ٢٠١٤) بتأريخ ٢٠١٥/٢/٢٤.
٢. قرار محكمة التميز العراقي رقم١٦٣٦ في ١٩٧١/٧/٢٨.
٣. قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية بتأريخ ١٩٩٠/ ٧/٢٦.
٤. قرار مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ١٩٩٨/١٢/١١.
٥. قرار مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ٢٠٠١/٣/١١.

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

اثر قانون اسس تعادل الشهادات والدرجات العلمية العربية والاجنبية رقم ٢٠ لسنة ٢٠٢٠ على الامن القانوني

ا.م.د. بـان حســين السنجـري
رئاسة الجامعة المستنصرية

الملخص :

القانون هو من اهم الامور التي حصلت للبشرية ، ويتميز بأنه مترابط ويتم الالتزام جداً به ، فلا يستطيع اي انسان الا الحصول على حقوقه وتأدية واجباته لانه قام بتنظيم حياته بشكل مستمر ، ومن منطلق ايماني بأهمية البحث في جميع القضايا التي تهم الانسان والمجتمع فقد وجدت من الضروري ان يتم البحث المتعمق في (اثر قانون اسس تعادل الشهادات والدرجات العلمية العربية والاجنبية رقم ٢٠ لسنة ٢٠٢٠ على الامن القانوني) ، حتى استطيع ان اقدم في هذه الدراسة مجموعة من المعلومات المفيدة والهامة . وكون هذا القانون قرارا تشريعياً فيعتبر عمل قانوني فعليه يترتب عليه اثر قانوني ، وان اي قانون جديد يضع اسسا ومعالجات جديدة يجب ان يراعي الامن القانوني للافراد في حالة تنظيمه لقواعد التقادم او الاثر الرجعي القانوني بحيث يجب مراعاة ما يصطلح تسميته الامن القانوني .

وحيث اصدرت المحكمة الاتحادية قرارا يقضي بعدم دستورية عدد من النصوص الواردة في قانون اسس تعادل الشهادات والدرجات العلمية العربية والاجنبية رقم (٢٠) لسنة٢٠٢٠ ، وهنا يثار تساؤل على الاثر المترتب من الالغاء لهذه النصوص ونطاقه الزمني ، وللاجابة نقول تختلف اثار الاحكام القضائية تبعا لطبيعة الحكم فيما اذا كان كاشفا او مقررا لحق قائم من قبل ولا ينشيء وضعا جديدا ، او اذا كان منشيء لحق او حالة قانونية لم تكن موجودة قبل صدور الحكم . لكن الذي لا شك فيه ان توجه المحكمة الاتحادية بعدم الدستورية قد يهدد فكرة الامن القانوني ومبدأ استقرار المعاملات ، وحيث ان موقف المشرع ما زال غامضا من فكرة الموازنة بين الحق في الامن القانوني ومبدأ رجعية اثر الحكم بعدم الدستورية وذلك لعدم معالجته في قانون المحكمة الاتحادية ولا حتى في النظام الداخلي للمحكمة ، الامر الذي يستدعي تدخل المشرع بشكل سريع بما يضمن تحقيق الموازنة بين المبدأين مبدأ المشروعية وفكرة الامن القانوني .

Abstract :

The law is one of the most important things that have happened to humanity, and it is characterized by being interconnected and adhered to Any human being can only obtain his rights and perform his duties because he organized his life on a continuous basis, and from Out of my belied in the importance of research in all issues of interest to man and society, I found it necessary to the in-depth research is carried out in (Effect of the Basic Law Equivalent to Arab and Foreign Academic Certificates and Degrees No.20 the Year 2020 on legal security), so that

I can present in this study a set of useful information and important, The fact that this law is a legislative decision is considered a legal act, then it has a legal effect, and that it any A new law lays down new foundations and treatments that must take into account the legal security of individuals in the event that it regulates rules Prescription or legal retroactive so that what is termed legal security must be taken into account .

Whereas the Federal Court a decision declaring the unconstitutionality of a number of texts contained in the law SS is equivalent to Arab and foreign academic certificates and degrees No.20 for the year 2020, and here the question arises as to whether The effect of repealing these texts and its time range, and to answer we say, the effects of judicial rulings differ Depending on the nature of the judgment, whether it discloses or establishes a Pre-existing right and does not create a new situation, or if it Create a right or legal situation that did not exist Prior to the issuance of the judgment. But what is undoubtedly the direction of the court Federal unconstitutionality may threaten the idea of legal security and the Principle of stability of transactions, and since the Position of The legislator is still ambiguous about the idea of balancing the right to legal security and the Principle of retroactive effect of the ruling unconstitutionality because it is not addressed in the Federal Court Law, not even in the Court's internal system of the court, which requires the intervention of the legislator quickly In order to ensure a balance between two Principles, the Principle of legality and the idea of legal security.

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

المقدمـــة :

الحمد لله الذي جعل الامن مقرونا بالايمان فقال سبحانه وتعالى {الذين امنوا ولم يلبسوا ايمانهم بظلم اولئك لهم الامن وهم مهتدون} ، واشهد ان لا اله إلا الله وحده لا شريك له وسبحانه وتعالى عما يشركون واشهد ان محمدا عبده ورسوله الصادق المأمون صلى الله عليه وعلى اله واصحابه الذين قضوا بالحق وبه كانوا يعدلون وسلم تسليما كثيرا . اكتب هذه الكلمات وانا في قمة سعادتي ان جاءت لي هذه الفرصة لاكتب واعبر في هذا الموضوع الذي يشغل بال الكثيرين وادعو الله كثيرا ان يوفقني به .

فالقانون هو من اهم الامور التي حصلت للبشرية ، ويتميز بأنه مترابط ويتم الالتزام جداً به ، فلا يستطيع اي انسان الا الحصول على حقوقه وتأدية واجباته لانه قام بتنظيم حياته بشكل مستمر ، ومن منطلق ايماني بأهمية البحث في جميع القضايا التي تهم الانسان والمجتمع فقد وجدت من الضروري ان يتم البحث المتعمق في (اثر قانون اسس تعادل الشهادات والدرجات العلمية العربية والاجنبية رقم ٢٠ لسنة ٢٠٢٠ على الامن القانوني) ،حتى استطيع ان اقدم في هذه الدراسة مجموعة من المعلومات المفيدة والهامة .

تحتفل الامم المتحدة سنويا في يوم (٢٤/ كانون الثاني) باليوم الدولي للتعليم لتعيد تأكيد المباديء الراسخة بخصوص التزام الدول تجاه مواطنيها بكفاءة الحق في التعليم ، وهو من اخص واجبات الدولة وليس منحة ، وهذا ما اشير اليه الدستور العراقي في المادة (٣٤) للعام ٢٠٠٥ "" التعليم عامل اساسي لتقدم المجتمع وحق تكفله الدولة وهو الزامي في المرحلة الابتدائية وتكفل الدولة مكافحة الامية" .

لذا قام المشرع العراقي الى اصدار الكثير من التشريعات وعبرت عقود من الزمن يعبر عن ترجمة هذا الحق بما يضمن للفرد الحصول على "التعليم" ، واخرها وتعتبر سابقة خطيرة من مجلس النواب

حين اصدر قانون اسس تعادل الشهادات والدرجات العلمية العربية والاجنبية رقم (٢٠) لسنة ٢٠٢٠ بعد ان تبناه بعض النواب ومرر من خلال لجان المجلس ذات الصلة كلجنة التعليم العالي واللجنة القانونية .

هذا القانون الذي اثار جدلا واسعا وكبيرا في الاونة الاخيرة ، بين مؤيد له ومعارض ، ووزارة التعليم العالي والبحث العلمي تتصدر قائمة المعترضين فضل عن الكثير من النخب والاكاديميين العراقيين ، والتي اصدرت بدورها بيانا سجلت فيه تحفظها على طريقة تمريره وعبرت عن قلقها عن بعض المواد الواردة فيه والتي لا تؤسس على حد قولها سياقا رصينا لمؤسسات الدولة فضلا عن هفوة الفسلفة العلمية المسؤولية عن تقييم الشهادات ومعادلتها . بالمقابل نجد ان هناك الكثير ممن رحب بتشريع هذا القانون واعتبره "مواكبا" للتطور الحاصل في الوقت الحاضر وبديلا عن النصوص الجامدة في تعليمات رقم (٥) لسنة ١٩٧٦ .وعليه فقد ارتئينا تقسيم البحث الى مبحثين تناول الاول : الامن القانوني .

وحيث اصدرت المحكمة الاتحادية قرارا يقضي بعدم دستورية عدد من النصوص الواردة في قانون اسس تعادل الشهادات والدرجات العلمية العربية والاجنبية رقم (٢٠) لسنة٢٠٢٠ ، وهنا يثار تساؤل على الاثر المترتب من الالغاء لهذه النصوص ونطاقه الزمني ، وللاجابة نقول تختلف اثار الاحكام القضائية تبعا لطبيعة الحكم فيما اذا كان كاشفا او مقررا لحق قائم من قبل ولا ينشيء وضعا جديدا ، او اذا كان منشيء لحق او حالة قانونية لم تكن موجودة قبل صدور الحكم

تبعا لذلك ارتأينا ان نقسم هذا البحث ضمن خطة علمية نبين فيه اهم حيثيات الموضوع تحتوي على ثلاث مباحث بالاضافة الى المقدمة والخاتمة : تناول الاول الاطار المفاهيمي لمبدأ الامن القانوني تضمن ثلاثة مطالب ، المطلب الاول تناول مفهوم الامن القانوني وتناول المطلب الثاني تعريفه لغة واصطلاحا في حين تناول المطلب الثالث مباديء وصور الامن القانوني.

اما المبحث الثاني فتضمن اثر قانون اسس تعادل الشهادات والدرجات العلمية العربية والاجنبية رقم ٢٠ لسنة ٢٠٢٠ على الامن القانوني متضمنا مطلبين الاول تضمن : قراءة في قانون اسس تعادل الشهادات والدرجات العلمية العربية والاجنبية رقم ٢٠ لسنة ٢٠٢٠، وتناول الثاني : الاثر القانوني من الغاء بعض بنود قانون اسس تعادل الشهادات والدرجات العلمية العربية والاجنبية رقم (٢٠) لسنة ٢٠٢٠.

ومن هذه الاهمية التي احتلها هذا الموضوع قمنا بالعمل جاهدين على اعداد هذه الدراسة ، ولقد تمت الاستعانة بالعديد من المراجع والمصادر التي تتعلق بالتشريعات والقوانين والتي لها علاقة بموضوع الدراسة بشكل كبير وجوهري ، وقد اعانني الله سبحانه وتعالى على انني نجحت في التوصل الى مجموعة من النتائج التي تعد مثابة ثمرة حقيقية التي تم جنيها نتيجة الجهود المبذولة في اعداد هذا البحث.

المبحـــث الاول
الاطـــــار المفاهيمـــــي للامن القانوني
المطلب الاول : مفهوم الامن القانوني
المطلب الثاني: تعريف الامن القانوني لغة واصطلاحا
المطلوب الثالث : مباديء وصور الامن القانوني

المطلب الاول : مفهوم الامن القانوني ـ

ان فكرة الامن القانوني كفكرة دستورية نشأت من حاجة المجتمع الى توفير الامن والحماية للمراكز القانونية داخل المجتمع ، حيث ان القانون يعبر عن حاجات المجتمع والتي بطبيعتها في حال تطور ، والذي بدوره يقابل مبدأ المشروعية وذلك لضمان الاستقرار للحقوق والمراكز القانونية التي اكتسبت بناءً على اعمال قانونية غير مشروعة (السنتريسي ،احمد عبد الفتاح ، دور قاضي الالغاء في الموازنة بين مبدأ

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

المشروعية ومبدأ الامن القانوني . العكيلي ، د. علي مجيد ، مبدأ الامن القلنوني بين النص الدستوري والواقع العملي) .

ويمتاز القرار التشريعي باهمية كبيرة جدا في العمل الاداري فهو جوهر العمل الاداري ذاته ولن تتمكن الادارة ومرافقها العامة بل والسلطة التنفيذية ان تتحرك وتدير الشؤون المختلفة وتمارس وظيفتها من دون القرار الاداري ولا يهم الاسم الذي يطلق عليه اي سواء اكان مرسوما جمهوريا او ديوانيا ام قرارا وزاريا او قانونا ام غيره فهو قرار اداري .

والعمل القانوني وهو العمل الذي يصدر للتأثير في المراكز القانونية ، حيث هناك نوعان من الاعمال التي تصدر عن السلطات العامة في الدولة : اعمال مادية واخرى قانونية ، ويكون التمييز بينها على اساس الاثار القانونية "فأذا ترتب على العمل اثر قانوني فهو عمل قانوني وإلا فمادي .

ونظرا لما يشهده العالم المعاصر من تطورات متلاحقة سواء على الصعيد السياسي ام الاقتصادي او الاجتماعي بشكل اصبحت معه التحولات توحي بعدم الاستقرار في الحياة البشرية اصبح على القانون والنظام القانوني والقضائي عموما مواجهة تحديات دون تأثير سلبي مع الحفاظ على دور هذه المؤسسات كعامل استقرار ، وان مبدأ الامن القانوني يتمتع بصفة الالتزام بالنسبة للمشرع والقاضي سواء تم النص عليه في الوثيقة الدستورية ام لم يتم (احمد امين عارف،مبدأ الامن القانوني وتطبيقاه في التشريع العراقي / رسالة ماجستير) .

ان هدف الامن القانوني هو حماية الافراد من الاثار القانونية السلبية للقانون ، لاسيما عدم الانسجام او تفقد القوانين والانظمة بما يحقق ذلك من انعدام للامن القانوني .(العكيلي ، د. علي مجيد ، مبدأ الامن القانوني بين النص الدستوري والواقع العملي) .

وبمقتضى مبدأ الامن القانوني يلتزم المشرع بعدم مفاجأة الافراد او هدم توقعاتهم المشروعة والتي ترتبط ارتباطا وثيقا بمبدأ الامن القانوني (عبد الظاهر،د.احمد ، مبدأ الامن القانوني كقيمة دستورية .

ويقابل الامن القانوني مبدأ المشروعية من حيث ان تكون االقواعد لاي عمل قانوني واضحة ومفهومة بالنسبة للمواطنين وتتسم بالاستقرار وكذلك تكون خاضعة لتغييرات متكررة وغير متوقعة
(العكيلي ، ن.م) .

وتكون مهمة قاضي الالغاء فيما يخص القرارات الادارية غير المشروعة ودوره الانشائي الذي يتميز به في تطبيق مبدأ الامن القانوني من خلال الموازنات التي يجريها تطبيقا لمبدأ العدالة بأن يعترف بأثار معينة للقرار الاداري .لذا فأن المحكمة لا يقتصر دورها في القضاء بعدم الدستورية ، وانما تهتم بحماية الامن القانوني .

ولهذا نجد القاضي الاداري يرى ان القرار الاداري الصادر ينتهك مبدأ المشروعية ومبدأ الامن القانوني ، فالغاية هنا من ان المبدأين يهدفان الى الغاء القرار الاداري وترتيب اثاره ، ومن قبيل ذلك القرار غير المشروع لسريانه بأثر رجعي .حيث ان قاعدة عدم رجعية القرارات تقضي الا ينفذ في حق المخاطبين به قبل النشر والاعلان (الحسيني ، د. علاء ابراهيم ، ضمانات الحق بالتعليم ورصانته في العراق) .

وتتشعب معاني الامن القانوني التي يحتاجها المجتمع وان كان يعني الامن في الاساس تحقيق الطمأنينة والسلام الاجتماعي ، فهناك الامن الاقتصادي والامن الفكري والامن النفسي والاستقرار الاسري والامن البيئي والامن الصحي الى غير ذلك من الانواع المترابطة والمتداخلة مع مفهوم الامن القانوني الذي هو الضامن لاستقرار هذه الانواع .

وان مبدأ الامن القانوني او "الاستقرار القانوني" يهدف الى استقرار المراكز القانونية للافراد وحماية حقوقم المكتسبة ، والامن القانوني احد اهم الاسس التي يقوم عليها بناء الدولة القانونية من انه يعني (ضرورة التزام السلطات العامة بتحقيق قدر للعلاقات القانونية وحد ادنى من الاستقرار للمراكز القانونية المختلفة بهدف اشاعة الامن والاستقرار والطمأنينة بين اطراف العرقات القانونية بحيث يتمكن الاشخاص من التصرف بأطمئنان دون التعرض لمفاجأت او تصرفات مباغتة صادرة عن السلطات العامة ، فضلا انه

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

اصبح مبدأ وضرورة في دولة القانون وذلك استنادا الى ان القاعدة القانونية يجب ان تقوم على الامن القانوني من حيث انه بات يشكل العمود الفقري للقاعدة القانونية.(ا.احمد بركات ،تأثير التشريع باوامر على مبدأ التوقع المشروع) .

ويعني استقرار وثبات القواعد المنظمة لشؤون الافراد والدول وبعدها عن العوامل التي تصيبها بالاضطراب وهذا الامر من شأنه " ضمانة حقوق الافراد والدول ايضاً" ، اذ لايمكن للفرد الحصول على حقوقه المشروعة الا في ظل منظومة قانونية ثابتة ومستقرة في جميع المجالات (ا.د. جعفر عبد السادة هير،التوازن بين السلطة والحرية في الانظمة الدستورية) . وان المقصود بهذا المبدأ هو استبعاد خطر عدم الاستقرار وانعكاسات التغيير المفاجيء للقواعد القانونية على حقوق الافراد وحرياتهم .

وعليه فأن الامن القانوني ليس بفكرة نظرية وانما عملية وممارسة يومية تقتضي الوضوح والفاعلية وتسعى الى توفير حالة من الاستقرار للحقوق والمراكز القانونية من خلال الحذر في تقرير مسألة (الحقوق) ومسألة (عدم رجعية القانون) وذلك عبر سن تشريعات متطابقة مع التشريع الاساسي الا وهو الدستور لكونه "عنصرا من عناصر شيوع الثقة في المجتمع فهو العنصر الاساسي والركيزة الصلبة التي تقوم عليها المجتمعات بحيث تؤسس قوتها وتضمن سلامتها واستمرارها بناء على توفره فيها ،اي بمعنى ان اي قانون جديد يضع اساسا ومعالجات جديدة يجب ان يراعي "الامن القانوني" للافراد في حالة تنظيمه لقواعد التقادم او الاثر الرجعي للقانون .

المطلب الثاني : تعريف مبدأ الأمن القانوني (لغة واصطلاحاً)

يعرف الأمن في اللغة بأنه : من آمن يأمن أمناً: فهو آمن ، وأمن أمناً وأماناً ، اطمأن ولم يخف ، فهو أمن وأمن وأمين ، والأمن يعني الاستقرار والاطمئنان ، نقول أمن منه اي سلم منه ، وأمن على ماله عند فلان اي جعله في ضمانه ، والامان والامانة بمعنى واحد ، فالأمن ضد الخوف ، والامانة ضد الخيانة والايمان ضد الكفر ، والايمان بمعنى التصديق ، وضده التكذيب ، فيقال أمن به قوم وكذب به قوم .(ابن منظور ، لسان العرب) .

فالامن هو الطمأنينة ، وعدم الخوف ، او راحة القلب ، وعدم وقوع الغدر ، او الثقة ، والهدوء النفسي ، وهو المستجير ليأمن على نفسه (اسماعيل ، محمد صادق ، امن الخليج العربي ، الواقع وافاق المستقبل) .

اما التعريفات الاصطلاحية لمفهوم الامن قد تعددت بسبب اختلاف اراء العلماء والكتاب والخبراء ، الا انها جميعاً تشترك في المضمون والهدف الاساسي المتمثل بتوفر حياة كريمة يعيش فيها الافراد بأمن وسلام (اسماعيل ، ن,م) .

والامن في احد هذه التعريفات هو عكس الخوف مطلقا ، وهو مجموعة من القواعد والوسائل القانونية التي يتم تطبيقها من قبل الدولة بهدف تحقيق الحماية الداخلية والخارجية من كافة المخاطر التي قد تتعرض لها .والامن يعتبر غاية اساسية للعدل ، فالحكم بالعدل من شأنه تحقيق الامن في الحياة ، اما عدم اقامته فيؤدي الى غياب الامن .

اما القانوني في اللغة : فكلمة قانون في اللغة يعني القاعدة ، والقاعدة يقصد بها النظام والاستقرار على نمط معين ، وهو اي علاقة ينتج عنها ظاهرتان ، فعندما تتحقق واحدة منها تتحقق الاخرى ، اي ان كل ظاهرة تتبع الاخرى .

ويعود اصل مصطلح القانون الى اللغة اليونانية (Kanun) وانتقلت من اليونانية الى اللغات الاخرى وهي تعني العصى المستقيمة ، فأنتقلت الى الفارسية بنفس اللفظ (كانون) بمعنى اصل كل شيء وقياسه ، ثم عربت

عن الفارسية بمعنى اصل الشيء الذي يسير عليه او المنهج الذي يسير بحسبه ، او النظام الذي على اساسه تنتظم مفردات الشيء .(الفتلاوي ، سهيل حسين ، تأريخ القانون . العكيلي ، مبدأ الامن القانوني بين النص الدستوري والواقع العملي) .

ولتعريف القانون اصطلاحا ثلاث تعريفات (تعريف اصطلاحي عام ، وتعريف اصطلاحي باعتبار المكان ، وتعريف اصطلاحي باعتبار الموضوع) .

وعليه فمبدأ الامن القانوني يعتبر احد اهم الاسس التي تقوم عليها بناء الدولة القانونية ،وانه يعني ضرورة التزام السلطات العامة بتحقيق قدر من الثبات النسبي للعلاقات القانونية وحد ادنى من الاستقرار بهدف اشاعة الامن والطمأنينة بين اطراف العلاقات القانونية .(حسنين ،د. ابراهيم محمد ، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الفقه والقضاء).

والمحصلة ان الامن القانوني هو استبعاد خطر عدم الاستقرار وانعكاسات التغيير المفاجيء للقاعدة القانونية على حماية الفرد لا سيما متى تعلق الامر بالحقوق والحريات ، وعليه فهي ضمانة وحماية بين الممنوع والمسموح بشكل واضح .

المطلب الثالث : صور ومباديء الامن القانوني

ظهر مبدأ "الامن القانوني" قبالة ظواهر قانونية حديثة استجدت على السوح التشريعية ، فكثرة القوانين وتعددها وضعف جودتها جعل من عملية تحديث القانون وتغييره وتطويره عملية مستمرة لا تتوقف ، على النحو الذي قد يهدر اسس فكرة القانون نفسها وينال من جوهر وغاية التشريع من عدة جوانب .

وكما بينا سلفا بأن المقصود بفكرة الامن القانوني وجود نوع من الثبات النسبي للعلاقات القانونية وحد ادنى من الاستقرار للمراكز القانونية لغرض اشاعة الامن والطمأنينة والاستقرار ، وبهذا الصدد يمكن التمييز بين اربع صور اساسية لفكرة الامن القانوني وهي :

اولاً :احترام الحقوق المكتسبة : ان حماية الحقوق المكتسبة من منطلق مبدأ الامن القانوني تقتضي ان تكون القواعد القانونية سهلة الولوج اليها ودقيقة في الدلالات على احكامها ويجب ان تصاغ في اطار نوع من التوازن بين القيم الدستورية والحقوق المكتسبة وبين الفلسفة العامة وتحقيق التناسب بينهما ليتسنى تحقيق مبدأ الامن القانوني للجهات المختصة باعادة الموظف الى مكان عليه سابقا او تعويضه في حال تحقيق الضرر الذي طاله نتيجة تغليب المصلحة العامة على الحقوق المكتسبة ، ويعد مبدأ الحق المكتسب الارضية الفلسفية لمبدأ عدم رجعية القرارات الادارية ومبدأ سريان القوانين من دون رجعية ، ومن ثم فإنه يرمي الى حماية المراكز القانونية التي تولدت في الماضي (العكيلي ، م.ن) .

وحيث ان الحق المكتسب له دور هام في القانون العام دورا في الرقابة على التصرف القانوني ، لا سيما القرارات الفردية حتى قبل اصداره فعليه لا يجوز لاي من سلطات الدولة سلب اي حق استمدها الفرد بموجب القوانين والقرارات النافذة متى ما كانت هذه الحقوق تتعلق بممارسة احدى الحريات العامة او الاساسية والتي نص عليها الدستور ، مثل الملكية والحق على التأمينات الاجتماعية وغيرها (محيسن ،د.عامر زغير ، الموازنة بين فكرة الامن القانوني ومبدأ رجعية اثر الحكم بعدم الدستورية) ، ويعتبر احترام الحق المكتسب قاعدة تمتد جذورها الى اعماق القانون الطبيعي والمباديء الاساسية للعدالة ، لذا يجب العمل بهذه القاعدة حتى ولو لم ينص عليها في الدساتير. (عمر وعبد الله ، د. شورش حسن وخاموش عمر ، اثر الحكم الصادر من

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

القضاء الدستوري على مبدأ الامن القانوني) ، لذلك فأن قاعدة عدم سريان القانون على الماضي ضرورة حتمية لتحقيق العدالة وضمان الحريات .

ثانياً : فكرة التوقع المشروع : وتعد هذه القاعدة من القواعد القانونية اللازمة على صعيد الاتحاد الاوربي بالنسبة للقوانين التي تصدر تطبيقا للقانون الاوربي ، وتعني التزام الدولة بعدم مباغتة الافراد بما تصدره من قرارات او قوانين تخالف التوقعات المشروعة والمبنية على اسس موضوعية والتي تتبناها الدولة (العصار ، د. يسري محمد ، دور الاعتبارات العملية في القضاء الدستوري) .

ثالثاً : تقييد الاثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية : مما لا شك فيه ان الحكم بعدم دستورية نص قانوني او قرار تنظيمي واعتباره كأن لم يكن وذلك بعد فترة وجيزو من الزمن على صدوره ، يمكن ان يمس مبدأ الامن القانوني للافراد الذين شملهم تطبيق هذا النص خلال فترة سريانه لانه تم ترتيب الاوضاع وفقا له ، الامر الي يستلزم وضع ضوابط تحد من سريان الاثر الرجعي للحكم الصادر بعدم الدستورية بما يخدم مصالح الاشخاص الذين طالتهم حكم عدم الدستورية وبما يضمن نوعا من الامن القانوني (البحيري ، د. ماهر ، الاثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية وفلسفة التشريع في الحد من مداه).

رابعاً : عدم رجعية القانون : ويعد هذا المبدأ من المباديء التي كسبتها الانسانية بعد جهد طويل واصبح من الثوابت سواءا كان مسطورا بالدستور او لم يكن (عبد المتعال ، د. علاء ، مبدأ جواز الرجعية وحدودها في القرارات الادارية) .

ويقصد به عدم انسحاب اثر القواعد القانونية على الماضي واقتصارها على حكم الوقائع التي تقع ابتداءا من يوم نفاذها ، وهذا يعني ان لسريان القانون الجديد من حيث الزمان وجهين لعملة واحدة ، وجه ايجابي هو الاثر المباشر ، ووجه سلبي وهو انعدام الاثر الرجعي ، وتطبيق القواعد القانونية بأثر رجعي على الوقائع السابقة على صدورها بأنه يقوم بتجريم ما اتاه الافراد من افعال مباحة او ابطال تصرفاتهم التي تمت بمقتضى القانون لان من شأن ذلك ان يؤدي لانعدام ثقة الافراد في القانون ويزرع القلق في نفوسهم ويخل بالاستقرار وبمبدأ الامن القانوني ، لذلك حرص المشرع على تأكيدها واحترامها فلاقت تأييدا من القضاء والفقه والسلطات العامة في الدولة .

ولكون مبدأ الامن القانوني بصفة عامة مبدأ من مباديء دولة القانون التي من سماتها الاساسية سيادة حكم القانون وفصل السلطة واستقلال القضاء وضمان حماية للحقوق والحريات الاساسية للافراد والجماعات فهو يرتكز على عدة مباديء متمثلة في :

١. المساواة .
٢. عدم رجعية القوانين.
٣. سهولة فهم واستيعاب القواعد القانونية من قبل المخاطبين بها.
٤. الشفافية.
٥. وضوح القواعد القانونية وعدم تناقضها حتى لا يفتح الباب امام التأويلات
٦. قابلية القانون للتوقع
٧. سهولة الولوج الى القانون والى المحاكم .
٨. عدم الاغفال القانوني . (غميجة ،د.عبد المجيد ، مبدأ الامن القانوني وضرورة الامن القضائي).

والجدير بالذكر ان مبدأ الامن القانوني يعد حق اساسي من حقوق الانسان ووسيلة لحماية هذه الحقوق ، بل يعد من اهم الحقوق الاساسية للفرد ويعد من القيم الدستورية ويطلق عليه الواجب الثابت (بن منظور ، لسان العرب) ، وعلى الدولة ضمان هذا الحق دون تمييز ، وهو مصلحة لكل شخص يوفرها له القانون ،

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

وحتى يؤدي القانون هذا الدور يجب توفير جميع الضمانات لذلك والغاية من ذلك هو تحقيق قدر من الثبات للعلاقات القانونية لذلك فأن مبدأ الامن القانوني كحق يقتضي توفر عنصر الحماية الذي يضمن استقرارا قانونيا ، الذي يضمن ثقة الناس في القانون من خلال مسايرته لحاجاتهم وحمايتهم من التغييرات التي قد تصيب حقوقهم المكتسبة .

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

المبحـــث الثانـــي

اثر قانون اسس تعادل الشهادات والدرجات العلمية العربية والاجنبية رقم ٢٠ لسنة ٢٠٢٠ على الامن القانوني

المطلب الاول : قراءة في قانون اسس تعادل الشهادات والدرجات العلمية العربية والاجنبية رقم ٢٠ لسنة ٢٠٢٠.

المطلب الثاني : الاثر القانوني من الغاء بعض بنود قانون اسس تعادل الشهادات والدرجات العلمية العربية والاجنبية رقم (٢٠) لسنة ٢٠٢٠

المطلب الاول : قراءة في قانون اسس تعادل الشهادات والدرجات العلمية العربية والاجنبية رقم ٢٠ لسنة ٢٠٢٠

سبق وان صادق مجلس التعليم العالي والبحث العلمي على تعليمات رقم (٥) اسس تعادل الشهادات والدرجات العلمية والعربية والاجنبية لسنة (١٩٧٦) وظلت هذه التعليمات نافذة منذ صدورها وطرأ تعديلان (الاول عام ١٩٧٨) و(الثاني عام ١٩٨٣) حتى صدور قانون اسس تعادل الشهادات والدرجات العلمية العربية والاجنبية رقم (٢٠) لسنة ٢٠٢٠ بتاريخ ٢٠٢٠/١٠/٢٨ وتم التصويت عليه بنفس التاريخ . وتم نشره لاحقا في جريدة الوقائع العراقية بتاريخ ٢٠٢٠/١٢/٢١ .

قد احتوى هذا القانون على (١٦) مادة نظمت المسائل المتعلقة بمعادلة الشهادات والامور المتعلقة بها

في حين تضمنت المادة (١٣/اولاً) : باعادة النظر بطلبات معادلة الشهادة السابقة التي تم رفضها او لم يتم البت فيها على ان يقدم طلب المعادلة خلال مدة لا تزيد عن سنة من تاريخ نفاذ هذا القانون .

وكانت الاسباب الموجبة لاقرار هذا القانون استنادا الى لاحكام الدستور التي عززت مركز التعليم كونه عامل اساس لتقدم المجتمع وتشجيعاً للبحث العلمي للاغراض السلمية بما يخدم الانسانية ولرعاية المتفوقين والمبدعين والمبتكرين والحث على الحصول على الشهادات العليا مع الحفاظ على الرصانة العلمية وتبسيط اجراءات معادلة وتقييم الشهادات والدرجات العلمية واعتماد المعايير الموضوعية وكفالة حق الاعتراض والتظلم على قرارات التقييم والمعادلـــة .

هذا القانون بالرغم من انه جاء نسخة مكررة من التعليمات الملغية الا انه الغي بعض المبادئ الاساسية في معادلة الشهادات التي تضمنتها التعليمات رقم (٥) لسنة ١٩٧٦ والتي بقيت نافذة لحين صدور هذا القانون والتي من شأنها ان تحقق التوازن بين الحق في التعليم وجدية التعليم بما من شأنه ان يحقق الرصانة العلمية ، وكان ذلك سببا لتحفظ وزارة التعليم العالي والبحث العلمي على هذا القانون ، كما ان

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

التصويت على هذا القانون تم في وقت حرج على جميع الاصعدة ومن الظروف التي رافقت التصويت عليه :

اولاً": كانت المناقشات محتدمة بخصوص قانون الانتخابات الذي اوجب تقسيم البلد الى دوائر متعددة .

ثانياً: الازمة المالية الموجودة واللجوء الى البرلمان لاقرار قانون الاقتراض الداخلي لسد النقص في تمويل الرواتب نتيجة عدم اقرار الموازنة الاتحادية .

ثالثاً: غياب المحكمة الاتحادية نتيجة نقضها للمادة (٣) من قانون المحكمة الاتحادية للعام ٢٠٠٥ وتعذر استبدال قضاتها ممن احيلوا الى التقاعد ومن توفي منهم .

رابعاً: صدر القرار على الرغم من اجراء الامتحان التنافسي للقبول في الدراسات العليا (الماجستير والدكتوراه) في الجامعات العراقية وفي التخصصات العلمية كافة وانجاز اللجان العلمية في المواقع والمقبلات الشخصية تمهيدا لاعلان النتائج قبل توجه الوزارة للتريث .

خامساً: ان القانون نص في المادة (١٦) على نفاذييته من تاريخ التصويت عليه مما يدل على طابع الاستعجال غير المبرر فمن المتفق عليه ان القوانين التنظيمية المهمة تنفذ بعد نشرها في الجريدة الرسمية بل قد يحدد موعد لاحق انفاذها لحين استكمال التحضيرات اللازمة التي يقتضيها حسن التنفيذ ، وبالرغم من امتناع رئيس الجمهورية عن مصادقته على هذا القانون الا انه يعد مصادقا عليه حكما استنادا للمادة (٧٣/ ثالثا) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ .

ويعتبر هذا القانون سابقة خطيرة في عمل مجلس النواب العراقي وان كان يختص بسن القوانين الاتحادية استنادا للمادة (٦١/اولا) من الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ الا انه تعدى على السلطة التنفيذية في اصدار الانظمة ذات الطبيعة "الفنية" ، لاسيما ان هذا الموضوع من اخص واجبات الدولة ووزارة التعليم العالي والبحث العلمي على وجه الخصوص ان تنظر في نوع التعليم وتشترط امورا من شأنها ان تضمن رصانة التعليم وكفاءة المؤسسة التعليمية استنادا الى ما جاء بالمادة (٤/أ/سادساً) من قانون وزارة التعليم العالي والبحث العلمي رقم (٤٠) لسنة ١٩٨٨ المعدل " وضع اسس التقويم للشهادات والدرجات العلمية العربية والاجنبية التي تلي المرحلة الثانوية والاعتراف بالمؤسسات الجامعية العلمية العربية والاجنبية "، كما خول وزير التعليم العالي والبحث العلمي بموجب المادة (٤٧) منه ، والمادة (١٩) من قانون الخدمة الجامعية رقم (٢٣) لسنة ٢٠٠٨ اصدار الانظمة والتعليمات لتسهيل تنفيذ هذا القانون وهذا دليل على التضخم التشريعي وهو سن تشريعات لمعالجة مواضيع واجراء التحديثات والتعديلات عن طريق التشريع الفرعي (الانظمة والتعليمات) تبعا للتغييرات والتطورات التي تحصل في حيثيات الموضوع . ولكون مسألة الاعتراف بالشهادات والجامعات الاجنبية لكونها تمثل مسألة تنفيذية وجزء من سياسة الدولة التعليمية وعليه نسلط الضوء على اهم النقاط الواردة في القانون :

١. فضلا عن ان القانون الجديد همش سياقات منح الالقاب العلمية بتحويلها الى لجان في وزارات متعددة ليسوا بحاجة اليها كون تدرجهم الوظيفي والمهني يختلف بشكل جذري عن السياقات العلمية المعمول بها في وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، واستحالة استكمال الموظفين في الوزارات غير المختصة بمتطلبات الترقية العلمية من تدريس وتقويم بحوث ولجان مناقشة واشراف ، فأن القانون الجديد الغى التفرغ العلمي الوظيفي المطلوب بأثر رجعي " وهذا يتعارض بشكل تام مع قانون الخدمة الجامعية " للحصول على الشهادة بوصفه بنية تحتية لمنحها والايفاء بمستلزماتها من حضور الدروس النظرية والتطبيقية والتفاعل والمشاركة التي ستصبح بلا قيمة في ضوء فقراته ، وايضاً السماح بالحصول على الشهادة العليا من دون خطة علمية تراعي حاجات المجتمع ومؤسسات الدولة .فبعيدا عن مشكلة التضخم في عدد من يحمل الشهادات العليا وما يرافقه من اعباء مالية التي ستنتج

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

عنه في ظل الازمة الاقتصادية، وربما ستتواصل لعدة سنوات حيث سيزيد من حالة البطالة بين اصحاب الشهادات العليا .

٢. الغى القانون اللجنة المركزية لمعادلة الشهادات المنصوص عليها في التعليمات السابقة والتي تشكل في ديوان الوزارة بموجب (المادة ٢/ البند ثانياً) والذي ينص على ان " يقوم القسم (قسم معادلة الشهادات) بمعادلة الشهادات وتثبيتها في ضوء اسس التعادل ووفق اليات" ، حيث ان من مهام اللجنة معادلة الشهادات وهي تتكون من مجموعة من الاساتذة الجامعيين المختصين في مجال الشهادة التي تعرض لغرض التقييم والمعادلة والمنصوص عليها في التعليمات رقم (٥) لسنة ١٩٧٦ الملغاة ، وبالغاء اللجنة اعلاه واختصاصها فأن المشرع قد خرق مبدأ الاصالة والرصانة العلمية التي تهدف وزارة التعليم العالي والبحث العلمي تحقيقها وحسب ما جاء في المادة (٢) من قانون وزارة التعليم العالي والبحث العلمي رقم (٤٠) لسنة ١٩٨٨ المعدل .

الا ان المحكمة الاتحادية العليا قررت بقرارها في الدعوى رقم (٤٥) ومن مبدأ المساواة بين العراقيين بعدم دستورية الاتي :

أ. عبارة (ذوي الدرجات الخاصة) فقط الواردة بالفقرة (أ) من المادة والبند اعلاه حيث سمحت باحتساب الشهادة التي يحصل عليها ذوي الدرجات الخاصة بلا موافقة اصولية من دوائرهم وكذلك الغت المحكمة الاتحادية العليا عبارة (السفارات او الملحقيات الثقافية) في الفقرة (ب) من المادة والبند اعلاه لعدم دستوريتها ، اي عدم منح السفارات والملحقيات الثقافية سلطة الموافقة على تغيير الشهادة للطالب العراقي التي يحصل عليها وربطت الامر بموافقة دائرته الاصلية .

٣. منح القانون في (المادة ٢/ البند ثالثاً) الامانة العامة لمجلس النواب اختصاص معادلة الشهادات التي تصدر من معهد التطوير البرلماني ، ورغم ان المشرع نص على ان هذا التعادل لا يعتد به لاغراض الدخول في الجامعات او التدريس فيها الا ان ذلك يثير تساؤل عن جدوى مثل هذه المعادلة ومع اي شهادة او درجة علمية معتمدة في العراق ، فضلا عن ان هذا يعتبر انحراف تشريعي واضح حيث ان المعادلة عمل تنفيذي ومجلس النواب عمله تشريعي وبذلك اصبح تعدي على اختصاص السلطة التنفيذية في هذا المجال وحيث كان يمكن الاكتفاء بمنح شهادات للمشاركة دون الحاجة لاجراءات معادلة غير ذي جدوى ، لذا ستتعارض هذه المعادلة من مهام المجلس لذا تصدت المحكمة الاتحادية العليا النص المتقدم وقررت عدم دستوريته .بالاضافة الى عدم دستورية الاتي :

أ. العبارة (الا اذا تماثلت مدة الحصول عليها مع المدة المطلوبة للحصول على الشهادات المؤهلة لدخول تلك الجامعات او التدريس فيها) الواردة في الفقرة (ج) من المادة والبند ذاته .

ب. الفقرة (د) من المادة والبند اعلاه والمتعلقة بصلاحية الوزارات والهيئات بمعادلة الشهادات الممنوحة لموظفيها عن طريق معاهد الدراسات فيها .

ت. الفقرة (هـ) من المادة والبند اعلاه من القانون المتعلقة بصلاحية الجامعات ومجلس الخدمة العامة الاتحادي بمعادلة وتقييم الشهادة التدريبية .

٤. حدد القانون الجديد في المادة (٣) منه هيكلية القسم من الشعب ومهامها ، وحيث ان تحديد الهيكلية الادارية في العادة تنظم بموجب الانظمة الداخلية والتعليمات حيث هو من الامور الادارية التفصيلية التي يترفع المشرع عن الولوج فيها .

٥. نقضت المحكمة الاتحادية العليا (البند/ثالثا من المادة / ثالثا) الذي كان يحصر المعادلة وتقييم الشهادات بالجوانب الاجرائية ، اي حصرت صلاحية المعادلة بقسم ذو طابع اداري يختص فقط باستيفاء الجوانب الشكلية للمعادلة دون الامتداد الى الجوانب الموضوعية كمناقشة المستوى العلمي والرصانة العلمية لمضامين الرسائل والاطاريح باستثناء موضوع السلامة الفكرية ، وقد شكل الموضوع عائقا امام معادلة الشهادات لان تقييم السلامة الفكرية يجب ان يخضع لضوابط محددة تحديدا موضوعيا وليس لمعايير شخصية نابعة من خلفية المقيم الفكرية . علما ان الدور الاساسي للجنة المركزية لتعادل الشهادات في التعليمات الملغاة هو التقويم العلمي للشهادات المقدمة لغرض التعادل ومدى توافقها مع شروط منح

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

الشهادات المماثلة لها في العراق من ناحية الرصانة العلمية ، ولا يقتصر عملها على استيفاء الاجراءات الشكلية لاغراض المعادلة ، واقرت المحكمة الاتحادية العليا امتداد اختصاص وزارة التعليم العالي والبحث العلمي للجوانب العلمية لطالب المعادلة بمضامين الرسالة او الاطروحة لذا صدر اعمام الوزارة / دائرة البعثات والعلاقات الثقافية الذي حدد نسبة اشراف لكل تدريسي في الجامعات التي يتواجد بها الطلبة العراقيين بالخارج كما اشترط اجتياز النتاج العلمي نسبة الاستلال الالكتروني بما لا يتجاوز (٢٠%) بالاضافة الى عرض الرسائل والاطاريح على لجان علمية من ذات الاختصاص في الجامعات العراقية واحالة الطلبة على الجامعات للاختبار كل حسب اختصاصه .

٦. ان البند (خامساً) من المادة (٣) من القانون الجديد اوجب اكمال الاجراءات الخاصة بالمعادلة مدة اقصاها (٤٥) يوم من تاريخ تقديم طلب المعادلة وعلى الرغم من انه اجراء ايجابي ، الا ان النص بوضعه الحالي غير محكم اذ ان المشرع اغفل بيان الجزاء او التدبير الاداري في حال تجاوز قسم معادلة الشهادات مدة القيد الزمني المضروب بموجب هذه المادة لاتمام اجراءات التعادل .
٧. اقرت المحكمة الاتحادية العليا عدم دستورية (البند /ثالثا من المادة ٥) المتعلقة باهمال الحصول على الشهادة الثانوية في حال الحصول على الشهادة الجامعية او الشهادة العليا .
٨. تطرق القانون في (المادة /٥ البند ٤) لشرط مبدأ الاقامة في بلد الجامعة المانحة للشهادة واجاز ان تكون الاقامة متصلة او منفصلة والمشرع بذلك تخلى عن غاية جعل الاقامة متصلة لضمان انتظام تواجد طالب الدراسات العليا في بلد الجامعة المانحة للشهادة والاتصال بالمشرف العلمي والاطلاع على المصادر الخاصة بالرسالة او الاطروحة ، في حين ان الاقامة المنفصلة تجعل من الحصول على الشهادة العليا بمثابة النزهة وبذلك خرق القانون محل الدراسة مبدأ التفرغ الدراسي ومبدأ عدم الجواز الجمع بين الدراسة والوظيفة او التكليف فضلا عن كون المدد المنفصلة تمهد للاعتراف بدراسة المراسلة والانتساب التي لا تقرها سياسة وزارة التعليم العالي والبحث العلمي بسبب ضعف الرصانة العلمية لهذا النوع من الدراسة عن بعد ، وكان يفترض ازاء هذه المعطيات دراسة اثر وكلفة وبيئة التشريع قبل سن مثل هذه الاحكام .
٩. ومن المباديء المهمة التي نقضتها المحكمة الاتحادية العليا هي (المادة١١) حيث الغيت صلاحية الوزير الموافقة على معادلة وتقييم الشهادات غير المستوفية لشرط الاقامة انطلاقا لمبدأ المساواة بين العراقيين لكي لا يفتح الباب واسعا للمجاملات والفساد الاداري .
١٠. خرق القانون في (المادة ١٢/البند اولا) مبدأ حظر الجمع بين الوظيفة او التكليف بخدمة عامة والدراسة حيث ورد التص بالصيغة الاتية " للموظف او المكلف بخدمة واعضاء مجلس النواب والوزراء ومن هم بدرجتهم او الوكلاء ومن هم بدرجتهم والمديرين العامين ومن هم بدرجتهم والدرجات الخاصة العليا بموافقة دوائرهم الدراسة اثناء التوظيف او التكليف على النفقة الخاصة او اجازة دراسية للحصول على الشهادة الاولية او العليا داخل العراق او خارجه بصرف النظر عن العمر " فبالاضافة الى ما تضمنته المادة من ركاكة في الصياغة القانونية وتقديم المتأخر على المتقدم ، وعدم الاشارة الى اعضاء مجلس الاتحاد في حال تشكيله ورئيس مجلس النواب ورئيس مجلس الوزراء ، فقد اطاح النص بمبدأ عدم جواز الجمع بين الدراسة والوظيفة او التكليف والذي يترتب عليه منح الاجازة الدراسية وفق تعليمات منح الاجازات الدراسية رقم (١٦٥) لسنة ٢٠١١ لان الوظيفة تستوجب التفرغ التام وكذلك الحال بالنسبة للدراسة تحتاج للتفرغ العلمي والانتظام بالحضور ، فالنص قد تضمن استثناءات عديدة بما لا يتفق مع المباديء الدستورية القائمة على مبدأ المساواة وتكافؤ الفرص كونه يعطي امتياز لهؤلاء ويحرم شرائح كبيرة من اكمال دراستهم بسبب العمر او بسبب عدم جواز الجمع بين الوظيفة والدراسة ، فضلا عن ان المادة (٤٩) من الدستور في (البند السادس) منعت ما تقدم بالنص على ان لا يجوز الجمع بين عضوية مجلس النواب واي عمل او منصب رسمي اخر .وكونه يعتبر انحرافا تشريعيا ولم يراعي المصلحة العامة وانما شرع لتحقيق منافع وامتيازات شخصية او حزبية او

فئوية الا ان المحكمة الاتحادية العليا لم تتطرق اليها وابقت عليها ويعتبر هذا الامر من الخطورة لانها منحت هؤلاء امتياز لا سند له وغير مبرر ولا يتفق مع مبدأ تكافؤ الفرص .

١١. كما تضمن قرار المحكمة الاتحادية العليا الغاء ما ورد في (البند /ثانيا من المادة /١١) من القانون والذي ينص على "منح حملة الشهادات العليا (الماجستير او الدكتوراه) من الموظفين المدنيين او المكلفين بخدمة عامة من غير موظفي وزارتي التعليم العالي والبحث العلمي
والتربية اللقب العلمي استثناءا من احكام المواد (٢٥،٢٦،٢٧،٢٨) من قانون رقم (٤٠) لسنة ١٩٨٨ ، وذلك لعدم دستوريته لتعارضه مع طبيعة الوظيفة التي يؤديها هؤلاء فلا تتطلب منهم الحصول على الالقاب العلمية بل دوائرهم تتعامل على اساس الشهادة والعنوان الوظيفي .

المطلب الثاني : الاثر القانوني من قرارات المحكمة الاتحادية العليا الخاصة بالغاء بعض بنود قانون اسس تعادل الشهادات والدرجات العلمية العربية والاجنبية رقم (٢٠) لسنة ٢٠٢٠

ان الغاية من مبدأ الامن القانوني هي ضمان اصدار تشريعات متطابقة مع الدستور ومع القانون الدولي بما يكفل حماية حقوق الانسان من الاثار السلبية والثانوية التي ينتج عن التشريع .(بن شريف و بنته ، د. مصطفى و د. فريد ، الامن القانوني والامن القضائي) .

وان للقضاء دورا بارزا في حماية المراكز القانونية للافراد وحقوقهم المكتسبة سواء عن طريق القضاء العادي او الدستوري وذلك من خلال الطعن الذي يقدم من قبل الافراد او غيرهم من مؤسسات بسبب التغييرات المفاجئة او التعديلات التي تهدد حقوق الافراد .

وقد نص الدستور العراقي النافذ في المادة (٩٢) على انشاء المحكمة الاتحادية العليا وحدد لها جملة اختصاصات ومنها الرقابة على دستورية القوانين ، وقد صدر قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٥ الذي حدد اختصاصات المحكمة (ينظر المادة ١٣٠ من الدستور العراقي) ، والتي من ضمنها ان لها الحق في الغاء القوانين والقرارات والانظمة والاوامر والتعليمات التي تتعارض مع احكام الدستور ، الا انه لم يبين النطاق الزمني لسريات حكم المحكمة ، فهل يكون بأثر رجعي ام بأثر مباشر (ناجي ، مكي ، المحكمة الاتحادية العليا في العراق) .

وعليه يعتبر الامن القانوني احد اهم مقومات الدولة القانونية القائمة على سيادة القانون وهو عملية وليس مجرد فكرة قوامها استقرار العلاقات والمراكز القانونية وذلك من خلال اصدار تشريعات متطابقة مع الدستور ، واشاعة الثقة بين الاطراف غايتها ، ونرى ان هناك ارتباط وثيق بين ذلك المبدأ وتكييف الحكم القضائي الصادر منشئاً كان او كاشفاً .(عنتر ،ا.محمود ، الامن القانوني في الاحكام القضائية).

ان الاثر او الحكم المنشيء او الحق او المركز او الوضع القانوني يقصد به الحكم الذي يظهر الى الوجود مركزا او التزاما لم يكن قبل الحكم موجودا بحيث يعتبر قد ولد مع الحكم لا قبله وتسري اثاره من تاريخ الحكم الا ان ينص القانون على خلاف ذلك (حافظ ، محمود ، القرار الاداري ،)

اما الاثر او الحكم الكاشف فهو الحكم الذي يظهر للوجود القانوني حقا او مركزا قانونيا كان مختفيا او غير ظاهر فكشف عنه او غير مستقر فأكده واقره ، ولهذا يسمى الحكم الكاشف بالحكم المقرر ، وترجع الى التاريخ الذي ولدت فيه الاثار القانونية التي كشف عنها القرار (بولس ، ستاسينو ، عن الاعمال الادارية . الحراري ، د. محمد عبد الله ، القانون الاداري الليبي .الكبار، د. محمد بحر ، انواع القرارات الادارية من حيث اثرها تجاه الافراد "القرارات الكاشفة ةالقرارات المنشئة") .

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

وان التطبيقات الخاصة في القضاء العراقي تختلف من جهة الى اخرى . حيث يتضح ان قرار المحكمة الاتحادية العليا المتضمن بعدم دستورية بعض المواد وليس القانون بمجمله وحسب ما تم توضيحه سابقاً ، وعلى الرغم من ان القانون ما زال ساري مع حذف والغاء بعض فقراته ، فهي تبقى خطوة نحو الامام ومكسبا لرصانة الشهادة العراقية وجودتها ، حيث ان القرار اعاد مشروعية اجراءات الوزارة وحافظ على مكانة اللقب العلمي لاساتذة الجامعات ، الا ان الموضوع لم ينظم نطاق سريان الاحكام الصادرة بعدم الدستورية زمنيا بشكل دقيق حسما للاتجاهات الفقهية المتعارضة .

وحيث اصدرت المحكمة الاتحادية قرارا يقضي بعدم دستورية عدد من النصوص الواردة في قانون اسس تعادل الشهادات والدرجات العلمية العربية والاجنبية رقم (٢٠) لسنة٢٠٢٠ ، وهنا يثار تساؤل على الاثر المترتب من الالغاء لهذه النصوص ونطاقه الزمني ، وللاجابة نقول تختلف اثار الاحكام القضائية تبعا لطبيعة الحكم فيما اذا كان كاشفا او مقررا لحق قائم من قبل ولا ينشيء وضعا جديدا ، او اذا كان منشيء لحق او حالة قانونية لم تكن موجودة قبل صدور الحكم .

ففي الحالة الاولى فأن الاثر الكاشف للحكم القضائي يرتبط بالضرورة بموضوع الرجعية فالحكم عندما يكشف عن حق قائم فإن ذلك ينسحب الى وقت نشوء الحق ، والبعض الاخر يذهب الى يوم رفع الدعوى .

في حين ان الحكم المنشيء تترتب اثاره من وقت صدور الحكم وطبقا لنص المادة (٤/اولا) من قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٥ المعدل (قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥ ، المادة (٤/اولا) والتي نصت "الرقابة على دستورية القوانين والانظمة النافذة ") ، فأن الاثر المترتب على صدور الحكم بعدم الدستورية هو الغاء القوانين التي تتعارض مع الدستور ، لذا فأن طبيعة رقابة المحكمة الاتحادية العليا على دستورية القوانين هي رقابة الغاء لاحقة لصدور التشريع ، ويترتب على صدور الحكم بعدم دستورية القانون هو الغاء القانون المخالف للدستور ، الا ان الموضوع لم ينظم نطاق سريان الاحكام الصادرة بعدم الدستورية زمنيا بشكل دقيق حسما للاتجاهات الفقهية المتعارضة . ، فاما الالغاء يرتب اثاره اعتبارا من تاريخ صدور الحكم ، او يذهب الى جانب اخر من الفقه الى ضرورة اعمال القواعد العامة في حالة سكوت المشرع وتقضي هذه القواعد بان الاحكام الصادرة بعدم الدستورية هي احكام كاشفة للمخالفة الدستورية وبالتالي فأن اثر الالغاء ينعطف الى تاريخ صدور التشريع مع مراعاة الحقوق المكتسبة والمراكز القانونية المستقرة .(عبد الحميد ،احمد طلال ، الاثر المترتب على الغاء بعض نصوص قانون اسس تعادل الشهادات والدرجات العلمية العربية والاجنبية رقم (٢٠) لسنة ٢٠٢٠ لعدم دستوريتها) .

وحيث ان الاحكام القضائية بصفة عامة انها كاشفة وليست منشئة فهي تكشف عن وجود الحق ولا تنشئه ، وعلى ذلك فأن المحكمة الدستورية مثلا حين تقضي بعدم الدستورية لتشريع معين مع ما يترتب على ذلك من الغائه وبطلانه . فهي تقرر شيئا قائما بالفعل بحكم الدستور القائم ولا تنشئ هذا البطلان ، فالتشريع الباطل لمخالفته الدستور باطل منذ وجوده لانه ولد مخالفا للدستور والنص التشريعي ولا ينشأ صحيحا الا باتفاقه مع الدستور والحكم بعدم دستورية

هذ النص يعني تعارضه مع الدستور وسقوط الاساس عنه ، ولا يجوز التمييز بين مراكز قانونية تكونت قبل الحكم واخرى تكونت بعده وذلك لان الاثر الكاشف للحكم يستند على مبدأ المساواة امام القانون .

علما ان هناك اتجاه يرى ان الحكم بعدم الدستورية هو حكم منشيء ، بمعنى الغاء النص التشريعي المطعون عليه اعتبارا من تاريخ نشر الحكم بعدم دستوريته ، ويترتب على ذلك ان جميع الاثار التي رتبها النص التشريعي قبل الحكم عليه بعدم الدستورية تبقى صحيحة وقائمة ، ولان النص خرج من النظام القانوني للدولة ،فأن هذا النص لا ينتج اثارا قانونية بالنسبة للمستقبل . ويصبح الحكم الصادر حكما انشائيا يحدث اثرا انشائيا عندما يلغي قانونا قائما (عنتر ، ا.محمود ، م.ن) ، وهذا التصور لطبيعة الحكم الصادر بعدم الدستورية من حسناته انه يحافظ على فكرة الامن القانوني وتلك الفكرة المناقضة لفكرة رجعية اثر الحكم بعدم الدستورية ، اي يحقق قدر من الثبات النسبي للعلاقات والطمأنينة بين اطراف العلاقات

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

القانونية من اشخاص قانونية خاصة وعامة ، وكذا الحفاظ على حقوق الانسان وحرياته التي لا تتم الا بتعزيز مبدأ " الامن القانوني " .

وازاء هذا الاغفال التشريعي في تحديد النطاق الزمني لسريان قرارات المحكمة الاتحادية العليا بأثر رجعي ام بأثر فوري ، اذ ان الاثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية والذي يعتبر مسألة ثابتة ، ويعني ان القانون المحكوم بعدم الدستورية يعتبر منعدم القيمة القانونية من وقت صدوره لا من وقت الحكم اي ان اثره ينسحب على كافة المراكز القانونية التي نشأت بموجبه وعلى الحقوق والواجبات التي تقررت بموجبه (حسنين ، د. ابراهيم محمد ، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الفقه والقضاء) ، وحيث ان الطبيعة الكاشفة للحكم ، وجدية الدفع بعدم الدستورية ، وعدم رجعية اثر الحكم بعدم الدستورية يتناقض مع حق التقاضي من اهم مبررات الاعتراف بالاثر الرجعي للحكم (الشاعر ، د. رمزي ، النظرية العامة في القانون الدستوري . الباز، د. بشير علي ، اثر الحكم الصادر بعدم الدستورية ، البحيري ، م.ن . حسنين ، م.ن) .

وجاء في حيثيات قرار المحكمة الاتحادية ما نصه " لدى التدقيق والمداولة حول الطلب الوارد الى المحكمة الاتحادية العليا من الامانة العامة لمجلس الوزراء / الدائرة القانونية ، تجد المحكمة ان الاحكام والقرارات التي تصدر من المحكمة الاتحادية العليا تكون نافذة اعتبارا من تاريخ صدورها مالم ينص في تلك الاحكام على سريان نفاذها من تاريخ محدد بالحكم او القرار او ينص على سريانها على واقعة محددة كما هو وارد بالحكمين بالعدد (٦/ اتحادية/ ٢٠١٠) (تصنيفات قرارات المحكمة الاتحادية العليا ، قرار"٦/اتحادية/٢٠١٠" الذي ينص: عدم دستورية الفقرة (ج) من البند (ثالثاً) من المادة (الاولى) من القانون رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٩ قانون تعديل قانون الانتخابات رقم (١٦) لسنة ٢٠٠٥ اذ يجب ان تكون المقاعد المخصصة من الكوتا للمكون الصابئي كافة ضمن دائرة انتخابية واحدة، تاريخ القرار ٢٠١٠/٣/٣) ، والعدد (٧/اتحادية/٢٠١٠) (تصنيفات قرارات المحكمة الاتحادية العليا ، قرار"٧/اتحادية/٢٠١٠" الذي ينص:عدم دستورية الفقرة (ج) من البند (ثالثاً) من المادة (الاولى) من القانون رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٩ قانون تعديل قانون الانتخابات رقم (١٦) لسنة ٢٠٠٥ اذ يجب ان تكون المقاعد المخصصة من الكوتا للمكون الصابئي كافة ضمن دائرة انتخابية واحدة ، تاريخ القرار ٢٠١٠/٣/٣)، وفي الحكم المرقم (١٢/اتحادية/٢٠١٠) (تصنيفات قرارات المحكمة الاتحادية العليا ، قرار"٧/اتحادية/٢٠١٠" الذي ينص: عدم دستورية الفقرة (رابعاً) من المادة (٣) من القانون رقم (٢٦ لسنة ٢٠٠٩) قانون تعديل قانون الانتخابات رقم ١٦ لسنة ٢٠٠٥ لان تحويل صوت الناخب بدون إرادته من المرشح الذي انتخبه الى مرشح من قائمة اخرى لم تتجه إرادته الانتخابية يعتبر تعدياً على حقوقه الدستورية ، تاريخ القرار ٢٠١٠/٦/١٤) وصدر القرار بالاتفاق في ٢٠١٨/٢/١٢. (عبد الحميد، احمد طلال ،ن.م) .

وحيث انه ليس للقوانين اثر رجعي مالم ينص على خلاف ذلك كما جاء في (الباب الثاني/ الفرع الاول) الفقرة (٩) من المادة (١٩) من الدستور العراقي ، لذلك فأن الرقابة على الدستورية ما وجدت الا صوناً لمبدأ المشروعية وتحقيقاً للعدالة ، ولا بد من ايجاد موازنة بين ضمان استقرار المراكز القانونية واحترام الحقوق المكتيبة للافراد لكي تحفظ لكل منهما مجاله الذي يعمل به وتمكنه من انتاج اثاره وتحقيق اهدافه ، حيث ان الموازنة بين رجعية اثر الحكم وفكرة الامن القانوني تعني بشكل عام المصالحة والمواءمة بين قابلية الحياة القانونية للتطور والتغيير من ناحية ، وحق الفرد من ناحية اخرى ،اذ ان الموازنة تفرضها اهمية كلا المبدأين (مبدأ استقرار المعاملات واحترام الحقوق المكتسبة ومبدأ المشروعية) وهي بذلك تشكل ضرورة حتمية ومنطقية قبل ان تكون فكرة قانونية .

لما تقدم يجب تنظيم موضوع نطاق سريان الاحكام بعدم الدستورية زمنيا بشكل دقيق جسما للاتجاهات الفقهية المتعارضة والتي لكل منها مبرراتها النظرية والعملية المقبولة ، وهذا يقتضي من

المشرع ان يرجح احد هذه الاتجاهات ويتبناها تشريعيا فضلا عن تبني مبدأ التعويض عن الغاء النصوص الواردة في القوانين والانظمة المخالفة للدستور .

الخاتمـــة :

حرص رجال التربية والتعليم في مختلف الازمنة والظروف التي مر بها العراق على بناء منظومة تربوية وتعليمية رصينة تسودها القيم والاعراف والتقاليد الجامعية السليمة قدر المستطاع وبذل قصارى جهدهم لابعادها عن المناكفات والصراعات السياسية وضمان عدم تدخل الحكومات بتفصيلات العملية التربوية والتعليمية وشؤونها الاكاديمية من منطلق " استقلالية الجامعات والحريات الاكاديمية " .

وعند تقييم اداء الوزارات المتعاقبة في التعليم العالي والبحث العلمي يحتاج الى ان يكون على دراية بالوضع السياسي في الدولة ، في حين ان نموذج الجامعة المستقلة منذ عام ٢٠٠٣ و امكانية جعل الجامعات اكثر ارتباطا بالمجتمع لم يكن الا حلما وحاليا مجرد خيال في عراق اليوم بسبب التدخلات السياسية ، ومنها قانون اسس تعادل الشهادات والدرجات العلمية العربية والاجنبية رقم ٢٠ لسنة ٢٠٢٠ والتخفيضات غير المعقولة في ميزانية التعليم العالي للبناء .

ان ما قام به مجلس النواب العراقي مؤخرا انما يمثل تدخلا سافرا في حيثيات العمل الجامعي وتفصيلاته والتي هي من صلب عمل وزارة التعليم العالي والبحث العلمي والجامعات حصرا ولا يحق لاحد سواها التدخل تحت اي مبرر او مسوغ كان .، حيث صدر قانون اسس تعادل الشهادات والدرجات العلمية والعربية والاجنبية بتاريخ ٢٠٢٠/١٢/٢١ صدر عن وزارة العدل العدد (٤٦٠٨) من جريدة الوقائع العراقية وقد تضمن هذا العدد نشر قانون اسس تعادل الشهادات والدرجات العلمية العربية والاجنبية رقم (٢٠) لسنة ٢٠٢٠، وكون هذا القانون قرارا تشريعياً فيعتبر عمل قانوني فعليه يترتب عليه اثر قانوني ، وان اي قانون جديد يضع اسسا ومعالجات جديدة يجب ان يراعي الامن القانوني للافراد في حالة تنظيمه لقواعد التقادم او الاثر الرجعي القانوني بحيث يجب مراعاة ما يصطلح تسميته الامن القانوني .

وحيث اصدرت المحكمة الاتحادية قرارا يقضي بعدم دستورية عدد من النصوص الواردة في قانون اسس تعادل الشهادات والدرجات العلمية العربية والاجنبية رقم (٢٠) لسنة٢٠٢٠ ، وهنا يثار تساؤل على الاثر المترتب من الالغاء لهذه النصوص ونطاقه الزمني ، وللاجابة نقول تختلف اثار الاحكام القضائية تبعا لطبيعة الحكم فيما اذا كان كاشفا او مقررا لحق قائم من قبل ولا ينشيء وضعا جديدا ، او اذا كان منشيء لحق او حالة قانونية لم تكن موجودة قبل صدور الحكم .

وحيث اصدرت المحكمة الاتحادية قرارا يقضي بعدم دستورية عدد من النصوص الواردة في قانون اسس تعادل الشهادات والدرجات العلمية العربية والاجنبية رقم (٢٠) لسنة٢٠٢٠ ، وهنا يثار تساؤل على الاثر المترتب من الالغاء لهذه النصوص ونطاقه الزمني ، وللاجابة نقول تختلف اثار الاحكام القضائية تبعا لطبيعة الحكم فيما اذا كان كاشفا او مقررا لحق قائم من قبل ولا ينشيء وضعا جديدا ، او اذا كان منشيء لحق او حالة قانونية لم تكن موجودة قبل صدور الحكم .ويتجلى من كل ما تقدم ان مفهوم الموازنة بين المبدأين ينصرف الى معنى الترجيح بين المبدأين من خلال الاخذ بأحدهم وطرح الاخر وفقا لمعطيات كل قضية والظروف المحيطة ، بمعنى ان المحكمة تزن وتقيم حيثيات كل قضية والظروف المحيطة بها ، ثم تقرر بعد ذلك ترجيح احد المبدأين على الاخر بشكل لا يخرج عن تحقيق الصالح العام في كل الاحوال من جهة ، وطبقا للافكار والقيم الدستورية التي تؤمن بها الدولة ، لكن الذي لا شك فيه ان توجه المحكمة الاتحادية بعدم الدستورية قد يهدد فكرة الامن القانوني ومبدأ استقرار المعاملات ، وحيث ان موقف المشرع ما زال غامضا من فكرة الموازنة بين الحق في الامن القانوني ومبدأ رجعية اثر الحكم بعدم الدستورية وذلك لعدم معالجته في قانون المحكمة الاتحادية ولا حتى في النظام الداخلي للمحكمة ، الامر الذي يستدعي تدخل المشرع بشكل سريع بما يضمن تحقيق الموازنة بين المبدأين مبدأ المشروعية وفكرة الامن القانوني ،

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

وفي النهاية الحمد لله تعالى على نعمته ورحمته نحن هنا لكتابة الاسطر القليلة الاخيرة من هذا البحث ، بعد رحلة رائعة من العمل ، رحلة لتعزيز التفكير والعقلانية وطرح افكار مهمة لهذا الموضوع (اثر قانون اسس تعادل الشهادات والدرجات العلمية العربية والاجنبية رقم ٢٠ لسنة ٢٠٢٠ على الامن القانوني) ، وهذا النوع من الجهد الصغير على البحث العلمي ، لكن يكفي ان يكون شرف المحاولة ، ولا نحتاج الى الكمال ، لان الكمال لله تعالى فقط ، فاذا كان البحث ناجحا وممتازا فهو نعمة من الله ، واذا لم يكن كذلك فهو يأتي من نفسي وادعوا الله ان ينفع الاخرين ، وصلى الله على سيدنا محمد الرسول الامي خير معلم ومرشد ومبعوث ، رحمة للعالمين سيدنا محمد وعلى اله وصحبه اجمعين .

المصادر والمراجع :-

١. السنتريسي ، احمد عبد الفتاح ، دور قاضي الالغاء في الموازنة بين مبدأ المشروعية ومبدأ الامن القانوني ، ٢٠١٧ ، الاسكندرية ، ص٢٢ .
٢. العكيلي ، د. علي مجيد ، مبدأ الامن القانوني بين النص الدستوري والواقع العملي ، ط١ ، ٢٠١٩ ، القاهرة ، ص٢١ .
٣. عارف ، احمد امين ، مبدأ الامن القانوني وتطبيقاه في التشريع العراقي / رسالة ماجستير ، جامعة كركوك ، ٢٠٢٠،ص٢٧ .
٤. العكيلي ، د. علي مجيد ، ن.م ، ص٩٥ .
٥. عبد الظاهر،د.احمد ، مبدأ الامن القانوني كقيمة دستورية ،مقال منشور على شبكة المعلومات الدولية ،ص١-٢) (htt:/ / kenonanoline.com /Law /Posts) .
٦. العكيلي ، ن.م ، ص١٢٣ .
٧. الحسيني ، د. علاء ابراهيم ، ضمانات الحق بالتعليم ورصانته في العراق ، مقال منشور على الموقع الالكتروني ، https://annabaa.org/arabic/education/29462).
٨. بركات ، ا.احمد ، تأثير التشريع باوامر على مبدأ التوقع المشروع ، بحث منشور على موقع جامعة قاصدي مرباح ورفله،الجزائر.
٩. هير ، ا.د. جعفر عبد السادة ،التوازن بين السلطة والحرية في الانظمة الدستورية ، دراسة مقارنة ، عمان-الاردن،٢٠٠٩ ،ص٣٣ .
١٠. ابن منظور ، ابو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم (ت ٧١١هـ/ ١٣١١م) ، لسان العرب ، بيروت ط٣ ، د.ت ، ج١٣ ، ص٢١) .
١١. اسماعيل ، محمد صادق ، امن الخليج العربي ، الواقع وافاق المستقبل د،ت ، ص١٧ .
١٢. اسماعيل ، ن.م .
١٣. الفتلاوي ، سهيل حسين ، تأريخ القانون ، بغداد ،٢٠١٠،ص١١ .
١٤. العكيلي ، مبدأ الامن القانوني بين النص الدستوري والواقع العملي ، ص١٣ .
١٥. حسنين ، د. ابراهيم محمد ، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الفقه والقضاء ، القاهرة ، ٢٠٠٠ / ص٢٣) .(مقال على موقعUniversitylifestyle.net) .
١٦. العكيلي ، ن.م ،ص٤٤ .
١٧. محيسن ، د.عامر زغير ، الموازنة بين فكرة الامن القانوني ومبدأ رجعية اثر الحكم بعدم الدستورية ٢٠١٠ ،ص٣ .
١٨. عمر وعبد الله ، د. شورش حسن وخاموش عمر ، اثر الحكم الصادر من القضاء الدستوري على مبدأ الامن القانوني ، مجلة الحقوق ، الجامعة المستنصرية ، كلية القانون ،٢٠١٧ ، ع٣١،ص١١ .
١٩. العصار ، د. يسري محمد ، دور الاعتبارات العملية في القضاء الدستوري ، القاهرة ، ١٩٩٩، ص٢٧٦ .

٢٠. البحيري ، د. ماهر ، الاثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية وفلسفة التشريع في الحد من مداه ، مجلة الدستورية ، ٢٠٠٣ ، ع٢ ، ص٤٩ .
٢١. عبد المتعال ، د. علاء ، مبدأ جواز الرجعية وحدودها في القرارات الادارية ، القاهرة ، ٢٠٠٤ ، ص٩.
٢٢. غميجة ،د.عبد المجيد ، مبدأ الامن القانوني وضرورة الامن القضائي ، مجلة الحقوق المغربية ، ع٧، ٢٠٠٩ ،ص١٣ .
٢٣. ابن منظور ، لسان العرب ، ج١٣ ، ص٤٩ .
٢٤. بن شريف و بنته ، د. مصطفى ود. فريد ، الامن القانوني والامن القضائي ، بحث منشور على موقع العلوم القانونية ، المغرب ، ص٤ .
٢٥. ينظر المادة ١٣٠ من الدستور العراقي .
٢٦. ناجي ، مكي ، المحكمة الاتحادية العليا في العراق ، النجف الاشرف ، ط١ ، ٢٠٠٧ ، ص٤٦.
٢٧. عنتر ،ا.محمود ، الامن القانوني في الاحكام القضائية ، مجلة المحاماة ، ع١، ٢٠٢١،ص٨.
٢٨. حافظ ، محمود ، القرار الاداري ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٣، ص١٧٠ .
٢٩. بولس ، ستاسينو ، عن الاعمال الادارية ، ١٩٦٤، ص٤٠ .
٣٠. الحراري ، د. محمد عبد الله ، القانون الاداري الليبي ، ١٩٩٢، ج٢ ، ص١٨١ .
٣١. الكبار، د. محمد بحر ، انواع القرارات الادارية من حيث اثرها تجاه الافراد "القرارات الكاشفة ةالقرارات المنشئة"، مجلة كلية التربية ،ع١٧،٢٠٢٠،ج١، ص٣٥ .
٣٢. عبد الحميد ،احمد طلال ، الاثر المترتب على الغاء بعض نصوص قانون اسس تعادل الشهادات والدرجات العلمية العربية والاجنبية رقم (٢٠) لسنة ٢٠٢٠ لعدم دستوريتها ، مقال الكتروني ، الحوار المتمدن ،ع١١ .
٣٣. عنتر ، ن.م .
٣٤. حسنين ، ن.م ، ص٢٧٧ .
٣٥. الشاعر ، د. رمزي ، النظرية العامة في القانون الدستوري ، مطبوعات جامعة الكويت ، ١٩٧٢ ، ص٦١٣. .
٣٦. الباز، د. بشير علي ، اثر الحكم الصادر بعدم الدستورية ، الاسكندرية ،٢٠٠١ ، ص٣٠ .
٣٧. البحيري ، ن.م ، ص٤٩ .
٣٨. حسنين ، ن.م ، ص٣٨٤ .
٣٩. عبد الحميد، ن.م .

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

دور القضاء الإداري في حماية الحقوق المكتسبة واستقرار المراكز القانونية وفقاً لقاعدتي الأثر الفوري وعدم الرجعية لنفاذ القرار الإداري (دراسة مقارنة)

أ. م. د. نذير ثابت محمدعلي
كلية الإمام الأعظم الجامعة/ قسم القانون
البريد الإلكتروني: n_th20@yahoo.com

الملخص :

لا يمكن للفرد الحصول على حقوقه المشروعة إلا في ظل منظومة قانونية ثابتة ومستقرة في جميع المجالات, فوجود نوع من الثبات النسبي للعلاقات القانونية يبعث على استقرار المراكز القانونية ويعمل على إشاعة السكينة والطمأنينة, وبالمقابل يؤدي عدم استقرار القوانين واضطرابها إلى خلق الفوضى واختلال الحياة الطبيعية للإفراد مما يخل بسيادة الدولة وهيبتها.

وقد أصبح مبدأ احترام الحقوق المكتسبة مبدئاً قانونياً عاماً تسعى الدول إلى كفالته وحمايته، ونظراً لأن الأفراد هم الطرف الأضعف في علاقتهم مع الإدارة بسبب ما تتمتع به الأخيرة من امتيازات السلطة العامة فكان لا بد من توفير الحماية القانونية لحفظ حقوق الأفراد ومراكزهم القانونية التي اكتسبوها من خلال القواعد القانونية التي يضعها المشرع، وهذا يتطلب منع الإدارة والتصدي لاعتدائها على تلك الحقوق والمراكز القانونية تحقيقاً لمبدأ استقرار العلاقات القانونية.

ويبرز دور القضاء الإداري في هذا المجال من خلال الدور الأساسي الذي يقوم به التحقق من الأعمال الإدارية المنشئة لمراكز قانونية جديرة بالحماية من أي اعتداء أو تجاوز عليها من جانب الإدارة، وذلك بما يمتلكه من دور إنشائي في إيجاد الحلول للنزاعات المعروضة عليه بما يحقق به العدالة وصولاً إلى تحقيق استقرار المراكز القانونية وضمان الحقوق المترتبة للأفراد، وإن تكريس القضاء الإداري لهذا المبدأ لا يستفيد منه طرفي النزاع فقط وإنما عموم الأفراد في المجتمع الذي سينظم علاقاته مع الآخرين في ضوء ما تقرره أحكام القضاء الإداري من مبادئ وقواعد قانونية.

الكلمات الدالة: (القضاء الإداري، الحقوق المكتسبة، المراكز القانونية، نفاذ القرار الإداري، الأثر الفوري، عدم الرجعية).

Abstract:

An individual cannot obtain his legitimate rights except in the light of a stable and stable legal system in all fields. The presence of a kind of relative stability of legal relations leads to the stability of legal centers and works to spread peace and tranquility. In return, the instability and disorder of laws leads to chaos and

disruption of the normal life of individuals, which It violates the sovereignty and prestige of the state.
The principle of respect for acquired rights has become a general legal principle that states seek to guarantee and protect, and since individuals are the weakest party in their relationship with the administration because of the latter's privileges of public authority, it was necessary to provide legal protection to preserve the rights and legal positions of individuals that they acquired through The legal rules set by the legislator, and this requires preventing the administration and addressing its abuse of those rights and legal positions in order to achieve the principle of stability of legal relations.
The role of the administrative judiciary in this field is highlighted through the primary role that it plays in verifying the administrative work that establishes legal centers worthy of protection from any aggression or transgression by the administration, with its structural role in finding solutions to the disputes presented to it in order to achieve justice in order to achieve justice. To achieve the stability of legal centers and guarantee the rights resulting from individuals, and that the administrative judiciary's dedication to this principle does not benefit the parties to the conflict only, but also the general individuals in the society who will organize their relations with others in light of the principles and legal rules decided by the administrative judiciary.
Key words: (administrative judiciary, acquired rights, legal positions, enforcement of administrative decision, immediate effect, non-reactionary).

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

المقدمة :

أصبح مبدأ احترام الحقوق المكتسبة مبدئاً قانونياً عاماً تسعى الدول إلى كفالته وحمايته، ونظراً لأن الأفراد هم الطرف الأضعف في علاقتهم مع الإدارة بسبب ما تتمتع به الأخيرة من امتيازات السلطة العامة فكان لا بد من توفير الحماية القانونية لحفظ حقوق الأفراد ومراكزهم القانونية التي اكتسبوها من خلال القواعد القانونية التي يضعها المشرع، وهذا يتطلب منع الإدارة والتصدي لاعتدائها على تلك الحقوق والمراكز القانونية تحقيقاً لمبدأ استقرار العلاقات القانونية.

أهمية البحث:

تكمن أهمية التركيز على مسألة نفاذ القرار الإداري وسريانه لكي لا يشوب القرار الإداري أي عيب قد يؤثر على صحته، فلا يمكن للقرار الإداري أن يرتب آثاره القانونية إلا من خلال تحديد التاريخ الذي ينفذ بحق المخاطبين به.

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

إشكالية البحث:

تتمثل إشكالية البحث بأن الفكرة استقرار المراكز القانونية للأفراد والحقوق المكتسبة لهم لا يمكن وضعها موضع الحماية إلا من خلال القاضي الإداري الذي عليه أن يوازن بين حق الإدارة وفي تعديل القرارات الإدارية الفردية أو التنظيمية وتحديد وقت سريانها، وحق الأفراد في ضمان تلك المراكز والمحافظة على الحقوق المكتسبة، فما هي الوسائل التي يمكن للقاضي الإداري من خلالها التحقق من وجود هذه الحقوق وتوفير الحماية للأفراد وفقاً للأثر الفوري وعدم رجعية القرار الإداري.

وتتفرع عن هذه الإشكالية بعض الأسئلة منها:

- متى يكتسب القرار الإداري الوجود القانوني؟
- كيف يمكن للقاضي حماية الحقوق المكتسبة واستقرار المركز القانوني للفرد بناءً على قاعدة الأثر الفوري وعدم الرجعية في القرار الإداري؟

خطة البحث:

للإجابة على إشكالية البحث والأسئلة المرتبطة بها تم تقسيم البحث على مبحثين تناولنا في المبحث الأول مفهوم الحقوق المكتسبة وتناولنا في المبحث الثاني نفاذ القرار الإداري وعلاقته بالحقوق المكتسبة.

المبحث الأول

مفهوم الحقوق المكتسبة

تأتي الحقوق المكتسبة والمراكز القانونية التي اكتملت عناصرها في مقدمة المسائل التي يسعى مبدأ الأمن القانوني إلى تحقيقها، وقد تتعرض تلك المراكز إلى المساس بسبب بعض الأعمال القانونية الصادرة من الإدارة كالقرارات الفردية أو التنظيمية، وسنتناول في هذا المبحث التعريف بالحقوق المكتسبة وارتباطها بالمراكز القانونية وفق التفصيل الآتي:

المطلب الأول

تعريف الحق المكتسب

يأتي معنى الحق في اللغة ضد الباطل، والحاء والقاف أصل واحد يدل على إحكام الشيء وصحته، وقد يأتي بمعنى العدل، والمال، والمُلك[1] ، أما لفظ المكتسب فيراد بالكسب طلب الرزق، وأصله الجمع، وقد ورد هذا اللفظ في القرآن الكريم في الكثير من الآيات، قال تعالى: (إن الذين جاءوا

(١) أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، ١٥/٢، دار الفكر، ١٩٧٩.

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

بالإفك عصبة منكم لا تحسبوه شراً لكم بل هو خيرٌ لكل امرئ منهم ما اكتسب من الإثم)[١]، وقال سبحانه: (لها ما كسبت وعليها ما اكتسبت)[٢].

أما في الاصطلاح القانوني فإن الحق المكتسب يراد به الحق الذي يدخل إلى ذمة الشخص نهائياً بحيث لا يمكن نزعه منه إلا برضاه، كما يعرف بأنه الحق الذي يملك صاحبه المطالبة به والدفاع عنه أمام القضاء اذا ما نازعه فيه غيره[٣]. وهناك من يعرفه بأنه ذلك المركز القانوني الشخصي الناشئ عن قرار إداري نهائي ومؤثر صحيح أو معيب لكنه اكتسب حصانة ضد الإلغاء بسبب فوات ميعاد رفع دعوى الإلغاء فأصبح الحق المكتسب نهائياً غير قابلاً للإلغاء ولا يمكن المساس بها إلا استثناء وضمن شروط قانونية محددة[٤].

وتقوم فكرة الحق المكتسب على مبدأ مهم هو مبدأ الأمن القانوني الذي يعد الأرضية الفلسفية لمبدأ عدم سريان القوانين باثر رجعي وعدم الرجعية في القرارات الإدارية، ومن ثم فإنه يهدف إلى حماية المركز القانوني الذي تولد في الماضي[٥].

ويعتبر مبدأ عدم المساس بالحقوق المكتسبة من المبادئ التي استخلصها القضاء الإداري الفرنسي، حيث أفصح مجلس الدولة عن هذا المبدأ صراحة في حكمه عام ١٩٨٦، كما أقر الفقه القانوني هذا المبدأ من خلال تأكيده على ضرورة استقرار الحالة القانونية للفرد في تعامله مع الإدارة[٦].

المطلب الثاني

ارتباط فكرة الحقوق المكتسبة بالمراكز القانونية

يعرف المركز القانوني بأنه مجموعة الحقوق والالتزامات التي يتمتع بها شخص معين كالمركز القانوني الذي يشغله الموظف في القانون العام، وتأتي المراكز القانونية على نوعين:

١- المراكز القانونية التنظيمية: ويطلق عليها بالمراكز القانونية الموضوعية أو التنظيمية للدلالة على عمومية مضمون هذه المراكز، وتتميز بأن مضمونها واحد ومتجانس لجميع الأفراد الذين تتوافر فيهم الشروط القانونية المطلوبة لاكتسابها لأن مضمون المراكز القانونية محدد بإجراء قانوني عام كالقوانين والأنظمة.

---

(١) سورة النور، الآية (١١).

(٢) سورة البقرة، الآية (٢٨٦).

(٣) د. يس محمد الطباخ، الاستقرار كغاية من غايات القانون، دراسة مقارنة، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، مصر، ٢٠١٢، ص٢٢.

(٤) د. علاء إبراهيم محمود عبد الله، حماية الحقوق المكتسبة الناشئة عن القرار الإداري، الدار الجامعية للنشر، الإسكندرية، ٢٠١٨، ص٢١.

(٥) د. جعفر عبد السادة بهير، دور مجلس الدولة في حماية مبدأ الأمن القانوني، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون – جامعة بغداد، ٢٠١٨، ص٣٣.

(٦) د. دانا عبد الكريم سعيد، دلشاد فتاح فرج، حماية الحقوق المكتسبة تجاه سلطة الإدارة في سحب القرارات الإدارية، بحث منشور في مجلة دراسات قانونية وسياسية، السنة السابعة، العدد (٢)، كانون الأول، ٢٠١٩، ص١٩٣.

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

٢- المراكز القانونية الفردية: ويطلق عليها بالمراكز القانونية الشخصية للدلالة على طابعها الشخصي، وبهذا تتميز هذه المراكز بخصوصية مضمونها واختلافه من شخص لآخر.

إن الأثر الذي يترتب على هذين النوعين من المراكز، هو أن المراكز التنظيمية يجوز تعديل مضمونها؛ لأنها تستمد وجودها من القوانين والأنظمة التي تحدد فحواها، لهذا تؤدي القوانين والأنظمة إلى تعديل مضمون هذه المراكز وسريان هذا التعديل على جميع الأشخاص الذين يشغلون هذه المراكز دون إمكانية الاحتجاج بفكرة الحقوق المكتسبة، بينما لا تتأثر المراكز الفردية بتعديل القوانين والأنظمة وإلغائها؛ لأن مضمون هذه المراكز محددة بصورة فردية وليس بإجراءات قانونية عامة كالقوانين والأنظمة؛ لهذا يقال بأن المراكز الشخصية غير قابلة للمساس بها.

يتبين لنا أن فكرة الحقوق تنشأ عن المراكز القانونية التي هي مجموعة من الحقوق والالتزامات، سواء كانت مراكز فردية أم ذاتية فالحق المكتسب قد ينشأ من القرارات التنظيمية أو من القرارات الفردية.

إن مفهوم الحقوق المكتسبة يعتمد على فكرة استقرار المراكز أو الأوضاع القانونية والتصرفات القانونية المتعلقة بها، ويرى جانب من الفقه القانوني الفرنسي أن عدم المساس بالمراكز القانونية الشخصية يشكل مبدأ مهم من مبادئ القانون وهو ليس سوى مبدأ احترام الحقوق المكتسبة وليس العكس، كما لا يقر البعض بمشروعية العمل الذي يخرق مبدأ عدم المساس بالآثار الفردية للأعمال القانونية[١].

المبحث الثاني

نفاذ القرار الإداري وعلاقته بالحقوق المكتسبة

سنتناول في هذا المبحث الأساس الذي تقوم عليه الحقوق المكتسبة وفقاً لقاعدة الأثر الفوري وقاعدة عدم الرجعية لنفاذ القرار الإداري.

المطلب الأول

نفاذ القرار الإداري وفقاً لقاعدة الأثر الفوري

سنتناول في هذا المبحث نفاذ القرار الإداري وفقاً لقاعدة الأثر الفوري، وذلك من خلال تحديد صدور القرار وطريقة إعلانه وسريانه في مواجهة الأفراد، والآثار التي تترتب عليه منذ نفاذه وسريانه بحق الأفراد أو الإدارة، وكذلك الاستثناءات الواردة على قاعة الأثر الفوري من خلال إمكانية إرجاء آثار القرار الإداري إلى وقت لاحق على صدوره أو من خلال تعليق نفاذه على شروط.

والأصل في القرارات الإدارية أنها تطبق بصورة مباشرة منذ صدورها طبقاً للقاعدة العامة المطبقة في القوانين، إلا أن الإشكال يثار بشأن الوجود القانوني للقرار الإداري الذي يتوقف عليه التنفيذ السليم للقرار ويستطيع القضاء تحديد الآثار المترتبة عليه بموجب ذلك التوقيت، وقد انقسم الفقه القانوني إلى فريقين لتحديد تاريخ ذلك الوجود، حيث يرى الفريق الأول أن القرار الإداري ينشأ من تاريخ إعلانه

(١) ينظر: د. دانا عبد الكريم سعيد، دلشاد فتاح فرج، مرجع سابق، ص١٩٣.

بالوسائل المحددة، أما الفريق الثاني فيرى أن الوجود القانوني للقرار يتحدد بتوقيعه من صاحب الشأن بغض النظر عن إعلانه، وهو الرأي الذي أخذ به الفقه الفرنسي والمصري[١].

وهذا الرأي أكدته بعض أحكام المحاكم الإدارية بقولها: (من المقرر في فقه القانون الإداري أنه إذا كان القرار الإداري ينفذ ويرتب آثاره بمجرد توقيعه من المختص بإصداره ولا يجوز الرجوع عنه أو سحبه إلا في الأحوال التي يقررها القانون)[٢].

وإذا كان القرار الإداري يصبح نافذاً من تاريخ صدوره في مواجهة الإدارة إلا أنه سريانه بحق الأفراد يختلف عن ذلك، فهو لا يسري في مواجهتهم إلا من تاريخ علمهم به، وهذه القاعدة ترد عليه بعض الاستثناءات منها ما يتعلق بالإجراءات الأساسية لنفاذ القرارات الإدارية كالتصديق أو توفر الاعتماد المالي، حيث لا يكون القرار نافذاً إلا في حالة استكمال تلك الإجراءات.

وبذلك يكون الأصل أن ينفذ القرار الإداري من تاريخ صدور وسريانه في حق الأشخاص لارتباطه بمجموعة من الاعتبارات، والتي تستند في المقام الأول على فكرة الأمن القانوني والذي بموجبه يتم إشاعة الأمن والطمأنينة بين أطراف العلاقات القانونية وحماية الحقوق المكتسبة، إذ أن الأصل في تاريخ النفاذ هو من تاريخ صدور القرار، إلا أن فكرة الأمن القانوني قد تقتضي تحديد تاريخ للعمل به بعد ذلك الصدور كشهر منذ صدوره مثلا وهو ما يمكن القول بالتطبيق المستقبلي للقرار الإداري، وأحيانا تتطلب الظروف إعطاء فترة تسمى ترتيب الأوضاع والتي قد تحتاجها الإدارة لتمنح الأشخاص فترة زمنية محددة لترتيب الأوضاع وعدم إحداث خلل فيها.

ويمكن تحديد التواريخ الطبيعية لنفاذ القرار الإداري وفق الآتي:

١. تاريخ صدور القرار الإداري أو نشره: وهو التاريخ الذي صدر فيه القرار الإداري من قبل الجهة المختصة بتوقيعه ونشره بالوسائل المحددة لضمان العلم القانوني للأفراد.

٢. تاريخ بدء سريانه بعد فترة معينة من نشره: وذلك بتحديد تاريخ تنفيذه، كأن تحدد شهر من تاريخ نشره، وهو التاريخ الذي يكثر في التطبيق العملي للقرارات التنظيمية أسوة بالقوانين عندما تحدد مدة شهر على الأقل من تاريخ نشرها في الجريدة الرسمية، ومما لا شك فيه أن ذلك لا يعني عدم تطبيق تلك الظروف على القرارات الإدارية، وإنما الهدف منها هو لإعطاء فرصة أكبر للأشخاص في تحديد مواقعهم القانونية والذي يعتبر من حسن السياسة التشريعية[٣].

٣. تحديد فترة انتقالية لتنفيذ القرار الإداري: فبعد أن يتم صدور القرار ونشره قد تتطلب فكرة الأمن القانوني ضرورة إعطاء فترة انتقالية في القرارات التنظيمية تقتضيها طبيعة ظروف القرار ذاته، ومن ثم تقتضي المصلحة إعطاء فترة يقوم خلالها الأشخاص باستيعاب القرار والعمل على تعديل وترتيب أوضاعهم خلال هذه المدة وعدم مجازاتهم عند مخالفتهم له.

ومع ذلك التحديد لنفاذ القرار في نطاقه الطبيعي، إلا أنه وعند التطبيق العملي قد تتطلب الأحوال تطبيق التشريعات في ظل قرارين صادرين في توقيتين مختلفين، وهو ما يمكن تحديده في

---

(١) د. محمد عبدالعال السناري، نفاذ القرارات الإداري، الإسراء للطباعة، (بدون سنة الطبع)، ص١٥.

(٢) المحكمة الاتحادية العليا، الأحكام الإدارية في دولة الإمارات العربية المتحدة، الطعن رقم (٢٨٦) لسنة ٢٠١٢، تاريخ الجلسة ٢٠١٢/١١/٧.

(٣) عبد الحميد أحمد الواحدي، نفاذ القرار الإداري في ضوء أحكام القضاء الإماراتي، أطروحة دكتوراه، جامعة الإمارات العربية المتحدة، ٢٠١٨، ص٢٣.

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

ثلاثة فروض لتحديد مدى سريان كل من القرار الإداري الجديد والقرار القديم وذلك على النحو الآتي:
١. المراكز القانونية التي نشأت ورتبت آثاراً كاملة قبل صدور القرار الإداري الجديد: ففي هذه الحالة يطبق عليها القرار الذي نشأت في ظله الآثار ولا شأن للقرار الجديد به.
٢. المراكز القانونية التي نشأت في ظل القرار القديم ولكنها تنتج آثاراً مستمرة أو ممتدة، وعند صدور القرار الجديد لم تكن الآثار بأكملها قد تمت، بل إن بعض منها مازال قابلاً للنشوء في ظل القرار الجديد، ففي هذه الحالة تطبق عليها القرارات الجديدة ما لم تكن هناك حقوق مكتسبة نشأت بشأنها.
٣. المراكز القانونية التي تحققت بعد نفاذ القرار الإداري الجديد حيث يطبق عليها القرار الجديد بأثر مباشر وفوري أو مستقبلي[١].

المطلب الثاني

نفاذ الأثر القرار الإداري وفقًا لقاعدة عدم الرجعية

إن قاعدة الأثر الفوري يفهم منها أن القرارات الإدارية تسري بعد تاريخ صدورها سواء منذ تاريخ الصدور أو لفترة محددة كفترة انتقالية، وهناك قاعدة أخرى أيضاً تقضي بعدم رجوع أثر القرارات الإدارية إلى قبل تاريخ صدور القرار، وهي ما تعرف بقاعدة عدم الرجعية والتي سنتناولها في النقاط الآتية:

أولاً: تعريف قاعدة عدم الرجعية في القرارات الإدارية:

يقصد بقاعدة عدم الرجعية عدم جواز رجوع آثار القانون الجديد على الماضي، وعدم إجازة اتخاذ قرارات سواء فردية أو تنظيمية بأثر رجعي، بمعنى لا يجوز للإدارة مراجعة هذا الحق أو المساس به لتعارضه مع قاعدة عدم رجعية القوانين والقرارات الإدارية.

فالقاعدة العامة هي نفاذ القرارات الإدارية من تاريخ صدورها بحيث تسري بالنسبة للمستقبل ولا تسري بأثر رجعي على الوقائع السابقة على تاريخ صدورها، وذلك احتراماً للحقوق المكتسبة أو المراكز القانونية الفردية، ومن ثم فإنه لا يجوز على أي وجه تقرير أثر رجعي للقرارات الإدارية إلا إذا نص القانون على ذلك[٢].

يفهم مما سبق أن آثار القرار الإداري لا تمتد إلى التصرفات أو الوقائع التي نشأت واكتملت في ظل قرارات سابقة، ويمكن التعبير عنه كذلك بتحريم سريان أو انسحاب آثار القرار إلى الماضي، وترجع الأسباب أو الاعتبارات التي تستند عليها هذه القاعدة إلى:

١- احترام الحقوق المكتسبة والمراكز القانونية:

إذ لا يجوز المساس بالمراكز القانونية التي اكتسابها الأشخاص في ظل التشريع السابق، وبالتالي متى أتى القرار الجديد بحكم جديد يعارض ذلك الحق فلا يسري على الفترة السابقة ولا يجوز المساس بهذه المراكز إلا بالوسيلة المشروعة وهي القانون ذو الأثر الرجعي.

---

(١) عبد الحميد أحمد الواحدي، مرجع سابق، ص٢٥.

(٢) محكمة النقض، الأحكام الإدارية، الطعن رقم (٤٤) لسنة ٢٠١٣ قضائية، تاريخ الجلسة، ٢٠١٣/١١/١٨.

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

٢- استقرار التعامل وبث الطمأنينة والثقة بين المتعاملين:

إذ أن المصلحة العامة تقتضي ألا يفقد الأفراد الثقة والاطمئنان على استقرار حقوقهم ومراكزهم القانونية التي تمت نتيجة لتطبيق الأوضاع القانونية السابقة لذا فإن سريان القرار بأثر رجعي من شأنه أن يزعزع تلك التعاملات.

حيث أن القاعدة تقضي بضرورة فكرة حماية الأفراد وتحقيق الاستقرار لهم لذلك حتى يتم إعمال الرجعية يجب ألا يؤثر على المراكز القانونية الذاتية متى تكاملت في ظل نظام قانوني معين وبالتالي لا يجوز المساس بها إذا تغيرت الأوضاع القانونية.

٣- احترام قاعدة الاختصاص الزماني:

إن قاعدة عدم رجعية القرارات الإدارية تقوم على احترام قرارات المختص بإصدارها في وقت سابق على تعيينه، وبالتالي متى ما ضمن القرار أثراً رجعياً فهنا يتضمن مخالفة لقواعد الاختصاص من حيث الزمان.

لذلك فإن القرار الإداري فردياً كان أو تنظيمياً يعتبر موجوداً قانوناً بمجرد إصداره وتلتزم جهة الإدارة المختصة بتنفيذه، إلا أنه لا يحتج به على الأفراد ولا ينتج أي أثر في حقهم إلا من تاريخ نشر في الجريدة الرسمية أو بعد إعلانهم به أو علمهم بمضمونه علماً يقينياً، وذلك حتى لا يلزموا بأمور لم يكن لهم سبيل إلى العلم بها، وحتى لا يطبق القرار بأثر رجعي على الماضي، وهو ما يتنافى مع مبادئ العدالة والمشروعية ووجوب حماية الحقوق المكتسبة وما يقتضيه الصالح العام من استقرار ومحافظة على الثقة والاطمئنان على حقوق الأفراد.

ثانياً: الاستثناءات الواردة على قاعدة عدم رجعية القرارات الإدارية:

الأصل في القرارات الإدارية أنه لا تجوز الرجعية فيها وذلك لما يترتب عليها الكثير من الآثار كبيرة، غير أن قاعدة عدم رجعية القرارات الإدارية على الماضي لا تسري على إطلاقها، فقد ظهرت بعض الاستثناءات التي يمكن ردها إلى إباحتها بنص قانوني أو لطبيعتها، أو تلك المرتبطة بتنفيذ الأحكام التي قد تردت إلى الماضي. وسنتناول هذه الاستثناءات فيما يلي:

١- الرجعية بنص قانوني أو بطبيعتها:

الرجعية في هذا النوع تكون متعلقة بشكل مباشر أو غير مباشر بنصوص قانونية تقضي بذلك وفقاً للحالات التالية:

أ. أن ينص القانون بشكل صريح على سريانه بأثر رجعي.

ب. تبعية بعض القرارات للقوانين أو موافقة ضمنية من المشرع، حيث أنه متى ما أعطى القانون إمكانية الرجعية فتقتضي الأحوال إصدار قرارات تنظيمية أو فردية تصدر تطبيقاً لقانون أجاز الرجعية.

ت. حالة تراخي جهة الإدارة بإصدار قراراتها، كصدور قانون معين يحدد تاريخ معين لسريانه، إلا أن جهة الإدارة تراخت في إصدار اللوائح التنفيذية له، لذا كان لزاماً أن تسري هذه اللوائح من التاريخ الذي حدد المشرع لسريانه[١].

ث. الرجعية في حال سحب القرار الإداري: إذ يعتبر القرار الساحب قرار رجعي لما يشكله من آثار على تاريخ القرار المسحوب، حيث يعتبر القرار المسحوب كأن لم يكن ما دام لم يرتب آثار في الماضي.

---

(١) عبد الحميد أحمد الواحدي، مرجع سابق، ص٧١.

٢ ـ الرجعية تنفيذاً لحكم قضائي:

نكون أمام هذه الحالة عند إلغاء قرار إداري معين سواء فردياً أو تنظيمياً من قبل القضاء، والذي من شأنه أن يلغي القرار ويعتبر كأن لم يكن، وبالتالي فإن المنطق يقضي بأن الفترة التي طبق فيها هذا القرار وما رتبه من آثار قانونية تعتبر كأن لم تكن بموجب الحكم القضائي، وقد تقوم الإدارة بتنفيذ أحكام المحاكم عادة عندما تبت المحكمة بإلغاء بعض القرارات فلابد من قيامها بإصدار قرارات إدارية متضمنة بالضرورة أثر رجعي بهدف إعادة الحال إلى ما كان عليه والذي كان سببه تنفيذ القضاء، ويجب على جهة الإدارة عندما تقوم بتنفيذ الحكم القضائي أن تراعي تصحيح كل القرارات التي ارتبطت بالحكم الصادر بالإلغاء وتقوم بسحب جميع القرارات التي صدرت تأسيساً على القرار الملغي.

وبالرجوع إلى موقف القضاء الإداري في العراق نلاحظ أن مجلس الدولة قد تبنى العراقي فكرة الحق المكتسب وجسدها في قضائه في كثير من الحالات بعد التأكد من تحقق شروطه التي تبرر الأخذ به, ذلك أن الحق المكتسب وفقا لمجلس الدولة ليس حقاً مطلقاً بطبيعة الحال وإنما هناك شروط ووقائع تستدعي الأخذ به، فقد قرر في أحد قراراته مبدأ مفاده أن العنوان الوظيفي الذي يكسبه الموظف في ظل أوضاع قانونية صحيحة يعد حقاً مكتسباً لا يجوز المساس به حيث ورد في القرار: (وحيث أن ترقيتها إلى عنوان مدير بعدما يقرب من عشر سنوات أمضتها في خدمة وظيفية متميزة وحسب صلاحية الوزير المقررة بموجب المادة (٢/٥) من قانون الملاك رقم (٢٥) لسنة ١٩٦٥ قد اكسبها حقاً لا يجوز المساس به)[١].

كما قضى مجلس الدولة في احد قراراته بان الإدارة لا تمتلك إلغاء الحقوق المكتسبة التي ترتبت لأصحابها وفقا للقانون وقد ورد فيه ما نصه: (لكون ذلك التسكين قد حصل في ظل أوضاع قانونية صحيحة قبل نفاذ قانون الرواتب لموظفي الدولة والقطاع العام رقم (٢٢) لسنة ٢٠٠٨ وحيث أن القانون المذكور لا يمس الأوضاع القانونية التي وجدت قبل نفاذه ولا يتضمن أي نص يشير إلى تطبيقه بأثر رجعي وحيث أن مجلس الانضباط العام بقراره المطعون فيه قضى بإلغاء الأمرين الإداريين محل الطعن لذلك يكون الحكم المميز صحيحا وموافق للقانون عليه قرر تصديقه)[٢].

وفي ذات السياق قضت المحكمة الإدارية العليا في قرار لها بترتب الحق المكتسب للمدعي الذي تم واكتمل في ظل أوضاع قانونية سليمة, حيث جاء في القرار: لاحظت المحكمة أن المدعي سبق ترفيعه من (د/٤ م.مدير) إلى (د/٣ مدير) بموجب الأوامر، وقد مضت مدة ثلاث سنوات على الترفيع وإن الترفيع قد حصل وفقاً للقانون دون وجود شرط أو مانع من الترفيع, وجدت المحكمة أن تعرض المدعى عليه لإلغاء حقوق مكتسبة تمت في أوضاع قانونية سليمة لا يجد له سند من القانون, وان الإلغاء يمس المراكز القانونية الفردية الصحيحة, ولما تقدم من أسباب قرر بالاتفاق إلغاء الأمر محل الطعن)[٣].

وقررت محكمة قضاء الموظفين في قرار لها أن الموظف يكتسب حقاً مكتسباً في التعيين حتى بعد إلغاء التعيين بعد مدة معينة بسبب صدور قرار لاحق على التعيين يقضي بإيقاف التعيينات، حيث جاء في القرار: (وجدت المحكمة أن المدعية قد عينت في وظيفتها بموجب أمر إداري في ٢٠١٧/٤/١٣ مما

---

(١) القرار المرقم (١٤/انضباط/تمييز/ ٢٠٠٦) في ٢٣ / ١ / ٢٠٠٦, منشور في مجموعة قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة لسنة ٢٠٠٦.

(٢) القرار المرقم (٣٢/انضباط/تمييز/٢٠١١) في ٣ / ٢ / ٢٠١١, منشور في مجموعة قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة لسنة ٢٠١١، ص٢٤٤-٢٤٥.

(٣) قرار المحكمة الإدارية العليا المرقم (١٠٩٥) في ٢٤ / ٩ / ٢٠١٧، غير منشور.

يعني نشوء حق مكتسب لها بالتعيين لا يجوز معه لجهة الإدارة أن تبادر بإلغاء أمر تعيينها بعد مرور مدة تناهز العشر شهور لاسيما وان أمر تعيينها مشروع وان المدعى عليه إضافة لوظيفته استند في إلغاء تعيينها إلى كتاب وزارة المالية القاضي بإيقاف التعيينات وهو كتاب لاحق في تاريخه على تاريخ تعيين المدعية)[١].

ولم تؤيد المحكمة الإدارية العليا ما ذهب إليه محكمة قضاء الموظفين بترتيب الحقوق المكتسبة بناء على القوانين الوقتية, فقد قضت محكمة قضاء الموظفين بإلزام المدعى عليهم بإصدار الأوامر الإدارية لنقل المدعي إلى ملاك الأمانة العامة لمجلس النواب وإلغاء الأمر المطعون فيه, وقد استندت المحكمة في حكمها إلى أن الموافقات تمت في ظل نفاذ قانون الموازنة لسنة ٢٠١٦ فطعن المميزون بالحكم الصادر أمام المحكمة الإدارية العليا, والتي وجدت من خلال تدقيق إضبارة الدعوى أن ما ذهبت إليه محكمة قضاء الموظفين غير صحيح ذلك أن قانون الموازنة هو قانون مؤقت ينتهي بانتهاء السنة المالية ولا يجوز العمل به بعد انتهاء مدة نفاذه وان المدعي لم يكتسب حقا لا يجوز المساس به, حيث لم يصدر قرار إداري نهائي بنقل المدعي من وزارة الصناعة إلى مجلس النواب وان الإجراءات ما زالت في طور استحصال الموافقات على النقل, وقد صدرت في هذه الفترة تعليمات تمنع النقل إلى الرئاسات الثلاث بما فيها مجلس النواب, وبالتالي لا يجوز للإدارة مخالفة هذه التعليمات, وبذلك يكون الأمر المطعون فيه هو تطبيق سليم للقانون , وتكون دعوى المدعي لا سند لها من القانون)[٢].

الخاتمة :

تناول هذا البحث دور القضاء في حماية الحقوق المكتسبة واستقرار المراكز القانونية وفقاً لقاعدتي الأثر الفوري وعدم الرجعية لنفاذ القرار الإداري وتم استعراض عدد من النقاط منها ما هو متعلق بأساس تلك القواعد وآثارها على الإدارة والأفراد بالإضافة إلى طرق إشهار القرارات للمراطبين بها وتحديد والاستثناءات الواردة عليهما.

وتوصلنا من خلال بحثنا إلى أن القضاء الإداري تبنى فكرة الحق المكتسب وجسَّدها في قضائه في كثير من الحالات التي أكد فيها عدم جواز المساس بالمراكز القانونية التي أكتسبها الأفراد في ظل التشريع السابق، وبالتالي متى أتى القرار الجديد بحكم جديد يعارض ذلك الحق فلا يسري على الفترة السابقة ولا يجوز المساس بهذه المراكز إلا بالوسيلة المشروعة.

---

(١) قرار محكمة قضاء الموظفين المرقم (٢٠١٨/١٥٤٨) في ٢٠١٨/٦/١٢، غير منشور.

(٢) قرار المحكمة الإدارية العليا المرقم (١١٤٥ / ١١٤٦ / ١١٤٧٧ / ٢٠١٧)، غير منشور.

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

المصادر :

القرآن الكريم:

المصادر القانونية:

- أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، ١٥/٢، دار الفكر، ١٩٧٩.
- د. جعفر عبد السادة بهير، دور مجلس الدولة في حماية مبدأ الأمن القانوني، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون - جامعة بغداد، ٢٠١٨.
- دانا عبد الكريم سعيد، دلشاد فتاح فرج، حماية الحقوق المكتسبة تجاه سلطة الإدارة في سحب القرارات الإدارية، بحث منشور في مجلة دراسات قانونية وسياسية، السنة السابعة، العدد (٢)، كانون الأول، ٢٠١٩.
- عبد الحميد أحمد الواحدي، نفاذ القرار الإداري في ضوء أحكام القضاء الإماراتي، أطروحة دكتوراه، جامعة الإمارات العربية المتحدة، ٢٠١٨.
- د. علاء إبراهيم محمود عبد الله، حماية الحقوق المكتسبة الناشئة عن القرار الإداري، الدار الجامعية للنشر، الإسكندرية،٢٠١٨.
- د. محمد عبدالعال السناري، نفاذ القرارات الإداري، الإسراء للطباعة، (بدون سنة الطبع).
- د. يس محمد الطباخ، الاستقرار كغاية من غايات القانون، دراسة مقارنة، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، مصر، ٢٠١٢.

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

اداء المعارضة البرلمانية في ضل مبدأ الاستقرار القانوني

العراق انموذجا

The performance of the parliamentary opposition in light of the principle of legal stability

Iraq is a model

ا.م.د.ايات سلمان شهيب

كلية الحقوق/جامعة النهرين

Alsaadi - ayat@yahoo.com

الملخص :

ارتبط ظهور المعارضة البرلمانية منذ القدم بظهور السلطة السياسية وممارستها فهي ظاهره سياسيه مهمة وأساسية في الانظمة السياسية الحديثة وتعد المعارضة واحدة من الاليات المؤثرة على انعدام ميل الحكومة الى الاستبداد والانفراد بالسلطة , وبالتالي لا بد من وجود هذه المعارضة حتى تستقيم العملية الديمقراطية في البلد ومن ثم تحقيق مبد أ سيادة القانون والدي يشكل ركيزة لتحقيق الاستقرار القانوني في الدولة للوصول الى نظام قانون يعزز حقوق الانسان.

Abstract:

the emergence of the parliamentary opposition has been associated since antiquity with the emergence and exercise of political authority. It is an important and essential political phenomenon in modern political systems. The opposition is one of the mechanisms affecting the government's lack of tyranny and monopoly in power. Therefore, this opposition must exist until the democratic process in the country straightens and then achieves The principle of

the rule of law, which constitutes a pillar for achieving legal stability in the state, in order to reach a legal system that promotes human rights

أهمية البحث :

تكمن أهمية الدراسة في بيان الاليات والأدوات السياسية التي تنتج عنها المعارضة البرلمانية , اذ من المعروف في النظم الديمقراطية البرلمانية الحقيقية وجود معارضة في مقابل حكومة لكي تقوم بتقويم اعمالها وقراراتها في حال انحرافها عن المبادئ الأساسية بل وحجب الثقة عنها في حال تسلطها وتماديها بالإضرار بالمصلحة العامة للمجتمع .

الإشكالية :

ترد الإشكاليات حول هذا الموضوع في انه اذا لم تكن هناك معارضة برلمانية حقه فما هو الحل .؟ وكذلك اذا لم تكن فعالة بما يمكنها من ان تقف امام الحكومة في حالة تجاوزها صلاحياتها او تحاوزها الصالح العام على حساب الشعب . وكذلك متى تكون المعارضة البرلمانية تعمل لصالخ الشعب وليس لمصالحها الذاتية

هيكلية الدراسة :

سوف يتم تقسيم هذه الدراسة الى ثلاثة مباحث وكالاتي :

١- المبحث الاول :مفهوم المعارضة البرلمانية .

٢- المبحث الثاني :تطور المعارضة البرلمانية.

المبحث الاول : مفهوم المعارضة البرلمانية

The concept of parliamentary romance

يجب التعريف على ماهية المعارضة قبل الدخول في تفاصيل المعارضة البرلمانية وتم تقسيم هذا المبحث الى مطلبين هما مفهوم المعارضة البرلمانية واهميتها والمطلب الاخر خصائص المعارضة البرلمانية اهدافها واليات عملها .

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

المطلب الأول : مفهوم المعارضة البرلمانية وأهميتها

المعارضة مفهوم يستعمل في العلوم السياسية والقانون الدستوري للدلالة على الاحزاب والجماعات السياسية التي تسعى للوصول الى الحكم محاولة المساهمة في صنع القرار من جهة و تقييم برامج الحكومة حتى تحصل على الدعم الشعبي والفوز بأكبر عدد من المقاعد البرلمانية من جهة اخرى.

من اجل بيان مفهوم المعارضة البرلمانية سوف نقسم المطلب الى فرعين هما تعريف المعارضة لغة واصطلاحا والفرع الثاني اهميتها.

الفرع الأول : التعريف اللغوي والاصطلاحي للمعارضة البرلمانية

❖ **المعارضة لغة.**

ان كلمه المعارضة مشتقه من الاصل اللغوي للفعل عارض ويعرض الذي نجد فيه عرض شيء اي مقابل مقابله ،و فلان يعارضني اي يبادرني او يناقشني وتعني الاثبات بالمقابل فلدلاله لمعنى المعارضة اللغويه هي المقابله اي روح التحدي[١] ، وقيل (عرض) اظهر وابدى واعترض صد وعرض به[٢] المعارضة تعني مقابله الخبر بالخبر والشيء بالشيء لها مدلولات عده:

١- تعني كلمه المعارضة الاختلاف اي يعارض ويختلف مع شيء يخالفه ،أي عارض احدهما الاخر ،واختلف فلان في الرأي يعارض رجلا [٣].

٢- تعني كلمه معارضه مصدر عارض (عارض فيه)[٤].

٣- تعني كلمه المعارضة (التنافس) قولهم فلان يعارض فلان اي ينافسه[٥] ، وجاءت كلمه المعارضة في اللغة الانكليزية من (opposition) وتعني المعارضة ومصادرها (oppose)اي عارض ومصدره للفعل المتعدي ، ومنه اشتقت لفظ كلمه (opposite)تعني النقيض او العكس فالمفهوم اللغوي لا يحدد كل ما يحيط بالمعارضة اي المعارضة الحقيقيه لا تقف ضد الحكومة فحسب بل انها تسعى للوصول الى السلطة[٦].

---

[١]- مختار الصحاح محمد ابن ابي بكر بن عبد القادر الرازي مختار الصحاح دار الكتب العربي بيروت ١٩٨٢ ص ٤٢٤.
[٢]- يوسف معلوف، منجد اللغه ،دار السلام للنشر ،الطبعة الخامسة والثلاثون، طهران،١٩٩٦ ،ص ٤٩٨.
[٣]- يوسف معلوف ،المنجد في اللغة العربية ، دار الشرق طبعه ٢ ،بيروت ٢٠٢١ ،ص ٩٦٦.
[٤]- احمد مختار عمر، اللغة العربية المعاصرة ،علم الكتاب، القاهرة ٢٠٠٨ ،ص ٤٨٤.
[٥]-) عبد الحكيم عبد الجليل المغشي، ازمه المعارضة في النظم السياسي المعاصرة ،المكتب الجامعي الحديث ، الإسكندرية ٢٠١٢ ،ص٢٤.
[٦]- اشرف مصطفى توفيق، المعارضة ،دار العربي للنشر والتوزيع ،القاهره ١٩٧٩، ص٩٩٦.

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

❖ **المعارضة اصطلاحا .**

ليس من السهل اعطاء مفهوم المعارضة بشكل دقيق كونها تتصل بمختلف الجوانب السياسية و الاجتماعيه ، ولانها تعد من المفاهيم الحديثه في علم السياسة حيث يعرف (روبرت دال) المعارضة تعريفا بسيطا فمثلا (أ) هو الطرف الذي يمارس السلطة ويقرر سياسة الدولة و(ب) في هذه الاصطلاح هو المقصود بالمعارضة[١]، ولكن الباحثين اعطوا مفاهيم متعددة ومختلفة لمفهوم المعارضة ،وهي مفاهيم تختلف من طرف لأخر حسب الاطار السياسي وتبعا لتقدم نظام الحكم التابع للدولة[٢] ، لذلك نجد ان هناك تنوعا وتعددا في تعاريف المعارضة السياسية لدى الباحثين

فقد عرف الدكتور عبد الوهاب الكيالي المعارضة في الموسوعة السياسية بانها :- الاشخاص والجماعات والاحزاب التي تكون معاديه كليا او جزئيا لسياسة الحكومة[٣] ،وقد ذهب احد الباحثين الى اعطاء بعدين للمعارضة :-

١- المعنى الشكلي او العضوي:- وهي الجهات التي مهمتها مراقبه اداء الحكومة وايجاد الاخطاء والاستعداد لوضع حلول بدلها وهذا يعني تولى السلطة للمعارضة في عقب انتخابات جديده

٢- المعنى الموضوعي او المادي :- وهو النشاط الذي يمثل عمل مراقبة الحكومة وايجاد الاخطاء والاستعداد لوضع حلول بدلها ، فكل مواطن له الحق في المشاركة بالمعارضة السياسية عن طريق عدة اليات من ضمنها الاحزاب والتجمعات ،فالمعارضة التي تكون من قبل المواطنين بالمعنى المادي لا يوجد جدوى منها ، الا اذا كانت عن طريق بعض الاليات مثل الاحزاب السياسية والتنظيمات والتجمعات[٤].

وعرفها دكتور اسماعيل الشطي بانها :- حزب يمتلك برنامج حكومي ولم يفز بالاغلبيه في البرلمان ،وظل اسعى الى كشف اخطاء الحزب الذي فاز بالأغلبية وعيوبه عن طريق ادوات دستوريه لكي يكسب الكثير من المناصرين له و لحزبه[٥].

وعرفها ايضا عصام سليمان و هو العمل المتمثل بالقوى السياسية الذي هو مقابل من هو موجود بالسلطة[٦].

وبينما يعرفها الدكتور احمد سعيفان بانها تستعمل كلمه المعارضة للإشارة على الاحزاب والمجموعات السياسية التي تتصارع من اجل الوصول الى سلطة الحكم ،اي تمارس المعارضة عملها بشكل طبيعي

١- Robert A. Dahl,polyarch ; participation and opposition,Now Haven , CT ;Yale university ,1970 ,p.203.

٢- جابر قميحه ، المعارضه في الاسلام بين النظريه والتطبيق، الدار المصريه اللبنانيه ،الطبعه الاولى ،القاهره ١٩٩٨ ،ص٥١

٣- عبد الوهاب الكيالي ،الموسوعه السياسيه ،دار الهدى للنشر والتوزيع بيروت ،الطبعه الاولى ١٩٩٤، ص ٢٣١

٤- عبد الحكيم عبد الجليل ،محمد فايد المغني المغيشي ،المعارضة في الفكر السياسي الاسلامي الوضعي،مفهومها ،اهميتها ،واقعها ، دراسه مقارنه ،المكتب الجامعي الحديث ،الاسكندريه ٢٠٠٦ ،ص ٢٣.

٥- اسماعيل الشطي ،عبد الاله بلقزيز، المعارضة والسلطه في الوطن العربي، ازمه المعارضة السياسيه العربيه ،يصدرها مركز دراسات الوحده العربيه، بيروت الطبعه الاولى ،٢٠٠١ ،ص ١١٣ – ١١٤.

٦- عصام سليمان ،مدخل المعارضة الى علم السياسه ،دار النضال للطباعه ،بيروت الطبعه الثانيه ١٩٨٩، ص ٢٥٧.

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

في اطار قانوني، وتنمو احيانا خارج النظام السياسي لتقوم بعملها بعيدا عن البرلمان لرفضها قواعد التطرف السياسي، ان تمييز المعارضة في الانظمة الديمقراطية بالنقد والمشاركة والرقابة على العمل الحكومي داخل المجلس النيابي ولها حق التعديل على اي قانون في الدستور[١].

وتطرق اليها ايضا الدكتور ناظم عبد الواحد الجاسور الى انها المجموعات والاحزاب التي تعارض النظام السياسي او انها تنبذ العنف المسلح و لجأت الى هذا الاسلوب في اطار التداول السلمي والتحول الديمقراطي .

وبعض الأنظمة السياسية الدكتاتورية تعد اسلوب المعارضة و لو كان جزئيا تمثل خطرا على امنها ، لذلك تلجا قمعها وحظرها من العمل السياسي[٢]. سياسيه و عرف المعارضة السياسية بانها مجموعه افراد يختلفون مع الحكومة على اسس ثابته و طويله الامد[٣] . ومن هنا يتضح ان مفهوم المعارضة رغم تعدد معاني الا انه يبقى محصورة ضمن هذا المعنى وهو يمثل نقد بناء في عمليه بناء الدولة والنظام وتصحيح الاخطاء وتقويم الاحزاب القائمة على السلطة وقبول الرأي الاخر[٤]. او ممارسه طبيعية في الحياه السياسية يحدث بين طرفين الاول يمثل الأغلبية السياسية والثاني يمثل اقليها وهي التي تقوم بالمعارضة[٥]. او العمل المتواصل في مراقبه اداء الحكومة و توعيه الرأي العام على امور عديده منها موقفه وما يجب عليه لحمايه حقوق المواطن ما قد تسببه له الحكومة التسلطية في غفله منه[٦].

الفرع الثاني: اهمية المعارضة البرلمانية .

ان اهمية المعارضة السياسية تلعب دورا مهما على انها مظهر من مظاهر التعددية من جهة وتراقب ممارسات السلطة التشريعية الصلاحيات المخولة لها عن طريق الدستور من جهة اخرى على الرغم من اختلاف اشكال النظم السياسي والحزبي واختلاف المجتمعات ايضا فان الباحثين يتفقون حول اهميه وجود المعارضة البرلمانية داخل النظام السياسي المعاصر. ومن خلال وذلك تكمن اهميه المعارضة في:

[١]- احمد سعيفان ،قاموس المصطلحات السياسيه والدستوريه، مكتبة لبنان ، بيروت ٢٠٠٤ ،ص ٣٣٩ و ٢٢٨.
[٢]- ناظم عبدالواحد الجاسور، موسوعه المصطلحات السياسيه والفلسفيه الدوليه ، الطبعه الاولى ،بيروت –لبنان، دار النهضه العربيه ٢٠٠٨، ص ٥٨٠
[٣]- احمد عطيه الله السعيدي ،المعجم السياسي الحديث، مطبعه بلا بيروت شركه باجه المعروفه السنه بلاغ صفحه ٢٩٠
[٤]- اشرف مصطفى توفيق المعارضة مصدر سابق ذكره صفحه ٢٤ – ٢٥.
[٥]- احمد الغوطي ،حكم المعارضة واقامه الاحزاب السياسيه في الاسلام ، دار النفائس ، الطبعه الاولى ،عمان ١٩٩٢ ، ص ٥
[٦]- فاضل الصفار ،الحريه السياسيه دراسه مقارنه في المعالم والضمانات ،دار العلوم للتحقيق والطباعه والنشر، الطبعه الاولى ، بيروت ،٢٠٠٨ ،ص ٢٤٤.

١- المعارضة البرلمانية تحاربه ظاهرة الفساد لأنها تفعل الدور الرقابي ومحاسبه المسؤولين وتحاول التحقيق والتحري من الحوادث التي تثير الشبهة، كل هذا يقلص ظاهرة الفساد السياسي، وفي حاله اضمحلال دورها في الرقابة والمحاسبة تزيل الظاهرة الفساد[١].

٢- ان وجود المعارضة البرلمانية هي احد الوسائل المهمة للتصدي لأي استبداد للحكومة فعند غياب المعارضة يميل الحكم الى الاستبداد بالأداء ،عند غياب الرأي الاخر اي المعارضة من الساحة السياسية عندئذ تقع الاخطاء لعدم وجود رقابه للعمل الحكومي[٢].

٣- تتوقف قوه النظام السياسي على قوه التأثير المعارضة وحده استجابة النظام وحرصه على وجود معارضه لتفعيل عملها ودور الرقابة في ظل الأنظمة الديمقراطية المتقدمة [٣]

٤- ان قوات المعارضة داخل انظمه الحكم تعطي حرية اكبر المشاركة في السلطة وعدم الاحتكار من قبل النخب الحاكمة اي تعمل على ازاله الصراعات الى الديمقراطي ليست حكم الأغلبية فقط وانما للمعارضة الاقليات[٤] .

٥- تتضح اهميه المعارض الحقيقية في انها ترفض الأحادية والشمولية وتعمل على بناء دوله ذات مؤسسات رصيد في الأنظمة المتطورة سته لقوتين[٥].

٦- من الوسائل التي تدخل بها المعارضة البرلمانية حق السؤال حق التعديل حق المشاركة في لجان التحقيق حق المراقبة وغيرها[٦]

٧- عند المعارض على اهميه في رفض اي سلطه غير شرعيه او معالجه تعديل الوسيلة للوصول الى تلك السلطة مما يجعل لها اهميه في تحقيق الوصول للسلطة بطريقه شرعيه المعارضة والسلطة واحد يكمل الاخر فلولاها لأصبحت السلطة غير محدودة والجميع يخضع لها[٧].

٨- ان المعارضة تكون حاله صحيه للدولة وعدمها يعد حاله غير صحيه وخطيره تؤدي الى انحراف السلطات شرعيه والتنفيذية[٨].

---

[١]- حافظ علوان حمادي ،المعارضة السياسية دراسه تحليليه لشروطها وظائفها' مجله العلوم السياسية ،جامعه جيهان ،السليمانيه ،المجلد الاول ،العدد الثاني ٢٠١٨، ص ١٧٣ - ١٧٠.

[٢]- حميد التميمي دور المعارضة البرلمانيه في ظل الدستور ٢٠١١ الموقع الالكتروني المنهل بحث منشور ٢٠١٢ تم الاطلاع بتاريخ ٩-١٠-٢٠١٩ على الرابط الاتي http://plitfrm.alamanal.com /fi/es/2/78101

[٣]- حافظ علوان حمادي مصدر سبق ذكره صفحه ١٧٤ الى صفحه ١٧٦

[٤]- حسين علوان البيح ،الديمقراطيه واشكاليه التعاقب على السلطة ،في مجموعه الباحثين، المسالة الديمقراطية في الوطن العربي ،الطبعه الاولى ، مركز دراسات الوحدة العربية ،بيروت ٢٠٠٠، ص ١٥٦

[٥]- سربست مصطفى رشيد، المعارضة السياسية والضمانات الدستورية لعملها ،مؤسسه موكرياني للبحوث والنشر، دهوك طبعه الاولي ٢٠١١، ص٣٢

[٦]- افين خالد عبد الرحمن، المجلس القانوني لعضويه البرلمان دراسه مقارنه ،المركز العربي ،القاهره ،ط١، ٢٠١٧ ص ٤٦٤ - ٤٦٦

[٧]- جون كينيث جالبريث، تشريح السلطة، ترجمه عباس حكيم ،ط١، دمشق ١٩٩٤، ص ٩٩.

[٨]- زارا مستو ،اهميه المعارضة في النظام السياسي ،الحوار المتمدن العدد ٣٣٦١ ، ٨-٣-٢٠١٢ شبكه المعلومات الدوليه http://www.ahewar.org/debat/show.art.asp?aid=298161&r=0

ومن هنا يتبين لنا دور المعارضة البرلمانية ومدى تأثيرها على محاربه الفساد والرقابة على عمل الحكومة وعدم الاحتكار قبل الأغلبية داخل المجلس النيابي في دورانها من المعارضة السياسية مراعاه مقومات المعارضة وتسير دورها في بناء تجربه ديمقراطية.

المطلب الثاني : خصائص المعارضة البرلمانية واهدافها واليات عملها

خصائص المعارضة البرلمانية تختلف باختلاف النظام السياسي ان لكل نظام خصائص معينه يكفلها الدستور وان الاحزاب التي تقصر في الانتخابات تقوم بدور فعال في معارضه النظام ويؤدي دورها في المراقبة والاشراف على الادوار الحكومية وهنا سنتطرق الى اهميه خصائص المعارضة البرلمانية بالفرع الاول والفرع الثاني اهدافها والفرع الثالث اليات عملها.

الفرع الأول : خصائص المعارضة البرلمانية

١- ان وجود المعارضة البرلمانية مشروط بوجود شرعيه دستوريه وقانونيه يعطى لها صفة رسميه بعملها[١] .

٢- تعد المعارضة البرلمانية واحدة من اهم مزايا الديمقراطية في النظام السياسي الذي يتخذ من الديمقراطية مسارا له وذلك لأهمية فاعلية المعارضة في المراقبة وتصحيح الانحراف في الاداء الحكومي[٢].

٣- تؤدي المعارضة البرلمانية دورا فاعلا في تعزيز القدرة على ممارسه دورها الاشرافي والرقابة ويمكن ايضا اعطاء المزيد من الفرص للتأثير على جدول اعمال البرلمان والمشاركه والضغط السياسي لتحقيق المطالب.

٤- من خصائص المعارضة البرلمانية انها تقدم افكارا ومقترحات وسياسات مختلفة عن تلك التي تقدمها الحكومة ، لذلك فالمعارضة الناشطه غير المساندة للحكومة هي تعد ركيزة اساسيه في النظام الديمقراطي وتقدم البدائل للنظام الموجود في السلطة وتكون تلك البدائل ذات مصداقية ومن يصبح وجودها فاعلا في صياغه وتعديل وتحسين الاداء تشريعي للنظام[٣].

٥- يعد البرلمان مكان مميزا لعمل المعارضة لما يقدمه لها من تمثيل ومشاركة عن طريق الاحزاب

[١]- حسان محمد شفيق العاني ،الانظمه السياسية والدستوريه المقارنه مطبعه التعليم العالي ،جامعه بغداد ١٩٨٦، ص ٣٦٥ - ٣٦٨
[٢]- سالم رضوان الموسوي ،مفهوم المعارضة النيابية ،الموقع الالكتروني اراء وافكار العدد ٤٤٨٩ ،٢٠١٩ .
[٣]- حسان محمد توفيق العاني ،الانظمة السياسية والدستورية المقارنة ،مصدر سبق ذكره ٣٦٥ - ٣٦٦

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

٦- يعد عمل المعارضة البرلمانية متارجحا ويتناوب عكسيا مع قوه تماسكها ومدى تنظيمها فعندما تكون المعارضة غير منظمه غير متماسكه يكون اداؤها وعملها ضعيفا جدا وعندما تكون المعارضة منظمة ومتماسكة يكون اداؤها قويا وعملها ناجحا يحقق الهدف الصحيح لتصحيح مسار الدولة[١] .

ان العلاقات بين السلطة التنفيذية والتشريعية علاقه اساسها الفصل بين السلطتين ومن ثم الدور الهام للمعارضة مراقبه هذا الاداء ولكل معارضة نواب يقدرون عظم مسؤوليه هذا الدور اذ ان الفصل بين السلطات لم يعد بين الحكومة والبرلمان بال بين الاحزاب الاغلبية الذين يهيمنون على البرلمان واحزاب الاقلية المعارضة[٢] .

الفرع الثاني : اهداف المعارضة البرلمانية

ان المعارضة البرلمانية تعمل على تطبيق الخطط والبرامج الحكومية و تطرح البدائل لتحقيق الاهداف المطلوبة ، ومن هنا ان نشير الى اهم اهداف المعارضة البرلمانية كونها المحرك الفاعل للنظام البرلماني:-

١- اهم وظائف المعارضة وتنظيم الاحزاب الهدف من المعارضة هو الوصول للسلطة وهذا يحتاج الى تنظيم حزبي اذ لا يمكن توجيه نقد بناء للحكومة ألا شريطة ان يكون هذا النقد لا يمس هيبة الدولة ويكون مصحوبا بالمعالجات البديلة في حال وصول هذا الحزب الى السلطة ،من هنا يعد تنظيم العمل الحزبي من اهم الوظائف المعارضة[٣] .

٢- تعزيز الاستقرار والشرعية والمساءلة ومراقبه انشطه الحكومة والسلطة الادارية والإشراف عليها وتمثل المعارضة ايضا احتماليه التغيير السياسي بالوسائل الديمقراطية ،وتساهم في التعددية السياسية الحقيقية من خلال مشاركتها الفعلية في الحياة البرلمانية وتمكين المواطن من الحصول على خيارات حقيقية في وقت الانتخابات[٤].

٣- تعد المعارضة البرلمانية ضامنا قانونيا لحريات العامه ،عن طريق احزابها التي تحمل تحب مبادئ وقيم وافكار سياسيه واجتماعيه هي عامل مهم في الحياة السياسية لخلق برلمان ذي وعي ثقافي[٥] .

٤- للمعارضة البرلمانية استراتيجيات ووسائل تسعى الى تحقيقها عن طريق الاهداف الطويلة المدى والقصيرة المدى الا ان الاخيرة تعتمد على اختيار الاستراتيجية المصالح والجماعات على حساب

---

[١]- خميس دهام حميد، المعارضة في اقليم كردستان العراق ودورها في ترسيخ الديمقراطية ،مجله دراسات دوليه ،مركز الدراسات الاستراتيجية والدوليه، ٢٠١٤ العدد ٥٧ ص ٧٢

[٢]- عماد صلاح عبد الرزاق ،الفساد والاصلاح السياسي ،رساله ماجستير غير منشوره ،كليه العلوم السياسية جامعه ،بغداد ٢٠٠٠ ،ص ٢٠٧ .

[٣]- Roben myttenaere,0p.cit,p18

[٤]- عصام سليمان ،مدخل الى العلوم السياسية ،دار النهضه العربي، القاهره ،١٩٦٦ ،ص ٢٦٠ - ٢٦١

[٥]- اشرف مصطفى توفيق، المعارضة ،مصدر سبق ذكره ص ٣٧

الاهداف الطويلة المدى، ان الاهداف هي الغاية التي تسعى المعارضة الى تحقيقها من خلال دورها في تغيير السلوك الحكومة[١].

٥- معالجه برامج الحكومة وقراراتها واجراءاتها ومشاريعها عن كتب وتقديم البدائل من خلال تطوير برامجها الخاصة وقت الراحة الحلول البديلة للوصول الى افضل المستويات والنتائج بالبرامج الحكوميه[٢] .

٦- تعمل المعارضة على توجيه الرأي العام بالاتجاه صحيح حيث تقوم بتنبيه الرأي العام على اخطاء الحكومة ومواضع الخطأ والنهج السياسي الخاطئ الذي تسير عليه لان الاحزاب التي تسيطر على السلطة ،من الطبيعي ان تظهر النتائج الايجابية لعملها وتخفي السلبيات لبرامجها واداها والحكومي ، ومن هنا يبرز دور المعارضة المهم في توجيه الرأي العام نحو تلك الاخطاء لتصليحها وتقويمها[٣].

٧- تعمل المعارضة على تحجيم المصالح الشخصيه التي لا تصب فيها مصلحه البلاد و عدم النهوض بالواقع الرديء الى الواقع الجيد لخدمة الوطن والمواطن ومساندة جميع القرارات الايجابية التي تصب في مصلحه الصالح لعام[٤].

٨- ان وجود المعارضة البرلمانية احد الوسائل المهمه للتصدي الى استبداد الحكومة ،فعند غياب المعارضة يميل الحكم الى الاستبداد بارئه ويغيب الرأي الاخر ،أي (المعارضة البرلمانية) من الساحة السياسية لعدم وجود رقابه على العمل الحكومي، و يصبح من الضروري ان يكون دور فاعل للمعارضة لتعديل مسار الحكومة ،الرجوع بها على الطريق الصحيح .

٩- ان المعارضة البرلمانية تعد حلقه وصل او رابطة وثيقة بين الحكومة والمواطن، اذ تقوم بنقل متطلبات المواطنين الى تلك الحكومة وهذا لا يمكن ان يكون الا عن طريق الاحزاب المنظمة، فالمواطنين وحدهم لا يمكنهم التاثير على الحكومة[٥] .

١١- لا يقتصر دور المعارضة على مراقبه و معالجه اخطاء الحكومة بل يتعدى اكثر من ذلك، فيمكن للمعارضة البرلمانية ان تقديم حكومة بديلة وهذا يحتاج الى معارضه ذات تنظيم جماهيري عالية المستوى، والى شخصيات معارضه ذات ثقافة سياسية تحمل برنامج كفؤة محل الحكومة المستبدلة ويطلق عليها مصطلح(حكومة الظل)[٦].

[١]- وصال نجيب، احمد عدنان، العلاقه بين الحكومة والمعارضة في الدول العربية ،المركز العراقي للدراسات الاستراتيجيه، بغداد ، ص ٤١
[٢]-European conference of presidents of parliament,op,cit,p3.
[٣]- عصام سليمان، مدخل الى العلوم السياسية ،مصدر سبق ذكره ،ص ٢٦٠
[٤]- فراس الجوراني، المعارضة السياسية بين المصالح العامه والمصالح الشخصيه ،الموقع الالكتروني وكاله الانباء براثا، العدد بلا ، ٢٠١٩ .
[٥]-محمود خيري عيسى ، النظم السياسية المقارنه ،مكتبه الانجلو المصريه ،القاهره ١٩٦٣،ص٥٥
[٦]- عبد الوهاب الكيالي ، موسوعه السياسية ج ٢ ،ط ٢ ،المؤسسه العربيه للدراسات والنشر، بيروت ١٩٩١ ص ٥٦٩

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

الفرع الثالث : الية عمل المعارضة البرلمانية

ان وجود نظام سياسي ديمقراطي متعلق بوجود الاحزاب السياسية اذ يمكن تصور نظام ديمقراطي من دون احزاب سياسيه، تتمتع بكافه صلاحياتها وممارسه نشاطاتها وبكل حرية تحت حماية دستورية والقانونية وهذا ما يساعدها على اداء عملها في مراقبة عمل الحكومة و توجيه النقد[١] ، يسمح لها بالمشاركة السياسية عن طريق مؤسسات النظام السياسي على وفق الاليات عملها المعتمده دستوريا وغالبا ما تمارس هذا النمط من المعارضة داخل اروقه البرلمان كونها مؤسسه قانونيه وتشريعيه وهنا تستطيع المعارضة تمثل نفسها و انطلاقا من اهميه عمل المعارضة عمدة الدول الديمقراطيه على سن قوانين تنظم دورها[٢] ،

لذلك يمكن ان نحدد الاليات القانونية التي تلجا اليها المعارضة البرلمانية في علاقتها مع الحكومة بالاتي:-

١- **السؤال** :يعني الاستفسار او الاستبيان في مساله ما ، وهي من اهم الوسائل الرقابية للاعضاء في مجلس النواب ويكون السؤال من اجل الاطلاع اولكشف نيه الوزراء في الحكومة حيال قيامهم بعمل معين ويكون مشروطا بعدم الحاق ضرر بالمصلحة العامة، ولا يتخالف مع القوانين الدستورية، بمعنى ان السؤال غير مرتبط بمصلحه النائب الشخصية[٣] ، وقد يكون السؤال مكتوبا او شفويا ويرى البعض ان النوع الاول غرضه الحصول على المعلومات ،اما النوع الثاني الغرض منه احراج المسؤول الحكومي الموجه له ،ويرفض البعض اعتبار السؤال وسيله من وسائل الرقابة البرلمانية لان البرلمان لا يستطيع اتخاذ اي قرار عقب مناقشة السؤال ولا يتعدى السؤال الشفهي[٤]، عادة كل من عضو البرلمان مقدم السؤال والطرف الخاضع للرقابة من الحكومة أي لا يترتب على السؤال دخول شخص ثالث في النقاش[٥].

٢- **الاستجواب** : وهي وسيله رقابية تعد الاكثر فاعلية لمواجهة ومحاسبه الحكومة لذلك في الاستجواب يختلف عن السؤال اي لا يحمل في طياته معنى الاستفهام الاستفسار، لانه يحمل تهاما للحكومة او احد اعضائها ،في امر يتعلق بالشأن العام وأعطت النظم البرلمانية الاستجواب اهميه خاصة، وله في جدول الاعمال الاولوية ويشترط ان يكون مكتوبا وواضحا ويتضمن تقصيرا للحكومة او الوزير و يمس الصالح العام اذا لم يقتنع المستجوب بالرد فيمكن ان تسحب الثقة بعد تقديم اسباب عدم القناعه ، لذلك ما ان تقتنع بما ادلته الحكومة او لا تقتنع وبعده يصدر القرار اما بانتهاء الاستجواب او علان صحته.

---

[١]- حميد النعيمي ،دور المعارضة البرلمانية على ظل دستور ٢٠١٢ ،المواقع الالكتروني المناهل العدد بلا ٢٠١١.
[٢]- سربست مصطفى، المعارضة السياسية، والضمانات و الدستوريه ،مصدر سابق ص ٣٢- ٣٨
[٣] - وصال نجيب احمد عدنان ,العلاقه الحكومية والمعارضة في الدول العربيه ،مصدر سبق ذكره ص ١٨٦ - ١٦٢
[٤]- عبد الله بوقفه، اليات تنظيم السلطة في النظام السياسي الجزائري، دار هومه ،الجزائر، ٢٠٠٢ ص ٤٢٢
[٥]- ماجد النعمه عيدان ،دور المعارضة البرلمانية في بناء الدولة (تحليل وتقييم) ،مجله كليه القانون للعلوم القانونيه والسياسية ،جامعه كركوك ،العدد ٥ ٢٠١٦، ص١١

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

٣- **اللجان التحقيقية** : للمعارضة حق محاسبه الحكومة وطلب تشكيل لجنه من اعضاء البرلمان لتقصي الحقائق اللازمة بمختلف الامور السياسية والاقتصادية والمالية والإدارية في الدولة ومعالجه وكشف السلبيات و عمل لجان التحقيق اكثر مصداقيه و اخلاص ، ان التحقيق البرلماني يوصل الى معلومات مباشرة على العكس الوسائل الاخرى كالاستجواب والسؤال ، فتاتي المعلومات ادق عن طريق التحقيق اذ يتم فيها الاستعانة بالشهود لجمع معلومات اضافيه من خلال الموظفين الرسميين ليمكن اعداد التقرير النهائي بعد انتهاء التحقيقات ،وتقوم اللجان التحقيقية بتقديم تفاصيل كامله الى المجلس النيابي لاتخاذ الاجراءات والقرارات المناسبه[١].

٤- **الرقابة القضائيه**: وتعني وضع القوانين والقواعد التي تحدد عمل السلطة الحاكمة التي تطبقها الهيئات القانونية والقضائية بحيث يمكن لتلك المؤسسات القانونية ان تقوم بدورها الرقابي على جميع الهيئات الادارية والسياسية وهذا الدور الرقابي يكون على قسمين:-

أ-١ مراقبه جميع اعمال السلطة التنفيذية ومنعها من الاستبداد في الإدارة بتطبيق او تنفيذ القوانين التي شرعها البرلمان.

٢- مراقبة تطبيق الدستور بمعنى منع أي خرق للدستور او انتهاك لمواده[٢].

ومما تقدم نلاحظ المعارضة البرلمانية لا تقوم الا على ارضيه خصبه و عوامل تساعد على النهوض بها في الانظمة الديمقراطية من خلال تبني مجموعه من النواب داخل البرلمان وقيامهم بعمل المعارضة مراقبة الاداء الحكومي وتقويمه وهذا يعد من اهم الاعمال التي تقوم بها.

المبحث الثاني : تطور المعارضة البرلمانية في العراق

The evolution of the parliamentary opposition in Iraq

لمعرفه دور المعارضة البرلمانية في في العهد الملكي العراقي يجب التطرق الى طبيعة البناء الدستوري والقانوني التي رافقت الحياة النيابية في تلك المرحلة و مدى فعالية المعارضة البرلمانية في المجلس النيابي وما هي المؤثرات التي ساهمت في تعطيل دورها ودور التحول الديمقراطي في العراق وما اليات التحول وكيف اثرت هذه العوامل على العمل الرقابي المتمثل في المعارضة البرلمانية في

[١]- عمر هاشم ربيع ،الرقابه البرلمانية في النظم السياسية ،الدراسه في تجربه مجلس الشعب المصري ،مركز الدراسات السياسية والاستراتيجيه ،القاهره، ٢٠٠٢ ص ١٨، ص ٨٢

[٢] - موريس ديفرجيه، النظم السياسية ،ترجمه احمد حسين عباس ،مراجعه ضياء الدين صلاح ،سلسله الالف كتاب ٢٨٢ القاهره، مؤسسه كامل مهدي للطباعه والنشر، بلا سنه ص ٦١-٦٢

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

العراق وعليه سيتم تقسيم هذا المبحث الى مطالبين وكما يأتي الاول نشاه وتطور المعارضة البرلمانية في ظل الحكم الملكي والثاني في ظل الحكم الجمهوري حتى٢٠٠٣ .

المطلب الأول : نشاه وتطور المعارضة البرلمانية في ظل الحكم الملكي

اولا: طبيعة البناء الدستوري والقانوني للحكم الملكي واثره في تطور المعارضة البرلمانية حتى عام ١٩٥٨:

طلب مجلس الوزراء العراقي المناداة بالأمير فيصل الاول ملك على العراق وذلك في يوم ١١ تموز ١٩٢١ وكان ذلك بشرط ان تكون طبيعه الحكم دستورية ونيابية وتكون ديمقراطية مقيده بالقانون[١] ،وهذا القرار ابلغ به المندوب السامي الذي اقترح على لحكومة ان يكون ذلك في اجراء استفتاء عام لمعرفه رأي الشعب في اختيار الملك ،وتم الاستفتاء وحصل الملك على نسبه عاليه وصلت الى ٩٦% من الاصوات[٢]، توج الملك فيصل الاول ملك على العراق في ٢٣ اب ١٩٢١ في احتفال رسمي حضره كبار الموظفين وشخصيات بريطانيه رفيعة المستوى و تم قراءه المرسوم وتنصيب الملك فيصل الاول ملك على العراق والقى الملك خطابا قائلا :- الا وان اول عمل اقوم به مباشره الانتخابات وجمع المجلس التاسيسي ولتعلم ألامه ان مجلسها هو الذي سيضع بمشاورتي دستور استقلالها على قواعد الحكومة الديمقراطيه[٣] .

وبعد ان احال المجلس التاسيسي لائحة القوانين الاساس الى رئيس الوزراء ياسين الهاشمي تمت المصادقه على اول دستور عراقي سنه ١٩٢٥ لنشرها بعد موافقه الملك فيصل الاول في ٢١ اذار ١٩٢٥ ليصبح اول دستور ملكى في ذلك الوقت[٤]، وقد خضع هذا الدستور الى ثلاثه تعديلات مهمه ما بين المده من ١٩٢٥ الى ١٩٥٨ وكان التعديل الاول في ٢٩ تموز ١٩٢٥ وكان تعديلا بسيطا على الماده ١١٨ ، وقد جرى التعديل الثاني في ٢٧ تشرين الاول عام ١٩٣٤ وكان في عهد الوصي عبد الاله وقد شمل حقوق الملك وكذلك يشمل تعديل الماده ٥٠ بالحذف والإضافة وأعاده الصياغة ، اما التعديل الذي جرى في ١٠ ايار عام ١٩٥٨ وفيه اجاز لملك العراق انشاء تحاد مع الدول العربية واحدة او اكثر[٥]. واما بالنسبة للمجلس النيابي فقد شهد ١٦ مجلسا نيابيا عراقيا في تلك المرحله وسنذكر اهم المراحل التي لعبت بها المعارضة دورا أساسيا.

- مرحله من ١٩٢٥ الى ١٩٢٨:

[١]- عبد الرزاق الحسني، تاريخ العراق السياسي الحديث، اج ١، ط١، دار الرافدين، بيروت، ٢٠٠٨ ص ٤٤
[٢]- جرالدي غوري ،ثلاثة ملوك في بغداد، ترجمه سليم طه التكريتي ،بغداد ١٩٨٣ ص ٢٤
[٣]- نقلا عن محمد مهدي البصير، تاريخ القضايا العراقيه ،ج٢ ،بغداد ١٩٢٣ ص ٣٦٢
[٤]- بشرى حسين الزويني ، العلاقة بين السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية في العراق بعد ٢٠٠٣،دار مكتبة البصائر،بيروت ،٢٠١٦،ص٥١
[٥]- ينظر الدستور العراقي و فرصه التعديل المنظمه العراقيه لحقوق الانسان العراق ٢٠٠٧ صفحه ١٣ الى صفحه ١٥

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

فازت المعارضة البرلمانية في بعض المقاعد النيابية وكان على راسها ياسين الهاشمي ورشيد عائله الجيلاني التابعين الى حزب الشعب وسطاء المعارضون الوقوف بقوه بوجه الأغلبية النيابية وكشف مخططاتهم واساليبهم التي تتبعها الحكومة ولم تستطع الحكومة ترفض مقترحات المعارضة ولا معها انذاك[١]

- مرحله من ١٩٢٨ الى ١٩٣٠:

قررت وزاره السعدون الثالثة وفق الإرادة الملكية في ١٨ كانون الثاني الى عام ١٩٢٨ فض المجلس النيابي لسببين الاول عدم وجود الاحزاب داخل المجلس النيابي مما يضعف قوة المجلس وثانيا عدم وجود التعاون بين السلطة التنفيذيه والسلطة التشريعية وبعدها صدرت تعليمات وزاره الداخليه في ٢٢ كانون الثاني عام ١٩٢٨ للشروع في اجراء انتخابات جديده كما دخلت الاحزاب السياسية وشاركت في الانتخابات هذا وقد تصدرت الاحزاب المعارضة بحزبين (حزب الاستقلال ،وحزب الشعب المعارض) واستطاعت ان تحفز الشعب لاستعمال حقه والمطالبة به[٢] .

- مرحله من ١٩٣٢ الى ١٩٣٤ :

شكل ناجي شوكت الوزارة الجديدة على اثر استقالت وزارة نوري سعيد في ٢٧ تشرين الاول ١٩٣٢ ،وحل المجلس النيابي الذي جاء به نوري السعيد و قد ابرمت معاهده ١٩٣٢ وظهر في مجلس النواب وخارجي معارضه شديدة وتبني هذه المعارضة حزب الاخاء الوطني برئاسة ياسين الهاشمي و الى جانبه الحزب الوطني العراقي برئاسه جعفرابو التمن وحزب العهد العراقي الذي لعب دورا مهما في التاثير على الرأي العام مما ادى الى مقاطعه الانتخابات انذاك[٣].

- المرحلة من ١٩٣٥ الى ١٩٣٧:

سيطرة حزب الاخفاء الوطني المعارض برئاسة ياسين الهاشمي بأغلبيه المقاعد النيابية[٤] ،وفي ٢٩ نيسان ١٩٣٥ اعلن الحزب على وقف جلساته وتعطيل اعماله وذلك بسبب التطورات السياسية في اواخر الثلاثينات، و حدوث انقلاب عسكري في العراق سنه ١٩٣٦ ادى الى سقوط حكومة ياسين الهاشمي [٥].

- مرحله من ١٩٤٨ الى ١٩٥٢ :

[١]- زيد عدنان ناجي، اقليات العراق في العهد الملكي ،ط١، الرافدين ، لبنان ٢٠١٥ ص ١١٠
[٢]- عبد الرزاق الحسني ،تاريخ الوزارات العراقيه ،ج٢،مطبعه الفرقان ،صيدا ١٩٥٣ ص ٦٩.
[٣]- زيد عدنان ناجي، اقليات العراق في المعهد الملكي ،مصدر سبق ذكره، ص ١٣٢
[٤]- قيس جواد علي الغريري ،موقف البلاط الملكي من نشاط الاحزاب السياسية ١٩٢١- ١٩٣٩ ،المجله السياسية الدوليه ،كليه العلوم السياسية جامعه المستنصريه ،بغداد العدد الاول ٢٠٠٥ ص ٦٣ .
[٥]- عبد الجبار حسن الجبوري ،الاحزاب السياسية والجمعيات السياسية في قطر العراق ١٩٨٠- ١٩٥٨ ، دار الخبره للطباعه ,بغداد ١٩٧٧ ص ٧٨ - ٨٠

لقد سعت حكومة ١٩٤٨ والفئات الموالية لها بأبعاد لأحزاب المعارضة والمستقلين ايضا ،واجرى التصويت السري الانتخابات النواب لحرمان الاحزاب المعارضة من المشاركة فيها، وادى هذا الاهمال الى انتفاضه شعبيه في ت٢ الى عام ١٩٥٢ تمثلت بتظاهرات واسعة شملت عموم البلاد تهتف لاسقاط الوصي عبد الاله وكذلك اخراج القوات البريطانية من عموم البلاد وقد شارك في هذه المظاهرات عدد من الطلاب الجامعات والثانويات وتحولت بعدها هذه المظاهرات الى الاحتجاجات واسعه[١]،وقد تصدت قوات الشرطة الى هذه الاحتجاجات بالأسلحة النارية وقتل اكثر من ١٤ متظاهر وكذلك واصيب ٣٨ من افراد الشرطة مما ادى الى استقالة حكومة مصطفى العمري وقبولها من قبل الوصي عبد الاله[٢].

ومن هنا يتبين لنا ضعف السلطة التشريعية وعدم قدرتها على محاسبه الحكومة حتى ان الدستور حرم على اعضاء مجلس النواب حق الاعتراض على اللوائح القانونية و تدخل السلطة التنفيذية في شؤون ترشيح النواب وقد منح الدستور صلاحيات واسعه للملك والسلطة التنفيذية[٣]

ثانيا: الواقع السياسي و مدى فعالية المعارضة البرلمانية :

لقت شهد العراق في العقود الثلاثة الاولى بعد تأسيس المملكة العراقية الحديثة تطورات ملحوظه في التعددية الحزبية وانتشار الجمعيات[٤]،ففي ٢٨ تموز ١٩٢٢ صدر قانون الاحزاب السياسية والجمعيات بعد موافقه وزير الداخلية[٥]، وان صدور هذا القانون الهدف منه فتح المجال القوى السياسية المشاركة في الانتخابات ، وهذا الجزء من الوعد الذي اصدره الملك فيصل في خطاب التتويج في ٢٣ اب ١٩٢١ وقد شهدت هذه الحقبة العديد من الاحزاب السياسية المؤيدة والمعارضة الها[٦]، وظهور ثلاثة تنظيمات سياسيه مثل الحزب الوطني ،الحزب الحر العراقي، و جمعيه النهضة وهي اول الاحزاب المعارضة آنذاك، وهذه كانت انطلاقة لولادة الاحزاب والجمعيات السياسية العلنية في العراق ومن هذه الاحزاب حزب التقدم برئاسة عبد المحسن السعدون الذي تاسس في تشرين الاول عام ١٩٢٥ وهو اول الاحزاب التي دخلت الى المجلس النيابي العراقي وقابلها حزب الشعب المعارض الذي اسسه ياسين الهاشمي و رشيد عالي الكيلاني في تشرين الثاني عام ١٩٢٥[٧] ، واستطاع الفوز في بعض المقاعد النيابيه وتعد هذه الاحزاب من اقوى احزاب الثلاثينيات من القرن الماضي و بعد صدور التعليمات عام ١٩٢٨ والشروع في جراء انتخابات جديدة فقد شاركت الاحزاب المعارضة العلنية في المجلس النيابي ،وهم حزب

[١] - عبد الرزاق الحسني ،تاريخ الوزارات العراقيه، ج٧، ط٤، مطبعه دار الكتب ،بيروت ١٩٧٤ ص ٣٥٢ -٣٥٣
[٢]- عبد الحسين شندل عيسى، نظام الحكم في العراق وفق دساتير الحديثه، مصدر السابق ص١٠٣
[٣]- دانا عبد الكريم، حل البرلمان واثاره القانونيه على مبدا استمرار اعمال الدولة، المؤسسه الحديثه للكتب ،طرابلس ٢٠١٠ ص ١٠٢
[٤]- غسان العطيه، التنظيم الحزبي في العراق قبل الحرب العالميه الاولى، مجله دراسات عربيه، بيروت العدد ١٢، ١٩٧٢ ص٣٤
[٥]- احلام حسين جميل ،الافكار السياسية للاحزاب العراقيه في عهد الانتداب عام ١٩٢٢ الى عام ١٩٣٢ ،مكتبه المتنبي ،بغداد ١٩٥٨ ص ١٩ ،ص٢٢
[٦]- ابراهيم خليل و جعفر عباس حميدي ,تاريخ العراق المعاصر, دار الكتب ،الموصل ، ١٩٨٩ ص٣٧
[٧]- عامر حسن فياض ، الجذور الفكريه الديمقراطيه في العراق الحديث ١٩١٤ – ١٩٣٩، دار الشؤون الثقافيه العامه ، بغداد ٢٠٠٢ ، ٢١٩ - ٢٢٢

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

الاستقلال ، وحزب الاخاء الوطني ، وقد اثرت هذه الاحزاب في الواقع السياسي ،والجدير بالذكر ايضا تشكيل وزاره ناجي شوكت في ٢٧ تشرين الثاني عام ١٩٣٠ وحل البرلمان حكومة نوري السعيد التي ابرمت معاهده عام ١٩٣٠ حيث واجهت احتجاجات من قبل الاحزاب المعارضة داخل المجلس النيابي ومن اهمها الحزب الوطني العراقي برئاسة جعفرابو التمن وحزب الاخاء[١] ، واللذان طلبا بإلغاء معاهده ١٩٣٠ وعدها انها لم تنسجم مع الوضع السياسي والظروف العالمية وتطوراتها الديمقراطية[٢] .

ومما يجدر الاشارة اليه ودخول العراق عضو في عصبه الامم في الثالث من تشرين الاول ١٩٣٢ تم منح العراق الاستقلال والاعتراف به كدولة مستقلة وقد استبشر الملك بذلك حيث كان يرغب في اجراء تحسين عام في جميع مرافق الحياة السياسية[٣]، الا ان انغماس الجيش العراقي في الحياه السياسية الى حدوث انقلاب عسكري سنه ١٩٣٦ من قبل بعض القادة العسكريين ومن ابرزهم الفريق بكر صدقي ليكون هذا اول تدخل من قبل الجيش في الساحة السياسية العراقية وقوبل هذا انقلاب تأييد جماهيري واسع في عموم البلاد[٤] .

وفي نيسان عام ١٩٤١ قادر رشيد عالي الكيلاني مع العقداء الاربعه صلاح الدين الصباغ ،محمود سلمان ،كامل شبيب وفهمي سعيد انقلابا العسكريين ادى الى سقوط العرش الملكي وهروب الوصي عبد الاله و رئيس الوزراء نوري سعيد الى الاردن وقد شكلت حكومة جديدة بزعامة رشيد عالي الكيلاني سميت حكومة الانقاذ الوطني واستمرت حتى ايار من العام نفسه ، ثم تدخل القوات البريطانيه في اعادة عبد الاله ونور السعيد الى حكمهم مره اخرى[٥] ، وعند ابرام معاهده بورتسمث من قبل حكومة صالح جبر مع الجانب البريطاني في سنه ١٩٤٨ فقد واجهها العراقيون بالرفض و استائهم وانطلقت احتجاجات ومظاهرات واسعه في جميع انحاء البلاد ومن اهم هذه الاحداث التي وقعت هي انتفاضه الجسر التي ذهب ضحيتها العديد من المعارضين ،ومن اهمهم جعفر الجواهري اخو الشاعر الكبير محمد مهدي الجواهري وقد قمعت هذه الانتفاض التي هزت عرش الملك من قبل القوات الأمنية العراقية[٦] ، واخيرا انقلاب ١٤ تموز عام ١٩٥٨ ووقد سميت بالثورة العراقية بقياده الزعيم عبد الكريم قاسم والعقيد عبد السلام عارف ومجموعه من الضباط الاحرار ومن بينهم رفعت الحاج سري بالتعاون مع الاحزاب المعارضة للحكم الملكي، وهذا الانقلاب اطاحه بالمملكة الهاشمية العراقية التي تأسست في اذار عام

[١]- زيد عدنان ناجي، اقليات العراق في العهد الملكي، مصدر سبق ذكره ص١١٢ - ١١٦
[٢]- عادل غفوري خليل، الاحزاب السياسية العالميه في العراق ١٩٤٦ – ١٩٥٤، المكتبه العالميه ، ١٩٨٤ ص ٧٢
[٣]- فيليب ويلارد ايرلاند ،العراق دراسه في تطور السياسي، ترجمه جعفر الخياط، دار الكشاف للطباعه نيبروت ١٩٤٩ ص ١٥٦ - ٣٥٨
[٤]- وسيم رفعت عبد المجيد، العراق الانقلابي والانقلابات الناجحه والفاشله في العراق ١٩٢١ - ٢٠٠٣ ،دار الجواهري، بغداد ص ٣٣.
[٥]- قيس جواد العزاوي ،الجيش والشرطه في التاريخ العثماني، دار البدائل ،القاهره ٢٠١٦ ص ٧٦٧
[٦]-علي الوردي ،لمحات اجتماعيه من تاريخ العراق الحديث ،ج٥،دار الرشيد ،بيروت ٢٠١٣ ص ٢٢٥ - ٢٢٦

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

١٩٢١ من قبل الملك فيصل الاول ،و انتهت هذه الحقبة بسقوط الملك فيصل الثاني وقتله مع الوصي عبد الاله ورئيس الوزراء العراقي نوري سعيد واعلان اول الجمهورية عراقية ١٤في تموز عام ١٩٥٨[١].

ومما تقدم لاحظ ان دور المعارضة البرلمانية في الحقبة الملكية قد لعب دورا هاما ولاسيما في بعض القرارات المفصلية لكن بسبب حداثه التجربة البرلمانية في العراق قيدت من عملها في بعض القرارات في ذلك الوقت .

المطلب الثاني :المعارضة السياسية في ظل النظام الجمهوري .

لمعرفة دور المعارضة البرلمانية في العهد الجمهوري سوف نقسمها الى مرحلتين :الاولى تمتد من ولادة النظام الجمهوري عام ١٩٥٨ الى عام ١٩٦٨ ،اما المرحلة الثانيه التي تمتد من سنه ١٩٦٨ الى سنه ٢٠٠٣ ،وقد شهدت هذه المرحلة نظام الدكتاتورية متفردا في السلطة السياسية و سيطره حزب واحد على مفاصل الدولة .

قاد الجيش العراقي بقياده الزعيم عبد الكريم قاسم وعبد السلام عارف ومجموعه من الضباط الاحرار ثوره ١٤ تموز عام ١٩٥٨ وهو يعد ثالث نقلاب عسكري في العراق غير مجرى الاحداث وادي هذا الانقلاب الى سقوط الحكم الملكي الذي تاسس في ١١ تموز عام ١٩٢١[٢] ، وفي يوم ١٤ تموز ١٩٥٨ صدر مرسوم جمهوري بتشكيل اول وزاره في عهد الجمهوريه برئاسه عبد الكريم قاسم وكان نائبا لرئيس الوزراء عبد السلام عارف وشكلت(١١) وزارة في هذة الحقبة[٣] ، وفي ٢٧ تموز صدر الدستور العراقي المؤقت الذي يحتوي على ٣٠ ماده قانونيه موزعه على مقدمه و اربع ابواب واوكلت السلطتين التشريعية والتنفيذيه الى مجلس الوزراء حسب الماده ٢١ ،٢٢ من الدستور العراقي[٤]، اي ان معظم دساتير جمهوريه العراق جاءت نتيجه التوجهات القابضين على السلطة وليس عن طريق الشعب[٥] ، وشهد العراق في هذه المرحله احتجاجات ١٢ دمويه تسددت ما بين انقلابات على نظام الحكم ومعارض بعض الاحزاب السياسية ومن اهم هذه الاحداث الحرب الاهليه في الموصل في اذار عام ١٩٥٩ و تمرد الجيش هناك على حكم عبد الكريم قاسم الذي تم قمعه بكل شراسه حتى وصل الامر الى قصف الموصل بالطائرات[٦]، و في حادثه مشابهه في تموز عام ١٩٥٩ شهدت كركوك احداثا الدمويه[٧] ، بسبب معارضه

[١]- زيد قيس جواد العزاوي ،الجيش والسطه في التاريخ العثماني ،مصدر سبق ذكره، ص ٦٦

[٢]- اوريل دان، العراق في عهد قاسم تاريخ تاريخ سياسي ١٩٥٨ -١٩٦٣، ترجمه جرجيس فتح الله ،دار النيل للطباعه والنشر ،السويد، ١٩٨٩ ص ٥١ .

[٣]-نوري عبد الحميد العاني واخرون ،تاريخ الوزارات العراقيه في العهد الجمهوري ،بيت الحكمه ،بغداد ٢٠٣٤ ج١ ص ٣٤

[٤] - رعد الجده، التشريعات الدستوريه في العراق، بيت الحكمه ،بغداد ط١، ١٩٨٩ ص ٣٥٦.

[٥]- وصال نجيب و احمد عدنان. العلاقه بين الحكومة والمعارضة في الدول العربيه ،مصدر سبق ذكره ص ٥٢ – ٥٣.

[٦]- حنا بطاطو، الشيوعيون والبعثيون والضباط الاحرار، ترجمه عفيف الرزاز، مؤسسه الابحاث العربيه ،الطبعه ط٢، بيروت ١٩٩٢ ص ١٧٩.

[٧]- تشارلز تريب، صفحات من تاريخ العراق، ترجمه زينه جابر ادريس، دار العربيه للعلوم ،بيروت،ط١، ٢٠٠٦ ص ٢١٨

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

النظام القائم وقد اسفر عن وقوع العشرات من الضحايا ما وان تحول الخلافات بين الزعيم عبد الكريم قاسم و مصطفى البرزاني في مساله الحكم الذاتي للاكراد الذي وعدت فيه حكومة عبد الكريم قاسم وادى هذا الخلاف الى حرب طاحنه بين حكومة عبد الكريم قاسم والاكراد عام ١٩٦١[١]، وشهدت ايضا هذه الحقبة صدور قانون الجمعيات والاحزاب السياسية في الاول من كانون الثاني عام ١٩٦٠ الذي اجازه لبعض الاحزاب بالعمل السياسي ومن هذه الاحزاب الحزب الاسلامي والحزب الديمقراطي الكردستاني اللذان كانا معارضان للنظام عبد الكريم قاسم وقد تم حظر الحزب الديمقراطي الكردستاني بعد التوترات التي تحدث في العراق وقد اغلق ايضا العديد من المقررات واعتقل بعض قادة الاحزاب المعارضة كما اغلقت صحيفه الحزب الاسلامي العراقي[٢]، ان دخول الجيش في الحياة السياسية اعطها صفه الطابع العسكري واصبح تداول السلطة عن طريق الانقلابات العسكريه بدلا من الوسائل السلميه[٣] ، اما في العهد الجمهوري الثاني زعامة عبد السلام عارف الذي قام بانقلاب على رفيق دربي عبد الكريم قاسم في ٨ شباط عام ١٩٦٣[٤] ، وفي اليوم نفسه يصدر بيان رقم ١٥ واعلان ما يسمى المجلس الوطني لقياده الثوره من قبل الانقلابيين وهذا المجلس اصبح يجمع السلطتين التشريعية والتنفيذيه و في ٢٢ نيسان عام ١٩٦٤ صدر الدستور المكون من ١٧ ماده قانونيه[٥] .

بعد سيطره حزب البعث على زمام الحكم اصبحت مقاليد السلطة كلها في يده ومن ضمنها المجلس الوطني لقياده الثوره الذي يعد اساس السلطة الفعليه في ذلك الوقت وقد حصل حزب البعث على ١٦ مقعد من اصل ١٨ في المجلس الوطني لقياده الثوره ،كما حصل على ١٢مقاعد من اصل ٢١ في مجلس الوزراء[٦]، وان من اهم الحركات التي عارضت حكومة عبد السلام عارف مجموعه علي صالح السعدي وهي جناح في حزب البعث ،والتي خرجت بمظاهرات واسعه ولمده خمسه ايام ولكن تم السيطره عليها وسحقها من قبل الجيش العراقي بزعامه عبد السلام عارف والقضاء عليها[٧]، ان المعارضة في العراق تعد ظاهرة غير اعتياديه وذلك بسبب رؤيه السلطة الحاكمة ونظم الدكتاتورية وعدم السماح للمعارضة من ممارسة دورها في الحياه السياسية ،وان لا يعو رايها على راي الحكومة[٨] .

---

[١]- ليث عبد الحسن الزبيدي ،ثوره ١٤ تموز ١٩٥٨ في العراق ،دار الرشيد ،بغداد ،١٩٧٩ ص ٤٨٨

[٢] - مجيد خدوري، العراق الجمهوري، الدار المتحده للنشر ، بيروت ، ١٩٧٤ ،ص ١٧٩

[٣] -حامد البياتي ،شيعه العراق بين الطائفه والشبهات في الوثائق السريه البريطانيه عام ١٩٦٣ -١٩٦٦ ،ط١، مؤسسه النشر، لندن ١٩٧٩ ص ٢٥٩

[٤]- نوري عبد الحميد واخرون ،مصدر سبق ذكره ،ص ٣٣

[٥]- ضياء علاوي عباس ،النظام السياسي العراقي في ظل الدستور ٢٠٠٥ ،جامعه بغداد كليه العلوم السياسية ،رساله ماجستير غير منشوره ،٢٠١١ ص ٤٠ - ٤٣ .

[٦] - حنا بطاطو، مصدر سبق ذكره ،ص ٣١٧

[٧]--ماريون فاروق سلوغلت، من الثوره الى الدكتاتوريه العراق منذ ١٩٥٨ ، منشورات الجمل، المانيا ،٢٠٠٣ ص ١٣٨

[٨]- وصال نجيب و احمد عدنان ،العلاقه بين الحكومة والمعارضة في الدول العربيه ،مصدر سبق ذكره، ص ٥٦

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

وفي ١٣ نيسان عام ١٩٦٦ قضى عبد السلام عارف في تحطم طائره هليكوبتر ومن هنا انتقلت السلطة الى اخيه عبد الرحمن عارف الذي تم انتخابه من قبل مجلس الوزراء غير المنتخب والمعين من قبل الرئيس الراحل عبد السلام عارف[١]، لم تتمتع حكومة عبد الرحمن عارف بخبره واسعه في الحياه السياسية اذ كانت في عجز واضح مما ادى الى قيام بعض الحركات الاحتجاجية والانقلابات والاحزاب المعارضة والتنظيماته سريه اثرت على المشهد السياسي ولعبت المعارضة دورا هاما من عن طريق هذه الاحتجاجات والمظاهرات[٢] ، ومن اهم التنظيمات المؤتمر الوطني ومن اهم نشاطات هذا التنظيم السري المعارض اصدار نشره سريه باسم(الميثاق) اذ صدر اول عدد في كانون الاول عام ١٩٦٦ وكان شعارها (الوطن فوق الجميع) ومن هذه التنظيمات ايضا الحزب الاتحاد الثوري ومن اهم نشاطاته صدور النشرة السري في نيسان عام ١٩٦٨ هاجمت فيها سلطه ووصفتها بانها سلطه دكتاتورية قضت على الاحزاب الثورية[٣] .

وفي صبيحه ٣٠ حزيران عام ١٩٦٦ تم الانقلاب على حكومة عبد الرحمن عارف من قبل العميد الطيار عارف عبد الرزاق[٤]، وتم اخماد الانقلاب بنجاح وفي يوم ٣١ ايار ١٩٦٧ اصدر الرئيس عبد الرحمن عارف قرار العفو واطلاق سراح الضباط المشاركين في الانقلاب من بينهم العميد عارف عبد الرزاق[٥] .

وقد حاول الحزب الشيوعي ايضا من تنفيذ انقلاب على حكومة عبد الرحمن عارف وقام بتنفيذها احد قيادات الحزب الشيوعي (خالد زكي) الذي قام بحركه الناصرية المتمركزة في الاهوار والتوسع في وسط وجنوب العراق ،هاجم بعض مراكز الشرطة واستولى على اسلحتهم خاض معارك بسيطة ،وقت استخدام الاعلام بهدف تحريك مشاعر الراغبين الى التحاق بالثورة عن طريق (المعارضة الوطنية) الداخلية للحزب الشيوعي[٦] ،وقد حاول الحزب الديمقراطي الكردستاني الالتحاق بالثورة عن طريق الاتصالات مع المعارضة الوطنية الشيوعية[٧] .

شهدت هذه المرحلة كثيرا من التطورات المهمة من خلال المعارضة للحكومة القائم ومحاولات انقلاب وتعد هذه بداية للنظام الدكتاتوري الذي استطاع الوصول الى الحكم عن طريق انقلاب ١٧ تموز

[١]- كمال ديب ،زلزال في ارض الشقاق العراق ١٩١٥ ، دار الفارابي ،بيروت ،٢٠٠٣، ص٩٠
[٢]- محمد عبد الرحمن عريف ،عارف عبد الرزاق ابو الانقلابات العسكريه في العراق ،شبكه المعلومات الدوليه ٢٠١٨.
[٣]- زينب عبد الحسن الزهيري، عبد الرحمن عارف ودوره السياسي في العراق ١٩٦٦ -١٩٦٨ ، دار اسامه للنشر والتوزيع عمان ،ط١، ٢٠١٢ ص ١٤١ - ١٤٠
[٤]- جمال مصطفى ،انقلابات فاشله في العراق، المكتبه شرقيه ،عمان ٢٠١٢ ص٨.
[٥]زينب عبد الحسن الزهيري ،عبد الرحمن عارف ودوره السياسي في العراق من ١٩٦٦ -١٩٦٨ مصدر سبق ذكره ،ص ٧٨ - ٨٥
[٦]سيف الدين الدوري انقلابات العسكريه والصراعات على السلطة في العراق الجمهوري دار الحكمه لندن الطبعه الاولى ٢٠١٩ صفحه ٢٠٥ الى ٢١٠
[٧]- سيف الدين الدوري ،القلابات العسكريه والصراعات على السلطة في العراق الجمهوري، مصدر قد سبق ذكره ، ٢٠٠٤ ،ص ٢١٥ .

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

عام ١٩٦٨ الذي استمر حتى عام ٢٠٠٣ ،وبدخول القوات الأمريكية للعراق واسقاط النظام الحاكم في ٩ نيسان ٢٠٠٣ ومن اهم الاحداث التي مرت بها هذه الحقبة الغاء دستور ٢٩ نيسان عام ١٩٦٤ ليحل محله الدستور العراقي المؤقت الذي صدر في ٢١ ايلول عام ١٩٦٨ ،والذي تكون من ٩٥ ماده موزعه على خمسه ابواب ومقدمه[١] .

ومن اهم الاحداث التي حدثت هي عدة انقلابات ومن بينها محاوله الانقلاب الفاشل من قبل اللواء الركن عبد الغني الراوي في عام ١٩٧٠ [٢]، وكذلك محاوله ناظم كزار الانقلابيه في ١٩٧٣ وفشلت هذه المحاولة ايضا وتم اعدام ناظم كزارمع ٣٢ شخصا [٣] .

اعلن الرئيس احمد حسن البكر في ١٦ تموز عام ١٩٧٩ ، عن تنحيه عن الحكم لصالح النائب صدام حسين واخذ نظام الحكم طابعا دكتاتوريا اذ لم يسمح صدام حسين باي معارضه ضد حكمه[٤] .

وفي ٢٢ تموز ١٩٧٩ قام (صدام حسين) بارتكاب اول مجزره في قاعة الخلد و تم تصفيه بعض رفاقه من قيادات حزب البعث خوفا من التامر ضده[٥]، ان النظام الحاكم قام بتصفيه جميع الاحزاب المعارضة له ،و التي تعمل بصوره سريه داخل العراق ،وحتى حزب البعث لم يسلم من هذه التصفيات فان معظم الاحزاب حولت عملها الى خارج العراق خوفا من بطش نظام الحكم بها ،ومن ضمن هذه الاحزاب حزب الدعوة الاسلامية الذي قام بشن هجمات متقطعة داخل الاراضي العراقيه لا سقاط النظام انذاك ، وقد شاركت ايضا الاحزاب الإسلامية مثل المجلس الاعلى الاسلامي بجناحيه العسكري وتسلل الى داخل العراق ،و القيام بهجمات عسكريه للإطاحة بالنظام الدكتاتوري ولكن كل هذه المحاولات باءت بالفشل بسبب قمعية النظام انذاك ،ففي بداية التسعينات من القرن الماضي تأسست مؤتمرات وفصائل معارضة وعقدت مؤتمرات خارج العراق منها مؤتمر بيروت عام ١٩٩١ والمؤتمر الوطني في فيينا عام ١٩٩٢ و مؤتمر نيويورك عام ١٩٩٩ و مؤتمر لندن عام ٢٠٠٢ ،ان جميع هذه المؤتمرات التي عقدت كانت غايتها الاطاحة بالنظام القائم مع انها قد فشلت في هذا الهدف لكنها كانت جريئة في نضالها وتصديها[٦] ، ومن الجدير بالذكر ان انتفاضات انتفاضه كرديه جرت في ١٤ اذار عام ١٩٩١ اعلنت رفضها للنظام[٧] ،

---

[١]- نوار سعد محمود الملا ,العراق بين العهدين الملكي والجمهوري ١٩٢٠ -٢٠٠٣ ،كليه الاداب والعلوم جامعه الشرق الاوسط ،رساله ماجستير غير منشوره، ٢٠١٠ ص ١٥٥

[٢]- محسن جبار العارضي ،نافذه على التاريخ السياسي العراقي المعاصر ،حقوق الطبع محفوظه للمؤلف ،بغداد ٢٠١٢ ص٦٥

[٣]- شامل عبد القادر ،ناظم كزارسيره اقوى مدير امن عام في تاريخ العراق السياسي الحديث ١٩٦٨- ١٩٧٣ واثار القلاب الفاشله ،مكتبه المجله ،بغداد ط٢، ٢٠١٥ ص ١٨٤ - ٢٠٥

[٤] - جمال اديب ،زلزال في ارض الشقاق :العراق ١٩١٥ - ٢٠١٥ ،دار الفارابي ،بيروت ٢٠٠٣ ص ١٢٧

[٥] - وسيم رفعت عبد المجيد ،العراق الانقلابي الانقلابات الناجحه والفاشله في العراق ١٩٢١- ٢٠٠٣ ،مصدر سبق ذكره ص ٢٠١

[٦]- بان علي كاظم، المعارضة البرلمانية في النظام السياسي العراقي بعد عام ٢٠٠٣ الواقع والمستقبل ،جامعه بغداد كليه العلوم السياسية ،رساله ماجستير غير منشوره ٢٠١٣، ص ٧١ - ٧٢

[٧]- عبد الرحمن سليمان الزيباري ،الوضع القانوني لاقليم كردستان العراق في ظل القواعد القانونيه الدولي العام، دراسه تحليليه ناقده، مؤسسه مو كرياني للطباعه والنشرن اربيل ٢٠١٢ ص ٤٠٥ -٥٠٦

واستطاعت الانتفاضه السيطرة على المحافظات الشمالية مثل كركوك واربيل ودهوك وسليمانية الا انها لم تدم طويلا وتم قمعها من قبل النظام الدكتاتوري في ٢٨ لسنه ١٩٩١[١]، وكذلك الانتفاضة الشعبانيه في شهر اذار عام ١٩٩١ التي قام بها الشعب العراقي ضد النظام الدكتاتوري الحاكم وسيطرت الانتفاضه على ١٤ محافظه في جنوب ووسط العراق والشمال ايضا ولم تسلم هذه ايضا من القمع والتصفيه باستخدام ابشع الوسائل العسكريه والإبادات الجماعية ضد الشعب العراقي من قبل النظام البعثي وتم السيطره عليها ومما تقدم يتضح انعدام وجود المعارضة البرلمانية في العراق بسبب طبيعه النظام القائم في تلك المرحله فضلا عن انعدام وجود البرلمان وان وجد فانه يكون صوريا وشكليا وهذه نتيجة للأنظمة الدكتاتورية التي لا تسمح بالتعددية الحزبية[٢].

تميزت الحياه السياسية بالتعددية الحزبية وظهرت بوادر المعارضة البرلمانية من مطلع القرن العشرين ولقد كان دورها فاعلا ومؤثرا في الحياه النيابيه بسبب وجود النظام النيابي وقد اقدمت هذه الظاهرة بسبب التغير الذي شهد العراق في سنه ١٩٥٨ وهذه هي بدايه النظام الجمهوري بالعراق وامتد الى استلام حزب البعث زمام السلطة السياسية وهيمنه الحزب الواحد على سلطه ٢٠٠٥[٣] ، واستمرارها حتى سقوط النظام الدكتاتوري ٩ نيسان ٢٠٠٣ وفي هذه المرحلة شهداء العراق انفتاح واسعا لتأسيس الاحزاب السياسية والجمعيات .

الا انه قد افرد الحرمان السياسي ولاده فوضى حزبيه وصلت الى تاسيس مئات الاحزاب والجمعيات وقد قدرت اعدادها في الانتخابات ٣١ كانون الثاني ٢٠٠٥ باكثر من ٢٠٠ حزب سياسي وكيان وقد تصاعدة اعداد الاحزاب في العراق حتي وصلت ٣٠٠ كيان او حزبا في انتخابات ١٥ كانون الاول ٢٠٠٥[٤]، نظرا لوجود تنوع في النسيج الاجتماعي ، لذلك فالتجانس الاجتماعي، و الاجتماع السياسي هما شرطان اساسيان للديمقراطية وهذا الكم الهائل من الاحزاب قد ولد الديمقراطية التوافقية (المحاصصة)الذي تشكلت حكومة ٢٠٠٥ على اساس التوافق السياسي وتقسيم المناصب السيادية حسب هذا توافق وليس من خلال الاستحقاق الانتخابي لذلك لا نرى وجودا لاي معارضة برلمانية او سياسيه ومن هنا نصل الى احد اسباب غياب المعارضة البرلمانية في العراق فكل الكتل الفائزة حاولت الوصول الى المناصب وتقسيم

[١] - مكرم الطالباني ،مراحل تطور الحركه القوميه الكرديه نمؤسسه حمد للطباعه والنشر ،السليمانيه ٢٠٠٩ ص ٥٨٠ - ٥١٣

[٢]- سلمان رشيد محمد الهلالي، الانتفاضه الشعبانيه في العراق عام ١٩٩١ ، شبكه المعلومات الدوليه متاح على الرابط http://www.ahewar.org/debat/show.art.asp=٢٠١٩

[٣]- فاتن محمد رزاق ،واقع ومستقبل التعدديه السياسية في العراق بعد التغيير، نشرة الرأي الاخر، شهر نيسان، كليه العلوم السياسية جامعه المستنصريه، ٢٠١٤ ص ٣٠

[٤]- نغم محمد صالح، التعدديه الحزبيه في العراق ومتطلبات نجاحها ،مجله العلوم السياسية ،العدد ٣٥ ،كليه العلوم السياسية بغداد ،٢٠٠٨ ص ٢١٢ .

الغنائم السلطوية[١]، فضلا عن ذلك ان الساسة العراقيون لم يفهموا من المعارضة الى الرفض والنقد والتعالي وذلك بسبب النقص الواضح في الثقافه السياسية فكيف لنا ان نفسر وجود رئيس جمهوريه كردي ونائبيه الاول شيعي والثاني سني و ان يكون رئيس وزراء العراقي شيعي ونائبيه الاول كردي والاخر سني حتى في المجلس التشريعي يكون رئيس المجلس سني ونائبه الاول شيعي والثاني كردي ومن هنا نلاحظ تقسيم القائم على توزيع المناصب بينهم من خلال المشاركه وطنيه ،وهذا ما ما يعكس لنا غياب المعارضة البرلمانية بسبب توزيع المناصب على كل الاطراف ان الانتخابات في كل دول العالم تقوم على مبدأ الربح والخسارة والخاسر يكون معارضة اما في العراق لا توجد خسارة في الانتخابات وذلك لان تقسيم الحكومة والمجلس التشريعي يتم على اساس مذهبي او طائفي وهذا كله بحجه مشاركه جميع الطوائف والمذاهب في تشكيل الحكومة[٢]، ان الوضع القانوني للمعارضة اما ان يكون شرعيا او غير شرعيا فالمعارضة غير شرعيه ان تعترف الحكومة بوجودها وشرعيتها و تسمح لها بالمشاركه عن طريق النخب السياسية والقوى التي انخرطت في العمليه السياسية ، او عن طريق المؤسسات ويمكن عملها او معارضتها على بعض القرارات الجزئية وتصحيح مسار الحكومة والمجلس التشريعي واما المعارضة غير الشرعيه فهي التي تعدها الحكومة غير شرعيه ، لانها ترفض العمليه السياسية برمتها ولا تريد حتى المشاركه فيها[٣] .

لقد لعبت الاحزاب السياسية دورا اساسيا وواضح، وخصوصا في الأنظمة الديمقراطية التي تقوم على طابع التعددية السياسية[٤] ، أي ان وجود المعارضة التي يمكن بواسطتها مراقبه السلطة و الاداء الحكومي وتصحيح مسارها و البت بأهم القضايا المصيرية[٥] ، لأنها تحقق التوازن بين السلطتين من خلال مراقبه العمل البرلماني وذلك لان أي نائب من النواب يستطيع الحصول على الوثائق القانونية والمعلومات في مختلف المجالات من اي جهة رسميه او حكومية دون قيد او شرط وهذا يساعد في الوصول الى الحقيقة وكشف ملفات الفساد او سرقه المال العام عن طريق المراقبه في كافه المجالات[٦].

ان عدم وجود معارضه واضحه داخل المجلس النيابي في العراق ،الا في بعض الحالات من رفض بعض القرارات والقوانين الصادرة من قبل المجلس التشريعي هذا لا يعني ان هناك معارضه حقيقيه بل هي خلافات على مسائل معينة بين الاحزاب والكتل داخل المجلس النيابي ومن هنا يمكن الاستشهاد ببعض الخلافات التي حصلت بين الحكومة الاتحادية واقليم كردستان بسبب الخلاف الواضح على

[١]- عبد الجبار احمد عبد الله ،العراق بين السياسه الانتخابات سياسه الانتخاب وانتخاب السياسه ,مجله العلوم السياسية ,العدد ٣٣ كليه العلوم السياسية ،جامعه بغداد ٢٠٠٦ ص ١٩٥

[٢]- احمد يحيى الزهيري، الدور الرقابي للبرلمان العراقي بعد عام ٢٠٠٣ ،مكتبه السنهوري، بيروت، ٢٠١٦ ص ١٧٥- ١٧٧

[٣]- احمد يحيى الزهيري مصدر المصدر نفسه

[٤]- ماجد محي الفتلاوى، المشاركه السياسية والاليات والعوامل المؤثره ،دار الرأيه للنشر ،بابل ص ١٣

[٥]- عبد الحليم عبد الجليل، ازمه المعارضة في النظام السياسي المعاصر ،المكتب الجامعي الحديث ،الاسكندريه ٢٠١٣ ص٥٣

[٦]- نصير ابراهيم على، دور البرلمان والاجهزه الرقابية في مكافحه الفساد الاداري، مركز الدراسات العربيه، مصر ٢٠١٩ ص ١٢٠

المناطق المتنازع عليها في حكومة ٢٠١٠[١] , والتصدي لبعض القرارات من قبل الكتل السياسية ، ورفضهم لبعض القوانين والمقترحات في المجلس النيابي وهذا لا يعد معارضه حقيقيه بقدر ما هو تبويب لمصالح الكتل والاحزاب داخل البرلمان[٢] .

الخاتمة :

في ختام بحثنا توصلنا الى جملة من الاستنتاجات والتوصيات وهي كالاتي :

الاستنتاجات :

١- ان العراق بحاجه ماسة الى وضع استراتيجية لنشر الوعي السياسي من خلال تدعيم مفهوم الديمقراطية وثقافة قبول الاخر و قبول التعددية المجتمعية لأغراض تغيير جذري للمعضلات التي تم توارثها من النظام الدكتاتوري السابق.

٢- من اجل الالمام بالصياغات القانونية والفنية وكيفيه تفسيرها ،لابد من دورات تأهيلية لا عضاء البرلمان الجدد ليمكنهم من صياغة القوانين وتشريعها .

٣- يجب ان تكون المعارضة حتميه لان دورها رقابي و تقويمي ولتوازن الهيمنة داخل مجلس النواب ،وهي ليست اقلية بسبب واجباتها ثقيلة المتمثلة بالرقابة على الحكومة .

٤- يجب تركيز المعارضة بجزبين او اكثر لتقوية عملها في الرقابة الحكومية، وتحقيق الاهداف المطلوبة لتصحيح مسار الحكومة من خلال مراقبة الاعمال و كشف الفساد .

٥-المهم في كون الديمقراطية انها تفرز اغلبيه لتقوم بمهام تشكيل الحكومة واقليه تكون معارضه ، وهذا ما تحققه والانتخابات ومن حق اي حزب ان يقوم بعمل المعارضة وهذا حق كفله الدستور العراقي .

٦- اذا تتبعنا دور المعارضة البرلمانية داخل النظام السياسي في العراق منذ تاسيس الدولة العراقية ونشوء اول مجلس نواب عراقيين نلاحظ وجود معارضة برلمانية في الحقبة الملكيه ، صحيح انها ضعيفه نوعا ما لكنها مؤثرة في بعض القرارات الهامة، وعند الانتقال الى الجمهوريات الاربعة نلاحظه غياب دور المعارضة البرلمانية بسبب عدم السماح بولادة معارضة، ويعود السبب الى تغير النظام من نظام برلماني الى نظام دكتاتوري عسكري .

٧- ان من معوقات انعدام المعارضة البرلمانية هي حكومة الشراكه الوطنيه التي تسمح لجميع الاحزاب المشاركه في الحكم وتقسيم المناصب بينها ،ان اهم مبدا في الانتخابات هو الربح والخسارة وبسبب

[١]-رحيم ابراهيم الحمراني، معوقات تطبيق النظام البرلماني في العراق بعد عام ٢٠٠٥ ،اطروحه دكتوراه غير منشوره ،معهد العلمين للدراسات العليا، النجف الاشرف ٢٠١٨ ، ص٧٨٢

[٢]-١١٤ صادق احمد علي يحيى الاستجواب تواسيل الرقابه البرلمانية على اعمال الحكومة دراسه مقارنه المكتب الجامعي الحديث الاسكندريه ٢٠٠٨ صفحه ١٥٦ الى ١٥٧

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

الشراكه الوطنيه اصبح الكل الفائزا في الانتخابات، وهذا عطل دور هام في البرلمان هو انعدام وجود خاسر ومن ثم انعدام وجود معارضة برلمانية، وهذا ادى الى ضعف سيطرة البرلمان وانعدام الرقابة على الحكومة، لان جميع الكتل مشاركه في السلطة التشريعية وفي السلطة التنفيذية ومن ثم عدم قدرة هذه الكتل على مساءله ممثليها ، لانهم تابعون الى هذه الكتل مما يجعل برلمان غير قادر على محاسبة الحكومة بسبب المحسوبيه والمجاملات اضافة الى غياب واضح للمعارضة البرلمانية وان وجدت تكون ضعيفه وفردية.

٨- ضمن الدستور العراقي ٢٠٠٥ حق وجود معارضة برلمانية عن طريق نصوصه و احترام التعددية السياسية و حق السؤال والاستجواب وسحب الثقه من النائب في حين ثبت عليه الفساد ، ولكن بسبب المحاصصة السياسية والديمقراطيه توافقيه انعدم وجودها ، صحيح انها وجدت معارضة برلمانية احتضنها تيار الحكمه في الاونة الاخيرة .

٩- ادى غياب المعارضة البرلمانية ما بعد ٢٠٠٥ الى اعتماد الديمقراطية التوافقية والمحاصصة الطائفية و العراقية ، و هذا ما جعل النظام العراقي هشا لانه اصبح اساس لتشكيل الحكومات المتعاقبة، ان نظام التمثيل النسبي لم يفرز اغلبية متجانسة ومنسجمة، فضل على انه ادى الى ائتلافات غيرقادرة على ادارة الدولة .

التوصيات :

١- تفعيل دور المعارضة البرلمانية لضمان مراقبه السلطة التنفيذيه من قبل السلطة التشريعية .

٢- تجنب العمل في الديمقراطية التوافقيه والابتعاد عن المحاصصة

٣- العمل على نشر الوعي والثقافة السياسية في المجتمع العراقي .

٤- العمل على تنظيم الاحزاب وتقليل من كثرتها المفرطة.

٥- ضرورة الاخذ بالحسبان على تطوير النظام الانتخابي مع مراعاة ان تكون هناك انتخابات تتسم بالشفافية والنزاهة.

٦- لا بد من معالجه ضعف الاداء التشريعي وتطوير قدرة النائب عن طريق زجهم في دورات تاهيليه .

٧ - العمل على معالجه ضعف الاداء الخدمه عن طريق مراقبه القطاع الخدمي وتفعيل الرقابه عليه.

٨ - العمل على تفعيل الاداء الرقابي من خلال مراقبه العمل الحكومي .

٩- ضرورة معالجة حالات الفساد والحد من انتشارها من خلال مراقبه المؤسسات الحكومية عن طريق توفير من شان متخصصة لمعالجة قضايا الفساد.

الكتب:

١- مختار الصحاح محمد ابن ابي بكر بن عبد القادر الرازي مختار الصحاح دار الكتب العربي بيروت ١٩٨٢
٢- يوسف معلوف، منجد اللغه ،دار السلام للنشر ،الطبعة الخامسة والثلاثون، طهران،١٩٩٦ ،.
٣- يوسف معلوف ،المنجد في اللغة العربية ، دار الشرق طبعه ٢ ،بيروت ٢٠٢١ .
٤- احمد مختار عمر، اللغة العربية المعاصرة ،علم الكتاب، القاهرة ٢٠٠٨ ،
٥- عبد الحكيم عبد الجليل المغشي، ازمه المعارضة في النظم السياسي المعاصرة ،المكتب الجامعي الحديث ، الإسكندرية ,٢٠١٢
٦- اشرف مصطفى توفيق، المعارضة ،دار العربي للنشر والتوزيع ،القاهره ١٩٧٩
٧- احمد سعيفان ،قاموس المصطلحات السياسيه والدستوريه، مكتبة لبنان ، بيروت ،٢٠٠٤
٨- عصام سليمان ،مدخل المعارضة الى علم السياسة ،دار النضال للطباعة ،بيروت الطبعة الثانية ١٩٨٩
٩- حسان محمد شفيق العاني ،الانظمه السياسية والدستوريه المقارنه مطبعه التعليم العالي ،جامعه بغداد ١٩٨٦ - ،

الدراسات والبحوث :

١- اسماعيل الشطي ،عبد الاله بلقزيز، المعارضة والسلطه في الوطن العربي، ازمه المعارضة السياسيه العربيه ،يصدرها مركز دراسات الوحده العربيه، بيروت الطبعه الاولى ،٢٠٠١ ،
٢- احلام حسين جميل ،الافكار السياسية للاحزاب العراقيه في عهد الانتداب عام ١٩٢٢ الى عام ١٩٣٢ ،مكتبه المتنبي ،بغداد ١٩٥٨
٣- اوريل دان، العراق في عهد قاسم تاريخ تاريخ سياسي ١٩٥٨ -١٩٦٣، ترجمه جرجيس فتح الله ،دار النيل للطباعه والنشر ،السويد، ١٩٨٩
٤- احمد يحيى الزهيري، الدور الرقابي للبرلمان العراقي بعد عام ٢٠٠٣ ،مكتبه السنهوري، بيروت، ٢٠١٦,
٥- حافظ علوان حمادي ،المعارضة السياسية دراسه تحليليه لشروطها وظائفها' مجله العلوم السياسية ،جامعه جيهان ،السليمانيه ،المجلد الاول ،العدد الثاني ٢٠١٨،
٦- افين خالد عبد الرحمن، المجلس القانوني لعضويه البرلمان دراسه مقارنه ،المركز العربي ،القاهره ،ط١، ٢٠١٧ _
٧- حسين علوان البيح ،الديمقراطيه واشكاليه التعاقب على السلطة ،في مجموعه الباحثين، المسالة الديمقراطية في الوطن العربي ،الطبعه الاولى ، مركز دراسات الوحدة العربية ،بيروت ٢٠٠٠-
٨- حامد البياتي ،شيعه العراق بين الطائفه والشبهات في الوثائق السريه البريطانيه عام ١٩٦٣ -١٩٦٦ ،ط١، مؤسسه النشر، لندن ١٩٧٩
٩- خميس دهام حميد، المعارضة في اقليم كردستان العراق ودورها في ترسيخ الديمقراطية ،مجله دراسات دوليه ،مركز الدراسات الاستراتيجية والدوليه، ٢٠١٤ العدد ٥٧
١٠- سربست مصطفى رشيد، المعارضة السياسية والضمانات الدستورية لعملها ،مؤسسه موكرياني للبحوث والنشر، دهوك طبعه الاولى ٢٠١١،
١١- عماد صلاح عبد الرزاق ،الفساد والاصلاح السياسي ،رساله ماجستير غير منشوره ،كليه العلوم السياسية جامعه ،بغداد ٢٠٠٠ .

١٣- فراس الجوراني، المعارضة السياسية بين المصالح العامه والمصالح الشخصيه ،الموقع الالكتروني وكاله الانباء براثا، العدد بلا ، ٢٠١٩ –
١٤- فاضل الصفار ،الحريه السياسيه دراسه مقارنه في المعالم والضمانات ،دار العلوم للتحقيق والطباعه والنشر، الطبعه الاولى ، بيروت ،٢٠٠٨ .
١٥- قيس جواد علي الغريري ،موقف البلاط الملكي من نشاط الاحزاب السياسية ١٩٢١- ١٩٣٩ ،المجله السياسية الدوليه ،كليه العلوم السياسية جامعه المستنصريه ،بغداد العدد الاول ٢٠٠٥.
١٦[١]- عمر هاشم ربيع ،الرقابه البرلمانية في النظم السياسية ،الدراسه في تجربه مجلس الشعب المصري ،مركز الدراسات السياسية والاستراتيجيه ،القاهره، ٢٠٠٢ ص ١٨، ص ٨٢ [١]
١٧-عبد الحكيم عبد الجليل ،محمد فايد المغني المغيشي ،المعارضة في الفكر السياسي الاسلامي الوضعي،مفهومها ،اهميتها ،واقعها ، دراسه مقارنه ،المكتب الجامعي الحديث ،الاسكندريه ٢٠٠٦ .
١٨-- عبد الجبار حسن الجبوري ،الاحزاب السياسية والجمعيات السياسية في قطر العراق ١٩٨٠-١٩٥٨ ، دار الخبره للطباعه ,بغداد ١٩٧٧
١٩- غسان العطيه، التنظيم الحزبي في العراق قبل الحرب العالميه الاولى، مجله دراسات عربيه، بيروت العدد ١٢، ١٩٧٢
٢٠- عامر حسن فياض ، الجذور الفكريه الديمقراطيه في العراق الحديث ١٩١٤ – ١٩٣٩، دار الشؤون الثقافيه العامه ، بغداد ٢٠٠٢ ،
٢١- محسن جبار العارضي ،نافذه على التاريخ السياسي العراقي المعاصر ،حقوق الطبع محفوظه للمؤلف ،بغداد ٢٠١٢
٢٠٠٦
٢٢- ناظم عبدالواحد الجاسور، موسوعه المصطلحات السياسيه والفلسفيه الدوليه ، الطبعه الاولى ،بيروت –لبنان، دار النهضه العربيه ٢٠٠٨

المصادر الاجنبية

Robert A. Dahl,polyarch ; participation and opposition,Now Haven , CT ;Yale - university ,1970 ,

مصادر الانترنت :

زارا مستو ،اهميه المعارضة في النظام السياسي ،الحوار المتمدن العدد ٣٣٦١ ، ٨-٣-٢٠١٢ شبكه المعلومات الدوليه http://www.ahewar.org/debat/show.art.asp?aid=298161&r=0

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

دور تكنولوجيا الإعلام والاتصال في تدعيم الأمن القانوني المعاملات الالكترونية نموذجا

The Role of Information and Communication Technology in Supporting Legal Security Electronic Transactions as a Model

أستاذ محاضر الدكتورة مرنيز فاطمة
جامعة غليزان/ الجزائر
fatima.merniz@univ-relizane.dz

ملخص:
أدى تأثير التكنولوجيات الحديثة على نشاط وسلوك الإنسان في مجال المعاملات القانونية إلى حقيقة أن استقرار تصرفاته القانونية وأمنها وتنظيمها أصبح مرتبطا بتلك التكنولوجيا، وبالتالي فتحقيق الأمن والاستقرار القانوني أصبح مرتبطا أولا بالأمن التقني والتكنولوجي، وثانيا أن تكون القواعد القانونية مؤكدة ومحددة في تنظيمها للمراكز القانونية، فالأمن القانوني يؤدي إلى إمكانية توقع الأفراد لنتائج أفعالهم سلفا.
كلمات مفتاحية: الأمن القانوني، التكنولوجيا، المعاملات الالكترونية، التوقيع، الكتابة.

Abstract:

The impact of modern technologies on human activity and behavior in the field of legal transactions has led to the fact that the stability, security and organization of his legal actions have become linked to that technology, and therefore the achievement of legal security and stability has become linked first to technical and technological security, and secondly, that the legal rules are certain and specific in their regulation of legal centers, so the legal security leads to the possibility of individuals foreseeing the results of their actions in advance.
Keywords: legal security, technology, electronic transactions, signature, writing

المقدمة:

لقد شهد العالم تطوراً تقنياً كبيراً في مجال الاتصالات وتبادل المعلومات، وقد فتح هذا الطريق لنوع جديد من المعاملات باستخدام وسائل الاتصال الحديثة، على وجه الخصوص شبكة المعلومات العالمية، وأصبح الإنترنت مركزًا تجاريًا يمكنه استيعاب الجميع سكان العالم[١]، ويسيطرون على غالبية الأعمال التجارية، والمعاملات التي تعتبر العقود جزءًا من المعاملات الإلكترونية.

وفي هذا السياق، صاحب التحول الرقمي في مجال المعاملات، مخاطر التظليل والاحتيال من قبل البائعين الإلكترونيين والمهنيين المتخصصين، مما يتطلب توفير الحماية الإلكترونية للمعاملات المدنية بما يتناسب مع هذا الوضع الراهن.

وهذا سيؤدي للقول، بضرورة وجود نوع من الثبات النسبي للعلاقات القانونية المستجدة واستقرار المراكز القانونية حتى يتمكن الأشخاص من التصرف باطمئنان في مواجهة القواعد والأنظمة القانونية القائمة بأعمالها وترتيب أوضاعهم على ضوئها، دون التعرض لتصرفات مباغتة تهدم توقعاتهم المشروعة وتزعزع استقرار أوضاعهم القانونية[٢]، وهذا ما يصطلح عليه بمبدأ الأمن القانوني باعتباره المدخل الرئيس لتأمين الأمن الاجتماعي والأمن الاقتصادي وما يتبعه من استقرار في المجال السياسي.

وعليه، الأمن القانوني مرتبط بإمكانية التنبؤ بالقانون، لأن القواعد القانونية تحكم التصرفات المستقبلية، فذلك يمكن الأشخاص من التنبؤ بالآثار القانونية لتصرفاتهم وأعمالهم ليمكنهم من الاحتياط والوقاية، بالتالي نشرها واحترام الإجراءات والشكليات عند التجائهم للقضاء حماية لحقوقهم ومراكزهم القانونية فهم واستيعاب النصوص القانونية[٣].

وبهذا، فإن كان العقد يبرم بين حاضرين ويتم تبادل الإيجاب والقبول في مجلس العقد، أصبح التعاقد يتم عبر شبكة الانترنت بين أشخاص لا يجمعهم مكان واحد، ولا يعرف بعضهم البعض في أغلب الأحيان. كما أن التوقيع على العقود شهد هو الآخر تطورا مذهلا بظهور التوقيع الإلكتروني الذي حل محل التوقيع المادي الملموس على الورق، لأنه نظرا لمتطلبات التجارة والعقود الإلكترونية كان محتما أن توجد صيغة أخرى للتوقيع تكون هي الأخرى إلكترونية، فظهرت أنواع شتى للتوقيع الإلكتروني كالتوقيع البيومتري والرقمي وغيرهما[٤].

وتأتي أهمية البحث حول الأمن القانوني في مجال المعاملات الالكترونية، تجسيدا من للمساعي الرامية إلى مواكبة الجزائر للتطورات التكنولوجية خلال البوابات الإلكترونية لتقديم الخدمات العمومية منها الخاصة بالأمانة العامة، البرلمان بغرفتيه، المركز الوطني للسجل التجاري...، وتلك المنظمة للانترنت كخدمة تقدمها وزارة البريد وتكنولوجيات الاتصال[٥]، والتشريع المنظم لشهادة التصديق على التوقيع[٦]، والنصوص التي يتضمنها القانون المدني المتعلقة بالكتابة والتوقيع الالكتروني[٧]، وتلك المتعلقة بالتجارة الالكترونية والمنظمة لطرق الدفع الحديثة[٨]، مع النصوص المحاربة للجريمة المعلوماتية[٩]، وغيرها من النصوص القانونية.

وعند هذه الأهمية، فإن الإشكال المثار في هذه الدراسة حول:كيف تساهم تكنولوجيا الإعلام والاتصال في تحقيق الأمن القانوني في مجال المعاملات الالكترونية؟ وللإجابة على هذه الإشكالية سيتم التطرق إلى دور تكنولوجيا الإعلام والاتصال في دعم مبدأ العلم بالقانون(الفرع الأول)، دور ها في تحقيق استقرار المعاملات القانونية(الفرع الثاني).

الفرع الأول: دور تكنولوجيا الإعلام والاتصال في دعم مبدأ العلم بالقانون

أدى تأثير التكنولوجيات الحديثة على القانون إلى استحداث مبادئ قانونية جديدة منها مبدأ النشر والإعلام والاتصال، الذي يتعين بموجبه على السلطة ترقية نشر القانون ليس فقط عبر إيصال الجريدة الرسمية على المخاطبين بالقانون، بل التحسيس بمضمون هذا القانون لأن عملية النشر في حد ذاتها هي عملية ديناميكية ذات اتجاهين هما الإرسال والاستقبال، ولا يمكن أن يتحقق الاتصال إلا بالنشر العمومي للقانون، و ليس أن تخاطب الدولة نفسها[١٠].

وعند هذه الأهمية، سيتم التطرق إلى المقصود بمبدأ العلم بالقانون (أولا) ثم النشر الإلكتروني للجريدة الرسمية وتحقيق فكرة العلم بالقانون(ثانيا).

أولا::المقصود بمبدأ العلم بالقانون

ولما كان تطبيق القانون مرتبط بفكرة العلم به، فلا يجوز ترك مسألة العلم بالقانون مرهونة بإرادة الأشخاص، إنما يجب اعتماد وسيلة قانونية كفيلة بحصول العلم و لو حكميا، حتى يمكن تطبيق القانون و وضع حد زمني لدخوله حيز التنفيذ، لأن العلم الحقيقي للقانون لا يمكن تحققه من الناحية الواقعية[١١].

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

ويترتب على ذلك، أن النشر كأهم شرط لتطبيق قاعدة لا يعذر بجهل القانون(أ)، وتطبيق القانون كنتيجة لحصول العلم بالقانون(ب).

أ: النشر كأهم شرط لتطبيق قاعدة لا يعذر بجهل القانون.

يقصد بالنشر إبلاغ مضمون القانون إلى الأشخاص المخاطبين بأحكامه، فهم المكلفين الالتزام به، فلا مناص من إعلامهم به حتى يوافقوا مسلكهم عليه، ذلك أنه لا تكليف إلا بمعلوم[١٢]، و القانون لا يكون معلوما لدى المكلفين به، إلا بعد إتاحة الفرصة للعلم به، لأن العدل والمنطق يقضيان بضرورة تمكين الأشخاص من العلم بالقانون حتى يسلكوا مسلكا موافقا لأحكامه، و حتى لا تكون في تطبيقه عليهم مفاجئة لهم.

وهذا ما تؤكده المادة 04 من القانون المدني الجزائري على أن: "تطبق القوانين في تراب الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ابتداء من يوم نشرها في الجريدة الرسمية. تكون نافذة المفعول بالجزائر العاصمة بعد مضي يوم كامل من تاريخ نشرها وفي النواحي الأخرى في نطاق كل دائرة بعد مضي يوم كامل من تاريخ وصول الجريدة الرسمية إلى مقر الدائرة ويشهد على ذلك تاريخ ختم الدائرة الموضوع على الجريدة"[١٣].

لذلك فنفاذ القانون يتطلب شرطين : **الأول** متعلق بالإعلام بوجوده و **الثاني** مرتبط بالزمان و هو مرور يوم كامل إما من النشر أو الوصول للدائرة من دون حساب اليوم الأول لأن اليوم فاصل زمني يمتد 24 ساعة فقد يتم النشر في أي وقت فيه وقد يتراخى إلى آخره، بالتالي لا يفترض علم الناس بالقانون الجديد من أوله بل في آخره . والتاريخ المعتمد عليه عند التطبيق هو .التاريخ الميلادي وليس الهجري تطبيقا للمادة 03 من القانون المدني.

ويترتب على ذلك، أن الوسيلة المعتمدة في النشر اليوم هي الجريدة الرسمية[١٤] للدولة، وهي جريدة خاصة تصدرها الدولة لنشر مختلف القوانين و التنظيمات، و ذلك قصد إعطائها الصبغة الرسمية من حيث مضمونها و من حيث إلزامها. وأنه لا تغني عن هذه الطريقة طرق الإعلان الأخرى المتعددة، كنشر القانون في الجرائد اليومية أو المجلات، أو الإعلان عنه بواسطة أجهزة الراديو أو التلفزيون أو الإلصاق في الأماكن العمومية، أو غيرها من الطرق الحديثة كالمواقع الإلكترونية وإن كانت تحقق العلم الواسع والإحاطة بأحكامه[١٥].

ب: تطبيق القانون كنتيجة لحصول العلم بالقانون

يترتب على نشر القانون في الجريدة الرسمية، و مرور المدة المحددة لبدء نفاذه، وجوب تطبيقه على جميع الأشخاص المخاطبين بأحكامه، استنادا لمبدأ" عدم جواز الاعتذار بجهل القانون "[١٦] فبالرغم من رسوخ هذا المبدأ في مجال القانون،واختلاف الآراء بشأن تبرير عدم قبول الاعتذار بجهل القانون.

ويترتب على هذا المبدأ، أن الأشخاص يلتزمون بأحكام القواعد القانونية بمجرد نفاذها، و لا يمكن لأي أحد أن يتهرب من تطبيق أحكامها عليه، حتى و لو لم يعلم بها فعلا، فلا يقبل من أي مواطن مثلا أن يتحجج بجهله للقانون صدر أثناء غيابه عن الوطن، كما لا يستطيع شخص أ مي أن يتخلص من تطبيق القانون بحجة أنه لا يعرف القراءة، كما لا يستطيع أيضا الأجنبي الذي دخل الجزائر أن يدعي جهله القانون الجزائري في مجال معين لأنه يخالف القانون المعمول به في بلده.

و من الواضح، أن هذا المبدأ لا يتفق مع الحقيقة الواقعة بصورة كاملة، إذ ليس من المعقول أن يكون كل الأشخاص على علم بالقانون ولا يجهله أي أحد، لذلك يعتمد على العلم المفترض المستفاد من النشر في الجريدة الرسمية، و انقضاء المدة المحددة لبدء سريان القانون.

إن الحكمة من عدم قبول و عدم السماح للأشخاص بالاعتذار بجهل القانون واضحة، ذلك أن الجهل بالقانون خطأ، والخطأ لا يمكن أن يقبل كعذر أمام القضاء حتى لا يكون وسيلة للتهرب من الخضوع لحكم القانون أيا كان المبرر في ذلك كذلك أن القانون جاء للتطبيق، فإذا قبل الاعتذار بجهل القانون، فإن ذلك يؤدي إلى عرقلة تحقيق غاية القانون في حد ذاتها، حيث يلجأ الشخص إلى التذرع بجهله للقانون كلما تعارضت مصالحه الشخصية بوجوده، مما يتسبب في إضعاف دور القانون في المجتمع.

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

والواقع أن المبرر الحقيقي لهذا المبدأ هو احترام عمومية القاعدة القانونية، التي توجب تطبيق القاعدة على الأشخاص دون تمييز بين شخص عالم وشخص غير عالم، ذلك أن قواعد العدل تقتضي المساواة بين الأشخاص في تطبيق القانون، فلا يقتصر تطبيقه على البعض، بينما يعفى البعض الآخر من تطبيقه بحجة الجهل به، ويترتب على هذا المبدأ:

١- تحقيق المساواة بين الناس أمام القانون دون التحيز لشخص معين، لكن السعي لتحقيق المساواة يؤدي إلى الأخذ بعين الاعتبار بأغلبية الناس، إذ لا يمكن للمشرع أن يراعي كل حالة على حدا. **٢-** اعتبار القواعد القانونية عامة ومجردة يسهل تطبيقها، لأن الأشخاص يحترمون بسهولة القواعد إذا انطبقت على الجميع.

٣- وتحقق العمومية والتجريد غاية عملية، وذلك لأن من المستحيل عمليا إصدار قرارات فردية تنظم سلوك كل شخص على حدا.

كما أن المصلحة العامة تستوجب الأخذ بهذا المبدأ، إذ لو قبل الاعتذار بجهل القانون، فإن ذلك سيفتح الباب أمام الأشخاص للتملص من القانون بحجة الجهل به، وبالتالي من شأنه أن ينفى صفة الإلزام عن قواعده، إذ أنه يعلق أمر الإلزام على توافر العلم به.

ثانيا: النشر الإلكتروني للجريدة الرسمية و تحقيق فكرة العلم بالقانون

أن عملية تبسيط وتسهيل على الجمهور وصول الجريدة الرسمية والمعلومات القانونية مصادر المعلومة القانونية إلكترونية خدمة عامة مرتبطة بالأمن والاستقرار القانوني، وبالتالي يمكن القول وبشكل إيجابي بأن القوانين استطاعت اختراق المنازل، مما ينتج عنه تواجد أعذار أقل مقارنة بالماضي للتمسك بالجهل بالقانون وغالبا ما تكون تقنية.

كما أن كثرة القوانين والنصوص والتعديلات التي تطرأ عليها، تجعل البحث اليدوي العادي صعبا على رجل القانون والمواطن، بل ومستحيلا ويتطلب وقتا أطول، مما تصعب معه المعرفة القانونية على المواطنين العادين وحتى على رجال القانون المختصين، لما قد يترتب عنه مساس بالأمن والاستقرار القانوني.

وعند هذه الأهمية، أصبح من الضروري أن يكون النشر للجريدة الرسمية بنسخة عادية ورقية وأخرى الكترونية مع ضرورة تقديم ضمانات خاصة لتحقيق الأمن المعلوماتي، خاصة وأن الاضطلاع على الجريدة الرسمية يعد من الخدمات التي يقدمها موقع الحكومة المختص، فالدور الجديد الذي يمنح بإدراج النصوص في الشكل الالكتروني للجريدة الرسمية، ويتم توزيعها وبتها في نفس وقت للشكل المطبوع العادي، تعد صحيحة ولها القوة القانونية وتترجم إرادة الأخذ بعين الاعتبار تقنيات الاتصال والإعلام.

وبهذا، إن موقع أمانة الحكومة الجريدة الرسمية www.joradp.dz يضمن خدمة القوانين وتصفح الجرائد إما باللغة العربية باعتبارها الرسمية أو اللغة الفرنسية، وهما اللغتان المستعملتان في تحرير النصوص القانونية ونشرها في الجريدة الرسمية الورقية، أما النشرة الخاصة بمناقشات البرلمان بغرفتيه فهي تتواجد على بوابة المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة، والتي غالبا ما تساعد في تفسير القوانين وذلك لتشكيل ما يعرف ببنك أو قاعدة المعطيات القانونية[١٧].

ثم إن التأكيد على الرأي القائل أنه: "إذا كان الفرد لا يذهب إلى القاعدة القانونية فيجب على القاعدة القانونية أن تذهب إلى الفرد"، وبإعمال "مبدأ لا عذر بجهل القانون" يسمح من تاريخ نشره في بالموقع الإلكتروني للجريدة الرسمية، ولا يحتاج في هذا الشكل إلى أية مهلة، بل من اللحظة التي يودع فيها القانون في الموقع على سبيل المثال موقع www.joradp.dzالأمانة العامة للحكومة الجزائرية.

وبالإضافة إلى ذلك، أن الموقف الرافض لحجية النشر الإلكتروني للجريدة الرسمية، يقبلون بطريقة غير مباشرة الجريدة الرسمية الالكترونية، لأنهم لا ينكرون على الدولة أن تحسن استخدام الوسيلة المتاحة لها هي النشر الالكتروني للجريدة الرسمية.

ويرتب على ذلك، إن التسليم بمبدأ العلم بالقانون محققا بالنشر الالكتروني للجريدة الرسمية فكيف ينعكس ذلك على تحقيق الأمن القانوني للمعاملات الالكترونية ؟.

الفرع الثاني: دور تكنولوجيا الإعلام والاتصال في تحقيق استقرار المعاملات القانونية

اختلفت الآراء الفقهية حول الأخذ بالكتابة الإلكترونية الرسمية بين اتجاه معارض لانعدام إمكانية تدخل الضابط العمومي في مثل هذه التصرفات. واتجاه مؤيد يدعم السعي إلى عصرنة الإدارة والتسهيل على أصحاب المشاريع، عن طريق منح موقع إلكتروني للموثقين، بحيث يمكنهم الاتصال بالعملاء وتحرير تصرف إلكتروني رسمي.

وعند هذه الأهمية، سيتم التطرق إلى شروط صحة المعاملات الالكترونية(أولا)، ثم متطلبات شهادة التصديق الالكتروني(ثانيا).

أولا: شروط صحة المعاملات الالكترونية

رغم اعتراف القانون الجزائري بحجية الكتابة الإلكترونية بشروط معينة، خاصة التأكد من هوية الشخص الذي أصدر الكتابة، وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها، وهذا من خلال التطرق إلى شروط صحة الكتابة الالكترونية(أ)، ثم التوقيع الالكتروني(ب).

أ:شروط صحة الكتابة الالكترونية

لم يعرف المشرع الجزائري الكتابة الالكترونية في القانون المدني، وإنما عرف الوثيقة الالكترونية في الفقرة الأولى من المادة الثانية من المرسوم التنفيذي رقم١٦/١٤٢[١٨]الذي يحدد كيفية حفظ الوثيقة الموقعة الكترونيا بأنها:" مجموعة تتألف من محتوى وبنية منطقية وسمات العرض، تسمح بإعادة تمثيلها واستغلالها من قبل الشخص عبر نظام الكتروني".

١. شرط القابلية للقراءة وإمكانية الاطلاع

ويقصد بهذا الشرط، أن تكون الحروف والأشكال المكونة للمحرر الالكتروني ذات دلالة مفهومة ومقروءة مع إمكانية الاطلاع عليها في أي مرحلة سواء عند إنشاءها أو إعادة استرجاعها بعد حفظها.

٢. شرط الحفاظ على سلامة المحرر الالكتروني

يقصد بهذا الشرط إمكانية الاحتفاظ بالمحرز الالكتروني في شكله الأصلي بالاتفاق بين الأطراف المعنية، لتمكين الإدلاء أو به العمل به كإثبات للمعاملة بينهم. وقد أشار المشرع الجزائري إلى هذا الإجراء في الفقرة الأخيرة من المادة ٣٢٣ مكرر ١ من القانون المدني,[١٩]

٣. شرط إمكانية تحديد هوية مصدر المحرر الالكتروني

يقصد به وجوب تعيين الشخص الذي ينسب إليه المحرر بصورة قاطعة، وعادة ما يتم ذلك عن طريق التوقيع الالكتروني الذي يعتبر شرط أساسي لثبوت المحرر للموقع ، وبدونه لا يكون للمحرر أي قيمة قانونية، وهو ما أكدته المادة ٦ من القانون ١٥-٠٤ المؤرخ في ٢٠١٥/٠٢/٠١ المحددة للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الالكترونيين[٢٠] والتي جاء نصها كما يلي: "يستعمل التوقيع الالكتروني لتوثيق هوية الموقع و إثبات قبوله مضمون الكتابة في الشكل الإلكتروني".

ب:شروط صحة التوقيع الالكتروني

أن التوقيع الإلكتروني وسيلة حديثة لتحقيق شرط الرضاء من جانب صاحبه بانصراف إرادته للالتزام بمضمون ما وقع عليه، وأنه ينشأ عبر وسيط إلكتروني. و يختلف التوقيع الإلكتروني[٢١] عن التوقيع التقليدي من نواح عدة، وجوهر اختلافهما يكمن في الوسيط أو الدعامة التي يدون عليها، فبينما يدون التوقيع التقليدي على وسيط ورقي، فالتوقيع الإلكتروني يدون على وسيط إلكتروني من خلال أجهزة الحاسب الآلي عبر الإنترنت.

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

أما من ناحية الشكل أيضا، فالتوقيع التقليدي صوره محددة وهي الإمضاء، أو البصمة أو كلاهما، أما التوقيع الإلكتروني فله صور عدة، شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات مدرجة بطريقة إلكترونية ضوئية رقمية.

كما اعترف المشرع الجزائري بحجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات في المادة 327 من القانون المدني المعدل بالقانون رقم ١٠/٠٥ حين نصت:"... ويعتد التوقيع الإلكتروني وفق الشروط المذكورة في المادة ٢٢٣ مكرر١ المذكورة أعلاه". وعرفته المادة ٣ من المرسوم التنفيذي رقم ١٦٢/٠٧ المؤرخ في ٢٠٠٧/٥/٩ على انه:" معطى ينجم عن استخدام **أسلوب عمل** يستجيب للشروط المحددة في المادتين 323مكرر و 323 مكرر 1 من القانون المدني والمتمثلة في تسلسل لحروف أو أرقام وأوصاف أو رموز ذات معنى مفهوم تساعد على التأكد من هوية صاحبها معدة و محفوظة ضمن ظروف تضمن سلامتها.

أما بموجب القانون ٠٤/١٥ المتعلق بالتوقيع والتصديق الالكترونيين، فقد عرفته المادة ٢ /١بانه:" بيانات الكترونية في شكل الكتروني مرفقة أو مرتبطة منطقيا ببيانات الكترونية أخرى" وحددت المادة ٦ منه استعمالات التوقيع الالكتروني بقولها:"يستعمل التوقيع الإلكتروني لتوثيق هوية الموقع وإثبات قبوله مضمون الكتابة في الشكل الإلكتروني".

ولكي يعتد بالتوقيع الالكتروني لابد من توافر شروط[٢٢]، يمكن إجمالها في:

١.أن يكون التوقيع مميزا لموقعه

يجب أن يكون التوقيع دالا على شخصية صاحبه ومميزا له عن غيره حتى يعتد بالتوقيع في الإثبات لمضمون المحرر، على خلاف التوقيع الإلكتروني الذي يتم إجراءه عبر الانترنت، حيث أصبحت التقنيات التكنولوجية توفر الترتيبات اللازمة لتحديد شخصية الموقع، والتحقق أن التوقيع صدر عنه فعلا باستخدام مفاتيح الشفرة توضع المحررات الالكترونية وشهادات التصديق الصادرة من جهات مرخص لها بذلك..

٢. أن يكون التوقيع شخصيا

أن الشخص يضع توقيعه بنفسه شخصيا، فإذا وقع المحرر شخص آخر فلا يعتد، والسبب في ذلك أن العبرة بكون ذلك التوقيع مميزا لشخصية صاحبه و يعبر عن هويته وإرادته في الالتزام بمضمون السند.

٣ .أن يترك أثرا مقروءا و دائما.

التوقيع الالكتروني ميزته أن له عدة صور، كالتوقيع الرقمي أو البيومتري أو التوقيع بالقلم الالكتروني... .

٤.أن يكون متصلا مباشرة بالمحرر.

بمعنى أن يكون التوقيع متضمنا في المحرر، وعادة ما يوضع التوقيع في آخر المحرر حتى يكون منسحبا لجميع البيانات الواردة فيه، مادام يدل دلالة واضحة على إقرار الموقع بمضمونه، واعتماد التوقيع في الإثبات حتى ولو وضع في أعلى الصفحة.

٥.أن يتم إنشاء التوقيع على المحرر الإلكتروني بواسطة آلية مؤمنة.

عرف المشرع الجزائري آلية التوقيع بأنها:" جهاز أو برنامج معلوماتي معد لتطبيق بيانات إنشاء التوقيع الالكتروني". أي أن تكون أداة أو آلية إنشاء التوقيع الإلكتروني مؤمنة، وذلك بتوافر مجموعة من **الشروط والمتطلبات تتمثل في مجملها في:**

- لا يمكن إنشاء بيانات التوقيع أكثر من مرة، ويجب أن تكفل وتضمن سرية هذه البيانات.
- لا يمكن استنباط بيانات التوقيع أو تقليدها.
- يجب حماية بيانات التوقيع من الموقع ضد أي استعمال من الغير.

وإجمالا، المشرع الجزائري لم يفصل في تحديد مواصفات التوقيع الإلكتروني، بل جعل الاعتداد به مرتبط بالشروط التي تم تحديدها في المادة 323 مكرر 1 من القانون المدني، و حتى المرسوم التنفيذي

الذي حاول تحديد المقصود بالتوقيع الإلكتروني و خدمات التصديق الإلكتروني لم يفصل في أحكامها بل ربطها أكثر بالأساليب التقنية من جهاز لإنشاء التوقيع، و أساليب تقنية لفحص التوقيع.

ثانيا: متطلبات شهادة التصديق الالكتروني

يلعب التوثيق الإلكتروني دورا أساسا المعاملات الإلكترونية، فل يمكن تحقيق نتائج عملية في مجال المعاملات الإلكترونية بدون رفع مستوى رفع ثقة المواطن بأمن النظام الإلكتروني، وكذلك بمستوى الحماية القانونية للتعاملات الإلكترونية في القوانين والتشريعات خاصة التي تنفذها الحكومات والدول لتأمين المعاملات لدعم الثقة التجارية.

والتصديق أو التوثيق الإلكتروني هو وسيلة فنية آمنة للتحقق من صحة التوقيع أو المحرر، من خلال التحقق من نسبته إلى شخص محدد، وذلك عن طريق جهة محايدة تسمى بمقدم خدمات التصديق أو التوثيق الإلكتروني[٢٣] .

كما عرف المشرع الجزائري مقدم خدمات التصديق الإلكتروني في المادة 2 ف 12 من القانون 15/ 04المتعلق بالتوقيع الالكتروني بأنه:" شخص طبيعي أو لتوقيع الإلكتروني معنوي يقوم بمنح شهادات تصديق إلكتروني موصوفة و قد يقدم خدمات أخرى في مجال التصديق الإلكتروني".

ويجب على من يريد أن يؤدي خدمة التصديق الإلكتروني طبقا للتشريع الجزائري أن تتوفر فيه الشروط التالية:

- أن يكون خاضع للقانون الجزائري بالنسبة للشخص المعنوي أو حامل للجنسية الجزائرية بالنسبة للشخص الطبيعي.
- أن يتمتع بقدرة مالية كافية ليقوم بمهمة التصديق الالكتروني.
- أن يتمتع بمؤهلات وخبرة ثابتة في مجال تكنولوجيا الإعلام والاتصال بالنسبة للشخص الطبيعي، والمسير بالنسبة للشخص المعنوي.
- أن لا يكون قد سبق الحكم عليه بجناية أو ما يتنافى مع نشاط مقدم خدمة التصديق الالكتروني.

أما القانون رقم ٠٥/١٨المتعلق بالتجارة الالكترونية فقد اكتفي بالتأكيد على وجوب تامين المواقع التجارية عبر الانترنت بنظام التصديق الإلكتروني في المادة 28 منه.

الخاتمة:

إجمالا يمكن القول، أن تحقيق الأمن القانوني في مجال التعاقد الإلكتروني أصبح حقيقة لا ينبغي إغفالها، انطلاقا من الاستفادة من النشر الالكتروني للجريدة الرسمية الذي يفيد تاكيد تحقق بالعلم بالقانون بما يناسب طبيعة المعاملات إلى تحقق الشروط المتطلبة في التعاقد الالكتروني بنصوص قانونية تحت طائلة البطلان عند مخالفتها.

ولتوفير بيئة آمنة للمعاملات الالكترونية، لابد من تدخل طرف ثالث بين المتعاملين يتمثل في جهة التصديق التي تسعى لحمل عبء التحقق من شخصية المتعاقدين عبر شبكة الانترنت حيث يجهل بعضهم البعض في أغلب الأحيان، وصحة التوقيع الصادرة منهم، وتضمن سلامة المحرر الالكتروني من أي تحايل أو لاعب أو تغيير يحدث من قبل هؤلاء المتعاملين، وإصدار شهادة التصديق الإلكتروني وغيرها من الواجبات التي تقع على عاتقها.

وعليه، توصي الدراسة، بسرعة إصدار تشريعات مستقلة وحديثة أو تعديل التشريعات الحالية بما يتناسب مع طبيعة المعاملات الإلكترونية مع العمل على التعاون مع الدول المتقدمة في هذا المجال من أجل تبادل الخبرات، ولا بد من حماية بقواعد خاصة لأن القواعد العامة المنظمة العقود لم تكن قادرة على القيام بذلك، وان تصاحب الحماية في مجال المعاملات الالكترونية التطورات العالمية بإصدار تشريعات تضمن حماية فعالة ومرنة للمستهلك الكتروني تناسب كافة المستجدات.

إضافة إلى ذلك، وضع الصيغ الملائمة للاستفادة من التقدم العلمي، دون المساس بالمراكز القانونية والحقوق، و بضوابط قانونية يعمل في إطارها التطور التكنولوجي تحقيقا للأمن القانوني في مادة المعاملات الالكترونية على وجه التحديد.

قائمة المراجع:

1. Dr. Farouq Ahmad Faleh Al azzam, Dr. Emran Mahafza, and Dr. Alshible Mohamad: Protection of Civil Electronic Consumer at International and Domestic Laws , Journal of Law, Policy and Globalization, Vol.75, 2018,p63, https://www.iiste.org/تاريخ الاطلاع: ٢٧/مارس٢٠٢٢

٢. بن الأخضر محمد، بن ساحة يعقوب: الأمن القانوني في مواجهة الضبط الاقتصادي في الجزائر، مجلة الباحث في العلوم الاجتماعية والإنسانية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، ٢٠٢٠،ص.٢٥٧,

٣.د. كريم كريمة: تأثير استعمال التقنيات الحديثة في تحقيق الأمن القانوني، مداخلة قدمت في ملتقى الأمن القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة ورقلة، الجزائر،٢٠١٢، ص١. متاح على الموقع https://manifest.univ-ouargla.dz ، **تاريخ الاطلاع: ٢٠٢٢/٠٣/٢٠**

٤.د.فطيمة الزهراء مصدق: التصديق الإلكتروني كوسيلة لحماية التوقيع الإلكتروني، كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة المسيلة، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، المجلد ٥، العدد١،ص,٣٠

٥. قانون رقم ١٨-٠٤ مؤرخ في ٢٤ شعبان عام ١٤٣٩ الموافق ١ 0مايو سنة ٢٠١٨ ،يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد والاتصالات الإلكترونية، الجريدة الرسمية رقم٢٧.

- المرسوم التنفيذي رقم -٠٧ ١٦١ المؤرخ في ١٣ جمادى الأولى ١٤٢٨ ، الموافق لـ: ٣٠ مايو ٢٠٠٧ ،يعدل ويتمم المرسوم التنفيذي رقم -٠١ ١٢٣ المؤرخ في ١٥ صفر ١٤٢٢ ،الموافق لـ: ٠٩ مايو ٢٠٠١ ،والمتعلّق بنظام نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية ّق على كل الاستغلال المطب على مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية، الجريدة الرسمية، العدد 37 ،الصادرة بتاريخ ٢١ جمادى الأولى ١٤٢٨ ،الموافق لـ: ٠٧ يونيو ٢٠٠٧

٦. قانون رقم ١٥-٠٤ المؤرخ في ١١ ربيع الثاني عام ١٤٣٦ الموافق ٠١ فبراير سنة ٢٠١٥. يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، الجريدة الرسمية رقم ٦.

٧. أمر رقم ٧٥-٥٨ مؤرخ في ٢٦ سبتمبر ١٩٧٥ ،يتضمن القانون المدني الجزائري، جريدة رسمية عدد ٧٨ مؤرخة في ٣٠ سبتمبر ١٩٧٥ المعدل والمتمم.

٨. قانون رقم ١٨-٠٥ مؤرخ في ٢٤ شعبان عام ١٤٣٩ الموافق ١٠ مايو سنة ٢٠١٨ ،يتعلق بالتجارة الإلكترونية، الجريدة الرسمية رقم ٢٨، المؤرخة في ١٦مايو٢٠١٨.

٩ لقانون رقم ٠٩-٠٤ مؤرخ في ١٤ شعبان ١٤٣٠ الموافق ٥ غشت ٢٠٠٩ المتضمن للقواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها، الجريدة الرسمية العدد٤٧، المؤرخة في ١٦ أوت ٢٠٠٩.

- قانون رقم ١٨-٠٧ مؤرخ في ٢٥ رمضان عام ١٤٣٩ الموافق ١٠ يونيو سنة ٢٠١٨ ، يتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي.، الجريدة الرسمية رقم ٣٤، المؤرخة في١٠ يوليو ٢٠١٨,

١٠. د. كريم كريمة: مرجع سابق،ص.١٢,

١١.د. توفيق شندارلي: النشر كآلية للعلم بالقانون، مجلة البحوث والدراسات العلمية، جامعة يحي فارس المدية، المجلد٨، العدد٢، ص٨٨-٨٧,

١٢.نفس المرجع السابق.ص. ٨٨,

١٣. الأمر رقم ٧٥ الصادر بتاريخ ٢٦ سبتمبر ١٩٧٥ . المتعلق بالقانون المدني المعدل و المتمم.

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

١٤. وهذا ما تؤكده الفقرة ١من لمادة 04 من القانون المدني الجزائري على أن: "تطبق القوانين في تراب الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ابتداء من يوم نشرها في الجريدة الرسمية...".
١٥. د. توفيق شندارلي: مرجع سابق، ص.٨٩ وما يليها.
١٦. المـــادة ٦٠ :" ل يعـــذر بجهـــل القـــــــانون .يجب على كل شخص أن يحترم الدستور وقوانين الجمهورية".
دستور الجزائري لسنة ١٩٩٦ الصادر بتاريخ ١٦ ديسمبر ١٩٩٦ ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 61 ، المؤرخة في ١٦ أكتوبر ١٩٩٦ المعدل والمتمم.
١٧. د. كريم كريمة: مرجع سابق،ص.٧,
١٨. مـــرســـوم تـــنـــفـــيـــذ تـــنـــفـــيـــذي رقم ١٦-١٤٢ ، مـــؤرخ في ٢٧ رجب عـــام 1437اه ـوافق ٥ مـــايـــو ســـنـــة 2016 يـــحـــدد كـــيـــفـــيـــات حفظ الوثيقة الموقعة إلكترونيا، الجريدة الرسمية الجمهورية الجزائرية رقم ,٢٨
١٩. نص المادة ٣٢٣ مكرر ١ من القانون المدني الجزائري: "يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق، بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وان تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها".
٢٠. المرجع مشار إليه سابقا ،ص,٣
٢١. إما التوجيه الأوروبي رقم ١٩٩٩/٩٣ الخاص بالتوقيعات الالكترونية، ميز بين نوعين من التوقيع الالكتروني وهما التوقيع الالكتروني البسيط والتوقيع الالكتروني المتقدم أو الموصوف فالتوقيع الإلكتروني البسيط أوجب التوجيه على من يتمسك به أن يثبت انه تم بطريقة موثوق منها، أما بالنسبة للتوقيع الإلكتروني المتقدم فهو التوقيع المعتمد من أحد مقدمي خدمات التوثيق والذي يسند إليه التحقق من نسبة التوقيع لصاحبه ويعطى لهذا النوع الأخير من التوقيع نفس قيمة التوقيع التقليدي في الإثبات. أكثر تفصيل : أ.دحماني سمير: التوقيع الالكتروني الموصوف ،دراسة مقارنة بين التوجيه الاورربي الخاص بالتوقيعات الالكترونية ٩٩/٩٣ والقانون١٥/٠٤ المتعلق بالقواعد العامة المحددة للتوقيع والتصديق الالكترونيين، مجلة العلوم الإنسانية ،المركز الجامعي تندوف، العدد١، ,٢٠١٧
٢٢. انظر أكثر تفصيل : د.فطيمة الزهراء مصدق: مرجع سابق،ص,٣٤
٢٣. نفس المرجع السابق، ص.٣٨,

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

مدى تحقق مبدأ الامن القانوني في الحماية المدنية للتطور البيوتكنولوجي في العراق

م. د. فاطمة خلف كاظم
مركز المستنصرية للدراسات العربية و الدولية / قسم دراسات المجتمع المدني و حقوق الانسان

الملخص :

تدور هذه الدراسة حول موضوع بالغ الأهمية و هو التطور البيوتكنولوجي الذي يشهد تطوراً سريعاً و انتشاراً واسعاً ، إلا أنه يقابل هذا الانتشار غياب التنظيم التشريعي أو الغموض في النصوص القانونية المنظمة لها ، فيبين هذا البحث مظاهر هذا التطور، و مدى تأثيره على المراكز القانونية ، ذلك باستقراء النصوص القانونية والأحكام القضائية المتعلقة بالموضوع، وتحليلها، و تحديد مدى كفايتها في تنظيم التطور البيوتكنولوجي، و كيفية الحماية المدنية لمستخدميه ، من أجل الوصول إلى صيغة قانونية تنظم مسألة الحماية المدنية لهذا التطور ، وخَلُصت الدراسة بأنَ هناك عجزاً وقصوراً في القواعد القانونية التقليديّة النافذة في العراق الخاصّة بالمسؤولية المدنية عن استيعاب بعض أنواع السلوك الطبي التي يصعب معها إثبات حصول الضرر نتيجة للخطأ الطبي، وبشكل خاصّ في مجال الأعمال الطبية غير الاعتيادية مما يؤدي عدم تحقق مبدأ الأمن القانوني . وخُتمت الدراسة بمقترحات تساعد في تنظيم استخدام بمثل هذه التقنيات البيوتكنولوجية

Abstract:

This study revolves around a very important topic, which is biotechnology development, which is witnessing rapid development and widespread, but this spread corresponds to the absence of legislative regulation or ambiguity in the legal texts regulating it. By extrapolating the legal texts and judicial rulings related to the subject, analyzing them, and determining their sufficiency in regulating biotechnological development, and how to civil protection for its users, in order to arrive at a legal formula regulating the issue of civil protection for this development, and the study concluded that there is a deficit and shortcoming in the traditional legal rules that are valid in Iraq's civil liability for absorbing some types of medical behavior that makes it difficult to prove that harm occurred as a result of a medical error, especially in the field of unusual medical work, which leads to the failure to achieve the principle of legal security. The study concluded with suggestions that help in regulating the use of such biotechnological techniques

الكلمات المفتاحية: مظاهر التطور البيوتنولوجي، الاطار القانوني ، الحماية المدنية

المقدمة:

إن الأمن القانوني يعني استقرار وثبات القواعد القانونية المنظمة لشؤون الأفراد والدول وبُعدِها عن العوامل التي تصيبها بالاضطراب، وهذا الأمر من شأنه ضمان حقوق الأفراد والدول أيضا؛ إذ لا يمكن للفرد الحصول على حقوقه المشروعة إلا في ظل منظومة قانونية ثابتة ومستقرة في جميع المجالات و منها المجال الطبي و بشكل خاص التطور البيوتكنولوجي (والذي ساهم في معالجة كثير من الأمراض المستعصية، كعمليات زرع الأعضاء البشرية، ومجال الهندسة الوراثية، وكذلك المشاكل الطبية المتعلقة

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

بعدم القدرة على الإنجاب) الذي يشهد تطوراً سريعاً و انتشاراً واسعاً ، إلا أنه يقابل هذا الانتشار غياب التنظيم التشريعي أو الغموض في النصوص القانونية المنظمة لها في لها في أغلب الدول، ومنها العراق فعلى الرغم من صدور بعض القوانين كقانون عمليات زرع الأعضاء البشرية و منع الاتجار بها رقم ١١ لسنة ٢٠١٦ ، و قانون رقم ١٩ لسنة ٢٠١١م (قانون المعهد العالي لتشخيص العقم والتقنيات المساعدة على الإنجاب) الا انه دون الإتيان بأحكام قانونية مفصلة لشروط استخدامها ، وما مدى مشروعيتها، والحماية القانونية (المدنية) لاستخدامها

ومن هنا فإنَّ هذا البحث سيحاول التركيز على دراسة مظاهر هذا التطور، و مدى تأثيره على المراكز القانونية ، بالإضافة الى استقراء و تحليل النصوص القانونية التقليدية و التشريعات النافذة ، و تحديد مدى كفايتها في تنظيم التطور البيوتكنولوجي، و كيفية الحماية المدنية لمستخدميه .

اشكالية البحث:

تتجلى اشكالية البحث في معرفة هل يتحقق مبدأ الامن القانوني في تنظيم التطور البيوتكنولوجي و توفير الحماية المدنية المستفيدين من هذا التطور في ظل التشريعات القانونية النافذة ؟

أهداف البحث:

يهدف البحث إلى معرفة مدى تحقق مبدأ الامن القانوني من خلال بيان الآتي

١- بيان مظاهر التطور البيوتكنولوجي ومدى قانونيته، وطبيعته القانونية في العراق

٢- بيان أحكام المسؤولية المدنية من حيث أنواعها، وطبيعتها الناشئة في استخدام هذه التقنيات البيوتكنولوجية في ظل القوانين النافذة

فرضية البحث

١- يُوجد نقص في الأحكام القانونية في العراق ؛ لتنظيم ما ينشأ عن استخدام التطور او التقنيات البيوتكنولوجية من آثار قانونية.

٢- يوجد عجز وقصور في القواعد القانونية التقليدية الخاصة بالمسؤولية المدنية في القانون المدني العراقيّ من حيث اثبات الخطأ وكيفية تقدير التعويض في ظل النقص و الغموض التشريعي بشكل خاص في مجال التعويض عن الضرر المستمر .

هيكلية البحث

لتنظيم العملية البحثية ستكون الدراسة في مبحثين، نخصص الأول في البحث في بيان الاطار القانوني لمظاهر التطور البيوتكنولوجي ، أما الثاني سنبين فيه مدى تحقق مبدأ الامن القانوني في المسؤولية المدنية الناشئة عن التطور البيوتكنولوجي

المبحث الاول: الاطار القانوني لمظاهر التطور البيوتكنولوجي

ادى التطور التكنلوجي الى التطور في الابحاث العلمية للطب البيولوجي للجنس البشري كانتزاع الأعضاء البشرية وزراعتها في جسم اخر و زراعة الاعضاء الذاتي , أضافة الى ذلك الأبحاث تلك التي أهتمت بالجين البشري والبصمة الوراثية أضافة للأبحاث المتعلقة بالعلاج الجيني من خلال التعديل في الجينات او عزل الجين المعيب او تغيير الخصائص الوراثية لغرض تحسين النسل من خلال عمليات التناسل المساعد [١] ،مما ادى الى ظهور تقنيات بيوتكنولوجية في علاج الامراض المستعصية و هو ما ادى الى انتشارها بشكل واسع ، و هنا نتساءل ، ما هو الاطار القانوني المنظم لهذا التطور؟ و من ثم

[١] انظر : د. احمد حسام طه تمام، الحماية الجنائية لاستخدام الجينات الوراثية للجنس البشري، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥، ص١٠.

ضمان و حماية مستخدمي هذه التقنيات و بالتالي الحفاظ على المراكز القانونية و هو ما يحقق مبدأ الامن القانوني.
و لمعرفة الاطار القانوني لهذه التقنيات ، سنبين مظاهر هذا التطور و التي من خلاله سنبين الاطار القانوني لكل منها .

المطلب الأول :تقنيات التناسل المساعدة و العلاج الجيني

أوجد العلم الطبي طُرقاً حديثة بفضل التقدم البيوتكنولوجي في تحقيق رغبات الأزواج غير القادرين على الإنجاب في الحصول على طفل، وذلك من خلال تقنيات التَّناسل المساعدة.
تقنيات التناسل المساعدة يقصد به: ((استخدام وسائل طبية حديثة تساعد الأزواج على الإنجاب من غير الاتصال الجنسي الطبيعي، وبعد فشل لمحاولات الإنجاب بالطرق العلاجية العادية))
أورد المشرع العراقيّ عبارة (التقنيات المساعدة على الإنجاب) في تسمية قانون رقم ١٩ لسنة ٢٠١١م ((المعهد العالي لتشخيص العقم، والتقنيات المساعدة على الإنجاب)) إلا أنه لم يضع تعريفاً للتناسل المساعد، ولكن أورد في الوقت ذاته عبارة (توفير الوسائل التشخيصية، والعلاجية في مجال العقم وبأحدث الأساليب العلمية الحديثة) وذلك في (الفقرة الأولى) من (المادة الثانية) والتي نصّت على أنه: " توفير الوسائل التشخيصية والعلاجية في مجال العقم وبأحدث الأساليب العلمية الحديثة، وبما لا ينافى أحكام الشريعة الإسلامية والقيم الأخلاقية وبأجور مناسبة ".
وعليه يفهم ضمناً من عبارة (توفير الوسائل التشخيصية، والعلاجية في مجال العقم، وبأحدث الأساليب العلمية الحديثة) الواردة في الفقرة أعلاه بأنه يتمّ معالجة العقم بالتقنيات العلمية الحديثة المساعدة على الإنجاب، إلا أن المشرع لم يضع تعريفاً علمياً وقانونياً لمعنى التناسل المساعد، كما أن المشرع في هذا القانون قد جعل هذه الوسائل هي لمعالجة العقم في حين مصطلح العقم طبياً يورد على حالات عدم الإنجاب التي لا علاج لها مطلقاً. وبذلك نرى ان تكون هذه الوسائل لمساعدة الأزواج ضعيفي الخصوبة، وليس العقيمين.
إن عملية التناسل المساعدة تعتبر عملاً طبياً من حيث الاصل، ويقوم بها طبيب بشري ولكن هذه العمليات يتطلب في إجرائها الاستعانة بتقنيات خاصة متعلقة بتجميد وحفظ البذرة التناسلية، ولذلك تقام هذه العمليات في مراكز طبية متخصصة في هذا المجال، وهذه المراكز أما تكون حكومية أو خاصة (اهلية) والتي تكون تحت رقابة جهة حكومية (وزارة الصحة) وهذه المراكز الخاصة تحتاج إلى ترخيص من أجل افتتاحه وممارسة العمل الطبي ولكن بالرغم من ذلك، هل تحتاج المراكز الأهلية التي تُجري عمليات التناسل المساعدة إلى شروط خاصة تختلف عن شروط الترخيص لإفتتاح أي مركز طبي ؟
فعلى الرغم من صدور القانون (المعهد العالي لتشخيص العقم والتقنيات المساعدة على الانجاب) إلا أن المشرع العراقي لم ينص على الشروط المطلوبة في المراكز التي تقوم بهذه العمليات، وعليه فمن الناحية القانونية يتم الرجوع إلى الأحكام العامة في هذا المجال،
فوفقاً لقانون تأسيس المؤسسات الصحية الخاصة الاتحادي رقم ٢٥ لسنة ٢٠١٥م لابدّ لهذه المراكز من الحصول على الترخيص أي الموافقة على تأسيسها وأن تمنح لها إجازة ممارسة صادرة من وزير الصحة، وهذا ما نصت عليه **فقرة (١) من المادة (٣)** من هذا القانون بالقول: " تمنح الاجازة للمؤسسة الصحية الخاصة من قبل وزارة الصحة وفق الشروط التي تحدد بتعليمات تصدر من قبل وزير الصحة الاتحادي."
و لكن هذا القانون لم يحدد الشروط المطلوبة لمنح ترخيص وشهادة ممارسة لمثل هذه المراكز وإنما ترك تحديد الشروط أو المواصفات المطلوبة تبعاً للتعليمات التي يصدرها الوزير، كما أن هذا القانون لم يحدد

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

الضوابط الخاصة بالأطباء العاملين فيها، وإنما حدد فقط شرطاً في المدير الفني للمستشفى الخاص، وهو أن لا تقل خدمته عن ١٠ سنوات[١].

و على الرغم من النقص التشريعي في تحديد المواصفات أو الشروط المطلوبة لإفتتاح أي مركز طبيّ خاص، ومنها المراكز المتعلقة بالإنجاب المساعد، إلا أن اللجنة الوزارية المشكلة في وزارة الصحة قد أصدرت ضوابط، وتعليمات لإنشاء مركز العقم وطفل الأنابيب عام ٢٠٠٨م، فأدرجت بشكل تفصيلي مواصفات معينة تتطلب توفرها عند إنشاء مثل هذه المراكز، وذلك من حيث الناحية المعمارية والاقسام المطلوب توفرها، وأيضاً للأجهزة الخاصة للقيام بهذه العمليات[٢].

كذلك حددت هذه التعليمات التخصصات المطلوبة في الاطباء والعاملين في هذه المراكز كما أنها أشترطت بأن يكون مقدم الطلب لإنشاء المركز طبيباً عراقياً، وذي إختصاص نساء وتوليد ولديه دبلوم في مجال العقم أو متدرب في أحد مراكز العقم المعترف بها دولياً. وبعد التأكد من توفر تلك الضوابط، والمواصفات يقوم مكتب المفتش العام في وزارة الصحة بمنح المركز اجازة فتح المركز وبدء العمل (اجازة ممارسة)[٣].

و ان من الآثار التي يترتب لهذه التقنيات هي الاجنة الفائضة ، و من مظاهر التعامل بالأجنة الفائضة عن التقنيات التناسل المساعدة هو إجراء التجارب الطبية على تلك الأجنة ، و هو ما نتج عن ذلك ما يسمى بـ **(العلاج الجيني)**

و هو العلاج الذي يعتمد فيه على الجين البشري، و بحسب ما ذكرته وزارة الطاقة الامريكية للعلوم و في البرنامج الخاص بالجينوم البشري _ في أن العلاج الجيني هو :

"A technique for correcting defective genes responsible for disease development "[4]

وهو ما يعني بأن" العلاج الجيني هو تقنية لتصحيح الجينات المعيبة و المسؤولة عن تطور مرض ما"

و على ضوء تعريف المنظمة عرف الباحثون هذه التقنية بأنها " استخدام الجينات كدواء أو في حالات أخرى هو لاستصلاح الجينات غير السوية و التي كانت طفرتها سبباً للمرض"[٥] و يذهب المختصون بأن هذه التقنية تكون إما للخلايا الجسدية أو للخلايا الجنينية[٦]، ، فتتبلور آلية عمل هذه التقنية و ذلك بتوفير

---

[١] انظر في ذلك الفقرة (٢) من المادة (١) من قانون تأسيس المؤسسات الصحية الخاصة الاتحادي رقم ٢٥ لسنة ٢٠١٥م.

[٢] انظر البند (الأول) من تعليمات اللجنة الوزارية في وزارة الصحة الخاصة بضوابط إنشاء مراكز العقم و أطفال الأنابيب لسنة ٢٠٠٨م.

[٣] انظر البند (٢) من تعليمات اللجنة الوزارية في وزارة الصحة الخاصة بضوابط إنشاء مراكز العقم و أطفال الأنابيب لسنة ٢٠٠٨ م.

[٤] وزارة الطاقة الامريكية للعلوم (مشروع الجينوم البشري):

http://www.ornl/gov/sci/techresources/Human– Genome/medicine/genethereapy.shtml

[٥] فتحي عويضة، العلاج بالجينات، المجلة العربية للعلوم الصيدلية، عدد تأسيسي،ج١، جمعية كليات الصيدلة العربية، كلية الصيدلة، دمشق، ١٩٩٧م، ص١٢٠

[٦] تقوم الخلايا الجسدية بالوظائف الحيوية للإنسان ماعدا التكاثر، و من الخلايا الجسدية (الخلايا العصبية، الخلايا الطلائية التي تغلف الجسد، الخلايا الدفاعية المتعلقة بتكون الاجسام المضادة، و الخلايا العضلية)، انظر في ذلك: خالد الكبيسي، مقدمة في علم الاحياء الجزيئي(عمان: دار صفاء، ٢٠٠٠م)، ص٦٦

جين سليم لخلية معيبة (الجسدية أو الجنينية) بدلاً من الجين المعيب، و تعتمد نسبة نجاح مثل هذا العلاج بالدرجة الأولى على مدى العمر الجيني للخلايا المعالجة[١] .

و العلاج الجيني للخلايا الجنينية تتمثل في الخلايا الجذعية الجنينية و ليس للإنسان الكامل، و هي تأتي على نوعين:

النوع الأول: تتمثل في علاج الجنين نفسه، فيقوم الأطباء به من أجل التشخيص المبكر للأمراض الخطيرة و التشوهات الخلقية التي تصيب الجنين في حالة زرعه في الرحم (الاخصاب الخارجي)، حيث يقوم الأطباء باستبعاد الاجنة المصابة و زرع السليمة منها و التي عُولجت قبل ذلك[٢] .

النوع الثاني: استخدام الخلايا الجذعية الجنينية لعلاج مرضى آخرين و يكون فيه الإنسان كاملاً، و في هذا النوع يستفاد الأطباء من الاجنة الفائضة من عمليات الاخصاب الاصطناعي الخارجي و يسمى هذا النوع من العلاج " بالخلايا الجذعية الجنينية" ، فيقوم الأطباء بعزل الخلايا الجذعية الجنينية مباشرة من كتلة الخلايا الداخلية لأجنة بشرية عمرها أيام من التخصيب ليتم تنميتها في بيئة مصطنعة الى ان تتحول الى أنواع من الانسجة الآدمية، و قد ساعد هذا النوع من العلاج الجيني من اكتشاف جين موجود في الخلايا العصبية للأجنة و الذي يمكن من خلاله علاج السكتة الدماغية و مرض الزهايمر أو اورام المخ[٣]

و لعل من نافلة القول ان نشير بأن هناك تجارب غير علاجية التي تجرى على الأجنة قبل تكوينها

فهذه التجارب تتمثل في صورتين، **(الأولى)** وهي الابحاث والتجارب حول كيفية التحكم في جنس الجنين والتي يقوم بها الاطباء قبل القيام بعملية التلقيح الاصطناعي وذلك من خلال تفريغ نواة الخلية المنوية المؤثرة في تحديد جنس الجنين.[٤]

و **(الثانية)** فتتمثل في التجارب أو الأبحاث المتعلقة بالهندسة الوراثية والمتمثلة في تعديل الصفات الوراثية ليس من أجل إبعاد جين وراثي غير سليم وإنما للحصول على مولود ذي مواصفات خاصة أو مميزة[٥].

و مما تجدر الإشارة إليه في هذا الخصوص، أن مثل هذه التجارب غير العلاجية هي تلك التي يجريها الاطباء إمّا قبل عملية التخصيب كما في تجارب التحكم في جنس الجنين أو يجريها الاطباء بعد أنْ يتم الإخصاب وقبل انقسام الخلايا كما في تجارب الهندسة الوراثية فيتم فصل الجين غير المرغوب فيه

---

[١] عبد الهادي مصباح، العلاج الجيني و استنساخ الأعضاء البشرية–رؤية مستقبلية للطب و العلاج خلال القرن الحادي و العشرين(القاهرة: الدار المصرية اللبنانية، ١٩٩٩م)، ص٦٥

[٢] رضا عبد الحليم عبد المجيد. المسؤولية الطبية عن الخطأ في تشخيص تشوهات الجنين وأمراضه الوراثية(القاهرة: دار النهضة العربية، ط١، ٢٠٠٣م)، ص٥ و ما بعدها

[٣] انظر: سعاد، راحلي، النظام القانوني للتجارب الطبية على الأجنة البشرية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر ١، ٢٠١٤– ٢٠١٥م، ص١٠٤

[٤] و أستطاع الأطباء تحديد نوع الجنين بتجربة على الحيوان المنوي لرجل و ذلك بفصل الحيوانات المنوية الذكرية عن تلك الانثوية في السائل المنوي للرجل و ذلك قبل عملية اخصاب البويضة باعتبار ان الحيوانات المنوية المذكرة اسرع من المؤنثة، حيث يكون لها القدرة على اختراق المخاط اللزج في عنق الرحم و البقاء في سائل قاعدي و بالتالي ترتفع نسبة الجنس المطلوب (الذكر) إلى ٧٠% و تقل نسبة الجنس الآخر عن ٣٠%. انظر: البار، محمد علي، **خلق الإنسان بين الطب و القرآن** (المملكة العربية السعودية: الدار السعودية للنشر، ط١١، ١٩٩٩م)، ص١٣٤.

[٥] و يعتبر أول من قام بمثل هذه التجارب الطبيب (روبرت جرام) عام ١٩٨٣م في امريكا حيث قام بأخذ السائل المنوي من رجال أحياء عباقرة أو علماء كبار و لقح به بويضة الأم الراغبة في إنجاب طفل عبقري. انظر: طه، محمود أحمد، **الإنجاب بين التحريم و المشروعية**، المرجع السابق، ص٣٤٥.

واستبداله بالجين الوراثي المرغوب فيه، فهذه التجارب لا تتمّ على الأجنة المجمدة والفائضة عن عمليات التناسل المساعدة.و على هدى ما تقدم بيانه من التجارب التي تُجرى على الأجنة يتضح، أنها تنقسم إلى علاجية وأخرى غير علاجية كما في التجارب الطبية التي تجرى على الإنسان الكامل، إلا أنها تختلف من حيث مضمون إجرائها فمنها ما هو علاجي للجنين نفسه أو لأشخاص مصابين آخرين، ومنها ما هو غير علاجي تتحكم في وجود الجنس البشري وهو ما أوضحناه في السطور اعلاه.

و برغم ان طبيعة تلك التجارب التي تجرى على الأجنة منها علاجي والآخر غير علاجي، إلا أنها تعتبر أخطر من تلك التجارب التي تجرى على الإنسان الكامل؛ لأنها تهدد الوجود البشري نفسه من حيث التحكم في وجود نوع معين من البشر دون الآخر.

و في هذا المجال لم ينظم القانون العراقي قانوناً خاصاً بالتجارب الطبية بشكل عام ولا على تلك التي تجرى على الأجنة الفائضة بشكل خاص.

إلا أنَّ المشرع العراقي قد نص بشكل غير مباشر في الفقرة (السادسة) من المادة (٢) من قانون المعهد العالي لتشخيص العقم والتقنيات المساعدة على الإنجاب بإمكانية قيام المعهد بإجراء البحوث المتعلقة بالأجنة وتجميدها بشرط ان لا تتنافى تلك البحوث مع أحكام الشريعة الإسلامية وأن يحتفظ بنسب الجنين لأبويه الشرعيين، فنصت هذه الفقرة " إجراء البحوث وتجميدها بما لا يتنافى مع أحكام الشريعة الإسلامية و حق المرأة صاحبة البويضة و الرجل صاحب الحيامن مع الحفاظ على نسب الجنين لأبويه الشرعيين"، و هنا من الامر الغريب ان يذكر المشرع عبارة الرجل صاحب الحيامن و المرأة صاحبة البيضة بدلاً من لفظ الزوج و الزوجة ، وهذا ما يثير اللبس و الغموض في مسألة ان تكون هذه التقنية و من ثم تجميد الاجنة قاصرة فقط للأزواج ، أم تكون ايضاً لغير المتزوجين ايضاً

كما وعلى الرغم من اشتراط المشرع أنْ تجرى البحوث بما لا يتناقض مع أحكام الشريعة الإسلامية، إلا أنَّ الغريب في الأمر لم يشر إلى الهدف من إجراء تلك البحوث، بالإضافة إلى ذلك لم يحدد ضوابط القيام بمثل تلك البحوث كأن تكون بموافقة الزوجين، ولم يحدد عمر الأجنة التي تجرى عليها التجارب أو البحوث. لذلك ندعو المشرع العراقي الى ضرورة تعديل الفقرة (٦) من المادة (٢) من قانون المعهد العالي لتشخيص العقم والتقنيات المساعدة على الإنجاب، حيث تأخذ الصيغة التالية:

" إجراء التجارب العلاجية على الأجنة وتجميدها بما لا يتنافى مع أحكام الشريعة الإسلامية مع ضرورة الحفاظ على نسب الجنين للزوج صاحب النطفة والزوجة صاحبة البيضة ".

المطلب الثاني: زراعة الاعضاء البشرية الذاتي

و هو أحد أنواع زراعة الأعضاء البشرية ، حيث يمكن في هذا النوع زراعة عضو جديد باستخدام المحتوى الوراثي لخلية المريض من غير ان يتم نقل و زراعة عضو من متبرع أو من ميت، و بعبارة أكثر دقة تتم في هذا النوع زراعة نسيج من انسجة جسد المريض نفسه، و من أهم حالات الزراعة التي تحصل في هذا النوع هي زراعة الخلايا الجذعية الذاتية" Autologous stem cell transplantation"[١]، و حري بالإشارة في هذا المجال، أن زراعة الأعضاء الذاتي هي نوع من أنواع زراعة الأعضاء البشرية، حيث هناك ما يسمى بالزراعة المغاير"Allograft Transplantation" التي تتم فيها زراعة عضو أو نسيج بين كائنين غير متطابقين وراثياً، و هذا النوع من المتعارف عليه في عمليات زراعة الأعضاء البشرية، و يتطلب في هذا النوع أن يتقبل الجهاز المناعي للمريض (المتبرع له) للعضو أو النسيج المزروع.[٢]

[1] Federico M, Bellei M, Brice P, et al,EBMT/GISL/ANZLG/SFGM/GELA Intergroup HD01 Trial. High-dose therapy and autologous stem-cell transplantation versus conventional therapy for patients with advanced Hodgkin's lymphoma responding to front-line therapy. J Clin Oncol. 2003;21(12):2320-2325.

[2] Mendoza E, Territo M, Schiller G,(1995), et al. Allogeneic bone marrow transplantation for Hodgkin's and non-Hodgkin's lymphoma. Bone Marrow Transplant.;15(2):299

و بالرجوع الى التشريعات القانونية النافذة نجد أن المشرع العراقي قد أصدر قوانين تتعلق بعدد من أنواع السلوك الطبي غير الاعتيادي منها قانون عمليات زرع الأعضاء البشرية و منع الاتجار بها رقم ١١ لسنة ٢٠١٦م، فأن المشرع قد استخدم عبارة "عملية نقل أو زرع عضو بشري أو نسيج من شخص للمتبرع له"[١]، و رغم إشارته باستخدام نسيج بشري في عمليات زراعة الأعضاء، إلا أنه لم يشر الى استخدام نسيج أو لخلايا الشخص المريض نفسه (زراعة الأعضاء الذاتي) حيث عرف المشرع عملية زرع الأعضاء بأنها " الاستخدام العلاجي الجراحي للأعضاء البشرية الذي يكون بعملية جراحية يحصل من خلالها المتلقي على أحد الأعضاء أو الانسجة البشرية من المتبرع حياً كان أو ميتاً "[٢]، كما عرَّف الانسجة البشرية بأنها " جزء من أي عضو بشري ينزع من إنسان حي أو ميت "[٣] .

و من خلال ما سبق بيانه لمفهوم عمليات زرع الأعضاء و مفهوم (النسيج البشري)، نستشف أن المشرع العراقي قد أغفل انه يمكن الاستفادة من النسيج البشري للمريض نفسه في إيجاد نسيج جديد و زرعه بدل النسيج المعيوب و الذي يتطلب زراعة نسيج جديد، فكان من الاجدر بالمشرع أن يشر الى ذلك دون أن يكون النص قاصراً بصورة غير مباشرة على عمليات زرع الأعضاء المغاير؛ لأن من خصائص أي قانون أن يكون قانوناً مرناً يمكن تطبيقه في كل زمان و على كل الظروف ، فيكون مواكباً لكل التطورات الحاصلة في مجالات الحياة؛ فالتطور الحاصل في مجال العمل الطبي و بشكل خاص في مجال الأمور البيولوجية (التقنيات البيوتكنولوجية) و ذلك في مجال الاستفادة من الخلايا (الجسدية و الجنينية) سواء في عمليات الانجاب الاصطناعي أو زراعة الأعضاء البشرية (المغاير أو الذاتي)، جعل بالإمكان في الوقت الحاضر الاستفادة من انسجة المريض نفسه لزرعها بدلاً عن النسيج المتضرر؛ و ذلك لتفادي المشاكل المترتبة على رفض جهاز المناعة الذاتي للمريض بعد الزراعة ، و من ثم رفض العضو أو النسيج المزروع و كما أوضحناه مسبقاً .

المطلب الثالث: ابحاث البصمة الوراثية

إن البصمة الوراثية و التي يطلق عليها ايضاً (البصمة الجينية) هي " تلك المادة الوراثية الموجودة في خلايا جميع الكائنات الحية، فهي الشفرة التي تميز كل إنسان أو كائن حي عن الآخر"[٤] . و هذه البصمة توجد في كل خلايا جسم الانسان التي تحتوي على نواة، فهي المادة الوراثية التي تقوم بتنظيم عمل وظائف الجسم (الفيزيائية و الكيميائية)، و من الوظائف الأساسية لهذه البصمة بناء عدة نسخ من الخلية الأساسية و تكون حاملة للمعلومات الوراثية ذاتها[٥] فتورث هذه المعلومات من جيل لآخر، و اصبح يستفاد من هذه المعلومات في مجالين :

الاول متعلق ما يعرف بالصيدلة الجينية ، حيث يستفاد من الخارطة الجينية أو الوراثية "D.N.A"، و التنوع الوراثي في قياس مدى الاستجابة للأدوية في المرضى أي فعالية الدواء أو سميته، و قد أُصطلح على هذا العلم بمصطلح آخر و هو" علم الوراثة الدوائي"[٦] .

---

[١] انظر: الفقرة (أولاً) من المادة (١) من قانون عمليات زرع الأعضاء البشرية و منع الاتجار بها رقم ١١ لسنة ٢٠١٦م

[٢] انظر: الفقرة (رابعاً) من المادة (١) من قانون عمليات زرع الأعضاء البشرية و منع الاتجار بها رقم ١١ لسنة ٢٠١٦م

[٣] انظر: الفقرة (سادساً) من المادة (١) قانون عمليات زرع الأعضاء البشرية و منع الاتجار بها رقم ١١ لسنة ٢٠١٦م

[٤] عبد الهادي مصباح، العلاج الجيني و استنساخ الأعضاء البشرية–رؤية مستقبلية للطب و العلاج خلال القرن الحادي و العشرين(القاهرة: الدار المصرية اللبنانية، ١٩٩٩م)، ص٥٦

[٥] انظر: جيرار سيغان، اساسيات علم الوراثة–تعريب:فؤاد شاهين(بيروت: عويدات للطباعة و النشر، ط١، ٢٠٠٣م)،ص٢٠–٢٢

[٦] Lesko, L.J. & Woodcock, J. ***Translation of pharmacogenomics and pharmacogenetics: a regulatory perspective.*** *Nat Rev Drug Discov*. Vol.3, No.9, (2004), pp.763

المجال الثاني: تحديد الهوية بواسطة البصمة الجينية"D.N.A ":

أوضحنا في السطور السابقة أن البصمة الجينية (D.N.A) هي الشفرة التي تميز كل إنسان عن آخر، و ما تحتويه من المعلومات الوراثية المنتقلة من الآباء الى الأبناء؛ و لذلك لم يقف التطور في المجال البيوطبي الى حد الاستفادة من هذه الشفرة في المجال الطبي و ذلك في تحديد الامراض الوراثية أو ما يتعلق بعلم الوراثة الدوائي في مساهمته في اكتشاف سبب الوفيات المفاجئة، و إنما استطاع العلماء تحديد هوية المشتبه به في جريمة ما، و من ثم حل معظم القضايا التي يصعب فيها تحديد شخصية الجاني، كذلك لها فائدة في القضايا المدنية المتعلقة بإثبات البنوة الشرعية[١] .

و ما يتعلق بهذه التقنية (تحديد الهوية من خلال البصمة الجينية، أو ما يتعلق بالصيدلة الجينية أو علم الوراثة الدوائي)، فأن المشرع العراقي لم ينظم تشريعاً خاصاً بها، إلا أن القانون العراقي يعتبر البصمة الجينية (الوراثية) من ادلة الاثبات في الدعاوى الجنائية و المدنية، و رغم ذلك فأن كل من" قانون الاثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩م المعدل، و قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩م، و قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩م" لم تنص صراحة على البصمة الجينية باعتبارها دليلاً في إثبات النسب، فبموجب قانون الاحوال الشخصية فان النسب يثبت بأحد الادلة الثلاثة " الفراش, الاقرار, الشهادة, البيئة"[٢] ، وبموجب المادة(١٠٤) من قانون الاثبات اجاز المشرع للقاضي ان يستند الى وسائل التقدم العلمي في استنباط القرائن القضائية فنص على أنه(للقاضي ان يستفيد من وسائل التقدم العلمي في استنباط القرائن القضائية) ، فأعطى المشرع للقاضي سلطة تقديرية في ذلك، إضافة الى ذلك نجد أن المادة المذكورة قد جاء نصها شاملا لكل وسائل التقدم العلمي بشأن القرائن القضائية (في مجال الاثبات) ومن هذه الوسائل (البصمة الجينية او الوراثية)، ولكن نجد ذلك يعتبر شيء من القصور التشريعي لان هذه الوسيلة تعتبر دليلاً اقوى في إثبات هوية الشخص في المجال الجنائي والمدني، وعليه كان على المشرع العراقي أن ينص صراحة على اعتبار فحص الجينات الوراثية(البصمة الوراثية) من وسائل اثبات النسب ومن جانب اخر نجد ان المشرع العراقي في قانون اصول المحاكمات الجزائية رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١ المعدل قد اجاز بموجب المادة (٧٠) فحص الدم ويشترط في ذلك ان يتعلق الفحص بجناية أو جنحة وأن يكون أمر فحص الدم مقيداً في أمر التحقيق.[٣]

ومما تقدم نجد أن هناك قصوراً في التشريعات المدنية في النص صراحة عن هذه التقنية(البصمة الوراثية) باعتبارها من وسائل الأثبات في حين نص المشرع على فحص الدم في قانون أصول المحاكمات الجزائية بموجب المادة(٧٠) منه, فنرى ان تعدل المادة(٧٠) والنص بعبارة " فحص الجينات الوراثية او البصمة الوراثية لتحديد هوية الشخص " ومن التطبيقات القضائية في اعتبار الدم دليلاً ناقصاً وان البصمة الوراثية هي دليل قاطع فتكمل هذه الوسيلة تحليل الدم في حسم الدعوى، وهو ما ذهبت اليه محكمة التمييز في احد قراراتها المتعلقة بإثبات البنوة بحيث ذهبت المحكمة بشأن نتيجة فحص تطابق الأنسجة للأطراف المدعية الى ان " الصفات الوراثية للطفل (ز) لا تمت بأية صلة للصفات الوراثية العائدة للزوجين(م) وزوجته المدعى عليها (ك) وان الصفات الوراثية للطفل (ز) تشابه الصفات الوراثية

---

[١] انظر: عبد الهادي مصباح، العلاج الجيني و استنساخ الأعضاء البشرية، المرجع السابق، ص٥٧

[٢] وبموجب المادة (٥١) من قانون الاحوال الشخصية لابد من توفر شرطين لثبوت النسب :١- ان يمضي على عقد الزواج اقل مدة الحمل.٢- ان يكون التلاقي بين الزوجين ممكناً، اما الاقرار فيعد البديل الثاني لثبوت النسب.

[٣] عاقبت المادة (٣٨١) من قانون العقوبات العراقي رقم١١١ لسنة ١٩٦٩م بالحبس من ابعد طفلاً حديث العهد بالولادة ممن لهم سلطة شرعية عليه أو بإخفائه أو أبدله بآخر أو نسبه زوراً الى غير والدته.

العائدة للزوجيين (ن) وزوجته (س) وعلى ضوء ذلك ان الطفل (ز) لا يمكن أن يكون بأي حال من الأحوال أبنا للزوجيين (م) و(ك)".[١]
و بذلك يتضح لنا من خلال استعراض التشريعات التي أوردناها، يُوجد نقص في الأحكام القانونية في العراق ؛ لتنظيم ما ينشأ عن استخدام التطور او التقنيات البيوتكنلوجية من آثار قانونية.

المبحث الثاني: مدى تحقق مبدأ الامن القانوني في المسؤولية المدنية الناشئة عن التطور البيوتكنلوجي

إن التطور في أي مجال يصاحبه مخاطر أو آثار ضارة و بشكل خاص إن كان ذلك التطور يتعلق بالمساس بالجسم البشري. و منها استخدام التقنيات البيوتكنلوجية تجعلنا أمام تساؤل و هو: مدى كفاية التشريعات المدنية في توفير الحماية المدنية لاستخدام مثل هذه التقنيات بشكل خاص؛ و ذلك لحداثتها و استخدامها بشكل مختلف عن العلاجات الطبية الاعتيادية و من ثم تحقق المبدأ الامن القانوني ، و لذلك سنبحث في هذا الاطار مدى نجاعة قواعد القانون المدني التقليدية في تحديد أساس المسؤولية المدنية الناشئة عن استخدام التقنيات البيوتكنولوجية، ثم سنعرج في بيان مدى كفايتها في تقدير التعويض عن الضرر الناشئ استخدام التقنيات البيوتكنولوجية .

المطلب الاول: مدى نجاعة قواعد القانون المدني التقليدية في تحديد أساس المسؤولية المدنية الناشئة عن استخدام التقنيات البيوتكنولوجية

الحقيقة أن المسؤولية المدنية الناشئة عن استخدام التقنيات البيوتكنولوجية تكون خاضعة للقواعد العامة في المسؤولية المدنية بصفة عامة، ففي هذا المجال لا تنهض المسؤولية إلا اذا توفرت أركان قيامها " الخطأ، الضرر، و العلاقة السببية بين الخطأ و الضرر "[٢] ، و في نطاق المسؤولية المدنية يخضع الأطباء للقواعد العامة في المسؤولية التقصيرية (الاعمال غير المشروعة التي تقع على النفس) في المادة (٢٠٢) و ما بعدها من القانون المدني العراقي المعدل، و لأحكام المسؤولية العقدية اذا كان المساس بجسد المريض أو بصحته ناتجاً عن الاخلال بالتزام مصدره عقد طبي (الاخلال بالتزامات تعاقدية) في المادة (١٦٨) و ما بعدها من القانون المدني العراقي المعدل. و تعتبر مسؤولية الطبيب في الأصل وفق القانون المدني مسؤولية عقدية، و أما الاستثناء فهي المسؤولية التقصيرية، فتثور مسؤولية الطبيب اذا اعتبر فعله خروجاً عن القواعد و الأصول العلمية المستقرة و المعاصرة في علم الطب و الأعراف الطبية، أو اذا اتسم عمله بالجهل أو الإهمال الذي لا يصدر من طبيب في مستواه المهني[٣] ، و تقوم هذه المسؤولية على عنصر الخطأ، فيكون على الشخص المصاب (الخاضع للتقنيات البيوتكنولوجية) إثبات خطأ الطبيب الذي أدى الى حصول الضرر الذي أصابه، و ذلك لحصول إهمال أو تقصير من قبل الطبيب في التزام أو واجب فرضه القانون.
و وفق القانون فإن معيار تحديد الخطأ الموجب للمسؤولية المدنية هو معيار موضوعي و هو " المعيار الذي يقيس سلوك الطبيب المقصر على السلوك الطبي المألوف من طبيب وسط في مستواه مع مراعاته

[١] أنظر في ذلك القرار رقم (٢٤٨) موسعة أولى في ١٩٨٧/٣/٣١ منشور في مجلة القضاء العراقية، العدد الثاني ،السنة (٤٢) ،١٩٨٧ ، ص٢١٨.

[٢] انظر: محمد عبد النبأوي، المسؤولية المدنية لأطباء القطاع الخاص (الدار البيضاء: مطبعة النجاح الجديدة، ٢٠٠٣م)، ص٢٥.

[٣] انظر: أنس محمد عبد الغفار، المسؤولية المدنية في المجال الطبيّ – دراسة مقارنة بين القانون و الشريعة الإسلامية (مصر: دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر و البرمجيات، ٢٠١٠ م)، ص٢٢٤

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

في ذلك لدرجة التخصص الدقيق و الظروف الخارجية المحيطة بالطبيب "[١] ، و بالرجوع الى تعليمات السلوك المهني الطبي نجد أن نقابة الأطباء العراقية قد أخذت بهذا المعيار، حيث عدت الطبيب الاختصاصي هو الضليع في موضوع عمله الطبي المراد اجراؤه و الذي يغفره للممارس العام لا يغفره في العادة للطبيب الاختصاصي[٢] .

وفي اطار استخدام التقنيات البيوتكنولوجية ، فأن تحديد إن كان الطبيب مخطئاً ، من خلال مقارنة سلوك الطبيب المعالج الذي أجرى احدى استخدامات التقنيات البيوتكنولوجية (كالعلاج الجيني) مع سلوك طبيب في نفس درجته أو مستواه و في ذات الظروف التي واجهها الطبيب المعالج و التي أدت الى حدوث الضرر الواقع على المريض (المتضرر من العلاج الجيني مثلاً) فالضرر الذي يوجب التعويض هو الضرر محقق الوقوع و مباشراً للخطأ أو التقصير، و متعلق بحق مكتسب أو مصلحة مشروعة[٤٢] . و الضرر الناجم عن القيام بإحدى استخدامات التقنيات البيوتكنولوجية ، لابد أن يكون قد مس حقاً أو مصلحة مشروعة للمضرور، و المساس بالحق في هذا المجال يتمثل في التعدي على الحق في الحياة أو إصابة جسم المريض الذي تجرى عليه تلك العلاجات ، و ما ينتج عن ذلك من عجز جزئي أو كلي عن العمل، علاوة عما يتكبده من نفقات العلاج و نحوه .

و يتضح من استعراض للقواعد القانونية التي يخضع لها الطبيب، إن سلوك الطبيب يحكمه نوعان من القواعد القانونية هي : ١- القواعد المدنية التقليدية و التي يخضع لها سائر أفراد المجتمع، ٢- قواعد اخلاقيات المهنة أو قواعد السلوك المهني التي تصدر عن نقابة الأطباء و التي هي قواعد ملزمة تحكم سلوك الأطباء أثناء ممارستهم لمهنة الطب أو العمل الطبي بوجه عام

و لكن وفق القواعد القانونية التقليدية تكون مسألة إثبات وقوع خطأ أدى الى ضرر (علاقة سببية بين الخطأ و الضرر) في المجال الطبي بوجه عام و في مجال الاعمال الطبية غير الاعتيادية كالتقنيات البيوتكنولوجية ، أمراً عسيراً و ذلك لتعقيدات الجسد البشري و تغير حالاته، بالإضافة الى عجز تلك القواعد القانونية في إثبات حصول الخطأ الذي أدى لوقوع الضرر و خاصة إن الامر متعلق بالجينات و كيفية الاستفادة منها في العلاجات الطبية غير الاعتيادية مما يصعب التثبت معها حصول خطأ من قبل الطبيب المعالج و خاصة إن مخاطرها و آثارها السلبية، لأن كل جسم له حالاته و حساسياته تجاه دواء معين دون الدراية المسبقة بذلك ، فكل ذلك يؤدي الى عجز المدعي (المريض المتضرر) و القضاء من التثبت من حصول خطأ طبي أدى الى وقوع الضرر، و من ثم قد لا يُحكم للمدعي بالتعويض؛ و ذلك لعدم وجود قواعد قانونية في التشريع العراقي لحل مثل هذه الإشكالية .

و لعجز القواعد القانونية التقليدية إزاء إثبات حصول خطأ الطبيب في مجال استخدام العلاجات غير الاعتيادية " كالتقنيات البيوتكنولوجية " و كما أوضحناه مسبقاً؛ سارع الفقه و القضاء الفرنسي الى إيجاد المركز القانوني للمسؤولية التقصيرية؛ فأوجد نظرية الخطأ المفترض أو الاحتمالي، و نظرية المسؤولية بدون خطأ

فوفق المسؤولية على أساس الخطأ المفترض، إن القاضي يذهب الى الاستنتاج أن الضرر ما كان ليحدث لولا حصول خطأ أو تقصير من قبل الطبيب المعالج رغم عدم تمكن المتضرر من إثبات تقصير أو إهمال الطبيب بواجب بذل العناية و الحيطة و الحذر[٣] فوفق هذه النظرية يقع على الطبيب عبء إثبات نفي الخطأ الطبي الصادر منه أو من المستشفى.

---

[١] كريم عشوش، العقد الطبي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ٢٠٠٠م- ٢٠٠١م، ص١٢٢

[٢] انظر :البند(السادس)من تعليمات السلوك المهني الطبي الصادر عن نقابة الاطباء العراقية لسنة ١٩٨٥م

[٣] انظر: محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي(الاسكندرية: الدار الجامعية الجديدة، ٢٠٠٦م)، ص٦٧

أما المسؤولية المدنية بدون خطأ (المسؤولية الموضوعية): فذهب جانب من الفقه و القضاء الفرنسي الى إيجاد وسيلة أخرى لإعفاء المريض المتضرر من واجب إثبات حصول الضرر بسبب خطأ الطبيب المعالج و الاكتفاء بالاعتماد على حصول ضرر الذي يجب أن يكون جسيماً[١]

مَّما تقدم استعراضه من نظريات؛ لتخفيف عبء إثبات الخطأ، نجد أنَّ الاخذ بفكرة (المسؤولية بدون خطأ) خروج عن مبادئ العدالة وقواعد القانون في ضرورة تحقق المسؤولية بأركانها من أجل احقاق الحق بين اطراف النزاع، أما فكرة الخطأ المفترض فتعمل على إيجاد التوازن بين الاطراف المتنازعة دون المحاباة التامة لطرف دون آخر، و من جانب آخر فإنَّ الأخذ بفكرة الخطأ المفترض سيبقي على عاتق الطبيب إثبات عدم ارتكابه أي تقصير في عمله الطبي الذي ينسب إليه الضرر الحاصل، في حين أنه في فكرة أو نظرية المسؤولية بدون خطأ سيقع على عاتق الطبيب إثبات السبب الاجنبي الذي هو أصعب من إثبات نفي تقصيره في واجبه في الحيطة والحذر. لذلك نرى على المشرع العراقي الأخذ بالمسؤولية على أساس الخطأ المفترض في مجال الأعمال الطبية، لأن هذه الفكرة فيها تشديد على الأطباء في الحذر في قيامهم بأعمالهم الطبية دون الاستهانة بالجسم البشري وكرامته، وفي الوقت ذاته يجب الاخذ في الاعتبار مكانة العمل الطبي، وإبداع الأطباء في ايجاد العلاجات للأمراض المستعصية.

المطلب الثاني: مدى كفاية نصوص القانون المدني في تقدير التعويض عن الضرر الناشئ استخدام التقنيات البيوتكنولوجية

و بعد ثبوت مسؤولية شخص ما ، و الذي من خلاله يتم جبر و اصلاح ضرر اصاب المضرور نتيجة اخلال المدعى عليه بواجب أو التزام قانوني معين ، فالتعويض هو الجزاء أو الحكم المترتب على حصول ضرر بالغير إما نتيجة الاخلال بالتزام عقدي أو الاخلال أو التقصير في التزام قانوني (عمل غير مشروع)، فيجب ان يحدد مقدار التعويض أو ماهيته ، بيد إن هذا التقدير او التحديد هل له آلية معينة و ما هي العوامل التي يعتد بها القاضي عند تحديد التعويض ، و ما هو وقت تقدير التعويض؟

فالقاضي أو المحكمة ستقدر التعويض الممنوح للمتضرر بعد التحقق من ثبوت مسؤولية المدعى عليه و لأجل تحديد التعويض الممنوح لابد من عوامل أو عناصر يشملها التعويض عن الضرر التقصيري ، و بالرجوع الى نصوص القانون المدني العراقي نجد انه في **الفقرة الاولى من المادة (٢٠٧)** التي تنص على " تقدر المحكمة التعويض في جميع الاحوال بقدر ما لحق المتضرر من ضرر وما فاته من كسب بشرط ان يكون هذا نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع." قد اوجب المشرع على القاضي عند تقديره للتعويض ان يقدر ما لحق المتضرر من ضرر و ما فاته من كسب ، و ذلك إن كان هذا الضرر نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع ، فالقاضي يعوض ما لحق المضرور من ضرر مادي أو ادبي ، و بشأن الضرر المادي فأن التعويض عنه يشمل عنصرين :

١- الخسارة المترتبة عما لحقت المتضرر من جراء العمل غير المشروع : و هي الخسارة اللاحقة التي تسبب بها المدعي بعمله غير المشروع فهي ما فات من المنافع التي حرم الفعل الضار المتضرر من الانتفاع بها كحرمان أو عدم استطاعة المدعي القيام بوظيفته او عمله بسبب الاصابة الجسدية التي تسبب بها المدعى عليه بسبب خطأه او اهماله[٢] ، فالخسارة اللاحقة أو المترتبة عن الضرر هي تلك المتعلقة

[١] انظر: علي عصام غصن، الخطأ الطبي(لبنان: منشورات زين الحقوقية، ط٢، ٢٠١٠م)، ص١٣٢

[٢] السيد خلف محمد ، دعوى التعويض عن المسؤولية التقصيرية ، القاهرة ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، ط١ ، ٢٠٠٨م ، ص٧٨٠

بالضرر المباشر المترتب على خطأ المدعى عليه و المتمثلة لحق أو لمصلحة مشروعة للمضرور[١]، فضرر الاصابة الجسدية و نفقات العلاج أو اجراء العملية الجراحية للمصاب هو الخسارة المترتبة عن الفعل الضار .

٢- الكسب الفائت : المشرع العراقي قد اشار في **الشق الثاني من الفقرة الاولى من المادة (٢٠٧)** المار ذكرها بأن على المحكمة ان تأخذ بالاعتبار الكسب الفائت الذي لحق المتضرر نتيجة العمل غير المشروع ، و الكسب الفائت ليس هو الضرر المباشر للعمل غير المشروع كالاصابة الجسدية ، و انما يتمثل بالربح أو اجره الذي كان يتوقع الحصول عليه لولا العمل غير المشروع الصادر من المدعى عليه[٢]، و تطبيقاً لما مر ذكره ، فقد اكدت محكمة التمييز في احدى قراراتها بأنه " يجب ان يشتمل التعويض عن الضرر على عنصرين هما (الخسارة المتحققة و الكسب الفائت) "[٣].

٣- الظروف الملابسة : ذهب الفقه القانوني و بعض النصوص القانونية المقارنة كالقانون المدني المصري صراحة على العنصر المتعلق بالظروف الملابسة و ذلك في المادة (١٧٠) حيث نصت على " يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المضرور طبقاً لأحكام المادتين (٢٢١) و (٢٢٢) مراعياً في ذلك الظروف الملابسة".[٤]

و ذهب جانب من الفقه بأن مصطلح **الظروف الملابسة** يعني " تلك الظروف الشخصية و الصحية و العائلية و كذلك يدخل فيها حالة المضور الجسدية و التي تقدر على اساس ذاتي"[٥] و ذهب جانب آخر من الفقه بأن الظروف الملابسة هي تلك متعلقة بالمسؤول و ليس بالمضرور أي الظروف الشخصية للمسؤول كحالته المالية و ذلك إن كان غنياً أو فقيراً[٦]، و كذلك مدى جسامة خطأ المسؤول فكلما اشتد الخطأ ادى الى ازدياد قيمة التعويض[٧]، و نجد في هذا الاتجاه تناقض مع اهداف التعويض و ذلك في جبر الضرر و ان جسامة الخطأ هي من المعايير في المجال الجنائي و ذلك في جعله من الظروف المشددة في تحديد العقوبة ؛ و لذلك ذهب اتجاه من الفقه الى ان الظروف الملابسة هي تلك المتعلقة بالضرر الحاصل أو الواقع على المضرور اضافة الى الظروف الشخصية و المالية المتعلقة بالمضرور قبل حصول الضرر[٨].

---

[١] انظر: حسين عامر ، عبد الرحيم عامر ، المسؤولية المدنية- التقصيرية و العقدية ، مصر ، دار الكتاب الحديث ، ط٢ ، ١٩٧٩م ، ص٥٣٧

[٢] انظر : لقمان فاروق حسن ، المسؤولية القانونية في العمل الطبي ، لبنان ، منشورات زين الحقوقية ، ط١ ، ٢٠١٣م ، ص٢٤٠

[٣] انظر في ذلك: قرار محكمة التمييز رقم ٣٨٣/ موسعة اولى / ٩٠ في ٢٩/ ٥/ ١٩٩١م ، و المشار اليه في : احمد سلمان شهيب ، عقد العلاج الطبي ، لبنان ، منشورات زين الحقوقية ، ط١ ، ٢٠١٢م ، ص ٢٥٦

[٤] حسين عامر ، عبد الرحيم عامر ، المسؤولية المدنية- التقصيرية و العقدية ، المرجع السابق ، ص ٥٤٤

[٥] عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج١ (مصادر الالتزام) ، لبنان ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ٢٠١١م ، ص٩٧١

[٦] انظر : حسن ذنون ، المبسوط في المسؤولية المدنية ، ج١- الضرر ، بغداد ، شركة التايمس للطبع و النشر المساهمة ،١٩٩١م، ص٣٠٠

[٧] انظر: جلال محمد ابراهيم ، مصادر الالتزام ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، ط٣، ٢٠١٠م ، ص ٤٦٩

[٨] انظر : محمد كامل مرسي ، شرح القانون المدني ، ج٢- مصادر الالتزام ، القاهرة ، المطبعة العالمية ، ١٩٥٥، ص٢٠٠

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

و يظهر جلياً من الاتجاهات الفقهية اعلاه في تحديد ماهية الظروف الملابسة التي يعتد بها القاضي في تقدير التعويض ، بأنه لا يوجد مفهوم جامع و مانع لها .
أما موقف المشرع العراقي في ذلك ، فبالرجوع الى نصوص القانون المدني ، نجد ان المشرع في **الفقرة الثالثة من المادة ١٩١** على انه " عند تقدير التعويض العادل عن الضرر لا بد للمحكمة ان تراعي في ذلك مركز الخصوم." فالمشرع اخذ بمركز كل من المسؤول و المضرور في تقدير التعويض معاً و ليس احدهما ، و يبدو ان توجه المشرع العراقي في ذلك هو نابع من ان للقاضي سلطة تقديرية في تقدير التعويض وفقاً لظروف القضية المعروضة امام القاضي .
بيد ان كان من الاجدر على المشرع ان ينص على عبارة الظروف الملابسة و ليس عبارة مركز الخصوم لان هدف التعويض هو جبر الضرر و ازالته قدر الامكان و ليس عقوبة جنائية من اجل الاخذ بمركز الخصوم .
و لما تقدم ان عناصر التعويض عن الضرر المادي هي (الخسارة اللاحقة و الكسب الفائت و الظروف الملابسة) .
أما ما يتعلق بالتعويض عن الضرر الادبي فإنه لا يشتمل على عنصري الخسارة اللاحقة و الكسب الفائت ؛ لان التعويض عن الضرر الادبي يتعلق بالتعويض عن الضرر المتعلق بالألم و الحرمان النفسي و الاعتداء على العرض و الحرية الشخصية ، فالتعويض عن الضرر الادبي هو عنصراً قائماً بذاته حيث يصعب تقويم نتائجه أو آثاره بالنقود ؛ و لذلك لا يوجد معيار نقدي لتقدير قيمته المالية، و لذلك ذهب الفقه القانوني في هذا المجال الى ان العنصر الذي يعتد به هو (عنصر الظروف الملابسة)[١]، و هو ما يتعلق بالظروف الخاصة بالمضرور و ليس بالظروف الخاصة بالمسؤول (المدعى عليه)، كما اوجب فقهاء القانون في هذا المجال أن يكون من ضمن الظروف الملابسة التي على القاضي الاخذ بها تلك المتعلقة بالعوامل الخارجية التي أثرت تأثيراً مباشراً في حصول ألم و معاناة نفسية جسيمة بالمضرور[٢].
أما ما يتعلق بوقت تقدير القاضي للتعويض، اوضحنا ان المشرع العراقي في المادة (٢٠٧) المار ذكرها قد اوجب على القاضي عند تقديره للتعويض ان يقدر ما لحق المتضرر من ضرر و ما فاته من كسب ، و ذلك إن كان هذا الضرر نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع ، فالقاضي يعوض ما لحق المضرور من ضرر مادي أو ادبي و لكن المشرع لم ينص صراحة عن وقت تقدير التعويض عن الضرر سواء كان الضرر ثابتاً أو متغيراً ، إلا إن بالرجوع الى نصوص القانون المدني نص المشرع في **المادة ٢٠٨** على: " اذا لم يتيسر للمحكمة ان تحدد مقدار التعويض تحديداً كافياً فلها ان تحتفظ للمتضمن بالحق في ان يطالب خلال مدة معقولة بإعادة النظر في التقدير" ، و من خلال مفهوم هذه المادة بالإمكان الاستنتاج على ان وقت تقدير التعويض يكون وقت الحكم ، كما ان المشرع قد اعطى للقاضي سلطة في عدم الحكم بتعويض كامل نهائي في حالة عدم تمكنها من تقدير التعويض وقت الحكم و هنا الضرر المتغير و ذلك بمنح كتعويض مؤقت واعطاء للمتضرر خلال مدة معقولة تحددها المحكمة في تقديم طلب اعادة النظر في تقدير التعويض . كما نجد أن المشرع قد أورد في الفقرة الاولى من المادة ٢٠٩ عبارة (الظروف) حيث نص على:" تعين المحكمة طريقاً التعويض تبعاً للظروف....." ، و هنا العبارة (الظروف) عبارة مطلقة و شاملة فتشمل حالة الضرر المتغير ؛ فأتاح للقاضي سلطة تقديرية وفقاً لظروف معينة ان يحكم بمقدار معين من التعويض بما ينسجم مع الظروف التي تؤثر في القضية المنظورة و هو ما يعني وقت صدور الحكم و لعدم ورود نص صريح لتحديد وقت تقدير التعويض عن الضرر يثار تساؤلاً حول موقف القضاء العراقي في وقت تقدير التعويض عن الضرر و بشكل خاص الضرر المتغير؟

---

[١] انظر : مهند عزمي مسعود ابو مغلي ، التعويض عن الضرر الادبي – دراسة مقارنة ، مجلة الشريعة و القانون ، العدد ٣٩ ، يوليو ٢٠٠٩م ، ص٢٢١-٢٢٢

[٢] انظر: ابراهيم الدسوقي ابو الليل ، تعويض الضرر في المسؤولية المدنية ، الكويت، مطبوعات جامعة الكويت ، ١٩٩٥م، ص١٣٤

بالنسبة الى موقف القضاء العراقي فمن خلال تتبع احكام القضاء العراقي ، نجده في بادئ الامر كان يعتبر وقت تقدير التعويض عن الضرر هو وقت حصول الضرر و هو مل قررته محكمة التمييز في احدى قراراتها و ذلك بأن " تقدير قيمة البناء المهدوم يكون بالسعر الذي كان عليه عند هدمه "[١] ، و لكن في قرار آخر لمحكمة التمييز اعتبرت وقت التقدير هو وقت إقامة الدعوى و هو ما ذهبت اليه بالقول " قيمة الذهب المغصوب تقدر بتاريخ إقامة دعوى استرداده"[٢].

غير ان محكمة التمييز قد تراجعت عن اتجاهها و ذهبت بصريح العبارة بأن وقت تقدير التعويض في المسؤولية التقصيرية هو وقت حصول الضرر و ذلك في قرار لها حيث ذهبت فيه " التعويض عن الضرر في المسؤولية التقصيرية يقدر بتاريخ حصول الضرر وليس بتاريخ إقامة الدعوى بشأنه ، ولما كان الحادث قد وقع في عام ١٩٩١ فان تقدير التعويض بالتاريخ المذكور منسجماً وحكم القانون"[٣].

و بذلك فنجد القضاء العراقي بسبب النقص التشريعي في تحديد وقت تقدير التعويض لم يستقر على اتجاه واحد فتارة يعتبر وقت تقدير التعويض هو وقت حصول الضرر و تارة اخرى يكون بتاريخ اقامة الدعوى و لم يعتبره في وقت صدور الحكم، و هذا الامر يثير اشكالات و يتعارض مع مبدأ التعويض الكامل و بالأخص في حالة الضرر المتغير فيمكن أن يقع الضرر في تاريخ معين و تستمر آثاره و تتغير سواء في ذاتية الضرر أو في القيمة الشرائية حتى بعد إقامة الدعوى ، و هو ما يعتبر من معوقات تحقق مبدأ الامن القانوني في هذا المجال ، و لذلك ندعو المشرع الى تعديل الفقرة الاولى من المادة ٢٠٧ من القانون المدني حيث تأخذ الصيغة التالية: " تقدر المحكمة التعويض وقت صدور الحكم و في جميع الاحوال بقدر ما لحق المتضرر من ضرر وما فاته من كسب بشرط ان يكون هذا نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع."

و مما تجدر الاشارة في هذا الاطار ، لم يضع المشرع طريقة حسابية معينة لتقدير التعويض الممنوح عن الضرر سواء الثابت أو المتغير ، و بالرجوع الى نص الفقرة الاولى من المادة ٢٠٩ الواردة اعلاه ، نجد ان المشرع اعطى للقاضي حرية في اختيار طريقة لدفع التعويض تبعاً للظروف فنص على " تعين المحكمة طريقاً التعويض تبعاً للظروف ويصح ان يكون التعويض اقساطاً او ايراداً مرتباً ويجوز في هذه الحالة الزام المدين بأن يقدم تأميناً" ، فترك المشرع للقاضي وفقاً لسلطته التقديرية الحرية في اختيار الحكم بدفع التعويض على شكل اقساط أو ايراد مرتب ، فتلك الطرق ممكن ان تمكن القاضي في تقدير التعويض عن الضرر المتغير و لكن ليس بشكل دقيق حيث ما هي الآلية أو المعايير التي يعتمدها عند تقديره للتعويض ، و لذلك نجد ان تصدر تعليمات تحدد فيها آلية أو طريقة في كيفية احتساب الخسائر و الكسب الفائت ضمن معايير معينة توضع من قبل لجان مختصة وهو ما يسهل على القضاء في تقدير التعويض بشكل كامل و نهائي و خاصة في حالات الضرر المتغير.

[١] قرار محكمة التمييز رقم ٤٩٢/م١/١٩٧٥ بتاريخ ١٩٧٥/١٢/٩ ، منشور في مجلة الإحكام العدلية ،العدد الرابع ، السنة السادسة ،ص ٢٧

[٢] قرار محكمة التمييز رقم ٢٢٣٠/م٤/١٩٧٥ بتاريخ ١٩٧٦/١١/٢٨ ، منشور في مجلة الإحكام العدلية ، العدد الرابع ، السنة السابعة ، ص ٦٣ .

[٣] قرار محكمة التمييز رقم ٥١٧٧/م١ منقول/ ١٩٩٨ بتاريخ ١٩٩٩/٤/٧ (غير منشور) ، مشار اليه في : حسن حنتوش رشيد الحسناوي ، الضرر المتغير و تعويضه في المسؤولية التقصيرية ، اطروحة دكتوراه ، جامعة بغداد ، ٢٠٠٤، ص١٣٤

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

الخاتمة:

بعد انتهائنا من دراسة " مدى تحقق مبدأ الامن القانوني في الحماية المدنية للتطور البيوتكنولوجي في العراق " بحمد الله و توفيقه ، ينبغي أن نذكر ما توصلنا اليه من النتائج و التوصيات

أولاً: النتائج:

١- إن التطور البيوتكنولوجي هو تطور حاصل في الأبحاث والتجارب العلمية في مجال الطب البيولوجي (اي تطور التجارب الطبية سواء علاجية او علمية).

٢- إنّ هناك نوعين من التجارب الطبية التي تجرى على الأجنة الفائضة والمجمدة وهما: تجارب طبية علاجية والمتمثلة في علاج الجنين نفسه أو لعلاج مرضى آخرين، وكذلك تجارب طبية علمية أو بحثية المتمثلة في الهندسة الوراثية

٣- أنَّ المشرع العراقي قد نص بشكل غير مباشر في الفقرة (السادسة) من المادة (٢) من قانون المعهد العالي لتشخيص العقم والتقنيات المساعدة على الإنجاب بإمكانية قيام المعهد بإجراء البحوث المتعلقة بالأجنة وتجميدها بشرط ان لا تتنافى تلك البحوث مع أحكام الشريعة الإسلامية وأن يحتفظ بنسب الجنين لأبويه الشرعيين، إلا إنه لم يشر إلى الهدف من إجراء تلك البحوث، بالإضافة إلى ذلك لم يحدد ضوابط القيام بمثل تلك البحوث كأن تكون بموافقة الزوجين، ولم يحدد عمر الأجنة التي تجرى عليها التجارب أو البحوث.

٤- هناك قصور في التشريعات المدنية العراقية للنص صراحة عن (تقنية البصمة الوراثية) بأعتبارها من وسائل الأثبات. في حين نص المشرع على فحص الدم في قانون أصول المحاكمات الجزائية بموجب المادة (٧٠) من هذا القانون ووجدنا ان قانون الأثبات رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ قد اجاز في المادة (١٠٤) في ان يستند القاضي الى وسائل التقدم العلمي في استنباط القرائن القضائية أضافة الى ذلك إن نص هذه المادة جاء شاملاً لكل وسائل التقدم العلمي في استنباط القرائن القضائية ومن هذه الوسائل هي (البصمة الجينية).

٥- إن المشرع العراقي في قانون عمليات زرع الأعضاء البشرية و منع الاتجار بها رقم ١١ لسنة ٢٠١٦م قد أغفل انه يمكن الاستفادة من النسيج البشري للمريض نفسه في إيجاد نسيج جديد و زرعه بدل النسيج المعيوب و الذي يتطلب زراعة نسيج جديد

٦- تؤسس المسؤولية في حالة حصول ضرر نتج عن الخطأ الطبي بشكل محقق ومباشر ويجب أنْ يكون هذا الضرر متعلقاً بحق مكتسب أو مصلحة مشروعة، وبَيَّنَت الدراسة أنّ الضرر الموجب للمسؤولية المدنية في لا يخرج عن نوعين هما الضرر الماديّ والضرر الأدبيّ أو المعنويّ.

٧- إن سلوك الطبيب في العراق يحكمه نوعان من القواعد هي : ١- القواعد القانونية المدنية التقليدية التي يخضع لها سائر أفراد المجتمع، ٢- قواعد اخلاقيات المهنة أو قواعد السلوك المهني التي تصدر عن نقابة الأطباء و التي هي قواعد ملزمة تحكم سلوك الأطباء أثناء ممارستهم لمهنة الطب أو العمل الطبي بوجه عام.

٨- توصلت الدراسة إلى أنَّ هناك عجزاً وقصوراً في القواعد القانونية التقليدية الخاصة بالمسؤولية المدنية عن استيعاب بعض أنواع السلوك الطبيّ التي يصعب معها إثبات حصول الضرر نتيجة للخطأ الطبي، وبشكل خاص في مجال الأعمال الطبية غير الاعتيادية(كالتقنيات البيوتكنولوجية)

٩- القانون العراقي فلم ينص عن الضرر المتغير و كيفية تقدير التعويض عنه و لا توجد طريقة حسابية فترك المشرع للقاضي الحرية في اختيار الحكم بدفع التعويض على شكل اقساط أو ايراد مرتب ، فتلك الطرق ممكن ان تمكن القاضي في تقدير التعويض عن الضرر المتغير .

١٠- ان المشرع العراقي قد اعطى للقاضي سلطة في عدم الحكم بتعويض كامل نهائي في حالة عدم تمكنها من تقدير التعويض وقت الحكم عن الضرر المتغير و ذلك بمنح كتعويض مؤقت واعطاء للمتضرر خلال مدة معقولة تحددها المحكمة في تقديم طلب اعادة النظر في تقدير التعويض .

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

ثانياً: التوصيات:

١- نقترح على المشرع العراقي الى ضرورة تعديل الفقرة (٦) من المادة (٢) من قانون المعهد العالي لتشخيص العقم والتقنيات المساعدة على الإنجاب، حيث تأخذ الصيغة التالية:
" إجراء التجارب العلاجية على الأجنة وتجميدها بما لا يتنافى مع أحكام الشريعة الإسلامية مع ضرورة الحفاظ على نسب الجنين للزوج صاحب النطفة والزوجة صاحبة البيضة ".
٢- من الاجدر بالمشرع أن يشر في قانون عمليات زرع الأعضاء البشرية و منع الاتجار بها رقم ١١ لسنة ٢٠١٦ الى الاستفادة من النسيج البشري للمريض نفسه في إيجاد نسيج جديد و زرعه بدل النسيج المعيوب و الذي يتطلب زراعة نسيج جديد دون أن يكون النص قاصراً بصورة غير مباشرة على عمليات زرع الأعضاء المغاير؛ لأن من خصائص أي قانون أن يكون قانوناً مرناً يمكن تطبيقه في كل زمان و على كل الظروف
٣- ندعو ان تعدل المادة (٧٠) من قانون اصول المحاكمات الجزائية بحيث تنص على عبارة (فحص الجينات الوراثية او البصمة الوراثية) بدلاً من عبارة (فحص الدم) في تحديد هوية الشخص.
٤- ندعو المشرع العراقي ان ينص في الفقرة الثالثة من المادة ١٩١ من القانون المدني على عبارة الظروف الملابسة و ليس عبارة مركز الخصوم لان هدف التعويض هو جبر الضرر و ازالته قدر الامكان و ليس عقوبة جنائية من اجل الاخذ بمركز الخصوم .
٥- ندعو المشرع العراقي الى تعديل الفقرة الاولى من المادة ٢٠٧ من القانون المدني حيث تأخذ الصيغة التالية: " تقدر المحكمة التعويض وقت صدور الحكم و في جميع الاحوال بقدر ما لحق المتضرر من ضرر وما فاته من كسب بشرط ان يكون هذا نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع."
٦- ندعو المشرع العراقي الى تعديل قانون المعهد العالي لتشخيص العقم و التقنيات المساعدة على الانجاب و قانون عمليات زرع الأعضاء البشرية و منع الاتجار بها، و ذلك بإيراد نصوص أو قسم خاص عن المسؤولية المدنية في تحمل الاضرار الناشئة عن القيام بتلك العمليات الطبية المشار إليها في هذين القانونين ؛ و ذلك لمنع الرجوع الى القواعد التقليدية التي يعجز بسببها المريض المتضرر عن اثبات خطأ الطبيب أو تقصيره و من ثم عدم حصوله على التعويض.

المصادر :

أولاً: الكتب

١- احمد حسام طه تمام، الحماية الجنائية لاستخدام الجينات الوراثية للجنس البشري، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥
٢- احمد سلمان شهيب ، عقد العلاج الطبي ، لبنان ، منشورات زين الحقوقية ، ط١ ، ٢٠١٢م
٣- ابراهيم الدسوقي ابو الليل ، تعويض الضرر في المسؤولية المدنية ، الكويت، مطبوعات جامعة الكويت ، ١٩٩٥م
٤- أنس محمد عبد الغفار، المسؤولية المدنية في المجال الطبيّ – دراسة مقارنة بين القانون و الشريعة الإسلامية ، مصر: دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر و البرمجيات، ٢٠١٠ م
٥- البار، محمد علي، خلق الإنسان بين الطب و القرآن ،المملكة العربية السعودية: الدار السعودية للنشر، ط١١، ١٩٩٩م
٦- السيد خلف محمد ، دعوى التعويض عن المسؤولية التقصيرية ، القاهرة ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، ط١ ، ٢٠٠٨م
٧- جلال محمد ابراهيم ، مصادر الالتزام ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، ط٣، ٢٠١٠م

٨- جيرار سيغان، اساسيات علم الوراثة-تعريب:فؤاد شاهين ، بيروت: عويدات للطباعة و النشر، ط١، ٢٠٠٣م
٩- حسن ذنون ، المبسوط في المسؤولية المدنية ، ج١- الضرر ، بغداد ، شركة التايمس للطبع و النشر المساهمة ،١٩٩١م
١٠- حسين عامر ، عبد الرحيم عامر ، المسؤولية المدنية- التقصيرية و العقدية ، مصر ، دار الكتاب الحديث ، ط٢ ، ١٩٧٩م
١١- خالد الكبيسي، مقدمة في علم الاحياء الجزيئي، عمان: دار صفاء، ٢٠٠٠م
١٢- رضا عبد الحليم عبد المجيد. المسؤولية الطبية عن الخطأ في تشخيص تشوهات الجنين وأمراضه الوراثية، القاهرة: دار النهضة العربية، ط١، ٢٠٠٣م
١٣- طه، محمود أحمد، الإنجاب بين التجريم والمشروعية، الإسكندرية: دار المعارف، ٢٠٠٨م
١٤- عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج١ (مصادر الالتزام) ، لبنان ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ٢٠١١م
١٥- عبد الهادي مصباح، العلاج الجيني و استنساخ الأعضاء البشرية-رؤية مستقبلية للطب و العلاج خلال القرن الحادي و العشرين، القاهرة: الدار المصرية اللبنانية، ١٩٩٩م
١٦- علي عصام غصن، الخطأ الطبي، لبنان: منشورات زين الحقوقية، ط٢، ٢٠١٠م
١٧- لقمان فاروق حسن ، المسؤولية القانونية في العمل الطبي ، لبنان ، منشورات زين الحقوقية ، ط١ ، ٢٠١٣م
١٨- محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي، الاسكندرية: الدار الجامعية الجديدة، ٢٠٠٦م
١٩- محمد عبد النبأوي، المسؤولية المدنية لأطباء القطاع الخاص ، الدار البيضاء: مطبعة النجاح الجديدة، ٢٠٠٣م
٢٠- محمد كامل مرسي ، شرح القانون المدني ، ج٢- مصادر الالتزام ، القاهرة ، المطبعة العالمية ، ١٩٥٥

ثانياً: الابحاث و المجلات العلمية

١- فتحي عويضة، العلاج بالجينات، المجلة العربية للعلوم الصيدلية، عدد تأسيسي،ج١، جمعية كليات الصيدلة العربية، كلية الصيدلة، دمشق، ١٩٩٧م
٢- مهند عزمي مسعود ابو مغلي ، التعويض عن الضرر الادبي – دراسة مقارنة ، مجلة الشريعة و القانون ، العدد ٣٩ ، يوليو ٢٠٠٩م
٣- مجلة القضاء العراقية، العدد الثاني ،السنة (٤٢) ،١٩٨٧
٤- مجلة الإحكام العدلية ،العدد الرابع ، السنة السادسة
٥- مجلة الإحكام العدلية ، العدد الرابع ، السنة السابعة

ثالثاً: الرسائل و الاطاريح العلمية

١- حسن حنتوش رشيد الحسناوي ، الضرر المتغير و تعويضه في المسؤولية التقصيرية ، اطروحة دكتوراه ، جامعة بغداد ، ،٢٠٠٤
٢- سعاد، راحلي، النظام القانوني للتجارب الطبية على الأجنة البشرية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر ١، ٢٠١٤- ٢٠١٥م
٤- كريم عشوش، العقد الطبي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ٢٠٠٠م- ٢٠٠١م

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

رابعاً: المصادر الاجنبية

1- Federico M, Bellei M, Brice P, et al,EBMT/GISL/ANZLG/SFGM/GELA Intergroup HD01 Trial. High-dose therapy and autologous stem-cell transplantation versus conventional therapy for patients with advanced Hodgkin's lymphoma responding to front-line therapy. J Clin Oncol. 2003

2- Lesko, L.J. & Woodcock, J. **Translation of pharmacogenomics and pharmacogenetics: a regulatory perspective.** Nat Rev Drug Discov. Vol.3, No.9, (2004)

3- Mendoza E, Territo M, Schiller G,(1995), et al. Allogeneic bone marrow transplantation for Hodgkin's and non-Hodgkin's lymphoma. Bone Marrow Transplant

خامساً: التشريعات و القوانين

١- قانون المدني رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل

٢- قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل

٣- قانون عمليات زرع الأعضاء البشرية و منع الاتجار بها رقم ١١ لسنة ٢٠١٦

٤- قانون المعهد العالي لتشخيص العقم والتقنيات المساعدة على الإنجاب رقم ١٩ لسنة ٢٠١١م

٥- قانون تأسيس المؤسسات الصحية الخاصة الاتحادي رقم ٢٥ لسنة ٢٠١٥م

٦- تعليمات اللجنة الوزارية في وزارة الصحة الخاصة بضوابط إنشاء مراكز العقم و أطفال الأنابيب لسنة ٢٠٠٨م

٧- تعليمات السلوك المهني الطبي الصادر عن نقابة الاطباء العراقية لسنة ١٩٨٥م

دور مبدأ عدم رجعية المعاهدات الدولية في تكريس الامن القانوني

م.د مروة إبراهيم محمد
جامعة اوروك الاهلية/ كلية القانون
dr.marwaibrahim@uruk.edu.iq

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

الملخص:

يعد الامن القانوني وسيلة لتحقيق استقرار القاعدة القانونية لتجنب تغيير القاعدة القانونية بصورة مفاجئة، اذ ينبغي الا يتم مفاجئة المخاطبين بأحكام القاعدة القانونية وهدم التوقعات المشروعة، فيجب ان يتم مراعاة واحترام الحقوق المكتسبة وضمان استقرار العلاقات القانونية، ويعد مبدأ عدم رجعية المعاهدات الدولية صورة من صور الامن القومي التي تهدف الى تحقيق اغراضه، وان الاستثناءات الواردة على هذا المبدأ لا تنتقص من الهدف الذي يسعى المبدأ لتحقيقه، وهو الاستقرار والثبات في الأوضاع والعلاقات القانونية.

Abstract:

Legal security is a means to achieve the stability of the legal base to avoid a sudden change of the legal base. The addressees should not be surprised by the provisions of the legal base and the demolition of legitimate expectations. The acquired rights should be observed and respected and the stability of legal relations guaranteed. The principle of non-retroactivity of international treaties is a form of national security that It aims to achieve its purposes, and the exceptions to this principle do not detract from the goal that the principle seeks to achieve, which is stability and stability in legal situations and relations.

المقدمة :

يعد مبدا عدم رجعية القوانين بصفة عامة من أهم المبادئ التي تكرس الامن القانوني، فهذا المبدأ صورة من صور مبدأ الامن القانوني، ويعد مبدأ عدم رجعية القانون من المبادئ الأساسية التي تنص عليها الدساتير عادة، منها الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ في المادة ١٩ وتعني ان يكون سريان القانون على الوقائع المستقبلية التي تقع بعد نفاذه، اذ ان اثر القانون يقتصر على ما يحدث من وقائع بعد نفاذه، ولا يرتب اثر قانوني قبل هذا التاريخ، فالقانون يطبق على الحاضر والمستقبل وليس على الماضي، أي انه لا ينطبق على ما سبق حدوثه من حالات وعلاقات قانونية قبل العمل بأحكامه، وان التأكيد على هذا المبدأ في العديد من الدساتير والاتفاقيات الدولية له مسوغات قانونية، منها كونه يعزز الثقة بالقانون ويؤدي الى استقرار الأوضاع القانونية وحماية الحقوق المكتسبة، وبذلك فان مبدأ عدم رجعية القانون يتفق مع مبدا الامن القانوني بالأهداف التي يروم كل مبدأ تحقيقها ومنها استقرار المراكز القانونية وعدم المساس بها.
هذا فيما يخص القانون الداخلي اما على صعيد القانون الدولي فالأمر ذاته اذ تم التأكيد على مبدأ عدم رجعية الاتفاقيات الدولية على الماضي كقاعدة عامة، الا ان الامر لا يخلوا من الاستثناءات التي اشارت

اليها بعض الاتفاقيات الدولية فهذه الاستثناءات لا تمس بهدف ومسوغ المبدأ، اذ ان الاستثناء له مبررات تصب في تحقيق مصالح تهم المجتمع الدولي ككل وفي نطاق ضيق جداً، وان العديد من الاتفاقيات الدولية نصت على عدم رجعية القواعد القانونية الدولية على الماضي أي عدم سريانها على حالات ووقائع جرت بالماضي ويقتصر سريانها على الحالات والوقائع التي تنشأ بعد نفادها، إذ تم التأكيد على مبدأ عدم رجعية المعاهدات الدولية في المادة (٢٨) من اتفاقية فينا لقانون المعاهدات الدولية لسنة ١٩٦٩، وقد تم التأكيد على هذا المبدأ في اتفاقيات اخرى منها اتفاقية التحكيم المبرمة بين فرنسا وألمانيا عام ١٩٢٥ اذ اكدت على عدم تطبيق نصوصها على الماضي.

اولا: أهمية البحث

تتجلى اهمية البحث بعدة امور منها:

١- يحقق مبدأ عدم رجعية المعاهدات الدولية استقرار وثبات القاعدة القانونية الدولية المنظمة لشؤون الدول، مما يجنب الدول حصول نزاعات فيما بينها لو كان الامر بدون ضابط ويترك امر تطبيق المعاهدات لإرادة كل دولة وحسب مصالحها .

٢- اهتمام الاتفاقيات الدولية ودعم القرارات القضائية الدولية لمبدأ عدم رجعية المعاهدات الدولية، ما هو الا دليل ما لهذا المبدأ من اهمية بالغة في تحقيق استقرار القاعدة القانونية وثبات الحقوق المكتسبة.

ثانياً: اشكالية البحث

تتضح اشكالية موضوع البحث من خلال الاسئلة ادناه والتي سنجيب عنها بشكل تفصيلي في متن البحث:

١- هل تم تكريس مبدأ عدم رجعية المعاهدات الدولية في المعاهدات بشكل يحقق الامن القانوني من استقرار وثبات القاعدة والمركز القانوني؟

٢- ما دور القضاء الدولي في دعم الهدف من مبدأ عدم رجعية المعاهدات الدولية بخصوص تكريس الامن القانوني؟

٣- هل لمبدأ عدم رجعية المعاهدات الدولية دور في تكريس الامن القانوني ؟ وهل تؤثر الاستثناءات التي ترد على المبدأ في تأدية هذا الدور؟

ثالثاً: منهجية البحث

لقد اتبعنا في دراستنا المنهج الوصفي لتفسير موضوع البحث وبيان الجانب النظري للدراسة والمنهج التحليلي لتحليل احكام القضاء الدولي ونصوص الاتفاقيات الدولية.

رابعاً: هيكلية البحث

قسمنا موضوع البحث الى مبحثين سنتناول في المبحث الاول التعريف بمبدأ عدم رجعية المعاهدات الدولية اما المبحث الثاني فسنتناول فيه العلاقة بين مبدأ عدم رجعية المعاهدات الدولية والامن القانوني.

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

المبحث الاول

التعريف بمبدأ عدم رجعية المعاهدات الدولية

يعد مبدأ عدم رجعية القانون على الماضي بصورة عامة من اهم المبادئ التي تحقق سيادة القانون، اذ انه يعد ضمانة لتحقيق الاستقرار القانوني فانسحاب القاعدة القانونية على الماضي يؤدي الى الاخلال بالاستقرار الواجب للمعاملات والمساس بالحقوق والمراكز المشروعة التي تم ترتيبها في ظل القانون القائم واحلال الفوضى وعدم الاستقرار، فالقاعدة القانونية الجديدة يجب ان تنفذ بأثر فوري حتي يتمكن المخاطبين بها من معرفتها، وتكييف سلوكهم وفقاً لمقتضياتها بما يضمن حقوقهم وحرياتهم كي لا يؤدي تطبيق القاعدة القانونية بأثر رجعي الى انعدام الثقة في القانون. [١]

وذات الشيء على صعيد القانون الدولي فان الاصل هو عدم رجعية القواعد الدولية وخاصة المعاهدات الدولية، وذلك لتحقيق الاستقرار والثبات شأنه في ذلك شأن القانون الداخلي. [٢]

لذلك ومن اجل فهم مبدأ عدم رجعية المعاهدات الدولية سنوضح تعريف مبدأ عدم رجعية المعاهدات في المطلب الاول أما المطلب الثاني فسنتناول فيه الاستثناءات التي ترد على مبدأ عدم رجعية المعاهدات الدولية.

المطلب الاول

تعريف مبدأ عدم رجعية المعاهدات الدولية

القاعدة العامة في القانون الدولي هي ان القاعدة القانونية الدولية تبدأ في السريان منذ اللحظة التي تتوفر فيها شروطها الاساسية، وتبقى هذه القاعدة سارية حتى يتم الغاؤها صراحة في اتفاق دولي او ضمنا نتيجة نشوء قاعدة متعارضة معها او في صورة اعادة تنظيم الموضوع الذي تحكمه، سواء أكانت هذه القاعدة الجديدة اتفاقية او عرفية، فاذا لم تتضمن المعاهدة الدولية نصاً يحدد تطبيقها بوقت معين فمن المتفق عليه انها تصبح واجبة التنفيذ بعد اتمام اجراءات عقدها.[٣]

فالقانون الدولي يأخذ بمبدأ عدم الرجعية والمقصود به هو ان النص القانوني سواء كان داخلياً او دولياً، لا يسري أثره على الماضي وانما يسري فقط على المستقبل، ولا يحكم الا الحالات التي تمت بعد نشره ودخوله حيز التنفيذ، لان من شأن الاثر الرجعي للقانون ان يشعر المخاطبين به بعدم الارتياح والطمأنينة تجاه تصرفاتهم التي كانوا قد انشأوها للقاعدة القانونية القديمة الامر الذي سيؤدي الى ضياع الحقوق المكتسبة .[٤]

وللوقوف عند مفهوم دقيق لمبدأ عدم رجعية المعاهدات الدولية فاننا سنتناول التعريف الفقهي للمبدأ في الفرع الاول أما الفرع الثاني فسنوضح فيه التعريف القانوني لمبدأ عدم رجعية المعاهدات الدولية.

---

(١) مازن ليلو راضي، من الامن القانوني الى التوقع المشروع دراسة في تطوير مبادئ القضاء الاداري، مجلة كلية الحقوق ، مجلد (٢١)، عدد (١)، كلية الحقوق/جامعة النهرين، ٢٠١٩، ص١١.

(٢) عصام العطية، القانون الدولي العام، دار السنهوري، بيروت،٢٠١٥، ص٩٨.

(٣) جمال عبد الناصر مانع، القانون الدولي العام، دار الفكر العربي، الاسكندرية،٢٠١٠، ص١٢٩.

(٤) مروان عبد الله عبود واميرة عبد الرحمن علي، دور القضاء الدستوري في تحقيق الاستقرار القانوني، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، مجلد (١١)، عدد (٤٠)، جامعة كركوك، ٢٠٢٢، ص٣٣٧.

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

الفرع الاول

التعريف الفقهي

يعرف فقهاء القانون الدولي مبدأ عدم رجعية المعاهدات الدولية بان المعاهدات لا تسري الا على الحالات والعلاقات التي تنشأ بعد نفادها، دون ان تنسحب على العلاقات والمراكز التي تمت في الماضي.[١]

أي ان المخاطبين بالمعاهدات الدولية يلتزمون بأحكامها من وقت صدورها وبالتالي لا تؤثر على العلاقات والمراكز القانونية السابقة وذلك من أجل ضمان استقرار المعاملات والاوضاع القانونية.[٢]

أي يقصد به ان المعاهدات الدولية تسري على المستقبل دون الماضي، أي انها لا يكون لها أثر رجعي مالم يتفق أطراف المعاهدة على غير ذلك، وهذا مبدأ عام مسلم به في مختلف النظم القانونية، وتخضع المعاهدات الدولية لذات المبدأ بوصفها منشئة لحقوق أو التزامات أو مقررة لقواعد قانونية معينة ، فلا يمتد اثرها الى أحداث أو مواقف أو تصرفات وقعت في وقت سابق على دخولها دور النفاذ الا اذا اتفق اطرافها على ذلك.[٣]

والواقع ان مبدأ عدم رجعية المعاهدات الدولية يمكن ان يعمل به سواء في مجال قواعد الاختصاص والقواعد الاجرائية، او في مجال القواعد الموضوعية .[٤]

الفرع الثاني

التعريف القانوني

ورد تعريف مبدأ عدم رجعية المعاهدات الدولية في العديد من الاتفاقيات الدولية فقد أكدت اتفاقية فينا لقانون المعاهدات لعام ١٩٦٩ على هذا المبدأ اذ نصت على انه :" مالم يظهر من المعاهدة قصد مغاير أو يثبت ذلك بطريقة اخرى، فان نصوص المعاهدة لا تلزم طرفاً فيها بشأن أي تصرف أو واقعة تمت أو أي مركز انتهى وجوده قبل تاريخ دخول المعاهدة دور النفاذ في مواجهة هذا الطرف".[٥]

وعليه فان المعاهدات الدولية كقاعدة عامة حسب ما ورد في اتفاقية فينا لقانون المعاهدات لا تسري على الماضي، الا ان الامر لا يخلو من الاستثناءات التي وضحتها الاتفاقية.

---

(١) عصام العطية، مصدر سابق، ص٩٨.

(٢) محمد نصر محمد، الوافي في شرح المعاهدات الدولية في ظل أحكام اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لسنة ١٩٦٩، مكتبة القانون والاقتصاد، المملكة العربية السعودية، ٢٠١٢، ص٩٨.

(٣) صلاح حميدي حمدان الحبيشي، نفاذ المعاهدات الدولية وتنفيذها داخل الدول (دراسة مقارنة)،رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الشريعة /الجامعة الاسلامية بالمدينة المنورة، ٢٠١٧، ص١٢٠.

(٤) جمال عبد الناصر مانع، مصدر سابق، ص١٣٠.

(٥) المادة (٢٨) من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام ١٩٦٩.

وقد تم النص على مبدأ عدم رجعية المعاهدات الدولية في معاهدات اخرى منها معاهدات الاحالة على التحكيم أو التسوية القضائية، منها اتفاقية التحكيم المبرمة بين فرنسا والمانيا في لوكارنو عام ١٩٢٥، اذ قضت بعدم تطبيق نصوصها على الخلافات الناجمة من وقائع تحققت قبل ابرام الاتفاقية، كذلك اتفاقية التوفيق والتحكيم والتسوية القضائية المعقودة بين بلجيكا وبولندا عام ١٩٢٩ والتي تؤكد على عدم جواز سريان المعاهدات الدولية الا على المنازعات التي تنشأ بعد ابرامها. [١]

المطلب الثاني

الاستثناءات التي ترد على المبدأ

ان مبدأ عدم رجعية المعاهدات الدولية ليس على اطلاقه انما هناك بعض الاستثناءات ترد عليه، اذا نصت عليها الاتفاقيات الدولية او اتضح ذلك من خلال قصد الدول الاطراف او ثبت ذلك ان يكون تطبيق المعاهدات الدولية بأثر رجعي، بمعني انه من الممكن ان تطبق المعاهدات الدولية بأثر رجعي على حالات ووقائع جرت في الماضي، وعليه فإننا سنتطرق للشروط الاتفاقية المتعلقة بتقرير الولاية الجبرية للقضاء الدولي في الفرع الاول، اما الفرع الثاني فسنخصصه للاتفاقات الخاصة بتقرير التعويض طبقا لقواعد المسؤولية الدولية، بوصف هاتين الحالتين من الاستثناءات التطبيقية لمبدأ عدم رجعية المعاهدات الدولية.

الفرع الاول

الشروط الاتفاقية المتعلقة بتقرير الولاية الجبرية للقضاء الدولي

ان الخروج على مبدأ عدم رجعية المعاهدات الدولية يثور كثيراً بصدد الشروط الاتفاقية المتعلقة بتقرير الولاية الجبرية للقضاء الدولي، فقد ذهبت المحكمة الدائمة للعدل الدولي في قضية مافروماتس الى اثبات ولايتها على وقائع حدثت في الماضي قبل نفاذ الوثيقة الدولية التي انطوت على النص الاتفاقي بتقرير ولايتها الاجبارية، الا ان جانب من الفقه يرى بأن امتداد الشروط الاتفاقية المتعلقة بتقرير الولاية الجبرية للقضاء الدولي الى وقائع حدثت في الماضي، لا يمثل اثرا رجعياً للمعاهدة بشكل دقيق لانه في هذه الحالة يكون التطبيق مباشر للشرط على كافة المنازعات التي تنشأ بعد نفاذه وان انسحبت اسباب النزاع الى الماضي قبل نفاذ الشرط الذي يقرر الولاية الجبرية.[٢]

وبغض النظر عن الخلاف الفقهي عن عد الشروط الاتفاقية بتقرير ولاية القضاء الدولي على وقائع حدثت في الماضي هو استثناء على مبدأ عدم رجعية المعاهدات الدولية او لا يعد استثناءاً، فإننا نرى بان هذه الشروط بما انها اعطت لمحكمة العدل الدولية الدائمة في عام ١٩٢٤ الحق بتطبيق اختصاصها

(١) عصام العطية، مصدر سابق، ص٩٨.

(٢) صلاح الدين عامر، مقدمة لدراسة القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة،٢٠٠٧،ص ٢٨٦

بأثر رجعي وبذلك تكون هذه الحالة هي حالة استثنائية على المبدأ الا ان هذا الاستثناء لا يهدد استقرار العلاقات القانونية وثبات المراكز القانونية القائمة.

الفرع الثاني

الاتفاقات الخاصة بتقرير التعويض طبقا لقواعد المسؤولية الدولية

تعد الاتفاقات الخاصة بتقرير التعويض طبقاً لقواعد المسؤولية الدولية من الاستثناءات التي ترد على مبدأ عدم رجعية المعاهدات الدولية، منها على سبيل المثال الاتفاقية الالمانية الامريكية المعقودة في برلين عام ١٩٢٢ بصدد انشاء هيئة للفصل في تعويض المانيا للولايات المتحدة الامريكية على ما لحقها من اضرار خلال الحرب العالمية الاولى اذ نصت على ان :" ان اختصاص الهيئة يشمل حالات وحوادث سابقة على انشائها كتلك التي تناولتها معاهدة فرساي".[١]

الا انه وعلى الرغم من ان هذه الحالة تعد استثناء على مبدأ عدم رجعية المعاهدات الدولية الذي اكدت عليه العديد من الاتفاقيات الدولية لغرض تحقيق استقرار الأوضاع القانونية تكريساً للأمن القانوني، فان هذا الاستثناء لا يخل بالغرض من مبدأ عدم رجعية المعاهدات الدولية في تحقيق امن القاعدة القانونية الدولية.

فلا بد ان تكون القاعدة القانونية امنة ويتحقق ذلك عندما تكون واضحة ومحددة ومتوقعة ومحققة لغاياتها، فيتم تنظيم العلاقات القانونية بشكل يحقق معه الاستقرار والانضباط المرجو في المراكز القانونية والقدرة على توقع الأمور مسبقاً ورسم وتخطيط العلاقات المستقبلية.[٢]

المبحث الثاني

العلاقة بين مبدأ عدم رجعية المعاهدات والامن القانوني

توجد علاقة وثيقة بين مبدأ عدم رجعية القانون والامن القانوني، وذات الشيء بالنسبة لقواعد القانون الدولي فان مبدأ عدم رجعية المعاهدات الدولية يرمي الى ذات الاهداف التي يروم تحقيقها الامن القانوني ، ولغرض بيان العلاقة الوثيقة بينهما فإننا سنتناول في المطلب الاول تطابق اهداف مبدأ عدم رجعية المعاهدات مع اهداف الامن القانوني، اما المطلب الثاني فسيكون عن دور القانون و القضاء الدولي في تكريس الامن القانوني.

المطلب الاول

تطابق اهداف مبدأ عدم رجعية المعاهدات مع اهداف الامن القانوني

يضمن الامن القانوني أمن العلاقات القانونية عن طريق استمرار القواعد القانونية في المستقبل بضمان توقع القاعدة القانونية في المستقبل ، ولكي يقيم الامن القانوني لا بد من تحقيق عدة صور أساسية حتى يتكرس الامن وهذه الصور هي:[١]

---

(١) عصام العطية، مصدر سابق، ص٩٨.

(٢) محمد سالم كريم ، دور القضاء الدستوري في تحقيق مبدأ الامن القانوني، مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية، مجلد (٨)، عدد (٢)، جامعة القادسية، ٢٠١٧، ص٣١٦.

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

١- عدم رجعية القوانين
٢- احترام الحقوق المكتسبة
٣- اليقين القانوني.

ولكي نوضع العلاقة بين مبدأ عدم رجعية المعاهدات الدولية والامن القانوني كون عدم الرجعية هي احد صور الامن القانوني، فإننا سنتناول في الفرع الاول استقرار الاوضاع القانونية ما الفرع الثاني فسنتاول فيه العلم بالقاعدة القانونية.

الفرع الاول

استقرار الاوضاع القانونية

من اهم اهداف الامن القانوني هو وجود نوع من الثبات النسبي للعلاقات القانونية واستقرار المراكز القانونية، لغرض اشاعة الامن والطمأنينة بين جهات العلاقات القانونية حيث تستطيع هذه الجهات ترتيب اوضاعها وفقا للقواعد القانونية القائمة وقت مباشرتها لأعمالها، دون تعرضها لمفاجئات أو اعمال لم تكن في الحسبان صادرة من السلطات المختصة يكون من شأنها عدم استقرار الاوضاع القانونية والحقوق المكتسبة . [٢]

وهذا لا يعني امكانية تعديل القاعدة القانونية او تفسيرها، وانما المقصود من ذلك هو عدم ميوعة القواعد القانونية بكثرة التعديلات التي تكون بدون تبريرات مقنعة، مما يؤدي الى ضياع الحقوق. ولذلك يجب ان تكون القاعدة القانونية غير جامدة، فالمقصود بذلك الا يكون تطور القانون وتعديله ميدانا للمفاجآت فيجب ان تحترم القاعدة القانونية الآمال والتوقعات المشروعة. [٣]

فان فكرة التوقع المشروع تقتضي ان كل شخص له الحق في استقرار القاعدة القانونية، وان يكون في مأمن من التعديلات المفاجئة التي يمكنها ان تؤثر على ذلك الاستقرار، فبذلك يكون الوجه المضيء للقانون، وان ضمانة التوقع المشروع لا بد من اعمال القاعدة القانونية الجديدة بأثر فوري لكي يتمكن المخاطبين بها من معرفتها فلو تم تطبيق القاعدة القانونية بأثر رجعي بتجريم الافعال المباحة فان ذلك يخل بالاستقرار القانوني وانتهاك لفكرة التوقع المشروع. [٤]

و من الركائز والمقومات الاساسية التي تشكل دعامة الامن القانوني هي عدم رجعية القانون، وان الحالات التي تستوجب رجعية القانون او المعاهدات الدولية يجب ان تكون على نطاق ضيق جدا وبهدف تحقيق المساواة امام القانون، لان الاساس هو عدم الرجعية وفي حال شكلت رجعية القانون مساساً بالمراز القانونية او هدمت التوقعات المشروعة فمن الممكن اللجوء الى القضاء .[٥]

---

(١)علي مجيد العكيلي، مبدأ الامن القانوني بين النص الدستوري والواقع العملي، المركز العربي للدراسات والبحوث العلمية، القاهرة، ٢٠١٩، ص ٣٧.

(٢) مروان عبد الله عبود و اميرة عبد الرحمن علي، مصدر سابق، ص٣٣٧.

(٣) عبد الحق لخذاري، مبدأ الامن القانوني ودوره في حماية حقوق الانسان، مجلة الحقيقة، عدد (٣٧)، كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة تبسة،٢٠١٦، ص٢٣٢.

(٤) علي مجيد العكيلي ولمى علي الظاهري، فكرة التوقع المشروع دراسة في القضاء الدستوري والاداري، المركز العربي للدراسات والبحوث العلمية، القاهرة، ٢٠٢٠، ص٧٩.

(٥) علي مجيد العكيلي ولمى علي الظاهري، المصدر السابق، ص٨٢.

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

وعلية فان مبدأ عدم رجعية المعاهدات الدولية يهدف الى استقرار الاوضاع القانونية واسباغ نوع من الثبات للحقوق المكتسبة لكي يتحقق الامن القانوني، فان العلاقة بين المبدأ والامن القانوني واضحة من خلال هذا الهدف.

الفرع الثاني

العلم بالقاعدة القانونية

ان العلم بوجود القاعدة القانونية ومضمونها هو المدخل الاساس لتطبيق أي مبدأ قانوني، فاليقين المتولد من ذلك الوجود هو العامل المهم في تحقيق الامن القانوني، ففكرة الثقة المشروعة في القانون تعني ان القواعد العامة المجردة تصدر من الجهة المختصة ويجب ان تكون واضحة يمكن الوصول اليها بسهولة وان لا تصدر بطريقة فجائية ومباغتة تصدم التوقعات المشروعة المبنية على اسس موضوعية مستمدة من القاعدة القانونية، فالأمن القانوني يتحقق باحترام التوقعات المشروعة و تحقيق اهداف القانون المشروعة .[١]

لذلك فان مبدأ وضوح القانون حظى بأهمية خاصة في قضاء الاتحاد الاوربي فقد طبقته محكمة العدل الاوربية اعتبارا من عام ١٩٦٩، وتقرر في احكامها ان مبدأ الامن القانوني الذي يشكل جزء من النظام القانوني لقانون الاتحاد الاوربي يفترض ان يكون الاجراء واضح ومحدد وان ينقل الى علم ذوي الشأن، ومن هذا المنطلق فان اليقين القانوني بوصفه عنصراً من عناصر الامن القانوني يمثل التزاما على الجميع .[٢]

ان اليقين القانوني يتحقق بعدة مظاهر واهم هذه المظاهر هي مبدأ عدم رجعية القانون، أي ان عدم رجعية القانون بصورة عامة والمعاهدات الدولية بصورة خاصة يحقق الثقة المشروعة بالقاعدة القانونية والعلم بها تكريسا للأمن القانوني، كما ان استخدام العبارات للنص القانوني بصورة مفهومة ومنظمة بالشكل الذي يسهل على الجميع فهم مضمونها واعطائها الشكل الذي يجعلها معدة للتطبيق كقاعدة غير قابلة للتأويل، وهذا يعد من مظاهر اليقين أيضاً، كما يجب ان تكون القاعدة القانونية معلومة للمخاطبين بها لان القاعدة القانونية يجب ان تكون مصدر للأمان بالنسبة لهم.

المطلب الثاني

دور القانون والقضاء الدولي في تكريس الامن القانوني

لغرض بيان دور القضاء الدولي في تكريس الامن القانوني من خلال الحالات التي نظرها القضاء دعماً لمبدأ عدم رجعية المعاهدات الدولية، فان هذا المبدأ هو الاشارة الواضحة لتكريس الامن القانوني امام القضاء الدولي لان عدم الرجعية ما هو الا صورة من صور الامن القانوني، فبتأكيد القضاء الدولي عليه هو دلالة واضحة للدور الذي يؤديه القضاء الدولي في تكريس الامن القانوني، ولغرض الاحاطة بهذا الدور سنتناول في الفرع الاول نقطة مهمة تعد تمهيداً للوقوف عند دور القضاء الدولي في تكريس الامن القانوني هي المعاهدات الدولية التي تحترم مبدأ عدم الرجعية، اما الفرع الثاني فعن دور القضاء الدولي في تكريس مبدأ عدم رجعية المعاهدات الدولية.

---

(١) محمد سالم كريم، الامن القانوني معيار للمراجعة القانونية، مجلة واسط للعلوم الانسانية، مجلد (١٧)، عدد(٤٧)، جامعة واسط، ٢٠٢١، ص ٧٦٤.

(٢) علي مجيد العكيلي، مصدر سابق، ص٤٩.

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

الفرع الاول

المعاهدات التي تحترم مبدأ عدم الرجعية

علمياً ان تطبيق المعاهدات الدولية من حيث الزمان يمكن تقسيمها الى ثلاث طوائف هي:[١]
١-المعاهدات التي تحترم مبدأ عدم الرجعية في صورته البسيطة.
٢-المعاهدات التي تنطبق على الافعال والوقائع الموجودة وقت سريانها او التي تحدث معها.
٣-المعاهدات التي تنص صراحة على تطبيقها بأثر رجعي.
يقصد بالطائفة الاولى أي تلك المعاهدات التي تحقق استقرارا نسبيا يسبغ على القاعدة القانونية نوعا من الثبات، أي انه في هذه الحالة يتم تجنب الافراط في تعديل ورجعية المعاهدة وهذا لا يعني عدم التعديل والرجعية نهائياً وانما يكون هناك ثبات نسبي يكسب الحقوق المكتسبة نوعا من الاستقرار يزيد في تعزيزها .[٢]
اما الطائفة الثانية هي المعاهدات التي تجسد مبدأ عم الرجعية وتعززه بصورة اكثر من اول طائفة، اذ ان هذه المعاهدات لا تلزم أي طرف بشأن أي عمل حدث او واقعة أو حالة توقفت عن الوجود قبل تاريخ بدء نفاذ المعاهدة على هذا الطرف وهذا النوع من المعاهدات يعد ضمانة حقيقية لاستقرار الاوضاع القانونية، وبذلك تكرس هذه المعاهدات الامن القانوني الذي يشكل الدعامة الاساسية لثبات واستقرار القاعدة القانونية.
اما الطائفة الثالثة هي التي يكون تطبيقها باثر رجعي كإبرام معاهدة تعويض ضحايا الحرب بين بلدين الا ان هذا النوع من المعاهدات الدولية لا يخل بمبدأ عدم الرجعية لأنها تكون على سبيل الاستثناء ولا تنتهك الامن القانوني.
وعليه فالقاعدة العامة في القانون الدولي كما سبق وان وضحنا ذلك في الصفحات السابقة تكون في اقرار مبدأ عدم رجعية المعاهدات الدولية، وتم تأكيد ذلك في العديد من الاتفاقيات الدولية منها اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات عام ١٩٦٩، واذا ما أرادت الدول الخروج عن هذا المبدأ بشكل لا يفرغ هذا المبدأ من محتواه وانما لرعاية مصالح لم تحصل على حقها بالقواعد القانونية السابقة فيتم جعل نصوص الاتفاقية تطبق على حالات ووقائع حدثت في الماضي.
فيكون هذا الاستثناء في حالات معينة تحقيقا للعدل والمساواة، و اذا ظهر قصد مغاير او ثبت بطريقة اخرى في ان يكون تطبيق المعاهدة بشكل رجعي يطبق الاستثناء ويترك الاصل، الا ان ذلك لا يعني الخروج عن هدف القاعدة العامة انما ينبغي ان يكون دون المساس بالحقوق المكتسبة واستقرار القاعدة القانونية، وهذا ما التمسناه في الحالات التي تكون استثنائية على مبدأ عدم رجعية المعاهدات الدولي ولا حظنا بانها اقتصرت على تقرير التعويض لضحايا الحرب، وفي الشروط الاتفاقية المتعلقة بتقرير الولاية الجبرية للقضاء الدولي عندما تطرقنا لهذا الموضوع في صفحات البحث السابقة .

---

(١) تطبيق المعاهدات الدولية، مقالة منشورة في الانترنيت على الرابط الالكتروني الاتي
https://www.startimes.com/?t=26949910

(٢) مريم حسام، دور الامن القانوني في ترقية حقوق الانسان: المتطلبات و الوسائل ، المجلة الاكاديمية للبحث القانوني، مجلد (١١)، عدد(٤)، كلية الحقوق والعلوم السياسية/جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، ٢٠٢٠، ص٤٠٢.

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

الفرع الثاني

دور القضاء الدولي في تكريس مبدأ عدم رجعية المعاهدات الدولية

اكد القضاء الدولي على مبدأ عدم رجعية المعاهدات في اكثر من حالة منها القضية التي نظرتها محكمة العدل الدولية في القضية التي بين بريطانيا واليونان اذ طلبت الاخيرة من المحكمة اعطاء اثار رجعية لمعاهدة ١٩٢٦ .

تتلخص هذه القضية ان مواطن يوناني ابرم عدة عقود مع الحكومة البريطانية لشراء سفن عام١٩٢٢-١٩٢٣ وفي عام ١٩٢٦ ابرمت اليونان وبريطانيا اتفاقية تجارية وملاحية نصت المادة (٢٩) منها بان يتم عرض أي نزاع يثور بين الطرفين على محكمة العدل الدولية الدائمة فيصبح من اختصاص محكمة العدل الدولية النظر في الدعوى وكان من الممكن ان تطبيق المادة المذكورة لو لا ان المادة (٣٢) منها قررت ان المعاهدة تدخل حيز التنفيذ منذ التصديق عليها .[١]

الامر الذي يعني في نظر المحكمة انها تسري على الوقائع المستقبلية دون ان يكون لها اثر رجعي ، الا ان اليونان قامت برفع دعوى أمام محكمة العدل الدولية للمطالبة بالتعويض عن الاضرار التي اصابت مواطنيها بذلك الوقت بسبب تدخل السلطات البريطانية والغاء العقود من جانب واحد. فقوبل هذا الطلب بالرفض من قبل المحكمة وبررت رفضها انها لو قبلت الدعوى يعني منح المادة(٢٩) من معاهدة ١٩٢٦اثر رجعي، علماً ان المعاهدة لا تتضمن أي شرط لتطبيقها باثر رجعي فالنتيجة التي توصلت اليها المحكمة في الحكم الذي اصدرته في ١٩٥٣/٥/١٩ برفض الدعوى كان من الممكن ان تكون مختلفة لو وجد اتفاق او ظروف تفيد سحب اثار المعاهدة المذكورة على الوقائع السابقة على ابرامها الا ان المحكمة تحققت من عدم وجود مثل هذه الاتفاقات او الوقائع الخاصة. [٢]

فالمعاهدات الدولية لا تنتج اثراً ذا مفعول رجعي، وفيما عدا ذلك هي استثناءات نادرة .[٣]

ولعل اقرب مثل للقواعد الدولية ذات الاثر الرجعي اتفاق ٨/اغسطس/عام ١٩٤٥ الخاص بمحاكمة كبار مجرمي الحرب، فقد وضعت القواعد التي تضمنها لتطبق على افعال سابقة عليه، وهي الافعال التي وقعت قبيل وخلال الحرب العالمية الثانية قبيل سنة ١٩٤٥. [٤]

و عليه فان القضاء الدولي يؤكد على احترام مبدأ عدم رجعية المعاهدات الدولية ويصب ذلك في تكريس الامن القانوني وان لم يتم التطرق بصورة مباشرة لذلك الا انه يفهم من خلال الواقع العملي.

---

(١) التصديق على المعاهدات الدولية هو الحصول على اقرار السلطات المختصة داخل الدولة للمعاهدة التي تم التوقيع عليها وهذه السلطات هي اما رئيس الدولة منفرداً واما رئيس الدولة مشتركاً مع السلطة التشريعية او السلطة التشريعية منفردة وذلك حسب الحال ووفقاً لأحكام النظم الدستورية التي تسود العالم.

- حامد سلطان و عائشة راتب وصلاح الدين عامر، القانون الدولي العام, دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٨, ص٢٣٨.

(٢) محمد نصر محمد، مصدر سابق، ص٩٩.

(٣) بيار ماري دوبوي، القانون الدولي العام، ترجمة محمد عرب صاصيلا و سليم حداد، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ٢٠٠٨، ص٣٣٧.

(٤) علي صادق ابو هيف، القانون الدولي العام، الطبعة التاسعة، منشأة المعارف، الاسكندرية، ص١٠٣.

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

الخاتمة :

من خلال ما تقدم توصلنا الى عدة نتائج وتوصيات هي:

أولا: النتائج

١- اكدت العديد من الاتفاقيات الدولية على مبدأ عدم رجعية المعاهدات الدولية وان الخروج على هذا المبدأ يكون بحالات استثنائية لا تتناقض مع الاهداف التي من ورائها تم تكريس هذا المبدأ في نصوص الاتفاقيات الدولية.

٢- يدعم القضاء الدولي مبدأ عدم رجعية المعاهدات الدولية وبالتالي فهو يساهم بتكريس الامن القانوني في صورة عدم رجعية القوانين.

٣- يساهم مبدأ عدم رجعية المعاهدات الدولية في تكريس الامن القانوني من خلال العلاقة الوثيقة التي تربطهم، بوصف المبدأ هو من صور الامن القانوني ويهدف الى تحقيق الاستقرار والثبات في الاوضاع القانونية من وراء التأكيد عليه في نصوص الاتفاقيات الدولية.

٤- لم يتم التطرق للأمن القانوني بصورة مباشرة في المعاهدات الدولية ولم نجد اهتمام من جانب القضاء الدولي في التأكيد على الامن القانوني بصورة احكام قضائية تخص تكريس الامن القانوني الا انه يمكن استخلاص ذلك بصورة غير مباشرة من خلال الاتفاقيات والاحكام التي تدعم وتكرس مبدأ عدم رجعية المعاهدات الدولية وبما ان هذا المبدأ تربط علاقة وثيقة الصلة بموضوع الامن القانوني فيعد ذلك اشارات غير مباشرة لتحقيق الامن القانوني.

ثانياً: التوصيات

١- ضرورة وضع اتفاقية دولية تكرس الامن القانوني الدولي بكل صوره وذلك لاهمية هذا المبدأ ودوره في تحقيق الاستقرار واحترام الحقوق المكتسبة .

٢- نقل فكرة الامن القانوني من اطار القانون الداخلي الى نطاق القانون الدولي وذلك بدرجه ضمن مواضيع لجنة القانون الدولي ليتم نشر الموضوع على الصعيد الدولي.

٣- دعوة الدول والمنظمات الدولية في ان تطلب اراء استشارية من محكمة العدل الدولية حول بيان رأيها في تدويل فكرة الامن القانوني، وفي حال كانت هناك قضية منظورة امام المحكمة تتعلق بأحد صور الامن القانوني تشير بصورة مباشرة للموضوع تمهيداً لان تكون هناك سوابق قضائية تبين وجهة نظر المحكمة في الامن القانون.

٤- دعوة الباحثين المتخصصين في مجالات القانون الدولي ان يلتفتوا بالدراسة والبحث في موضوع الامن القانوني الدولي، وذلك لان الدراسات القانونية الدولية نادرة لا بل منعدمة في هذا الخصوص.

قائمة المصادر

أولاً: الكتب المترجمة

١- بيار ماري دوبوي، القانون الدولي العام، ترجمة محمد عرب صاصيلا و سليم حداد، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ٢٠٠٨.

ثانياً: الكتب العربية

١- جمال عبد الناصر مانع، القانون الدولي العام، دار الفكر العربي، الاسكندرية،٢٠١٠.
٢- حامد سلطان و عائشة راتب وصلاح الدين عامر، القانون الدولي العام, دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٨.
٣- صلاح الدين عامر، مقدمة لدراسة القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧.
٤- علي صادق ابو هيف، القانون الدولي العام، الطبعة التاسعة، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٧١.
٥- عصام العطية، القانون الدولي العام، دار السنهوري، بيروت،٢٠١٥.
٦- علي مجيد العكيلي، مبدأ الامن القانوني بين النص الدستوري والواقع العملي، المركز العربي للدراسات والبحوث العلمية، القاهرة، ٢٠١٩.
٧- علي مجيد العكيلي ولمى علي الظاهري، فكرة التوقع المشروع دراسة في القضاء الدستوري والاداري، المركز العربي للدراسات والبحوث العلمية، القاهرة، ٢٠٢٠.
٨- محمد نصر محمد، الوافي في شرح المعاهدات الدولية في ظل أحكام اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لسنة ١٩٦٩، مكتبة القانون والاقتصاد، المملكة العربية السعودية، ٢٠١٢.

ثالثاً: الرسائل والاطاريح

١-صلاح حميدي حمدان الحبيشي، نفاذ المعاهدات الدولية وتنفيذها داخل الدول (دراسة مقارنة)،رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الشريعة /الجامعة الاسلامية بالمدينة المنورة، ٢٠١٧.

رابعاً: البحوث والمقالات

١- عبد الحق لخذاري، مبدأ الامن القانوني ودوره في حماية حقوق الانسان، مجلة الحقيقة، عدد (٣٧)، كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة تبسة،٢٠١٦.
٢- مازن ليلو راضي، من الامن القانوني الى التوقع المشروع دراسة في تطوير مبادئ القضاء الاداري، مجلة كلية الحقوق ، مجلد (٢١)، عدد (١)، كلية الحقوق/جامعة النهرين، ٢٠١٩.
٣- محمد سالم كريم ، دور القضاء الدستوري في تحقيق مبدأ الامن القانوني، مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية، مجلد (٨)، عدد (٢)، جامعة القادسية، ٢٠١٧.
٤- محمد سالم كريم، الامن القانوني معيار للمراجعة القانونية، مجلة واسط للعلوم الانسانية، مجلد (١٧)، عدد(٤٧)، جامعة واسط، ٢٠٢١.
٥- مروان عبد الله عبود واميرة عبد الرحمن علي، دور القضاء الدستوري في تحقيق الاستقرار القانوني، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، مجلد (١١)، عدد (٤٠)، جامعة كركوك، ٢٠٢٢.

٦- مريم حسام، دور الامن القانوني في ترقية حقوق الانسان: المتطلبات و الوسائل ، المجلة الاكاديمية للبحث القانوني، مجلد (١١)، عدد(٤)، كلية الحقوق والعلوم السياسية/جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، ٢٠٢٠ .

خامساً: القوانين والاتفاقيات الدولية

١- الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥
٢- اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام ١٩٦٩.

سادساً: المصادر الالكترونية

١- تطبيق المعاهدات الدولية، مقالة منشورة في الانترنيت على الرابط الالكتروني الاتي

https://www.startimes.com/?t=26949910

مدى تكريس مبدأ الامن القانوني في القانون الدولي

م. د ايات محمد سعود
جامعة اوروك/ كلية القانون
Ayaatalanjar90@gmail.com

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

المخلص :

اضحى الامن القانوني مطلبا أساسيا لتكرسي دولة القانون وكذا الحفاظ على حقوق الإنسان وحرياته، هدفه جعل النظام القانوني السائد نظام مرنا يعزز الشعور بالأمان والاستقرار، فضلا عن كونه من أهم الركائز التي يقف عليها استقرار العلاقات الدولية، له مقومات جمة أهمها التوازن بين العلاقات الدولية التي يحميها القانون الدولي من خلال معيار التناسب بين تلك العلاقات، وحماية الحقوق الشخصية والتوقعات المشروعة للأفراد عبر تحقيق استقرار المراكز القانونية الفردية(احترام الحقوق المكتسبة)، وكذ الحال في تقرير مسألة (تقادم الحقوق) ومسألة (عدم رجعية القانون) بمعنى أن أي قانون جديد يجب أن يراعي (الأمن القانوني) للأفراد في حالة تنظيمه لقواعد التقادم أو الأثر الرجعي للقانون.

الكلمات المفتاحية: الامن، القانون، المتطلبات، التكريس، الاتفاقيات، القضاء الدولي.

Abstract:

Legal security has become a basic requirement to establish the rule of law as well as to preserve human rights and freedoms. International law through the criterion of proportionality between those relations, and the protection of personal rights and legitimate expectations of individuals by stabilizing individual legal centers (respect for acquired rights), as well as the case in deciding the issue of (the obsolescence of rights) and the issue of (non-retroactivity of the law) meaning that any new law must it takes into account the (legal security) of individuals in the event that it regulates the rules of limitation or the retroactive effect of the law.

المقدمة :

ان المفهوم العصري للأمن بمعناه الشامل يتسع ليشمل التوازنات كافة التي لو حدث خلل في احدها لسبب قلق الانسان وخوفه، وانتقص من رفاهيته واصبح يخشى على نفسه وعرضه وماله من المخاطر المحدقة به والشرور التي تهدده وانتقص من رفاهيته، ونظراً لصعوبة تحقيق الأمان الكامل، فقد أصبح يُنظر للأمن على أنه مسألة نسبية مرهونة بالسعي لتعزيز أفضل الشروط لتوافره، وكثيرة هي ابعاد الأمن ومجالاته، فبجانب المعنى السالف الذكر، هناك الأمن الاقتصادي، الذي يعني بانه تمكن الافراد او المجتمعات من تلبية احتياجاتهم الاساسية وتغطية المصاريف الالزامية بشكل مستدام يحترم كرامتهم، وتتمثل الاحتياجات الاساسية، فضلا عن القدرة على تغطية مصاريف الرعاية الصحية والتعليم.

كما تضم كلمة الأمن فى الدراسات الكلاسيكية مضامين عسكرية بحتة، وهو سعي الدولة الى المحافظة على السلم الخارجي وعلاقات جيدة مع الدول الأخرى، وسعيها إلى الحفاظ على السلم الداخلي وتأمين الحماية للمواطنين ضد جرائم الاعتداء على النفس أو المال.

وهناك الأمن الفكري، والذي يتمثل في حماية فكر المجتمع وعقائده من أن ينالها عدوان أو ينزل بها أذى، لأن ذلك من شأنه إذا حدث أن يقضي على ما لدى الناس من شعور بالهدوء والطمأنينة والاستقرار ويهدد حياة المجتمع، وهناك ما يسمى بالأمن البيئي، والذي يعني حماية البيئة والموارد الطبيعية من

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

النضوب والانقراض والنقص الناجم من المخاطر والملوثات والجرائم المتعمدة التي ترتكب في حق تنمية المصادر والموارد الطبيعية والإخلال بالتوازن البيئي، وهنالك أيضاً الأمن الصحي، للوقاية والحماية من الأمراض والعدوى مما يوفر حياة آمنة، بل علاوة على ذلك هناك الأمن العلمي، والغذائي، والعسكري، والمعلوماتي، والسياسي، والوظيفي وأخيراً الأمن القضائي.

وهنالك الامن القانوني بشقيه الداخلي والدولي، الذي اضحى مطلبا أساسيا لتعزيز دولة القانون وكذا الحفاظ على حقوق الإنسان وحرياته، هدفه جعل النظام القانوني السائد نظام مرنا يعزز الشعور بالأمان والاستقرار، فضلا عن كونه من أهم الركائز التي يقف عليها استقرار العلاقات الدولية، له مقومات جمة أهمها التوازن بين العلاقات الدولية التي يحميها القانون الدولي من خلال معيار التناسب بين تلك العلاقات، وحماية الحقوق الشخصية والتوقعات المشروعة للأفراد عبر تحقيق استقرار المراكز القانونية الفردية(احترام الحقوق المكتسبة)، وكذ الحال في تقرير مسألة (تقادم الحقوق) ومسألة (عدم رجعية النص القانوني) بمعنى أن أي قانون جديد يجب أن يراعي (الأمن القانوني) للأفراد في حالة تنظيمه لقواعد التقادم أو الأثر الرجعي للقانون.

اهمية البحث :- تتمحور اهمية موضوع البحث من حتمية تواجد مبدأ الأمن القانونى الدولي في كافة القواعد الدولية، لما لهذا المبدأ من دور فى إرساء الأمن والسلم الدوليين، ونبذ النزاعات العالمية أو الإقليمية واستباب العلاقات الدولية، وحماية افراد المجتمع الدولي من الاثار السلبية والجانبية للقانون كعدم وضح النص القانوني وتعقيده، وتعرضه للتغيرات المتضطردة غير المبررة والتي تفضي الى مايعرف باللا امن القانوني:-

مشكلة البحث:- تنبع مشكلة البحث انه رغم الاهمية القانونية لمبدأ الامن القانوني الا ان جهود المجتمع الدولي فقيرة جدا في مجال تكريسه في اطار القانون الدولي العام، فبالعودة إلى النصوص القانونية المعمول بها دولياً، لا نجد أي تعريف لما يسمى بالأمن القانوني، لذا كان حري بنا ان نسلط الضوء على مدى تأطيره على الصعيد الدولي؟

منهجية البحث:- بغية الاجابة على الاشكالية المتقدمة فقد فرض علينا مسار البحث اعتماد المنهج التحليلي للقواعد القانونية التي كرست وعززت الامن القانوني الدولي فضلا عن احكام القضاء الدولي بهذا الصدد.

هيكلية البحث:- سيتم تقسيم البحث الى مبحثين نفرد المبحث الاول لبيان الاطار المفاهيمي لمبدأ الامن القانوني في حين نفرد المبحث الثاني لتسليط الضوء لدور القواعد الدولية في تكريس الامن القانوني .

المبحث الاول

الاطار المفاهيمي لمبدأ الامن القانوني

ان فكرة الأمن القانوني فكرة حديثة نسبيا, ترسخت ونشأت في ألمانيا منذ عام ١٩٦١, وتم الاعتراف به دوليا من قبل محكمة العدل الأوربية والمحكمة الأوربية لحقوق الإنسان منذ عام ١٩٨١, كونه يؤكد على ضرورة الحفاظ على الطابع الدستوري للحقوق والحريات, وهو من أكثر المفاهيم القانونية تداولا في المجال القضائي والقانوني حاليا, اذ زاد الاهتمام به بفضل ما يتعرض إليه المجتمع المعاصر من تطورات متلاحقة سواء على الجانب الاقتصادي أو السياسي أو الاجتماعي، ولاجل تحديد مفهوم هذا المبدأ كان حري بنا ان نقسم هذا المطلب الى مطلبين نبين في المطلب الاول تعريف مبدأ الامن القانوني، ونبين في المطلب الثاني :-

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

المطلب الاول

تعريف مبدأ الامن القانوني

ان للامن مفاهيم متعددة واول مداخلها الامن القانوني والذي يعد من المرتزكات الاساسية لاقامة دولة القانون، ولعل ابرز السمات التي يجب يصطبغ بها القانون هو الثبات والاستقرار والذي يسعى في الاساس الى حماية حقوق الافراد وتوفير الحد الادنى من الشعور بالامن[١]، ففكرة الامن القانوني تعني ضرورة التزام السلطات العامة بتحقيق قدر من الثبات للعلاقات العامة والاستقرار للمراكز القانونية المتشعبة بهدف اشاعة الامن والطمأنية بين كافة اطراف العلاقات القانونية [٢]، ولاجل الاسهاب في تمحيص فكرة الامن القانوني من حيث الاطار المفاهمي لمكنوناته، فاننا سنقسم هذا المطلب الى فرعين نسلط الضوء في الفرع الاول على التعريف الفقهي لمبدأ الامن القانوني، وفي الفرع الثاني نبحث في التعريف الدولي لمبدأ الامن القانوني:-

الفرع الاول

التعريف الفقهي لمبدأ الامن القانوني

اختلف الفقه بصدد تحديد فكرة الامن القانوني باختلاف المعايير المعتمدة لبلورة مفهومه، فكثير ما يلجأ الفقهاء الى ربط مشترك للحقوق والمبادئ الواجب احترامها لتامين قاعدة قانونية سليمة من العيوب.

ويذهب بعض الكتاب على أنه احد مظاهر حق الانسان الطبيعي في الامان؛ وعلى هذا الاساس يعرف على أنه " كل ضمانة تهدف الى تأمين حسن تنفيذ الالتزامات وتلافي عدم الوثوق بتطبيق القانون بما يؤمن حق الافراد بالامان" [٣]، وهنالك من عرفه على انه وجوب ان تكون القواعد القانونية مؤكدة ومحددة في تنظيمها للمراكز القانونية، وان تضمن تأمين النتائج ويعتمد عليها بحيث ان كل فرد يستطيع ان يتوقع هذه النتائج، ويعتمد عليها وذلك من خلال العمل على تحقيق التوازن بين في المراكز القانونية والاجتماعية داخل المجتمع.[٤]

وهنالك من استند على الاهداف التي يسعى لتحقيقها الامن القانوني فيعرفه على انه "عملية تستهدف توفير حالة من الاستقرار في العلاقات والمراكز القانونية عبر إصدار تشريعات متطابقة مع الدستور ومتوافقة مع مبادئ القانون الدولي غايتها إشاعة الثقة والطمأنينة بين أطراف العلاقات القانونية سواء كانوا أشخاص القانون الخاص أو العام"، كما عرف بانه غاية القانون وقيمة معيارية وان وظيفته تأمين النظام القانوني من الاختلالات فهو عملية وليس مجرد فكرة تستهدف توفير حالة من الاستقرار في العلاقات القانونية وذلك من خلال اصدار تشريعات متوافقة مع الدستور ومنسجمة مع مبادئ القانون الدولي.

وتجدر الاشارة بهذا الصدد ان الغاية القصوى للامن القانوني لا تعني ثبات وجمود القاعدة القانونية وانما اتسامها بالمرونة، وبمواكبة المتطلبات الاجتماعية الحديثة بيد انه مقيد بعدم اغفال اجراءات الاعلام باي تعديل او اضافة او الغاء لاي نص قانوني، فالقاعدة القانونية متسلحة بمكنة التطوير والتعديل فمهما

---

[١]) بلحمزي فهيمة . الامن القانوني حق من حقوق الانسان، مجلة القانون الدولي للتنمية، الجزائر، المجلد ٧ ، العدد ٢، ٢٠١٩ ص ١٢٦.

[٢])اسماعيل جابو ربي . اسس فكرة الامن القانوني وعناصرها، مجلة تحولات ، الجزائر ، العدد الثاني ، ٢٠١٨.

[٣])محمد سامل كامل، دور القضاء الدستوري في تحقيق مبدأ الامن القانوني، جامعة القادسية، مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية، العدد الثامن، كانون الاول ٢٠١٧،ص ٣١٨ ،ص ٢٢٠.

[٤]) احمد ابراهيم. غاية القانون، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ٢٠٠٣، ص ١٨٠.

جاهدت السلطة القائمة على وضع القانون بالتنبوء بالاحداث التي سيتعرض لها المجتمع بالمستقبل ووضع النصوص القانونية الكفيلة بالتعديل معها فان الحاجة بالتعديل تفرض نفسها بشكل قوي، لكنه مقيد كما ذكر بوجوب تحقيق الامن القانوني، وعليه يمكن القول بان غاية الامن القانوني قدر من الثبات النسبي للعلاقات القانونية وتوفير حد ادنى من الاستقرار للمراكز القانونية المختلفة بهدف اشاعة الامن والطمأنينة بين اطراف العلاقة القانونية من اشخاص قانونية عامة وخاصة بحيث تتمكن من التصرف باطمئنان على هدي القواعد القانونية دون التعرض لمفاجئات او تصرفات مباغتة صادرة من السلطة العامة تعصف بهذا الاستقرار وتزلزله.[١]

الفرع الثاني

التعريف الدولي لمبدأ الامن القانوني

ان فكرة الامن القانوني لم تلقى الاهتمام الكافي على المستوى الدولي بيد ان مجلس الشورى الفرنسي اعطى مفهوما يمكن الركون إليه، استناداً على عدد من المبادئ القانونية، التي لا بد من الالتزام بها سواء من قبل المحاكم، أو من قبل المشرع، في أي بلد أو مجتمع، قائم على حكم القاعدة القانونية، التي تتفرغ على فكرة الأمن القانوني، أو الاستقرار القانوني، ويأتي في مقدمتها: أولاً: العلم بالقاعدة القانونية وإتاحة إمكانية الوصول إليها: والالتزام الخاص، الذي يترتب على الدولة، بالاهتمام بنشر النصوص السارية المفعول، سواء منها التشريعية أو التنظيمية[٢]، وجاء في تقرير مجلس الدولة سنة ٢٠٠٦ أن : "مبدأ الأمن القانوني يقتضي أن يكون المواطنون، دون عناء، في مستوى تحديد ما هو مباح وما هو ممنوع من طرف القانون المطبق. وللوصول إلى هذه النتيجة، يتعين أن تكون القواعد المقررة واضحة، ومفهومة، وألا تخضع في الزمان إلى تغييرات متكررة أو غير متوقعة[٣]، كما اكد المجلس في قضية Bosh بتاريخ ١٦ ابريل ١٩٦٢ وقضية Durbeck بتأريخ ٥ مايو ١٩٨١ انه بالنسبة للمواطن يتجلى الامن القانوني في حماية الثقة قبل كل شيء.[٤]

ومن النصوص الدولية التي تطرقت لمبدأ الامن القانوني إعلان حقوق الإنسان والمواطن لسنة ١٧٨٩[٥] حيث اشارت المادة الثانية منه على ان: هدف التنظيمات السياسية هو ضمان الحقوق الطبيعية التي لا

---

[١]) جعفر عبد السادة بهير. دور مجلس الدولة في حماية مبدأ الامن القانوني . مجلة العلوم القانونية ، كلية القانون، جامعة بغداد، عدد خاص، ٢٠١٨. ص ٨.

[٢٢]) الامن القانوني: مقال منشور على الموقع الاتي:-

http://www.labodroit.com/%D8%A7%D9%84%D8%A7%D9%85%D9%86-%D8%A7%D9%84%D9%80%D9%80%D9%80%D9%82%D9%80%D9%80%D9%80%D8%A7%D9%86%D9%80%D9%80%D9%80%D9%80%D9%88%D9%86%D9%80%D9%80%D9%80%D9%8A/

[٣]) عبد المجيد غميجة: مبدأ الأمن القانوني وضرورة الأمن القضائي، عرض مقدم في إطار الندوة المنظمة من طرف الوادادية الحسنية للقضاة بمناسبة المؤتمر الثالث عشر للمجموعة الإفريقية للاتحاد العالمي للقضاة، الدار البيضاء ٢٨ مارس ٢٠٠٨، ص٧.

[٤]) علي مجيد العكيلي . مبدأ الامن القانوني بين النص الدستوري والواقع العملي، المركز العربي للدراسات والبحوث العلمية، القاهرة، ٢٠٢٠، ص١٨.

[٥]) صدر إعلان حقوق الإنسان والمواطن أعقاب الثورة الفرنسية التي كان سببها انتهاك حقوق الإنسان، وابرز مليميز الوثيقة الفرنسية عن غيرها ممن سبقها من الدول الغربية وخصوصا انجلترا والولايات المتحدة الأمريكية الطابع الشمولي

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

يمكن انتزاعها بحكم القانون أو العادة للإنسان (الحقوق الأساسية) وهذه الحقوق هي الحرية والملكية والأمن ومقاومة الجور، كما نصت المادة ٢٨ من الاعلان العالمي لحقوق الانسان بان" لكلِّ فرد حقٌّ التمتُّع بنظام اجتماعي ودولي يمكن أن تتحقَّق في ظلِّه الحقوق والحريات المنصوص عليها في هذا الإعلان تحقُّقًا تامًّا".

وتعزيزا لما سبق حضي مبدأ الامن القانوني بأهمية خاصة في قضاء الاتحاد الاوربي اذ طبقته محكمة العدل الاوربية اعتبارا من عام ١٩٦٩، وتقرر في احكامها ان مبدأ الامن القانوني الذي يشكل جزء من النظام القانوني لقانون الاتحاد الاوربي يفترض ان يكون الاجراء واضح ومحدد وان ينقل الى علم ذوي الشأن، ومن هذا المنطلق فان اليقين القانوني بوصفه عنصراً من عناصر الامن القانوني يمثل التزاما على الجميع [١]، الامر الذي يعني بان القضاء الاوربي ركز على اهمية قيام هذا المبدأ في التشريعات الوطنية الاوربية لكي لا يكون هنالك تجاوز على حقوق الافراد ومراكزهم من قبل الانظمة والتشريعات التي تصدرها الدولة بحقهم.[٢]

يفهم مما سبق ان مكنونات مبدا الامن القانوني متباينة بين وضوح النصوص القانوني واتاحة الوصول اليها عبر تسجيلها ونشرها وعدم تعارضها مع النصوص القانونية الاخرى، فضلا عن احترام الحقوق المكتسبة وتعزيز استقرارها، بحيث يمكن قولبتها بحماية حق الانسان في الثقة بالنصوص القانونية وتمتعه بنظام اجتماعي ودولي مستتب ومتزن.

المطلب الثاني

سمات القاعدة القانونية الاتفاقية الداعمة للامن القانوني

مما لاشك فيه ان السمة المميزة للاتفاقيات الدولية انها اتفاقا شكليا لايتم إلا كتابة وبإتباع إجراءات معينة وهي من ناحية أخرى تحتاج الى التصديق والموافقة من الجهة التي يعطيها الدستور الدولة سلطة عمل المعاهدات، ومن مقتضيات الشكلية المميزة ان تراعى فيها ضوابط جمة نصت عليها اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لسنة ١٩٦٩ على نحو أصبح الالتزام بها معترف به دوليا كونها تصب في تعزيز وتحقيق الامن القانوني على المستوى الدولي ويقف على راسها صياغة الاتفاقيات والتي تعني تهيئة القواعد القانونية وبناؤها وفقاً لقواعد مضبوطة تلبية لحاجة تستدعي التنظيم في سلوك الأفراد والجماعات والهيئات على نحو ملزم، وانسجاما مما سبق سنبحث بسمات القاعدة القانونية الداعمة للامن القانوني من خلال المتطلبات الاتية:-

اولا- وجوب وضوح القاعدة القانونية الاتفاقية:- بغية تحقيق الامن القانوني على الصعيد الدولي فلابد من ان يكون النص القانوني الاتفاقي واضحا يتحلى بالجودة لكل المخاطبين به، وهو فرض ينفذ من خلال الابتعاد عن التعقيد المبالغ فيه عن صياغة النصوص القانونية الاتفاقية، اذ تؤثر الصياغة القانونية بشكل مباشر في محتوى النص القانوني، فالنص المحكم الواضح المنضبط يساعد في تحقيق الهدف منه وهو التطبيق والتنفيذ الفعال، أما النص المعيب فيؤدي إلى تأثيرات عكسية [٣].

بالنسبة لحماية حقوق الإنسان، وبأنها لم تقتصر على حماية المواطن الفرنسي فقط، بل اتسع نطاقها لتشمل جميع الناس، وركزت مقدمة الإعلان على ضرورة تعريف الإنسان بحقوقه وتذكيره بها (لأن جهل حقوق إنسان أو نسيانها أو ازدرائها هي الأسباب الوحيدة للمصائب العامة.

[١]) علي مجيد العكيلي ولمى علي الظاهري، فكرة التوقع المشروع دراسة في القضاء الدستوري والاداري، المركز العربي للدراسات والبحوث العلمية، القاهرة، ٢٠٢٠، ص٤٩.

[٢])

[٣]) اشرف محمود اصول الصياغة القانونية للمعاهدات الدولية. اطروحة دكتوارة ، جامعة عين شمس، ٢٠١٥، ص ١.

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

فضلا عن صياغته وفقا للغة الدولة المنضمة للاتفاقية ولا ضير من اضافة اللغة الانكليزية فعلى صعيد الدول الناطقة باللغة العربية فلابد من ان تكون جميع الاتفاقيات التي تبرم باللغة العربية، وبلغة الطرف الآخر في الاتفاقية، على أن تكون الحجية متساوية بين اللغتين عند الاختلاف في التفسير، ويمكن اضافة اللغة الانجليزية عند الضرورة.

ثانيا : ان يكون موضوع القاعدة القانونية الاتفاقية محددا:- يشترط في النصوص القانونية الاتفاقية ان تكون محددة من حيث موضوعها تستدعيه ضرورة معينة او حاجة مجتمعية متى ماكان واضحا محددا متمسكا امكن الولوج اليه[١]، وانطلاقا من ذلك يتعين على الجهات المعنية بابرام الاتفاقيات الدولية مراعاة العناصر الأساسية لمشروعات الاتفاقيات الدولية وما في حكمها: عنوان الاتفاقية، والغرض من إبرام الاتفاقية، وأهم الأحكام التي يتضمنها مشروع الاتفاقية وما في حكمها، وبيان مدة الاتفاقية وما في حكمها، وهل تكون لفترة محددة واحدة تنقضي بانتهائها أم تبقى وتتجدد تلقائيا لمدة أو مدد أخرى مماثلة وذكر المبررات لذلك.

ثالثا:عدم تناقض النص القانوني الاتفاقي:- يحصل التناقض عندما يصطدم نص قانوني اتفاقي مع نص قانوني آخر، وقد يقع هذا التعارض إما داخل التشريع الواحد أو بين تشريعات مختلفة، وهذا ما يثير مسؤولية المشرع بضرورة أن يكون مطلعا على القوانين الأخرى ومنتبها لتجنب الوقوع في مثل هذا التعارض الذي يؤثر على الأوضاع القانونية ويضعف من إمكانية توفير الأمن القانوني، المتفق عليه دولياً أنه عند تعارض أحكام المعاهدة الدولية مع التشريعات الداخلية فإن الأولوية فى التطبيق تكون للمعاهدة، فالفقه والقضاء الدولي مستقران على أن الأساس القانونى لإلزامية الاتفاقيات الدولية هو مبدأ سلطان الإرادة بالنسبة للدول وأن الاتفاقيات الدولية لها طبيعة اتفاقية تعاقدية رضائية أقرت الدولة بمقتضاها رضاءها بالالتزام بالمعاهدة، وعلى ذلك نصت اتفاقية ڤيينا لقانون المعاهدات عام ١٩٦٩ على أن كل معاهدة نافذة ملزمة لأطرافها عليهم تنفيذها بحسن نية وأنه لا يجوز لطرف فى المعاهدة أن يحتج بنصوص قانونه الداخلى كمبرر لإخفاقه فى تنفيذ المعاهدة، وهو ما يعني سيادة النص القانوني الاتفاقي من خلال قواعد قانونية دولية محددة دون لبس فيها أو غموض ودون تعديلها تبعًا للأهواء والمصالح الخاصة ببعض الدول.

المبحث الثاني

موقف القانون الدولي من تكريس الامن القانوني

بات الامن القانوني ضرورة في النظام الدولي، واحد العناصر الاساسية في المجتمع الدولي، فسيادة قواعد القانون الدولي تتحقق بالشعور بالاستقرار لدى المجتمع الدولي، ومما لاشك فيه ان لهذا المبدأ ضوء في اطار القانون الدولي، ولعل ابرز مظاهر التكريس عدم رجعية الاتفاقيات الدولية، احترام الحقوق المكتسبة، وسنبحث في موقف ودور القانون الدولي في تكريس وتعزيز الامن القانوني من خلال تقسيم هذا المبحث الى مطلبين نفرد المطلب الاول لبيان مظاهر تكريس الامن القانوني في القانون الدولي، وفي حين نخصص المطلب الثاني لبيان معوقات تحقيق الامن القانوني الدولي :-

[١]) جودة التشريع ودورها في تحقيق الامن القانوني ، سلسلة الاوراق البحثية ، العدد ١، ٢٠٢٠ ص ٢٧، بحث منشور على الموقع الاتي:-

file:///C:/Users/lenovo/Downloads/%D9%88%D8%B1%D9%82%D8%A9_%D8%A8%D8%AD%D8%AB%D9%8A%D8%A9_%D8%AD%D9%88%D9%84_%D8%AC%D9

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

المطلب الاول

مظاهر تكريس الامن القانوني في القانون الدولي

استقرت الممارسات الدولية على مبادئ جمة تعكس تحقيق وتكريس الامن القانوني ولعل اهم مظاهر تكريس الامن القانوني مبدأ حسن النية في تنفيذ الالتزامات الدولية ومبدأ عدم رجعية الاتفاقيات الدولية ، وسنبحث فيها من خلال الاتي:-

اولا- نشر القاعدة القانونية الاتفاقية:- يعتبر الفقيه (هوزندورف) HOZENDROFFمن الاوائل الذي نادوا بنظام تسجيل المعاهدات، فقد اقترح عام ١٨٧٥ أن تودع المعاهدات وتنشر بواسطة سلطة مركزية، فغاية نظام تسجيل المعاهدات، بادى ذي بدء كانت محاولة للخروج من عالم الدبلوماسية السرية الذي كان سائد الحرب العالمية الاولى[١]، وغاية التسجيل هو تدوين المعاهدات الدولية في مجموعة يسهل التعرف إليها والرجوع إلى نصوصها فضلا عن القضاء على الاتفاقات السرية التي تعقدها بعض الدول لتدبير المؤامرات و تنظيم الاعتداءات المفاجئة.

وحول قيمة الاتفاقية غير المسجلة فأن ميثاق الامم المتحدة لاينفي عن المعاهدة غير المسجلة الصفة الملزمة وإنما يحظر التمسك بها أمام أي جهاز من أجهزة الامم المتحدة، و معنى ذلك ان المعاهدة تقوم بكل ما يترتب عليها من حقوق وواجبات وأنها تكون ملزمة لاطرافها قابلة للتنفيذ فيما بينهم، في حين لا يمكن التمسك بها في مواجهة الدول الاخرى، و من هنا تعد الاتفاقية غير مسجلة باطلة بطلان نسبي في مواجهة الامم المتحدة ولا يمكن للدولة أن تتمسك بأحكامها امام اجهزتها.

ثانيا:- عدم رجعية الاتفاقيات الدولية:- ان دوام الحقوق و استقرارها مستنبط من مفهوم قاعدة نجدها في أغلب الأنظمة القانونية الداخلية للدول والمتمثلة في قاعدة عدم رجعية القانون والذي يعني انه لا يمكن لقاعدة قانونية جديدة أن تمحو بصفة تلقائية ما تمّ إنتاجه من حقوق في إطار تطبيق قاعدة قانونية سابقة، كونها تطبق على الحالات التي تنشأ وتحدث بعد ان تصبح القاعدة القانونية نافذة المفعول غير ان الدول تستطيع ان تتفق على خلاف ذلك، وهذا المبدأ بات من المسلمات في القانون الدولي المعاصر اذ تبنته اتفاقية فينا لقانون المعاهدات لعام ١٩٦٩ في المادة ٢٨ بانه (مالم يظهر من المعاهدة قصد مغاير او يثبت ذلك بطريقة أخرى فان نصوص المعاهدة لا تلزم طرفا فيها بشأن أي تصرف او واقعة تمت او أي مركز انتهى وجوده قبل تاريخ دخول المعاهدة دور النفاذ في مواجهة الطرف الاخر)، وهذا يعني ان مبدأ عدم الرجعية في النظام الدولي ليس مبدأ مطلقا، فلا شيء يمنع طبقا لمبدأ سلطان الإرادة من اتفاق اطراف المعاهدة صراحة او ضمنيا على انسحاب أثارها على الماضي، فالقاعدة الاتفاقية تضعها الدول التي لها ان تمد اثرها الى الوقائع والتصرفات السابقة على دخولها في النفاذ.

وقد تم النص على مبدأ عدم رجعية المعاهدات الدولية في معاهدات عدة كمعاهدات الاحالة على التحكيم أو التسوية القضائية، منها اتفاقية التحكيم المبرمة بين فرنسا والمانيا في لوكارنو عام ١٩٢٥، اذ قضت بعدم تطبيق نصوصها على الخلافات الناجمة من وقائع تحققت قبل ابرام الاتفاقية، كذلك اتفاقية التوفيق والتحكيم والتسوية القضائية المعقودة بين بلجيكا وبولندا عام ١٩٢٩ والتي تؤكد على عدم جواز سريان المعاهدات الدولية الا على المنازعات التي تنشأ بعد ابرامها. [٢]

ثالثا – مبدأ حسن النية في تنفيذ الالتزامات الدولية:- إن مبدأ تنفيذ الالتزامات الدولية بحُسن نية من اقدم المبادئ القانونية العامة التي يقوم عليها القانون الدولي العام، وهو بمثابة الكابح لجماح ارادة السيادة التي لم تجد من يردعها بغياب التزام قانوني عام يفرض عليها ضرورة مراعاة حسن النية والمعقولية في

---

[1](http://www.enssp.dz/sites/default/files/fichiers/1425.pdf.ص ٢٣

(٢) عصام العطية، القانون الدولي العام، دار السنهوري، بيروت،٢٠١٥، ، ص٩٨.

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

علاقاتها مع الدول الاخرى[١]، وعد هذا الالتزام العام بالتصرف بحسن نية امرا مفترضا لا غنى عنه لديمومة العلاقات الدولية واستقرار الاوضاع في المجتمع الدولي، ولهذا المبدأ وضيفتان في اطار القانون الدولي الاولى انشائية من خلالها يساهم في وضع القواعد القانونية الدولية، وتنظيمية بوصفه مبدأ تنظيميا في عملية الموازنة بين الحقوق المتنازعة او المتعارضة.

وقد ورد تقنين مبدأ تنفيذ الالتزامات بحسن نية فى المادتين السابعة عشرة والثامنة عشرة من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لسنة ١٩٦٩م وتتعلق المادة ١٧ بحالة «التعبير عن الرضا بالالتزام بجزء من المعاهدة والاختيار بين نصوص مختلفة»، مؤكدة أنه «لا يكون رضا الدولة الالتزام بجزء من معاهدة نافذاً إلا إذا سمحت بذلك المعاهدة أو وافقت على ذلك الدول المتعاقدة الأخرى». أما المادة الثامنة عشرة، فتقرر «الالتزام بعدم تعطيل موضوع المعاهدة أو الغرض منها قبل دخولها حيز التنفيذ»، مؤكدة أن «تلتزم الدولة بالامتناع عن الأعمال التى تعطل موضوع المعاهدة أو غرضها وذلك: (أ) إذا كانت قد وقعت المعاهدة أو تبادلت الوثائق المنشئة لها بشرط التصديق، أو القبول، أو الموافقة، إلى أن تظهر بوضوح نيتها فى ألا تصبح طرفاً فى المعاهدة، أو (ب) إذا كانت قد عبّرت عن رضاها الالتزام بالمعاهدة حتى دخولها حيز التنفيذ على ألا يتأخر هذا التنفيذ بغير مبرر». وقد أكد القضاء والتحكيم الدوليان مراراً وتكراراً مبدأ حُسن النية فى تنفيذ الالتزامات الدولية.

رابعا- احترام الحقوق المكتسبة:- يعرف الحق المكتسب على انه "ذلك الحق الناشئ عن تصرف قانوني والذي ينشئ مركزا قانونيا"، هذه الحماية مفادها، ضمان استقرار الحقوق واستمرارها حتى لا يختل القانون نفسه ويفقد بذلك المعنى والهدف المتوخى منه، كما عرف على أنه الحق عينا كان أم شخصيا الذي يضفيه القانون المحلي على شخص معنوي أو طبيعي والذي له قيمة مالية.[٢]

فمفهوم الحق المكتسب يعتمد على فكرة ضرورة استقرار المراكز القانونية وبالتالي استقرار التصرفات المتعلقة بها [٣]، وثبات واستقرار القواعد المنظمة لشؤون الافراد والدول من شأنه ضمانة حقوق الافراد والدول ايضا، فلا يمكن للفرد التمتع بحقوقه الا في ظل منظومة قانونية وثابتة مستقرة في جميع الحالات لان وجود الثبات النسبي في العلاقات القانونية امر اساسي في استقرار المراكز القانونية ويعمل على اشاعة السكينة والطمأنينة ويحقق الامن الانساني بابعاده الواسعة، مما يخلق فوضى ويشع الفتنة ويخل بالحياة الطبيعية للافراد مما يخل بسيادة الدولة وهيبتها.[٤]

إنّ احترام الحقوق المكتسبة في إطار القانون الدولي العام يتمثل في صورتين: الاولى احترامها في حالة تغير السيادة و هذا ما نسميه بالإستخلاف الدولي،وهو ما يحصل عند انفصال جزء من أقاليم إحدى الدول وتكوين دولة جديدة فيه أو عند استقلال إحدى المستعمرات و نشوء دولة جديدة، ففي هذه الفروض تثور كثير من المسائل القانونية الخاصة بأثر المعاهدات والديون وسريان القانون الداخلي و جنسية الأفراد [٥]، والثانية احترامها في حالة تغير دولة معينة لتشريعها في نظام قانوني واحد، وما قد تؤديه هذه الحالة من آثار سلبية فيما يخص حقوق الأجانب المقيمين في تلك الدولة.

---

[١]) حيدر عجيل فاضل . المبادئ العامة للقانون كمصدر للقانون الدولي العام ، رسالة ماجستير ، جامعة بغداد، ٢٠٠٦، ص ١٤٤.

[٢]) محمد طلعت الغنيمي : "الغنيمي في قانون السلام" نشأة المعارف الاسكندرية،ط١ ، ١٩٧٢ ،ص .٤٤٠

[٣]) محمد بوكماش، خلود كلاش، مبدأ الامن القانوني ومدى تكريسه في القضاء الاداري، مجلة البحوث والدراسات، العدد ٢٤، السنة ١٤، ٢٠١٧ ، ص ١٥٠.

[٤]) جعفر عبد السادة بهير. مصدر سابق ،ص ٥.

[٥]) ايت جبارة . إشكالية قاعدة الاحترام الدولي للحقوق المكتسبة في القانون الدولي، رسالة ماجستير ، جامعة الجزائر، ٢٠٠١، ص٢٧

إنّ إعتبار احترام الحقوق المكتسبة في حالة الاستخلاف التزاما دوليا له بعض النتائج : انه يجمد نسبيا الصلاحيات التشريعية للدولة الخلف، ما دام أنه بمفهوم هذا الإلتزام ممنوع عليها إعادة النظر فيما تمّ اكتسابه من حقوق في إطار السيادة القديمة.ويجعل من سيادة الدولة الجديدة بمثابة سيادة ناقصة باعتبارها مرهونة باحترام ما أنتجه النظام القانوني السابق من حقوق. وبإنّ الدولة الجديدة تبقى مرتبطة بالسابقة بطريقة غير مباشرة.

المطلب الثاني

معوقات تحقيق الامن القانوني الدولي

لا يمكن التحدث عن قيمة القاعدة القانونية الا بالنظر الى درجة استقرارها ومدى حمايتها للحقوق والاوضاع القانونية، وما يستتبع ذلك من ثقة الناس في النظام القانوني ككل على نحو يمكن القول معه أن جوهر مبدأ الامن القانوني وعنصر الثقة المشروعة في القانون[١]، وقد ساهمت منظمة الامم المتحدة في مواضع كثير في استتباب وتطوير القوانين، والاتفاقيات والمعاهدات والمعايير المركزية لتعزيز التنمية الاقتصادية والاجتماعية، وكذلك دفع عجلة السلام والأمن الدوليين الدولية، بيد ان هناك ممارسات دولية جمة تخل بمبدأ الأمن القانوني الدولي، وتضر به وتهدره، وتؤدى لزعزعة العلاقات الدولية وعدم استقرارها، ومن ثم زعزعة استقرار المجتمع الدولي بأكمله، ولعل اهم تلك السياسات الآتي:-

١- **عدم اتخاذ إجراءات جدية لإصلاح الأمم المتحدة:-** تحتاج منظمة الامم المتحدة الى عملية اصلاح شاملة ومتكاملة على أساس أن نظامها عفى عليه الزمن إذ يشوب هيكلها العيوب، وتتسم عملياتها بالبطء، وكثيرًا ما تفتقر لوسائل التنفيذ تؤدي برامجها المختلفة أعمالًا متكررة قد يكون من الأفضل أن تقوم بها وكالة مركزية واحدة، ولأن أحداث اي إصلاح جزئي لن يؤدي إلى تنمية قدرة منظمة الأمم المتحدة على تحقيق أهدافها في مواجهة التحديات التي تواجهها خصوصاً في ظل ما يشهده النظام الدولي من متغيرات سريعة، وبطبيعة الحال فان هذا سوف يتحقق من خلال مشاركة جميع الدول الأعضاء في منظمة الأمم المتحدة في الجهود الرامية إلى تقديم تصور جماعي للشكل الأفضل الذي ينبغي أن يكون عليه مستقبلا، على النحو الذي يخلق نوع من السكينة والامان لدى افراد المجتمع الدولي ازاء منظمة الامم المتحدة.

٢- **تعديل حق الفيتو بما يتناسب مع الوضع العالمي الراهن:-** إن منظمة الأمم المتحدة تعاني كثيراً من القصور في عملها سواء من الناحية الوظيفية أم من الناحية التمثيلية, ويقع على المجتمع الدولي حتمية تلافي هذا القصور وإلا كان مصيرها كمصير سابقتها (منظمة عصبة الأمم) التي عاشت بين ١٩٢٠-١٩٣٩. وعلى رأس المسائل التي يجب معالجتها وإيجاد حلول لها هي تعديل حق النقض أو إلغائه[٢] ، اذ تمر الأمم المتحدة بواحدة من أخطر الأزمات التي واجهته منذ إنشائه، وبالأصح فشلها في تحقيق الغرض الذي أنشئت من أجلها، ولاسيما مجلس الامن الذي لم يستطع الحيلولة دون قيام الحروب والمحافظة على السلم والأمن الدوليين خصوصاً في ظل هيمنة أحدى الدول العظمى على القرار العالمي وانتهاكها المستمر للمواثيق الدولية، وقد كان تدخل مجلس الأمن الدولي في السنوات الأخيرة في أكثر من مشكلة

[١]) حنان طهاري. آليات تحقق مقومات الامن القانوني والمعوقات التي تعترضه . مجلة الدراسات القانونية والسياسية، المجلد ٠٨ العدد ٠١جانفي ٢٠٢٢، ص ١٦٧.

[٢])محمد حسين كاظم العيساوي. حق النقض (الفيتو Veto) في مجلس الأمن دراسة من منظور القانون الدولي. مجلة أهل البيت عليهم السلام العدد ١١، ص ٢٣٥.

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

دولية وتخطية صلاحياته الممنوحة له في ميثاق منظمة الأمم المتحدة سبباً وجيهاً بأن تستمر مطالبة أغلبية أعضاء المجتمع الدولي بضرورة إصلاحه، فقد جعل موضوع إصلاح مجلس الأمن ليكون أكثر ديمقراطية وتمثيلا لدول العالم وتعبيرا عن موازين القوى الدولية التي تغيرت كثيرا بعد إنشاء هيئة الأمم المتحدة في أربعينيات القرن الماضي، ويندرج موضوع حق النقض (الفيتو) الخاص بالدول الخمس الدائمة العضوية ضمن معوقات تهديد الامن القانوني فضلا عن شله لعمل مجلس الأمن منذ نشأة الأمم المتحدة، لذلك تعالت الأصوات والاقتراحات حول ضرورة إصلاح هذا الامتياز الذي يزعزع استقرار العلاقات الدولية.

الخاتمة :

ختاما ان غاية الأمن القانوني هو استبعاد خطر عدم الاستقرار وانعكاسات التغيير المفاجئ للقاعدة القانونية، على حماية الفرد، لاسيما متى تعلق الأمر بالحقوق والحريات، وعليه فهو ضمانة وحماية ضد اعتباط السلطة ومزاجية الأحكام عبر رسم الحدود بين الممنوع والمسموح،

وبان هنالك مدخلات جمة يجب اخذها بنظر الاعتبار ومراعاتها عند سن النصوص القانونية الاتفاقية من اجل تحسين جودتها وتكريس فعاليتها في تحقيق الامن القانوني :-

النتائج:-

١- ان الامن القانوني ماهو الا التزام قبل الدولة ناتج عن الحق الطبيعي للافراد في الامان وعليه فهو حق كل انسان في الشعور بالامن والامان والاستقرار من النظام القانوني ككل بالاضافة الى الشعور بالامان من اي تغييرات تطرا عليه.

٢- ان الغاية القصوى للامن القانوني لا تعني ثبات وجمود القاعدة القانونية وانما اتسامها بالمرونة، وبمواكبة المتطلبات الاجتماعية الحديثة بيد انه مقيد بعدم اغفال اجراءات الاعلام باي تعديل او اضافة او الغاء لاي نص قانوني .

٣- يظهر الامن القانوني من خلال تصوران التصور الاول الامن القانوني كحق طبيعي والامن القانوني كعنصر من عناصر النظام القانوني، وفي كلا الحالتين دوره هاما في وضع القوانين، لذا يسعى المشرع التوفيق بين الواجبات والحريات في اطار التقيد بالامن القانوني.

٤- للصياغة القانونية دورها الاساس في تعزيز مبدأ الامن القانوني كونها اداة فعال في تحقيق جودة النص القانوني الذي يصل من خلالها الى الوضوح والدقة، وجودة التشريعات تفضي الى تحقيق الامن القانوني باعتباره مدخلا جوهريا يؤدي لضمان الامن الاجتماعي والاقتصادي.

٥- يعتري مبدأ الأمن القانوني جملة من المعوقات التي يمكن أن تهدده وتؤثر عليه بما تشيعه من ارتياب وارتباك في نظام قانوني معين على النحو الذي يفضي إلى انعدم الأمن القانوني، ولعل اهم العوامل استعمال لغة غير دقيقة وتعارض وتضارب النصوص القانونية فيما بينها وتزاحمها، وهو ما يعد مظهر من مظاهر انعدام الأمن والاستقرار القانونيين اللذان يشكلان الغاية الأولى للمشرع.

٦- إن هيكلية مجلس الأمن الحالي غير قادر على التعبير عن إرادة المجتمع الدولي وتحقيق الامن القانوني، اذ ان قدرة الأمم المتحدة على تحقيق أهدافها بل ومصيرها ذاته مرهوناً بضرورة القيام بإصلاح مجلس الأمن وإعادة هيكلته على أساس معايير جديدة وعلى نحو يضمن تمثيله للقوى الجديدة تمثيلاً صادقا.

التوصيات:-

انطلاقا من النتائج السابقة ولتحقيق غاية الامن القانوني فإنه يتعين :-

١- أن تكون النصوص القانونية واضحة ومفهومة وقابلة للتطبيق وألا تخضع إلى التغيير أو التعديل المتكرر أو غير المتوقع بحيث يتمكن المخاطبون بأحكامها من التصرف بأمان واطمئنان وترتيب أوضاعهم، وفقاً لها دون الخشية من التعرض لأي مفاجآت أو تصرفات مباغتة صادرة عن السلطات العامة يكون من شأنها زعزعة هذه الطمأنينة أو العصف بها.

٢- - على الدول ان تعمل على تكريس مبدأ الأمن القانوني ضمن المنظومة القانونية الوطنية من خلال الدستور، بغية اسباغه بقدر معين من الثبات والاستقرار، مع توفير الضمانات اللازمة لحمايته، كونه سيساعد حتما على بناء نظام قانوني سليم وفعال، لأن هناك علاقة تناسبية بين مبدأ الأمن القانوني والدولة القانونية.

٣- إدراج نص في ميثاق الامم المتحدة يُمكن العضو الدائم في مجلس الأمن من التصويت سلباً دون أن يُشكل ذلك استعمالا لحق النقض وهذا سيكون مماثلاً لممارسته الراهنة المتعلقة بامتناع العضو الدائم عن التصويت أو تغيبه عنها، وهو ما يمثل تقليصاً فعلياً لممارسة حق النقض.

مشروع قانون العنف الاسري ودوره في تحقيق الأمن القانوني

م.د ايمان عبدالله أحمد

مدرس القانون الجنائي في كلية القانون / جامعة أوروك الأهلية

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

الملخص :

كان ولا يزال الاهتمام بالاسرة محمور اهتمام فقهاء الشريعة والقانون وكذلك المشرعيين على المستوى المحلي والدولي، لكونها تشكل النواة التي يتكون منها المجتمع وتنطلق منها عادات وقيم يتربى عليها الأفراد من خلال تنظيم رب الأسرة للروابط التي تجمع أفرادها، وهذا بدوره ينعكس على ما ينتشر في المجتمع من عادات وقيم وكذلك مستوى احترامهم للحقوق والحريات والتزامهم بالقواعد القانونية، وبذلك فان بصلاحها يصلح المجتمع وبخرابها ينهار المجتمع.

عليه فان الاهتمام بالاسرة واصدار التشريعات التي تمنع الاعتداءات التي قد تقع عليها أو تحصل داخلها يُعد ضرورة قانونية لها انعكاس كبير على تعزيز الأمن القانون في البلد.

Abstract:

The interest in the family was and still is the focus of the interest of Sharia and law jurists, as well as legislators at the local and international levels, because it constitutes the nucleus of which society is formed and from which customs and values are raised by individuals through the organization of the ties that unite its members by the head of the family, and this in turn is reflected in what spreads in society from Customs and values, as well as the level of their respect for rights and freedoms and their commitment to legal rules. Thus, with their goodness, society is reformed, and by their destruction, society collapses.

Therefore, paying attention to the family and issuing legislation that prevents attacks that may occur against it or take place within it is a legal necessity that has a great impact on strengthening legal security in the country.

المقدمة :

أولا: أهمية الموضوع وسبب اختياره

تشكل جرائم العنف الأسري في الوقت الحاضر الكم الأكبر من عدد ونوع الجرائم التي ترتكب يوميا في العراق والعديد من الدول خاصة العربية منها، سيما جرائم العنف التي ترتكب ضد النساء في نطاق الأسرة. ولكون ان الطبقة المستهدفة في هذا النوع من الجرائم محكومة بعدة اعتبارات اسرية وعقائدية لذا نجد ان المشرع قد سعى الى زيادة مقدار الحماية الموجه لهذهِ الفئة، وهذا ما دفعه الى تشريع قوانين جديده خاصة بمواجهة هذهِ الجرائم، وخصها بسياسة تشريعية تتناسب مع طبيعتها سواء من حيث التجريم أو العقاب وحتى الاجراءات التي تتبع لملاحقة الجناة من حيث تشكيل المحاكم المتخصصة وانشاء أجهزة ومكاتب أخرى أمنية واجتماعية ساندة لحماية الاسرة من العنف.

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

ونجد بأن بعض الدول قد سهلت مسألة تشريع هذه القوانين والبعض الاخر قد عرقل ذلك بحجة تعارض هذهِ القوانين مع بعض احكام الشريعة الاسلامية، وهذا هو الجدال الذي منع صدور مشروع قانون العنف الاسري في العراق.

وعند مراجعتنا لأهداف وتشكيلات هذا المشروع لم نجد فيه إطلاقاً ما يعارض أحكام الشريعة الاسلامية لابل قد اعطتها حقوق وحرية تفوق ما ورد في القوانين والشرائع الغربية، إذ ان الشريعة تهدف الى حماية الكرامة الانسانية بشكل عام. وهذا ما يهدف له مشروع قانون العنف الاسري إذ جاء في المادة الثانية منه : " يهدف هذا القانون الى حماية الاسرة، وعلى وجه الخصوص النساء والفتيات من كافة اشكال العنف المبني على النوع الاجتماعي، والحد من انتشاره والوقاية منه، ومعاقبة مرتكبيه، والتعويض عن الضرر الناتج عنه، وتوفير الحماية للضحايا، وتقديم الرعاية اللازمة لهم وتأهيلهم، وتحقيق المصالحة الاسرية " وهذا الهدف لا يخالف احاكم الشريعة في شيء لا بل يؤيدها.

وامام هذهِ الاهمية وتباين الاراء حول اقرار القانون من عدمه ارتأينا البحث في الموضوع.

ثانيا: اشكاليات الموضوع

من خلال تتبعنا لما جاء فيه نجد أن اغلب ما جاء في هذا القانون من أحكام هو منصوص عليه في قانون العقوبات. فجرائم الايذاء وغيرها من الجرائم الماسة بالكرامة الانسانية مجرمة في قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ نحو جرائم التهديد، الايذاء، السب، القذف، الاغتصاب... الخ

- فما هو الجديد الذي جاء به هذا المشروع؟
- هل هناك فاعلية قانونية من تشريعه؟
- وهل فعلاً هذا القانون يتعارض في نطاق الحقوق والحريات التي جاء بها ما جاء في الشريعة الاسلامية كما ادعى البعض لمنع اقرار هذا المشروع.

هذا ما سنحاول الاجابة عليه في ثنايا هذا البحث.

ثالثاً: نطاق الموضوع

سنبحث هذا الموضوع على ضوء ما جاء من أحكام موضوعية واجرائية في مشروع قانون منهاضة العنف الاسري العراقي الذي قُدم الى مجلس النواب للمصادقة عليه عام ٢٠١٩ الا ان اصداره لم يتم بعد. كما سنبحث هذا المشروع بالمقارنة مع ماجاء في الشريعة الاسلامية، وما جاء في قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٩٦، وبالاطلاع على بعض قوانين مناهضة العنف الاسري لمعرفة مدى نجاح تجربتها في مناهضة العنف وما جاءت به من أحكام موضوعية واجرائية بهذا الصدد.

رابعاً: منهجية البحث

سنعتمد في انجاز هذا البحث على المنهج التحليلي، من خلال تحليل نصوص مشروع قانون العنف الاسري ومعرفة مدى فاعليته الجنائية في تعزيز الأمن القانوني.

كما سنعتمد المنهج المقارن، من خلال المقارنة بين موقف الشريعة الاسلامية وموقف الفقه والقانون لمعرفة هل ان مشروع القانون هذا يتعارض معها في شيء أم لا. كما سنقارن مع قانون حماية الاسرة التونسي لما جاء به من أحكام ذات فاعلية حقيقة لتحقيق الأمن القانوني.

خامساً: تقسيم الموضوع

سنبحث هذا الموضوع من خلال تقسيمه على مباحث ثلاث:- نخصص الأول منه لبيان مفهوم الأمن القانوني ومفهوم الاسرة، واثر قوانين مناهضة العنف الاسري في تعزيزه. وسنخصص المبحث الثاني

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

لتحليل مشروع قانون العنف الاسري ومعرفة جوانبه الايجابية والسلبيه في شقيه الموضوعي والاجرائي. وسنختم بحثنا بجملة ماسنتوصل اليه من نتائج وما نراه من اقتراحات حول هذا المشروع لتعزيز دوره في منهاضة العنف الاسري وتحقيق الأمن القانوني.

سادساً: كلمات البحث المفتاحية

١	العنف الاسري	Domestic violence
٢	مناهضة العنف	anti-violence
٣	الأمن القانوني	legal security
٤	قواعد التجريم	incriminating rules
٥	إجراءات الحماية	protection measures

المبحث الأول

التعريف بالأمن القانوني ودور قوانين مناهضة العنف الاسري في تعزيزه

ان اي قانون يُجاكي المجتمع الذي يُشرع فيه، أي يلبي حاجة المجتمع الذي سيطبق فيه. إذ ان النصوص القانونية بشكل عام هي نصوص غائية، فهي تصدر لتأمين أو حماية الحقوق والحريات بشكل عام أو تنظيم استعمالها. وهذا بدوره يعزز الأمن القانوني على مستوى البلد.

وان قوانين مناهضة العنف الاسري بوصفها جزء من المنضومة القانونية في بلد ما، تسعى الى حماية العلاقات الاسرية ومنع الاعتداءات داخل الاسرة لذا فانها تساهم في تعزيز الامن القانوني.

فماذا نعني بالأمن القانوني؟ وماذا نعني بالأسرة؟ وماذا نعني بالعنف الاسري؟ وكيف تساهم هذهِ القوانين في تعزيز الأمن القانوني؟ هذا ماسنوضحه في هذا المبحث وعلى مطلبين.

المطلب الأول

التعريف بالأمن القانوني والأسرة

لبيان دور قوانين منهاضة العنف الاسري في تعزيز الأمن القانوني في البلد، لابد من بيان مفهوم كل من الأمن القانوني ، والاسرة. وهذا ماسنوضحه على فرعين.

الفرع الأول

مفهوم الأمن القانوني

يشكل مبدأ الأمن القانوني من أهم الأسس التي تقوم عليها الدولة القانونية، كما انه يمثل ضمانة وحماية تهدف الى تحقيق الاستقرار القانوني. [١] فهو المدخل الرئيس لتحقيق الأمن الاجتماعي و الأمن

[١] د. علي مجيد العكيلي، جودة احكام القضاء الدستوري دراسة في المبادئ الدستورية الحديثة، مجلة القانون الدستوري والمؤسسات السياسية، مج ٥،ع ١، ٢٠٢١، ص٩.

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

الاقتصادي وما يتبعه من استقرار في المجال السياسي.

وقد عرف الفقه هذا المبدأ بأنه: " هو ذلك المبدأ الذي يضمن طائفتين من القواعد، أولهما: القواعد التي تكفل استقرار المراكز القانونية أو الثبات النسبي واستقرار هذهِ المراكز من حيث الوقت او الزمان. وثانيهما: القواعد المتعلقة بوضوح وتحديد القواعد القانونية وقرارات السلطة العامة، مما يعني توافر الجودة في هذهِ القواعد والقرارات". [١]

وقد عرفه بعض الفقه بالنظر الى الأهداف التي يرمي الى تحقيقها هذا المبدأ فعرفه بأنه: " عملية تستهدف توفير حالة من الاستقرار في العلاقات والمراكز القانونية من خلال إصدار تشريعات متطابقة مع الدستور ومتوافقة مع مبادئ القانون الدولي غايتها إشاعة الثقة والطمأنينة بين أطراف العلاقات القانونية سواء كانوا أشخاص القانون الخاص أوالعام ". [٢]

بينما عرفه مجلس الدولة الفرنسي بأنه : " مبدأ الأمن القانوني يقتضي أن يكون المواطن، قادرا على تحديد ما هو مباح و ما هو محظور بموجب القانون الساري دون أن يستدعي ذلك من جانبه بذل مجهودات إضافية، من أجل بلوغ هذه النتيجة، ويجب أن تكون القوانين الصادرة واضحة و مفهومة ولا تخضع في الزمن لتغييرات مفرطة، وبالأخص غير متوقعة". [٣]

ومن خلال مراجعتنا لدستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ نجده يتضمن في طياته هذا المبدا المهم، إذ نص على ان : " اولاً: يد هذا الدستور القانون الأسمى والاعلى في العراق ويكون ملزما في انحاءه كافة وبدون استثناء.

ثانياً: لا يجوز سن قانون يتعارض مع هذا الدستور ويعد باطلا كل نص يرد في دساتير الأقاليم، أو أي نص قانوني آخر يتعارض معه". [٤] كما نص على : " ليس للقوانين أثر رجعي مالم ينص على خلاف ذلك... ". [٥] لذا فهو يتضمن ما يضمن الاستقرار القانوني للأفراد من حيث الحقوق والحريات الواردة فيه وواجب المشرعيين في مراعاتها عند التشريع وعدم مخالفتها وهذا جميعه يحقق في اخر المطاف الأمن القانوني في البلد.

وكذلك من خلال مراجعتنا لأحكام الشريعة الأسلامية نجد فيها الكثير من الأسانيد الشرعية التي تؤكد أهمية حقوق الأسرة وواجب المحافظة عليها وتعزيز استقرار علاقاتها ومراكزها القانونية. فقد ورد في القرءان الكريم العديد من الآيات التي تحث على احترام حقوق النساء والأطفال، فعلى سبيل المثال نذكر بعض الآيات القرءانية : " {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَرِثُوا النِّسَاءَ كَرْهًا وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَن يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِن كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَىٰ أَن تَكْرَهُوا شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّـهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا". [٦] " وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا

---

[١] د. مازن ليلو راضي، حماية الأمن القانوني في النظم القانونية المعاصرة، ط١، المركز العربي للدراسات والبحوث العلمية، القاهرة، ٢٠٢٠،ص١٨.

[٢] د. بدوي عبد الجليل، مفهوم مبدا الامن القانوني ومتطلباته، مجلة دراسات في الوظيفة العامة، ع٨،٢٠٢١، ص ٥.

[٣] د. علي مجيد العكيلي، مرجع سابق، ص ١٠.

[٤] المادة (١٣) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥.

[٥] المادة (١٩/تاسعاً) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥.

[٦] سورة النساء، الأية (١٩)

وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً ۚ إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ". [١] " لَا تُكْرِهُوا فَتَيَاتِكُمْ عَلَى الْبِغَاءِ إِنْ أَرَدْنَ تَحَصُّنًا لِّتَبْتَغُوا عَرَضَ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا". [٢] " وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ ۚ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا ۚ وَمَن يَفْعَلْ ذَٰلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ ...". [٣]

ومن الاسانيد النبوية التي بهذا الشأن كذلك : " مَن كانَ يُؤْمِنُ باللَّهِ واليَومِ الآخِرِ، فلا يُؤْذِي جارَهُ، واسْتَوْصُوا بالنِّساءِ خَيْرًا، فإنَّهُنَّ خُلِقْنَ مِن ضِلَعٍ، وإنَّ أعْوَجَ شيءٍ في الضِّلَعِ أعْلاهُ، فإنْ ذَهَبْتَ تُقِيمُهُ كَسَرْتَهُ، وإنْ تَرَكْتَهُ لَمْ يَزَلْ أعْوَجَ، فاسْتَوْصُوا بالنِّساءِ خَيْرًا" [٤]، " إنَّ اللهَ يُوصِيكُم بالنساءِ خيرًا، إنَّ اللهَ يُوصِيكُم بالنساءِ خيرًا، فإنهنَّ أمهاتُكم وبناتُكم وخالاتُكم، إنَّ الرجلَ من أهلِ الكتابِ يتزوجُ المرأةَ وما تُعلَّقُ يداها الخيطَ، فما يرغبُ واحدٌ منهما عن صاحبِه حتّى يموتا هَرمًا"، " كما ثبت في صحيح البخاري من حديث أنس بن مالك رضي الله عنه " أنَّ النبيَّ صَلَّى اللهُ عليه وسلَّمَ كانَ في سَفَرٍ، وكانَ غُلَامٌ يَحْدُو بهِنَّ يُقَالُ له أنْجَشَةُ، فَقالَ النبيُّ صَلَّى اللهُ عليه وسلَّمَ: " رُوَيْدَكَ يا أنْجَشَةُ سَوْقَكَ بالقَوَارِيرِ". [٥]

وبذلك لا نجد بأن مشروع القانون قد يتعارض مع أحكام الشريعة الاسلامية إطلاقاً، لا بل ان أحكام الشريعة تضفي للقانون قوة وشرعية وتعزز الحاجة لحماية حقوق وحريات الأسرة.

الفرع الثاني

مفهوم الأسرة

الاسرة لغتاً كلمة مشتقة من الأسر وتعني:- الدرع الحصينة. و – اهل الرجل وعشيرته. و – الجماعة التي يربطها امر مُشترك، فهم أهل الرجل المعروفون بالعائلة، وسميت بالعائلة لانها ترجع الى شخص يعولها ويتولى رعايتها. [٦]

اما فقهاً فللأسرة مفاهيم متعددة يختلف نطاقها سعتاً وضيقاً بحسب الزاوية التي يُنظر من خلالها الى الأسرة لتحديد مفهومها، فمن التعريفات ما ميز بين مفهومي الاسرة الممتدة و الاسرة الضيقة، والاسرة الاصلية والاسرة بالتبني، والاسرة الشرعية والاسرة الطبيعة. [٧]

أما عند البحث عن المفهوم القانوني للأسرة وهذا ما يهمنا في التطبيق فنجد بأن القانون المدني العراقي قد عرف الأسرة بانها : " اسرة الشخص تتكون من ذوي قرباه، ويعتبر من ذوي القربى من يجمعهم

[١] سورة الروم، الاية (٢١)

[٢] سورة النور، الاية (٣٣)

[٣] سورة البقرة، الاية (٢٣١).

[٤] حديث رواه البخاري ومسلم.

[٥] رواه البخاري.

[٦] د. إبراهيم مصطفى و أحمد حسن الزيات و حامد عبد القادر و محمد علي النجار، المعجم الوسيط، ج٢، مطبعة مصر، ١٩٦١، ص ١٧.

[٧] لمزيد من التفصيل في هذهِ المفاهيم: لنكار محمود، الحماية الجنائية للأسرة (دراسة مقارنة) ، كلية الحقوق، جامعة عنابة، ٢٠١٠، ص ٢١.

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

اصل مشترك". [١] وفي قانون العقوبات العراقي على الرغم من انه أورد فصلاً خاصاً بالجرائم التي تمس الأسرة إلا انه لم ينص على تعريف لها تاركاً ذلك لما ورد في القانون المدني والقوانين الخاصة.

بينما عرف مشروع قانون مناهضة العنف الاسري الأسرة بانها : " مجموعة من الاشخاص الطبيعيين وتشمل:

أ- الزوج والزوجة/ الزوجات وأبناؤهم وأحفادهم أو أبناء أحد الزوجين من زوج آخر.

ب- والدا أي من الزوجين.

جـ- الاخوة والاخوات لكلا الزوجين.

د- الشخص المشمول بالوصاية أو القيمومة أو الضم، ومن كان في كنف الاسرة ". [٢] وجاء قانون مناهضة العنف الاسري في اقليم كردستان بما يفيد معنى التعريف أعلاه ايضاً. [٣]

ومن خلال هذهِ التعاريف نستنتج بأن الأسرة التي قصدها الشارع في القانون المدني هي الأسرة الشرعية، أي التي يربطها أصل مشترك، وهو المعنى الضيق للأسرة. بينما الاسرة التي قصدها مقترحوا مشروع قانون مناهضة العنف الاسرة هي الأسرة الشرعية، او بالتبني، أو بالمشاركة بالسكن، أي انه أخذ بالمعى الواسع للأسرة، إذ شمل بالحماية من هم في تحت الوصاية أو القوامة أو بالضم(أي الابناء بالتبني). [٤]

ونحن مع ماجاء في مشروع القانون؛ ذلك لان الحياة الواقعية قد فرضت على البعض هذا المعنى الواسع للأسرة فأصبح مسؤول عن اشخاص لا تربطهم روابط شرعية مباشرة، كرعاية شخص يتيم مثلاً يشاركه في السكن او أخذ على عاتقه أمر تربيته، أو كان وصي أو قيم عليه.

لذا فان المعنى الواسع سيضفي نطاق أكبر من الحماية القانونية للأسرة الشرعية (الاصلية) أو بالتبني، الاسرة بالمعنى الضيق أو الممتد.

المطلب الثاني

أهمية قوانين مناهضة العنف الأسري ودورها في تعزيز الأمن القانوني

بعد ان بينا أعلاه مفهوم كل من الأمن القانوني، والاسرة، نأتي الان في هذا المطلب لنبين دور قوانين مناهضة العنف الاسري في تعزيز الأمن القانوني، وهذا ماسنوضحه في فرعين، نبين في الأول منه مفهوم العنف الاسري، ونخصص الثاني لبيان دور قوانين مناهضة العنف الاسري في تعزيز الأمن القانوني.

---

[١] المادة (٣٨) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.

[٢] الفقرة (ثانياً) من المادة الأولى من مشروع قانون مناهضة العنف الاسري.

[٣] المادة (١/ثانياً) من قانون مناهضة العنف الاسري الكردستاني رقم (٨) لسنة ٢٠١١.

[٤] وردت أحكام الضم (التبني) بشكل مفصل في الفصل الخامس من قانون رعاية الأحداث العراقي رقم (٧٦) لسنة ١٩٨٣.

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

الفرع الأول

مفهوم العنف الأسري

ان الصور الدامية والمروعة للجرائم التي ترتكب ضد المجني عليه وتركه للخوض في معاناته وحيداً، وأصبح التركيز منصباً على الجاني وكيفية إصلاحه واعادته الى المجتمع، قد أيقظ هذا النهج الضمائر بعدم عداله هذا الوضع، فاصبح يُنظر الى المجني عليه ومركزه القانوني وامكانياته في مراجعة المحاكم واستحصال حقه من الجاني، فتقدمت العلوم الاجتماعية التي تهتم بالمجني عليه وما يتعرض له من جرائم. [١] وكانت الأسرة وما يرتكب داخل نطاقها من جرائم محمور اهتمام المشرعيين والفقهاء. فظهر من ينادي بمناهضة العنف الأسري، سواء في قوانين العقوبات أو في قوانين خاصة.

وعلى الرغم من شيوع هذا المصطلح الا ان تعريفاته قليلة مقارنة بشيووعه القانوني. إذ لم يُعرف قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩مفهوم العنف على الرغم من انه استخدم هذهِ المفردة في نصوص عده منه. [٢]

وقد عُرف في معجم المصطلحات بأنه: " هو تعبير عن القوة الجسدية التي تصدر ضد النفس أو ضد أي شخص آخر بصورة متعمدة أو إرغام الفرد على إتيان هذا الفعل نتيجة لشعوره بالألم بسبب ما تعرض له من أذى. ويستخدم العنف في جميع أنحاء العالم كأداة للتأثير على الآخرين، كما أنه يعتبر من الأمور التي تحظى باهتمام القانون والثقافة، والعنف لا يقتصر على العنف البدني فحسب. [٣]

وقد عرفه مشروع قانون العنف الاسري الذي قدم الى مجلس النواب للمصادقة عليه عام ٢٠١٩ بانه: " العنف الاسري: كل فعل أو امتناع عن فعل أو التهديد باي منهما، يرتكب داخل الاسرة، يترتب عليه ضرر مادي أو معنوي". [٤] وعرفه قانون مناهضة العنف الأسري الكردستاني بأنه: " كل فعل او قول او التهديد بهما على اساس النوع الاجتماعي في اطار العلاقات الاسرية المبنية على اساس الزواج و القرابة الى الدرجة الرابعة ومن تم ضمه الى الاسرة قانونا من شأنه ان يلحق ضررا من الناحية الجسدية والجنسية والنفسية وسلباً لحقوقه وحرياته". [٥]

بينما جاء قانون القضاء على العنف ضد المرة التونسي بتعريف أوسع من ذلك بكثير، إذ نص على ان: " العنف ضد المرآة: هو كل اعتداء مادي أو معنوي أو جنسي أو اقتصادي ضد المرآة اساسه التمييز بسبب الجنس والذي يتسبب في إيذاء أو ألم أو ضرر جسدي أو نفسي أو جنسي أو اقتصادي للمرآة

---

[١] د. أحمد عبد اللاه المراغي، المركز القانوني للمجني عليه (دراسة مقارنة)، مركز الدراسات العربية، مصر، ٢٠١٨، ٤٧.

[٢] فعلى سبيل المثال وردت في المادة (٣٦٥، ٤١٠، ٤١٢، ٤١٣، ٤١٩، ٤٤٠، ٤٤٨) من قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩.

[٣] معجم المصطلحات السياسية، سلسلة كتب، معهد البحرين للتنمية السياسية، ٢٠١٤، ص ٤٨.

[٤] الفقرة (أولاً) من المادة الأولى من مشروع قانون مناهضة العنف الاسري.

[٥] المادة (١/ ثالثاً) من قانون مناهضة العنف الاسري الكردستاني رقم (٨) لسنة ٢٠١١.

ويشمل أيضاً التهديد بهذا الاعتداء أو الضغط أو الحرمان من الحقوق والحريات سواء في الحياة العامة أو الخاصة". [١]

وبدورنا نُعرف العنف الأسري بأنه: (كل سلوك يقوم بهِ أحد أفراد الأسرة إجابي كان أم سلبي، بصورة القول أو الفعل، يحقق الأذى الجسدي أو النفسي أو الاجتماعي أو الاقتصادي، ضد أي فرد من أفراد الأسرة حتى الدرجة الرابعة ويُشكل انتهاكاً للحقوق والحريات التي يكفلها الدستور والقوانين الأخرى).

الفرع الثاني

أثر الاستقرار القانوني في الأسرة على تعزيز الأمن القانوني

ان الاسرة هي النواة الأولى التي يتكون منها المجتمع، وان استقرار العلاقات القانونية داخل هذهِ الاسرة له أثر كبير على استقرار الاوضاع القانونية بشكل عام، إذ ان تفكك الاسرة وإهدار الحقوق والحريات داخل هذهِ النواة سيؤدي بشكل مباشر الى انهيار الأمن القانوني على مستوى الدولة.

لذا نجد بأن الدستور والقانون يُعطي العلاقات الاسرية مكانتها واهميتها ويضفي عليها من الحماية مايساعد على استقرارها ويحافظ على تمسكها.

فنجد في دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ نص على ان: " **ولاً: أ.**الاسرة اساس المجتمع، وتحافظ الدولة على كيانها وقيمها الدينية والاخلاقية والوطنية.

ب.تكفل الدولة حماية الامومة والطفولة والشيخوخة، وترعى النشئ والشباب وتوفر لهم الظروف المناسبة لتنمية ملكاتهم وقدراتهم.

ثانياً: للاولاد حقٌ على والديهم في التربية والرعاية والتعليم، وللوالدين حق على اولادهم في الاحترام والرعاية، ولاسيما في حالات العوز والعجز والشيخوخة.

ثالثاً: يحظر الاستغلال الاقتصادي للأطفال بصوره كافة، وتتخذ الدولة الاجراء الكفيل بحمايتهم.

رابعاً: تمنع كل اشكال العنف والتعسف في الاسرة والمدرسة والمجتمع" . [٢] ونص أيضاً على ان: " **أولاً-** تكفل الدولة للفرد وللاسرة ـ وبخاصة الطفل والمرأة ـ الضمان الاجتماعي والصحي، والمقومات الاساسية للعيش في حياةٍ حرة كريمةٍ، تؤمن لهم الدخل المناسب، والسكن الملائم" . [٣]

كما ونص قانون العقوبات العراقي في الفصل الرابع والخامس من الباب الثامن من الكتاب الثاني والذي جاء تحت عنوان " الجرائم التي تمس الاسرة "، "الجرائم المتعلقة بالبنوة ورعاية القاصر وتعريض الصغار والعجزة للخطر وهجر العائلة " . [٤] الا ان الجرائم التي وردت في الفصلين أغلبها تتعلق بجرائم زنا الزوجية، ومخالفة احكام الحضانة، وإداء النفقة. لذا سوف تكون النصوص العامة الأخرى من القانون هي المرجع في جرائم العنف الاسري.

---

[١] جاء هذا في الفصل الثالث من القانون رقم (٥٨) لسنة ٢٠١٧، مضيفاً بيان بعض المفاهيم التي وردت في نص التعريف كالعنف الجسدي، العنف الاقتصادي، العنف المادي، العنف النفسي...

[٢] المادة (٢٩) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥.

[٣] المادة (٣٠) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥.

[٤] المواد (٣٧٦-٣٨٥) من قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩.

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

وامام أهمية الحد من العنف الأسري وحماية الأسرة نجد ان اغلب القوانين المقارنة قد اضفت درجة أعلى من الحماية فخصصت لمناهضة العنف الاسري قوانين خاصة، كما جعلت القضاء الذي ينظر في هذهِ المنازعات قضاء متخصص. [١]

خلاصة ذلك نجد بأن لقوانين مناهضة العنف الاسري أثر ليس بقليل في تعزيز استقرار العلاقات الاسرية ومن ثم تعزيز الأمن القانوني في البلد.

المبحث الثاني

الفاعلية القانونية لمشروع قانون مناهضة العنف الأسري العراقي

ان ما يفسر سلوك المشرع الجنائي في سعيه لحماية المصالح المهمة، ومبادرته الى تجريم اي سلوك يعرضها للخطر أو الضرر، والذي يعد هو الهدف من نصوص التجريم التي تحويها القاعدة القانونية الجنائية بالتحديد[٢]، هو ان من غايات القانون حماية الاشخاص المخاطبين باحكامه، وذلك بحمايتهم من الاعتداءات وتنظيم سلوكياتهم في المجتمع، اي حماية حقوق الانسان [٣] ومن أهم حقوق الانسان، حقه في ان لا يكون ضحية لجرائم العنف الأسري. سيما ان مثل هذهِ الجرائم تبدا بالايذاء البسيط والمتكرر وغالباً ما تنتهي بالقتل أو الدفع الى الانتحار أو تسبيب عاهة مستديمة... الخ.

لذا فان انطلاق هكذا مشروع لابد ان يكون له مايبرره سواء كان ذلك في الجانب الموضوعي من القانون أو في جانبه الاجرائي. وهذا ما سنبحث عنه بتحليل نصوص المشروع.

المطلب الأول

فاعلية القواعد الموضوعية في المشروع

ويقصد بالقواعد الموضوعية : وسيلة المشرع في الإفصاح عن إرادته في تحديد مايعد من أنماط السلوك الانساني جريمة وتحديد الأثار القانونية التي تترتب عليه. [٤] أو هي تعبير يفرض بهِ المشرع إرادته على أعضاء المجتمع من خلال تحديد أنماط السلوك التي يعتبرها جرائم وتحديد الجزاء المناسب على كل من يخالف هذهِ الإرادة القانونية. [٥]

---

[١] من هذهِ القوانين، قانون مناهضة العنف ضد المرآة التونسي رقم (٥٨) لسنة ٢٠١٧، وقانون الحماية من العنف الاسري الاردني رقم (٦) لسنة ٢٠٠٨، وقانون حماية النساء وسائر أفراد الاسرة من العنف الاسري اللبناني رقم (٣٩٢) لسنة ٢٠١٣.

[٢] د. خالد مجيد عبدالحميد الجبوري، النظرية العامة للتجريم الوقائي، ط١، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠١٧، ص ٣٨. د. حسنين المحمدي، الخطر الجنائي ومواجهته، منشاة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٣، ص ٧٧.

[٣] د. أحمد ابراهيم حسن، غاية القانون–دراسة في فلسفة القانون، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ٢٠١٦، ص ٣١.

[٤] د. عبدالفتاح الصيفي، القاعدة الجنائية،، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠، ص ١.

[٥] اسراء سعيد عاصي الساعدي، دور القضاء الجزائي في تطوير القاعدة القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٢١، ص١٠.

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

وبذلك فان القاعدة الموضوعية تتكون من شقينهما: شق التجريم، وشق الجزاء، وهذا ما سنبحثه في فرعين.

الفرع الأول

قواعد التجريم

من خلال مراجعتنا لأحكام المشروع، نجد انه يفتقر الى نقطة مهمة، إذ اكتفى مقدموا المشروع بذكر نص عام يُعرف جرائم العنف الاسري دون أن يحدد صورها، إذ نص على ان: " العنف الاسري: كل فعل أو امتناع عن فعل أو التهديد باي منهما، يرتكب داخل الاسرة، يترتب عليه ضرر مادي أو معنوي". [١] واشار بالرجوع الى قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ فيما لم يرد به نص بهذا الشأن. [٢]

وهذا عكس مافعله المشرع في قانون مناهضة العنف الأسري الكردستاني، إذ نص على سبيل المثالث على تجريم بعض الأفعال التي تشكل جرائم عنف أسري فنص على : " أولاً: يحظر على اى شخص يرتبط بعلاقة اسرية ان يرتكب عنفاً اسرياً ومنها العنف البدني والجنسي والنفسي في اطار الاسرة، وتعتبر الافعال الاتية على سبيل المثال عنفاً اسرياً:

١- الاكراه في الزواج.
٢- زواج الشغار وتزويج الصغير.
٣- التزويج بدلاً عن الدية.
٤- الطلاق بالاكراه.
٥- قطع صلة الارحام.
٦- اكراه الزوج للزوجة على البغاء وامتهان الدعارة.
٧- ختان الاناث.
٨- اجبار افراد الاسرة على ترك الوظيفة او العمل رغماً عنهم.
٩- اجبار الاطفال على العمل والتسول وترك الدراسة.
١٠- الانتحار اثر العنف الاسري.
١١- الاجهاض اثر العنف الاسري.
١٢- ضرب افراد الاسرة والاطفال بأية حجة.
١٣- الاهانة والسب وشتم الاهل وابداء النظرة الدونية تجاهها وايذائها وممارسة الضغط النفسي عليها وانتهاك حقوقها والمعاشرة الزوجية بالاكراه". [٣] ويُعاب على هذا المسلك في ان المشرع هنا قد أغفل المبدا القانوني المحمي في الدستور والقانون معاً، وهو مبدأ الشرعية. [١]

---

[١] الفقرة (أولاً) من المادة الأولى من مشروع قانون مناهضة العنف الأسري العراقي المقدم الى مجلس النواب عام ٢٠١٩.

[٢] إذ نصت المادة (٢٤) من مشروع القانون على ان: " تطبق أحكام قانون العقوبات رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ وقانون أصول المحاكمات الجزائية رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١ وقانون الاحداث رقم (٧٦) لسنة ١٩٨٣ أو أي قوانين عقابية أخرى في قضايا العنف الأسري فيما لم يرد بشأنه نص في هذا القانون" .

[٣] المادة الثانية من قانون مناهضة العنف الأسري رقم (٨) لسنة ٢٠١١.

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

وكذلك عكس ما فعله المشرع التونسي تماماً الذي كان أكثر دقة قانونية وتنظيماً في حماية الأسرة، إذ نص على العديد من صور الجرائم التي تشكل جرائم عنف ضد المرأة مشيراً الى الغاء النصوص المتواجدة في المجلة الجزائية التي تعالج جرائم العنف التي تمارس ضد المرآة ووضع نصوص جديدة بعقوبات أشد في قانون مناهضة العنف ضد المرآة على ان : " تلغى أحكام الفصول 208 و226 ثالثا و227 و227 مكرر و229 والفقرة الثانية من الفصل 218 والفقرة الثالثة من الفصل 219 والفقرة الثانية من الفصل 222 والفقرة الثانية من الفصل 228 من المجلة الجزائية وتعوض بالأحكام التالية"، ويقصد بالأحكام التالية ما جاء من أحكام التجريم والعقاب الخاصة بجرائم العنف الأسري التي أوردها في هذا القانون والذي جاء فيها بعقوبات أشد عما هو مذكور في المواد التي تم الغائها من المجلة الجزائية. [٢] وكذلك نص على اضافة مواد لاحكام المجلة الجزائية ضاعف فيها العقاب على الجرائم التي ترتكب ضد المرآة فنص على : " تضاف للمجلة الجزائية فقرة ثالثة للفصل 221 وفقرة ثانية للفصل 223 وفقرة ثانية للفصل 224 والفصل 224 مكرر كما يلي: ويكون العقاب مضاعفا :

-إذا كانت الضحية طفلا ،

- إذا كان الفاعل من أصول أو فروع الضحية من أي طبقة،
- إذا كانت للفاعل سلطة على الضحية أو استغل نفوذ وظيفه،
- إذا كان الفاعل أحد الزوجين أو أحد المفارقين أو أحد الخطيبين أو أحد الخطيبين... ". [٣]

فالتساؤل الذي يرد لذهن المطلع على المشروع، ماهي الفائدة التي جاء بها هذا المشروع من ناحية التجريم ليُقر إذ كان قد اكتفى بما ورد في قانون العقوبات الخاص من نصوص؟

الفرع الثاني

قواعد العقاب

نجد موقف مقترحي المشروع غير ذي فاعلية قانونية من ناحية شق الغقاب أيضاً؛ إذ لم ترد في هذا القانون عقوبات جديدة بخصوص الاعتداءات التي يمكن ان تشكل جرائم عنف اسري. واكتفى بالنص على الحكم بالتعويض للمجني عليه، إذ نص على ان: " للمحكمة الحكم بالتعويض بناءً على طلب المتضرر، أو من يمثله قانوناً". [٤]

الا انه نص على عقوبات في حالة مخالفة المشكو منه احكام الحماية، إذ نص على ان: " يعاقب المشكو منه على خرق قرار الحماية بالعقوبات الآتية:

---

[١] مبدا الشرعية أو مبدأ القانونية او مبدأ لا جريمة ولا عقوبة الا بنص: وهو من اهم المبادئ الجنائية التي حرصت أغلب الدساتير على دسترته, ويقصد به: حصر مصادر التجريم والعقاب في نصوص القانون, فتحديد صور السلوك التي تعد جرائم وتحديد العقوبات المقررة لها سواء من حيث نوعها ومقدارها هو من اختصاص الشارع وحده وما على القاضي الا تطبيق تلك النصوص, وهذا يعني ان القانون وحده هو مصدر التجريم والعقاب، لمزيد من التفاصيل: د. محمود نجيب حسني, شرح قانون العقوبات اللبناني, بيروت, ١٩٦٨, ص ٧٩ وما بعدها.

[٢] الفصل الخامس عشر من قانون مناهضة العنف ضد المرآة التونسي رقم (٥٨) لسنة ٢٠١٧.

[٣] الفصل السادس عشر من أحكام قانون مناهضة العنف ضد المرآة التونسي رقم (٥٨) لسنة ٢٠١٧.

[٤] المادة (٢٣) من مشروع قانون مناهضة العنف الاسري العراقي.

أولاً- بالغرامة التي لا تقل عن (٥٠٠,٠٠٠) خمسمائة ألف دينار ولا تزيد على (١,٠٠٠,٠٠٠) مليون دينار، وفي حالة عدم الدفع تكون العقوبة الحبس البسيط مدة لا تقل عن شهر ولا تزيد على (٦) ستة أشهر.

ثانياً- بالغرامة التي لا تقل عن (٣,٠٠٠,٠٠٠) ثلاثة ملايين دينار ولا تزيد على (٥,٠٠٠,٠٠٠) خمسة ملايين دينار، في حالة العود، أو إذا ارتكبت الجريمة من الفروع على الأصول، أو إذا كان الضحية صغيراً، أو حدثاً، أو كبير السن، أو حاملاً، أو من ذوي الإعاقة أو خرق قرار الحماية باستخدام العنف ضد أي من المشمولين به، وفي حالة عدم الدفع تكون العقوبة الحبس مدة لا تقل عن (٣) ثلاثة أشهر ولا تزيد على(١) سنة واحدة". [١]

كما نص على جزاء منع المجني عليه من المطالبة بحقه، إذ نص على ان: " يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن (٣) ثلاثة أشهر ولا تزيد على (١) سنة واحدة كل موظف او مكلف بخدمة عامة، حاول اكراه الضحية بعدم تقديم الشكوى، او أهمل في تسجيلها". [٢]

وبذلك سوف نعود بشأن العقوبات الى النص الذي اشار الى تطبيق القوانين العقابية الأخرى ومنها قانون العقوبات رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ فيما لم يرد بشأنه نص. [٣]

أما في قانون مناهضة العنف الأسري الكردستاني فنجد على الرغم من إنه نص على عقوبة ختان الإناث باعتبارها من جرائم العنف الأسري [٤] ، إلا ان فيه من ناحية أخرى خرقاً آخر لمبدأ الشرعية، إذ من ناحية حدد عقوبة واحدة لكل ما يعد من جرائم العنف الأسري دون مراعاة شدة أو ظروف وملابسات كل جريمة [٥] ، ومن ناحية آخرى

وهذا أيضاً على عكس ما جاء به قانون مناهضة العنف ضد المرآة التونسي، إذ كما ذكرنا أعلاه قد حدد عقوبات جديدة فيما يخص الجرائم التي من هذا الشأن وضاعف العقوبات في موضع آخر، إذ اعتبرها ضروف مشددة للعقاب.

---

[١] المادة (٢١) من مشروع قانون مناهضة العنف الاسري العراقي.

[٢] المادة (٢٢) من مشروع قانون مناهضة العنف الاسري العراقي.

[٣] المادة (٢٤) من مشروع قانون مناهضة العنف الاسري العراقي.

[٤] مع عدم الاخلال بأية عقوبة اشد تنص عليها في القوانين النافذة في الاقليم :أولاً: يعاقب بغرامة لاتقل عن (١٠٠٠, ٠٠٠) مليون دينار ولاتزيد علي (٥٠٠٠, ٠٠٠) ملايين دينار كل من حرض على اجراء عملية ختان انثى .ثانياً: يعاقب بالحبس مدة لاتقل عن (٦) ستة اشهر ولاتزيد على (٢) سنتين وبغرامة لاتقل عن (٢٠٠٠,٠٠٠) مليوني دينار ولاتزيد على (٥٠٠٠,٠٠٠) خمسة ملايين دينار او باحدى هاتين العقوبتين كل من اجرى او ساهم في عملية ختان انثى. ثالثاً: يعاقب بالحبس مدة لاتقل عن (١) سنة واحدة ولاتزيد على (٣) ثلاث سنوات وبغرامة لاتقل عن (٥٠٠٠,٠٠٠) خمسة ملايين دينار ولاتزيد على (١٠,٠٠٠,٠٠٠) عشرة ملايين دينار او باحدى هاتين العقوبتين كل من اجرى او ساهم في عملية ختان انثى اذا كانت قاصرة. رابعاً: يعد ظرفاً مشدداً للجاني اذا كان الفاعل طبيباً او صيدلياً او كيميائياً او قابلة او احد معاونيهم وعلى المحكمة ان تأمر بمنعه من مزاولة مهنته او عمله مدة لاتزيد على ثلاث سنوات".

[٥] إذ نصت المادة السابعة من القانون على ان: " مع عدم الاخلال بأية عقوبة اشد تنص عليها القوانين النافذة في الاقليم : يعاقب بالحبس مدة لاتقل عن ستة اشهر ولاتزيد على ثلاث سنوات وبغرامة لاتقل عن مليون دينار ولاتزيد على خمسة ملايين دينار او باحدى هاتين العقوبتين كل من ارتكب عنفاً اسرياً".

ونجد بان هذا الاتجاه أيضاً غير سليم من الناحية القانونية فما فاعلية المشروع إذا كان في مجمله إحالة على قواعد قانون العقوبات من حيث التجريم والعقاب.

المطلب الثاني

فاعلية القواعد الاجرائية في المشروع

تحريك الدعوى الجزائية يمثل العمل الافتتاحي للخصومة الجنائية إذ ان حق الدولة في العقاب يقوم بمجرد وقوع الجريمة ولكنها لايمكن ان تستوفيه فعلياً الا من خلال تحريك الدعوى الجزائية [١] ، وبالنظر لكون جرائم العنف الأسري تحدث في نطاق الأسرة ويصعب على العامة الاطلاع عليها، ولكون أغلب القوانين الاجرائية قيدت الحق في تحريك الشكوى في مثل هكذا جرائم لمن وقعت عليه الجريمة أو من يمثله قانوناً. [٢]

لذا نجد ان القوانين الاجرائية العامة لا تسعف المجني عليه في شيء ولا تسهل شيء في اقتضاء العقاب من الجاني. من جانب آخر نجد ان من أهم الضمانات التي يحتاجها المجني عليه بعد تحريك الشكوى هو حمايته من انتقام الجاني وتهديده أما لوقفه عن الاستمرار في الدعوى أو للانتقام منه.

فهل جاء في هذا المشروع جديد يذكر في نطاق الاجراءات يسهل مسالة اقتضاء حق العقاب من الجاني؟ أو جاء فيه ما يؤمن حياة المجني عليه ويوفر الحماية له.

الفرع الأول

اجراءات تحريك الدعوى

ونص ايضا على بعض الاجراءات التي تسهل مسالة الوصول الى القضاء وتحريك الدعوى، فأعطى للادعاء العام ولمفوضية حقوق الانسان الحق في قبول الاخبار والدعاوى التي من هذا النوع من قبل المجني عليه أو من يمثله قانونا، إذ نص على ان : " لكل من تعرض للعنف الاسري، أو من ينوب عنه قانوناً التقدم بشكوى الى أي من : أولاً- قاضي التحقيق المختص . ثانياً-الادعاء العام . ثالثاً-مديرية حماية الاسرة . رابعاً-المفوضية العليا لحقوق الانسان".[٣] كما نص على امكانية جعل الجلسات سرية بناء على

---

[١] انظر: محمد ابو النجاة، الدعوى الجنائية وفن التحقيق الجنائي، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠٠٨، ص١٠١.

[٢] نصت المادة الثالثة من قانون أصول المحاكمات العراقية رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١على ان: " أ: لا يجوز تحريك الدعوى الجزائية الا بناء على شكوى من المجي عليه أو من يمثله قانوناً في الجرائم الآتية... ١- زنا الزوجية او تعدد الزوجات خلافاً لقانون الاحوال الشخصية .

٢- القذف او السب او افشاء الاسرار او الاخبار الكاذب او التهديد بالقول او بالايذاء الخفيف اذا لم تكن الجريمة وقعت على مكلف بخدمة عامة اثناء قيامه بواجبه او بسببه..." ، وتعرف الشكوى بأنها: "تبليغ من المجني عليه او ممن يقوم مقامه يقدم الى السلطات العامة عن جريمة معينة وقعت عليه" لمزيد من التفصيل: د. حسنين ابراهيم صالح عبيد، شكوى المجني عليه، القاهرة، ١٩٧٥، ص ٨٠.

[٣] المادة (١٠) من المشروع.

Al-Mostansiriyah Journal for arab and international studies

طلب الخصوم، إذ نص على ان: " للمحكمة أن تقرر، سرية الجلسات، بناءً على طلب أحد الطرفين، أو كلا طرفي الدعوى، أو بناء على طلب الادعاء العام، أو إذا ارتأت المحكمة ذلك.[١] وأكد ايضا على وجوب السرعة في الفصل في هذهِ القضايا وطلبات الحماية، فنص على ان : على المحكمة اصدار قرار الحماية خلال (٢٤) أربع وعشرين ساعة ولمدة لا تزيد على (٣٠) ثلاثين يوماً قابلة للتجديد وفقاً لأحكام هذا القانون.[٢] واعفى الطلبات التي تقدم خلال الدعوى من الرسوم كافة، إذ نص على ان: " تعفى الطلبات المنصوص عليها في البند (أولاً) من هذه المادة من الرسوم كافة". [٣] كما نص على عدم التقييد بالاختصاص المكاني في مثل هذهِ القضايا، فنص على ان: " لا تخضع الشكاوى في قضايا العنف الاسري للاختصاص المكاني". [٤]

وهذهِ هي أهم الأحكام الاجرائية التي جاء بها، وكذلك كان هذا مانص عليه قانون مناهضة العنف الأسري الكردستاني.

ولكن نحن نرى فيما يخص مسألة تحريك الدعوى كان من الافضل ان تعطى لجهات عامة رقابية تتولى ذلك، وفي حال افصاح المجني عليه عن عدم رغبته بتحريك الشكوى فيتم غلقها بناء على طلبه؛ ذلك لان أغلب المجني عليهم في هكذا قضايا لا يمكنهم الوصول الى القضاء وتحريك الدعوى أما خوفاً أو بسبب التهديد أو عدم امكانية الوصول الى الجهات المحددة لاستقبال الدعوى.

وكان هذا المسلك المحمود هو ما أخذ به المشرع التونسي في قانون مناهضة العنف ضد المرآة، إذ نص على ان: " تخصص فضاءات مستقلة داخل المحاكمالابتدائية تضم القضاة المختصين بقضايا العنف ضد المرأة علىمستوى النيابة العمومية والتحقيق وقضاء الأسرة". [٥] كما ونص على ان: " تحدث بكل منطقة أمن وطني وحرس وطني في كل الولايات وحدة مختصة بالبحث في جرائم العنف ضد المرأة طبقا لأحكام هذا القانون. ويجب أن تضم بين عناصرها نساء ويوضع على ذمة الوحدة المختصة سجل مرقم خاص بهذه الجرائم". [٦] ونص ايضاً على ان: " يجب على أعوان الوحدة المختصة حال توصلهم ببلاغ أو إشعار بحالة التلبس بجريمة عنف ضد المرأة التحول فورا على عين المكان لمباشرة الأبحاث بعد إعلام وكيل الجمهورية. يعاقب بالسجن من شهر إلى ستة أشهر العون التابع للوحدة المختصة بالبحث في جرائم العنف ضد المرأة الذي يتعمد ممارسة ضغط على الضحية أو أي نوع من أنواع الإكراه لحملها على التنازل على حقوقها أو لتغيير مضمون شكواها أو الرجوع فيها ". [٧] ومن مهام الوحدة أيضاً: " تقوم الوحدة المختصة بإعلام الضحية وجوبا بجميع حقوقها المنصوص عليها بهذا القانون بما في ذلك المطالبة بحقها في الحماية لقاضي الأسرة". [٨]

---

[١] المادة (١٤) من المشروع.

[٢] المادة (١٥/ ثانياً) من المشروع.

[٣] المادة (١٥/ خامساً) من المشروع.

[٤] المادة (١٣) من المشروع.

[٥] الفصل (٢٣) من قانون مناهضة العنف ضد المرآة التونسي رقم (٥٨) لسنة ٢٠١٧.

[٦] الفصل (٢٤) من قانون مناهضة العنف ضد المرآة التونسي رقم (٥٨) لسنة ٢٠١٧.

[٧] الفصل (٢٥) من قانون مناهضة العنف ضد المرآة التونسي رقم (٥٨) لسنة ٢٠١٧.

[٨] الفصل (٢٦) من قانون مناهضة العنف ضد المرآة التونسي رقم (٥٨) لسنة ٢٠١٧.

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

الفرع الثاني

اجراءات الحماية

ان الجديد الذي جاء في هذا القانون وما يدفعنا الى تأييد صدوره هو الاجهزة المستحدثة والمتخصصة لمتابعة قضايا العنف الاسري والتي تسهل متابعة القضايا من هذا النوع وتسهل الطريق على المستهدفين بالحماية اللجوء الى القضاء واقتضاء حقوقهم.

فتم اقتراح تشكيل لجنة العليا لمناهضة العنف الاسري وترتبط بمجلس الوزراء، ولها صلاحية اتخاذ قرارات ملزمة للجهات كافة، والتي تتولى مهمة اعداد الخطط والسياسات للوقاية من العنف الاسري والتوعية للحد منها، كما تتولى مهمة اجراء الدراسات الميدانية واعاداد التقارير والاطلاع على التجارب والقوانين الدولية لمنهاضة هذا النوع من العنف. [١]

كما نص على تشكيل مديرية خاصة في وزارة الداخلية تسمى بمديرية حماية الاسرة، إذ نص على ان : " أولاً: تشكل في وزارة الداخلية دائرة تسمى (مديرية حماية الاسرة)، تتولى تنفيذ المهام المنصوص عليها في هذا القانون، يرأسها موظف بدرجة مدير عام، وله خبرة في مجال شؤون الاسرة لمدة لا تقل عن خمس سنوات.

ثانياً- يكون مقر المديرية في بغداد، ولها فتح فروع في بغداد والمحافظات كافة" . [٢] تتولى هذهِ المديرية مهمة البحث والتحقيق في دعاوى العنف وعرضها على القاضي المختص، إذ نص على ان: " تتولى المديرية مهمة البحث والتحقيق في شكاوى العنف الاسري وعرضها على القاضي المختص". [٣]

كما ونص على بعض الاجراءات الاحتياطية التي تتعلق بمنع دخول المشكو منه الى المنزل الذي يسكنه المجني عليه، ووقف التعاملات أو اذا ماكانت هناك وكالة خاصة أو عامة فتتوقف فوراً من تاريخ تقديم طلب الحماية. [٤] ونص على فتح مراكز امنة تتولى تقديم الرعاية لآثار العنف التي يُخلفها في نفسية وشخصية المجني عليه. [٥]

وبهذا الشأن نجد ان قانون مناهضة العنف الأسري الكردستاني وكذلك التونسي قد جاء بما يتضمن ذات الأحكام أعلاه.

لذا وأمام هذهِ الايجابيات التي يوفرها القانون والتي لا تتعارض في شيء مع أحكام ومبادئ الشريعة الاسلامية لا نجد أي مبرر للتأخير في إصدار هذه القانون للحد من نطاق جرائم العنف الاسري التي أضحت أفة اخرى تهدد كيان المجتمع وتفككه وذلك بتفكك نواته الصغرى المتمثلة بالاسرى.

الخاتمة :

في ختام بحثنا عن مدى فاعلية مشروع قانون العنف الاسري ودوره في تعزيز الأمن القانوني نطوي بحثنا بجملة من النتائج والتوصيات التي رايناها في هذا الشأن:-

---

[١] المادة (٣) من المشروع.

[٢] المادة (٧) من المشروع.

[٣] المادة (٨/أولاً) من المشروع.

[٤] المادة (١٨) من المشروع.

[٥] المادة (٢٠) من المشروع.

أولاً: النتائج :

١- ان الأسرة كانت ولا تزال محمور اهتمام المشرع الوطني والدولي، كذلك محور اهتمام فقهاء الشريعة والقانون؛ كونها النواة الاساسية التي ينطلق منها المجتمع سواء في بث عادات وقيم محمودة أو في تربية الفرد باعتباره جزء من الأسرة على إحترام ما في المجتمع من عادات وقيم وكذلك الالتزام بالقواعد القانونية.

٢- ان مشروع قانون مناهضة العنف الاسري وان كان له مايبرره قانوناً، الا ان هذا المشروع قاصر جداً وتكاد تكون فاعليته من الناحية الموضوعية معدومة؛ إذ لم يأتي بجديد يذكر يزيد عما هو موجود في قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩.

٣- ان المشروع لا يعارض أحكام الشريعة الاسلامية في شئ ؛ إذ ان ما جرم في هذا القانون فضلاً عن كون أحكام الشريعة قد رفعت شأن الأسرة وتحديداً المرآة وأوصت بمراعاة الله بها، نجد ان ماجاء في هذا المشروع ليس بجديد، إذ ان أغلب السلوكيات التي تشكل عنف أسري هي مجرمة شرعاً وقانوناً.

٤- ان أمن الأسرة واستقرار العلاقات التي تربطها، وسعي المشرع الى ذلك يصب أجمعه في تعزيز الأمن القانوني للحقوق والحريات التي تنظمها القوانين بمختلف فروعها للأسرة سواء باعتبارها افراد أو اسرة.

ثانياً: التوصيات

١- نحن مع صدور مشروع القانون، ولكن مع حث المشرع الاطلاع على القوانين المقارنة التي صدرت بهذ الشأن سيما القانون التونسي للاستفادة من تجربتهم السابقة لمناهضة العنف الاسري، وقد بينا في البحث مدى دقة ما جاء به من أحكام موضوعية واجرائية، فلا ضير من الاستفادة من نهج الاخرون سيما انهم بلدان اسلامية أيضاً.

٢- نجد أيضاً ضرورة اجرائية لجعل مهمة تحريك الشكوى في مثل هذهِ الجرائم لوحدة حماية العنف الأسري التي تم اقتراحها في المشروع؛ لتلافي مشكلة عدم امكانية وصول المجني عليه أو من يمثله قانوناً الى الجهات المختصة لتحريك الشكوى لأي سبب من الأسباب، وفي حال افصاح المجني عليه من عدم رغبته في تحريك الشكوى والتأكد من ان هذهِ الرغبة فردية دون أي تهديد أو ضغوطات فيتم غلق الدعوى، سيما ان الموضوع في جميع الأحوال سوف يبقى رهن السرية. وذلك على غرار ماجاء به المشرع التونسي.

٣- نرى ان يزيد على اجراءات الحماية بأن تُفرض فوراً على المجني عليه وان لم يطلبها؛ ذلك لان مثل هكذا قضايا سوف يُصاحبها حتماً التهديد والاعتداء. وفي حالى افصاح المجني عليه عن عدم احتياجه للحماية فيتم ايقافها.

٤- ان التوعية الاعلامية بالقانون وبما للاسرة من حقوق وحريات ضرورة لابد منها، سيما ان أغلب الافراد لا يعلمون مقدار الحماية القانونية المتوافرة لديهم.

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

قائمة المراجع

القرءان الكريم

أولاً: الكتب

١- د. إبراهيم مصطفى و أحمد حسن الزيات و حامد عبد القادر و محمد علي النجار، المعجم الوسيط، ج٢، مطبعة مصر، ١٩٦١.
٢- أحمد ابراهيم حسن، غاية القانون-دراسة في فلسفة القانون، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ٢٠١٦.
٣- د. أحمد عبد اللاه المراغي، المركز القانوني للمجني عليه (دراسة مقارنة)، مركز الدراسات العربية، مصر، ٢٠١٨.
٤- د. خالد مجيد عبدالحميد الجبوري، النظرية العامة للتجريم الوقائي، ط١، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠١٧.
٥- د. حسنين المحمدي، الخطر الجنائي ومواجهته، منشاة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٣.
٦- د. حسنين ابراهيم صالح عبيد، شكوى المجني عليه، القاهرة، ١٩٧٥.
٧- د. مازن ليلو راضي، حماية الأمن القانوني في النظم القانونية المعاصرة، ط١، المركز العربي للدراسات والبحوث العلمية، القاهرة، ٢٠٢٠.
٨- د. عبدالفتاح الصيفي، القاعدة الجنائية،، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠.
٩- د. محمود نجيب حسني, شرح قانون العقوبات اللبناني, بيروت, ١٩٦٨.
١٠- معجم المصطلحات السياسية، سلسلة كتب، معهد البحرين للتنمية السياسية، ٢٠١٤.

ثانياً: الرسائل والاطاريح

١- اسراء سعيد عاصي الساعدي، دور القضاء الجزائي في تطوير القاعدة القانونية، اطروحة دكتوراه/ كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٢١.
٢- لنكار محمود، الحماية الجنائية للأسرة (دراسة مقارنة)، اطروحة دكتوراه/ كلية الحقوق، جامعة عنابة، ٢٠١٠.

ثالثاً: البحوث والمجلات

١- د. بدوي عبد الجليل، مفهوم مبدا الامن القانوني ومتطلباته، مجلة دراسات في الوظيفة العامة، ع٨، ٢٠٢١.
د. علي مجيد العكيلي، جودة احكام القضاء الدستوري دراسة في المبادئ الدستورية الحديثة، مجلة القانون الدستوري والمؤسسات السياسية، مج ٥،ع ١، ٢٠٢١.

رابعاً: الدساتير والقوانين

١- دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥.
٢- قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩.
٣- قانون أصول المحاكمات العراقية رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١.
٤- القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.
٥- قانون رعاية الأحداث العراقي رقم (٧٦) لسنة ١٩٨٣.
٦- قانون مناهضة العنف الاسري الكردستاني رقم (٨) لسنة ٢٠١١.
٧- قانون مناهضة العنف ضد المرآة التونسي رقم (٥٨) لسنة ٢٠١٧.
٨- مشروع قانون مناهضة العنف الأسري العراقي المقدم الى مجلس النواب عام ٢٠١٩.

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

صور الأمن القانوني و دور القضاء الإداري في حمايته.دراسة مقارنة

د.مصطفى رسول حسين
جامعة السليمانية

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

المقدمة :

يعد الأمن القانوني احد اهم الأسس التي يقوم عليها بناء دولة القانون التي تخضع فيها جميع السلطات العامة للقانون، كما يعد الأمن القانوني احدى الغايات التي يهدف القانون الى تحقيقها ،وينصرف مفهوم الأمن القانوني الى ضرورة التزام السلطات العامة بتحقيق قدر من الثبات النسبي للعلاقات القانونية و حد ادنى من الاستقرار للمراكز القانونية،بهدف توفير الأمن و اليقين بين اطراف العلاقات القانونية من اشخاص قانونية عامة و خاصة، بحيث تتمكن هذه الأشخاص من التصرف بأطمئنان على هدى من القواعد و الانظمة القانونية القائمة وقت قيامها بأعمالها وترتيب اوضاعها على ضوء منها دون التعرض لمفاجآت او تصرفات مباغتة صادرة عن السلطات العامة يكون من شأنها زعزعة هذه الطمأنينة او الاخلال بهذا الاستقرار. ويشتمل مبدأ القانوني على صور عديدة ، بعضها يتمتع بقيمة دستورية – وهي موضوع بحثنا- وتتمثل بما يأتي: (عدم رجعية القرارات الإدارية الى الماضي، فكرة التوقع المشروع، احترام الحقوق المكتسبة)

وتعتبر فكرة الأمن القانوني صعبة الأستيعاب ،متعدد الأوجه والصور ،فهذا المصطلح (الأمن القانوني) تحتوي على حشو زائد عن اصل المعنى دون ان تحمل الزيادة فائدة، فهي مسهبة و مطولة و المفهوم الذي تحمله غامض و أدى الى التشكيك في القضاء الاداري في فرنسا ترسيخه في ،حيث تبين هذه الخصائص قائمة الصور المستند عليها لمحاولة الإحاطة بحدوده ،زيادة على ان هذه الصور التي تكونه تتقاطع و تتشابك.

ان فكرة الأمن القانوني شأنها شأن سائر الأفكار و الوظائف قد تطورت واضحاً بفعل المتغيرات السياسية و الاقتصادية والاجتماعية . يجب على الادارة العامة و هي تتصدر لممارسة وظيفتها ان تلتزم بمجموعة من المبادئ تفرضها عليها دولة القانون ، ولعل اهمها مبدأ المشروعية ، ومبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية ، ومبدأ عدم المساس بأثر القرار الإداري و المتمثل في الحقوق المكتسبة للأفراد ، وهذه المباديء مفروضة على الإدارة وذلك لأستقرار الأوضاع القانونية ، وقد اجمعت على هذه المبادئ اغلب الاحكام القضائية ،

ان ما تقدم دفعنا الى اختيار هذا الموضوع ،عنواناً لبحثنا الذي قسمناه الى ثلاث مطالب:
خصصنا الأول لمبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية و المطلب الثاني لفكرة التوقع المشروع اما المطلب الثالث لإحترام الحقوق المكتسبة.

المطلب الأول

عدم رجعية القرارات الادارية كصورة من صور مبدأ الأمن القانوني

من اهم اهداف الإدارة العامة تنفيذ السياسة العامة و حماية النظام العام في المجتمع ، وللإدارة في سبيل تحقيق هذه السياسة تستخدم الوسيلة القانونية المتمثلة في الاعمال او التصرفات تكون صادرة عن الإدارة نفسها بإرادتها المنفردة و دون ان يشاركها احد و يطلق عليها القرار الإداري وهذه القرارات تعد من اهم

مظاهر امتيازات السلطة العامة ، ومع اختلاف الفقه والقضاء في تعريف القرار الاداري من حيث الالفاظ فانها تتشابه في مضمونها (الطماوي : الوجيز في القانون ١٩٨٦ ،ص٥٨٤).
وهذه القرارات تتمكن الجهات الإدارية من التعبير عن سلطتها الآمرة و إرادتها الملزمة وبحكم مسؤولية الإدارة المباشرة عن تنفيذ القواعد القانونية فإنها هي المرشحة الوحيدة لإنتهاك الحقوق والحريات اكثر من السلطات الاخرى ولهذه الاعتبارات جاء المشرع وقيد سلطة الادارة في اصدار القرارات الإدارية حيث حدد لها العناصر الواجب توفرها في هذه القرارات و ايضاً شروط نفاذها وكيفية تنفيذها تجاه الأفراد و أوجب ايضاً على الإدارة القيام بسحب قراراتها في حالة عدم مشروعية هذه القرارات وقد أجاز المشرع ايضاً للأفراد اصحاب المصلحة سلوك طريق الطعن القضائي سواء بالتنفيذ او بالإلغاء او التعويض .(حافظ ، دون سنة طبع ،ص١٧٨)
القرار الإداري شانه شأن أي عمل قانوني أخر سيخلق أو سيؤثر في المراكز القانونية والحقوق الفردية لذلك فان صدور أي قرار إداري سيثير عدة أسئلة من بينها ما مدى تأثير القرار الإداري على الأوضاع السابقة على صدوره ، وهل سيؤثر على المستقبل فقط أم ستمتد أثاره إلى الماضي وتؤثر فيها وهو ما سنحاول ان نجيب عنه في الفرعين الآتيين:
الفرع الأول: معنى عدم رجعية القرارات الإدارية الى الماضي
الفرع الثاني : دور القضاء الإداري في كفالة عدم رجعية القرارات الإدارية

الفرع الأول

معنى عدم رجعية القرارات الإدارية الى الماضي

ويعد مبدأ عدم رجعية التشريعات من المبادئ الاساسية التي تقوم عليها القاعدة القانونية ، مادام القانون ينتج اثره فوراً و مباشراً على الافعال التي يقوم بها الاشخاص من تأريخ صدوره و نفاذه ، ولايمكن تطبيقه على الوقائع التي تمت قبل اصداره و نفاذه بأثر رجعي.
ويقصد بعدم رجعية القرارات الادارية سريان القرار الاداري بأثر مباشر من تأريخ نفاذه و عدم انسحابه على ما تم من مراكز قانونية قبل نفاذها ، فقد ذهب الفقيه الفرنسي Foillard الى ان مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية مبدأ من المبادئ العامة للقانون... ويعني ان القرار – التنظيمي او الفردي – لايمكن ان ينتج آثاره بالنسبة للماضي، اي قبل نشره او اعلانه) .(سعيد و فرج، ، العدد ٢ لسنة ٢٠١٩ ، ص١٦٣)

كما يقول الفقيه المصري د.سليمان محمد الطماوي (ان تضمين القرار الاداري اثراً رجعياً يعد مخالفة لقواعد الاختصاص من حيث الزمان، لأن مصدر القرار الرجعي قد يتعدى حدود اختصاصه و يتجاوز على اختصاص سلفه ،اذا لم يكن مختصاً بإصداره في الوقت الذي يراد به ترتيب الاثر الرجعي فيه). (الطماوي، ١٩٨٤ ، ص٥١٤)

ويعرف د.محمد السناري الاثر الرجعي للقرار الإداري بأنه (مساس القرار الاداري بمركز قانوني ذاتي متكامل العناصر قبل نشره او اعلانه ، اي المساس بالآثار القانونية المترتبة على تلك المراكز القانونية الذاتية بخلاف الآثار المترتبة على مخالفة المراكز النظامية التي تجوز الرجعية فيها، لأن الآثار المترتبة عليها تكون قابلة للتغيير و التعديل في اي وقت).(السناري،١٩٨١،ص٧٨)

والأصل ان تسري أثار القرارات الإدارية على المستقبل فقط ولا ترتد بأثر رجعي على الماضي احتراماً للحقوق المكتسبة والمراكز القانونية التي تمت في ظل نظام قانوني سابق ، أضف إلى ذلك في عدم الرجعية احترام لقواعد الاختصاص من حيث الزمان ، ومن المسلم به فقهاً وقضاءً ان قاعدة عدم الرجعية تعد قاعدة أمرة وتتعلق بالنظام العام ولا يجوز الاتفاق على مخالفتها وأي قرار إداري يخالفها دون سند تشريعي واضح سيكون مصيره البطلان لا محالة (راضي ، ٢٠١٢ ، ص٥٨).

وللقول برجعية القرار على الماضي لابد من توافر شرطين هما :-

١. ان يكون ثمة مركز قانوني ذاتي و قد تكاملت عناصره في ظل قانون معين، ولكن لا يكفي ان يكون الفرد قد استوفى شروط الاستفادة من مركز قانوني عام بل يجب ان يكون قد صدر من الادارة قرار فردي بتطبيق احكام المركز العام عليه.مثلاً اذا كان موظفاً قد استوفى شروط الترفيع وفقاً لنظام قانوني معين، وشرعت الادارة في الترفيع فإنه لايعتبر قد اكتسب المركز القانوني الذاتي الا بتمام الترفيع، اما قبل ذلك فإن كل تعديل في النظام القانوني للترفيع ولو كان بالإنقاص من المزايا القديمة يسري عليه بأثر رجعي.

٢. ان يكون من شأن الرجعية المساس بتلك المراكز الشخصية التي تكاملت عناصرها قبل صيرورة القرار نافذاً، والعبرة في ذلك بتأريخ صدور القرار فمتى تم افصاح الجهة الادارية المختصة عن ارادنها يصبح القرار قابلاً للتنفيذ ز لايعتد في هذا الصدد بالخطوات التمهيدية التي تسبق القرار الاداري و لوكانت تلك الخطوات تتخذ شكل قرارات ادارية.(عبد المتعال،٢٠٠٤،ص١٩).

لعل مبدأ عدم الرجعية في القرارات الإدارية يعد من أهم المبادئ التي أثارت الكثير من البحث والدراسة والتساؤل على صعيد القضاء والفقه الإداري لذا طرح الفقه أكثر من مبرر لتسويغ هذا المبدأ، منها: (صالح ، ٢٠٠١ ، ص٧)

١.مبدأ الأمن القانوني واستقرار المعاملات.
٢.احترام الحقوق المكتسبة.
٣.مخالفة الرجعية للمنطق.

ويجدر بالإشارة هنا ،اذا كان الأصل عدم جواز ان تصدر الإدارة في معظم الأوقات قرارات إدارية ذات اثر رجعي الا ان العمل قد جرى إداريا وساير ذلك الفقه والقضاء على الاعتراف للإدارة بحق إصدار قرارات ذات اثر رجعي لوجود حالات وظروف خاصة تحيط بكل استثناء منها :- (للمزيد ينظر النوايسه ، ٢٠١٢ ،ص١٠٢ و سيد ، ٢٠١١، ص٨٢)

١- الرجعية في القرار الإداري تنفيذاً للقانون .
٢- الرجعية في القرار الإداري تنفيذاً لحكم القضاء الإداري بالإلغاء .
٣- القرارات الإدارية ذات الأثر الرجعي بطبيعتها .
٤- الرجعية في حالة سحب القرار الإداري.

الفرع الثاني

دور القضاء الإداري في كفالة عدم رجعية القرارات الإدارية

فقد قضى مجلس الدولة الفرنسي بمبدأ عدم الرجعية في القرار الإداري بصورة صريحة في حكمه الصادر في سنة ١٩٨٧ ،في قضية مدينة Lemieux التي جاء فيها بأن : (... المبدأ هو ان لا تسري اللوائح على الماضي و انما تسري فقط بالنسبة للمستقبل)

وبعد ذلك فأن مجلس الدولة الفرنسي قد وسع من مدى هذا المبدأ في التطبيق ليشمل كل القرارات الإدارية سواء كانت قرارات تنظيمية ام قرارات فردية، والذي اكدها في العديد من احكامه الحديثة، و منها حكمه الصادر في ٢٠٠٨/٨/١٦ الذي جاء فيه (... ان مبدأ عدم رجعية في القرار الإداري تعني تطبيق نصوصه القانونية على المراكز القانونية للأفراد التي تم انشاؤها قبل دخولها حيز النفاذ...).

كما ذهب في حكم آخر له الصادر في ٢٠٠٩/٥/١٠ و الذي ورد فيه (...إن الامتثال للأحكام الجديدة يكون بأثر مباشر ، وكذلك من خلال احترام مبدأ عدم رجعية في القرارات الإدارية...). (نقلاً عن مارسو لونغ ، بروبسبير فيل ، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت ، ٢٠٠٩ص٧٥٣)
كما اطردت أحكام مجلس الدولة المصري على عدم رجعية القرار الإداري فردياً كان أم تنظيمياً على ما سبقه من حقوق أصبحت مكتسبة بوصفها مراكز قانونية ناشئة ومستقرة قبل صدور القرار الإداري ، وقد جاء في حكم للمحكمة الإدارية العليا المصرية ان " الأصل طبقاً للقانون الطبيعي هو احترام الحقوق المكتسبة فهذا ما تقضي به العدالة ويستلزمه الصالح العام اذ ليس من العدل في شئ ان تهدد الحقوق كما لا يتفق والصالح العام ان يفقد الناس الثقة والاطمئنان على استقرار حقوقهم ، لذلك جاء الدستور مؤكداً هذا الأصل الطبيعي فحظر المساس بالحقوق المكتسبة أو بالمراكز القانونية التي تمت إلا بقانون مبدأ مستقر في إطار الفقه والقضاء الإداري وهو مستشف من موقف الدستور عندما جعل تقرير الرجعية رهيناً بنص خاص في قانون ، أي جعل هذه الرخصة تشريعية من اختصاص السلطة التشريعية وحدها لما يتوفر فيها من ضمانات ومن لزوم هذا الأصل ألا تسري القرارات الإدارية بأثر رجعي حتى لو نص فيها على هذا الأثر ، وإذا كان ثمة استثناءات لقاعدة عدم رجعية القرارات الإدارية فإنها استثناءات لا تخل بحكمة هذا الأصل وعلته ، فإذا كانت من المستثنيات حالة ماذا كان القرار الإداري صادراً تنفيذاً لقانون فانه يشترط في هذه الحالة ان يكون هذا القانون قد نص فيه على الأثر الرجعي أو على الترخيص للإدارة بتقرير الرجعية " (حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الطعن (١٠٥٠ س٧ق في ١٩٦٥/١١/٢١).
وقد سبق ان أكدت هذا المعنى محكمة القضاء الإداري المصرية في احد أحكامها الذي تبنت فيه عدم رجعية القرارات التنظيمية "ان المساس بالحقوق المكتسبة لا يكون الا بقانون ينص على الأثر الرجعي طبقاً للدستور حتى لو كانت تلك الحقوق مستمدة من قرارات تنظيمية عامة تصدرها الإدارة ...، ولم تكن تلك الحقوق مستمدة مباشرة من نصوص القانون لان الأصل طبقاً للقانون الطبيعي هو احترام الحقوق المكتسبة فهذا ما تقضي به العدالة الطبيعية ويستلزمه الصالح العام اذ ليس من العدل في شيء ان تهدر الحقوق كما لا يتفق والمصلحة العامة ان يفقد الناس الثقة والاطمئنان على استقرار حقوقهم " حكم محكمة القضاء الإداري المصرية الصادر في (١٩٥٠/١٢/٢٥)
و اكدت المحكمة الادارية العليا في مصر على عدم رجعية القرارات الإدارية ، في حكمها الصادر في ٢٠٠١/٣/١١ حيث قضت (لا يجوز المساس بالحقوق المكتسبة او بالمراكز القانونية التي تمت الا بقانون...).
اما بالنسبة للقضاء الاداري في العراق، فأنه ايضاً اخذ بمبدأ عدم الرجعية في القرارات الادارية على الماضي، وتبنى بذلك نفس الخطى التي استقر عليها القضاء الاداري في فرنسا ومصر ، و في اطار ذلك ذهب مجلس الدولة العراقي في فتوى له بقوله (.... ان القرار الصادر من اللجنة المركزية لتقييم الشهادات في وزارة التعليم العالي و البحث العلمي بعدم الاعتراف بشهادة الجامعية او المعهد لا تسري بأثر رجعي على الشهادة التي تم الحصول عليها قبل تأريخ عدم الاعتراف...).
وفي حكم آخر ذهبت الهيئة العامة بقرارهاالذي ورد فيه (... انه ليس للقانون اثر رجعي الا اذا نص المشرع على خلاف ذلك و بما ان المشرع لم ينص على تطبيق قانون رقم (٢٣) لسنة ٢٠٠٨ بأثر رجعي، لذا يجب تطبيقه اعتباراً من تأريخ نفاذه و ليس بأثر رجعي يمتد الى الماضي).
ان المعول عليه في وصف القرار الاداري بأنه رجعي من عدمه هو تأريخ نفاذه ، والاصل ان يسري القرار الاداري سواء كان فرديا او تنظيمياً من تأريخ نفاذه في حق المخاطبين به .

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

المطلب الثاني

فكرة التوقع المشروع كصورة لمبدأ الأمن القانوني

بناء على ماسبق سنقسم هذا المطلب الى الفرعين:

الفرع الأول

معنى فكرة التوقع المشروع

يقصد بمصطلح فكرة التوقع المشروع : ادراك الشيء قبل حدوثه فيقال توقع الأمر، اي نظر الى عواقبه مقدماً .هذا النظر الذي بناء عليه يحدد النظر ما اذا كان سيتصرف ام لا؟ و اذا تصرف فهل على النحو الذي يريد ؟ فلا يكون في حيرة من امره، ايتصرف على توجس و حذر ،ام يرتبك في تقديره و يتردد في قراره ،وتضطرب من ثم اوضاعه .وهو مايفسر اتجاه الفقه الحديث الى تكريس فكرة التوقع المشروع. كواحدة من صور الامن القانوني.

فكرة التوقع المشروع بمعنى احترام التوقعات المشروعة للأفراد، و المبنية على القواعد و الانظمة القانونية السارية المفعول، بما يجعلهم يطمئنون الى نتيجة اعمالهم و تصرفاتهم، مع مايرتبط بهذا الامر من استقرار في المعاملات.(الشناوي، بدون سنة النشر،ص٢٢٥)

وهذا المبدأ نشأ في القضاء الالماني و السويسري حيث تم صياغة هذا المبدأ من قبل المحكمة الادارية في برلين في ١٩٥٦/١١/١٤ في قضية تتلخص وقائعها في ان ارملة مسؤول سابق اكدت لها الادارة انها ستحصل على معاش اذا غادرت المانيا الشرقية الى برلين الغربية،_وقد قررت القيام بذلك و تم دفع المعاش لها فعلاً، ولكن بعد ذلك ادركت الادارة ان الطرف المعني لايحق له في الواقع الحصول على هذا المبلغ ،فأقدمت الإدارة على سحب قرارها السابق و طلبت سداد المبالغ المستلمة على نحو غير ملائم و تم النظر في القضية من قبل المحكمة الادارية العليا في برلين وقررت حماية ثقة الارملة في الحفاظ على الوضع وتم تصديق هذا القرار في ٢٨ /١٩٥/١٠ من قبل مجلس الإدارة الفيدرالي.(مقداد،٧٥٥،٢٠١٣)

وفي فرنسا فقد ثار نقاش في الفقه حول القيمة القانونية لفكرة التوقع المشروع ، حيث

و تعد فكرة التوقع المشروع من المبادئ الاساسية الملزمة على مستوى الاتحاد الاوروبي ،حيث قررت مؤسسات الاتحاد التزام حكومات الدول الاعضاء بتطبيق هذه القاعدة في التشريعات و الانظمة التي تصدرها، وفي فرنسا ،فقد_ثار نقاش في الفقه و القضاء حول القيمة القانونية لفكرة التوقع المشروع او الثقة المشروعة ،حيث ينادى البعض بأسباغ قيمة دستورية عليها، ويستند هؤلاء الى مبدأ الامن المنصوص عليه في المادة الثانية من اعلان حقوق الانسان و المواطن الصادر ١٧٨٩.

وينصرف مصطلح التوقع المشروع الى قدرة ذوي الشأن في مجال الدستورية على التنبؤ بمآلات تصرفاتهم على هدي معايير الدستورية ، لا تأتينهم بغتة مغايرة لتقديراتهم المعقولة او المشروعة.

فالدستورية وان كانت تستعصي فكرتها على التأطير القانوني، فإن الإحاطة بمعاييرها ومن ثم توقعها ليست امراً مستحيلاً ،بل تستفاد مما وقر في قضاء الدستورية من مبادئ و قواعد اصولية تحكم حيازة التشريع عادياً ام فرعياً وصف الدستورية. وهو مايثقل كاهل قضاة الدستورية بعدم مباغتة ذوي الشأن بما يتبنونه او يستخلصونه من معايير يلقى عليها رداء الدستور.
هذا ،ويتحقق التوقع المشروع في الفرض الذي يحصل به احد البدائل المطروحة على القضاء الدستوري، فكما ان المحكمة في هذا الفرض ليست مذعنة على النزول عند مقتضى بديل بعينه،بل تتسع سلطتها في المفاضلة طالما اتسع بساط النص القانوني الذي يحكم المسألة لإستيعاب التفسير الذي ترتضيه، فإنها مسيرة عدم تجاوز هذه البدائل،أي بعدم خروج على ما يفهم من هذا النص في اوسع معانيه.
فحالئذ يكون التنبوء بالأوضاع والمراكز القانونية – المحمول على الاحتمال لا التأكيد قد تحقق، و لو خالفت المحكمة توقعاً خاصاً طالما التزمت البدائل المتاحة ،فقاضي الدستورية ليس مطالباً بالنزول عند التوقع الشخصي لذوي الشأن،بل محمول الى النزول عندما يتوقع من القانون (الدستور) ام ان تختزل الدستورية في معايير تحكيمية لاتعلم بالضرورة من النصوص التي استخلصت او يدعي استخلاصها منها، بما يخالف كل توقع معقول او مشروع، فهذا مما يضعف الثقة بهذه المعايير ، ويعد من ثم انتقاضاً و هدماً لمقتضى مبدأ الأمن القانوني في مجال الدستورية (مقداد، ٢٠١٩ ،ص٧٥٤).
وفي هذا الصدد ، ذهب جانب من الفقه بأن القابلية للتوقع يقابلها التعسف في تغيير المعايير او القواعد التي تنظم السلوك الإجتماعي ،هذا التغيير التعسفي ، والذي قد يثير القلق في مجال الدستورية ، اذ ان معظمها قضائية الصنع،يظل امراً محتملاً من قبل القاضي الدستوري، وهو ما يمثل تهديداً لفكرة الأمن القانوني، لا سيما في ضوء الحجية المطلقة لأحكام الدستورية. (عطية، ١٩٩٥،ص ٢٣٣)
وعليه ،فحتى يتسنى لذوي الشأن في مجال الرقابة الدستورية ،بما يحفظ لهم ثقتهم بها،ينبغي لهذه الاخيرة ان تقر نسبياً ، اي ان تكف سلطة الرقابة عن تغييرها،طالما بقيت الظروف التي عاصرت بلورتها و صياغتها، بما يمكن المخاطبين بها من تقدير اوضاعهم المستقبلية في سهولة ويسر،فكما ان الرجعية ممقوتة من جانب التشريع، و باتت منكرة دستورياً ،فإن استحداث معايير رقابة مفاجئة يعد بمثابة معاقبة التشريعات بمعايير لم تكن قائمة وقت صدورها نفأحترام الثقة المشروعة او التوقعات المشروعة هو معنى مرادف للقدرة على التوقع في مجال الرقابة الدستورية.

الفرع الثاني

شروط تطبيق مبدأ حماية التوقعات المشروعة

ان قابلية توقع القاعدة القانوني، او مبدأ التوقع المشروع هو الوجه الذاتي و الملموس لمبدأ الأمن القانوني او محله الذي يتعين وجوده كأساس لهم بل انهم العنصر المميز له.
ولتطبيق مبدأ التوقع المشروع توافر ثلاثة شروط:(راضي،٢٠١٨،ص ٢٠ ومابعدها)
١.ان يكون التوقع مبنياً على تصرف اداري سابق.
من المهم لتطبيق مبدأ التوقع المشروع وجود تصرف سابق للإدارة في شكل قرار اداري او تصرف قاد الى حصول التوقع بأن مصلحة الفرد مضمونة و ستستمر ، فإذا كان التوقع مستنداً الى معلومات او توقعات استندت الى وقائع خارجة عن تصرفات الادارة، او آمال او تمنيات صاحب الشأن لا يمكن الإستفادة منها للأدعاء بحصول توقع مشروع.

ولايلزم ان يحصل التوقع استناداً الى قرار صريح فمن الممكن ان يحصل نتيجة اتخاذ الادارة موقفاً سلبياً او امتناعها عن تصرف معين او تأخرها غير المعقول بأتخاذ قرار خلق توقعاً مشروعاً يصلح الاستناد عليه.

فثمة شرطان لابد من توافرهما حتى تتلخص السلطة المختصة من الالتزام بالتوقع ، وهذان الشرطان هما : (الشناوي، ،ص٢٢٩)

أ- أن تكون مخالفة التوقع ناشيء عن ظروف لاحقة لإصدار القاعدة القانونية القديمة، فالظروف السابقة او المعاصرة للقاعدة القديمة لا يمكن ان تعفي السلطة من الالتزام بالتوقع ، وان ادى الجهل بها على التأثير على مضمون القاعدة القانونية.

ب-يجب ان تؤدي هذه الظروف اللاحقة على صدور القاعدة الى الاضرار بالمصلحة العامة.

وبحسب المحكمة الاوروبية لحقوق الانسان ،فأن قابلية توقع القانون تتضمن انه (لايمكن النظر الى قاعدة قانونية ما كقانون الا اذا تم الاعلان عنهما بدقة كافية تسمح للمواطن بضبط سلوكه وفقها).

وبالمثل اعلنت المحكمة الدستورية في مقاطعة هامبورغ بألمانيا في قرارها الصادر في ٢٠٠٦/٣/٣١ بأن بعض الاحكام القانون الخاص بالمبادرات و الطلبات والتصويتات الشعبية كانت مخالفة لدستور هامبورغ ، وفي بيان حيثيات حكمها اشارت المحكمة الى ان بعض هذه الاحكام جاء متناقضاً مع القواعد الدستورية الخاصة بتنظيم الديمقراطية المباشرة، و البعض الآخر كان مخالفاً بسبب اثره الرجعي و بالتالي بسبب انتهاكه للثقة الشرعية او مبدأ التوقع المشروع. (راضي،٢٠١٨-٢٣)

ثانياً: ان يكون التوقع معقولاً

والتوقع يكون مشروعاً و معقولاً ، اذا كانت ظروف الحال لا تنبىء الشخص بأحتمال تغيير الادارة او عدولها عن قرارها و تصرفها السابق، بأن يكون القرار او التصرف الجديد مباغتاً و بدون اجراءات ممهدة.

ثالثاً: مشروعية التصرف الاول ، على اعتبار ان مبدأ التوقع المشروع يحمي مصلحة مشروعة جديرة بالحماية.

ولكي يكون التوقع مشروعاً يجب ان يكون معقولاً و منطقياً و صحيحاً فالتوقع المستند الى ممارسات ادارية متفرقة لاتشكل سلوكاً مطرداً ، او يستند الى تصرفات غير رسمية لايعد توقعاً مشروعاً.

و اقرت الجمعية العمومية لقسم الفتوى و التشريع بمجلس الدولة المصري مبدأ مهماً في خصوص عدم مباغتة الافراد بما لم يكن بأمكانهم ان يتحسبوا له اذ افتت بأن : (.... هذه العلاقة اثير بشأنها امر الموازنة بين الشرعية والاستقرار ،فالشرعية تتطلب تصحيح كل ماهو معيب بغض النظر عما مضي عليه الزمن ،بينما دواعي الاستقرار تقتضي الاعتداد بما صدر مبيعاً متى مضت عليه مدة معينة ، حفاظاً على استقرار المراكز القانونية من الزعزعة، و ان العامل(الموظف) وهو ان ينخرط في خدمة احد مرافق الدولة نظير اجر يعتمد بحسب الغائب الاعم على هذا الاجر، فإذا ما قامت جهة الادارة بتسوية حالته على نحو زاد في اجره بما ليس من حقه ، ولم تقترن هذه التسوية بسعي غير مشروع منه او بما يدخل به الغش على الجهة الادارية، فإن دواعي الاستقرار التي نقلت موازينها في القانون الاداري ، وقواعد العدالة التي تمثل شاؤا عظيماً في فروع القانون عامة والقانون الاداري خاصة، و المبادئ التي تمليها ضرورات سير المرافق العامة، و ما تقتضيه من رعاية عمال المرافق العامة و تأمينهم ضد المفاجأت التي تضطرب بها حياتهم، حتى ينخرطوا في خدمة المرفق آمنين مطمئنين يعطون افضل ما عندهم ، فكل اؤلئك يقتضي القول بألا يسترد من العامل ما سبق صرفه عليه بغير وجه حق ، اثر تسوية نبين خطؤها كلها او في جزء منها على نحو ما سلف اختلالاً بيانه، حتى لاتضطرب حياة هذا العامل،و يحتل امر معيشته و اسرته شديداً دون ان يكون له شأن بالخطأ الذي وقعت فيه جهة

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

الإدارة...) (فتوى الجمعية العمومية الصادرة بتأريخ ٢٠١٢/٢/٨ ملف رقم ١٥٧٢/٤/٨٦ ، مجلة هيئة قضايا ادولة العدد الرابع،ص ٢٣٥).

ان فكرة التوقعية تطبق على قواعد القانون الموضوعية كما تطبق على الحقوق الشخصية و المراكز الفردية وتفرق بينها (موضوعية وشخصية) ،فيمكن القول بأنه يجب ان يسمح القانون لمواضيعه ببناء توقعاتهم و وضع تقديراتهم، ومن جهة اخرى يكن القانون الاحترام للتوقعات المبنية مسبقاً من طرفهم، كما يسمح القانون ايضاً بحجز المستقبل و الاستيلاء عليه و ربطه بالواقع ، حيث يبدوا بأنه موجه بأكمله الى تبديد و انهاء ريب وتقلب و عدم تعيين السلوك.

ويجدر بالذكر فقد اخذ مجلس الدولة الفرنسي بمبدأ التوقع المشروع في الحالات التي يحكمها قانون الاتحاد الاوروبي دون المنازعات الاخرى و مع ذلك يمكن ان تؤدي التطورات الاخيرة في اجتهاد المجلس الدستوري الى حمل مجلس الدولة الى العمل بشكل كامل بمبدأ التوقع المشروع.

اما المحكمة الدستورية المصرية العليا اشارت في العديد من قراراتها على مبدأ الامن القانوني ، مؤكدة ان السلطة التشريعية تلزم دستورياً بمراعاة فكرة التوقع المشروع من جانب الافراد. وقد ظهرت فكرة الامن القانوني في قضاء المحكمة الدستورية العليا بأعتبارها اساساً استندت اليه المحكمة في تقييد الاثر الرجعي لبعض التشريعات في المجال الجنائي فقد قررت المحكمة ان تطبق بعض النصوص بأثر رجعي من شأنه المساس بالمراكز القانونية بشكل يتجاوز المبادئ الدستورية. (عبدالظاهر، ٢٠١٦،ص٢)؟

المطلب الثالث

احترام الحقوق المكتسبةكصورة لمبدأ الأمن القانوني

يعني الحق المكتسب الحفاظ على المركز القانوني الذي نجم عن تصرف قانوني معين ، وهو ما يعني انه يهدف إلى حماية المراكز القانونية التي تولدت في الماضي ويؤدي كفكرة دوراً مهماً في حماية ووقاية التصرفات القانونية كالقرارات الإدارية لاسيما الفردية.سنقسم هذا المطلب الى فرعين:

الفرع الاول

معنى احترام الحقوق المكتسبة

ويعرفه الفقيه (DEMELOMBE) بأنه الحق الثابت لصاحبه والذي لا يستطيع الغير أن يسلبه منه، أو هو المركز القانوني الذي بموجبه تتحصن المنفعة التي حصل عليه الشخص جراء قانون أو قرار إداري من الألغاء والتعديل .

ولقد عرف بعض الفقه الفرنسي الحق المكتسب بأنه المحافظة على القرار الإداري الذي كان سبباً لنشوء هذا الحق أو المركز القانوني (Yannako Poulos.1997 , P11)، ومال بعض الفقه إلى القول بان الحق المكتسب هو المانع من سحب وإلغاء القرار الإداري لكونه يتعلق بالحفاظ على المركز الذي أوجده القرار الإداري والأثر الذي أحدثه القرار الإداري وبالخصوص القرار الإداري الفردي المشروع وهو ولا شك يمثل مانعاً وسداً منيعاً بوجه السلطة التنفيذية بان لا تمس بالقرار المولد للحقوق المكتسبة Batrick Auvert : ,1985,. P54.

فقد عرفه د. مازن ليلو راضي بأنه الحق الذي يدخل في ذمة الشخص أو يوضع بين يديه وبالتالي لا ينمكن أنتزاعه منه إلا بقانون.(راضي ، ، ٢٠٢٠، ص١١)

وبمقتضى مبدأ احترام الحقوق المكتسبة ان الإدارة لا تستطيع ان تعيد النظر في قراراتها الصحيحة ، وعلل القضاء الإداري الفرنسي الأحكام الجديدة بضرورة احترام الحقوق المكتسبة والمراكز القانونية

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

التي أنشأها القرار الإداري الصحيح وعاد بفائدة على شخص معين ، أي إنها كفكرة ترتبط بالتقديس وعدم المساس ، فلا تملك الإدارة المساس بالتصرف القانوني الذي ينشئ أثاراً قانونية فردية سواء بإلغائه أو تعديله أو وضع نهاية لأثاره بسحبه الا عن طريق تصرف قانوني مضاد وفق الشروط التي يحددها القانون ذاته ، فالحق المكتسب لا يعني انه مطلق ودائم وإنما يمكن المساس بالدائمية عن طريق إصدار الإدارة لتصرف قانوني معين

ويمثل مبدأ حماية وأحترام الحقوق المكتسبة ضمانة وحماية أكيدة للمراكز القانونية للأفراد بحيث يكونو بمأمن على حقوقهم، فالأستقرار مسألة أساسية في العلاقات القانونية ومتطلباته في مجال النشاط الإداري تبرز بالنسبة لجميع القرارات وهي الهدف الأسمى لجميع المبادىء القانونية التي تصب في أتجاه واحد ألا وهو كفالة الأستقرار للعمل الإداري وصولاً الى تحقيق الأمان في المجتمع،بأن هناك أرتباط عضوي بين المراكز القانونية، بنوعيه النظامية والفردية، والحقوق المكتسبة ، لأن فكرة الحقوق تنشأ عن المراكز القانونية، كون المراكز القانونية هي مجموعة من الحقوق والإلتزامات سواء كانت فردية أو تنظيمية ، لأن الحق المكتسب قد تنشأ من القرارات التنظيمية أو القرارات الفردية. (المفرجي، ، الحق المكتسب في القانون الإداري، بحث منشور في مجلة الحقوق ، المجلد٤، العدد١٦، ١٧، كلية الحقوق، جامعة المستنصرية، بغداد، ٢٠١٢.)

ولكن المراكز النظامية يجوز تعديل مضمونها، لأن هذه المراكز تستمد وجودها من القوانين والأنظمة التي تحدد فحواها ، لهذا تؤدي القوانين والأنظمة الى تعديل مضمون هذه المراكز وسريان هذا التعديل على جميع الأشخاص الذين يشغلون هذه المراكز دون أمكانية الأحتجاج بفكرة الحقوق المكتسبة ، بينما لا تتأثر المراكز الشخصية بتعديل القوانين والأنظمة والغائها، لأن مضمون هذه المراكز محددة بصورة فردية وليس بإجراءات قانونية عامة كالقوانين والأنظمة ، لهذا يقال بأن المراكز الشخصية غير قابلة للمساس بها (عمر و أمين ، الموازنة بين أثر الحكم بعدم الدستورية والحقوق المكتسبة، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والأقتصادية ٢٠٢٠).

فالأستقرار القانوني هو القيد العام الذي يحد من حرية الإدارة في الرجوع في القرار. (الكبيسي، ٢٠٠٠، ص٩٠)

الفرع الثاني

موقف القضاء الاداري من الحقوق المكتسبة

ان مبدأ احترام الحقوق المكتسبة نظرية أرسى معالمها مجلس الدولة الفرنسي حيث ورد في حكم شهير من أحكامه بخصوص السيدة (Cachet) والذي جاء فيه"ان السيدة كاشيه مالكة لقطعة ارض مؤجرة للدولة وقد صدر قانون مقرر للتعويض لمن استأجرت الدولة أراضيهم لاستثمارها في عام ١٩١٨ ، وحيث ان السيدة كاشيه لا يشملها القانون لان أراضيها ليست استثمارية بل زراعية فقدمت إلى مدير التسجيل في (Rhone) طلب تعويض ، فقرر لها مبلغ(١٢١,٥٠)فرنكاً وحيث إنها تظلمت من هذا القرار إلى وزير المالية الذي قرر ليس فقط عدم الاستجابة للتظلم ، انما عدم أحقية هذه السيدة بالتعويض أساساً وحيث ان الإلغاء غير جائز للحقوق المكتسبة بسبب مضي مدد الطعن القضائي لذا تكون السيدة كاشيه قد اكتسبت حقاً نهائياً بالتعويض لا يملك الوزير إلغاء القرار ". حكم مجلس الدولة الفرنسي في (١٩٢٢/١١/٣)

وورد في حكم أخر لمجلس الدولة الفرنسي "بالنسبة إلى القرارات المنشئة للحقوق لا يقبل سحبها اذا كانت القرارات قانونية ما لم تكن هنالك أحكام تشريعية (أي نص ورد في قانون) ، وان عدم مشروعيتها فقط هي التي تبرر سحبها ، وان القرار المنشئ للحقوق ان كان مشوباً بعدم المشروعية فان للوزراء ان يقوموا بسحبه ولهم القيام بهذه المراجعة مادامت مهل المراجعة القضائية مفتوحة ...، ولكن ان انتهت هذه المدد فلا يمكن الإضرار بالحقوق المكتسبة بشكل نهائي لصالح الأفراد ، حيث لا يمكن الإدارة ان تسحب

القرار غير المشروع المنشئ للحقوق الا خلال مهلة الطعن .." (حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية (Ternon في ٢٠٠١/١٠/٢٦)

وورد في حكم أخر قول المجلس "ان منشئ القرار لا يستطيع الإفادة من هذه الأحكام لكي يسحب من تلقاء نفسه قراراً فردياً منشأً لحقوق بعد مضي مهلة شهرين بعد التبليغ حتى ولو كان هذا القرار غير قانوني"

(حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية (Dlaubier في ١٩٩٧/١١/٢٤).

اكد مجلس الدولة الفرنسي على ضرورة احترام مبدأ الحقوق المكتسبة و انه يجب ان يقترن مع مبدأ عدم رجعية القرارات الادارية.

كما يرتبط احترام الحقوق المكتسبة بمبدأ عدم رجعية القرارات الادارية و مبدأ الامن القانوني و قد حرص مجلس الدولة الفرنسي على تأكيد ذلك بخصوص رجعية قرار سحب القرار الاداري ، حيث قرر في حكمه الصادر في ٢٠٠٩/٥/١١ بأن السوابق القضائية الخاصة بالسحب تقوم على اساس الحقوق المكتسبة، والتركيز على مبدأ الأمن القانوني،وتقييد سريان المبدأ الدستوري الخاص بالشرعية من حيث الزمان.

أما القضاء المصري فقد أكتفى بالحديث عن الحقوق المكتسبة دون أن يتعرض وعلى وجه الدقة لتعريف الحقوق المكتسبة أذ أكتفى بعرض بعض الأمثلة العملية لها دون الخوض في تعريفها، من ذلك ما قضت به محكمة القضاء الأداري أنه قد جرى قضاء المحكمة الإدارية العليا على أن الأصل طبقاً للقانون الطبيعي هو أحترام الحقوق المكتسبة وفقاً لما تقضي به العدالة ويستلزمه الصالح العام، إذ ليس من العدل في شيء أن تهدر الحقوق كما لا يتفق والصالح العام أن يفقد الناس الثقة والإطمأنان على أستقرار حقوقهم لذلك جاء الدستور مؤكداً هذا الأصل الطبيعي فحظر المساس بالحقوق المكتسبة أو المراكز القانونية التي تمت إلا بقانون (د.مصطفى عبد الغني أبو زيد، ،بلا سنة الطبع، ص١٢-١٣)

أما بالنسبة للموقف القضاء العراقي فمثله مثل القضاء الإداري المصري لم يقدم تعريفاً محدداً للحقوق المكتسبة وإنما أشار اليه كمبدأ واجب الأحترام وعدم المساس به.

حيث قضت محكمة قضاء الموظفين في مجلس الدولة العراقي في أحد من أحكامه الحديثة وجاءت فيها " ... حيث إن الأمر محل الطعن يخل بمبدأ إستقرار المراكز القانونية وبتعرض للحقوق المكتسبة التي مضت عليها مدة طويلة، لذا قرر الحكم بإلغاء الأمر محل الطعن.... (اشار اليه فرج، ٢٠١٩، ص١٨)

و أشار احد قرارات الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة (مجلس الدولة العراقي) بوصفها محكمة تمييز لقرارات مجلس الانضباط العام سابقاً (محكمة قضاء الموظفين) ((..، وحيث ان مجلس الانضباط اصدر قراره بالدعوى المرقمة (...)القاضي بإلغاء الأمر الإداري رقم (...) والأمر (...) وإعادة المميز عليها (المدعية) إلى وظيفتها (مدير) ...ولكون التسكين قد حصل في ظل أوضاع قانونية صحيحة قبل نفاذ قانون الرواتب لموظفي الدولة والقطاع العام رقم (٢٢)لسنة ٢٠٠٨ وحيث ان القانون المذكور لا يمس الأوضاع القانونية التي وجدت قبل نفاذه ولا يتضمن أي نص يشير إلى تطبيقه بأثر رجعي ...لذا يكون الحكم المميز صحيحاً وموافقاً للقانون .)

(قرار الهيأة العامة لمجلس شورى الدولة العراقي رقم (٣٢/انضباط/تمييز/٢٠١١في ٢٠١١/٢/٣)

ومنه نستشف بوضوح تبني القضاء الإداري العراقي لمبدأ احترام وحماية الحقوق المكتسبة ونشد على المسلك القضائي أعلاه لصوابه وصيانته لاستقرار الأوضاع القانونية وتحقيقه للعدالة.

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

الخاتمة :

من خلال الاستعراض السابق لموضوع بحثنا توصلنا الى النتائج والتوصيات الآتية:

اولاً.الإستنتاجات

١.يعد مبدأ الأمن القانوني احد اهم الاسس التي يقوم عليها بناء الدولة القانونية، فالأمن القانوني متعدد الاشكال وتشترك في مجموعها حول مجموعة الحقوق و المبادئ الواجب احترامها تأميناً لقاعدة قانونية سليمة من العيوب.

٢. ويعد مبدأ عدم الرجعية مبدأً مستقراً في فقه وقضاء القانون الإداري وأمر مسلم به حيث اطردت أحكام مجلس الدولة الفرنسي على ان للقرارات الإدارية اثر فوري ومباشر سواء كان القرار فردياً أم تنظيمياً من تأريخ صدورها ولا تسري بأثر رجعي على ما استقر من مراكز قانونية اكتملت قبل نفاذ القرار.

٣.يكتمل الامن القانوني من خلال حماية التوقعات المشروعة و المستقبلية للأفراد ،فله الحق في توقيع استقرار مركز وفقاً للقواعد القانونية القائمة ،وذلك بألا تفاجئه السلطة العامة بأصدارقوانين او قرارات من شأنها المساس بمركزه على نحو لم يتوقعه.

٤. الحق المكتسب ذلك المركز القانوني الذاتي الناشئ عن قرار أداري نهائي ومؤثر صحيح أو معيب لكنه اكتسب حصانة ضد الإلغاء بسبب فوات ميعاد رفع دعوى الإلغاء فأصبح الحق المكتسب نهائياً غير قابلاً للإلغاء ولا يمكن المساس به الا استثناءً ضمن شروط قانونية محددة.

ثانياً :التوصيات:

١.نهيب بالقاضي الإداري ان ينجح في الترجيح بين المصالح التي تتنازع معنى الأمن القانوني الى المصلحة الأجدر بالرعاية .

٢.من الضروري النظر الى فكرة التوقعات المشروعة بأعتباره يتجاوز الحقوق القانونية المحددة تقليدياً لأنه يعتبر اداة اضافية مستحدثة لكفالة العدلة و اضافة جديدة لقواعد العدالة الطبيعية.

٣. من الضروري أن يكون هناك نص صريح في القرارات الإدارية يقضي بعدم رجعية القرارت إلا في الأحوال المنصوص عليها في القانون أو في الظروف الطارئة، لأن الرجعية يمس بالحقوق المكتسبة للأفراد.

المصادر :

اولا:الكتب

١.د.احمد محمد فارس النوايسه : مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية ، دار حامد ، عمان ، ٢٠١٢ .
٢.دحمدي ياسين عكاشة ، موسوعة القرار الإداري ، ج٢ ، دار الفجر للطباعة، ٢٠١٠ ،
٣.درفعت عيد سيد ، مبدأ الأمن القانوني ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠١١
٤.دسليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الادارية دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، ١٩٨٤,
٥.د.علاء عبد المتعال : مدى جواز الرجعية وحدودها في القرارات الإدارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٤
٦.مارسلون بروبسبير جي بريان ، ترجمة د.احمد يسري ،منشأة المعارف ، مجموعة أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي ، الإسكندرية ، ١٩٩١ ،ص٢٠٩.
٧.د.مازن ليلو راضي : النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠١٢ ،
٨.د.مازن ليلو راضي ، حماية الأمن القانوني في النظم القانونية المعاصرة، ط١، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠٢٠.
٩.د.محمود محمد حافظ - القرار الإداري - الجزء الأول - القاهرة - دون سنة طبع

١٠د.مصطفى عبد الغني أبو زيد، الحقوق المكتسبة للموظف العام بين النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع،بلا سنة الطبع، ص١٢-١٣.

ثانياً :الرسائل الجامعية

١.دلشاد فتاح فرج، نظرية الحقوق المكتسبة وتطبيقاتها في القضاء الإداري، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون بجامعة السليمانية، ٢٠١٩،
٢.رحيم سليمان الكبيسي، حرية الإدارة في سحب قراراتها، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق بجامعة القاهرة، ٢٠٠٠
٤.معمر مهدي صالح : مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية ، رسالة ماجستير ،جامعة بغداد ، كلية القانون ، ٢٠٠١ .

ثالثاً:البحوث

١.دحسين احمد مقداد، مبدأ الامن القانوني كأساس لعمل القاضي الدستوري، مجلة حقوق، جامعة حلوان للدراسات القانونية والاقتصادية،العدد ٢٩ ،يوليو ٢٠١٩
٢.د.زياد خالد المفرجي، ، الحق المكتسب في القانون الإداري، بحث منشور في مجلة الحقوق ، المجلد٤، العدد١٦، ١٧، كلية الحقوق، جامعة المستنصرية، بغداد، ٢٠١٢.
٣.د.شورش حسن عمر و د. لطيف مصطفى أمين ، الموازنة بين أثر الحكم بعدم الدستورية والحقوق المكتسبة، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والأقتصادية، تصدر عن معهد الحقوق والعلوم السياسية بالمركز الجامعي بافلو ، العدد ١، المجلد ٣ ، مليس ,٢٠٢٠
٤.د.محمد جمال عطية، اهداف القانون بين النظرية والتطبيق، مجلة حقوق ، جامعة الزقازيق، العدد ٧ ،١٩٩٥.

رابعاً: القرارات و احكام القضاء الاداري

مجموعة قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة لعام ٢٠١١، وزارة العدل العراقية ، بغداد ،
مجموعة أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي ، الإسكندرية ، ١٩٩١
خامسا: الكتب باللغة الفرنسية
1.Batrick Auvert : la nation de droit acquis en droit administratif francais , cette , revue ,P.D. 85 منشور على موقع www.google.books.com.
.2/Yannako Poulos : la nation de droit acquis en droit administratif francais ,L.G.D.J.1997

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

النصوص الغريبة عن قوانين الموازنة العامة وحيلولتها دون تحقيق الامن القانوني

م٠د٠علي عبد العباس نعيم
كلية القانون /جامعة البصرة
Financecontrolali@yahoo.com

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

ملخص:
من الامور المألوفة في مضمون الموازنات العامة بيان النفقات والايرادات المرتقبة للدولة وذلك للسنة القادمة ،فتشمل تقديرات و ارقام الايردات المتوقع الحصول عليها و المبالغ المتوقع انفاقها ضمن تبويبات متنوعة كالتقسيم الاداري او الوظيفي و ايراد بعض القواعد العامة لتسهيل تطبيق وتنفيذ الموازنة العامة.
الا انه من غير المألوف ان ترد في صلب الموازنة العامة نصوصاً لقوانين وتعديلات لقوانين اخرى ٠أي ان تتحول الموازنة العامة الى وسيلة او أداة لإيراد تعديلات على تشريعات قائمة بالفعل هنا يتبادر الى الذهن عدة تسأؤلات حول هذه طبيعة التعديلات او الملحقات ؟ ولماذا يتم اللجوء الى هذه الطريقة ؟ فالمعتاد ان تصدر قوانين خاصة بتعديل أي قانون ، فلماذا الركون الى هذه الوسيلة وتكرار اللجوء اليها بحيث تؤدي في النهاية الى التخبط في التطبيق ،هذه الطريقة في تضمين الموازنة العامة يندر اللجوء اليها بشكل عام ، فهل يوجد نص دستوري يبيح هذا الاسلوب او يحدد اجراءه ؟ او يحدد خطوات اتباعه؟ ام تم اتخاذه طريقة جديدة في تشريع القوانين و تعديلها ، كأسلوب مستحدث ؟ والسؤال الذي يطرح نفسه بقوة اين يمكن للباحث و المطبق للقانون و المستفيد منه العثور على تلك النصوص !، فأذا اراد ذلك فعليه ان يبحث في الموازنات العامة المتعددة وهكذا لكل سنة وبالتالي يظهر ما يثير الصعوبات و الاستفهامات العديدة اثناء التطبيق العملي ٠
لذا نحاول في بحثنا المتواضع هذا ان نبين تكييف طبيعة هذه النصوص الغريبة عن جسد تشريع الموازنة العامة و نستعرض لبعض من نماذج هذه النصوص في الموازنات العامة في العراق وبيان ما يعتري اتباع هذا الاسلوب من سلبيات ٠
وماتأثير هذا الأسلوب الصياغي على حقوق المخاطبين بالقاعدة القانونية ومامدى اتساقه مع التوجهات العالمية في تحسين الصياغة التشريعية وماموقف الاجتهاد الدستوري والإداري منه ٠

Abstract:
One of the usual matters in the content of public budgets is a statement of the state’s expected expenditures and revenues for the coming year0 It includes estimates and figures of revenues expected to be obtained and the amounts expected to be spent within various tabs such as administrative or functional division، and mentioning some general rules to facilitate the application and implementation of the general budget0 However، it is not uncommon for the general budget to include texts of laws and amendments to other laws0 That is for the general budget to turn into a means or tool for introducing amendments to already existing legislation0 Here، several questions come to mind about this

nature of amendments or supplements? Why is this method used? It is usual to issue special laws to amend any law، so why rely on this method and repeat it so that it eventually leads to confusion in the application، this method of including the general budget is rarely resorted to in general، is there a constitutional text that permits this method or determines its procedure? Or specify the steps to follow? Or was it taken as a new method in legislating and amending laws، as a new method? The question that poses itself strongly is where can the researcher and the implementer of the law and the beneficiary of it find these texts! If he wants to do so، he must search in the various public budgets and so on for each year and thus appear what raises the many difficulties and questions during the practical application0Therefore، we try in our modest research to show the adaptation of the nature of these texts that are alien to the body of the general budget legislation، and we review some of the examples of these texts in the public budgets in Iraq and show the negative aspects of following this method.
What is the impact of this drafting method on the rights of those addressed by the legal base and its consistency with global trends in improving legislative drafting، and what is the position of constitutional and administrative jurisprudence on it?

المُقدمة :

تُعد الرقَابة البرلمانية حجراً أساسياً في بناء البرلمانات الديمقراطية؛ إذ تُشكل مؤشراً على الحكم الجيد٠ وهي تهدف إلى مُساءلة السلطة التنفيذية حول أعمالها، وإلى ضمان تنفيذ السياسات بطريقة فعّالة ؛فالرقابة البرلمانية الدقيقة للسلطة التنفيذية مؤشر على سلامة الحُكم وفعالية السلطة التشريعية٠ وإلى جانب وظيفته التشريعية، يتمكّن البرلمان من تحقيق توازن القوى وتعزيز دورهُ كمدافع عن المصلحة العامة٠ ففي الأنظمة الديمقراطية القديمة والحديثة يتمتع البرلمان بالسلطة التي تخوّله الإشراف على الحكومة من خلال عدد من الأدوات والآليات غالباً ما يتم تحديدها من خلال نصوص الدستور ونصوص ادنى منه كالأنظمة الداخلية للبرلمان٠ وتقوم الطريقة التي يمكن للبرلمان من خلالها استخدام صلاحياته الرقابية على وجود إطار قانوني يعزز موقفه كمؤسسة رقابية ويضمن له سلطته واستقلاليته في إطار النظام السياسي٠ بل ذهب أكثر الباحثين إلى عد أن الوظيفة الأولى للمؤسسات البرلمانية هي مراقبة العمل الحكومي، حيث يرجع الأصل التاريخي لنشأة البرلمان إلى هذا السبب

رغم ماتقدم ؛فالواقع يشهد بمحاولة تعزيز دور البرلمان في المجال الرقابي مع خفوت دورهُ التشريعي في الأنظمة السياسية المختلفة في مجال التشريعات المالية ،خاصة تلك الانظمة التي تأخذ بمفهوم ***"العقلنة البرلمانية"*** والحوكمة الرشيدة٠

هذا وتقف في طليعة تلك التشريعات المالية هو قانون الموازنة العامة Loi de Budget إذ لايوجد ادنى شك في اهمية إستخدام هذهِ الاداة التشريعية الفاعلة في تخطيط الايرادات العامة وتنظيمها بما يواجه وظائف الدولة المعاصرة التي باتت الدولة امامها شُبه عاجِزة عن تلبية مُختلف المتطلبات الراهنة في مواجهة ظروف الندرة التي ازدادت مؤشراتها زيادات مُخيفة ،اضفْ الى ذلك بات عامل الزمن مسألة جوهرية فلم تعد عجلة الزمن المُتسارعة تفسح متسعاً امام السلطات التشريعية والتنفيذية لكي تقوم بدورها كما ينبغي ٠

مما حدا بالعرف والممارسة البرلمانية ان تحاول سد تلك الفجوة بين ضيق الوقت واتساع العمل ، فطفا الى السطح –بفعل الممارسة البرلمانية- مايسمى "بملحقات الموازنة العامة" Adjunction de budget التي تطورت تسمياتها وتوصيفاتها في الوقت الراهن الى هُجِرَ التسمية التقليدية لتحل محلها تسمية

"فُرسان الموازنة" ***"Les cavaliers budgétaires"*** في الدول ذات التأثر بالنموذج النابليوني (الفرنسي)[١]

وهذا العُرف لم يقتصر على البرلمانات ذات النموذج النابليوني فحسب فقد اتسعت رُحى تلك الملحقات لتشكل إرتفاعاً مشهوداً في الاستعمال في الدول ذات النموذج الوستمنستري(الانجلوسكسوني)[٢] وقد أُستخدِمتْ تلك الفُرسان الموازنيّة تارة لاسباب جديّة وتارة اخرى لاسباب اخرى خرجت عن دواعي ابتكارها في العمل البرلماني حتى وصمت بانها تشكلُ سلوكاً برلمانياً يخلو من "الكياسة" ودائماً ماوصِف **"بالسلوك الانتهازي"** مما تسببت في خلق فوضى عارمة من القواعد القانونية اصطلح على تسميتها حديثاً ***"بالفوضى التشريعية"*** .

هذا وعلى الرغم من كل ماتقدم ظل موضوع الموازنة العامة للدولة ومايرتبط بهِ من مناقشة وإقرار و إجازة تشريعية، يُشكّل ***"حلقة مغمورة بالنسيان"*** لأكثر من حقل من حقول المعرفة ذوات الصلة، كالاقتصاد، وعلم السياسة، والإدارة العامة، والقانون .وعليه فقد انطلقت هذه الدراسة للبحث في الأبعاد المتعددة لفرسان(ملحقات) الموازنة العامة وتطورها. لفهم الاصل والفروع لتلك الفرسان في نطاق وظائف المؤسسة التشريعية والعلاقة مع الحكومة. وفي ضوء المستجدات المعاصرة لتشعب وتعقد العمل الحكومي وماتستلزمه التزامات الحكومة من استجابة تجاه شعوبها أولاً وتجاه الاسرة الدولية ثانياً ، كما ستحاول الدراسة الوقوف على آخر تطورات الدول حيال ادراج تلك الملحقات ضمن بنود قوانين موازناتها وموقف دساتيرها منها واجتهادات القضاء الدستوري فيها.

منهجية الدراسة

اما عن منهجية الدراسة فسنعمد لدراسة "ملحقات الموازنة" دراسة تأصيلية؛ اي بالرجوع لاصل هذا التطبيق التشريعي وتحديد طبيعته ، كما سنستعين بالمنهج التاريخي ؛اذ سنتتبع تأريخ تلك اممارسة في التاريخ المالي للنظم القانونية المتاحة وابرزها النظام القانوني الفرنسي ومن قلدهُ من الدول ، وكذلك النظام القانوني الانجلوسكسوني ، كما لن يغيب عن بالنا الاستعانة بالمنهج التحليلي لمعرفة اسباب وذرائع الالتجاء لملحقات الموازنة قديماً وحديثاً ومن هي السلطات الفاعلة في امتطاء صهوة تلك الفرسان وماهي الحُجج التي سببت سخط الفقهاء وتذمر السلطات العامة منها وشجب القضاء الدستوري لها عند فحصها امامه ومضاهاتها دستورياً ، وزيادة على ماتقدم فان المنهج المقارن سيكون لولب دراستنا ومحركها على طول بحثنا فسنحاول اجراء تقريب ومقارنة بين النظم القانونية التي اخذت بملحقات الموازنة وهجرتها والتي اخذت بها ومازالت وفيّة لها

المبحث الاول

مفهوم الأمن القانوني

ان مصطلح الامن القانوني هو مصطلح حديث الاستخدام والتناول سواءً على صعيد الاوساط الفقهية او القضائية او حتى ضمن المطالبات الشعبية ؛ اذ انه يفيد اكثر من معنى ويعتمد على اكثر من مبدأ لغرض الوصول لهدف الامن القانوني في ان يكون القانون واضح المغزى وقابل للادراك التي بدورها تُلبي حاجة الاشخاص والعلاقات القانونية، للثقة المشروعة واستقرار المراكز القانونية واحترام الحقوق

[١] كلبنان وبلجيكا ودول المغرب العربي(المغرب ،تونس، الجزائر) وساحل العاج وموريتانيا ..الخ

[٢] كالولايات المتحدة واستراليا والمملكة المتحدة ونيوزلندا والفلبين وإيرلندا .... الخ

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

المكتسبة وتعزيز مفهوم دولة القانون[١] ، لقد اضحت العلاقات الاجتماعية معقدة ومتشابكة والتسارع المستمر للمعارف والتقانات كل ذلك يحدث الآن بسرعة دون ان يستطيع القانون مُجاراة كل تلك التحديات الراهنة ، ويعمل المُشرع على ملاحقة تلك العلاقات بالتنظيم فيعمل على تعديل القواعد القانونية التي انشأت لتكون خالقة لنظام يحافظ ويدعم الاستقرار للعلاقات الاجتماعية بين الاشخاص ، وبالتالي سنصل لنتيجة خلاف الغاية المرجوة من القانون الاّ وهي عدم إستقرار القواعد القانونية التي يصطلح عليها "***بعدم السلامة القانونية***" [٢] عليه ولغرض الاحاطة بما تقدم تفصيلاً وتأصيلاً نجد انفسنا ملزمين بتوزيع الكلام حول مبدأ الامن القانوني على مطلبين ، نتناول في الاول منهما تعريفهُ ، بينما سيكون المطلب الثاني منهُ مخصصاً للكلام حول عناصرهُ ، والى ذلك نحيل القارئ :-

المطلب الاول

تعريف الامن القانوني

تعني فكرة الأمن القانونى ضرورة التزام السلطات العامة بتحقيق قدر من الثبات النسبى للعلاقات القانونية ،وحد أدنى من الاستقرار للمراكز القانونية المختلفة؛ بهدف إشاعة الأمن والطمأنينة بين أطراف العلاقات القانونية ،من أشخاص قانونية عامة وخاصة بحيث تتمكن هذه الأشخاص من التصرف باطمئنان على هدي من القواعد والأنظمة القانونية القائمة وقت قيامها بأعمالها وترتيب أوضاعها على ضوء منها دون التعرض لمفاجآت صادرة عن السلطات العامة يكون من شأنها زعزعة هذه الطمأنينة أو العصف بهذا الاستقرار[٣] .

الفرع الاول

التعريف اللغوي لمفردة الأمن التشريعي

الأمن عموماً يعني الاطمئنان والهدوء والسكينة والسلام على النفس والمال والأعراض، وهو نوع من الطمأنينة والتحرّر من الخوف ومن الأخطار التي قد تصيب الإنسان في حياتهِ، وممتلكاتهِ ومصالحِهِ من السرقة والتخريب والإبتزاز والمصادرة[٤] .

---

[١] **محمد محمد عبد اللطيف** ، القانون العام الاقتصادي، ط١، لجنة التأليف والتعريب والنشر، مطبوعات جامعة الكويت، ٢٠١٢، ص ٢٤٩

[٢] **جان بيار كامبي**، السلامة القانونية: مقتضى قضائي ، بحث منشور، مجلة القانون العام وعلم السياسة ، العدد ٥،ترجمة محمد عرب صاصيلا مراجعة وسيم منصوري ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ٢٠٠٦، ص ١١٩٢

[٣] **يسري محمد العصّار**، الحماية الدستورية للأمن القانونى فى قضاء المحكمة الدستورية ، بحث منشور، مجلة الدستورية، العدد ٣، س ١، المحكمة الدستورية العليا،مصر،يوليو ٢٠٠٣، ص ٢

[٤] رفعت عيد سيد،مبدأ الامن القانوني، دار النهضة العربية،القاهرة، ٢٠١١، ص ١٢-١٣

الفرع الثاني

التعريف الإصطلاحي للأمن القانوني

من الصعب إعطاء تعريف لمبدأ الأمن القانوني لكونه من جهة غالباً ما يُقدّم كإطار عام لمجموعة كبيرة من المبادئ والحقوق المرتبطة به، أو كغاية محورية لكل نظام قانوني، ومطلباً أساسياً للدولة القانونية، ومن جهة أخرى يرجع ذلك لكونه متعدّد المظاهر ومتنوّع الدلالات ، لذا لا يمكن سوى التحقّق من وجودهِ في ظروف معيّنة وليس تعريفه بصفة مجرّدة٠ إذ يُعبّر عنه بتعبيرات تتمحور حول مبادئ محدّدة كواجب القاضي في الفصل طبقاً للقوانين المطبقة يوم تقديم الدعوى، وعدم رجعية القواعد القانونية، وإحترام مدد الطعن، وعدم رجعية النصوص، وإحترام حُجية الشيء المقضي بهِ،وحماية مبدأ الثقة المشروعة[١] وبالعودة إلى النصوص القانونية المعمول بها دولياً، لا نجد أي تعريف لما يسمى بالأمن القانوني، إلا أن مجلس الدولة الفرنسي، أعطى مدلولاً يمكن الركون إليه، استناداً على عدد من المبادئ القانونية، التي لا بد من الالتزام بها سواء من المحاكم، أو من المشرع، في أي بلد ، قائم على حكم القانون٠ التي تنضوي على فكرة الأمن القانوني، أو الاستقرار القانوني، ويأتي في مقدمتها

أولاً: العلم بالقاعدة القانونية وإتاحة إمكانية الوصول إليها: وما يترتب على الدولة، بضرورة نشر النصوص السارية المفعول، سواء منها التشريعية أو التنظيمية(القرارات الإدارية)، وكذلك مع ما يعنيه ذلك من استخدام لغة واضحة تسمح للمواطن بإدراك حقوقه وواجباته وأحكامه، مما يعني صياغة القاعدة القانونية بطريقة واضحة، وأسلوب لا يحتمل التأويل[٢]٠

ثانياً: تحقيق الاستقرار النسبي: ولذا يشترط في التشريعات الناظمة لشتى ميادين النشاط الإنساني، نوعاً من الثبات والاستقرار وليس التعديل الدائم مما يؤثر على استقرار الأوضاع، وهو ما يوجب على المشرع أن يضع القوانين بعد الدراسة المستفيضة٠

ثالثاً: فكرة التوقع المشروع أو الثقة المشروعة: بمعنى احترام التوقعات المشروعة للأفراد، والمبنية على القواعد والأنظمة القانونية السارية المفعول، بما يجعلهم يطمئنون إلى نتيجة أعمالهم وتصرفاتهم، مع ما يرتبط بهذا الأمر من استقرار في العلاقات٠

حيث تعد فكرة التوقعات المشروعة للأفراد واحترامها ذات قيمة دستورية استناداً إلى المادة الثانية من إعلان حقوق الإنسان والمواطن سنة ١٧٨٩م٠ بل أن مؤسسات الاتحاد الأوروبي ألزمت الحكومات بتطبيق هذه القاعدة في كافة التشريعات واللوائح التي تصدرها، باعتبارها من المبادئ القانونية الأساسية الملزمة على مستوى القارة الأوروبية ضماناً لحقوق الأفراد٠

رابعاً: اليقين القانوني: فهو يعتبر أساسياً، لاسيما في مجال الحريات والعقوبات الجزائية، ويرتبط بهذه الإمكانية، مبدأ الابتعاد عن التشريعات الاستثنائية، إلاّ في حالة الطوارئ المحددة قانوناً، وكذلك مبدأ عدم رجعية، بما يضمن عدم تجريم أفعال سابقة لصدور قانون معين٠

خامساً: تحقيق دولة القانون: بمعنى أن الأمن القانوني أو الاستقرار القانوني بالمعنى المتقدم ليس فكرة نظرية وإنما هو ممارسة يومية تقتض الوضوح في المراكز القانونية للأفراد في معاملاتهم اليومية وضمان حصولهم فيما بين الأفراد يمثل الكثرة الغالبة للعلاقات القانونية، فإن علاقات الأفراد بالسلطة تحتل أهمية بالغة في توفير معنى الأمن أو الاستقرار واحترام القوانين٠ فالسلطة ليست طرفاً عادياً في العلاقات القانونية، بل إنها الطرف الأقوى والذي يفرض النموذج والمثال٠ فإذا كانت الدولة وأجهزتها تخل باحترام القوانين، وتميز في المعاملات بين الأفراد، وتخرج عن الأحكام، فإنه يصعب أن يسود جو

---

[١] **محمد بن أعراب ،مفيدة جعفري**، خرق معايير الأمن القانوني في المنازعات الجبائية، بحث منشور،اعمال ملتقى الامن القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسة،جامعة قاصدي مرباح ورقلة ،٢٠١٢،ص ٢-٣

[٢] رفعت عيد سيد،مصدر سابق، ص ١١

من احترام القانون٠ فالقانون يجد سنده الأساس في قيام السلطة بفرض احترامه جبراً على الأفراد، ولا تنجح الدولة في ذلك ما لم تكن الدولة هي النموذج الأول لاحترام القانون٠ ويبدأ الإخلال بالقانون عندما تعمل أجهزة الدولة وسلطاتها إلى التحرر من التزاماتها القانونية٠ فلا وجود لقانون ما لم تسنده سلطة تنفيذية تفرض احترامه -جبراً عند الضرورة- على الأفراد٠ ولا سلطة تنفيذية ناجحة تستطيع أن تفرض احترام القانون إذا لم تتقيد هي احترام القانون٠ وكل تلك لا يمكن أن يتحقق إلاّ في ظل دولة القانون، تتحدد فيها بوضوح المراكز القانونية وتحترم الحقوق قولاً وفعلاً [١] ٠

أولاً: التعريف التشريعي

يُعد مصطلح الأمن القانوني مصطلحاً واسعاً من حيث المعاني والأبعاد، لذا لا يحظى بتعريف المشرعين لهُ، الأمر الذي جعل المسألة تقع على عاتق الفقه والقضاء في إيجاد تعريف، وإن كانت هذه التعاريف لا ترقى لأن تكون جامعة مانعة، والسبب في ذلك يرجع بالأساس لكون نظرية الأمن القانوني متعددة الأشكال متنوعة المعاني وكثيرة الأبعاد،[٢] ولكن ماتقدم لاينفي ورود اشارات صريحة وضمنية لغايات الامن القانوني في نصوص تشريعية إذ انه يعد من المبادئ الأساسية والقواعد القانونية الملزمة على مستوى الاتحاد الأوربي، حيث قررت مؤسسات الاتحاد الزام حكومات الدول الأعضاء بتطبيق هذه القاعدة في التشريعات واللوائح التي تصدرها٠ أما على المستوى الوطني، فقد ثار نقاش في الفقه والقضاء حول القيمة القانونية لفكرة التوقع المشروع أو الثقة المشروعة للأفراد٠ حيث ينادي البعض بإسباغ قيمة دستورية عليها٠ ويستند هؤلاء إلى مبدأ الأمن المنصوص عليه في المادة الثانية من إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر سنة ١٧٨٩م٠[٣]

ثانياً: التعريف القضائي

لقد كان الإستعمال الأول لمفهوم "الثقة المشروعة" المعروف اليوم، في فقه القانون العام الألماني في عشرينيات القرن الماضي، وقد جسده القضاء الإداري الألماني بحكم المحكمة الإدارية بعد الحرب العالمية الثانية بتبني دولة القانون٠ ولقد عرف النظام القانوني الألماني أول ترجمة لهذا المبدأ في قانون الإجراءات الإدارية٠ وفي الأخير اعترفت المحكمة الدستورية الفيدرالية بالقيمة الدستورية لمبدأ حماية الثقة المشروعة بقرارين إثنين في ٨ اب ١٩٧١ و ٢ شباط ١٩٧٨٠

كما انتهجه القضاء الإنجليزي باسم التّوقّعات المشروعة ، وذلك باجتهاد من القاضي **"ديبلوك"** في ظل افتقار الشريعة الانجلوساكسونية، التي ينتمي لها النظام الإنجليزي، لقواعد قانونية كافية في علاقة الإدراة بالمواطنين٠ واتخذت المحاكم الإنجليزية معيارين لإلزام الإدارة بإحترام التّوقّعات المشروعة للأفراد٠ وهذا مهد لظهور سياق جديد أعلنه القاضي"ديمج" في مجلس الإستئناف للندن، بترجمته مصطلح إحترام التّوقّعات [٤] ٠

أما بالنسبة للنظام الفرنسي، فقد ظل يرفض لمدة طويلة الإعتراف بهذا المبدأ، لإعتقاد عبر عنه الأستاذ Fraisseix، بأن الهندسة الكلاسيكية للقانون الفرنسي تقوم على تدخل القاضي الإداري في الأعمال والأفعال المنشأة لا في الآمال والتّوقّعات، أي لابد من معيارية كافية لهذه الأعمال المولدة للحقوق، لتكون

---

[١] **كريم كريمة**، تأثير استعمال التقنيات الحديثة في تحقيق الأمن القانوني،بحث منشور ،مؤتمر ملتقى الأمن القانوني ،جامعة قاصدي مرباح ورقلة كلية الحقوق و العلوم السياسية ، ،٢٠١٢ص ٩٦

[٢] **عبد الحق لخذاري**، مبدأ الأمن القانوني ودوره في حماية حقوق الإنسان ،بحث منشور، مجلة الحقيقة، العدد ٣٧ ، جامعة احمد دراية ادرار الجزائر،،٢٠١٦ ص ٢٢٢

[٣] **أحمد عبد الظاهر** ،مبدأ الأمن القانوني كقيمة دستورية ، مقال متاح على الرابط الاتي
http://kenanaonline.com/users/law/posts/103659

[٤] محمد منير حساني، إحترام الثقة المشروعة كمبدأ عام للقانون، بحث منشور، أعمال ملتقى الأمن القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسة،جامعة قاصدي مرباح ورقلة ،٢٠١٢، ص ٢-٣

لها القدرة على التأثير في النظام القانوني، ويجب أيضا، أن يكون التصرف بحكم قانون أو لائحة، أو عمل إداري فردي، لا وعوداً فقط٠ وقد ظلت هيئات القضاء الفرنسي الإداري والدستوري، ترفض الإعتراف والإستناد إلى مبدأ الثقة المشروعة في قراراتها خلال فترة التسعينيات، فاعتبر المجلس الدستوري الفرنسي في قراره بتاريخ ٣٠ ايلول ١٩٩٦ أنه "لا وجود لأي مبدإ دستوري يتضمن ما يدعى بالثقة المشروعة[١] ٠

ثالثاً: التعريف الفقهي

اما عن موقف الفقه حيال تحديد مضمون الامن القانوني فيعطي الفقه لهذا المصطلح تحديداً يبدو من خلال التزام السلطات العامة بتوفير قدر معقول من الثبات النسبي للعلاقات القانونية وتوفير سقف مقبول من الاستقرار للمراكز القانونية المشروعة بمختلف صورها بغية اشاعة الامن والطمأنينة بين تلك الاطراف ، بحيث تكون تلك العلاقات مبنية على هدي من القواعد القانونية القائمة [٢]

هذا مايعني صيرورة الأمن القانوني ضرورة في دولة القانون، إعتبارا لكون القاعدة القانونية يجب أن تقوم عليه، وبصفة عامة يمكننا القول بأن مدلول الأمن القانوني هو غاية القانون، وقيمة معيارية، وظيفته تأمين النظام القانونى من الإختلالات والعيوب التشريعية الشكلية والموضوعية للنصوص٠ كل هذا استدعى مختلف التشريعات إلى سن نصوص تتسم بالوضوح في قواعدها، وأن تكون واضحة في عباراتها وغير غامضة، وهو ما يتطلب تفادي إصدار تشريعات مضطربة بعد ملاحظة تنامي وشيوع حالة عدم الأمن القانوني، الأمر الذي دفع إلى فتح نقاش قانوني واسع بشأن المفهوم، نتج عنه اما دسترة[٣] المبدأ في بعض الدول أو الإعتراف به قضائيا في العديد من الأنظمة القضائية العالمية والوطنية[٤]

المطلب الثاني : عناصر الأمن القانوني

لا يمكن للأمن القانوني ضمان حماية حقوق الإنسان إلا من خلال توافر مجموعة من المبادئ والضمانات،ففكرة الأمن القانوني تقوم على عدة مقومات وعناصر من أهمها وضوح القواعد القانونية،وضمان الثبات النسبي لهذه القواعد ، واستقرار المراكز القانونية ، وفرض هيبة الدولة وسيادتها في مواجهة الأفراد المخالفين للقوانين ، وتسخير القضاء لاحترام القانون أو مايسمى ب : " الأمن القضائي [٥]" ٠

الفرع الأول/ حكم القانون

ينحدر هذا العنصر من مفهوم الامن القانوني من الرؤية الانكليزية لسيادة القانون تلك الرؤية التي تطوي ثلاث معانٍ لحكم القانون وسيادتهِ، المساواة امام القانون،حماية حقوق الافراد، والسمو الموضوعي المطلق للقانون علماً بان التسمية السائدة في الولايات المتحدة لسيادة القانون هو ***الوسائل القانونية***

---

[١] المصدر السابق نفسه

[٢] **محمود علي أحمد مدني**، دور القضاء الدستوري في استجلاء المفاهيم الدستورية، دار النهضة العربية، القاهرة،٢٠١٦، ص ٢٧٨

[٣] يقصد "بالدسترة" تنظيم مسألة من المسائل في نصوص الدستور ،اي تضمينها في متن الدستور

[٤] **محمد بن عمارة** ، إزالة معوقات الأمن القانوني كآلية لاحترام التّوقّعات، بحث منشور، أعمال ملتقى الأمن القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسة،جامعة قاصدي مرباح ورقلة ،٢٠١٢، ص ١

[٥]

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

السليمة ،هذا ويقصد بمبدأ سيادة القانون هو تسليم الجميع للقواعد القانونية بالاحترام والطاعة ويقابل هذا الواجب حق للجميع في مقاضاة اي قاعدة قانونية امام قضاء مستقل ٠
ولكن ماهي الجدوى من هذا العنصر بالنسبة للامن القانوني ؟
يجيب الفقه بان سيادة القانون تعبر عن خضوع الافراد للقانون وليس لحكم افراد آخرين ،كما تكمن اهميتهُ في انه يشيع الطمأنينة في الاوساط القضائية مايعني ان الحقوق محاطة بضمانات ولايمكن المساس بها الا وفقاً لقانون صادراً بطريقة سليمة ومعلناً ومعروفاً لدى الجميع وهذا المبدأ تظهر اهميته في بيئات الاستثمار التي تقصدها الشركات الاستثمارية حيث تعزف عن البلدان التي تغيب فيها معاني ودلالات سيادة القانون بينما تتسابق على البلد المستهدف بالاستثمار متى ماكان وطناً وأرضاً خصبة لسيادة القانون [١] ٠

الفرع الثاني/ اليقين القانوني

ينسحب مفهوم اليقين القانوني الى ضرورة إيصال القواعد القانونية الى علم الافراد (المكلفين بطاعتها) ويتأسس اليقين القانوني لإي قاعدة عامة مجردة على مقومين :-
الاول : السند القانوني لاعمال سلطات الدولة ، **والثاني** الجودة التشريعية
اما فكرة السند القانوني فمغزاها استناد الاعمال الصادرة عن السلطات العامة لقاعدة من قواعد القانون وكما نعلم فان القواعد القانونية لها مصادر متعددة من التشريع والعرف ومبادئ الشريعة الاسلامية ومبادئ القانون العامة ٠٠٠٠ الخ ،اما المقوم الثاني لليقين القانوني فهي "الجودة التشريعية" التي تفيد بتمكين المخاطبين من العلم بمضمون القاعدة القانونية وهذا يعكس العنصر الخارجي لليقين القانوني ، كما يقتضي ضرورة توافر متطلب الوضوح والتحديد الذي يكرس العنصر الداخلي لليقين القانوني [٢] ٠

المبحث الثاني

الخلفية التاريخية لفارس الموازنة

للقانون الموازنيّ [٣] تاريخ كبير في مختلف الانظمة الدستورية فهو مثّلَ ومازال صِراع ارادات ومصالح ،وصلاحيات ؛فالتاريخ الدستوري لكل البلدان الديمقراطية و"المتمدنة" يروي لنا احداثاً مشوّقة عن ميلاد القانون الموازني بصورتهِ التقليدية وصولاً لهيئتهِ الحديثة كما يروي لنا ذات التاريخ ، اثر الرأي العام والمطالب الشعبية في رجحان حق التشريع وانتزاعهُ من "قبضة" الملوك والأُمراء الى حوزة من يمثلون الشعب ، وكان من اثر هذا التحول المُلفت للنظر في قنوات انتاج التشريع ان تشهد اختصاصات المشرعون الحقيقيون تمدداً وتوسعاً وربما "هيمنة" في بعض الاحيان وتجلى ذلك بصورة ساطعة في مشروعات القوانين المالية بشكل عام والموازنيّة بشكل خاص حتى ان المناقشات البرلمانية لمشروع قانون الموازنة امتاز بخصائص ومميزات جعلتهُ يتبوء مرتبة الصدارة من حيث المدة الزمنية في الانجاز والاعداد وعدم السماح بانفراط عقد الدورة التشريعية اذا عُرض فيها احد مشاريعها وابتكار اساليب

---

[١] **وليد محمد الشناوي**، الامن القانوني ومبادئ سن القانون الجيد،بحث منشور،مجلة البحوث القانونية والاقتصادية،ع ٥٦ كلية الحقوق ،جامعة المنصورة، ٢٠١٤، ٢٨٨-٢٨٩

[٢] **محمد محمد عبد اللطيف**، مبدأ الامن القانوني، بحث منشور، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية،كلية الحقوق، جامعة المنصورة، ع

[٣] نعني بالقانون الموازني هو ذلك الفرع من فروع القانون المالي الذي يُعني بكل مايتصل بالموازنة العامة من اعداد وتنفيذ وتصديق ورقابة و تكميل وتصحيح ... الخ

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

متعددة للحد من التسويف في المناقشات والتمحيص المُفرط في مسوداتها،فهذا الوضع الجديد والمتفرد الذي نالتهُ فئة مشروعات القوانين الموازنية ان حاول ممثلوا الشعب ابتكار تكتيك جديد بغية تحقيق غرضين-بادئ الامر- **الاول** الامعان في انتزاع ماتبقى من صلاحيات الملك الذي يُمثل السلطة التنفيذية والثاني زحزحة المجلس الشريك في التشريع والمصنف بكونه مناهض للاصلاح، لذا فلم تدُر في خلد هؤلاء المشرعون الآ وسيلة وحيدة هي "تقنية" زج نصوص من تشريعات مثار جدل -والتي ربما لاتحظى بموافقة الاغلبية الشعب (البرلمان) وربما يعرقلها الملك بعدم المصادقة – ضمن طيات مسودة قانون الموازنة الذي يجب ان يُقرأ ويُعتمد على عُجالة ومن هذا التاريخ نشأ في مهد الديمقراطيات ذات الوسيلة ولكن بمسميات ومناسبات مختلفة تارة تسمى Les adjonctions budgétaires[١] وتارة اخرى tacks وتارة ثالثة Rider عليه وبعد هذا التقديم الوجيز نجد ان الخوض في محاور هذا المبحث لن تكون متكاملة الآ بتوزيع الكلام فيه على ثلاثة مطالب ، نتناول في الاول منها خلفيات نشوء هذا التقليد البرلماني او الاجراء التشريعي و ثم ننتقل في المطلب الذي يليه للحديث عن الصور التي ظهر بها مفهوم الملحق في الموازنة واخيراً سنختم الحديث في هذا المبحث بمطلبٍ ثالث نستكشف فيه الاسباب الكامنة وراء ابتكار هذا الاجراء التشريعي ٠

المطلب الاول

نشوء التقليد البرلماني

تعود سلطة التصديق على الموازنة إلى السلطة التشريعية، وقد ترسخت هذه القاعدة نتيجة نضال مرير لهذه السلطة كما وجدنا سابقاً، فالسلطة التشريعية هي التي تتولى حصراً في اغلب دول العالم أمر القيام بعملية إقرار الموازنة العامة للدولة، وذلك لتدعيم حقوق ممثلي الشعب في توجيه إدارة شؤون البلاد، عليه سنستعرض في هذا المطلب ومن خلال تقسيمه على ثلاثة فروع كيف امتلك البرلمان (ممثلي الامة) زمام "قوننة الموازنة" في الديمقراطيات الكبرى فالى تلك الفروع نحيل القارئ :

الفرع الاول

سيادة البرلمان في التشريعات المالية

يعود حق السلطة التشريعية في اعتماد الموازنة العامة إلى تطور طويل بدأ منذ عام ١٣١٤، فبعد أن كان يسود سابقاً مبدأ الاختلاط بين شخصية الحاكم والشخصية الاعتبارية للدولة بدأ التمييز بين هاتين الشخصيتين، وبالتالي التمييز بين مالية الحاكم ومالية الدولة، هذا التمييز هو الذي دفع إلى ضرورة وجود موازنة للدولة وضرورة إقرارها من قبل السلطة التشريعية، فمنذ التاريخ السابق ذكره بدأت تعرف الدولة مبدأ ضرورة الإذن بالنفقات وتحصيل الضرائب، إلا أن هذا المبدأ لم يحترم في ذلك الوقت٠ وقد بُدئ باحترامه منذ إعلان الملك الإنكليزي شارل الأول عام ١٦٢٨ وثيقة إعلان الحقوق التي أكد فيها عدم شرعية أي ضريبة من دون موافقة السلطة التشريعية، ثم أتى الملك وليم الثالث وأكد هذا الحق الشعبي عندما أصدر في عام ١٦٨٨ «دستور الحقوق»، الذي نفى الشرعية عن كل ضريبة لا تحدد السلطة التشريعية مسبقاً مقدارها وكيفية جبايتها وموعدها، فكان أعضاء السلطة التشريعية لا يوافقون على جباية الضريبة ولا يحددون كميتها قبل معرفة على ماذا سوف تنفقها المملكة وبالتالي أصبح البرلمان يسقط النفقات التي لا يقر الضرائب اللازمة لتمويلها٠ دعمت السلطة التشريعية في بريطانيا بعد ذلك صلاحياتها هذه عندما جعلت مفعول قراراتها الخاصة بالإذن بالاتفاق مدة معينة، وأصبح الملك مضطراً إلى عرض النفقات كل سنة على البرلمان لتجديد موافقته عليها وإقراره لها، أما الموافقة على الإيرادات

[١] هُجِرَ هذا المصطلح ليأخذ محلهُ مصطلح Les cavaliers budgétaires

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

فكان لها صفة شخصية متعلقة بشخص الملك، وهكذا نشأت فكرة الموازنة بوصفها إجازة دورية تمنحها السلطة التشريعية إلى الحكومة بالجباية والانفاق، وانتقلت منها إلى باقي دول العالم.[١]

الفرع الثاني / سيادة الامة في الشؤون المالية

في فرنسا فإن مصطلح الموازنة لم يكن فيها حتى قيام الثورة الفرنسية عام ١٧٨٩، إذ صدر بعدها الإعلان الفرنسي للحقوق، وتضمن الدستور الفرنسي لعام ١٧٩١ أول مرة العناصر الخاصة بقانون الموازنة ومعناها الدقيق. وبعد ذلك تأكد حق البرلمان في ضرورة إقرار الموازنة وارتفع إلى مستوى الحق الدستوري،[٢]

المطلب الثاني

الصور التي ظهر فيها فارس الموازنة

طالما كانت دراستنا تتبع المنهج المقارن ، فان إفراد تبويب مستقل لكل صورة من صور الملحق الموازني التي ظهرت في مختلف النظم القانونية في دول العالم يعد امراً في محله ومايبرره ،خاصة واننا سنجد تبايناً في الممارسات البرلمانية بين النظم القانونية محل المقارنة ، ولاجل عدم الاطالة في هذا التمهيد نجد تقسيم الكلام حول تلك الصور في فروعاً ثلاثة وعلى ضوء مايأتي

الفرع الاول

المُلحق الموازنيّ [٣]TACKS

عرفت المملكة المتحدة في تاريخها المالي تطبيقاً لملحقات الموازنة بشكلها الاولي وقد عرفت انذاك بمصطلح tacks وكان يعمد مجلس العموم اليها كوسيلة ضغط على غريمهِ مجلس اللوردات لكي يضطر الاخير الى الموافقة على المشروعات المالية المطروحة في جلسة البرلمان الانكليزي ، علماً بان مجلس العموم كان يعمد لتلك الوسيلة tacks في باب موزنة الايرادات فقط ولكن كما يبدو اسفرَ التطور القانوني في المملكة المتحدة على حظر إلحاق قوانين موضوعية بمشروع قانون الموازنة[٤]

وقد استعان البرلمان البريطاني ، بأكثر من وسيلة اتاحها له العرُف المتنامي باضطراد لقطع الطريق امام الـ " TACKS" (المُلحق الموازنيّ) ،فمن خلال طريقة ضبط الجلسة المعروفة إنكليزياً "الگيلوتين" Guillotineومفادها تحديد اوقات معينة للاعضاء البرلمانيين للكلام والتحدث وتحديد عدد محدود من جلسات مجلس البرلمان للمداولة والنقاش حول موضوع مشروع قانون الموازنة العامة ومن ثم إقفال باب النِقاش، أُتيح للبرلمان والسلطة التنفيذية التخلص من المداولات المطوّلة لمشروع قانون الموازنة ومن اتاحة الفرصة لزج بعض النصوص "الاجنبية" عن طبيعة نصوص مشروع قانون الموازنة [٥] .

كما تم تحديد مغزى ونطاق مدلول القانون المالي بشكل دقيق استناداً للممارسة البرلمانية ؛ اذ ان هناك القوانين المالية البحتة (الخالصة) MONEY BILLS والتي تدور موضوعاتها حول الضرائب بكل

---

[١] **محمد خير العكام** ،إقرار الموازنة، بحث منشور، الموسوعة القانونية العربية على الموقع الاتي http://arab-ency.com/law/detail/164571

[٢] **محمد خير العكام** ، مصدر سابق

[٣] عُرِفَت ملحقات الموازنة بهذا الاسم قديماً في المملكة المتحدة ،اما الآن فقد اقلعت الدورات البرلمانية عن الالتجاء اليها

[٤] **د.محمد عبد الله العربي**، ميزانية الدولة، ك ٣،مكتبة النهضة المصرية،القاهرة،د.ت، ص ٤٦

[٥] **د.محمد عبد الله العربي**، مصدر سابق، ص ٣٠ ، ص ١٨٣

مايتصل بها (فرضاً وتعديلاً وتنظيماً وإلغاءً) ، مشروعات الاعتمادات المالية (مشروعات فتحها ،و تعديلها، ونقلها،و حذفها) ٠
مشروعات قانون الدين العام ، مشروعات قوانين القروض العامة، مشروعات قوانين اصدار العملة ، مشروعات قوانين التأمينات الاجتماعية، مشروعات قوانين المنح والهبات والتبرعات ، وكل مشروع قانون ذا غرض مالي محض، هذا عن القوانين المالية ، اما المشروعات الاخرى التي كانت سابقاً يُزج بها في خانة قوانين الموازنة والتي تمتلك طبيعة مختلطة وتصبح ملحقاً موازنياً فهي التشريعات التي لايهُيمن عليها الغرض المالي فحسب بل تجمع في خصائها وبين بنودها صفات التشريع العادي ايضاً ،وبموجب هذا التحديد يتم استبعاد ادخال نصوص من تلك الطبيعة "الهجينة" –ان صح التعبير – مع مشروعات القوانين المالية لكونها في الاغلب تُعبر عن ممارسة برلمانية تفتقد للكياسة وتلاقي الشجب من اكثر الفقه المالي الانكليزي [١] ٠
كذلك واعتمد تقنية صوّغ مشروعات القوانين المالية بعناوين طويلة واضحة لايلفها غموض Long Title" بمقتضى ذلك العنوان يتم وصف الغرض الكامل لمشروع القانون٠ فيتم منع "تسلل" أي جزء من مشروع قانون مُغاير الى مشروع التشريع ذي العنوان الطويل ٠ والاهمية التي تضفيها العناوين الطويلة للتشريعات البرلمانية في المملكة المتحدة ، ان العنوان الطويل لمشروع القانون ، بموجب إجراءات البرلمان ، لا يمكن تعديله ليخرج عن نطاق عنوانه الطويل٠ ولهذا السبب ، تميل العناوين الطويلة الحديثة إلى أن تكون اكثر إحكاماً [٢] ٠

الفرع الثاني

راكب الموازنة RIDER

لم تجهل الولايات المتحدة الامريكية نظام ملحقات الموازنة وعرفتهُ تحت مسمى " RIDER" وهناك جدل كبير في تفكيك اصل تلك التسمية ؛ اذ ان كل مصطلح له تاريخ ورواية وجذور يستمد دلالاته من الفكر الامريكي المُعاصر اذ تشير بعض الدراسات الى انه يعطي دلالة ***"وجبة المخلوط الشهي"*** [٣] اذ يشبهون صلاحية الرئيس الاميركي في استخدام حقه في نقض مشروع قانون الموازنة الحكومية كالفرد المُقبِل على اكل طبق من الطعام يتكون من خلطات غذائية مختلفة فلايستطيع ان ينزع احد تلك المركبات الغذائية لكي تناسب الوجبة مذاقهُ فان شاء اما ان يأكل طبق المخلوط بتركيبتهِ او ان يتخلى عنهُ ، هكذا كانت فكرة الممارسة البرلمانية الامريكية حيال استخدام الرئيس الامريكي لحقهِ في الطعن على مشروع قانون الموازنة الحكومة الاتحادية فلم تفلح المحاولات التي بُذلت سابقاً لكي يتمكن الرئيس الامريكي من

[١] المصدر السابق نفسه، ص ١٧١-١٧٢
[٢] **د.محمد محمد بدران**، القانون الانجليزي،دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٩ ص ١٠١-١٠٦،**محمود محمد صبره**، الاتجاهات الحديثة في اعداد وصياغة مشروعات القوانين ، دار الكتب القانونية،القاهرة، ٢٠١٠، ص ١٢٦
[٣] **د.مروان محمد محروس المدرس**، مسؤولية رئيس الدولة في النظام الرئاسي والفقه الاسلامي،دار الاعلام،عّمان، ٢٠٠٢ص ٥١

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

نقض بعض نصوص مشروع قانون معين امام الكونجرس[١] وانما انحصر حقه في مجال مشروع قانون الموازنة اما ان يقبل مشروع القانون باكمله او يستخدم حقه في الطعن بالمشروع باكملهِ [٢] ٠
وجدير بالذكر أن المحكمة العليا اعتبرت في حكمها المذكور أن القانون الذي خول بموجبه الكونكرس الرئيس سلطة الاعتراض الجزئي' Line Item Veto Act 'هو قانون غير دستوري، لأنه يقلب ميزان القوى بين فروع الحكومة الثلاثة، التشريعية والتنفيذية والقضائية، كما أنه أيضاً يخالف الشرط الوارد في البند الثاني من الفقرة السابعة من المادة الأولى من الدستور(Art0 I)، § 7، (2 cl0 الذي ينص على أن كل مشروع قانون يوافق عليه مجلسا النواب والشيوخ، يجب، قبل أن يصبح قانوناً، أن يقدم إلى الرئيس للموافقة عليه أو رفضه؛ والدستور في الفقرة المذكورة صامت فيما إذا كان باستطاعة الرئيس أن يعدل أو يلغي بعض الفقرات أو النصوص التي ترد في مشروعات القوانين التي يقرها مجلسا الكونجرس٠ وقد فسرت المحكمة العليا الصمت من جانب المشرع الدستوري في هذه القضية على أنه المكافئ للمنع الصريح؛ وعللت ذلك بقولها: ﴿ إن هذا النوع من الاعتراض يعادل وظيفياً الإبطال الجزئي لتشريعات الكونجرس، وليس هناك نص في الدستور يخول الرئيس أن يُشرّع، أو يُعدل، أو يلْغي التشريعات القائمة، كما أن إعطاء الرئيس مثل هذه الصلاحية يتطلب تعديل الدستور ﴾[٣] ٠

اما التفسير الآخر لمفهوم "Rider" فهي مستقاة من فكرة التمرير لذلك ترجموا هذا المصطلح الاجرائي "***بالتمريرة***" وهي مقتبسة كما يبدو من فكرة لُعبة كُرة القدم اذ عندما يَهمُ احد المهاجمين بالتوجه بالكرة تجاه مرمى الخصم بقصد إحراز هدف فأنهُ غالباً يستعين بباقي أعضاء الفريق الذين يتسلمون منه الكرة عن طريق تمريرة خاطفة من بين مدافعي فريق الخصم لياخذها احدهم فيصوبها الشباك ، "فالرايدر " هو فقرة قانونية تُمرر خلسةً وسط نصوص قانون آخر لاتمت له بصلة مُحتّمة في مقابل سلطة تنفيذية تأبى هذا الإجراء [٤] ٠

اما التفسير الثالث لمفهوم "Rider" فهي مستقاة من **"فكرة الراكب المجاني او الحُر"** مفاد تلك التسمية هي عندما تتوزع الآثار السلبية لأحد الأفعال على نطاق واسع، بينما تؤول الآثار الإيجابية بشكل كبير إلى القائم بهذا الفعل فبالرغم من أن هذا المصطلح نشأ ضمن النظرية الاقتصادية الاّ ان مبادئ مشابهة قد جرى استخدامها في العلوم السياسية وعلم النفس الاجتماعي والقانون[٥] ايضاً [١]،فالراكب المجاني هو

---

[١] لقد حكمت المحكمة الفدرالية العليا بعدم دستورية تشريع الكونكرس الذي صدر في سنة ١٩٩٦ والذي اعطى حق النقض الجزئي لرئيس الولايات المتحدة في قضية كلينتون ضد مدينة نيويورك (١٩٩٨) https://en.wikipedia.org/wiki/Clinton_v._City_of_New_York

[٢] تم سن قانون منح رئيس الولايات المتحدة حق النقض الجزئي وتم استخدامه فعلاً ابان حكم الرئيس "كلينتون" ولكن مالبث ان لقي هذا القانون "حتفه" بالطعن امام المحكمة الفدرالية العليا عام ١٩٩٨ وقضت بعدم دستوريتهِ، **اميل هوبنر**، النظام السياسي في الولايات المتحدة الامريكية،ترجمة عدنان عباس علي،ط١، مركز الامارات للدراسات والبحوث الاستراتيجية، ابو ظبي، ٢٠٠٩،ص ١٤٩، ١٨١

[٣] **د.حسن مصطفى البحري**، سلطة الرئيس الامريكي في الاعتراض على القوانين،بحث منشور، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية – مج ٢٨ – ع ١، ٢٠١٢ ،هامش ص ٢٧

[٤] **د.عبد الفتاح ياغي** ، اورد سيادتهُ هذا الرأي برسالة عبر البريد الالكتروني في ٢٧-٥-٢٠١٨

[٥] عَرفتَ الولايات المتحدة تطبيقات نظرية الراكب الحر في قوانين متعددة منها قانون منع الاحتكار antitrust law ، قانون حماية المريض والرعاية الصحية – ٢٠١٠، قانون المصالحة الصحية والتعليم – ٢٠١٠

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

بمثابة الفقرة القانونية الفائضة التي ركبت مشروع قانون الموازنة بلا "تذكرة" هذا الإجراء التشريعي" الراكبون المجانيون" عبارة عن حكم إضافي يضاف إلى مشروع قانون آخر اثناء تشريعه من الهيئة تشريعية ، ليس له صلة تُذكر بموضوع مسودة المشروع المقترح٠ عادة ما يتم إنشاء "الراكب الحر" كتكتيك لاجتياز حكم مثير للجدل لا يمكن تمريره كوثيقة خاصة تتخذ مشروع قانون مستقل ، او يستعمل هذا الاجراء التشريعي لمحاربة المجلس التشريعي الاخر او لادارة الصراع مع السلطة التنفيذية التي يمثل رأسها رئيس الجمهورية [٢] ٠

ومن جانبنا نؤيد تفسير التسمية الاخيرة لكونها اقرب لواقع الحضارة الامريكية ولكونها تستمد جذورها من الفكر الاقتصادي الليبرالي الذي يحظى بحضور كبير لدى الامريكيين كما ان بعض القواميس المصطلحية عززت هذ الترجيح [٣] ٠
الخلاصة لما تقدم يمكن اعطاء دلالة لمصطلح الراكب المجاني "Rider" بأنهُ فقرات إضافية تلحق بمشروع قانون ما على الرغم من أنها منبتة الصلة بهِ ٠

الفرع الثالث

فارس الموازنة les cavaliers budgétaires

إن الاحاطة بمصطلح "فارس الموازنة " في فرنسا يستوجب في بادئ الأمر تعريفه و تحديد أوجهه إختلافه مع بقية صور الاحكام التي تأخذ صفة الفارس في المجال التشريعي التي سنمر عليها اثناء محاولة ضبط دلالات هذا المصطلح يذهب بعض الفقه الى القول بان مصطلح الـ les cavaliers budgétaires هو "خيال الموازنة" [٤] اذ ان (قليل من الموازنات اليوم لا تسقط تحت الغربال لأن الخيالة فيها لا تُعد ولا تحصى)
وربما يقصد هذا الفقه بالخيال ،هو بقاء الحياة القانونية لبعض نصوص قانون الموازنة العامة رغم انقضاء العمل بقانون الموازنة ذاتها ، لانعتقد ان الترجمة الحرفية او المصطلحية تلتقي مع مصطلح les cavaliers لنخرج بمعنى الخيال او الظل [٥] ٠
بينما يذهب اتجاه فقهي آخر الى تفسير تلك الاحكام الدخيلة على قانون الموازنة بكونها "فارس الموازنة" فيصوّر مشروع قانون الموازنة بكونه الجواد ، بينما الفارس فهو القدرة على تمرير تلك الاحكام وزجها ضمن مشروع قانون الموازن العامة ،وبعد نجاح عملية دمج تلك الاحكام الغريبة ضمن مشروع قانون الموازنة يكون الفارس قد انجز عمله [٦] ٠

---

[١] **دلال العكيلي**، الركوب المجاني: صراع بين الأسواق الحرة واقتصاد الدولة ، مقال مُتاح على الشبكة العنكبوتية، شبكة النبأ للمعلوماتية https://annabaa.org/arabic/economicreports/9563

[٢] **د.محمد عبد الله العربي**، مصدر سابق، ص ٤٦

[3] See definition that term " rider - Informal term for a nongermane amendment to a bill or an amendment to an appropriation bill that changes the permanent law governing a program funded by the bill. See https://www.senate.gov/reference/glossary_term/rider.htm

[٤] **عدنان محسن ضاهر**،الموازنات العامة في الدول العربية،منشورات برنامج الامم المتحدة الانمائي،بيروت،د.ت، ص ٤٦

[٥] يُترجم الخيال بالفرنسية بكلمة L' imagination بينما تُترجم كلمة الظل le shadow ou l'ombre

[٦] **د.محمد محمد عبد اللطيف**، الاسس الدُستورية لقوانين الميزانية،ط١، لجنة التأليف والتعريب والنشر ،مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت،الكويت، ٢٠٠٧، ص ٢١٣

كما يفسر بعض الفقه اصطلاح الـ Les cavaliers بانها (نصوص تمتطي صهوة الموازنة وتوجهها وجهة غير التي نيطت بها)[١] فالفقيه يُقرِّب بين النص والفارس وبين الجَوّاد ومشروع قانون الموازنة العامة ٠

ونؤيد الرأي الاخير ونضيف ان الكلمة الإنكليزيّة cavalcade بمعنى موكِب خاصّ بالفوارس، هي مستعارة من الفرنسيّة، وأصلها مُشتقّ من الإيطاليّة، وهذا الأصل الفرنسيّ عبارة عن فعل cavalc بمعنى رَكِبَ + الزائدة اللاحقة ade علماً أنّ caval هي(فرَس)و cade هي(موكِب)،فأصبحت الكلمة - caval cade بدلاً من cavalc-ade ، بل وصيغت أيضًا كلمات أخرى ضمن الاشتقاق الشعبيّ، مثل [٢]: motor-cade بمعنى موكِب سيّارات٠

ولابد من الاشارة الى ان الاحكام التشريعية الغريبة التي تُزج في مسودة مشروع القانون الموازني هي ليست الصورة الوحيدة في فرنسا لما يسمى "فارس" اذ الفَ النظام القانوني الفرنسي والدول التي قلدتهُ تلك الفرسان ليشمل هذا المصطلح كل الأحكام التي تدرج ضمن مشروع أو إقتراح قانون و التي ليس لها أي مكان في هذا القانون الذي يريد المشرّع إدراجها فيه،اذن اصبح لدينا مفهوم عام لتلك النصوص "الاجنبية" عن مشروع اي قانون يراد سنهُ ويعرف التطبيق العملي الفرنسي ثلاثة صور من الأحكام الفرسانية « Dispositions cavaliers » تتمثل في : الفارس التشريعي " Cavalier législatif " ، الفارس الإجتماعي " Cavalier social " و فارس الموازنة " Cavalier budgétaire

فيما يخص الفارس الإجتماعي " Cavalier social " فهو مصطلح تعرفهُ حصراً البلدان، على غرار فرنسا، التي يصدر فيها قانون خاص بالضمان الإجتماعي يسمى "قانون تمويل الضمان الإجتماعي" " Loi de Financement de la Sécurité Sociale "٠ يعتبر فارساً إجتماعياً كل حُكم يُدرج ضمن قانون تمويل الضمان الإجتماعي على خلاف ما تنص عليه الأحكام الدستورية أو القوانين الاساسية المتعلقة بقوانين تمويل الضمان الإجتماعي٠

أما الفارس التشريعي " Cavalier législatif " فهو الحكم الذي يدرج ضمن صنف من القوانين العادية لتعديله بأحكام لا تمت بأي صلة لمشروع القانون الذي تم عرضه على مكتب السلطة التشريعية[٣] ٠

اما فارس الموازنة " Cavalier budgétaire فهي أحكام تشريعية غريبة بطبيعتها عن مجال قوانين المالية، يتم زجها في هذه القوانين بطريقة غير شرعية لأسباب انتهازية ، مما يجعلها عُرضة للحكم بعدم دستوريتها من القضاء الدستوري في حالة الطعن بها امامه[٤] ٠

وهذا يعني ان جميع تلك الانواع تصبّ كلها في نفس المعنى الذي يجعل من فارس الموازنة بأنه: "حكم تشريعي غريب بطبيعته عن مجال قوانين المالية، يتم زجهُ في هذهِ القوانين بطريقة غير شرعية ولاسباب انتهازية٠

---

[١] **هشام محمد البدري** ، الدور التشريعي للبرلمان في المجال المالي، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، ١٩٩٧، ص ٢٣٧

[٢] **مراد موسى**،إشتقاق كلمة من كلمة: اشتقاق لغويّ للأفعال عند اللغويّين والنحْويّين العرب في القرون الوسطى بالمقارنة الممكنة مع عِلم اللغة المعاصر ،بحث منشور،مجلة الحصاد- العدد ٣،المعهد الأكاديمي العربي للتربية ،فلسطين ،٢٠١٣، ص ١٢١

[٣] **د. عبدالرزاق سعيد بلعباس**، إشكالية إدراج التمويل الإسلامي في القانون الفرنسي،بحث منشور،حوار الاربعاء،منشورات، مجلس النشر العلمي ، جامعة الملك عبد العزيز، ٢٠٠٩-٢٠١٠ ، ع ص ٦

[٤] **سالم أيت يوسف** ،فُرسان الميزانية (Les Cavaliers Budgétaires) كمصدر لقانون الأعمال في الجزائر، كلية الحقوق ،جامعة الجزائر ،٢٠١٥،ص٨-٩

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

المطلب الثالث

دواعي اللجوء الى فرسان الموازنة

ظلت الكتابات التقليدية في علم المالية العامة والقانون المالي تُردد سببين رئيسيين لاثالث لهما في نشوء "أزمة" الملحقات العامة الموازنيّة التي تطرأ على مشروع قانون الموازنة العامة للدولة ، الاول هو تحميل مغبة هذه الفوضى التشريعية للسلطة التشريعية ، والثاني هو الصراع السياسي بين السلطات العامة في الدولة ونعني بها السلطتان التنفيذية والتشريعية رغبة منهما في الهيمنة واحتلال منزلة الصدارة ويتعقد هذا الصراع والتنافس كلما زاد عدد اعضاء السلطة التشريعية وتكونت من مجلسين وحاز كلا من السلطتين التنفيذية والتشريعية ادوات دستورية فاعلة في مواجهة السلطة الاخرى ،وعوداً على بدء ؛ تم تجاهل مسألتان رئيسيتان وهما إنعدام اللجان النيابية المُتخصصة وضعف الخلفية العلمية لبعض أعضاء السلطة التشريعية ،ناهيك عن الاضطراب الذي يكتنف اداء بعض اعضاء السلطة التشريعية لجهة عدم التزامهم بالنظام الداخلي المؤطِّر لحضورهم وغيابهم جلسات مناقشة مشروع قانون الموازنة او عدم انصاتهم بمقدار من الوعي الحاذق لما يُطرح اثناء المناقشة او التصويت على هذه المشاريع٠ هذه وتلك كلها تؤدي باعتقادنا الى تلك النتائج المتحدرة في قياس جودة ورصانة قوانين الموازنة العامة ٠

وما يلاحظ في العراق فأن فكرة الامن القانوني في تشريعات الدولة المالية لا زالت غائبة عن انظار المشرع العراقي سيما وقد صدرت العديد من التشريعات أثرت في المراكز القانونية للمخاطبين بها وأثرت على حقوقهم المالية المكتسبة دون ان يسبق ذلك فترات انتقالية لتكييف الاوضاع القانونية وفق التشريعات الجديدة بل جاءت مُباغتة ومفاجِئة من ذلك ما نصت عليه المادة ٣٣ الفقرة أولاً من قانون الموازنة العامة الاتحادية بجمهورية العراق للسنة المالية ٢٠١٧ من استقطاع نسبة ٣,٨ % من مجموع الرواتب والمخصصات لجميع موظفي الدولة والقطاع العام والمتقاعدين كافة لسد احتياجات الدولة[١] ٠

الخاتمة :

بعد ان فرغنا من القاء نظرة متواضعة على الامن القانون ومعوقات تحققه في ميدان تشريعات الموازنة العامة للدولة وذلك على النحو الاتي :

أولاً/الاستنتاجات :

١- النصوص الغريبة عن الموازنة العامة هي بنود او احكام قانونية موضوعية تُزج في مشروع قانون الموازنة العامة دون ان تكون منسجمة موضوعياً مع فكرة وغاية مشروع القانون الموازني ٠

٢- اتخذت تلك النصوص تسميات متعددة منها "فارس الموازنة" و"الراكب المجاني" "وملحقات الموازنة" في القانون المقارن لاسيما القانون الفرنسي ،مع غياب نظرية واضحة او تطبيق لها في القانون العراقي ٠

٣- جرت التقاليد البرلمانية على ان من يُقحم بنود منبتة الصلة بمشروع قانون الموازنة هي السلطة التنفيذية ، بيد ان الواقع اظهر اشتراك كلا السلطتين في تلك الممارسات التشريعية لاسيما في الأنظمة البرلمانية حيث تتكافأ كفتي كلا السلطتين في مجال التقدم بمشروعات القوانين ٠

٤- يستند تعبير "فرسان الموازنة" التصويري إلى فكرة أن قانون الموازنة يمكن مقارنته بحصان يتحرك بسرعة كبيرة لكون الدستور يوجب الاستعجال وعدم حل المجلس التشريعي اثناء نظر قانون الموازنة العامة السنوي وبالتالي فإن الأحكام المرفقة به ستفلت من بطء الإجراءات التشريعية العادية ٠

---

[١] المادة(٣٣ ف/ أولاً)من قانون الموازنة العامة الاتحادية بجمهورية العراق للسنة المالية ٢٠١٧ ،الوقائع العراقية العدد ٤٤٣٠

٥- دأبت الدول المقارنة على عد وجود "فرسان الموازنة " ضمن نصوص قوانينها المالية عيباً دستورياً يستوجب الحكم بعدم دستوريتها٠
٦- ان العلاقة بين الامن القانوني وبين ملحقات الموازنة العامة او مايسمى بالنصوص الأجنبية عن تشريع الموازنة العامة هي علاقة وثيقة من خلال ان تحقيق الامن القانوني سبيل لتفادي اضرار ملحقات الموازنة ٠

ثانياً // التوصيات

١- نوصي المشرع بضرورة الاطلاع على التجارب المقارنة للبرلمانات العالمية لاسيما التي تحتل مكانة مهمة في ادارتها المالية العامة ومنزلة ملحوظة في جودة تشريعاتها ٠
٢- نوصي السلطة المالية في العراق على أهمية تأسيس مركز استشاري متخصص بالتشريعات المالية يجمع بين تخصصات عدة مهمته تنقية التشريع المالية من النصوص الأجنبية عنه وتجنيبه المحاكات السياسية بين السلطتين التشريعية والتنفيذية ٠
٣- ندعو القضاء الدستوري وبشدة الى ضرورة التأسيس لنظرية الوحدة الموضوعية للتشريعات المالية وعدّ مخالفتها مبرراً موجباً للحكم بعدم دستورية تلك التشريعات ٠

قائمة المصادر

أولاً / الكتب

اميل هوبنر، النظام السياسي في الولايات المتحدة الامريكية،ترجمة عدنان عباس علي،ط١، مركز الامارات للدراسات والبحوث الاستراتيجية، ابو ظبي، ٢٠٠٩
محمود علي أحمد مدني، دور القضاء الدستوري في استجلاء المفاهيم الدستورية، دار النهضة العربية، القاهرة،٢٠١٦
د.محمد عبد الله العربي، ميزانية الدولة، ك ٣،مكتبة النهضة المصرية،القاهرة،د.ت
د.محمد محمد بدران، القانون الانجليزي،دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٩
محمود محمد صبره، الاتجاهات الحديثة في اعداد وصياغة مشروعات القوانين ، دار الكتب القانونية،القاهرة، ٢٠١٠
د.مروان محمد محروس المدرس، مسؤولية رئيس الدولة في النظام الرئاسي والفقه الاسلامي،دار الاعلام،عّمان، ٢٠٠٢
عدنان محسن ضاهر،الموازنات العامة في الدول العربية،منشورات برنامج الامم المتحدة الانمائي،بيروت،د.ت
د.محمد محمد عبد اللطيف، الاسس الدُستورية لقوانين الميزانية،ط١، لجنة التأليف والتعريب والنشر ،مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت،الكويت، ٢٠٠٧
محمد محمد عبد اللطيف ، القانون العام الاقتصادي، ط١، لجنة التأليف والتعريب والنشر، مطبوعات جامعة الكويت، ٢٠١٢

ثانيا / الرسائل والاطروحات الجامعية

سالم أيت يوسف ،قُرسان الميزانية (Les Cavaliers Budgétaires)كمصدر لقانون الأعمال في الجزائر،رسالة ماجستير، كلية الحقوق بن عكنون ،جامعة الجزائر ،٢٠١٥
هشام محمد البدري ، الدور التشريعي للبرلمان في المجال المالي، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، ١٩٩٧

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

ثالثاً / الأبحاث والمجلات

أحمد عبد الظاهر ،مبدأ الأمن القانوني كقيمة دستورية ، مقال متاح على الرابط الاتي
http://kenanaonline.com/users/law/posts/103659
جان بيار كامبي، السلامة القانونية: مقتضى قضائي ، بحث منشور، مجلة القانون العام وعلم السياسة ، العدد ٥،ترجمة محمد عرب صاصيلا مراجعة وسيم منصوري ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ٢٠٠٦
د.حسن مصطفى البحري، سلطة الرئيس الامريكي في الاعتراض على القوانين،بحث منشور، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية – مج ٢٨ - ع ١، ٢٠١٢
دلال العكيلي، الركوب المجاني: صراع بين الأسواق الحرة واقتصاد الدولة ، مقال مُتاح على الشبكة العنكبوتية، شبكة النبأ للمعلوماتية
https://annabaa.org/arabic/economicreports/9563
عبد الحق لخذاري، مبدأ الأمن القانوني ودوره في حماية حقوق الإنسان ،بحث منشور، مجلة الحقيقة، العدد ٣٧ ، جامعة احمد دراية ادرار الجزائر،،٢٠١٦
د. عبدالرزاق سعيد بلعباس، إشكالية إدراج التمويل الإسلامي في القانون الفرنسي،بحث منشور،حوار الاربعاء،منشورات، مجلس النشر العلمي ، جامعة الملك عبد العزيز،الكتاب الخامس ، ٢٠٠٩-٢٠١٠
محمد بن أعراب ،مفيدة جعفري، خرق معايير الأمن القانوني في المنازعات الجبائية، بحث منشور،اعمال ملتقى الامن القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسة،جامعة قاصدي مرباح ورقلة ،٢٠١٢
محمد منير حساني، إحترام الثقة المشروعة كمبدأ عام للقانون، بحث منشور، أعمال ملتقى الأمن القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسة،جامعة قاصدي مرباح ورقلة ،٢٠١٢
محمد بن عمارة ، إزالة معوقات الأمن القانوني كآلية لاحترام التّوقّعات، بحث منشور، أعمال ملتقى الأمن القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسة،جامعة قاصدي مرباح ورقلة ،٢٠١٢
محمد محمد عبد اللطيف، مبدأ الامن القانوني، بحث منشور، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، ع ٣٦،كلية الحقوق، جامعة المنصورة،، ٢٠٠٤
محمد خير العكام ،إقرار الموازنة، بحث منشور، الموسوعة القانونية العربية على الموقع الاتي
http://arab-ency.com/law/detail/164571
مراد موسى،إشتقاق كلمة من كلمة: اشتقاق لغويّ للأفعال عند اللغويّين والنحْويّين العرب في القرون الوسطى بالمقارنة الممكنة مع عِلم اللغة المعاصر ،بحث منشور،مجلة الحصاد- العدد ٣،المعهد الأكاديمي العربي للتربية ،فلسطين ،٢٠١٣ .
وليد محمد الشناوي، الامن القانوني ومبادئ سن القانون الجيد،بحث منشور،مجلة البحوث القانونية والاقتصادية،ع ٥٦ كلية الحقوق ،جامعة المنصورة، ٢٠١٤
يسري محمد العصّار، الحماية الدستورية للأمن القانونى فى قضاء المحكمة الدستورية ، بحث منشور، مجلة الدستورية، العدد ٣، س ١، المحكمة الدستورية العليا،مصر،يوليو ٢٠٠٣

التعريف بحرمة الحياة الخاصة كمبدأ من مبادئ حقوق الإنسان

الدكتور.إبراهيم أحمد المسلماني
دكتوراة القانون المدني
كلية الحقوق جامعة طنطا
ebrahim.ahmed139@yahoo.com

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

المقدمة :

مع تزايد التقنيات الحديثة زادت المخاطر علي حق الإنسان في خصوصياته، فأصبح الفرد مقيداً في تعاملاته من خلال رصد البيانات الشخصية كتقنيات المراقبة والتجسس والمساس بالمعطيات الخاصة للأفراد وهي جميعها تمثل تهديداً مباشراً علي حرمة الحياة الخاصة والحريات الفردية بصورتها المستحدثة والمتمثلة في الحق في حجب المعلومات الشخصية، لاسيما إذا استغلت تلك المعلومات والبيانات لغايات خارجة عن إرادة وعلم أصحابها.

ويأبي الإنسان بطبيعته أن يتدخل أحد في شئونه الخاصة ولكل فرد منا حياته الخاصة التي لا يمكن أن تكون مكشوفة دون محرمات، فالإنسان يعيش مع ذاته أحياناً ويعيش مع أسرته أحياناً أخري في هدوء وسكينة ، ويتوجب علي الآخرين احترام هذه الخصوصية ، وهذا ما يعبر عنه بحرمة الحياة الخاصة للإنسان والتي تشمل الحق في السرية المهنية ، وسرية المراسلات والمحادثات ..... الخ وهي من المظاهر الاجتماعية الضرورية لكل إنسان ، وجزء لا يتجزأ من الوجود الإنساني والتي تجب حمايته بكل قوة من التعسف والاعتداء أياً كان الشخص المعتدي وبغض النظر عن المعتدي عليه أو الوسيلة المستعملة في الاعتداء.

وعلى أي الأحوال سوف نعرض للإطار النظري لتعريف حرمة الحياة الخاصة من خلال بيان المفهوم اللغوي للخصوصية , وتسليط الضوء على أبرز التعريفات الفقهية والقضائية للخصوصية أو الحياة الخاصة , ثم نتعرض لنسبية الحق في حرمة الحياة الخاصة ومدى تعرض التشريع المقارن للحق في حرمة المحادثات والمكالمات الخاصة , وذلك من خلال مطلبين بحيث نعرض في المطلب الأول للمفهوم الفقهي لحرمة الحياة الخاصة ثم نتناول في المطلب الثاني للمفهوم القضائي لحرمة الحياة الخاصة. وذلك علي النحو التالي :-

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

المطلب الأول :- المفهوم الفقهي لحرمة الحياة الخاصة.

المطلب الثاني :- المفهوم القضائي لحرمة الحياة الخاصة.

المطلب الأول

المفهوم الفقهي لحرمة الحياة الخاصة

لم يتطرق المشرع لمسألة تعريف الخصوصية أو الحياة الخاصة، وإنما ترك ذلك لاجتهاد الفقه والقضاء [١]، وعليه سنحاول تسليط الضوء على أهم التعريفات الفقهية والقضائية للحياة الخاصة أو الخصوصية، كما يلي:

أولا: التعريف الإيجابي لفكرة الحياة الخاصة

أتجه جانب كبير من الفقه إلى تعريف الحياة الخاصة تعريفا إيجابيا - مع الاختلاف فيما بينهم في الأسلوب المتبع في وضع التعريف المناسب للحياة الخاصة - فذهب اتجاه إلى تعرف الحياة الخاصة بالاستناد على أسس ومعايير معينة، وهو ما يعرف بالاتجاه المعياري ، في حين ذهب اتجاه آخر إلى تعريف الحياة الخاصة عن طريق تعداد العناصر الداخلة في تكوينها، وهو ما يعرف بالاتجاه المختلط.

١- الاتجاه المعياري في تعريف الحياة الخاصة

ذهب جانب من الفقه والقضاء إلى تعريف الحياة الخاصة بالاستناد على أسس ومعايير معينة، وإن اختلفوا فيما بينهم بشأن المعيار المناسب و المتبع في تعريف الحياة الخاصة، فذهب بعضهم إلى تعريف الحياة الخاصة بالاستناد إلى فكرتين، هما فكرة الخلوة ، وفكرة الحرية ، وهو ما يعرف بالتعريف الموسع في حين ذهب البعض الآخر إلى تعريف **الحياة الخاصة بربطها بفكرة السر وفكرة الألفة ، وهو ما يعرف بالتعريف المضيق للحياة الخاصة.**

أ: التعريف الموسع لفكرة الحياة الخاصة.

اعتمد أصحاب هذا الاتجاه في تعريفهم للحياة الخاصة على فكرتين أساسيتين هما الخلوة ، والحرية.

التعريف المستند إلى فكرة الخلوة .

فكرة الخلوة تعني اترك الإنسان و شأنه[١] ، وأن ينفرد بحياته بعيدا عن أعين الآخرين في حياته الخاصة ونطاق عائلته حيث لا يجوز للغير أن يطلع على شئونه الخاصة إلا بعد الحصول على إذنه[٢] ,

[1] - Raymond Gassin , Isabelle Lolies: La protection pénale de la vie privée, PUM, 1999. p38

- وانظر كذلك د. صلاح محمد أحمد دياب، الحماية القانونية الحياة الخاصة للعامل وضماناتها في ظل الوسائل التكنولوجية الحديثة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧، ص ١١

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

وتعني أيضا حق كل شخص في الاعتراف له باكتساء مساحة في حياته تخصه شخصياً، وترجع إليه سلطة منع الغير في التدخل في شئونه

ويرى البعض بأن الحق في الحياة الخاصة يعني حق الشخص في أن يحدد كيفية معيشته كما يريد، وذلك مع اقل قدر من تدخل الغير في حياته، ويضيف هذا الاتجاه بأن من حق الإنسان أن يترك و شانه، ويعيش حياة هادئة بعيدا عن العلانية والنشر والأضواء [٣].

ويرى البعض الآخر أن الحياة الخاصة في النطاق الذي يكون للمرء في إطاره مكنة وسحاب من الآخرين بقصد تحقيق نوع من السكينة، والحفاظ على سرية الحياة الخاصة [٤].

والحياة الخاصة لدى البعض الآخر هي حق الفرد في احترام الشخصية الخاصة به، وأن يترك و شأنه، أي استبعاد الآخرين من نطاق حياته الخاصة، بمعنى أن يعيش بمنأى وبمعزل عن الغير [٥]، وفي حق الشخص أن يترك وشانه[٦] دون قلق أو إزعاج أو تدخل من قبل الغير في شئونه، أو أن يعيش حياة هادئة بعيدا عن أعين الغير وتطفلهم[٧] , وعرف مؤتمر رجال القانون المنعقد في استوكهلم في الفترة من ٢٢ إلى ٢٣ مايو ١٩٩٧ الحياة الخاصة بأنها "الحق في أن يكون الفرد حراً، و أن يترك حسب رغبته في العيش منفرداً[٨] ، وحمايته من:

---

[١] - د. إبراهيم عيد نايل ، الحماية الجنائية لحُرمة الحياة العامة في قانون العقوبات الفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠ ، ص٤٦

[2] - Opinion of the Européen Croup on Ethics in Science and New Technologies to the Européen Commission–Ethical aspects of genetic testing in the workplace» , 28/07/2003, disponible sur le site: http://ec.europa.eu/index fr.htm

[٣] - د. حسام الدين كامل الأهواني ، الأمن في الحرية الشخصية وفقاً لروابط القانون الخاصبحث مقدم لي مركز دراسات وبحوث حقوق الإنسان، جامعة القاهرة، ١٩٧٠، ص٧٠

[٤] - د. ممدوح خليل بحر، حماية الحياة العامه في القانون الجنائي، رسالة دكتوراه. كلية الحقوق - جامعة القاهرة، ١٩٨٣،ص ٢٠٦

[5] - Rapport rédigé par Telecom Paris Tech qui a assuré la direction scientifique de l'étude –Résultats préliminaires de l'étude WITE 2.0 qualitative réalisée par entretiens semi-directifs-2011
http://www.telecentres.fr/wpcontent/uploads/2011/10/Rapport-etude-qualitative-WITE20-oct-2011.pdf

[6] - Ellen Aldrman karoline Kennedy: The right to privacy, Vintage Books, 1993, p ,98.98

[7] - kenneth creech: Electronie media law and regulation, focal press, USA, ed 3. 2002, p. 242

[٨] - راجع: د. محمد عبد العظيم محمد، حُرمة الحياة الخاصة في ظل التطور العلمي الحديث، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، ١٩٨٨، ص ٣٩١، د. أحمد محمد حسان، نحو نظرة عامة لحماية الحق في الحياة الخاصة في العلاقة بين الدولة والأفراد، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠١م ، ص٢٢

- التدخل في تكامله الجسماني والعقلي، أو التشكيك في مبادئه وثقافته.
- الاعتداء على شرفه وسمعته.
- الكشف عن بعض المواقف المحرجة غير المهمة عن حياته الخاصة.
- استخدام اسمه أو شخصية مشابهة لشخصيته.
- التجسس والمراقبة.
- مراقبة المراسلات والاستخدام السيئ لاتصالاته الشخصية.
- استخدام المعلومات الخاصة به، التي سبق أن قدمها في مجال الثقة المهنية[١] .

ومن التعريفات السابقة يمكن أن نستخلص أن معيار الخلوة يتميز بأنه يوفر للمرء مكنة أن يدع إلى نفسه بعيدا عن الآخرين - ولو مؤقتا - وأن يبتعد عن المجتمع الأوقات محددة رغم أن الإنسان اجتماعي بطبعه، ويمنع الآخرين من التعرض له خلال هذه الفترة، وبالتالي يمكن الشخص من التمتع بالهدوء والسكينة والأمن عندما يريد ذلك[٢]

إلا أنه يؤخذ على معيار الخلوة أنه لا يصلح وحده لتحديد مدلول الحياة الخاصة حيث يطرح مبررات الظروف النفسية التي تفترض ضرورة حماية الحياة الخاصة[٣] ، كما أن التعريفات التي وردت في ظل معيار الخلوة لم تحدد ماهية الحياة الخاصة ومضمونها، والأحوال التي يجب فيها ترك الإنسان وشأنه وعليه فإن هذه التعريفات وان كانت تصلح للإجابة عن سبب منح الشخص الحق في حرمة الحياة الخاصة فإنها لا تصلح للإجابة عن مفهوم أو مدلول هذا الحق.

أضف إلى ذلك، أن التعريفات السابقة استخدمت معانى متقاربة كالخلوة، والعزلة والهدوء . وترك المرء وشأنه ، وهي كلها معان فضفاضة وغامضة[٤] ، كما أن معيار الخلوة قد يؤدي إلى نوع من الخلط بين الحرية والحياة الخاصة

التعريف المستند إلى فكرة الحرية .

---

[١] - د. رمضان عبد الله صابر، مظاهر السلطة التنظيمية لصاحب العمل داخل المنشأة ، دار النهضة العربية ٢٠٠٠، ص ١٩٩.

[٢] - د. محمود عبد الرحمن ، نطاق الحق في الحياة الخاصة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٤، ص١٢٦.

[٣] - د. هشام محمد فريد رستم , الحماية الجنائية لحق الإنسان في صورته ,بحث منشور في مجلة الدراسات القانونية ، ع ٨ ،يونيه ١٩٨٦م، ص٨٩.

[4] - J.C Galloux,H. Gaumont-Prat,Droits et libertés corporels, Recueil Dalloz 2010 p. 604, http://actu.dalloz-etudiant.fr/fileadmin/actualites/pdfs/OCTOBRE2010/D2010-604.pdf

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

ترتبط حقوق الإنسان بفكرة الحرية ارتباطا وثيقا يجعل كلا منهما وجهين لعملة واحدة باعتبار أن الحرية هي أعلى قيم الحياة وأسماها، بل ومركز حركتها[١] ، وعليه فقد ذهب جانب من الفقه إلى تعريف الحياة الخاصة بالاستناد إلى فكرة الحرية.

فعرف الحياة الخاصة بأنها "قيادة الإنسان لذاته في العالم المحيط به، ويعني ذلك قيادة الإنسان لجسمه في الكون المادي المحيط بجسمه[٢] .

وعليه فإن الحق في الحياة الخاصة يتمثل في العديد من الحريات، كحرية التفكير، والشعور، والإرادة، والتعبير في السر والعلانية، وحرية التحدث و التراسل، وحرية التعليم والعمل، والكسب، والإنفاق، والدفاع عن النفس.

يعرف البعض الأخر الحياة الخاصة بأنها حق الشخص في عدم ملاحقة الآخرين له في حياته الخاصة، فالخصوصية هي جوهر الحرية وهي مكنة المطالبة بالامتناع عن التدخل[٣].

ويتضح من التعريفات السابقة أنها ركزت على فكرة الحرية، وأن التركيز على هذه الفكرة يساعد على فهم معنى الحياة الخاصة وفقا لطبيعة الحق فيها، وهذا المفهوم للحق يتماشى مع الاهتمامات المعاصرة بشان حماية الحريات الفردية أو العامة، فالحياة الخاصة تعد اليوم من صميم الحرية في الدولة الحديثة.

ولكن يؤخذ على معيار الحرية أنه يوسع من دائرة الحياة الخاصة لدرجة الخلط بينها وبين الحق في الحرية رغم وجود فوارق بينهما، حيث يمكن للشخص أن يتمتع بالحق في الحياة الخاصة في الوقت الذي تنعدم فيه حريته[٤]

فالسجين أو المعتقل السياسي يحرم من حريته أثناء تنفيذ العقوبة أو الاعتقال ومع ذلك يظل محتفظا بحقه في الخصوصية ، إذا بإمكانه أن يتراسل مع من يريد، وقد يكفل له القانون سرية اتصالاته [٥].

---

[١] - احمد محمد حسان، حقوق الإنسان في مجال الحماية الجنائية لحقه في صورته في الأماكن الخاصة , مجلة مركز بحوث الشرطة، ع٢٥ يناير, ٢٠٠٤، ص٤٠.

[٢] - د. رمسيس بهنام، نطاق الحق في حرمة الحياة الخاصة ، بحث مقدم إلي مؤتمر الحق في حرمة الحياة الخاصة المنعقد في كلية الحقوق بجامعة الإسكندرية في الفترة من ٤ – ٦ يونيه ١٩٨٧ م، ص ١٠.

[٣] - د. نعيم عطية ، حق الأفراد في حياتهم الخاصة ، مجلة إدارة قضايا الحكومة ، ع٤، س٢١، ديسمبر ١٩٧٧ص ٧٩ وما بعدها.

[٤] - د. أدم عبد البديع أدم، الحق في حُرمة الحياة الخاصة ومدى الحماية التى يكفلها القانون الجنائي ، دراسة مقارنة , رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠٠٠م، ص ١٧٩

[٥] - د. محمد عبد العظيم محمد، المرجع السابق، ص٣٤٩

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

ويضاف إلى ما تقدم أن الحق في الحرية أوسع نطاقا من الحق في حرمة الحياة الخاصة فالأخير لا يشار إليه إلا بصدد بعض جوانب الحرية التي يحق للشخص أن يمارسها بعيدا عن الآخرين في حين أن باقي جوانب الحق في الحرية يمارسها الشخص أمام الآخرين وفي مواجهتهم مثل ، حرية التعبير عن الرأي، وحرية العمل[١].

كما أن للفرد عموما والعامل خصوصاً ضرورة ماسة وحيوية بأن يختلط بالجماعة كممارسة عمل أو مهنة ما تحقق له انسجام وراحة اجتماعية , وبالمقابل وللغرض نفسه تظهر الضرورة الحيوية لأن ينعزل ويبتعد عن الضغوط ولاسيما النفسية ,من هذا المنظور وفقط يكون حقه المطلق في حرمة حياته الخاصة تقتضى حماية شرعية وقانونية كاملة وواجبة .

وعليه فإن من الصعب الاعتماد على معيار الحرية وحده لتحديد مفهوم الخصوصية أو الحياة الخاصة لأنه يوسع من مفهوم الخصوصية أو الحياة الخاصة لدرجة الخلط بينها وبين الحرية وكما سبق القول، فإن معيار الخلوة كان قد جاء غامضا وفضفاضا في مدلوله وبالتالي لا يمكن الاعتماد عليه هو الآخر بمفرده لتحديد مفهوم الحياة الخاصة أو الخصوصية. وعليه فقد ذهب جانب آخر من الفقه والقضاء إلى تعريف الحياة الخاصة أو الخصوصية تعريفا مضيقا وهذا هو محور دراستي في البند التالي.

ب- التعريف المضيق لفكرة الحياة الخاصة

استند أصحاب هذا الاتجاه في تعريفهم للحياة الخاصة على فكرتين أساسيتين هما: فكرة السر Le secret، وفكرة الألفة L'intimité وذلك كما يلي :-

**** التعريف المستند إلى فكرة السر**

- عرفت الحياة الخاصة وفقا لفكرة السر بأنها "حق كل شخص في الاستحواذ على منطقة سرية في حياته ينأى بها عن تطفل الغير"[٢] .
- وعرف الحق في الحياة الخاصة كذلك بأنه "الحق في أن لا يطلع أحدا على شق خاص من جوانب حياة غيره"[٣] .
- وعرف أيضا بأنه "الحق في انتهاج سلوك ذاتي شخصي آمن من تدخل السلطة أو الغير المعرفة أسرار هذا السلوك[١] .

---

[١] - د. محمود عبد الرحمن ، المرجع السابق، ص ١١٤

[2] - Bernard BEIGNIER, Thèse sur "L'honneur et le droit, Université de Panthéon-Assas, Paris, 1991, disponible sur p, 23
:http://www.gbv.de/dms/spk/sbb/recht/toc/272109096.pdf

[٣] - د. محمود نجيب حسني، الحماية الجنائية لحرمة الحياة الخاصة , بحث مقدم إلى مؤتمر الحق في حرمة الحياة الخاصة المنعقد في كلية الحقوق جامعة الإسكندرية، في الفترة من ٤ – ٦ يونيه ١٩٨٧م.

- وقد عرف معهد القانون الأمريكي الحياة الخاصة بأنها "حق الشخص في الحفاظ على أسراره وعدم المساس بها، فكل شخص ينتهك بصورة جدية وبدون مسوغ حق شخص أخر في ألا تصل أموره وأحواله إلى علم الغير، وألا تكون صورته عرضية الأنظار الجمهور يعد مسئولا أمام المعتدي عليه[٢] .

والملاحظ أن فكرة السرية تتميز بأنها تبرز الارتباط الوثيق بين الحياة الخاصة والسرية، والسرية ذات طابعا مميزا للحق في الحياة الخاصة حيث إن الخصوصية تتطلب قدرا من الخفاء.

ولكن يؤخذ على معيار السرية أنه يكاد يخلط بين الحق في الحياة الخاصة والسرية رغم وجود فواصل بينهما حيث إن السرية تعني الكتمان المطلق لأمر معين، في حين أن خصوصية أو الحياة الخاصة لا تحتاج إلى الكتمان المطلق.

كما أن التعريفات التي تعرضنا لها في إطار السرية لم تضع حلا حاسما للمشكلة لأنها جامعة و غير مانعة للمفهوم الدقيق للحق في حرمة الحياة الخاصة ولذلك اتجه الفقه القضاء إلى معيار آخر ألا وهو معيار الألفة.

**** التعريف المستند إلى فكرة الألفة**

عرفت الحياة الخاصة وفقا لفكرة الألفة بأنها "كل ما يتعلق بخصوصية الشخص الذي لا يتعلق بخصوصية غيره من حيث المبدأ[٣] .

جدير بالذكر أن المشرع - في قانون العقوبات الفرنسي كان قد أضاف لفظ الألفة إلى عبارة الحياة الخاصة، في المادة ٣٦٨ من قانون العقوبات القديم وقد استبدلت هذه المادة في قانون العقوبات الفرنسي الحالي بالمادة ١ / ٢٢٦ حيث استعمل المشرع تعبير "ألفة الحياة الخاصة كمرادف لتعبير الحياة الخاصة في هذه المادة، وقد لاحظ البعض أن إضافة لفظ الألفة إلى عبارة الحياة الخاصة إنما تفيد معنى التقييد والتضييق.

والملاحظ على هذا الاتجاه أنه ربط بين فكرة الألفة وفكرة الحياة الخاصة مما يساعد على تحديد مفهوم الحق في الحياة الخاصة، إلا أن الربط بينهما لا يعني أن الألفة تعني الحياة الخاصة، أي أن الحق في الألفة لا يعد مرادفا بالضرورة للحق في الحياة الخاصة[٤] .

---

[١] - د. أحمد فتحي سرور، الحماية الجنائية للحق في الحياة الخاصة ، المرجع السابق، ص ٣٤.
[٢] - د. محمد محمد الشهاوي، الحماية الجنائية لحرمة الحياة الخاصة ، رسالة دكتوراه - كلية الحقوق ، جامعة القاهرة , ٢٠٠٥، ص١٢٥.
[٣] - د. أدم عبد البديع آدم ، المرجع السابق، ص ١٩١، ١٩٢.
[٤] - د. أدم عبد البديع آدم ، المرجع السابق، ص ١٩٢.

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

خلاصة القول، إن تحديد مدلول الحق في الحياة الخاصة استنادا إلى التعريف الإيجابي قد استند إلى معايير موسعة وهي معيار الحرية، ومعيار الخلوة، كما استند إلى معايير مضيقة من مدلول الحق في الحياة الخاصة وهي: معيار السرية، ومعيار الألفة، وهذه المعايير كلها لم تنتجع في وضع مفهوم عام ودقيق للحق في الخصوصية يمكن به التمييز بين الحياة الخاصة والحياة العامة.

٢- الاتجاه المختلط في تعريف الحياة الخاصة

أتجه جانب من الفقه إلى تحديد مدلول الحق في الحياة الخاصة، بتعدادهم للحالات والقيم التي تشملها الحياة الخاصة للإنسان عن طريق إعداد قوائم بهذه العناصر التي يحتويها الخصوصية، وسنعرض لهذا الاتجاه على نحو ما يلي:

أ. الفقه المصري

اتجه البعض من الفقه المصري في تحديد مدلول الحق في الحياة الخاصة، إلى حصر الحالات التي لا يجوز للغير الاطلاع عليها إلا في الأحوال التي حددها القانون، وهذا التعداد اختلف فيه فقهاء القانون الخاص عن فقهاء القانون العام، وذلك على النحو التالي:

- في فقه القانون الخاص ، ذهب اتجاه[١] إلى القول بأن نطاق الحياة الخاصة يشمل كل ما يتعلق بحياة الشخص الغرامية و العائلية، والصحية، ودخله، والمظاهر غير العلانية للحياة المهنية، و أوقات فراغه، ويخرج عن نطاق الحياة الخاصة ذلك الجزء من الحياة الذي يتم حضور الناس والعامة حيث يشارك الشخص في الحياة العامة في المدينة ويتمتع بالحق في الحياة الخاصة الشخص الطبيعي والشخص المعنوي ، كما أن المحادثات التليفونية تتمتع بصفة الخصوصية دائما وأبدا[٢] .

وذهب رأي آخر إلى القول بان حقوق الشخصية ترجع على كثرتها إلى الحق في حرمة الحياة الخاصة وقد رد الرأي السابق هذه الحقوق إلى طوائف ثلاث تمثل كل منها مظهراً من مظاهر الشخصية، فمن هذه الحقوق ما يتعلق بالكيان المادي للشخص، ومنها ما يتعلق بكيانه المعنوي، ومنها ما يتعلق بمزاولة نشاطه وهي الحريات الشخصية[٣].

---

[١] - د. حسام الدين كامل الأهواني، حماية الحرية الشخصية في روابط القانون الخاصبحث مقدم إلي مركز دراسات وبحوث حقوق الإنسان، جامعة القاهرة، ١٩٧٠، ص ٧١

[٢] - د. عبد الوهاب عمر البطراوي ، أساس المسئولية الجنائية للشخص المعنوي الخاصدراسة مقارنة، مجلة الأمن والقانون، س ١٣، ع ١ يناير ٢٠٠٥م، ص ٢٧٣، ٢٧٢

[٣] - د. عبد المنعم فرج الصده ، الحق في حُرمة الحياة الخاصة في مجال الإثبات ، بحث مقدم إلي مؤتمر الحق في حُرمة الحياة الخاصة المُنعقد بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية في الفترة من ٤-٦ يونيه ١٩٨٧م.

في فقه القانون العام ذهب البعض[١] ، وهو بصدد تحديده لمدلول الحق في الحياة الخاصة إلى حصر حقوق معينة للفرد تحت عنوان حرمة الحياة الخاصة، وفرع منه عناصر هذا الحق وهي "حرمة المنزل وسرية الرسائل بأنواعها مكتوبة، وبرقية، و تليفونية، كذلك حق الإنسان على بدنه، وصورة الشخص في مكان خاص.

تجدر الإشارة إلى أن القضاء المصري لم يضع تعريف محدد للحق في الحياة الخاصة، وإن كان قد ذهب في تحديد مدلول هذا الحق بشأن كل حالة على حدة تعرض عليه في هذا الشأن[٢] .

ب- الفقه الفرنسي

لجأ الغالبية العظمى من الفقه الفرنسي عند تعريف الحق في حرمة الحياة الخاصة إلى إتباع طريقة الحصر أو التعداد لعناصر الحق في الحياة الخاصة حيث ذهبوا إلى أن فكرة الحق في الحياة الخاصة عبارة عن قبة تتجمع تحتها عدة مراكز وحالات يوجد بينها القليل من النقاط المشتركة، ولكنها تهدف جميعها إلى حماية الحياة الخاصة[٣] .

كما ذهب رأي آخر إلى القول بأن الحق في حُرمة الحياة الخاصة يتفرع من حق أكبر هو حق احترام الشخصية الإنسانية، الذي يتمثل في عناصر أهمها احترام المنزل، وسرية المراسلات، واحترام الحياة الخاصة، والحق في المعلومات أو الحق في الإعلام حيث يعد الحق في المسكن وسرية المراسلات عنصرين أساسيين في الحياة الخاصة، وتكون في مجموعها في النهاية الحق في احترام الشخصية الإنسانية[٤] .

وذهب رأي آخر في الفقه الفرنسي إلى القول بأن عناصر الحياة الخاصة تتمثل في الحياة الأسرية العائلية، والحياة الشعورية والعاطفية، والحالة النفسية والعقلية، والحالة البدنية، والعوامل النفسية والدينية، بالإضافة إلى أوقات الفراغ[٥] .

والجدير بالذكر أن القضاء الفرنسي لم يضع تعريفاً محدداً للحياة الخاصة كما هو الحال في القضاء المصري، فالقضاء في فرنسا في أغلب الأحكام يركز على ذكر ما لا يدخل في نطاق الحياة الخاصة، ومن ذلك أن الحياة الوظيفية أو المهنية تخرج عن دائرة الحياة الخاصة[٦] ، قاصدا من ذلك توفير أكبر قدر من الحماية الحق في الحياة الخاصة، ومن أهم التطبيقات القضائية في هذا الخصوص

---

[١] - د. سعد عصفور، النظام الدستوري المصري، دستور منة ١٩٧١، بدون دار نشر و تاريخ نشر، ص٣٥٦

[٢] - د. أدم عبد البديع أدم، المرجع السابق، ص٢١٧

[3] - Jacques Velu: Le Droit au respect de la vie privée.. PUN, 1974, p.24.

[4] - Claude-Albert Colliard. Librtes Publiques, Dalloz, 6 ed. 1982, P 366.367

[5] - Jacques Robert, op. cit, P. 266.

[6] - Raymond Gassin , Isabelle Lolies: op.cit, p 35

الحالة الصحية والرعاية الطبية حيث ذهبت محكمة باريس في ١٣ يناير ١٩٩٧ بشان نشر صورتين في مدينة "Paris Match" تظهران السيد فرانسوا ميتران على فراش الموت حيث تم التقاطهما خفية من قبل أحد الأشخاص دون علم عائلته، وأصدرت المحكمة حكما بإدانته استناداً إلى أن الأحكام قد اعتبرت أن الانتهاكات الموجهة إلى حرمة الحياة الخاصة تمتد لتشمل نشر صورة شخص حي أو ميت.[١] "

كذلك قضت محكمة النقض الفرنسية في ٤ نوفمبر عام ٢٠١١م أن مفهوم الحياة الخاصة يشمل عناصر متنوعة تتعلق بهوية الشخص، بما في ذلك صورته و اسمه، وأن مرافقة الشخص على نشر صورته لا تشمل الموافقة على نشر اسمه إلى جانب صورته التي وافق على نشرها"[٢] .

وعرف القضاء الفرنسي الحياة الخاصة في ٤ يناير عام ٢٠٠٥م ب أن الحياة الخاصة مفهوم يشير إلى حماية جوانب شخصية دقيقة في حياة الفرد[٣].

وأكد القضاء الفرنسي كذلك على أن العلاقات الجنسية تدخل في عداد الحياة الخاصة للشخص ومن ثم لا يجوز التدخل فيها[٤] .

نستنتج من مجموع الأحكام السابقة وجود صعوبة في تعريف الحياة الخاصة، أو تحديد عناصرها بشكل دقيق، فهي من الأمور التقديرية، ولا تستند على أساس معين ثابت و المرجع، في تقديرها الشخص نفسه والجمهور[٥].

ثانياً: التعريف السلبي لفكرة الحياة الخاصة:

لجأ أنصار التعريف السلبي في تعريفهم للحياة الخاصة إلى اتجاهين عند تعريفهم للحياة العامة، الاتجاه الأول ، ويعرف بالاتجاه المعياري في تعريف الحياة العامة ، أما الاتجاه الثاني، فيعرف بالاتجاه المختلط في تعريف الحياة العامة، وسنتناول بيان ذلك كما يلي:

أ- الاتجاه المعياري في تعريف الحياة العامة

يتم تحديد مدلول فكرة الحياة العامة وفقا لهذا الاتجاه بوضع تعريف شامل لها بالاستناد إلى معيار محدد حيث استند هذا الاتجاه إلى معيارين.

---

1 - TGI Paris 13 Janvier 1997.D. 1997. p. 256, Note Bernard Beigni
2 - Cassi 4 nombre 2011, No de pourvoi: 10.2476
3 - Cass crita 1 invier 2015, No de Morvoi: 04.801812
4 - André Bertrand. Droit à la vie privée et droit à l'image, Paris, Litec, 1999.p93.
5 - Cas.Crim 2 juin 1980, Bull CrimNo 168.

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

المعيار الأول:

يتمثل في ارتباط الحياة العامة بفكرة المصلحة الجماعية حيث إن الفرد داخل المجتمع يقوم بممارسة أنشطة عديدة، وقد تكون لهذه الأنشطة صلة بالمصلحة العامة ، وهذه الأنشطة تعد متصلة بالحياة العامة. ومن ثم فإن أي اعتداء يقع من شخص على تلك الأنشطة الأخيرة لا يمكن مساءلته عن ذلك بدعوى اعتدائه على الحياة الخاصة، والقول باعتبار فعل الشخص له صلة بالمصلحة العامة فلا بد أن يكون لهذا الفعل انعكاساته التي تمس المصالح العليا للمجتمع، الذي يمس بالتالي المصالح ، ويثير انعكاسا لديها بالموافقة أو الرفض[١].

المعيار الثاني:

يتمثل في ارتباط الحياة العامة بشهرة الشخص ونشاطه المهني حيث إن الحياة العامة للشخص تتسع بسبب نشاطه المهني الذي يقوم بممارسته (كلاعب الكرة ، أو رجل الأعمال.. الخ). وقد أخذ القضاء الفرنسي بهذا المعيار في بعض القضايا مثل قضية "بيكاسو"[٢] .

والملاحظ علي الاتجاه المعياري أنه يتسم بالمرونة وعدم التحديد إذ إن ما يجوز نشره في حالة من الحالات قد لا يكون مقبولاً نشره في حالة أخري، فكون الشخص مشهوراً، لا يمنعه من المطالبة باحترام حقه في حياته الخاصة، وهذا ما أكدت عليه المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان حيثُ تري أنه لكل فرد – مهما كان وضعه – أن يستشعر بأمل شرعي في حماية واحترام حقه في الحياة الخاصة[٣] .

وتقول محكمة "نانتير" Nanterre في حكم لها بتاريخ ٢٠ ديسمبر ٢٠٠٠ "لا يستوي الاعتداء على الحياة الخاصة الذي شرف عرض نفسه لفضول العامة، كالاعتداء على إنسان قليل العرض، والشخص الذي يتصرف بتحفظ شديد [٤].

---

[١] - د. محمد عبد العظيم محمد، حرمة الحياة الخاصة في ظل التطور العلمي الحديث، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٨٨، ص ٣٨٠.

[٢] - تتلخص وقائع هذه القضية في أن الكاتبة Francoise Gilot قد أصدرت مؤلفا عن الرسام الكبير المذكور، وأوضحت بانه شخص متقلب حاد المزاج، بالإضافة إلى أن حياته مليئة بالتناقضات وحب القسوة. وعند النظر في هذه القضية من جانب محكمة استئناف باريس ميزت بين الحياة العامة للشخص العادي، وبين الحياة العامة للمشاهير، واعتبرت أن الشهرة سبب لاتساع الحياة العامة لصاحبها على حساب حياته الخاصة

TGI Paris, 6. Juillet, 1965, Gaz, Pal, n°136 -.

-Emelle sudre, La protection de la vie privée et de l'image de la personne face au droita rinformation du public, Thèse de doctorat, université de Toulouse. l-sciences sociales, 2002 p. 45

[3] - CFDII, 3 sect, 24 juin 2004, , legi - press, 2004, N° 217.

[4] - Emelle sudre, op cit, p. 45

كما ذهبت محكمة النقض الفرنسية في ١٦ مايو ٢٠١٨م إلى القول "أن حرية الاتصال وتداول المعلومات تسمح بنشر صور الأشخاص المتواجدين في حدث عام، خاصة إذا كان هؤلاء الأشخاص من الشخصيات العامة حيث تعتبر هذه الصور عند نشرها مرتبطة بشكل مباشر بالحدث، ولا تمثل تشويه لصورتهم . وفيما يتعلق بالصور الأربعة المنشورة في المقالة محل النزاع على أساس أنها تمثل اعتداء على الحق في الصورة للسيد باتريك Patrick بسبب كونها التقطت بمناسبة تواجده في احتفال عام حيث فرغت الصورة من محتواها، ونشرت بدون إذنه ومن دون السؤال عن سبب دعوته إلي هذا الاحتفال، الأمر الذي تري معه محكمة النقض نقض حكم محكمة استئناف فرساى Versailles لانتفاء السبب أو الأساس القانوني لتطبيق المادة التاسعة من القانون **المدني والمادة العاشرة من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان وحرياته الأساسية**[١].

ب- الاتجاه المختلط في تعريف الحياة العامة.

اتجه جانب آخر من الفقه في تحديد الحياة العامة بالنظر إلى العناصر الداخلة في تكوين هذه الحياة، فعرف البعض الحياة العامة بأنه "تتمثل في اشتراك المرء في حياة الجماعة التي يعيش فيها، ومظاهرها الأساسية الثلاثة وهي: أعماله، و وقت فراغه، وأنشطته.

تقدير التعريف السلبي للحياة الخاصة:

إن التعريفات السلبية للحق في الحياة الخاصة تسهل تحديد مدلول فكرة الحياة الخاصة ، وذلك بتعريف نقيضها وهي الحياة العامة، فما لا يعد من الحياة العامة يعد من الحياة الخاصة , كما أنها ركزت على الاهتمام بخصوصية الحياة بالتالي تجعل الأولوية لحماية الحياة الخاصة من تطفل الغير عليها، فالمسموح به للغير أن يطلع عليه هو الجانب العام من حياة الفرد على أن يكون الاطلاع المباح به في أضيق نطاق وعليه يعد كل نشر غير مرخص به مجرما، ويؤدي إلى انتهاك خصوصيات الفرد[٢] .

ويؤخذ على التعريفات السلبية لحرمة الحياة الخاصة صعوبة وضع حدود فاصلة بين الحياة العامة والحياة الخاصة، وأن عناصر الحياة العامة مختلف عليها فقها وقضاء، كما أن المعايير التي قيلت بشأن التميز بين الحياة العامة و الحياة الخاصة كانت مرنة وفضفاضة.

الخلاصة أنه على الرغم من أهمية مفهوم الحياة الخاصة، فإنه لا يوجد لها تعريف في القانون[٣] ، غير أن عدم وضع المشرع تعريفا للحياة الخاصة فتح الباب واسعا لاجتهاد الفقه والقضاء لوضع تعريف لتلك الفكرة، وهذه المحاولات أسفرت عن صعوبة وضع تعريف لفكرة الحياة الخاصة، فهي من

[1] - Cass, Civ 16 mai 2018, N° de pourvoi: 11-18449

[٢] - د. هشام محمد فريد رستم ، الحماية الجنائية لحق الإنسان في صورته، المرجع السابق، ص ٧٩، ٨٠

[3] - Jean Slemmons Stratford, Juri Startford: Data Protection and Privacy in the unite states and Europe, lassist Quarterly, Fall 1998.P. 17

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

الأفكار الغامضة لأنها فكرة متغيرة ومتطورة من مكان لمكان، ومن زمان لزمان[١] ، كما تتنوع من مجتمع لآخر بحسب عادات وتقاليد كل مجتمع، بل إن فكرة الحياة الخاصة قد تختلف من مجتمع لآخر في المجتمع الواحد ومن شخص لآخر وذلك بحسب التكوين الأخلاقي و الثقافي و الديني والاجتماعي... الخ[٢] .

رأي الباحث في تعريف حرمة الحياة الخاصة: يمكننا أن نعرف حرمة الحياة الخاصة بأنها حق الشخص في أن يحترم الغير كل ما يعد من خصوصياته (مادية كانت أو معنوية)، وحقه في التحكم في بياناته ومعلوماته الشخصية، وألا تستخدم أو أن تكون محلا للمعالجة الإلكترونية أو اليدوية بدون إذنه، وفقا للعادات والتقاليد والنظام القانوني القائم في المجتمع.

المطلب الثاني

التعريفات القضائية لحرمة الحياة الخاصة

إنَ القضاء من جانبه امتنع غالبا عن إعطاء تعريفا للحق في الحياة الخاصة يحدد ماهيته وحدود، ومن ثمة يكتفي بأن يبحث كل حالة على حدي حتى يوفر الحماية الكافية دون أن يتقيد بقواعد مسبقة، فيصعب القول مسبقا أن تنتهي الحياة الخاصة وأين تبدأ الحياة العامة[٣].

إذا كان القضاء لم يضع تعريفا عاما للحياة الخاصة، إلا أنه أظهر ذلك فيما يصدر عنه من أحكام في الحالات المعروضة عليه في نطاق حرمة الحياة الخاصة، وهذا ما سنتعرض له على اختلا أحكامه في كل من القضاء الأنجلوساكسوني والقضاء اللاتيني والقضاء المصري.

أولا: القضاء الأنجلوساكسوني

قام القضاء الأنجلو ساكسوني بحصر مجموعة الانتهاكات الرئيسية التي تقع على الحقوق الفرعية الداخلية للحق في الحياة الخاصة[٤] مع تركه المجال مفتوحا لما قد يقضي به التطور من حذف أو إضافة إلى قائمة هذه الانتهاكات[١] ومن أهمها ما يلي:-

---

[1] - Micheline Decker. Aspects internes et internationaux de la protection de la vie privée en dro ançais, allemande et anglais, Thèse de doctorat, université pantheon-assas(prarisll),2000, p,404

[2]Jean Pradel, Geert Corstens et Gert Vermeulen, Droit pénal européen, Dalloz Droit pénal européen, Dalloz, 3o éd, 2009 -

[٣] - د. حسام الدين الاهواني ، المرجع السابق، ص ٤٣

[٤] - د. هيثم السيد عيسي , التشخيص الرقمي لحالة الانسان في عصر التنقيب في البيانات الشخصية عبر تقنيات الذكاء الاصطناعي وفقاً للائحه الأوربية العامة لحماية البيانات الشخصية لعام ٢٠١٩ . ط ١ , دار النهضة العربية . ص ٦٥

١. انتهاك أو اقتحام عزلة الفرد، أو خلوته، أو التدخل في حياته الخاصة، كالاعتداء على حرمة مسكنه، أو التنصت على محادثاته التليفونية، أو تصويره، أو التأمين على حياته بغير رضاه.

٢. الإفشاء العلني للوقائع الخاصة التي تمس الشخص العادي كإفشاء واقعة إصابته بمرض مخزي، أو عجزه عن سداد ديونه، أو نشر صورة لابنه المشوه

٣. تشويه سمعة الشخص في نظر الجمهور، كعرض صورته في معرض صور المتشردين، والمشتبه فيهم بعد تبرئته من جريمة اتهم فيها، أو استعمال اسمه أو صورته على نحو يسيء إليه، كأن يوضع اسمه بغير علمه على برقية عامة أو مقال ينسب إليه رأياً لا يعتنقه

٤. الاستيلاء على بعض عناصر شخصيته، كالاسم، أو الصورة لتحقيق مغنم خاص، مثل استغلال اسم الشخص أو صورته في الدعاية لسلعة.

هذا الاتجاه نفسه الذي سار عليه القاضي الأمريكي مستندا على فكرة الحرية، حيث عرف الحق في الحياة الخاصة بأنه «حق الفرد في أن يختار سلوكه الشخصي وتصرفاته في الحياة عندما يشارك في الحياة الاجتماعية مع الآخرين [٢]

ثم حدد هذا القاضي ثلاث مجموعات رئيسية لهذا الحق وهي تتضمن المجموعة الأولى حرية التعبير عن الأفكار والاهتمامات والذوَق والشخصية، أما الثانية فتتعلق بحرية الفرد في أن يكون له أولاد يربَيهم وينشئهم، فيما تتمثل المجموعة الثالثة في حق الفرد في كرامة بدنه وتحرَره من القسر والقهر[٣]

يقابل التعريف الواسع للحياة الخاصة للقاضي ،((DOUGLAS)) تعريفا آخر للقاضي الأمريكي ((COOLEY)) الذي عرف الحياة الخاصة تعريفا ضيقا على أنها «حق الفرد في أن يعيش حياته ولو بصفة جزئية بعيدا عن المجتمع مع أدنى حد من التدخل من جانب الغير، أي حق الفرد في أن يترك وشأنه[٤]

---

[١] - د. هشام محمد فريد رستم ، الحماية الجنائية لحق الإنسان في صورته ، المرجع السابق , ص٥٣و٥٤.

[2] - DOUGLAS (W), The privacy opinions of Justice Douglas, Yale Law journal, Vol.78, N° 8, July 1968, p, 56 .

كان دوڤلاس عضو في المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية آنذاك ،ويعد من أهم القضاة الذين ساهموا في توسيع مفهوم الحق في الحياة الخاصة، ويظهر من خلال تعريفه لهذا الحق الوارد في المرجع المذكور أعلاه الربط الواضح بين الحق في الحياة الخاصة وفي فكرة الحرية التي قال فيها: « أن الحرية بمعناها الدستوري تذهب إلى أبعد من مجرد التحرر من كل صور التحكم والقيود المشروعة للحكومة، حيث يجب أن تتضمن الحياة الخاصة أيضا، بل إن حق الفرد في أن يترك وشأنه هو بداية كل الحريات.

[3] - DOUGLAS (W), op.cit, p 124

[4] - NIZER (l), The right of privacy: a half century's development, Michigan law review; 1941, vol.39, p 527

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

ويعتبر هذا التعريف من أشهر التعريفات ،التي ربطت بين الحياة الخاصة وبين الهدوء والسكينة والخلوة، إذ أن الحياة من منظوره لا تقتصر على عدم الكشف على الأسرار، وإنما تعني الامتناع عن الاعتداء على هدوء الآخرين

و من الجدير بالملاحظة أن جانب كبير من شراح القانون الأمريكي يميل إلى تفضيل عبارة "حق الشخص في الخلوة والسكينة"، على تسمية الحق في الحياة الخاصة، وفكرة الهدوء والسكينة لها وجهان، أحدهما إيجابي يتمثل في احترام سرية الحياة الخاصة وثانيهما سلبي يكمن في الامتناع عن تعكير الحياة الخاصة والخوض فيها[١] .

ثانيا: القضاء اللاتيني

وعلى الرغم من امتناع القضاء اللاتيني عن إعطاء تعريف عام للحق في الحياة الخاصة، إلا أن موقفه بدا جليا فيما صدر عنه من أحكام في الحالات التي عرضت عليه في نطاق تكريسه للحق في الحياة الخاصة. ولقد كان للقضاء الفرنسي الفضل في إرساء مبدأ السرية في الحياة الخاصة، وفي وضع الأساس المتين لها ،وذلك في العلاقات بين الأفراد الخواص، ثم في العلاقات بين السلطة العامة وهؤلاء الأفراد الخواص[٢] .

(En 1890, Samuel WARREN et Louis BRANDEIS (deux magistrats Américain), dans leur « The right to privacy », publié dans la Harvard law review, p 193. Année 1890 avaient plaidé pour que soient sanctionnées les atteintes à la vie privée (invasion of privacy) et que soit reconnu par les tribunaux « Un droit d'être laissé tranquille » (The right to be let alone)

-Il fallu attendre 15 ans pour que leur article fasse jurisprudence dans l'arrêt rendu à l'unanimité par la cour suprême de Géorgie dans l'affaire PAVESICH en 1905 contre la compagnie d'assurance : « New England Life ins.Go.«

-Mais ce n'est qu'en 1960 que William PROSSER, doyen de la faculté de droit de BERKELEY, systématisa le concept pour le fractionner en 4 éléments distincts comme nous l'expliquerons dans ce qui suit de l'avis de la doctrine Américaine concernant la vie privée.

-Cependant, il est à rappeler qu'avant 1890, et avant Messieurs WARREN et BRANDEIS, il y eut un certain =-Mr COOLEY, auteur et magistrat Américain qui fut le premier à prôner le concept de tranquillité » dans son ouvrage « Trots » paru en 1888. 2éme édition, p 29

[١] - د. مفتاح محمد رشاد ابراهيم، الحماية الجنائية للحق في حرمة الاتصالات الشخصية، أطروحة دكتوراه, كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية ، سنة ، ٢٠٠٩ص ١٩٥

[٢] - د. محمد حسن قاسم , المرجع السابق , ص ٩٧.

حيث ذهب القاضي((NERSON) إلى تعريف الحق في الحياة الخاصة بأنه "حق الشخص في أن يحتفظ بأسرار من المتعذر على العامة معرفتها إلا بإرادة صاحب الشأن والتي تتعلق بصفة أساسية بحقوقه الشخصية[١] .

فيما ذهب القاضي((MALHERBE) إلى القول بأن الحق في الحياة الخاصة والحقوق الشخصية يشملان حماية وحرمة الحياة الخاصة للفرد مما تنشره عنه الصحافة وحماية اتصالاته الخاصة ومراسلاته اللاسلكية وتسجيلاته وشؤونه الصحية، وكذلك حماية حرمة مسكنه وحماية حياته العائلية التي تشمل المسؤولية عن نفقة الأبناء إلى وقت بلوغهم فضلا عن الأمور التي لها تأثيرها على حياته الشخصية[٢].

ومن خلال هذه التعريفات يبدو أن القضاء الفرنسي لم يضع تعريفا للحياة الخاصة مكتفيا ببيان الحالات التي تدخل في نطاق هذا الحق، وعليه تكون دراسة أهم تطبيقات القضاء الفرنسي في هذا الشأن في النقاط الآتية[٣] :

١. اسم الشخص ومحل إقامته

وفي جانب آخر يميل القضاء الفرنسي إلى اعتبار اسم الشخص ولا سيما الاسم المستعار الذي اختاره الشخص لنفسه، كما يعتبر من حق الإنسان أن يحتفظ بمكان إقامته في طي الكتمان والأمر كذلك بالنسبة لقضاء أوقات الفراغ، والحياة المهنية أو الوظيفية أو الحرفية، والسياسية.

٢. الحياة الزوجية والعائلية

لقد استقر القضاء الفرنسي على أن الأمور العاطفية من خطبة ومغامرات عاطفية والحياة الزوجية وكذا الطلاق، والأمور العائلية، لا يجوز الكشف عنها للناس بصر النظر عن كونها حقيقية، أم خيالية[٤] .

[١] - د. هيثم السيد عيسي , التشخيص الرقمي لحالة الانسان في عصر التنقيب في البيانات الشخصية عبر تقنيات الذكاء الاصطناعي وفقاً للائحه الأوربية العامة لحماية البيانات الشخصية ، المرجع السابق ، ص١٢٤

[2] - Commission Nationale de l'Informatique et des LibertésenFrance: https://www.cnil.fr/fr/la-cnil-en-france

[٣] - د. عاقلي فضيلة، الحماية القانونية للحق في حرمة الحياة الخاصة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاصكلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة ، السنة الجامعية ، ٢٠١٢ , ص٦

[٤] - د. مفتاح محمد رشاد ابراهيم، الحماية الجنائية للحق في حرمة الاتصالات الشخصية ، أطروحة دكتوراه تخصص قانون جنائي ، كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية ، سنة ،٢٠٠٩ , ص ١٩٨

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

٣. الذمة المالية للشخص

ويعتبر من أهم ما يتصل بالحياة الخاصة في فرنسا هي الأمور المتعلقة بالذمة المالية للشخص، ومن ثم يعد من قبيل انتهاك الخصوصية نشر كل ما من شأنه الكشف عن عناصر الذمة المالية سواء أثناء حياة الشخص أو بعد وفاته.

٤. الحالة الصحية للشخص

اعتبر القضاء الفرنسي صحة الإنسان، وما يصاب به من أمراض من أدق الأمور الخاصة ، والتي لا يسمح بنشرها إلا بإذنه، كما لا يصح تصوير المريض وهو في فراش المرض كما لا يجوز نشر هذه الصور، و أن لا يعكَر عليه أحد خلوته[١] ،وهذا ما أخذ به القضاء الفرنسي في قضية "جيرالد فيليب"، حين طالب المدعي الاحتفاظ بسكينة ابنه المريض ضد اعتداءات رجال الصَحافة، فاستجابت المحكمة إلى طلبه تأسيسا على فكرة السكينة والخلوة، وكون الحقَ في الحياة الخاصة يتضمن هذا المعنى.

ثالثاً : القضاء المصري

لقد دافع القضاء المصري في البعض من قراراته وأحكامه على سرية الحياة الخاصة وحمايتها، ففي قضيتين مختلفتين رفعت ضد مجلَتين قامتا بنشر مقالين تضمَنا نقدا لأفعال صدرت عن المدَعيتين في مكان عام، صدر الحكم في كل دعوى برفضها على أساس أنَ نشاطات المدَعيتين علني غير سرَي، لذلك لا تحظى بالحماية القانونية المقرَرة لأنَ هذه النشاطات خارجة عن حياتهما الخاصة[٢]

ولم يخرج القضاء المصري عن هذا الخط، و بالرجوع إلى القضاء المصري ومن خلال أحكامه وقراراته نجده يعتنق في البعض منها فكرة الهدوء والسكينة كأساس لحماية الحياة الخاصة أهمها قرار محكمة النقض المصرية رقم ٣٠٩٧ الصادر بتاريخ ٢٠٠٠/٥/٨ عن قضية التشهير والحط من الكرامة لموظف دون وجه حق، قضت المحكمة له بالتعويض المدني[٣].

---

[١] - د. محمد حسن قاسم , المرجع السابق , ص٨٣.

[٢] - تتمثل هاتين القضيتين في:

- القضية الأولى رقم ٣٦٦/٩٥مدني جزائي، السيدة زينب، محكمة القاهرة ، الحكم الصادر بتاريخ ١٩٩٥/٢/١٨.

- القضية الثانية رقم ١٧٤/٢٠٠٣مدني جزائي، السيدة زينب محكمة القاهرة، الحكم الصادر بتاريخ ٢٠٠١/١١/١.

[٣] - صدر عن القضاء المصري عدة أحكام وقرارات نذكر عينة منها:

- قرار محكمة النقض المصرية رقم١٨٧٩ بتاريخ ٢٠٠٠/١/١٤ حول التقاط صورة للمدعي في منزله خفية عنه، حكمت له بالتعويض المدني.

- حكم محكمة جنايات القاهرة رقم ١٨٦٤بتاريخ ١٩٨١/١١/١٣ قضية التنصت والتسجيل لأحاديث خاصة بمجموعة من البنات سبب لهن إزعاج وضرر لحياتهن الخاصة وعكر صفوها

ونخلص مما سبق أنه في ظل انعدام تعريف جامع مانع للحق في الحياة الخاصة، نجد أن تحديد ماهية هذا الحق يرتبط بعدة حقائق لابد الأخذ بها بعين الاعتبار ألا وهي أنَ هذا الحق يتطلب الاعتراف للشخص بسلطة الاعتراض على التدخل في خصوصياته والاعتداء على حياته الخاصة، كما أنَه يرتبط بمنظومة التقاليد والثقافة والقيم الدينية السائدة والنظام السياسي في كل مجتمع، وأنَ هذا الحق يتضمن عناصر رئيسية مشتركة، تلتقي عندها كحد أدنى الآراء المتباينة بشأن تعريف هذا الحق وبيان نطاقه وحدوده .

المراجع العربية

- إبراهيم عيد نايل ، الحماية الجنائية لحُرمة الحياة العامة في قانون العقوبات الفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة،٢٠٠٠
- احمد محمد حسان، حقوق الإنسان في مجال الحماية الجنائية لحقه في صورته في الأماكن الخاصة , مجلة مركز بحوث الشرطة، ع٢٥ يناير, ٢٠٠٤
- أحمد محمد حسان، نحو نظرة عامة لحماية الحق في الحياة الخاصة في العلاقة بين الدولة والأفراد، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠١م
- أدم عبد البديع أدم، الحق في حُرمة الحياة الخاصة ومدى الحماية التى يكفلها القانون الجنائي ، دراسة مقارنة , رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠٠٠م
- حسام الدين كامل الأهواني ، الأمن في الحرية الشخصية وفقاً لروابط القانون الخاص بحث مقدم لي مركز دراسات وبحوث حقوق الإنسان، جامعة القاهرة، ١٩٧٠
- رمسيس بهنام، نطاق الحق في حرمة الحياة الخاصة ، بحث مقدم إلي مؤتمر الحق في حرمة الحياة الخاصة المنعقد في كلية الحقوق بجامعة الإسكندرية في الفترة من ٤ – ٦ يونيه ١٩٨٧ م
- رمضان عبد الله صابر، مظاهر السلطة التنظيمية لصاحب العمل داخل المنشأة ، دار النهضة العربية ٢٠٠٠
- سعد عصفور، النظام الدستوري المصري، دستور منة ١٩٧١، بدون دار نشر و تاريخ نشر
- صلاح محمد أحمد دياب، الحماية القانونية الحياة الخاصة للعامل وضماناتها في ظل الوسائل التكنولوجية الحديثة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧
- عاقلي فضيلة، الحماية القانونية للحق في حرمة الحياة الخاصة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة ، السنة الجامعية ، ٢٠١٢
- عبد المنعم فرج الصده ، الحق في حُرمة الحياة الخاصة في مجال الإثبات ، بحث مقدم إلي مؤتمر الحق في حُرمة الحياة الخاصة المُنعقد بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية في الفترة من ٤-٦ يونيه ١٩٨٧م.

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

- عبد الوهاب عمر البطراوي ، أساس المسئولية الجنائية للشخص المعنوي الخاص دراسة مقارنة، مجلة الأمن والقانون، س ١٣، ع ١ يناير ٢٠٠٥م
- محمد عبد العظيم محمد، حُرمة الحياة الخاصة في ظل التطور العلمي الحديث، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، ١٩٨٨
- محمد محمد الشهاوي، الحماية الجنائية لحرمة الحياة الخاصة ، رسالة دكتوراه - كلية الحقوق ، جامعة القاهرة , ٢٠٠٥
- محمود عبد الرحمن ، نطاق الحق في الحياة الخاصة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٤
- محمود نجيب حسني، الحماية الجنائية لحرمة الحياة الخاصة , بحث مقدم إلى مؤتمر الحق في حرمة الحياة الخاصة المنعقد في كلية الحقوق جامعة الإسكندرية، في الفترة من ٤ – ٦ يونيه ١٩٨٧م.
- مفتاح محمد رشاد ابراهيم، الحماية الجنائية للحق في حرمة الاتصالات الشخصية ، أطروحة دكتوراه تخصص قانون جنائي ، كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية ، سنة ،٢٠٠٩
- ممدوح خليل بحر، حماية الحياة العامه في القانون الجنائي، رسالة دكتوراه. كلية الحقوق - جامعة القاهرة، ١٩٨٣
- نعيم عطية ، حق الأفراد في حياتهم الخاصة ، مجلة إدارة قضايا الحكومة ، ع٤، س٢١، ديسمبر ١٩٧٧
- هشام محمد فريد رستم , الحماية الجنائية لحق الإنسان في صورته ,بحث منشور في مجلة الدراسات القانونية ، ع ٨ ،يونيه ١٩٨٦م
- هيثم السيد عيسي , التشخيص الرقمي لحالة الانسان في عصر التنقيب في البيانات الشخصية عبر تقنيات الذكاء الاصطناعي وفقاً للائحه الأوربية العامة لحماية البيانات الشخصية لعام ٢٠١٩ . ط ١ , دار النهضة العربية

المراجع الاجنبية

- Raymond Gassin , Isabelle Lolies: La protection pénale de la vie privée, PUM, 1999
- Rapport rédigé par Telecom Paris Tech qui a assuré la direction scientifique de l'étude –Résultats préliminaires de l'étude WITE 2.0 qualitative réalisée par entretiens semi-directifs-2011
- Ellen Aldrman karoline Kennedy: The right to privacy, Vintage Books, 1993

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

- kenneth creech: Electronie media law and regulation, focal press, USA, ed 3. 2002
- J.C Galloux,H. Gaumont-Prat,Droits et libertés corporels, Recueil Dalloz 2010
- Bernard BEIGNIER, Thèse sur "L'honneur et le droit, Université de Panthéon-Assas, Paris, 1991, disponible sur
- Jacques Velu: Le Droit au respect de la vie privée.. PUN, 1974
- Claude-Albert Colliard. Librtes Publiques, Dalloz, 6 ed. 1982
- TGI Paris 13 Janvier 1997.D. 1997
- André Bertrand. Droit à la vie privée et droit à l'image, Paris, Litec, 1999
- -Emelle sudre, La protection de la vie privée et de l'image de la personne face au droita rinformation du public, Thèse de doctorat, université de Toulouse. l-sciences sociales, 2002
- Jean Slemmons Stratford, Juri Startford: Data Protection and Privacy in the unite states and Europe, lassist Quarterly, Fall 1998.
- Micheline Decker. Aspects internes et internationaux de la protection de la vie privée en dro ançais, allemande et anglais, Thèse de doctorat, université pantheon-assas(prarisll),2000
- Jean Pradel, Geert Corstens et Gert Vermeulen, Droit pénal européen, Dalloz Droit pénal européen, Dalloz, 3o éd, 2009 -
- DOUGLAS (W), The privacy opinions of Justice Douglas, Yale Law journal, Vol.78, N° 8, July 1968
- NIZER (l), The right of privacy: a half century’s development, Michigan law review; 1941

الحماية الدستورية لمبدأ الأمن القانوني

د. محمد عدلي رسلان

دكتوراه كلية الحقوق - جامعة حلوان

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

المقدمة :

لا شك أن أي مجتمع منظم سياسيًا يحتاج إلى تحقيق الأمن، إذ لا يصبح ولا يقوم أي مجال من مجالات الدولة إلا من خلال توفير الأمن حتى تستقيم الأمور في كافة المجالات، لذا أصبحت الحاجة إلى الأمن القانوني ملحة ولا يمكن الاستغناء عنه فهو أضحى حق للمواطن اليوم وعنوانا لدولة القانون والمؤسسات.

وعليه فإن مبدأ الأمن القانون هو أحد أهم الأسس التي يقوم عليها بناء الدولة القانونية، كما يُعد واحدا من أهم الغايات التي يهدف القانون إلى تحقيقها، وبالتالي ينصرف مفهوم الأمن القانوني إلى ضرورة التزام السلطات العامة بتحقيق قدر من الثبات للعلاقات القانونية وهو أدنى من استقرار المراكز القانونية المختلفة بهدف إشاعة الأمن والاستقرار والطمأنينة بين أطراف العلاقات القانونية سواء كانوا أشخاص قانونية عامة أم خاصة على حد سواء حتى تستطيع هذه الأشخاص التصرف باطمئنان في ضوء القواعد والأنظمة القائمة، عندما تمارس أعمالها وترتب أوضاعها دون التعرض لمفاجأة أو تصرفات مباغتة صادرة عن السلطات العامة يكون من شأنها زعزعة هذه الطمأنينة.

وإذا كانت سيادة القانون ضمانة لحماية الحقوق والحريات العامة، فإن الأمن القانوني يبدو أحد أهم العناصر الأساسية لهذه الحماية مما يستتبع حماية النظام القانوني بأسره لتحقيق الثقة المشروعة في القانون باعتباره مستنداً إلى سيادة الشعب في النظام الديمقراطي(١).

ونظراً لأهمية مبدأ الأمن القانوني فقد حظي بتكريس صريح في دساتير بعض الدول الأوربية، غير أن التكريس الدستوري الصريح لهذا المبدأ يبدو على سبيل الضمانات العامة الممنوحة للمواطنين، لكن هذه الضمانات ليست حقا معترفا به بصوره عامة حتى لا يصاب نشاط السلطات العامة بالشلل وعدم القدرة على التعديلات التشريعية القائمة(٢).

وعلى أية حال فإن موقف المشرع الدستوري قد تباين من حيث النص على مبدأ الأمن القانوني – كمبدأ دستوري ما بين النص صراحة أو ضمنا بإرسال بعض القواعد الدستورية التي تتضمن تحقيق مبدأ الأمن القانوني بهدف علم الأفراد بما يطبق عليهم من قواعد قانونية(٣).

وفي ضوء ما تقدم فإن معالجة هذا الموضوع تدور حول الضمانات الدستورية لمبدأ الأمن القانوني، وضمان إصدار تشريعات متطابقة مع الدستور، ومع القانون الدولي لحقوق الإنسان بما يكفل حماية الحقوق والحريات العامة للأفراد، ومن ثم سنتناول هذا الموضوع في مطلبين هما:

---

(١) د/ أحمد فتحي سرور: القانون الجنائي الدستوري، دار الشروق، طبعة ٢٠٠٦م، ص٨٤.

(٢) L. Favoreu et avtres: Droit constitution el Dalloz, 1998, p 1349.

(٣) C. C.: 21 déc, 1999, p 422. D. C.

المطلب الأول: مفهوم الأمن القانوني.

المطلب الثاني: الضمانات الدستورية لتحقيق مبدأ الأمن القانوني.

المطلب الأول : مفهوم الأمن القانوني ودستوريته

يتوقف على تحقيق الأمن القانوني تحقيق الأمن الاجتماعي والأمن الاقتصادي واستقرار المجال السياسي وثبات في المراكز القانونية للهيئات العامة والأفراد على حد سواء، ذلك لأن وجود نوع من الثبات للقاعدة القانونية يبعث على استقرار المراكز القانونية ويعمل على إشاعة السكينة والطمأنينة بين الأفراد.

وبذلك يشمل مبدأ الأمن القانوني طائفتين من القواعد هما:

استقرار المراكز القانونية أو الثبات النسبي لها من حيث الزمان، وفكرة اليقين في القواعد القانونية أي الوضوح والتحديد لها.(١)

وقد عرف الأمن القانوني منذ زمن طويل وتركز حوله مجموعة من المفاهيم والأفكار إلا أنه لم يستقر على تعريف محدد لذا فقد تعددت تعاريفه ومن ثم يتعين علينا أن نتطرق إلى تعريفه وبيان عناصره ونشأته ومدى دستوريته في النقاط التالية:

أ - تعريف مبدأ الأمن القانوني:

إن المقصود بالأمن القانوني أنه فكرة تهدف إلى توفير حالة من الاستقرار في العلاقات والمراكز القانونية من خلال إصدار تشريعات متطابقة مع الدستور ومتوافقة مع مبادئ القانون الدولي.

ورغم الاستعمال الشائع للأمن القانوني فإنه قلما يتم الاهتمام بتعريف هذا المبدأ من قبل الفقه إذ غالبا ما تقدم كإطار عام لمجموعة كبيرة من المبادئ والحقوق المرتبطة به أو كغاية محورية لكل نظام قانوني ومطلبا أساسيا لدولة القانون.

ونظرا لصعوبة تعريف الأمن القانوني حاول الفقه في البداية ربطه بالثقة المشروعة، بيد أن البعض يرى بأن الثقة المشروعة هي أقرب للإنصاف منها للأمن القانوني، وأنه رغم التقارب بين الثقة المشروعة والأمن القانوني، فإن الفقه يفرق بينهما استناداً على قرار المجلس الدستوري الفرنسي.(٢)

ويعني الأمن القانوني كل ضمانة وكل نظام قانوني للحماية يهدف إلى تأمين ودون مفاجئة تنفيذ الالتزامات، والحد من عدم الثقة في القانون.(٣)

---

(١) M. Frémont: Le prin cipé de sécurté gurid'iaue (A.J.D.A) 1996 n. spécial, p 178.
وانظر كذلك د/ محمد محمد عبد اللطيف، مبدأ الأمن القانوني، مقالة في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنصورة، كلية الحقوق، ع ٣٦، ٢٠٠٥م، ص٨٨.

(٢) د/ جلاليه دليلة: دور الأمن القانوني القضائي في تحقيق الأمن القانوني مداخلة في ملتقى حول الأمن القانوني، جامعة فاروس بالمدية – كلية الحقوق والعلوم السياسية يومي ١١، ١٢ نوفمبر ٢٠١٤م، ص٤.

(٣) د/ بوزيان عليان: أثر فاعلية القاعدة القانونية في تحقيق الأمن القانوني والقضائي لتحقيق العدالة الاجتماعية، مداخلة في ملتقى حول الأمن القانوني في الجزائر بجامعة يحيى فارس بالمدينة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، يومي ١١، ١٢ نوفمبر ٢٠١٤م، ص٤.

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

ويمكن تعريفه بانه توفير الأمن لقاعدة قانونية مؤكدة وثابتة وواضحة مما يوفر للأفراد الاطمئنان واستقرار مراكزهم القانونية وألا يفاجؤوا بقواعد قانونية تسبب الأضرار بهم.(١)

وترجع صعوبة تعريف الأمن القانوني إلى أن هذا المبدأ متعدد المظاهر ومتنوع الدلالات وكثير الأبعاد وحضوره في الكثير من المجالات، فهو مبدأ الوضوح وقابلية النص للتطبيق ومبدأ عدم الرجعية ومبدأ الفصل بين السلطات.(٢)

وعليه يمكن تبني التعريف التالي: هو التزام السلطة العامة بتحقيق قدر من الثبات للعلاقات القانونية وحد أدنى من الاستقرار للمراكز القانونية بهدف توفير الأمن والطمأنينة لجميع أطراف العقد القانوني.

فهو مبدأ يهدف إلى حماية الأشخاص والممتلكات من الأثار السلبية للقانون، لذا لابد إن تكون القاعدة القانونية واضحة لا لبس فيها ولا غموض، وأن تكون معيارية حاكمة ومفصلية لا تحتاج إلى التنظيم في العمل بها أي لابد من الحد من التنظيم واللوائح التنفيذية.(٣)

وبذلك يهدف الأمن القانوني إلى حماية الأفراد من الأثار السلبية للقانون لا سيما عدم الانسجام، أو تعقيد القوانين أو تعديلها المتكرر مما يؤدي إلى انعدام الأمن القانوني، وبذلك فالأمن يتطلب مناخا قانونيا سليما بدءا من جودة وإعداد القاعدة القانونية حتى تطبيقها وتنفيذها على النحو المنشود.

ب - نشأة مبدأ الأمن القانوني:

لقد رسخ هذا المبدأ في ألمانيا منذ عام ١٩٦١م(٤) حيث أكدت المحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية دستورية المبدأ، وتم الاعتراف به دوليا من جانب محكمة العدل للمجموعة الأوروبية في قرارها عام ١٩٦٢م(٥) تحت عبارة: (الثقة المشروعة التي هي متجانسة مع مبدأ الأمن القانوني، كما أكدت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان منذ عام ١٩٨١م(٦) على ضرورة التوقع القانوني كمطلب للأمن القانوني).

(١) د/ عبد المجيد لخذاري: الأمن القانوني حق من حقوق الانسان الأساسية مداخلة في ملتقى حول الأمن القانوني في الجزائر بجامعة يحيى فارس بالمدينة، كلية الحقوق والعلوم السياسية يومي ١١، ١٢ نوفمبر ٢٠١٤، ث ٣

(٢) Ca thy pomart: La Magistrature Familiale: ver une conseration légal du neuveau visag de voffice du juge aela famille ed., 2004.
– في قضية Sunday Times بتاريخ ١٩٧٩/٤/٦م.

(٣) انظر في معنى ذلك د/ يسري العصار: الحماية الدستورية للأمن القانوني، مجلة الدستور، س١، يوليو ٢٠٠٣م، القاهرة، ص٥.

(٤) قررت المحكمة الدستورية الألمانية منذ عام ١٩٦١م أنه إذا بالنسبة للمواطن فإن الأمن القانوني يظهر قبل كل شيء في حماية الثقة.

(٥) Jeen Francaise Boudeti La caiss des de pots et consignations: his taie statut function Les Logiquee guridiques 2006, P.27et P. 28.

(٦) انظر الحكم في قضية Sunday، بجلسة ١٩٧٩/٤/١م.

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

ما يفيد النص على فكرة الأمن القانوني كمبدأ ملزم لدول الاتحاد الأوروبي في تشريعاتها، مما أي أن القضاء الأوربي فطن إلى أهمية قيام الأمن القانوني في التشريعات الوطنية الأوربية، حتى لا يتم المساس بجزء من الأمن في النظم القانونية والمؤسساتية قد يصعب معها توفير الأمن بشكل عام.(١)

وهكذا نجد أن نشأة مبدأ الأمن القانوني ترجع إلى اجتهاد المحكمة الدستورية الألمانية ومحكمة العدل للمجموعة الأوروبية وليس إلى نص دستوري أو تشريعي في البداية، وقد دخل هذا المبدأ إلى بعض الدول الأوروبية الأخرى كفرنسا، حيث قرر المجلس الدستوري الفرنسي في قراره الصادر بتاريخ ٩ من أبريل ١٩٦٩(٢) أن المشرع هدف إلى تقوية الأمن القانوني عن طريق الحد من طرق الطعن، وبفهم من هذا القرار أن المجلس الدستوري الفرنسي قد أقر دستورية هذا المبدأ ضمنياً.(٣)

وإذا كان المجلس الدستوري لم يرخص صراحة مبدأ الأمن القانوني إلا أنه لم يستثنيه، ومراعاة بمتطلبات الحقوق الأوربية وللقانون الدولي المقارن اتجه المجلس الدستوري إلى دسترة المبدأ من خلال بعض قراراته التي أكدت على ضرورة الأمن القانوني.(٤)

ويرى الفقه الفرنسي أن المجلس الدستوري يتجه نحو الاعتراف بالمبدأ من خلال تأكيده على وجوبية وضوح القانون وسهولة الوصول إليه، وإمكانية فهمه بيسر، وقد كان مجلس الدولة الفرنسي أكثر جرءة من المجلس الدستوري عند اقراره لمبدأ الأمن القانوني، وذلك في حكمه الصادر بتاريخ ٢٤ من مارس سنة ٢٠٠٦م.(٥)

وقد اثارة المحكمة الدستورية العليا المصرية إلى هذا المبدأ في العديد من أحكامها، وقيدت الأثر الرجعي للتشريع في أكثر من مناسبة، كما سارت المحكمة الاتحادية على ذات الضرب مؤكدة عدم رجعية التشريع واستقرار المراكز القانونية.(٦)

---

(١) Iric carpano: Etat de droit europaen P. 230.

(٢) د/ عليان بوزيان: أثر فاعلية القاعدة القانونية في تحقيق الأمن القانوني والقضائي لتحقيق العدالة الاجتماعية ،المرجع السابق، ص٨.

(٣) د/ جوريه اورال: مدى مساهمة القضاء الإداري في تحقيق مبدأ الأمن القانوني، مقالة في مجلة المنهل على الموقع الإلكتروني، جامعة يحى فارس المدية،٢٠٢٢.

(٤) د/ عبد المجيد غميجة: مبدأ الأمن القانوني وضرورة الأمن القضائي، عرض مقدم في إطار الندوة المنظمة من طرف الوارد به الحسينية للقضاء بمناسبة المؤتمر الثالث عشر – المجموعة الأفريقية للاتحاد العالمي للقضاء بالدار البيضاء، في ٢٠٠٨/٣/٢٨م، ص١٨.

(٥) د/ جورية ارال: مدى مساهمة القضاء الإداري في تحقيق مبدأ الأمن القانوني ، المقالة السابقة، ص ٤-٥.

(٦) انظر حكم المحكمة الدستورية المصرية في القضية رقم ٧٧ لسنة ٢٢ق. دستورية بجلسة ٢٠٠٨/٧/٦م، وحكمها في القضية رقم ٤٧/٥٠ق. دستورية بجلسة ١٩٧٨/٤/١م – ج ٢، ص١٤٦، وحكمها في القضية رقم ٣/٤٧ق. دستورية بجلسة ١٩٨٣/٦/١١م، ج٢، ص١٢٧، حيث جاء في حكمها الصادر بتاريخ ٢٠٠٨/٧/٦م، بأنه: " أن الأصل في القاعدة القانونية هو سريانها على الوقائع التي تتم في ظلها حتى إلغائها، فإذا ألغيت هذه القاعدة وحل محلها قاعدة أخرى، فإن القاعدة الجديدة تسري من الوقت المحدد لنفاذها، ويقف سريان القاعدة القانونية القديمة من

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

ج - عناصر الأمن القانوني:

لا شك أن مبدأ الأمن القانوني يقوم ويرتبط ارتباطا وثيقا بالقاعدة القانونية وسلامتها من كافة العيوب والشوائب التي قد توصم بها وتصدر القاعدة القانونية عن الجهة التشريعية المختصة التي تتمتع بكافة الامتيازات لإصدارها والحرص على تطبيقها والسهر على استمراريتها وضروريتها، وبالتالي تقوم القاعدة القانونية على ثلاثة عناصر وهي: الوضوح والاستمرارية والالزامية[١]، وذلك على التوضيح التالي:

أ - عنصر الوضوح:

إن استعمال لغة واضحة في صياغة القاعدة القانونية تسمح للمواطن بفهم حقوقه وواجباته مما يقتضي حسن صياغتها بطريقة سهلة الفهم وأسلوب لا يحتمل التأويل، فوجود تأويلين للنص يجعل القاضي مشرعاً وناطقاً بالقانون، مما يتعارض مع اختصاصاته كمنفذ ومفسر للقانون، وفي ذلك تقضي محكمة العدل الأوروبية بأن الصياغة التشريعية ليست مجرد فن بل هي علم أصيل تحكمة قواعد ومبادئ يلزم اتباعها وفي مبناه يلزم الوضوح وعدم الابهام أو اللبس أو الغموض، حتى تتيسر لكل فرد في المجتمع فهم معاينه، فالتشريع إنما يصاغ اتباع ضبط حركة المجتمع وتصرفات الأفراد ومؤسساته على حد سواء.[٢]

وبذلك حظى وضوح القاعدة القانونية بأهمية خاصة في قضاء الاتحاد الأوروبي كما اسلفنا طبقته محكمة العدل الأوروبية تكرر في أحكامها أن مبدأ الأمن القانوني الذي يشكل جزء من النظام القانوني لقانون الإتحاد الأوروبي بغرض أن يكون الإجراء واضحا ومحددا وأن يتصل إلى علم ذوي الشأن بطريقة يعرفونها على نحو اليقين في الوقت الذي يبدأ فيه الإجراء نافذاً لا سيما في مجال الطعون.

وهذا ما أكدته المحكمة الدستورية العليا في مصر[٣] بقولها: " أن النصوص العقابية لا يجوز من خلال المقالات عباراتها أو تعدد تأويلها أو انتفاء التحديد الجازم بضوابط تنسيقها..".

ويوضح القضاء الدستوري أن وضوح القاعدة القانونية مبدأ دستورياً، لأن الوضوح يرجع إلى حماية أصحاب الحقوق في مواجهة أي تفسير يخالف الدستور مبدأ مواجهة مخاطر الحكم.[٤]

ب - عنصر الاستمرارية والاستقرار:

يقصد بهذا العنصر الابتعاد عن التعديلات المتكررة للقاعدة القانونية مما يصعب على المخاطب باحكامها الاطلاع على كافة هذه التعديلات مما يؤثر سلبا على الأوضاع والحقوق المكتسبة، وفي الوقت ذاته لا تقصد باستمرار واستقرار القاعدة القانونية الجمود، فالقانون يتطلب التلاءم مع الاحتياجات

تاريخ إلغائها، وبذلك يتحدد النطاق اللازم لسريانه ونفاذ كلا من هاتين القاعدتين، فما نشأ مكتملا في ظل القاعدة القانونية القديمة من المراكز القانونية وجرت آثارها خلال فترة نفاذها يظل خاضعا لحكمها وحدها".

(١) د/ عليان بوزيان: أثر فاعلية القاعدة القانونية في تحقيق الأمن القانوني والقضائي لتحقيق العدالة الاجتماعية ، المرجع السابق، ص٦.

(٢) الظاهر بن تركية: الأمن القانوني والقضاء على شبكة الانترنت.

(٣) حكم المحكمة الدستورية المصرية رقم ٢٠ بجلسة ١٩٩٤/١٠/١م.

(٤) Surce point: voil A, Le vade, La Scourite juridi que, communication presente lors dela 4 convetion des jurist de la mediterronee, Acte du collaque d, Alger, get, er10, Dec. 2012.

الاجتماعية والاقتصادية لتحقيق الأمن القانوني أو الاستقرار القانوني، فاستمرار قوانين قديمة لا تتفق مع المتطلبات المستجدة بعد مظهر من مظاهر عدم الاستقرار أو الأمن القانوني.

ج - عنصر الالزامية:

أن القاعدة القانونية لا تحقق الهدف المرجو منها إلا إذا اقترنت بالجزاء على مخالفتها وذلك يجد الأفراد على احترامها باستعمال القوة المادية التي تمتلكها الدولة لقمع المخالفين واجبارهم على اصلاح الضرر والتعويض إذا وجد المقتضى.(١)

د - عنصر الخضوع لمبدأ المشروعية:

يقصد بهذا المبدأ الحكام والمحكومين لسيادة أحكام القانون بالمعنى الواسع له الذي يعد شرطا رئيسيا واحد الركائز لتحقيق مبدأ الأمن القانوني في جميع المجالات، ويقع على عاتق الدولة احترام القانون باعتبارها للطرف الأقوى في العلاقة القانونية حتى تكون بمثابة قدوة، فلا يعقل أن تطلب الدولة من الأفراد احترام القاعدة القانونية ما لم تقوم هي في ذاتها باحترامها والسهر على تنفيذها وتحقيق الغاية منها، وذلك بتحقيق المساواة والمحافظة على المراكز القانونية واستقرار المعاملات.(٢)

وانطلاقا مما تقدم فإن الأمن القانوني يتعين أن يقوم على جودة ومعيارية القانون ومدى استقراره واحترامه لما يحققه من اهداف يتعين تحقيقها.

الهدف من مبدأ الأمن القانوني أو مبررات الأمن القانوني:

إن مختلف التعاريف التي أعطيت لمبدأ الأمن القانوني تبين أهمية هذا المبدأ، وهي أهمية جعلت هذا المبدأ يتميز بعدة مميزات ومن ذلك: أنه شرط جوهري لضمان ممارسة حقوق الأفراد وتحقيق التنمية الاقتصادية، كما أنه مطلب أساسي لدولة القانون وسموه لأن دولة القانون تفترض أحترام مبدأ الأمن القانوني، وأن عدم احترامه يؤدي إلى المساس بمقومات الدولة، وكذلك يتضمن هذا المبدأ على تشجيع الاستثمار الأجنبي.

ومن جميع ما تقدم يمكن القول بأن الفقه لم يعطي تعريفا متكاملا لمبدأ الأمن القانوني إلا أنه ساعد في استنتاج أهم عناصر هذا المبدأ، والتي يمكن ارجاعها في الأساس إلى فكرة الثقة في القانون تلك التي تتطلب احترام حرية التعاقد وحماية الحقوق المكتسبة والمراكز القانونية، وعدم رجعية التشريع، ووضوح القاعدة القانونية ذاتها وسهولة الولوج إليها والاطلاع على مضمونها بطريقة تمكن المعنى بها القدرة على التوقع ومعرفة حكم القانون بشكل مسبق عند التعديل لمواكبة التطورات الاجتماعية والاقتصادية إذا كان مبدأ الأمن القانوني بهذه الأهمية فهل يتجمع بقيمة دستورية أم هو مجرد مبدأ من المبادئ القانونية؟ هذا هو موضوع دراستنا في المطلب التالي.

(١) عليان بو زيان: أثر فاعلية القاعدة القانونية في تحقيق الأمن القانوني والقضائي لتحقيق العدالة الاجتماعية ، المرجع السابق، ص٩.

(٢) الموسوعة الإدارية الحديثة، ج٤٤، الدار العربية للموسوعات، ٢٠٠٠م، ص ٦٤٥.

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

المطلب الثاني

الضمانات الدستورية لتحقيق مبدأ الأمن القانوني

سبق وأن بينا أهمية الأمن القانوني حيث أصبح مبدأ وضرورة في دولة القانون بوصفه غاية القانون لتأمين النظام القانوني من الاختلال والعيوب التشريعية الشكلية والموضوعية على حد سواء، ومن ثم يجب وضع الضمانات الدستورية في الوثيقة الدستورية التي تنشأها الجمعية التأسيسية الأصلية المنتخبة في حسبانها عند وضع النصوص الدستورية التي تعكس فلسفة المجتمع السياسية والاقتصادية والاجتماعية.(١)

وحيث أن الغاية التي يتوخاها مبدأ الأمن القانوني هي ضمان إصدار تشريعات متطابقة مع الدستور والقانون الدولي لحقوق الانسان بما يكفل حماية الحقوق والحريات من الآثار السلبية والثانوية التي قد تنتج عن التشريع المتسم بالتقصير والتضخيم وعدم التجانس والتناغم والتكامل، وإما نتيجة التعديلات المتكررة للقوانين مما نستتبع فقد الثقة المشروعة في الدولة وقوانينها، وهذا لا يتحقق إلا إذا تمت مراعاة فكرة الأمن القانوني، حتى لا تتحول القوانين من وسيلة لتحقيق الأمن والأمان للأفراد إلى وسيلة اضطراب وعدم استقرار وقلق على الحقوق والحريات.(٢)

لاجل ذلك فإن الأمن القانوني يعد واحدا من أهم المبادئ أو الأسس التي يقوم عليها بناء دولة القانون التي تخضع فيها جميع السلطات العامة للقانون بمعناه الواسع بدءا من الدستور ومرورا بالتشريعات النيابية وانتهاء باللوائح والقرارات الفردية، وبالتالي يعتبر مقرر بالدستور تأسيسا على احترام حقوق للإنسان من تعسف السلطة العامة في الدولة ومن هنا تشكل المبادئ التي نص عليها الدستور – بوصفه القانون الأعلى في الدولة – أهم ضمانات الأمن القانوني، فضلا عن كون الدستور يتصف بالسمو والثبات والاستقرار بهدف توحيد النظام القانوني بالبلاد وتوفير الأمن القانوني اللازم لحماية الحقوق والحريات.(٣)

وفي ضوء ما تقدم سنتناول دراسة الضمانات الدستورية لتحقيق الأمن القانوني فيما يلي:

أولا: مدى دستورية مبدأ الأمن القانوني.

ثانيا: المبادئ الدستورية الداعمة للأمن القانوني.

أولاً- مدى دستورية مبدأ الأمن القانوني:

اختلفت الأنظمة القانونية حول دستورية مبدأ الأمن القانوني نظرا لاختلاف طائفتين من الاعتبارات القانونية.

- الطائفة الأولى من هذه الاعتبارات تستند إلى فكرة العدالة التي تجيز تعديل القواعد والمراكز القانونية من أجل تحسين النظام القانوني باستمرار حتى يواكب التغيرات الجارية في شتى المجالات، بينما

---

(١) انظر فتوى الجمعية العمومية لقسم الفتوى والتشريع المصري، ملف رقم ٨٦/٣/٩٠١، بجلسة ١٩٩٦/٣/١٣م.

(٢) د/ محمد جلال العيسوي: دور القاضي الإداري في المنازعة الإدارية، رسالة جامعة المنوفية، ٢٠١٤م، ص٦٧.

(٣) M. Formont: Le principe de securite, undique (A. J. D. A) 1996, article, pnceite, P.178. وانظر كذلك د/ محمد محمد عبد اللطيف: مبدأ الأمن القانوني، مقالة في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنصورة، كلية الحقوق، ٢٠٠٤م، ص ٨٩.

تكمن الطائفة الثانية في اعتبارات فكرة الأمن تلك التي تهدف إلى الثبات والاستقرار واحترام الحالة القائمة بما يفضى إلى الأمن القانوني.

رغم ما يتمتع به مبدأ الأمن القانوني من أهمية في بناء دولة القانون بوصفه إحدى الركائز التي تقوم عليها تلك الدولة إلا أنه باستقراء النظم الدساتير والقوانين لم نجد فيهم ما ينص عليه صراحة ولم يرد كمبدأ دستوري قائم بذاته باستثناء مجموعة من الأنظمة القانونية حيث يعتبر مبدأ دستوري مستقلا في القانون الدستوري الألماني بعدما كرسته المحكمة الدستورية الفيدرالية ألمانية منذ عام ١٩٦١م، وقد استندت المحكمة إلى مبدأ الدولة القانونية المنصوص عليه في المادتين ٢٠، ٢٨ من الدستور الصادر عام ١٩٤٩م، كما يعتبر هذا المبدأ من المبادئ الدستورية المعترف بها في البرتغال وفقا لرأي الفقه والاجتهاد الدستوري الذي يرى أن دستورية المبدأ ترجع إلى ارتباط المبدأ بدولة القانون، ونص عليه الدستور مادته رقم (٢/٢٨٢) والدستور البرتغالي في المادة رقم (٩) منه والتي فحواها: «يكفل الدستور مبدأ المشروعية وتدرج القواعد وعلاقاتها وعدم رجعية النصوص الجزائية فميز التمييزية أو المقيدة للحقوق والحريات الفردية والأمن القانوني ومسئولية السلطات العامة وحظر أي عمل تعسفي من جانبها.[١]

أما القضاء الأوروبي فإنه يستخدم مبدأ الأمن القانوني منذ وقت مبكر ولم تكتف المحكمة باستنباط المبدأ وتحديد مضمونه بل بينت علاقة القانون الأوروبي والقانون الداخلي للدول الأعضاء، فقررت بأن مبدأ الأمن القانوني لا سيما مبدأ الثقة المشروعة الذي يدخل في تكوينه يجب أن يطبق على جميع الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي إذ قضت بأن مبدأ الأمن القانوني – لا سيما مبدأ الثقة المشروعة الذي يدخل في تكوينه – يجب أن يطبق على الأعمال الصادرة من الدول الأعضاء من أجل تطبيق القانون الأوروبي.[٢]

كما اعتنقت المحكمة الأوروبية لحقوق الانسان هذا المبدأ منذ عام ١٩٨١م عن طريق التوقع القانوني كمطلب للأمن القانوني أو للاستقرار القانوني.[٣]

ويذهب البعض[٤] – وبحق – إلا أن مبدأ الأمن القانوني دخل إلى فرنسا من ألمانيا ومن خلال بوابة قانون المجموعة الأوروبية، وتزايد الاهتمام في الوقت الحاضر يتأصل هذا المبدأ ومدى قوته ومدى تزايد اهتمام المحكمة الأوروبية لحقوق الانسان في اعتبارها للمبدأ خاصة فيما يتعلق بالولوج إلى القانون، والتوقع القانوني فيما يمس الحقوق والحريات المضمونة بالاتفاقيات الأوروبية.

غير أن المبدأ في النظام القانوني قد غاب عن النصوص التشريعية والدستورية، كما يرفض المجلس الدستوري الاعتراف به صراحة وفقا لمجموعة من القرارات الصادرة عنه والتي أكدت فيها أن المجلس لا يعترف صراحة بدستورية هذا المبدأ ولكنه كرس لمجموعة أخرى من المبادئ والقواعد

---

(١) د/ محمد عبد اللطيف: المقالة السابقة، ص٩٠، د/ عبد الرحمن اللمتوني، الاجتهاد القضائي والأمن القانوني، مقالة في مجلة الملحق القضائي، وفقا العدل والحريات، المعهد العالي للقضاء، ع ٤٦، ٢٠١٤م، ص٧.

(٢) د/ عبد المجيد غجمية: المقالة السابقة، ص ٥ ، ٦، ١٢.

(٣) C. J. C. A.: 26-4-1988, Hauptizollont hamburg- Jonas, Rec. P. 213.
- انظر في ذلك د/ محمد عبد اللطيف: المقالة السابقة، ص ٩٢.
- د/ عبد المجيد غجمية: المقالة السابقة، ص ٥ ، ٦، ١٢.

(٤) Cathy pcomavt: cop. Cit, P.194, Cahy prmont: OP. cit, P.195.

الضامنة لمعالم المبدأ، ومن ذلك مبدأ عدم رجعية القانون(١)، ومنع المساس بحرية التعاقد إلا للمصلحة العامة الضرورية ووضوح القاعدة القانونية في شكل قواعد قانونية منظمة.(٢)

ويبرر البعض(٣) أن هذا المسلك الذي سلكه المجلس الدستوري بالخوف من أن يردي الاعتراف الصريح بدستورية المبدأ إلى فهم خاطئ بهذه الدستورية حيث تعفي الحقوق والأوضاع المكتسبة بموجب نصوص تشريعية من مواكبة التطورات الجارية ومن ثم التعديل، واستطرد قائلا: نظير مبدأ الأمن القانوني في النظام الفرنسي من خلال المادتين ٩ ، ١٦ من خلال اعلان حقوق الانسان والمواطن اللذين ينصان على مبدأ الأمن بمفهومه العام وعلى حماية الحقوق وهما من صميم مبدأ الأمن القانوني ولهما قيمة دستورية باعتبار أن اعلان حقوق الانسان والمواطن ثم أو ما جاء في ديباجة الدستور والمجلس الدستور اعطى قيمة دستورية لهذه الديباجة.

أما مجلس الدولة الفرنسي فقد طبق المبدأ طالما أن الأمر يتعلق بالنظام الأوروبي، أي أن المجلس جعل من مبدأ الأمن القانوني جزء من القواعد التي يستند إليها في تحقيق رقابته على النشاط الإداري متى كان المركز القانوني خاضعا مباشرة للقانون الأوروبي، وبالمقابل رفض المجلس تمسك المدعي بالمبدأ.(٤)

ويرى بعض الفقه الفرنسي(٥) بأن المجلس الدستوري أقر بالغاية ذات القيمة الدستورية للمبدأ القانوني ووفقا لذلك فالمبدأ ليس دستوريا ولكنه مجرد غاية باعتباره أنه مبدأ عام تجتمع فيه عدة مبادئ وحقوق أخرى ذات ابعاد وقيم مختلفة، أي أنه يعد في حد ذاته غاية لمجموعة من الحقوق والحريات ذات قيمة دستورية.

ولا نوافق هذا الرأي لأنه ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب، فإذا كان مبدأ الأمن القانوني هو غاية لعدة مبادئ وحقوق دستورية فيصبح في حد ذاته مبدأ دستوريا استنادا إلى المادة ٢ ، ١٦ من إعلان حقوق الانسان والمواطن الفرنسي الصادر عام ١٧٩٨م على نحو ما سلف بيانه.

وإذا كان الفقه والاجتهاد الدستوري والقضائي لم يقدم تعريفا متكاملا لهذا المبدأ، فإن ذلك يرجع كما اسلفنا لتعدد مظاهره وتنوع مجالاته وكثرة ابعاده، ووجوده في الكثير من مختلف المجالات، إلا إن هذا الاجتهاد ساعد في استنباط أهم عناصر تكوينه والتي يمكن ارجاعها إلى الفقه في القانون التي تتطلب ضرورة احترام حرية التعاقد وحماية الحقوق المكتسبة عن طريق دعم استقرار الأوضاع القانونية وعدم

---

(١) decision N: 98404. 18-12-1998 cite pqr oliveir D. de Lamothe OP cite.

(٢) De. N: 48165, 20-1-1981.
حيث قضى هذا القرار بإلغاء التشريع الذي يمس استقلال أساتذة التعليم العالي الذي يعتبر مبدأ دستوري في النظام الدستوري الفرنسي، وبرر ذلك بعدم وجود ضمانات مماثلة.

(٣) Francais: Luchoire; de securite juridrqve en const. Français.متاح على شبكة الانترنت

(٤) C. E: 11-11-1997, Rec, P16390.
حيث استقر اجتهاد المجلس الدستوري على إلغاء تشريع لا يرد في شكل قواعد منظمة كالتقارير التي تلحق بنصوص التشريع.

(٥) Cathy pomart La magistralure Familial:ver une cons ecration Le gale dunov veav visage de O's du juge de La famile ed. L'Harmation 2004, P. 200.

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

رجعية القوانين وضرورة وضوح القاعدة القانونية وسهولة الولوج والاطلاع على مضمونها ومعرفة حكم القانون بشكل مسبق حتى لا يفاجئ الأفراد بما يمس استقرار أوضاعهم ومراكزهم القانونية.(١)

وعلى الصعيد المصري والعراقي لم نجد نفي في القانون أو الدستور يشير صراحة إلى مبدأ الأمن القانوني بيد أنهما يجمعان المبدأ من خلال حماية الحقوق والحريات من تعسف جهة الإدارة وتطبيقا لذلك إشارة المحكمة الدستورية(٢) العليا إلى حماية الثقة المشروعة لتقيد سلطة المشرع في الأثر الرجعي للنصوص الضريبية وفي ذلك تقرر: " أنه في مجال تقيم المصلحة المشروعة التي يركن إليها قانون الضريبة الجديد التي فرضها المشرع بمناسبة اعمال قانونية ابرمها المكلفون بها قبل صدوره وليس كافيا لانتفاء هذه المصلحة أن يكون تحقيق الواقعة المنشئة لهذه الضريبة سابقا على صدور قانونها إذ لا يعد أن يكون سريان القانون عليها هو الأثر الرجعي بعينه.

غير أن المحكمة في حكمها السابق لم تستند إلى مبدأ الثقة المشروعة لتقرير عدم دستورية النص التشريعي المعروض عليها، وإنما اعتبرت أن مبدأ عدم الرجعية يرجع إلى مبدأ العدالة الاجتماعية الذي يجب أن يقوم عليه النظام الضريبي طبقا للمادة ٣٨ من الدستور.(٣)

وقد استندت المحكمة(٤) إلى مبدأ الثقة المشروعة في عدم دستورية التحري عن القيمة الحقيقة للأراضي الفضاء والمعدة للبناء لتحصيل رسم إضافي أو تكميلي بعد اتخاذ إجراءات الشهر في حكمها الصادر بتاريخ ٢ من أكتوبر ١٩٩٣م، والذي نصت فيه على أنه: ".... وحيث أن المشرع عزز اتجاه الجباية التي استهدفها بالبند المطعون فيه والذي كان من شأنه وقوع منازعات عديدة بين مصلحة الشهر العقاري والتوثيق والمتعاملين معها بنظام التحري عن القيمة الحقيقة للعقار بعد تمام عملية الشهر واستكمال إجراءاتها تمهيد لاخضاع ما قد يظهر من زيادة – يكون طلبها من ذوي الشأن مصادها لتوقعهم المشروع، فلا يكون مقدارها معروفا قبل الشهر ولا عبؤها ماثلا في اذهانهم عند التعامل ....".

أما المحكمة الاتجادية العليا فقد أنشئت من أجل الحماية الحقيقة للحقوق والحريات من خلال رقابتها على دستورية القوانين ووقوفها في وجه السلطات إذا ما هي خالفتها بشك أو بأخر خاصة فيما يتعلق برجعية التشريع وعدم استقرار المراكز القانونية القائمة، وذلك وفقا لنص المادة ٩٣ من الدستور، وتطبيقا لذلك قضت المحكمة بحماية المبادئ الدستورية التي غايتها مبدأ الأمن القانوني، ومن ذلك إلغاء التشريع المخالف للدستور وتطبيقا لذلك قضت المحكمة الاتحادية العليا(٥) بأن نص المادة ٢٠ (أولا وثالثا) من قانون التقاعد الموحد رقم ٢٧ لسنة ٢٠٠٦م لا يتعارض مع مبدأ الفصل بين السلطات ومبدأ استقلال القضاء والتدخل في شئون السلطة القضائية من قبل السلطة التنفيذية.

وبذلك تكون المحكمة الدستورية في كل من مصر والعراق قد استندت إلى حماية المبادئ الدستورية التي غايتها هو مبدأ الأمن القانوني.

وانطلاقا من تلك المبادئ التي تعد في حد ذاتها ضمانات دستورية لحماية مبدأ الأمن القانوني سيكون هو موضوع دراسة النقطة التالية.

---

(١) د/ عبد الرحمن اللمنوني: الاجتهاد القضائي والأمن القانوني، المقالة السابقة، ص١١.

(٢) حكم المحكمة الدستورية العليا في ١٩٩٣/١/٢م مجموعة أحكام المحكمة، ج٥، المجلد الثاني،.

(٣) د/ يسري محمد العصار: الحماية الدستورية للأمن القانوني في قضاء المحكمة الدستورية العليا، بند ٣، عام ٢٠٠٣م، ص ٥١، د/ محمد عبد اللطيف: المقالة السابقة، ص٩٩.

(٤) حكم المحكمة الدستورية العليا بمصر في ١٩٩٩/١٠/٢م، المجموعة، ج٩، ص٣٥٩.

(٥) انظر حكم المحكمة الاتحادية العليا بالعراق في الدعوى رقم ٨/اتحادية/٢٠٠٦م الصادر بجلسة ٢٠٠٦/٥/٢٩م.

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

ثانيا: المبادئ الدستورية الداعمة للأمن القانوني.

أسلفنا أن مبدأ الأمن القانوني يعد غاية في حد ذاته لعدة مبادئ وحقوق دستورية أخرى، أي أنه غاية لمجموعة من الحقوق والحريات ذات الطبيعة الدستورية، وعدم ورود مبدأ الأمن القانوني كمبدأ في الدستور والقانون لا يعنى تنكر المشرع له، ذلك لأن الدستور والقانون قد وافرا الأقليات الساسية والقانونية لضمان استقرار تشريع يتسم بالجودة والعيارية بصفة عامة.

وإذا كان هذا المبدأ ينبع من فكرة الدولة القانونية الديمقراطية ومن ثم يعتبر مقررا بالدستور تأسيسا على ضرورة احترام الحقوق والحريات العامة وحمايتها من تعسف الجهة الإدارية، وفي هذا الصدد تمثل المبادئ التي نص عليها الدستور أهم ضمانات هذا المبدأ والتي تمثل أهم عناصرها في مبدأ المشروعية (مبادئ القانون) ومبدأ الفصل بين السلطات ومبدأ الرقابة الدستورية على أعمال السلطة التشريعية، ومبدأ وضوح القاعدة القانونية ومبدأ عدم رجعية التشريع كل هذه المبادئ الدستورية تعمل على تحقيق مبدأ الأمن القانوني وبالتالي تعد ضمانة دستورية تعمل على تحسين مبدأ الأمن القانوني في نطاقه الصحيح نجمع بين ثبات وتجديد وعمومية القاعدة القانونية ووضحها وسهولة الولوج إليها وإمكانية تعديلها وتتابع التطورات الجارية بالطريق الذي رسمه المشرع وفقا لمبدأ وضوح القاعدة القانونية دون التطرق إلى التوسع فيها وسوف تقتصر دراستنا على توضيح المبادئ الثلاث الأولى وذلك على التوضيح التالي:

أولاً: مبدأ سيادة القانون:

يرتبط مبدأ سيادة القانون بمسألة الأمن القانوني من جوانب عدة تتكون في الآتي: خضوع الدولة بجميع هيئاتها العامة والخاصة، وخضوع الأفراد، للقانون بمعناه الواسع، وبالتالي على السلطة التشريعية احترام المبادئ والقواعد الدستورية عند احترام القوانين، وأن تتم وفق الطريقة التي نص عليها الدستور بما اصطلح على تسميته بمبدأ الأمن القانوني.

بمبدأ الرقابة على دستورية القوانين وإلا وصم عملها بعدم الدستورية مما يتعين الحكم بعدم دستوريته وإلغائه وما ترتب عليه من آثار بأثر مباشر متى أمكن تسوية ما ترتب عليه من تصرفات سابقة، ولذلك تلتزم جهة الإدارة بتطبيق أحكام القانون في كافة تصرفاتها وإلا وصم عملها بعدم المشروعية المخالفة للقوانين واللوائح، وبالتالي تصبح الدولة دوله قانونية بالمعنى الحقيقي للكلمة، بحيث يطمئن الأفراد لما تصدره السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية من تشريعات تخلو من العيوب بالشفافية الشكلية والموضوعية على حد سواء، الأمر الذي يبعث على الاطمئنان واستقرار المعاملات والحقوق المكتسبة والمراكز القانونية القائمة مما يؤدي إلى توفير وتحقيق مبدأ الأمن القانوني.

والخضوع لمبادئ وأحكام القانون من قبل الكافة حكاما ومحكومين، وعليه يشترط لقيام الأمن القانوني في كل مجتمع من المجتمعات أن تكون السيادة للقانون وأن يكون قواعد عليا تلزم السلطات العامة في تصرفاتها[1]، مما يبعث على الرضا والاستقرار واطمئنان الأفراد وثقتهم بوجود القانون، ووجوب سيادتها وتحقيقها على ارض الواقع، فالإشكالية هنا ليست خرق القانون بقدر وجود القانون الذي ينقصه السيادة التي يترتب عليها فقد ثقة الأفراد في القانون مما يؤدي إلى إهدار مبدأ الأمن القانوني.

وتأكيدا لذلك نصت المادة (٥) والمادة (٩) من الدستور المصري الصادر عام ٢٠١٤ على أنه: (....) ويقابلها المادة (١٥) من الدستور العراقي والمادة (٣) من الدستور الفرنسي حيث قررت أن شعار الدولة

(١) انظر في ذلك؛ د/ سليمان محمد الطماوي: القضاء الإداري، دار الفكر العربي، ١٩٩٦ ، د/ ماجد راغب الحلو: القضاء الإداري، دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية، ١٩٩٥،

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

هو الحرية والإخاء والمساواة، ومبدؤها هو حكومة الشعب ومبدأ السلطة من أجل الشعب والسيادة الوطنية ملك للشعب.

ثانيا: مبدأ الفصل بين السلطات:

يتم توزيع وظائف الدولة على هيئه مختلفة ولا يجب أن تجتمع في يد هيئة واحدة، أي سلطة تشريعية وأخرى تنفيذية، وكذلك سلطة قضائية لدرء الاستيلاء والديكتاتورية من جانب هيئة واحدة في حقوق وحريات الأفراد، وتبعا لهذا المبدأ يتم فصل واستقلال كل سلطة عن سلطات الدولة القانونية الثلاث عن غيرها من باقي السلطات مع التعاون والتداخل فيما لا يمس بسيادة السلطة أو الإحلال محلها في الاختصاصات المنوطة بها.(١)

والمقصود من الفصل بين السلطات هو الفصل المرن وليس المطلق أو التام، لأن الفصل المرن يؤدي إلى تداخل وتحالف السلطات مع بعضها البعض لإجراء الوظائف المنوطة بها بما يمنع حدوث التعارض بينها.

وهكذا يضع مبدأ الفصل بين السلطات كل سلطة من السلطات الثلاث التشريعية والقضائية والتنفيذية في يد سلطة مستقلة، بحيث يصبح لكل سلطة نشاطها الخاص بها وعملها الذي يميزها عن غيرها من السلطات الأخرى، بحيث تقف كل سلطة في وجه السلطات الأخرى إذا ما طغت أو تدخلت في عملها المقرر دستوريا مما يستتبع قيام الدولة القانونية التي تكفل حماية حقوق وحريات الأفراد من اعتداء عليها أو مساس بها أو فرض قيود عليها، باستثناء ما يضعه القانون في الحدود المرسومة له دستوريا وفقا لمبدأ سيادة القانون في الدولة الديمقراطية.

وهكذا يعد مبدأ الفصل بين السلطات عماد الدولة القانونية، وتأكيدا لهذا المبدأ قررت المحكمة الدستورية المصرية في حكمها الصادر بتاريخ ٢٠ من فبراير ١٩٩٢ على أن: «الدستور هو القانون الأساسي الأعلى الذي يرسي القواعد والأصول التي يقوم عليها نظام الحكم، ويقرر الحريات والحقوق العامة، ويرتب الضمانات الأساسية لحمايتها، ويحدد عمل السلطات ووظائفها وصلاحيتها ويضع الحدود الضابطة لنشاطها بما يحول دون تدخل أي منها في عمل الأخرى أو مزاحمتها في ممارسة اختصاصاتها التي أناطها الدستور بها».

وفي الواقع يعد هذا المبدأ من أخطر وأهم الضمانات المقررات الدستورية لحماية مبدأ الأمن القانوني، لكون إهدار هذا المبدأ بما يؤدي إلى تجميع السلطات العامة في يد واحدة أو في هيئة واحدة يؤدي حتما إلى المساس بمبدأ الأمن القانوني، ويشيع الاضطراب والفوضى بين الأفراد بحيث يصبحون غير مطمئنين على حقوقهم وحرياتهم التي لا يستطيعون التمتع بها على الوجه الصحيح مما يجعلهم في قلق وعدم استقرار و بعدم الثقة في القاعدة القانونية.(٢)

ونظرا لأهمية هذا المبدأ بوصفه إحدى الضمانات التي قررتها الدساتير، فقد تم النص عليه في الدستور الفرنسي الحالي في العديد من مواده، حيث بينت المادة (٣٤) منه المسائل التي تحد النطاق

---

(١) انظر في ذلك :د/ محمد المسلماني: موسوعة القضاء الإداري، دار الفكر القانوني، المنصورة، ٢٠١٧، ص ١٥ ، د/ سامي جمال الدين: النظم السياسية والقانون الدستوري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ١٢ (٢)، ص ١٥.، د/ سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص ٥٦٥.

(٢) د/ محمد عصفور: ضمانات الحرية، مجلة المحاماة، ع ٢، مارس، ١٩٨٦، ص ٤٥.

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

التشريعي للبرلمان، بحيث تصبح المسائل التي لم تشر إليها المادة السابقة لها صفه اللائحة، أي لتصبح من اختصاص السلطة التنفيذية.

وقد يستند الدستور للسلطة التنفيذية ممارسة السلطة التشريعية كما في قوانين التفويض والضرورة بشرط موافقه البرلمان عليها في المواد (٢٨/١٦).

كما تضمن الدستور المصري هذا المبدأ في الكثير من مواده، حيث نص في المادة (١٨٦) منهم على أن: «القضاة مستقلون غير قابلين للعزل....»، وبالتالي نص الدستور على هذا المبدأ في الكثير من فصوله، ومن بين هذه النصوص المادة (٤٧) منه: «وتتكون السلطات الاتحادية من السلطة التشريعية والسلطة القضائية والسلطة التنفيذية وتمارس اختصاصاتها ومهامها على أساس مبدأ الفصل بين السلطات...».

وتأسيسا على ما تقدم يتجلى دور السلطة التشريعية من خلال سن وإصدار التشريعات وتعديلها وفقا للدستور من أجل تنظيم الشأن العام تنظيما يتلاءم مع التغيرات الحديثة بما يضمن الحفاظ على المراكز القانونية تبعا للتشريعات المتوالية، وإلى جانب دور السلطة التشريعية هذا لا نغفل دور السلطة التنفيذية في تحقيق وإرساء معالم الأمن القانوني عن طريق تنفيذ القوانين واقتراح القوانين التي لها علاقة بعملها كسلطة تنفيذية تسهر على حماية وتطبيق القانون لإشاعة الاستقرار والأمن القانوني في نفوس الأفراد، ناهيك عن دور السلطة القضائية في تحقيق الأمن القانوني وذلك عن طريق تهيئه القضاة بمختلف فروعه للقيام بهذا الدور سواء كانوا قضاة عاديين أن كانوا قضاة دستوريين، حيث يقوم القاضي بدور جوهري وهام في حماية مبدأ الأمن القانوني من زاويتين؛ الأولى، يعد حاجزا وقائيا ضد تجاوزات الأفراد مع بعضهم البعض، وحائلا كذلك ضد تجاوز الإدارة مع الأفراد من جهة أخرى، مما يؤدي إلى شيوع الثقة واستقرار المراكز القانونية والاطمئنان إلى فاعليه القاعدة القانونية المطبقة على الأفراد بصفه العموم والتجريد والوضوح وسهولة الولوج وآلية التطبيق والتنفيذ على أرض الواقع.[١]

ثالثا: مبدأ الرقابة على دستورية القوانين:

تساهم الرقابة الدستورية في ضمان مبدأ الأمن القانوني حيث تتضمن هذه الرقابة وجوب خضوع القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية للرقابة القضائية لتحقيق مدى مطابقتها وامتثالها للنصوص الدستورية. ويرتكز مفهوم تلك الرقابة إلى ما يتمتع به من سمو وعلو ورفعة على سائر التشريعات الأخرى ضمانا لمبدأ الأمن القانوني الذي هو من العناصر الأساسية للدولة القانونية التي تخضع فيها السلطات العامة الحاكمة والمحكومين لسياده القانون، فلا يمكن أن يتحقق إلا في ظل فرض نوع من الرقابة على السلطات العامة منعا للانحراف والتجاوزات التي قد تحدث بصدد ممارستها لنشاطاتها.[٢]

فالهدف من الرقابة الدستورية هو حماية حقوق الأفراد الجماعية والفرضية على حد سواء، وفرض مبدأ سيادة القانون وتكريس الأمن القانوني، حيث يشعر الأفراد بالطمأنينة في مواجهة القوانين ووجود قضاء مختص كل ذلك يساهم في تدعيم مبدأ الأمن القانوني.

---

(١) انظر معنى ذلك د/ عبد المجيد غميجة: المقالة السابقة، ص ٢٢، ٢٣ ، د/ حسوني قدور بن موسى: تعزيز استقلال السلطة القضائية دعامه أساسية لضمان ممارسة مهنه المحاماة واحترام الحقوق والحريات وتحقيق الأمن القضائي، مقال في مجله الناظر، ع ١٦ ،١٧، ٢٠١٤، ص ٣٤٧.

(٢) د/ محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية،٢٠٠٥، ص ١٠.

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

ونظرا لأهمية مبدأ الرقابة الدستورية على القوانين فقد نصت عليه الدساتير الوطنية والمقارنة، فتقرأ في الدستور الفرنسي في مادته (٦١) منه والتي نصت على: «ولا يمكن إصدار القوانين الأساسية إلا بعد إقرار المجلس الدستوري بمطابقتها الدستور». وكذلك نصت المادة (٦٥) على أن: «النص الذي يعلن عدم دستوريته على أساس المادة (٦١) لا يمكن إصداره أو تطبيقه، ويلغى النص الذي يقر المجلس الدستوري عدم دستوريته على أساس المادة (٦١) اعتبارا من تاريخ نشر القرار أو من تاريخ لاحق يحدده هذا القرار. ويحدد المجلس الدستوري الشروط والحدود التي يمكن فيها إعادة النظر في الآثار التي رتبها هذا النص، وقرارات المجلس غير قابلة للطعن بأي وجه من أوجه الطعن فهي ملزمة للسلطات العامة ولجميع السلطات الإدارية والقضائية».

ويقابل النص السابق النص رقم (١٢) من الدستور العراقي الحالي الصادر عام ٢٠٠٥م إذ قرر: «يعد هذا الدستور القانوني الأسمى والأعلى في العراق، ويكون ملزما في أنحائه كافة وبدون استثناء، ولا يجوز سن قانون يتعارض مع هذا الدستور، ويعد باطلا كل نص يرد في دساتير الأقاليم أو نص قانون آخر يتعارض معه».

كما ورد النص على مبدأ الرقابة على دستورية القوانين في الدستور المصري السابق ذكره في المادة (١٩٢) والتي فحواها: «تتولى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية القوانين...».

وبذلك تعد الرقابة وسيلة عملية فعالة لتطبيق القاعدة القانونية على الوجه الصحيح لها، كما تعد ضمانة للدولة والمجتمع من الاضطرابات التي قد تحدث نتيجة لفقدان الأفراد للثقة في القواعد القانونية، فلا معنى لمبدأ سيادة القانون ومبدأ الفصل بين السلطات ما لم يتحقق الاستقرار في تطبيق القواعد القانونية، وإذا لم يتحقق الشعور بهذا الاستقرار لدى المخاطبين فان ذلك سيؤدي إلى اهتزاز صورة القانون في أعينهم، ولهذا كان مبدأ الرقابة على دستورية القوانين أحد أهم الركائز التي يرتكن إليها مبدأ الأمن القانوني بمعناه الحقيقي.(١)

ومن الجدير بالذكر أن أثر الحكم بعدم دستورية نص تشريعي يترتب عليه الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية، أي أن القانون المحكوم بعدم دستوريته يعتبر معدوم القيمة القانونية من وقت صدوره لا من وقت صدور الحكم فيه، وبالتالي ينسحب هذا الأثر على جميع المراكز القانونية التي نشأت بموجبه، وعلى الأوضاع والحقوق والواجبات التي تقررت في ظله، وفقا للطبيعة الكاشفة للحكم، وجديه الدفع بعدم الدستورية.(٢)

ولما كانت أحكام المحكمة الدستورية العليا في مصر والمحكمة الاتحادية العليا في العراق أو المجلس الدستوري في فرنسا نهائية وذات حجية عامة ملزمة للكافة حكاما ومحكومين مما يسهم بلا أدنى شك في تحقيق مبدأ الأمن القانوني ويدعم استقرار العلاقات القانونية في نطاق مبادئ وأحكام الدستور مع تجنب الأثر الرجعي للحكم الذي يرتد إلى علاقات قانونية استقرت لذويها وفقا للنصوص قبل الحكم بعدم

(١) انظر في معنى ذلك د/ عصام أنور سليم: موقع القضاء الدستوري من مصادر القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٠، ص ١٥.

(٢) انظر في ذلك د/ محمد المسلماني: نفاذ القرارات الإدارية ذات الأثر الرجعي– دراسة مقارنه عام ٢٠١٢، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ص ٢٢٠، د/ عبد المنعم محفوظ: علاقة الفرد بالسلطة والحريات العامة وضمان ممارستها، المجلد الثالث، ط ١، ١٩٩٧، ص٣٠٥.

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

دستوريتها، مما يعني أهمية الأخذ بالأثر المباشر للحكم بشأن المراكز التي استقرت لذويها في الماضي، وهذا ما أخذ به الدستور المصري المعدل لعام ٢٠١٤ في مادته رقم (١٥٢) والتي نصت على: «إذا حدث في غيبة مجلس النواب ما يوجب الإسراع في اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير يدعو رئيس الجمهورية المجلس لانعقاد طارئ لعرض الأمر عليه، وإذا كان المجلس غير قائم يجوز لرئيس الجمهورية إصدار قرارات بقوانين على أن يتم عرضها ومناقشتها والموافقة عليها خلال ١٥ يوما من انعقاد المجلس الجديد.... إلا إذا رأى المجلس اعتماد نفاذها في الفترة السابقة أو تسوية ما ترتب عليها من آثار».

وهنا نصبح أمام مبدأين متعارضين هما مبدأ المشروعية الذي يتطلب الأثر الرجعي للحكم بعدم دستوريه نص قانوني، ومبدأ استقرار المراكز القانونية، وللتوفيق بين هذين المبدأين تلجأ الدول التخفيف من حدة هذا الأثر الرجعي للحكم من خلال منع النص المحكوم بعدم دستوريته من السريان في الماضي بالقدر اللازم لضمان مبدأ الأمن القانوني، والموازنة في هذه الحالة تقترب كثيرا من فكرة المشروعية الاستثنائية التي تقر بها معظم الدول عند الضرورة.(١)

وهكذا يشترط لترجيح مبدأ الأمن القانوني أن يكون الحكم بعدم الدستورية مرتدا للماضي ومؤثرا على المراكز القانونية المستقرة لذويها وذلك كله في نطاق ظروف وملابسات النص المحكوم بعدم دستوريته، فقد ترى المحكمة تغليب أحد المبدأين كلما رأت أنه الأولى والأجدر لتحقيق الصالح العام.

الخاتمة :

بعد عرض الحماية الدستورية مبدأ الأمن القانوني يمكن سرد أهم النتائج التي توصلنا إليها فيما يلي:

١- يعد مبدأ الأمن القانوني كل ضمانة وكل نظام قانوني للحماية يهدف إلى تأمين ودون مفاجآت حسن تنفيذ الالتزامات وتلافي الحد من عدم الوثوق في القانون من خلال قابليته للتوقع مع وضوح القاعدة القانونية المطبقة.

٢- إن مبدأ الأمن القانوني لم تنص عليه الدساتير في معظم دول العالم إلا القليل، باعتباره غايه قانونية دستورية ترمي إليها عدة مبادئ دستورية أخرى هدفها وغايتها هو مبدأ الأمن القانوني، كما أن عدم النص عليه في الدساتير لا يعني بأي حال من الأحوال تفكر المشرع له لأن الدستور والقانون قد وفر آليات سياسية وقانونية تضمن تحقيق وتدعيم مبدأ الأمن القانوني، ومن هذه المبادئ الدستورية مبدأ سيادة القانون وخضوع الكافة لأحكامه مما يبث الثقة وينشر الاطمئنان بين الأفراد المخاطبين بأحكامه، ومبدأ الفصل بين السلطات الذي يهدف إلى عدم تجميع السلطة في يد هيئة واحدة بل يتم تقسيم وتوزيع السلطة بين السلطات العامة في الدولة من تشريعية وقضائية وتنفيذية كل في نطاق اختصاصه من أجل تدعيم مبدأ الأمن القانوني كضمان لتدعيمه وعدم المساس به.

وأخيرا مبدأ الرقابة على دستورية القوانين التي تصدر من هيئه سياسية أو قضائية النظام القانوني في كل دولة وتكون أحكامها ملزمة للكافة حكاما ومحكومين مع الموازنة بين رجعية الحكم بعدم الدستورية (مبدأ المشروعية) ومبدأ استقرار العلاقات القانونية الناجمة عن النص المحكوم بإلغائه.

---

(١) د/ خديجة سرير الخرتسي: الموازنة بين الدفع بعدم دستورية القوانين ومبدأ الأمن القانوني، دراسة مقارنه بين الدستوريين الجزائري والبحريني، مقاله في مركز جبيل للبحث العلمي، ع ٥، ٢٠١٨، ص ١٠٥.

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

المراجع

أولا: المراجع باللغة العربية:

الكتب

١. د. أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، دار الشروق، ٢٠٠٦م.
٢. د. سامي جمال الدين، النظم السياسية والقانون الدستوري، منشأة المعارف، القاهرة،٢٠٠٥م.
٣. د. سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، دار الفكر العربي، ١٩٩٦م.
٤. د. عصام أنور سليم، موقع القضاء الدستوري من مصادر القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٠م.
٥. د. ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية، ١٩٩٥م.
٦. د. محمد المسلماني، نفاذ القرارات الإدارية ذات الأثر الرجعي- دراسة مقارنه ، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية،عام ٢٠١٢م.
٧. د. محمد المسلماني، موسوعة القضاء الإداري، دار الفكر القانوني، المنصورة، ٢٠١٧م.
٨. د. محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية،٢٠٠٥م.

الرسائل العلمية:

٩. د. محمد جلال العيسوي، دور القاضي الإداري في المنازعة الإدارية، رسالة دكتوراه،جامعة المنوفية، ٢٠١٤م.

المقالات:

١٠. د. محمد محمد عبد اللطيف، مبدأ الأمن القانوني، مقالة في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنصورة، كلية الحقوق، ع ٣٦، ٢٠٠٥م.
١١. د. عبد المجيد لخذاري، الأمن القانوني حق من حقوق الانسان الأساسية مداخلة في ملتقى حول الأمن القانوني في الجزائر بجامعة يحيى فارس بالمدينة، كلية الحقوق والعلوم السياسية يومي ١١، ١٢ نوفمبر ٢٠١٤.
١٢. د. عبد المجيد غميجة، مبدأ الأمن القانوني وضرورة الأمن القضائي، عرض مقدم في إطار الندوة المنظمة من طرف الوارد به الحسينية للقضاء بمناسبة المؤتمر الثالث عشر – المجموعة الأفريقية للاتحاد العالمي للقضاء بالدار البيضاء، في ٢٠٠٨/٣/٢٨م.
١٣. د. عبد المنعم محفوظ، علاقة الفرد بالسلطة والحريات العامة وضمان ممارستها، المجلد الثالث، ط ١، ١٩٩٧م.
١٤. د. يسري العصار، الحماية الدستورية للأمن القانوني، مجلة الدستور، القاهرة، س١، يوليو ٢٠٠٣م.
١٥. د. يسري محمد العصار، الحماية الدستورية للأمن القانوني في قضاء المحكمة الدستورية العليا، بند ٣، ٢٠٠٣م.

١٦. د. محمد عصفور، ضمانات الحرية، مجلة المحاماة، ع ٢، ١٩٨٦م.

١٧.د. بوزيان عليان، أثر فاعلية القاعدة القانونية في تحقيق الأمن القانوني والقضائي لتحقيق العدالة الاجتماعية، مداخلة في ملتقى حول الأمن القانوني في الجزائر بجامعة يحيى فارس بالمدينة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، يومي ١١، ١٢ نوفمبر ٢٠١٤م.

١٨. د. جلاليه دليلة، دور الأمن القانوني القضائي في تحقيق الأمن القانوني مداخلة في ملتقى حول الأمن القانوني، جامعة فاروس بالمدية – كلية الحقوق والعلوم السياسية يومي ١١، ١٢ نوفمبر ٢٠١٤م.

١٩. د. حسوني قدور بن موسى، تعزيز استقلال السلطة القضائية دعامه أساسية لضمان ممارسة مهنه المحاماة واحترام الحقوق والحريات وتحقيق الأمن القضائي، مقال في مجله الناظر، ع ١٦ ،١٧، ٢٠١٤م.

٢٠. د. خديجة سرير الخرتسي، الموازنة بين الدفع بعدم دستورية القوانين ومبدأ الأمن القانوني، دراسة مقارنه بين الدستوريين الجزائري والبحريني، مقاله في مركز جبيل للبحث العلمي، ع ٥، ٢٠١٨م.

٢١. د. عبد الرحمن اللمتوني، الاجتهاد القضائي والأمن القانوني، مقالة في مجلة الملحق القضائي، وفقا العدل والحريات، المعهد العالي للقضاء، ع ٤٦، ٢٠١٤م.

٢٢. الظاهر بن تركية، الأمن القانوني والقضاء ، مقال منشور شبكة الانترنت تاريخ الزيارة ٣٠-٣-٢٠٢٢م..

٢٣. د. جوريه اورال، مدى مساهمة القضاء الإداري في تحقيق مبدأ الأمن القانوني، مقالة في مجلة المنهل على الموقع الإلكتروني.

الموسوعات العلمية :الموسوعة الإدارية الحديثة، ج٤٤، الدار العربية للموسوعات، ٢٠٠٠م.

ثانيا: المراجع باللغة الاجنبية:

24.Ca thy pomart: La Magistrature Familiale: ver une conseration légal du neuveau visag de voffice du juge aela famille ed., 2004.

25.Cathy pomart La magistralure Familial:ver une cons ecration Le gale dunov veav visage de O's du juge de La famile ed. L'Harmation 2004.

26.Decision N: 98404. 18-12-1998 cite pqr oliveir D. de Lamothe OP cite.

27.Jeen Francaise Boudeti La caiss des de pots et consignations: his taie statut function Les Logiquee guridiques 2006.

28.L. Favoreu et avtres: Droit constitution el Dalloz, 1998.

29.M. Formont: Le principe de securite, undique (A. J. D. A) 1996, article, pnceite.

30.Surce point: voil A, Le vade, La Scourite juridi que, communication presente lors dela 4 convetion des jurist de la mediterronee, Acte du collaque d, Alger, get, er10, Dec. 2012.

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

المحظـــــورات الوظيفية
بالوظيفة العامة في القوانين المقارنة

د. ليلـى فــوزي أحمد جعفر
دكتوراه الاقتصاد والمالية العامة جامعة الإسكندرية
محاضر جامعة الإسكندرية
وزارة المالية – جمهورية مصر العربية

الملخص :

كفل المشرع للموظف العام جملة من الحقوق حددها في القوانين واللوائح وفي مقابل ذلك ألزمه بواجبات محددة لا يجوز مخالفتها أو الاتفاق على ما يخالفها باعتبارها من النظام العام، وسنتطرق في هذا البحث إلى المحظورات التي يجب ان يمتنع عنها الموظف العام في ظل ما توفره القوانين من الحقوق والواجبات التي يتعين ان يلتزم بها الموظف العام.

الجريمة التأديبية، الخطأ التأديبي، الذنب الإداري، المخالفة المسلكية، المخالفة التأديبية "، كل هذه المسميات تعبر عن معنى واحد فقط وهو الخطأ الإداري الذى يقع من الموظف العام بالجهاز الإداري للدولة، وذلك أثناء تأديته مهام وظيفته المنوط بها، حيث يؤدى ذلك إلى الإضرار بالمرفق العام الذى يخدم فيه، فكثير من جرائم قانون العقوبات، هي في الأساس مخالفات تأديبية، تم رفعها بحسب القانون لجسامتها الكبيرة إلى مرتبة الجرائم الجنائية، مثل " الإضرار بالمال العام، ومصالح الدولة، فتعبير المخالفة التأديبية هو شكل من أشكال جسامة سلوك الموظف المنحرف، ومدى ما يلحق من اضرار بالمؤسسة.

المقـــدمة :

يُعد مبدأ الامن القانوني المدخل الرئيس لتأمين الأمن الاجتماعي و الأمن الاقتصادي وما يتبعه من استقرار في المجال السياسي، وقد ظهر لنا اختلاف وجهات نظر الفقهاء في تعريف هذا المبدأ ممّا يبيّن اتساع مضمونه وصعوبة حصره في تعريف جامد، ممآ دفعنا الى العودة والبحث عن وجهة نظر المشرع والقضاء من خلال التحري في الدساتير و وجهات نظر القضاء الدستوري عن القيمة الدستورية لهذا المبدأ باعتبار أن الدستور هو اسمى مصدر للأنظمة القانونية، لقد استقرّ الفقه على مجموعة من المبادئ التي يجب توفرها للقول بوجود أمن قانوني، واعتبرت هذه المبادئ متطلبات أساسية واجبة الاحترام والعمل بها لذا يفترض أن تتضمّنها جميع الدساتير القوانين، كما أنه يجب على الانظمة أن تتصدى للمعوقات التي تواجه الأمن القانوني وأن تعمل على إيجاد الحلول لها من خلال وضع استراتيجية لتقييم أداء النصوص القانونية في الواقع العملي الأهمية .

ان الامن القانوني أصبح مبدأ وضرورة في دولة القانون، وذلك استنادا الى ان القاعدة القانونية يجب أن تقوم على الامن القانوني، من حيث انه بات يشكل العمود الفقري للقاعدة القانونية مادام اننا لا يمكننا الكلام عن قيمة القاعدة القانونية إلا بالنظر الى درجة استقرارها ومدى تحقيقها للحقوق والأوضاع القانونية وما يستتبع ذلك من تحقق ثقة الافراد في النظام القانوني ككل ،يعني استقرار وثبات القواعد المنظمة لشؤون الافراد والدول وبعدها عن العوامل التي تصيبها بالاضطراب وهذا الامر من شانه ضمانة حقوق الافراد والدول ايضا اذ لا يمكن للفرد الحصول على حقوقه المشروعة إلا في ظل منظومة قانونية ثابتة ومستقرة في جميع المجالات .

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

وينقسم البحث الى مبحثين على النحو التالي:
المبحث الأول: اطلالة على القواعد العامة لحقوق وواجبات الموظف العام
المبحث الثاني: المحظورات العامة والخاصة على الموظف العام

المطلب الأول:

اطلالة على القواعد العامة لحقوق وواجبات الموظف العام

ان وجود نوع من الثبات النسبي للعلاقات القانونية يبعث على استقرار المراكز القانونية ويعمل على اشاعة السكينة والطمأنينة ويحقق الامن الانساني بإبعاده الواسعة، وبالمقابل يؤدي عدم استقرار القوانين واضطرابها الى خلق الفوضى وإشاعة الفتنة واختلال الحياة الطبيعية للإفراد مما يخل بسيادة الدولة وهيبتها.

الفرع الأول

الأمان الوظيفي

ان الأمان الوظيفي هو الإحساس النسبي بالراحة الذي يختبره الموظف في مجال وظيفته، فمعرفة ان الوظيفة متاحة لفترة غير قصيرة تؤدى الى شعور بالاستقرار، بخلاف الافتقار للأمان الوظيفي الذي يؤدي للإرهاق النفسي ويؤثر على إنتاجية الموظف، وبذلك فان هناك عدة عوامل رئيسية تؤثر على الشعور بالأمان في وظيفة معينة ويمكن التحكم بها، بينما يرتبط البعض الاخر بعوامل خارج إطار العمل.

الفرع الثاني

عوامل الامن الوظيفي

١-الصناعة
بعض الصناعات عرضة لدوران مرتفع أو حد ادنى من الآمن الوظيفي ، بينما يقدم البعض الآخر تاريخياً المزيد من الأمان الوظيفي، يتمتع موظفو الحكومة عادة بمستوى عالي من الأمن الوظيفي، لان الوكالات الحكومية عادة ما يكون لديها سياسات محددة للغاية لحماية حقوق العمال، من ناحية اخري، قد يكون للوظائف في شركات التكنولوجيا الناشئة، احتمالية اقل لطول العمر بناءً على الطبيعة العابرة للصناعة والمنتجات والخدمات، نظراً لان معدل نجاح المشروعات الناشئة منخفض وتطور التكنولوجيا بسرعة كبيرة، فقد تندثر تلك الشركات ان لم تحافظ على الأمان الوظيفي .

٢- المهارات المتخصصة
كلما زاد التخصص في مجموعة مهارات كموظف، كلما كان لا غنى لأصحاب العمل عنه، يعمل مبرمجو الكمبيوتر والمهندسون والأطباء الى التمتع بمستويات معقولة من الامان، لان لديهم خبرة يصعب استبدالها.
هذا يساهم ايضاً في ارتفاع الأجور في معظم الحالات، يمكن ان يؤدي تطوير المهارات الى تعزيز الامان الوظيفي بشكل أكبر تساهم الشهادات الجامعية المتقدمة في الاستقرار بالنسبة للأشخاص الذين لا يحملون هذه الشهادات.

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

٣ـ الموقف السلوكي

حتى عندما لا تكون المهارات الفنية متميزة عن مهارات الاخرين في مجال معين، يمكن ان يؤدي الموقف الإيجابي واخلاقيات العمل الراسخة والاستعداد للالتزام تجاه العمل وهذا يؤدي لزيادة الأمان الوظيفي.

٤ـ نطاق العمل

غالباً ما تمتع الوظائف ذات الاوصاف والواجبات العامة بمستويات اعلى من الأمان لمجرد ان دور الموظف أكثر انخراطاً في تشغيل الاعمال، وهذا امر شائع في المؤسسات الصغيرة حيث يلعب كل موظف دوراً في القوى العاملة.

المطلب الثاني

أهمية الامن الوظيفي

التقنين هو إحدى أهم الأدوات التشريعية الممكنة لتحقيق ما يعرف بالأمن القانوني الذي يضمن للأشخاص الطبيعية والاعتبارية استقرار أوضاعهم وحقوقهم ومراكزهم القانونية، ومن التصرف والتقاضي بطمأنينة نتيجة وجود أنظمة قانونية موضوعية أو إجرائية معلومة مسبقا، بعيدا عن الاجتهاد وما يحمله ويحتمله من مفاجآت قد يكون من شأنها زعزعة الثقة في النظام القانوني في الدولة ومؤسساتها وعدم بث الطمأنينة فيما يصدر عن سلطتها القضائية من أحكام.

الفرع الأول

انعكاس الامن الوظيفي على الارتقاء بالعمل

ان تكريس مبدأ الأمن القانوني يتحقق بوجود أنظمة وقوانين مستقرة تجسد المفهوم الحديث لفكرة دولة القانون التي تلبي الثبات للعلاقات القانونية واستقرار المراكز القانونية وتضمن الحماية القانونية للحقوق وصيانة الحريات، لأن عدم وجود القواعد القانونية أو عدم وضوحها يترتب عليه ولادة أحكام قضائية متناقضة ومتفاوتة وتثير المخاوف ولا يتحقق بذلك الأمن القانوني والذي تكمن أهميته كركيزة أساسية في تحقيق الأمن الحقوقي أو الاجتماعي أو الاقتصادي.

الفرع الثاني

أولا: الشعور بالأمان الوظيفي يساعد في زيادة الإنتاجية

عندما يتعلق الامر بتحسين الاستقرار المالي، فإن الحفاظ على اهداف الحياة المهنية على المسار الصحيح هو اهم شيء يمكن القيام به، ومن الغالب ان يحقق الموظفون الذين يستقرون في منصب طويل الاجل الأهداف الخاصة بهم المهنية، وهذا سيؤثر بشكل إيجابي على الحياة الشخصية والأوضاع المالية.

وبدلاً من القلق بشأن المشكلات قصيرة المدى ، والقلق بشان مشاكل الحياة، والتأكيد على ما قد تفكر فيه الإدارة بشأن المستقبل مع الشركة ، يمكن للموظف الاسترخاء والقيام بالعمل بشكل يمثل استمرارية

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

الحياة بشكل افضل فيما بعد التقاعد، وهؤلاء الموظفين الذين لا يخشون على وظائفهم هم الذين سيصلون الى اعلى المستويات، ومن المحتمل ان يتم الحصول منهم على افضل عمل عندما يشعرون بالأمان ، وعندما لا يشعر الناس بالقلق المستمر بشان وظائفهم ، يمكنهم الاسترخاء والاستقرار في أداء افضل أعمالهم، مع ذلك فمن الأفضل استخدام الامن الوظيفي كمحفز عندما يرى الموظفون علاقة مباشرة بين أدائهم ومستقبلهم مع مكان عملهم ، حيث تتشكل الصداقات مدى دوام العمل الوظيفي، ويتم انشاء روابط وعلاقات قوية، ويتم تعزيز الإحساس القوي بثقافة العمل.

ثانياً: يحسن الامن الوظيفي الأرباح النهائية

مع وجود الكثير من المنافسة في السوق، لا يمكن لمكان العمل ان ينفق الكثير من المال على التوظيف، ويمكن ان يكلف استبدال موظف واحد مبالغ طائلة، وقد يستغرق الامر فترات طويلة لتدريب الموظف وفقاً لمعايير محل العمل، ولكن عندنا يوجد فريق من الموظفين يلتزمون ببعضهم البعض لفترة طويلة، فمن المؤكد انهم يبتكرون أفكار جديدة.

يؤدي الامن الوظيفي لتحسين سمعة الشركة

يؤدي الأمان الوظيفي لتعزيز سمعة الشركة كصاحب عمل جيد. وعندما تبحث عن أفضل المواهب في مجال فرص العمل الجديدة، ويمكن ان يكون توظيف افضل المواهب في مجال العمل هو الفرق بين الوضع الحالي والمستقبلي، فالعبرة بالمعايير الأخلاقية.

المصـــــادر :

الكتب

- الامن القانوني ومقوماته في القانون الإداري، بلخير محمد آيت عودية، دار الحلزونية للنشر والتوزيع، الجزائر – ٢٠١٨
- الامن القانوني لأحكام قانون المنافسة، صبرية بوزيد، دار الوفاء لدنيا الطباعة والنشر
- حماية الامن القانوني في النظم القانونية المعاصرة، مازن ليلو راضي، ٢٠٢٠ .

الدوريات

- دور مجلس الدولة في حماية مبدأ الامن القانوني"، مجلة العلوم القانونية، العدد الخامس كلية القانون، جامعة بغداد ٢٠١٨ "

التضخم التشريعي واثره على الامن القانوني في العراق

م. عمار محمد مراد
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
دائرة البعثات والعلاقات الثقافية

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

الملخص :

ان التضخم التشريعي يعني وجود عدد كبير من القوانين المتشابهة غير محددة الصياغة والتي تختلف المحاكم في تفسيرها في قضايا متشابهة، ويؤدي الى حدوث مشكلة كبيرة تمس اليقين القانوني فهو يتنافى مع الوضوح اللازم للتشريعات كما يتعارض مع سهولة الوصول اليها, ولا يخفى أن الصياغة التشريعية الجيدة تتطلب الاكتفاء بنص أو قاعدة قانونية واحدة، ودمج التشريعات التي تعالج موضوعات متشابهة في قانون واحد، كذلك يمتد مفهوم التضخم التشريعي ليشمل الحالات التي يكون فيها حجم التشريع كبيراً بشكل غير مبرر أو كان يحوي على نصوص مكررة أو نصوص تتعارض مع نصوص أخرى أو وجود مجموعة من الاستثناءات التشريعية على القاعدة القانونية بحيث تطغى على الاصل العام لهذه القاعدة أو تلك .

Abstract:

legislative inflation means the presence of a large number of similar laws with no specific formulation and which courts differ in their interpretation in similar cases, and this leads to the occurrence of a major problem affecting legal certainty, as it contradicts the clarity necessary for legislation as it contradicts the ease of access to it, and it is no secret that Good legislative drafting requires that one text or legal rule be satisfied, and that legislation dealing with similar topics be merged into one law. The existence of a set of legislative exceptions to the legal rule so as to overwhelm the general origin of this rule or that.

المقدمة

Introduction

في غالبية الأنظمة القانونية المقارنة، يراعى في عملية إعداد القوانين، أن يشارك فيها جهات رسمية، وفئات مجتمعية، وذلك ينطلق من تقسيم وظائف الدولة، سواء أكان هذا التقسيم تقسيما أفقيا ((**Division horizontale**)) أم تقسيما عاموديا ((**Division verticale**)) [1]، وأن يتم احترام سلطات الدولة لمبدأ الفصل بين السلطات والا تتغول سلطة على أعمال سلطة أخرى، مع إيلاء الاهتمام العالي بتفعيل دور

[1] " في تصنيف الأنظمة La séparation des pouvoirs - د. المهدي الفحصي، اهمية نظرية " فصل السلطات " السياسية بين عالمية المفهوم وخصوصية التطبيق، محاولة تأصيلية، مدونة الدكتور المهدي الفحصي، موقع متاح على الشبكة الدولية وعلى الرابط الاتي:- https://dr-elfahssi-dcsp.blogspot.com/.

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

الهيئة الاجتماعية في عملية التشريع عن طريق الاقتراح الشعبي أو الاعتراض الشعبي مما يكون له عظيم الاثر على الدولة والأشخاص.

وانطلاقا مما اوردناه أعلاه، فان صياغة واعداد وإصدار التشريعات الوطنية، لا بد ان تكون من الأهمية بمكان لكونها تمثل بمجموعها المنظومة القانونية لتشريع ما قد يلزم الأشخاص او لا يلزمهم في حياتهم اليومية، فالعبرة من كل ذلك، هي أن التشريع سياسة وصياغة، فالسياسة عموما، وبالمعنى الإجرائي، هى عملية اتخاذ القرارات، التى تتضمن المفاضلة فيما بين البدائل المتاحة والممكنة، على ضوء اولويات الجماعة ومصالح المجتمع العليا، أما الصياغة التشريعية، فهى عملية ضبط الافكار فى عبارات محكمة، موجزه و سليمة، ولذا، يجب الحذر عند الخلط، بين الصائغ ((**Drafter**)) و المشرع ((**Legislator**))، فالأول مصمم فنى، والأخير هو صانع القرار، والمسؤول امام ناخبيه عن السياسة التشريعية، وبالتالي عن صياغة النص القانوني نفسه [١].

وبناءا على ما تقدم، يتوجب على من يُعد القاعدة القانونية، ان يتوخى مراعاة ما يسمى بمبدأ ((**اليقين القانوني**)) وهو أحد العناصر الأساسيّة في الدولة القانونيّة ويراد به عدة مظاهر لا غنى عنها، منها ما يتعلق بمشروعية سلطة الدولة بإصدار القوانين، ومنها ما يتعلق بخصائص القاعدة القانونيّة وفق ما يطلق عليه بالجودة التشريعيّة .[٢]

ان ما يعاكس او يخالف ما تقدم، ومما يُصعَّب الوصول الى القاعدة القانونية، هو اسراف المشرع في اصدار القوانين بغير ضرورة اجتماعية، ودون مبرر، مما يؤدي الى كثرة النصوص القانونية سواء اكانت في قانون واحد او متناثرة في قوانين مختلفة بشان تنظيم مسالة واحدة مما يؤدي الى وجود اكثر من حكم واحد لواقعة او حالة معينة مما يؤدي الى خلق حالة من التعارض بين النصوص الملزمة والتي تحكم مسالة واحدة.[٣]

وفي سبيل إيضاح ما تقدم، ومدى تاثيره في النظام القانوني العراقي، قمنا بتقسيم هذا البحث وفق التقسيم الاتي :-

المبحث الأول // مفهوم التضخم التشريعي و تأثيره على استقرار الامن القانوني .
المبحث الثاني // مظاهر التضخم التشريعي في المنظومة التشريعية العراقية وسبل معالجتها .
الخاتمة .

---

[١] - على الصاوى، الصياغة التشريعية للحكم الجيد، ورقة بحثية مقدمة الى ورشة عمل حول تطوير نموذج للصياغة التشريعية للبرلمانات العربية، بيروت ٦-٣ شباط / فبراير ٢٠٠٣ .

[٢] - وفقًا لمنظمة التعاون الاقتصادي والتنمية (OECD) ، فان استخدام مصطلح الأمن القانونيّ أو مصطلح اليقين القانونيّ ، كلاهما يحملان المعنى ذاته، وإن مفهوم سيادة القانون أولاً وقبل كل شيء يسعى إلى التأكيد على ضرورة إنشاء مجتمع قائم على القواعد لصالح اليقين القانوني والقدرةعلى التنبؤ. انظر في ذلك :- أ.د. مازن ليلو راضي، اليقين القانوني من خلال الوضوح و سهولة الوصول للقانون، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، كلية القانون - جامعة بغداد، العدد الاول – ٢٠١٩، ص ٧ .

[٣] - أ.م.د. محمد رشيد حسن وسيروان عثمان فرج، تضخم القواعد القانونية الجزائية كعارض من عوارض تحقيق الامن القانوني، بحث متاح على الشبكة الدولية للمعلومات، وعلى الرابط الاتي:- https://doi.org/ .

المبحث الأول // مفهوم التضخم التشريعي و تأثيره على استقرار الامن القانوني

The concept of legislative inflation and its impact on the stability of legal security

لا بد لنا ابتداءًا في هذا المبحث من الدراسة، من توضيح مفهوم التضخم التشريعي بشيء من التوضيح، وبلا شك فان التضخم التشريعي قد أصبح ظاهرة في بعض الدول تثقل كاهلها، حيث انه يؤدي الى مشكلة كبرى تمس اليقين القانوني او ما يسمى بمبدأ ((**العلم بالقانون**))[١]، فهو يتنافى مع الوضوح اللازم للتشريعات كما يتعارض مع سهولة الوصول اليها، والمعرفة بها مسبقا قبل اجراء أي تصرف قانوني من قبل الأشخاص.

لذا خصصنا المطلب الأول من هذا المبحث لدراسة مفهوم التضخم التشريعي اصطلاحا وقانونا، اما المطلب الثاني فنخصصه لبحث اثر ذلك التضخم على الامن القانوني واستقراره.

المطلب الأول // التضخم التشريعي في الاصطلاح الفقهي والقانوني

Legislative inflation in jurisprudence and legal terminology

الفرع الأول // المعنى اللغوي linguistic meaning

((**ض خ م**)) فعل خماسي لازم، ويأتي اللفظ ((**التضخم**)) من ((**ضخَّمَ يتضخَّم ، تضخُّمًا ، فهو مُتضخِّم**))، فيقال في اللغة، تضخَّمت ثروتُه ، أي عظُمت وكبُرت واتَّسعت، ويقال أيضا تضخَّم المشروعُ، أي بمعنى توسع الإنتاجُ، تضخَّمتِ القضيَّةُ/ تضخَّم ذراعُه: تورَّم تَضَخَّمَ، يَتَضَخَّمُ، مصدر تَضَخُّمٌ. :-تَضَخَّمَتْ سَاقُهُ :- : اِنْتَفَخَتْ، اِزْدَادَتْ حَجْماً.[٢]

الفرع الثاني // المعنى في الاصطلاح الفقهي و القانوني

Meaning in the legal and jurisprudence terminology

يذهب الكثير من الفقه الى انه يجب التمييز أولا ما بين الزيادة الطبيعية للتشريعات في اطار النظام القانوني الخاص بجانب من جوانب الحياة الاجتماعية، وبين مشكلة التضخم في تلك التشريعات، فالأول يراد به التطور النوعي وظهور قواعد قانونية تحاكي او تواكب او تعالج علاقات اجتماعية معينة استجدت داخل المجتمع، كالمعاملات التجارية الرقمية التي تزداد تعقيدا واستحداثا تبعا لتطور العالم الرقمي سنة بعد سنة في الالفية الحالية[٣]، وهو ما يعتبر امرا طبيعيا وصلب الوظيفة التشريعية للسلطة العامة في المجتمع، وهو ما يعد تنظيما وحماية للمصالح والمنافع المستجدة وهو ما يُعد تجسيدا لمبدا

---

[١] - يُعبر عن هذا المبدأ بمصطلح اخر هو ((الامن القانوني)) وهو ضرورة التزام السلطات العامة بتحقيق قدر من الثبات النسبي للعلاقات القانونية المختلفة، بهدف إشاعة الأمن والطمأنينة بين أطراف العلاقات القانونية، بحيث يتمكن الأشخاص من التصرف باطمئنان على هدي من القواعد والأنظمة القانونية القائمة وقت قيامها بأعمالها وترتيب أوضاعها على ضوء منها، دون التعرض لمفاجآت أو تصرفات مباغتة صادرة عن السلطات العامة يكون من شأنها زعزعة هذه الطمأنينة، أو العصف بهذا الاستقرار. د. أحمد عبد الظاهر ، مبدأ الأمن القانوني كقيمة دستورية، مقال منشور على الشبكة الدولية للمعلومات وعلى الرابط الاتي:post/ law / users/ kenanaonline.com/ http://

[٢] - معجم المعاني- لكل رسم معنى - ، موقع لغوي متاح على الشبكة الدولية للمعلومات، وعلى الرابط الاتي :- https://www.almaany.com/

[٣] - ليث كمال نصراوين، متطلبات الصياغة التشريعية الجيدة واثرها على الإصلاح القانوني، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية ، السنة الخامسة، أيار ٢٠١٧، العدد الثاني، الجزء الأول، ص ٣٨٦.

العدالة التشريعية والذي يعني ((**إصدار السلطة المختصة بالتشريع القواعد القانونية بما يحقق الأمن القانوني للمجتمع الذي تطبق فيه، والسلطة المختصة بالتشريع في تحقيقها للأمن القانوني إنما تعكس ما يحتاجه المجتمع على حسب ظروف الواقع والقيم السائدة فيه، فما دام القانون يعبر عن قيم ومبادئ المجتمع، فلا شك في أنه يحقق العدالة، ومن ثم إذا حاد التشريع عن تجسيد هذه القيم، فلا يحقق العدالة، ومن ثم كان جديراً بإلغائه أو تعديله**))[١].

اما مفهوم التضخم في التشريعات القانونية، فيراد به الازدياد الكمي، لا النوعي، في تنظيم علاقة اجتماعية ما، دون مبرر كاف او ضرورة ملحة، وبالتالي فان ظاهرة التضخم المؤدية الى الاخلال بمبدأ الامن القانوني هي الزيادة الناشئة عن تشريعات جاءت لحل مسائل او مشاكل معينة سبق وان تم الإحاطة بها في تشريعات سابقة الصدور، او الازدياد الناجم عن التدخل في أمور جانبية وثانوية من الممكن ان يتم تنظيمها في لوائح او تعليمات تفصيلية تصدرها السلطة التنفيذية ((**الحكومة**))[٢].

المطلب الثاني // تأثير التضخم التشريعي على استقرار الامن القانوني .

The effect of legislative inflation on the stability of legal security

الفرع الأول // مفهوم الامن القانوني The concept of legal security

ترسخت فكرة الامن القانوني كمبدأ دستوري مستقل أول مرة في ألمانيا سنة ١٩٦١، حيث اكدت المحكمة الدستورية الفيدرالية بألمانيا دستوريتهُ، وتم الاعتراف به دوليا من قبل محكمة العدل للمجموعة الأوروبية إبتداءا من القرار الصادر سنة ١٩٦٢، كما أشارت إليه المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان عام ١٩٨١ من خلال تاكيدها على ضرورة احترام التوقع المشروع كأساس للامن القانوني[٣] .

والحقيقة، ان الامن القانوني يظهر في جانبين، الامن القانوني كحق طبيعي للأشخاص، والامن القانوني كعنصر من عناصر النظام القانوني، وفي الجانبين معا تلعب فكرة الامن القانوني دورا مهما في عملية صناعة القوانين ((**Making – Law**))[٤].

وتأسيسا على ما تقدم، فان مبدا الامن القانوني ينحدر من فكرة الامن التي اشرنا اليها سلفا[١]، ويقتضي بالضرورة ان يكون لكل شخص الحق في استقرار القاعدة القانونية وان يكون في مأمن من التعديلات المفاجئة التي يمكنها من ان تؤثر في هذا الاستقرار.

---

[١] ـ أحمد عبد الحسيب عبد الفتاح السنتريسي، العدالة التشريعية في ضوء فكرة التوقع المشروع ـ دراسة مقارنة، الطبعة الأولى ، دار الفكر الجامعي، ٢٠١٧ ، ص ١٨. ولقد ذهب الأستاذ Lon L FULLer في دراسة له بعنوان أخلاق القانون بأنه توجد عدة معايير تقاس بها الأخلاق الداخلية للقانون، ومن ثم إذا توافرت هذه المعايير فأن القانون يعد مقبولاً وعادلا ،

وهذه المعايير تتمثل في عمومية التطبيق، وأن يتصل علم المخاطبين به بصفة مباشرة، وألا يطبق بأثر رجعي، وأن تكون عباراته واضحة ومتسقة وغير متناقضة، كما يجب أن يكون غير مستحيل تطبيقه بأن يتناسب مع قدرات البشر، وألا يتم تغييره بصورة فجائية، وأن يتفق مع القوانين المقررة من قبل. مُشار اليه في م.د خالد مجيد عبد الحميد و م.د عبد الخالق عبد الحسين، المواءمة بين مبدأ اليقين القانوني والعدالة التشريعية، بحث منشور في مجلة ال البيت ، العدد ٢٦، بدون سنة ، ص ٥٧٣ .

[٢] ـ د. علي مجيد العكيلي، تأخر إقرار الموازنة العامة للدولة واثرها على مبدا الامن القانوني، بحث منشور في مجلة جامعة الكوفة، العدد ٢/٧، ٢٠١٧، ص ٨٥.

[٣] ـ عامر الهواري ، التكريس الدستوري لمبدا الامن القانوني ضمانة لتجسيد دولة القانون الحديثة، بحث منشور في مجلة مدارات سياسية، العدد ١ـ ٢٠٢١، ص ١٣٦.

[٤] ـ جودة التشريع ودورها في تحقيق الامن القانوني، سلسلة الأوراق البحثية الموجزة لمجلس النواب المغربي، المركز البرلماني للأبحاث والدراسات، العدد ٠١/ ٢٠٢٠، ص ١١.

ولقد عرج الفقه كثيرا على تعريف المبدأ المذكور، نظرا لأهميته القصوى في مختلف فروع القانون، ونظرا لأهمية الاثار التي تترتب على وجوده والاقرار به من قبل أي نظام سياسي يبحث عن وجود وترصين اركان الدولة القانونية[٢].

وقد ورد تعريف للأمن القانوني – كمصطلح فلسفي- في قاموس المصطلحات القانونية المنشور تحت إشراف **M. Cabrillac**، بأنه ((**الحالة المثالية التي يهدف إليها القانون، من خلال سن قواعد متماسكة، ومستقرة نسبيا، ويمكن الوصول إليها، حتى يتسنى للأفراد بناء توقعاتهم، وتحقيق قدر من الثبات النسبي للعلاقات القانونية، وحد أدنى من الاستقرار للمراكز القانونية المختلفة بهدف إشاعة الأمن والطمانينة بين اطراف العلاقات القانونية من أشخاص قانونية عامة وخاصة، بحيث تتمكن هذه الأشخاص من التصرف باطمئنان على هدى من القواعد والأنظمة القانونية وقت قيامها بأعمالها وان ترتب أوضاعها في ضوء منها، من دون التعرض لمفاجئات أو تصرفات مباغته صادرة عن السلطات العامة، يكون من شانها زعزعة هذه الطمانينة**))[٣].

وجاء تعريف القضاء الفرنسي للمبدا المذكور، بما جاء في التقرير السنوي لمجلس الدولة الفرنسي الصادر سنة ٢٠٠٦، والذي جاء فيه ((**مبدأ الأمن القانوني معناه أن يكون المواطنين قادرين على تحديد ما هو مسموح وما هو محظور عنهم بموجب القانون المعمول به، دون أن يستدعي ذلك من جانبهم بذل مجهودات غير محتملة، ولتحقيق هذه النتيجة، يجب أن تكون القواعد التي يتم سنها واضحة ومفهومة، وألا تخضع بمرور الوقت إلى تغييرات متكرره لا يمكن التنبؤ بها**))[٤] .

ويعرف بعض من فقه القانون الدستوري المبدأ المذكور بانه ((**مبدا عام يحكم عمل السلطات العامة بثلاثيتها المعروفة، وهو شعور بالطمأنينة او السكينة، يلامس وجدان المخاطبين بالقانون تجاه اعمال السلطة العامة تشريعا وتنفيذا وقضاء**)) [٥].

ومما تجدر الإشارة اليه، ومن الجدير بالذكر ان هناك من يستخدم مصطلح الأمن القانونيّ ((**La securite juridique**)) للدلالة على اليقين القانونيّ ((**La certitude juridique**))، على اساس ان كلاهما يحملان المعنى ذاته.

ووفقًا لمنظمة التعاون الاقتصادي والتنمية ((**OECD**)) ، فان استخدام مصطلح الأمن القانونيّ أو مصطلح اليقين القانونيّ، الذي اشرنا اليه سابقا، كلاهما يحملان المعنى ذاته، وإن مفهوم سيادة القانون أولاً وقبل كل شيء يسعى إلى التأكيد على ضرورة إنشاء مجتمع قائم على القواعد لصالح اليقين القانوني والقدرة على التنبوء.[٦]

---

[١] - **عبد المجيد غميجة، مبدا الامن القانوني وضرورة الامن القضائي، عرض مقدم في اطار الندوة المنظمة من قبل الوداية الحسنية للقضاة بمناسبة المؤتمر الثالث عشر للمجموعة الافريقية للاتحاد العالمي للقضاة، الدتار البيضاء، ٢٠٠٨/٣/٢٨.، متاح على الشبكة الدولية للمعلومات، وعلى الرابط الاتي:- www basic/pdf/web/.ism**

[٢] - **يورد الفقه بان الدولة القانونية يجب ان تحتوي على العناصر الاتية ((وجود دستور، مبدا الفصل بين السلطات، الرقابة على دستورية القوانين، مبدا المشروعية، الامن القانوني، الحقوق والحريات العامة)) انظر في ذلك :- الدكتور منير البياتي ، الدولة القانونية والنظام السياسي الإسلامي، الدار العربية ، بغداد، ١٩٨٧ ، ص٢١ وما بعدها .**

[٣] - **د. مازن ليلو راضي، حماية الأمن القانوني في النظم القانونية المعاصرة، الطبعة الأولى جمهورية مصر العربية، المركز العربي للنشر والتوزيع، ٢٠٢٠، ص ١٨ ، مُشار اليه في د. الهواري عامر، المصدر السابق، ص ١٣٧.**

[٤] - **Conseil d'Etat, Rapport public ٢٠٠٦ , sécurité juridique et complexité du droit (Paris: la documentation francaise, ٢٠٠٦), p.٢٨١.**

[٥] - **د. حسين احمد مقداد، مبدا الامن القانوني كاساس لعمل القاضي الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة ، ٢٠١٧، ص ١٤.**

[٦] - **أ.د. مازن ليلو راضي، اليقين القانوني من خلال الوضوح و سهولة الوصول للقانون، المصدر السابق، ص ٧ .**

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

الفرع الثاني // تأثير التضخم التشريعي على الامن القانوني

The effect of legislative inflation on legal security

ابتداءً، لا بد من القول ان مراعاة العدالة التشريعية من اهم الضرورات التي يجب مراعاتها في إدارة المنظومة التشريعية في أي نظام قانوني، ويُقصد بالعدالة التشريعية ((**اصدار السلطة المختصة بالتشريع القواعد القانونية بما يحقق الامن القانوني للمجتمع الذي تُطبق فيه**))[١].

ومن ضمن الاثار المترتبة على مراعاة مبدا العدالة التشريعية السالف الذكر، تحقيق الامن القانوني، او ما يسميه بعض من الفقه بمبدأ الاستقرار القانوني**Legal stability** [٢]، والذي سبق وان عرجنا على تعريفه في محل سابق، ولكن ما يهمنا ذكره هنا هو ان فكرة الاستقرار او الامن القانوني تقتضي في جميع التشريعات - وعلى اختلافها- نوعا من الاستقرار والثبات والابتعاد عن التعديل والتكرار الدائم للنصوص القانونية، وعدم التاثير على استقرار الأوضاع والحقوق المكتسبة [٣]، ولا بد من ان تكون القواعد القانونية مؤكَّدة ومحددةً في تنظيمها للمراكز القانونية للأشخاص وان تضمن النتائج، بحيث يستطيع كل شخص ان يتوقع هذه النتائج وان يعتمد عليها [٤]، والحقيقة ان لا معنى لسيادة القانون وعموميته ما لم يتحقق الشعور لدى الأشخاص بضمان النتائج المتقدمة الذكر، كون تنظيم العلاقات ذات الأثر القانوني من اهم وظائف القانون [٥].

أن تجنب مواجهة الشخص، بشكل متكرر ومبعثر، تغيرات وتحولات في طريقة المعالجة القانونية لأي قضية من القضايا التي تمسه، تتجسد في ضمان الاستقرار القانوني في مجالين، الأول استقرار التشريع، بحيث لا يفاجأ الشخص بتعديل التشريع من وقت إلى آخر، او تكرار المعالجة التشريعية للقضية الواحدة بأكثر من طريقة او الية، وبالتالي عدم استقرار الاجتهاد القضائي بمعنى استقرار المعالجة القضائية بنسق واحد لا يعتريه التغيير الضار أو غير المدروس، فنجد القضاء في هذه الحالة يعالج القضية الواحدة بطريقة مختلفة لأكثر من مرة.

ان وجود عدد من التشريعات التي تعالج ذات الموضوع يشكل تهديدا حقيقيا لمبدا الاستقرار او الامن القانوني، وكذا الحال في وجود التشريعات المُكررة بشكل غير مبرر او وجود تشريعات تتعارض في احكامها مع تشريعات أخرى او وجود مجموعة من الاستثناءات التشريعية على الأصل التشريعي العام [٦].

---

[١] - د. سمير عبد الحسيب عبد الفتاح السنتريسي، المصدر السابق، ص ص ١٨.

[٢] - د. علي مجيد العكيلي و د. لمى علي الظاهري، دراسات دستورية للسلطات الثلاثة في الدولة، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، جمهورية مصر العربية، الطبعة الأولى، ٢٠٢٢، ص .

[٣] - اوراك حورية، مبادئ الامن القانوني في القانون الجزائري واجراءاته، أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق سعيد حمدين، جامعة الجزائر، ٢٠١٨، ص ٩٣.

[٤] - د. يس محمد محمد الطباخ، الاستقرار كغاية من غايات القانون، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، جمهورية مصر العربية، ٢٠١٧، ص ١٤٧.

[٥] - يفسر بعض فلاسفة القانون وجود القانون بانه نوع من الرقابة الاجتماعية العامة تجري من خلالها عملية فحص او مراقبة او قبول اورفض المصالح المتنافسة او المتصارعة، واعتبر المحاكم كوكيل اسمى للقانون في فرض تلك الرقابة الاجتماعية، للاستزادة في ذلك راجع :- المحامي اللورد دينيس لويد، فكرة القانون، ترجمة المحامي سليم الصويص، الناشر عالم المعرفة، ١٩٨١، ص ٢٥١.

[٦] - أ.د. مازن ليلو راضي، المصدر السابق، ص ١٨.

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

المبحث الثاني // مظاهر التضخم التشريعي في المنظومة التشريعية العراقية وسبل معالجتها

Manifestations of legislative inflation in the Iraqi legislative system and ways to address it

يعاني العراق اليوم، و لأكثر من ستين عاما، من تضخم تشريعي هائل، وعدم جودة المنظومة التشريعية، من حيث الصياغة او المعالجة، فحتى بداية عام ٢٠١٩ يحتوي النظام القانوني في العراق على (٦٧) ارادة ملكية و(٧٨٠٨) قانون و(٥١٤٧) قرار لمجلس قيادة الثورة (المنحل) و(١٢٧) قرار لسلطة الائتلاف و(٢٨) قرار لمجلس الحكم و(٧٦٢) مرسوما جمهوريا و(٣٢٩٩) نظام و(٨٨٩) قرار لمجلس الوزراء و (٤٧١٥) تعليمات و(٦٩٢٤) بيان و(٧٨٧) نظاما داخليا.

كما يوجد الكثير من حالات التعارض في الاحكام بين النصوص القانونية المنظمة لجانب من جوانب الحياة الاجتماعية في العراق، بحيث لا يمكن باي حال من الأحوال الجمع بينهما في ذات المركز القانوني او ذات المعالجة للحالة المعروضة امام القضاء او الإدارة.

وفي اطار هذا المبحث، سوف نتناول مظهرين جوهريين من مظاهر التضخم التشريعي في العراق، الأول وهو التضخم التشريعي في اطار التشريعات الزراعية، والثاني في اطار أملاك الأوقاف وكيفية ادارتها وتحصيل غلتها.

المطلب الأول // التضخم التشريعي في اطار التشريعات الزراعية

Legislative inflation within the framework of agricultural legislation

ان العراق ليس حديث عهد بالتشريعات الزراعية، فتاريخ العراق يؤكد أن شريعة حمورابي والشرائع الأخرى الموغلة في القدم قد تضمنت أحكاما لتنظيم أصول الزراعة بدرجة عالية من الاتقان نسبيا.

لكننا هنا وان كان من حقنا أن نفاخر برسوخ الشرعية في الانشطة الزراعية في بلدنا وانغراس جذور أحكامها في تلك الحقبة الزمنية البعيدة، فأنه ليس من حقنا أن نربط علما حديثا – كعلم القانون بصورته الحديثة - بماض سحيق تقطعت الأسباب بينه وبين الحاضر القريب ببعد زمني وحوادث شكلت تاريخ العراق القديم والحديث وما عاناه من غزوات واستعمار وحصار اقتصادي واحتلال وما تلاه من أحداث، لذلك سنحصر البحث في جانبين، الأول تشتت التشريعات المنظمة للعلاقات الزراعية، والثاني، التعارض في تعيين الاختصاص القضائي للنظر في منازعات العقارات الزراعية.

الفرع الأول // تشتت التشريعات المنظمة للعلاقات الزراعية

The dispersion of legislation regulating agricultural relations

لا يعتبر تعدد التشريعات التي تنظم موضوعا واحدا عيبا بحد بذاته، أذا أمكن تلافي عيوب التعدد في عدم تكرار الأحكام وضمان عدم التعارض والتناقض بينهما، وان كان ذلك مدعاة لبعثرة الجهود وتشتت الأحكام بشكل يجعل تطبيقها غير دقيق، لكن القوانين الخاصة بالعقارات الزراعية اضافة الى تعددها، أصابتها عيوب التعدد ويُعزى ذلك الى تباين مراحل صدورها على مدى فترة زمنية طويلة، ومحاولة أشباع حاجات انية تقتضي تشريعها مجارات للتطورات المختلفة دون الاهتمام بمركزية الهدف ووحدة الموضوع حيث بلغ عدد التشريعات الزراعية والري للفترة من عام ١٩٢٢ لغاية عام ١٩٨٧ ، فقط (٢٦٣) قانونا ونظاما.

كما تواجه القائمين على تطبيق التشريعات المتعلقة بالعقارات الزراعية صعوبات عملية في الوصول الى الحكم القانوني المطلوب نتيجة تشتت هذه الأحكام وتفرقها في المجموعات الرسمية والمصادر، فبالإضافة الى كثرتها وطول فترة صدورها نجد كثيرا منها قد أُلغي أو عُدل وبمعزل عن التشريعات الأخرى التي لها علاقة بها، فأحكام حقوق الارتفاق مثلا التي نص عليها القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

في المواد من ١٢٧١ الى ١٢٨٤ ، قد عُدلت بالقوانين الخاصة، ومن تلك القوانين قانون بيع وتصحيح صنف الأراضي الاميرية رقم ٥١ لسنة ١٩٥٩ وتعديله بالقانون رقم ١٤ لسنة ١٩٦٠ وتعديله الثاني بالقانون رقم ٤٥ لسنة ١٩٦٠ وقانون حق اللزمة في الأراضي الزراعية رقم ١٥٣ لسنة ١٩٥٩ وقانون اطفاء حق الحكر رقم ١٣٨ لسنة ١٩٦٠ وقانون اطفاء حق العقر رقم ٢٨ لسنة ١٩٦٠ وقانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ اضافة الى ذلك تم الغاء بعض القوانين مع الابقاء على الانظمة والتعليمات الصادرة بموجبها لحين اصدار ما يحل محلها ولكن عمليا تبقى في النفاذ ولا تُستبدل.

كما يمكننا ان نلاحظ الاطناب وتفصيل الاحكام الجزائية غير الضرورية، في بعض أحكام التشريعات الخاصة بالأراضي الزراعية، حيث جاءت مبتسرة ولا تكشف بوضوح عن الغرض من تشريعها، فمثلا قوانين الاصلاح الزراعي رغم أخذها بمبدأ الامتداد القانوني في التوزيع وعقود الايجار بعد وفاة الموزع عليهم أو المستأجرين، الا انها لم تحدد طبيعة حق ذويه بشكل واضح بحيث أذا قامت خصومة بين ذوي المستأجر أو ذوي الموزع عليهم والاغيار هل يكون سند هذه الخصومة وفق القسام الشرعي أم وفق القسام القانوني [١]؟.

كما لاحظنا أن بعض التعليمات تشكل تعديل للقانون الذي صدرت لتوضيحه، ومثاله بيان وزير الزراعة والري رقم (١) لسنة ١٩٨٩ المنشور في الوقائع العراقية العدد ٣٢٥٧ في ١٩٨٩/٥/٢٩ والتي منع فيها قبول طلبات تثبيت حقوق المغارسة بعد صدور قانون الاصلاح الزراعي رقم ١١٧ لسنة ١٩٧٠ رغم أن المادة ١٤ من القانون اعلاه جاءت مطلقة ولم تميز فيما أذا كانت حقوق المغارسة نشأت قبل صدوره أم

---

[١] - جاء في المادة ١٦ من قانون الإصلاح الزراعي رقم ١١٧ لسنة ١٩٧٠ ما نصه ((توزع بساتين الاصلاح الزراعي (البساتين المستولى عليها والقائمة على الاراضي الاميرية الصرفة, والتي آلت إلى الاصلاح الزراعي عن أي طريق قانوني آخر) وفق المراتب التالية:

١. على المغارسين فيها, وفي هذه الحالة تفوض إلى المغارس المساحة التي وزعت عليه ويدفع قيمة حصة الحكومة من الاشجـار والمنشآت.

٢. على فلاحي البستان.

٣. على الفلاحين الذين يتعاطون البستنة مع اعطاء الاولوية لفلاحي البستنة في المنطقة.

وفي الحالتين الاخيرتين يدفع الموزع عليه قيمة الاشجـار والمنشآت وتقدر قيمتها وفق قواعد التقدير المنصوص عليها في هذا القانون.

٤. يجـرى احتساب ما سبق للمغارسين دفعة وفق القوانين السابقة وتطرح من القيمة المذكورة, فأن كان ما دفعوه اكثر من ذلك فلا يرد لهم شيء.

٥. عند عدم توفر من توزع عليه وفق الفقرات (١ و ٢ و ٣) من هذه المادة يجـرى بيع البستان وفق تعليمات يصدرها المجـلس بهذا الشأن.

٦. على من وزعت عليه أو اشترى بستانا وفق احكام هذه المادة أن يستمر على استغلالها للاغراض الزراعية والبستنة ولا يجـوز تغيير جـنسها أو استغلالها لغير الاغراض المذكورة)) ويجري اكثر القضاء على الاخذ بـالقسام الشرعي الصادر من محكمة الأحوال الشخصية المختصة لان القسام النظامي او القانوني خاص بحق التصرف كما ورد ذلك في نصوص القانون المدني، هذا من جهة ، كما أن قانون الاصلاح الزراعي رقم ١١٧ لسنة ١٩٧٠ وفي المادة (٢٦) منه أورد كلمة (ورثة). كما وردت كلمة (ورثة المستأجر) في المادة (٧) خامسا من قانون القرى العصرية الزراعية رقم ٥٩ لسنة ٢٠١٢ . كما أنه جاء في التعليمات رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ المادة السادسة المعدلة بالتعليمات رقم (١) لسنة ٢٠١٢ الصادرة من وزارة الزراعة بشأن مزارع تربية الاسماك الفقرة (٤) منها ((للمستأجر أو ورثته التنازل عن العقد الى الغير بموافقة وزير الزراعة أو من يخوله بعد مضي (٣) سنوات في الاقل ابرام العقد)) . وهذ كله يدل أن المقصود بـ (الورثة) هم أصحاب الحصص الارثية بموجب القسام الشرعي الذي تصدره محكمة الاحوال الشخصية .

بعده وان ما ورد في المادة ١٤ بفقرتها ٥ يخص المغارسات المكتسبة قراراتها الدرجة النهائية المسجلة بعد نفاذ القانون .

الفرع الثاني // التعارض في تعيين الاختصاص القضائي للنظر في منازعات العقارات الزراعية.

Inconsistency in assigning jurisdiction to hear agricultural real estate disputes

لا يقل مستوى التعارض والتشتت في تحديد الجهة المختصة بنظر المنازعات الناشئة عن العقارات الزراعية والعلاقات التي تنشأ بين حائزيها او مالكيها، عن مستوى التعارض والتشتت في التشريعات الموضوعية المنظمة للعلاقات الزراعية، فمثلا قرار مجلس قيادة الثورة المنحل المرقم ١٨١ لسنة ٢٠٠٢ نص على اختصاص محكمة بداءة موقع العقار بالنظر في دعوى أطفاء حق التصرف في الأراضي المشمولة بقانون توحيد أصناف أراضي الدولة المرقم ٥٣ لسنة ١٩٧٦ وتقدير التعويض وفق الأسعار السائدة وقت اجراء الكشف، لكنه لم يتضمن نصا بإلغاء قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم ١٣١ لسنة ١٩٨١ المعدل بالقرار ٥٤٢ لسنة ١٩٨٤ الذي نص على تشكيل لجنة في كل محافظة برئاسة معاون المحافظ وعضوية ممثل من وزارة الدفاع ومدير بلديات المحافظة ومدير التسجيل العقاري في المحافظة ورئيس شعبة الأراضي تتولى أيضا اطفاء حق التصرف في الأراضي المملوكة للدولة وتعويض أصحاب الحقوق التصرفية أو المنشاءات والمغروسات والمزروعات ويكون قرارها بهذا الشأن قطعيا، مما يجعل تنازع الاختصاص بين اللجان المذكورة ومحاكم البداءة أمرا واردا لا مفر منه.

وكذا الحال في قرار مجلس الثورة المنحل رقم ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ الناص في فقرته (أ) على انه ((**التعهد بنقل ملكية عقار يقتصر على الالتزام بالتعويض اذا اخل الطرفين بتعهده سواء اشترط التعويض في التعهد أم لم يشترط فيه**)) فأنه ورد في المادة ١١٢٧ من القانون المدني والقرار ١٤٢٦ لسنة ١٩٨٣ مع بعض الاضافات ومع ذلك تركت كثير من الجزئيات المتعلقة به دون معالجة، وخضع ذلك لاجتهاد المحاكم مما أدى الى تعدد الآراء والاجتهادات بشأنها، ولا يقتصر التعدد على التشريعات الخاصة بالأراضي الزراعية بل يتعداه الى جهات تطبيق هذه التشريعات فهي متعددة أيضا بين السلطة التنفيذية والسلطة القضائية مما يؤدي الى تنازع الاختصاص وتجاوز بعض الجهات الحدود المرسومة لها في تطبيق تشريع معين أو اهمال تطبيقه بسبب عدم وضوح حدود الاختصاص، وأسباب ذلك هو اختلاف جهات اقتراح التشريعات بين وزارة الزراعة ووزارة الاصلاح الزراعي (الملغاة) ووزارة الري والمجلس الزراعي الأعلى .

ومن امثلة ما تقدم أيضا، ما نصت عليه الفقرة (٢) من المادة (٣٣) من قانون الأصلاح الزراعي حيث نصت على تشكيل لجنة برئاسة موظف يرشحه المحافظ وعضوية ممثل عن الاصلاح الزراعي وممثل عن اتحاد الجمعيات الفلاحية للنظر في الاعتراضات على قرارات لجان الفصل في المنازعات الخاصة بالعلاقات الزراعية ويكون قرارها نهائيا باستثناء قرار انهاء العلاقة الزراعية حيث لا يعد نهائيا الا باقترانه بموافقة وزير الاصلاح الزراعي، ونلاحظ هنا عدم وجود ضوابط محددة لتحديد اختصاص اللجان وما يدخل ضمن اختصاصها وما يخرج عنه.

كما نلاحظ، ان لجان فض المنازعات الزراعية التي يترأسها عادة رئيس الوحدة الادارية يتصدون للفصل في منازعات تتعلق بتجاوز الاغيار على المساحات المتعاقد عليها رغم أنها من اختصاص محاكم البداءة بسبب الجهل بأحكام القانون، حيث ان اختصاص اللجنة قانونا ينحصر في الفصل في المنازعات الخاصة بالعلاقات الزراعية كما ذكرناه اعلاه.

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

المطلب الثاني // التضخم التشريعي في اطار أملاك الأوقاف وكيفية ادارتها وتحصيل غلتها.

Legislative inflation within the framework of endowment properties and how to manage them and collect their yield.

يُعرف المشرع العراقي الوقف في الفقرة ٤ من المادة ١ من قانون إدارة الأوقاف رقم ٦٤ لسنة ١٩٦٦ بانه ((**الوقف الصحيح – هو العين التي كانت ملكا فوقفت الى جهة من الجهات ويشمل العقر الموقوف**))، والوقف هو نظام إسلامي يقتضي حبس المال لمنفعة جهة من الجهات او شخص او مجموعة من الأشخاص، او هو كما يعرفه المرجع الديني الأعلى للطائفة الشيعية الإسلامية في العالم السيد علي السيستاني بانه ((**تحبيس الأصل وتسبيل المنفعة، واذا تم بشروطه الشرعية خرج المال الموقوف عن ملك الواقف واصبح مما لايورث ولا يوهب ولا يباع الا في موارد معينة يجوز فيها البيع**)) [١].

والوقف – من الناحية الشرعية - على عدة أنواع، منها الذري والخيري والمشترك[٢]، ولا نريد في هذا البحث ان ندخل في أنواع الوقف واحكامه، اذ انه ليس محلها المناسب، ولكننا نريد ان نقول ان اختلاف أنواع الوقف المُشار اليها انفا، أدى الى اختلاف الاحكام الشرعية، وبالتالي اختلاف الاحكام القانونية التي أصدرتها الدولة العراقية اعتبارا من تاريخ تاسيسها عام ١٩٢١ ولغاية اليوم.

ولذا، فقد صدرَت العديدُ من القوانينِ والأنظمةِ والتعليماتِ التي تتعلق بإدارة الأوقاف، مما أدى الى تخبط وتناقض واضح في تطبيق الاحكام، وتضخم بيِّن في اعداد تلك التشريعات.

فقد صدر قانونُ إدارة الأوقاف رقم ٦٤ لسنة ١٩٦٦ المعدل، وقانونُ الخدمة في المؤسسات الدينية رقم ٦٧ لسنة ١٩٧١ المعدل، ونظامُ المتولين رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٠ ، ونظامُ المزايدات والمناقصات الخاصة بالأوقاف رقم ٤٥ لسنة ١٩٦٩ المعدل، وقانونُ إدارة العتبات المقدسة رقم ٢٥ لسنةِ ١٩٦٦ المعدل، ونظامُ العتبات المقدسة رقم ٢١ لسنة ١٩٦٩ المعدل، ونظامُ رعاية الطوائف الدينية رقم ٣٢ لسنة ١٩٨١، وقانونُ إدارة واستثمار أموال الأوقاف رقم ١٨ لسنة ١٩٩٣ المعدل، وقانونُ رعاية وإدارة دور العبادةِ المنشأةِ من الأشخاص الطبيعيةِ والمعنويةِ الخاصة رقم ٦٢ لسنة ٢٠٠٠، يضاف إلى ذلك استمرار تطبيق مرسوم جواز تصفية الوقف الذري رقم ١ لسنة ١٩٥٥ ، ونظام صرف الحصة الخيرية من الوقف المصفى رقم ٤ لسنة ١٩٥٩ .

ونتناول في هذا المطلب موضوعين مهمين، الأول، فحوى اهم التشريعات التي تناولت إدارة الأوقاف ومدى كثرتها وتضخمها، والثاني، مدى التعارض الذي اوجده التضخم المُشار اليه في تطبيق الاحكام القانونية .

---

[١] - موقع المكتب الديني للسيد علي الحسيني السيستاني على الشبكة الدولية للمعلومات، وعلى الرابط الاتي :- www.sistani.org

[٢] – يختلف نوع الوقف باختلاف الموقوف عليه، وهو بذلك ينقسم إلى أنواع ثلاثة هي: الوقف الأهلي (الذري) وهو ما جُعلت فيه المنفعة لأفراد معينين أو لذريتهم سواء من الأقرباء أو من الذرية أو غيرهم، وقد يشترط الواقف فيه، أن يؤول إلى جهة بر بعد انقطاع الموقوف عليهم (وفي هذه الحالة يعتبر وقفاً أهلياً إبتداءاً خيرياً مآلاً) ، والوقف الخيري وهو ما جُعلت فيه المنفعة لجهة بر أو أكثر، وكل ما يكون الإنفاق عليه قربة لله تعالى، اما الوقف المشترك فهو ما يجمع بين الوقف الأهلي والخيري، انظر في ذلك :– القاضي سالم روضان الموسوي، احكام الوقف والتولية، دراسة معززة بتطبيقات قضائية، منشورات الحلبي الحقوقية، ص ٢٣–٢٤.

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

الفرع الأول // اهم التشريعات التي تناولت إدارة الأوقاف

The most important legislations that dealt with the management of endowments

أولا // قانون إدارة الأوقاف رقم ٦٤ لسنة ١٩٦٤ المعدل

وضح هذا القانون في المادة الأولى منه، مصطلحات الوقف الصحيح والوقف غير الصحيح والوقف الملحق، وبين في المادة الثانية الأوقاف التي يديرها ديوان الأوقاف ، وهي الأوقاف المضبوطة والأوقاف الملحقة خلال انحلال توليتها أو سحب يد المتولي عنها بقرار من لجنة المحاسبة أو المحكمة الشرعية، وبين في المادة الرابعة أن الأوقاف الملحقة يقوم الديوان بمهمة مراقبة الأوقاف الملحقة، كما بين في المادة السادسة كيفية استبدال الأوقاف، وقد عدل القانون بموجب القانون رقم ٤٠ لسنة ١٩٩٩ وأهم الأحكام التي جاء بها هذا التعديل أنه قد عاقب المتجاوز بالحبس مدة لا تقل عن شهر ولا تزيد على سنة وضمنه ضعف أجر المثل مع ضعف قيمة الأضرار، وأجاز لرئيس الديوان أو من يخوله وضع اليد على العقار الموقوف وتخليته وفق الإجراءات التنفيذية بعد انتهاء مدة ٣٠ يوماً من تأريخ تبليغ المستأجر بأمر التخلية، وخوله تضمين المستأجر ضعف قيمة الأضرار التي أحدثه بالعقار الموقوف أو بموجوداته .

ثانيا // مرسوم جواز تصفية الوقف الذري رقم ١ لسنة ١٩٥٥

يشمل هذا المرسوم الوقف الذري والوقف المشترك، وقد بين في المادة الرابعة أن محكمة البداءة التي يقع فيها الوقف هي الجهة المختصة بتصفيته، وبين في المادة الرابعة عشرة بأن الواقف إذا كان حياً فله حق الرجوع عن وقفه بطلب يقدمه إلى محكمة البداءة لاستحصال قرار بأبطال حجة الوقف وإعادة الموقوف إلى ملكه.

ثالثا // نظام المتولين رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٠

بين هذا النظام كيفية توجيه التولية، وطريقة تعيين المتولي في الوقف الذري والمشترك حيث يتم ترشيحه من قبل المحكمة الشرعية وقرار من المجلس العلمي، وحدد إثبات الأهلية للمتولي الذي يدير الوقف من خلال امتحان يجريه المجلس العلمي بكل ماله علاقة بالوقف من إدارة ومحاسبة، وبين في المادة الرابعة بأن المتولي مسؤول عن غلة الوقف بموجب شرط الواقف ووفق الأحكام الشرعية، وحدد واجبات المتولي، ومحاسبته وبين إن لجنة المحاسبة هي الجهة التي تنظر في الشكاوى المقدمة ضد المتولي المتعلقة بكيفية إدارته للموقوفات أو بصرفه وارادات الوقف، وبين اسباب عزل المتولي ، وبين القرارات التي تصدرها اللجنة وهي إما العزل واما البراءة، وبين طريقة الاعتراض على قرار اللجنة بأن يكون ذلك لدى مجلس الأوقاف الأعلى خلال عشرة ايام من تأريخ التبليغ، وإذا انتهت المدة ولم يعترض عليه تقوم اللجنة بأرسال القرار إلى المجلس لغرض المصادقة عليه.

رابعا // نظام المزايدات والمناقصات الخاصة بالأوقاف رقم ٤٥ لسنة ١٩٦٩ المعدل

حدد هذا النظام لجنة التقدير ولجنة المزايدات والمناقصات ، وبين في المادة الثانية منه مدة المزايدة لإيجار الموقوف ولبيع المنقول منه بسبعة أيام وللاستبدال بثلاثين يوماً ، وحدد في المادة الثالثة منه مبلغ التأمينات بعشرين % من بدل السوم بالنسبة للمستغلات وللاستبدال ، وعشرة % بالنسبة للمنقول والمُسقفات ، وبين النظام إن طريقة المزايدة تكون وفقاً لطريقة (الضم) ، فقد ذكر في المادة السابعة منه أن الضمائم تقبل خلال مدة المزايدة وتدون في قائمة المزايدة رقماً وكتابة، ومن ثم تقرر اللجنة الإحالة في المزايدات باسم صاحب الضم الأخير إذا وجدت أن البدل بلغ الحد اللائق .وقد استثنى النظام من إجراء المزايدة في إيجار أو استبدال الموقوف في حالة إيجار الموقوف للدوائر الحكومية الرسمية وشبه الرسمية والجمعيات ذات النفع العام .

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

الفرع الثاني // مدى التعارض والتخبط الذي اوجده التضخم التشريعي في تطبيق الاحكام القانونية في إدارة الاوقاف.

The extent of conflict and confusion created by legislative inflation in the application of legal provisions in the management of endowments.

إن المعضلة التي نحن بصدد الحديث عنها في هذا المحل، تكمن في أن بعض التشريعات شُرعت على حين غفلة من أهل الاختصاص، بالإضافة الى الكم التشريعي من الاحكام المُشار اليه انفا، صدرت تشريعات إضافية، والتي أدت الى وجود اكثر من جهة ذات اختصاص في نظر منازعات الأوقاف من جهة، وتعدد النصوص القانونية التي تحكم تلك المنازعات والمراكز القانونية المنظمة لاطرافها من جهة أخرى وكما يلي :-

أولا // القانون المرقم ١٩ لسنة ٢٠٠٥م لإدارة العتبات المقدسة الشيعية، والذي نُشر في الجريدة الرسمية بعددها رقم ٤٠١٣ في ٢٠٠٥/٥/٢٨م، والذي قضى بعائدية إدارة العتبات المقدسة العائدة لآل البيت للوقف الشيعي، إن القانون المُشار اليه، تضمن أن يؤسس في ديوان الوقف الشيعي بموجب هذا القانون ((**دائرة العتبات المقدسة والمزارات الشيعية الشريف**))، لتتولى إدارة وتسيير شؤون العتبات والمزارات والعناية بها، ولم يتطرق إلى نقل ملكية تلك العتبات والمزارات باسم ديوان الوقف الشيعي، كما انه لا ينص على التملك وإنما ينص على إدارة هذه الأوقاف وليس ملكيتها، لكننا نجد أن الممارسة قد جعلت من هذا القانون قانون استملاك!.

ثانيا // التداخل في الاختصاص ، إن المادة ١١٥ من الدستور العراقي تضمنت تمتع المحافظات بجميع الاختصاصات غير الحصرية للسلطة الاتحادية والاختصاصات المشتركة، ولما كانت إدارة عتبة مرقد الإمام علي الهادي (ع) والكثير من المراقد والأضرحة والمقابر والمساجد تدخل ضمن اختصاصات المحافظات، بالتالي يعتبر هذا القانون قد تجاوز اختصاصات المحافظة، واثار اشكالا قانونيا ودستوريا على مستوى واحد.

ثالثا // التداخل في الاختصاص القضائي، استنادا لقانون دائرة الاوقاف رقم ٦٤ لسنة ١٩٦٦ المعدل ونظام المتولين رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٠ ((المادة ٢ من النظام)) بان تتولى المحكمة ترشيح المتولي لهذا الوقف ويعرض ذلك على المجلس العلمي في ديوان الرقابة ثم تقوم المحكمة بإصدار حجة التولية، وبالنسبة للمسلمين يكون الاختصاص لمحكمة الاحوال الشخصية وغير المسلمين يكون الاختصاص لمحكمة المواد الشخصية م ٣٣ من قانون المرافعات المدنية المعدل وف ٤ م٣٠٠ من القانون ذاته، ثم يرسل الى المجلس العلمي في ديوان الوقف الشيعي للمصادقة على تعيين المتولي ((الفقرة اولا المادة ١٠)) من قانون ديوان الوقف الشيعي رقم ٥٧ لسنة ٢٠١٢ الذي يقوم بأرسال المصادقة الى المحكمة المختصة، ومن ثم تصدر الحجة والتي هي تعتبر من الاوامر على العرائض حيث يمكن التظلم من قرار القاضي م ١٥١ و ١٥٣ مرافعات وقرار قاضي محكمة الاحوال الشخصية او المواد الشخصية قابل للطعن فيه تمييزا امام محكمة التمييز الاتحادية.

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

الخاتمة :

في نهاية بحثنا هذا، نتمنى ان نكون قد وفقنا في تسليط بعض الضوء على جانب من جوانب التضخم التشريعي في النظام القانوني العراقي، ولعل ابرز ما توصلنا اليه من نتائج او استنتاجات في هذه الدراسة المبسطة هو انعدام فكرة التوقع المشروع او ما يعبر عنه باليقين القانوني ومعناه ان تتوفر في النظام القانوني الأساليب المناسبة لضمان علم المخاطبين به بمضمونه،[١] وبالتالي تدُب الفوضى في تطبيق الاحكام القانونية على الوقائع التي من المفترض ان يكون القانون هو العلاج الناجع لوقوعها.
وبالتالي، فان أن أصلاح التشريعات يجب أن يراعي المبادئ التالية :-

١. رفع المستوى التشريعي شكلا ومضمونا وذلك باعتماد صياغة فنية دقيقة مبسطة واستعمال الفاظ ومصطلحات مفهومة وسهلة وتجاوز الاسهاب والتفصيلات الجزئية للأحكام، وذلك بالنص على القواعد الاساسية في القانون وترك وتنظيم التفصيلات الجزئية بأنظمة وتعليمات لتسهيل متابعة التطور العلمي وتوفير المرونة لمعالجة الامور المتغيرة بالسرعة التي تقتضيها.

٢. ربط التشريع بمعطيات المجتمع الجديد وترجمة مبادئه وفلسفته الاجتماعية والاقتصادية ومراعاة الحالة العامة للأشخاص .

٣. توحيد الاحكام المتناثرة بين متون القوانين والأنظمة والتعليمات، وبشكل لا يخل بالغاية من تشريعها، ودمج القوانين المتقاربة أو المتشابهة في الموضوع الذي تنظيمه في قانون واحد .

٤. تحديد دقيق لجهات تنفيذ القانون وصلاحية كل منها مما يحول دون التنازع والتداخل في الاختصاص وأخضاع جميع المنازعات لاختصاص السلطة القضائية.

وبعد أن انهينا بحثنا هذا، نرجوا من الله العلي القدير أن نكون قد وفقنا في اظهاره بالشكل المناسب . فأن أصبنا فمن الله العون والتوفيق، وأن أخطأنا فأنه غفور رحيم ، وفوق كل ذي علم عليم.

المصادر :

أولا // المؤلفات

١- د. مازن ليلو راضي، حماية الأمن القانوني في النظم القانونية المعاصرة، الطبعة الأولى جمهورية مصر العربية، المركز العربي للنشر والتوزيع، ٢٠٢٠.

٢- أ.د. مازن ليلو راضي، اليقين القانوني من خلال الوضوح و سهولة الوصول للقانون، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، كلية القانون - جامعة بغداد، العدد الاول – ٢٠١٩.

٣- د. علي مجيد العكيلي و د. لمى علي الظاهري، دراسات دستورية للسلطات الثلاثة في الدولة، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، جمهورية مصر العربية، الطبعة الأولى، ٢٠٢٢ .

٤- د. علي مجيد العكيلي، تأخر إقرار الموازنة العامة للدولة واثرها على مبدا الامن القانوني، بحث منشور في مجلة جامعة الكوفة، العدد ٢/٧، ٢٠١٧.

٥- اوراك حورية، مبادئ الامن القانوني في القانون الجزائري واجراءاته، أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق سعيد حمدين، جامعة الجزائر، ٢٠١٨.

[١] – محمد عبد اللطيف محمد، مبدأ الأمن القانوني، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية لجامعة المنصورة، العدد ٣٦ ٢٠٠٤، ص.٨٩.

٦- د. يس محمد محمد الطباخ، الاستقرار كغاية من غايات القانون، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، جمهورية مصر العربية، ٢٠١٧.

٧- المحامي اللورد دينيس لويد، فكرة القانون، ترجمة المحامي سليم الصويص، الناشر عالم المعرفة، ١٩٨١.

٨- د. حسين احمد مقداد، مبدا الامن القانوني كاساس لعمل القاضي الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة ، ٢٠١٧.

٩- د. منير البياتي ، الدولة القانونية والنظام السياسي الإسلامي، الدار العربية ، بغداد، ١٩٨٧.

١٠-ليث كمال نصراوين، متطلبات الصياغة التشريعية الجيدة واثرها على الإصلاح القانوني، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية ، السنة الخامسة، أيار ٢٠١٧، العدد الثاني، الجزء الأول.

١١-أحمد عبد الحسيب عبد الفتاح السنتريسي، العدالة التشريعية في ضوء فكرة التوقع المشروع - دراسة مقارنة، الطبعة الأولى ، دار الفكر الجامعي، ٢٠١٧ .

١٢-القاضي سالم روضان الموسوي، احكام الوقف والتولية، دراسة معززة بتطبيقات قضائية، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠١٦.

ثانيا // الدوريات

١- م.د خالد مجيد عبد الحميد و م.د عبد الخالق عبد الحسين، المواءمة بين مبدأ اليقين القانوني والعدالة التشريعية، بحث منشور في مجلة ال البيت ، العدد ٢٦، بدون سنة.
٢- عامر الهواري ، التكريس الدستوري لمبدا الامن القانوني ضمانة لتجسيد دولة القانون الحديثة، بحث منشور في مجلة مدارات سياسية، العدد ١- ٢٠٢١.
٣- جودة التشريع ودورها في تحقيق الامن القانوني، سلسلة الأوراق البحثية الموجزة لمجلس النواب المغربي، المركز البرلماني للأبحاث والدراسات، العدد ٠١/ ٢٠٢٠.
٤- على الصاوى، الصياغة التشريعية للحكم الجيد، ورقة بحثية مقدمة الى ورشة عمل حول تطوير نموذج للصياغة التشريعية للبرلمانات العربية، بيروت ٦-٣ شباط / فبراير ٢٠٠٣ .

ثالثا // المواقع الالكترونية

١- موقع المكتب الديني للسيد علي الحسيني السيستاني على الشبكة الدولية للمعلومات، وعلى الرابط الاتي :- www.sistani.org

٢- عبد المجيد غميجة، مبدا الامن القانوني وضرورة الامن القضائي، عرض مقدم في اطار الندوة المنظمة من قبل الوداية الحسنية للقضاة بمناسبة المؤتمر الثالث عشر للمجموعة الافريقية للاتحاد العالمي للقضاة، الدتار البيضاء، ٢٠٠٨/٣/٢٨.، متاح على الشبكة الدولية للمعلومات، وعلى الرابط الاتي:- www basic/pdf/web/.ism

٣- معجم المعاني- لكل رسم معنى - ، موقع لغوي متاح على الشبكة الدولية للمعلومات، وعلى الرابط الاتي :- https://www.almaany.com/

٤- د. المهدي الفحصي، اهمية نظرية " فصل السلطات "La séparation des pouvoirs" في تصنيف الأنظمة السياسية بين عالمية المفهوم وخصوصية التطبيق، محاولة تأصيلية، مدونة الدكتور المهدي الفحصي، موقع متاح على الشبكة الدولية وعلى الرابط الاتي:- https://dr-elfahssi-dcsp.blogspot.com/ .

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

٥- د. أحمد عبد الظاهر ، مبدأ الأمن القانوني كقيمة دستورية، مقال منشور على الشبكة الدولية للمعلومات وعلى الرابط الاتي: http:// kenanaonline.com/ users/ law / post
٦- أ.م.د. محمد رشيد حسن وسيروان عثمان فرج، تضخم القواعد القانونية الجزائية كعارض من عوارض تحقيق الامن القانوني، بحث متاح على الشبكة الدولية للمعلومات، وعلى الرابط الاتي:- https://doi.org/ .

رابعا // القوانين

١- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١
٢- قانون بيع وتصحيح صنف الأراضي الاميرية رقم ٥١ لسنة ١٩٥٩ وتعديله بالقانون رقم ١٤ لسنة ١٩٦٠ وتعديله الثاني بالقانون رقم ٤٥ لسنة ١٩٦٠ .
٣- قانون حق اللزمة في الأراضي الزراعية رقم ١٥٣ لسنة ١٩٥٩.
٤- قانون اطفاء حق الحكر رقم ١٣٨ لسنة ١٩٦٠ .
٥- قانون اطفاء حق العقر رقم ٢٨ لسنة ١٩٦٠ .
٦- قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١.
٧- قانون توحيد أصناف أراضي الدولة المرقم ٥٣ لسنة ١٩٧٦
٨- قانون القرى العصرية الزراعية رقم ٥٩ لسنة ٢٠١٢ .
٩- قانون الاصلاح الزراعي رقم ١١٧ لسنة ١٩٧٠.
١٠-قرار مجلس قيادة الثورة المنحل المرقم ١٨١ لسنة ٢٠٠٢.
١١-قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم ١٣١ لسنة ١٩٨١ المعدل بالقرار ٥٤٢ لسنة ١٩٨٤.

خامسا // الأنظمة والتعليمات

١- بيان وزير الزراعة والري رقم (١) لسنة ١٩٨٩ المنشور في الوقائع العراقية العدد ٣٢٥٧ في ١٩٨٩/٥/٢٩.
٢- التعليمات رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ المادة السادسة المعدلة بالتعليمات رقم (١) لسنة ٢٠١٢ الصادرة من وزارة الزراعة

الأمن القانوني بين مبدأي العدالة والمساواة الضريبية

م. م. لقاء عبد الساده جالي
الجامعة المستنصرية
كلية القانون

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

الملخص :

يعد مبدأي العدالة والمساواة الضريبية من أبرز المرتكزات التي تقوم عليها السياسة الضريبية الناجعة ، لذلك دأبت اغلب دساتير دول العالم بالنص عليهما في تضاعيف نصوصها الدستورية ، من أجل إعطائها قدر من الأهمية على النحو الذي يفرض على الجهات التي تملك حق تشريع أو اقتراح قانون ضريبي معين مراعاة هذه المبادئ في ذلك المشروع أو المقترح وإلا عد القانون ظالماً ومعرضاً للتعديل والإلغاء .

ومن ثم يتعين على المشرع أن يأخذ هذان المبدآن بنظر الاعتبار عند تشريع القوانين الضريبية ، لغرض الوصول إلى تشريع ضريبي متكامل ولو بصورة نسبية ، وما لذلك من مردود ايجابي على نفسية المكلفين بالضريبة الذين طالما نظروا لها على إنها أداة حرمان ووسيلة اقتطاع لأموالهم وثرواتهم من دون وجه حق .

عليه فإن مراعاة مبدأي العدالة والمساواة الضريبية اصبح من المسائل التي فرضت نفسها وبقوة عند الحديث عن مدى إمكانية تحقيق الأمن القانوني داخل البيئة القانونية الضريبية وعلى الرغم من أن مبدأ الأمن القانوني حديث النشأة إلى أن المقتضيات التي يتطلبها بالغة في القدم ، إذ يمكن القول إلى أنها ترجع لفكرة القانون الطبيعي الذي يقتضي بأن كل انسان لديه حقوق فطرية تولد معه وهذه الحقوق وجدت قبل وجود الدولة ، ويقتصر دور الدولة على ضمان احترامها ، فالأمن القانوني يعني استقرار القاعدة القانونية المنظمة لشؤون الأفراد ، إذ اصبح هذا المبدأ يمثل مرتكزاً للتطور ومعياراً يقاس به تطور الدول ورقيها فيكيف يمكن للفرد أن يحصل على حقوقه إلا في ظل اطار قانوني يتسم بالثبات النسبي .

المقدمة :

اولاً : التعريف بموضوع البحث

لعلنا لا نعدو الحقيقة بقولنا أن السياسة الضريبية تؤثر في حياتنا ابلغ تأثير وهذا ما يستدعي بذل المزيد من الجهد لمحاولة فهمها وتشخيص ما تطرحه من قضايا جوهرية للوقوف على مواطن الضعف والقوة فيها ، لاسيما وأن الشعوب العربية بصورة خاصة عانت وما زالت تعاني من عدم تكافؤ الفرص ، وانعدام المساواة ، والتهميش والاقصاء على أسس اجتماعية وجغرافية وغيرها ، الأمر الذي رسخ لتفاوتات اقتصادية واجتماعية بين المواطنين ، لذلك اصبح مطلب الأمن والعدالة الاجتماعية والمساواة احد ابرز المرتكزات التي نادى بها الأفراد ، فالأمن

كان ولا زال في صدارة اهتمامات المجتمعات بوصفه العامل الجوهري الذي يحفظ الوجود الإنساني ويمنح الحياة الكريمة للفرد في كل العصور والازمنة فالأمن مطلوب في جوانب الحياة الاجتماعية والاقتصادية والسياسية جميعها ، فلا حياة ولا طمأنينة ولا تقدم من دون أمن . ولقد توسع مفهوم الأمن وأصبح يعني الأمن في القاعدة القانونية أو القانون ذاته (وهذا ما يعبر عنه اليوم بمصطلح الأمن القانوني) الذي يعني وفي المجال الضريبي بالتحديد حماية حقوق ومصالح المكلفين بالضريبة ، بمعنى آخر ظهر هذا المصطلح ليؤكد على حق كل فرد في التطور ولكن في عالم قانوني مستقر .

فمبدأ الأمن القانوني يعني ان التوقع الذي يحصل لدى المكلفين نتيجة لتصرف الإدارة الضريبية على نحو معين يمكن ان تكون له آثار قانونية ، ومن ثم يتعين على الإدارة سلوك أحد أمرين ، أما أن تحترم ذلك التوقع في اتخاذ قراراتها ، أو أن تقدم أسباباً حقيقية تتعلق بعدم إمكانية تحقيق المصلحة العامة بوصفها أولوية الإدارة إلا من خلال اتخاذ قرار يتعارض مع التوقع المشروع للمكلفين . لذلك فإن مبدأ الأمن القانوني يزحف باتجاه حماية المكلفين من تعسف الإدارة الضريبية أمام التغيرات التي تطرأ على سياستها وهي بصدد ممارسة امتيازاتها الكثيرة والواسعة على النحو الذي يتعارض مع هذه التوقعات .

ومن ثم فأن الغاية التي يسعى إليها مبدأ الأمن القانوني في المجال الضريبي هو أن يكون القانون الضريبي واضحاً ودقيقاً مراعياً لمبدأي العدالة والمساواة الضريبية حتى يكون من السهل الوصول إليه وادراكه . ومن خلال ذلك يتحقق المراد من التشريع ويأمن المكلفين على حقوقهم ويخضعوا إلى الالتزامات الملقاة على عاتقهم ، ويتحقق الوصول السليم للقانون الضريبي من خلال الاهتمام بمسألة الصياغة القانونية وإيكالها إلى المختصين بهدف الوصول إلى تطبيق دولة القانون والحكم الرشيد وسن تشريعات ضريبية جيدة ومتطورة منسجمة مع الدستور ، وغير متعارضة مع القوانين الأخرى ومفهومة عند عامة الناس وقابلة للتطبيق بيسر وسهولة .

ثانياً : اشكالية البحث

تتجلى إشكالية البحث في موضوع " الأمن القانوني بين مبدأي العدالة والمساواة الضريبية " في طرح تساؤلاً محورياً يتجسد حول (هل لمبدأي العدالة والمساواة الضريبية دوراً في تحقيق الأمن القانوني داخل البيئة القانونية الضريبية) .

ثالثاً: منهجية البحث

يحتم علينا موضوع البحث اتباع المنهجين الآتيين :

- المنهج التحليلي وذلك من خلال جمع وتحليل النصوص ذات العلاقة لغرض التوصل إلى فهم بعض المصطلحات والوقوف على الاشارات الضمنية التي تتضمنها .
- المنهج الدراسة المقارنة مع دولتي (فرنسا ، ومصر) للتوصل إلى طرح قيم للموضوع محل البحث .

رابعاً : خطة البحث

من أجل الإلمام بموضوع ارتأينا إلى تقسيمه على مبحثين تطرقنا في المبحث الأول إلى التعريف بمبدأ الأمن القانوني إذ تناولنا فيه تحديد مفهوم الأمن القانوني ،

وذكر خصائصه الاساسية ، في حين عزفنا في المبحث الثاني على بيان المواءمة بين مبدأي العدالة والمساواة الضريبية ومبدأ الأمن القانوني ، وذلك من خلال التطرق إلى التعريف بمبدأي العدالة والمساواة الضريبية ، وبيان اساسهما الدستوري ، هذا فضلاً عن ذكر التطبيقات التي مثلت خروجاً صريحاً على المبدأين المذكورين وبيان تأثير ذلك على الأمن القانوني .

المبحث الأول

التعريف بمبدأ الأمن القانوني

يعد مبدأ الأمن القانوني من أهم الغايات التي يهدف القانون إلى تحقيقها ، إذ يتضمن هذا المبدأ مجموعة من المبادئ والحقوق المرتبطة به ، لذا تنوعت المفاهيم الفقهية المحددة له لكونه مبدأ حديث نسبياً ولم يظهر بعد إطار نظري جامع لفكرته .
لذلك أصبح من الضروري الإلمام بهذا المبدأ ، وذلك من خلال تحديد مفهومه ، ومن ثم التطرق إلى خصائصه الاساسية . وذلك من خلال المطالبين الآتيين :

المطلب الأول

مفهوم مبدأ الأمن القانوني

تخلو النصوص الدستورية (الفرنسية ، والمصرية ، والعراقية) من تحديد المقصود بالأمن القانوني ، غير أن ذلك لم يمنع الفقه من محاولة وضع تعريف له وبيان طبيعته ، إذ يرى " أرنولد وولفر" أن الأمن القانوني من وجهة النظر الموضوعية يعني عدم وجود تهديد للحقوق المكتسبة ، أما من وجهة النظر الذاتية ، فيعني عدم وجود مخاوف من تعرض هذه القيم للخطر [١] .
في حين أكد " مايكل فيلهلم جوزيف بير " أن المواطن يجب أن يشعر أن حقوقه محمية من قبل الدولة من حياته ، حريته ، وممتلكاته تكريماً له وأن استقرار القانون والاستمرارية القانونية هي عنصر من عناصر الأمن القانوني الذي بات يتم الاعتراف به دولياً كمطلب مركزي لسيادة القانون [٢] .
وعرّف البعض الآخر الأمن القانوني على انه : " تحقيق قدر من الثبات النسبي للعلاقات القانونية وحد أدنى من الاستقرار للمراكز القانونية المختلفة بهدف إشاعة الأمن والطمأنينة بين أطراف العلاقات القانونية من أشخاص قانونية عامة وخاصة ، بحيث تتمكن هذه الاشخاص من التصرف باطمئنان على هدى من القواعد والأنظمة القانونية القائمة وقت قيامها بأعمالها وترتيب أوضاعها على ضوء منها دون التعرض لمفاجئات أو تصرفات مباغتة صادرة عن السلطات العامة من شأنها زعزعة هذه الطمأنينة أو العصف بهذا الاستقرار " [٣] .

---

(١) جون بيليس وستيف سميث ، عولمة السياسة العالمية ، ترجمة ونشر المركز الخليج للأبحاث الطبعة الأولى ، دبي – الامارات العربية المتحدة ، ٢٠٠٤ ، ص ٤١٤ .
(٢) د. مازن ليلو راضي ، من الأمن القانوني إلى التوقع المشروع (دراسة في تطور مبادئ القضاء الاداري) ، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق – جامعة النهرين ، العدد ١، ٢٠١٩ ، ص ٣ .
(٣) د. يسري محمد العصار ، الحماية الدستورية للأمن القانوني في قضاء المحكمة الدستورية ، بحث منشور في المجلة الدستورية ، العدد ٣ ، السنة ١ ، ٢٠٠٣ ، ص ٢ .

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

أما مجلس الدولة الفرنسي فذهب إلى إن : " مبدأ الأمن القانوني يقتضي أن يكون المواطنون دون كبير عناء ، في مستوى تحديد ما هو مباح وما هو ممنوع من طرف القانون المطبق . وللوصول إلى هذه النتيجة ، يتعين أن تكون القواعد المقررة واضحة ومفهومة ، وألا تخضع في الزمان إلى تغييرات متكررة أو غير متوقعة "[١]

في حين يرى البعض بأن الأمن القانوني في المجال الضريبي يعني : " عدم جواز فرض الضريبة إلا إذا كان دافع الضريبة تتوافر في حقه واقعة قابلة لإخضاعها للضريبة أي واقعة منشئة للضريبة ، بحيث يتم ربط المسؤولية الضريبية بهذه الواقعة بالقانون . ومن أجل بلوغ هذه الغاية يجب تحديد الواقعة الخاضعة للضريبة تحديداً كافياً " [٢].

وفي ضوء ما تقدم يمكننا أن نعرف الأمن القانوني في المجال الضريبي بالتحديد على إنه : " مبدأ من المبادئ العامة للقانون يهدف إلى الحد من الآثار السلبية المترتبة على القوانين الضريبية ، وذلك من خلال تحديد مضمونها ومعناها حتى تكون مفهومة عند المخاطبين بها بكل يسر وسهولة " .

المطلب الثاني

خصائص مبدأ الأمن القانوني

لمبدأ الأمن القانوني خصائص متعددة تميزه عن المبادئ القانونية الأخرى ، ولعل أبرز هذه الخصائص هي :

اولاً :- العمومية

يتصف مبدأ الأمن القانوني بالعمومية إذ أنه يوجه إلى عامة الناس وليس لصالح فئة على حساب فئة أخرى ، وهذا ما يضمن عدم حصول أمان لفئة دون أخرى [٣] .

فعندما نقول أن مبدأ الأمن القانوني يوفر بيئة آمنة ومستقرة للمكلف الضريبي فلا نعني بذلك مكلفين معينين بالذات بل كل من يخضع للضريبة بموجب القوانين النافذة في الدولة .

ثانياً :- الطبيعة الآمرة

يتسم هذا المبدأ بالطبيعة الآمرة من حيث وجوب الالتزام بتطبيقه من قبل السلطات العامة في الدولة وإبطال كل نص مخالف لمضمونه ، فالمبدأ أحد مقتضيات العدل والإنصاف وأحد المبادئ الدستورية الملزمة بالنسبة للدول التي اخذ قضائها ومشرعيها به [٤]

---

(١) د. حامد شاكر محمود الطائي ، العدول في الاجتهاد القضائي ، الطبعة الأولى ، المركز العربي للنشر والتوزيع ، بغداد ، ٢٠١٨ ، ص ١٢٣ .

(٢) د. وليد محمد الشناوي ، الحماية الدستورية لحقوق دافعي الضرائب (دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة) ، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية ، جامعة المنصورة – كلية الحقوق العدد ٦٥ ، ٢٠١٨ ، ص ٤٣٦ .

(٣) محمد سالم كريم ، دور القضاء الدستوري في تحقيق مبدأ الأمن القانوني ، بحث منشور في مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية ، المجلد ٨ ، العدد٢ ، ٢٠١٧ ، ص ٣٢١ .

(٤) محمد سالم كريم ، نفس المصدر ، ص ١٦ .

ثالثاً :- الأمن القانوني من متطلبات دولة القانون

إن مبدأ الأمن القانوني يوصف بكونه أحد العناصر الأساسية لدولة القانون [١] ، ويرجع السبب في ذلك إلى أن الأمن قيمة يخدمها القانون ويسعى إلى تحقيقها ومن ثم لا يجوز أن يكون هو نفسه مصدر الخطر، ولهذا فإن عدم احترام هذا المبدأ هو مساس بدولة القانون ، كما أنه شرط أساسي لضمان ممارسة الأفراد لحقوقهم وتحقيقه أصبح مطلباً على الصعيد الدولي لاسيما في نطاق العلاقات الاقتصادية لكونه واحداً من أهم المقومات التي تعمل على جذب الاستثمارات الاجنبية ونجاحها [٢] .

رابعاً :- قابلية الأمن القانوني للتطور

بعد أن كان مفهوم الأمن محدداً ضمن إطار المفهوم التقليدي (أمن الأفراد والدولة) نجد أنه تطور وتوسع بسبب تأثير المتغيرات الاقتصادية والاجتماعية والثقافية أضافة إلى المتغيرات والأوضاع السياسية ، مما جعل مفهوم الأمن يتسع ليكون أكثر شمولاً ، فظهر الأمن الاقتصادي ، والأمن البيئي ، والأمن الغذائي والأمن المائي ، والأمن الصحي ، هذا فضلاً عن الأمن القانوني ... الخ [٣] .

فالأمن القانوني أصبح مطلباً على الصعيد الدولي من أجل تشجيع الاستثمارات الاجنبية وذلك لأن المستثمرين بحاجة إلى بيئة أمنة وهادئة تعطي لهم رؤية واضحة بخصوص القانون الذي سينظم استثماراتهم ، وبناءً عليه ستحل نزاعاتهم وخلافاتهم المحتملة ، ومن ثم فإن عزوف الدولة عن توفير بيئة قانونية واضحة سيجعلها بعيدة عن كسب رهان الاستثمارات الأجنبية التي تمثل المعادلة الصعبة التي لا بد من فك رموزها حتى يتم تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية [٤] .

خامساً :- ضمان خضوع الإدارة للمشروعية

إن الضمان في امتثال الإدارة الضريبية لمبدأ المشروعية والخضوع له يتمثل بمبدأ الأمن القانوني ، لأن الإدارة الضريبية تحتاج إلى تكييف أعمالها وفق القانون والنزول على احكامه واحترامها وعدم الخروج عليها لأي مبرر كان وهذا بمثابة قيد على الإدارة يحد من تعسفها في استخدام سلطاتها والاضرار بالمكلفين [٥] . والأمن القانوني مقابل مبدأ المشروعية يعني : ضمان قدر معين من الاستقرار للمراكز القانونية والحقوق التي اكتسبت بناءً على أعمال قانونية غير مشروعة ، ويرتبط مبدأ المشروعية بمبدأ الأمن القانوني من حيث ضرورة أن تكون

---

(١) د. محمد بن عمارة ، إزالة معوقات الأمن القانوني كآلية لاحترام التوقعات المشروعة ، مداخلة في ملتقى وطني تحت عنوان " إحترام التوقعات القانونية " ، جامعة قاصدي مرباح - ورقلة كلية الحقوق والعلوم السياسية ، الجزائر ، سلسلة خاصة بالملتقيات والندوات ، ٢٠١٦ ، ص ٦٥.

(٢) شهلاء سليمان محمد ، مقال بعنوان (السلامة القانونية) ، كلية القانون والعلوم السياسية - جامعة ديالى ، مقال منشور على الموقع الالكتروني : https://law.uodiyala.edu.iq/pages?id=417 تاريخ الزيارة ٢٠١٩/١١/١ .

(٣) عباس علي محمد ، الأمن والتنمية " دراسة حالة العراق للمدة من ١٩٧٠ – ٢٠٠٧ " ، سلسلة اصدارات مركز العراق للدراسات ، العدد ٥٩ ، بغداد ، ٢٠١٣ ، ص ١٤ .

(٤) ابراهيم العسري ، التحكيم ومستلزمات الأمن القانوني والقضائي – دراسة في ضوء القانون 08- 05، بحث منشور في المجلة المغربية للدراسات القانونية والقضائية ، المجلد ١١ ، العدد ١٢ ، ٢٠١٦ ، ص ٢٦٢ .

(٥) د. علي حسن عبد الامير ، فكرة الأمن القانوني في العقود الادارية ، بحث قيد النشر ، ص ٨ .

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

القواعد الممثلة للمشروعية لأي عمل قانوني واضحة ومفهومة بالنسبة للمواطنين وتتسم بالاستقرار وغير خاضعة في الوقت ذاته لتغيرات متكررة وغير متوقعة [١] .

المبحث الثاني

المواءمة بين العدالة والمساواة الضريبية ومبدأ الأمن القانوني

نظراً لأهمية مبدأي العدالة والمساواة الضريبية في تعزيز الأمن القانوني داخل البيئة القانونية الضريبية ، ارتأينا تقسيم هذا المبحث إلى المطلبين الآتيين :

المطلب الأول

مبدأ العدالة الضريبية وعلاقته بالأمن القانوني

يعد مبدأ العدالة الضريبية من الضمانات الدستورية المهمة في المجال الضريبي وقد استمد أهميته من تاريخ نشأته وتطوره كونه كان المحرك الرئيس لأهم الثورات في العالم وسبباً في خروج الشعوب للمطالبة بحقوقها [٢] ، وقد تأصل هذا المبدأ ضمن إطار علمي صحيح عندما زاد حجم النفقات العامة وزادت بالمقابل التكاليف العامة وأصبح المكلف يشعر بوطأة الضريبة وحاجته للأمن فكان لابد من المطالبة بعدالتها [٣] . لذلك سنحاول في هذا المطلب بيان مفهوم العدالة الضريبية ، وتوضيح اساسها الدستوري ، ثم التطرق إلى تطبيقات الخروج عليها وأثرها في الأمن القانوني ، وذلك من خلال الفروع الثلاثة الآتية :

الفرع الأول

مفهوم مبدأ العدالة الضريبية

اختلف الفقه في وضع تعريف للعدالة الضريبية ، فمنهم من رأى أن العدالة الضريبية هي أن تكون الضريبة التي يدفعها الفرد مساوية للمنفعة التي يستمدها أو بقدر تكاليف الخدمات التي تؤديها له الدولة ، وذلك ضمن علاقة تعاقدية بين الفرد والدولة [٤] .

---

(١) د. احمد عبد الحسيب عبد الفتاح السنتريسي ، دور قاضي الالغاء في الموازنة بين مبدأ المشروعية ومبدأ الأمن القانوني (دراسة مقارنة) ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ٢٠١٨ ، ص٢٢ .

(٢) د. عباس مفرج الفحل ، الضمانات الدستورية للمكلف في المجال الضريبي (دراسة مقارنة) ، الطبعة الأولى منشورات زين الحقوقية ، بيروت – لبنان، ٢٠١٦ ، ص ١٤٥ .

(٣) دعاء محمد جمعه ، أثر الإعفاءات الضريبية في تحقيق العدالة الاجتماعية في النظم الضريبة (الدخل ، القيمة المضافة الأملاك) المطبقة في فلسطين ، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة النجا ح الوطنية في نابلس – فلسطين ٢٠١٨ ، ص ٦١ .

(٤) د. سوزي عدلي ناشد ، التشريع الضريبي المصري ، دراسة في قانون الضريبة الموحدة على الدخل رقم (١٨٧) لسنة ١٩٩٣ وتعديلاته ، دار الجامعة الجديد ، ٢٠٠٣، ، ص ١٢٦ .

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

ورأى آخرون أن العدالة تتحقق عندما تصيب الضريبة المكلفين بصورة منصفة ، وقد ربطوا العدالة الضريبية بدخول المكلفين فأوضحوا بأنها تتحقق عندما يسهم كل الخاضعين للضريبة في تغطية النفقات العامة بما يتناسب مع دخل كل منهم [١] .
ومن جانبنا يمكن أن نعرف العدالة الضريبية على أنها : " الإنصاف في توزيع الأعباء الضريبية بين المكلفين ، وذلك من خلال توزيع عبء النفقات العامة حسب المقدرة التكليفية لكل منهم " .

الفرع الثاني

الأساس الدستوري لمبدأ العدالة الضريبية

تعد العدالة الضريبية جزءاً من العدالة الاجتماعية [٢] ، ويجد هذا المبدأ أساساً له في نصوص كثير من الدساتير والمواثيق الدولية سواء بشكل صريح أو ضمني ، فقد أشار إليه إعلان حقوق الانسان والمواطن الفرنسي لسنة ١٧٨٩ وذلك في المادة (١٣) منه بأن : " الضريبة العامة يجب أن توزع بين جميع المواطنين بحسب إمكاناتهم " .
أما الدستور الفرنسي الملغي لسنة ١٧٩١ ، فقد وضع العدالة الضريبية ضمن الأحكام الاساسية المكفولة دستورياً في الباب الأول ، كما نص على إنشاء وتنظيم مؤسسة عامة لتقديم المعونة العامة ومساعدة الفقراء الضعفاء [٣] ، وعلى الرغم من عدم وجود نص صريح في الدستور الفرنسي النافذ لسنة ١٩٥٨ يتكلم عن العدالة الضريبية ، إلا أن فكرة العدالة الاجتماعية في المجال الضريبي لم تكن غائبة كونها مرتبطة بمبدأ المساواة بين المواطنين في التزاماتهم الضريبية [٤] .
أما بالنسبة للدستور المصري النافذ فقد أشار في أحدى مواده بأن : " ... يلتزم النظام الاقتصادي بمعايير الشفافية والحوكمة مع مراعاة الاتزان المالي والتجاري والنظام الضريبي العادل ..." [٥] ، ونص في مادة أخرى بأن " يهدف النظام الضريبي إلى تحقيق العدالة الاجتماعية ... " [٦] .
وفي العراق فإن الدساتير تباينت في مواقفها من هذا المبدأ اذ لم تتفق على ذكر هذا المبدأ بصورة صريحة ، الأمر الذي جعل الفقه والقضاء يستخلصانه من مضمون بعض النصوص الدستورية ، ففي الوقت الذي لم ينص القانون الأساسي العراقي لسنة ١٩٢٥ على مبدأ العدالة الضريبية بصورة صريحة إلا أنه يفهم من خلال بعض النصوص الدستورية كما هو الحال بالنسبة لنص المادة السادسة منه ، والتي

---

(١) د. محمد سعيد فرهود ، العدالة الضريبية اقتصادياً ، بحث منشور في مجلة الحقوق ، جامعة الكويت – مجلس النشر العلمي ، المجلد ٢٥ ، العدد ٤ ، ٢٠٠١ ، ص ٩٣ .

(٢) دعاء محمد جمعة ، مصدر سابق ، ص ٦٢ .

(٣) حسين كامل وداعة ، العدالة الضريبية في ظل الضرائب المباشرة (دراسة مقارنة) ، الطبعة الأولى ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت - لبنان ، ٢٠١٧ ، ص١٠٧ .

(٤) د. عباس مفرج الفحل ، مصدر سابق ، ص ١٤٦ .

(٥) المادة (٢٧) من الدستور المصري النافذ لسنة ٢٠١٤ .

(٦) المادة (٣٨) من الدستور المصري النافذ لسنة ٢٠١٤ .

أشارت بأن : (لا فرق بين العراقيين في الحقوق أمام القانون وان اختلفوا في القومية والدين واللغة) ، والمادة (١٨) منه التي نصت بأن (العراقيون متساوون في التمتع بحقوقهم ، وأداء واجباتهم ...) . وبالنسبة لموقف الدستور العراقي النافذ فلم ينص صراحة على العدالة الضريبية ، وإنما توخى تحقيقها ضمناً [١] وتجلى ذلك واضحاً من إعفائه أصحاب الدخول المنخفضة من الضرائب بما يكفل عدم المساس بالحد الأدنى اللازم للمعيشة [٢] .

ومن خلال ما تقدم يتضح بوضوح أن المسوغ من إدراج مبدأ العدالة الاجتماعية في نص الدستور هو لكي يتقيد المشرع به فيلتزم بهذا المبدأ وصوره ومنها العدالة الضريبية ، فلا يجوز للسلطة التشريعية أو التنفيذية مخالفة الدستور عند ممارسة نشاطها وإلا وصف عملها بعدم المشروعية [٣] ، وهو ما يمكن أن يخلق حالة من انعدام الأمن القانوني باعتبار أن المخاطبين بالقاعدة القانونية الضريبية سيتولد لديهم شعور بعدم الطمأنينة إزاء الأعمال المخالفة للدستور والتي تمس مصالحهم بشكل مباشر ، لذلك يتعين على السلطة التشريعية أن تعمل على تشريع قانون الضريبي مطابقاً لأحكام الدستور ، ولا يكفي لتقرير دستورية نص تشريعي معين أن يكون موافقاً من الناحية الإجرائية للأوضاع الشكلية التي يتطلبها الدستور بل يتعين فوق هذا أن يتوافق محتواه مع قواعد الدستور الموضوعية [٤] .

الفرع الثالث

الخروج على مبدأ العدالة الضريبية وأثره في الأمن القانوني

يؤدي مراعاة مبدأ العدالة الضريبية إلى تحقيق الأمن القانوني للمكلف الضريبي إذ يتطلب هذا المبدأ من المشرع أن يأخذ بنظر الاعتبار وهو يفرض الضرائب سيما الضرائب على الدخل الاختلاف في الأعباء العائلية للمكلفين ، ومنح الطبيعيين منهم دون المعنويين سماحات قانونية تختلف حسب ظروف كل منهم (الاعزب ، المتزوج الارملة ذي الاطفال) [٥] .

ففي فرنسا قرر المجلس الدستوري عدم دستورية القانون الذي يميز في المعاملة بين ممولين يتماثلون في وضعهم بالنسبة للضريبة على الدخل [٦] .

---

(١) تنص الفقرة (ثانياً) من المادة (٢٨) من دستور جمهورية العراق النافذ لسنة ٢٠٠٥ بأن " يعفى أصحاب الدخول المنخفضة من الضرائب ، بما يكفل عدم المساس بالحد الأدنى اللازم للمعيشة وينظم ذلك بقانون " .

(٢) د. ذو الفقار علي رسن الساعدي ، الضمانات الدستورية الضريبية المقيدة لاختصاص القضاء بموجب دستور ٢٠٠٥ ، مجلة المفتش العام ، المجلد ١ ، العدد ٢٠ ، ٢٠١٧ ، ص ٧ – ٨ .

(٣) د. عباس مفرج الفحل ، مصدر سابق ، ص ٢٨ .

(٤) د. عباس مفرج الفحل ، نفس المصدر ، ص ٢٨ .

(٥) د. عامر عياش عبد ود. احمد خلف حسين ، دستورية الضرائب في العراق ، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق ، المجلد ١٣ ، العدد ٤٩ ، ٢٠١١ ، ص ٢٦٧ – ٢٦٨ .

(٦) د. محمد عبد اللطيف ، التصحيح التشريعي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩١ ، ص ١٥٢ – ١٥٣ .

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

أما في مصر فقد قضت المحكمة الدستورية العليا هناك بأن : " ... أن الضريبة التي يكون أداؤها واجباً وفقاً للقانون – وعلى ما تنص عليه المادتان ٦١ و ١١٩ من الدستور – هي التي تتوافر لها قوالبها الشكلية ويقوم تنظيمها على أسس موضوعية تقتضيها وتبرر فرضها على المخاطبين بها ، وبشرط أن تكون العدالة الاجتماعية إطاراً لها وفقاً لنص المادة ٣٨ من الدستور . وحيث أن وطأة ضريبة الأيلولة على المخاطبين بها لا تقابلها مصلحة مبررة فإذا اقتطعت فإنها تهدر المادة الثانية من الدستور ، كذلك فإن فرض هذه الضريبة مخالف للعدالة الاجتماعية لأن وطأة هذه الضريبة لا يقابلها مصلحة مبررة فلا توفر للتنمية أسبابها ولا للإستثمار أو الإدخار روافدهما من الثقة والاطمئنان ، فضلاً عن أنها تمثل عدواناً على الملكية " [١] . لهذا ذهبت المحكمة إلى عدم دستورية المادة (٢/١٧) من القانون رقم ٢٢٨ لسنة ١٩٨٩ في شأن ضريبة الأيلولة .

وفي حكم آخر قضت المحكمة الدستورية العليا في مصر بأن : " من المستقر عليه في قضاء هذه المحكمة إن تحديد دين الضريبة يفترض التوصل إلى تقدير حقيقي لقيمة المال الخاضع لها ، باعتبار أن ذلك يعد شرطاً لازماً لعدالة الضريبة ولصون مصلحة كل من الممول والخزينة العامة يتعين أن يكون ذلك الدين وهو ما يطلق عليه وعاء الضريبة ممثلاً بالمال المحمل بعبئها محققاً ومحدداً على أسس واقعية يكون ممكناً معها الوقوف على حقيقته على أكمل وجه " [٢] . لذلك قررت المحكمة عدم دستورية المادة (٢/١٠٣) من قانون الضريبة على الدخل رقم (١٥٧) لسنة ١٩٨١ المعدل بالقانون رقم (١٨٧) لسنة ١٩٩٣ فيما تضمنته من تخويل مصلحة الضرائب عدم الاعتداد بالإقرار وتحديد الإيرادات والأرباح بطريق التقدير دون وضع ضوابط أو معايير لهذا التقدير وهذا ما يتعارض مع مبدأ الأمن القانوني .

أما في العراق فقد يتبارد للذهن أن المشرع العراقي قد أخذ بأسلوب مختلف في فرض الضرائب على الدخل فلا هو أخذ بالضريبة العامة على الدخل ولا هو أخذ بالضرائب النوعية على الدخل وانما فرض ضريبة الدخل على جميع مصادر الدخل عدا الدخل العقاري الذي فرض عليه ضريبة العقار ، وهو ما لم يسمح له بالأخذ بالأعباء العائلية إلا في ضريبة الدخل دون العقار منعاً لتكرار استفادة المكلف من السماحات في كلتا الضريبتين ، وقد يكمن الحل لتلافي ذلك قيام المشرع بتقرير هذه السماحات في كلتا الضريبتين ووضع شرط عدم الاستفادة منها إلا مرة واحدة وإلا كان في ذلك محاباة لمكلفي ضريبة الدخل على مكلفي ضريبة العقار وعدم المساواة بينهم وهو ما يرفضه مبدأ الأمن القانوني . فلماذا لا يستفيد مكلف ضريبة العقار من

([١]) حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر ق ٢٨ ، س١٥ ، في ١٩٩٨/١٢/١٠ . اشار إليه د. فاروق عبد البر ، دور المحكمة الدستورية المصرية في حماية الحقوق والحريات ، من دون مكان نشر ، ٢٠٠٤ ، ص ٩٢٢ وما بعدها .

([٢]) حكم المحكمة الدستورية العليا في قضية رقم (٢٢٩) في ٢٠١٣/٥/١٣ . أشار إليه د. علي مجيد العكيلي ، مبدأ الأمن القانوني بين النص الدستوري والواقع العملي ، الطبعة الأولى ، المركز العربي للنشر والتوزيع ، القاهرة ، ٢٠١٩ ، ص ١٣٧ .

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

السماحات القانونية إذا لم يكن مكلفاً بضريبة الدخل لا سيما أن استفادته من هذه السماحات في ضريبة العقار لن تجعل منه مستفيداً منها مرتين [١] .
كما وتمثل الخروج على مبدأ العدالة الضريبية في قانون الخدمة الخارجية العراقي رقم (٤٥) لسنة ٢٠٠٨ الذي اعفى " مخصصات الخدمة الخارجية المنصوص عليها في الفقرة (أ) من البند (اولاً) من المادة (١٤) من هذا القانون من ضريبة الدخل " [٢] . فالواضح من هذا النص أنه قرر إعفاء مخصصات الموظفين العاملين في البعثات ومعاملتهم معاملة ضريبية متميزة عن أقرانهم من الموظفين العاملين في دوائر الدولة والقطاع العام الذين تخضع جميع رواتبهم ومخصصاتهم لضريبة الدخل . لذلك يعد موقف قانون الخدمة الخارجية العراقي بإعفاء مخصصات الخدمة الخارجية مخالفة صريحة لمبدأ العدالة الضريبية ، فلو قرر كل قانون خاص إعفاء موظفيه من أداء ضريبة الدخل ، أو غيرها من الضرائب الأخرى لم يعد هناك داعي لأحكام المادة السابعة من قانون ضريبة الدخل العراقي النافذ رقم (١١٣) لسنة ١٩٨٢ لأنها ستكون تزيداً تشريعياً بمواضيع سوف تنص القوانين الخاصة – المنظمة لها – على إعفائها لا محالة [٣] .

المطلب الثاني

مبدأ المساواة أمام الضريبة وصلته بالأمن القانوني

يقوم هذا المبدأ على أساس يتمثل بـ (إذا كان الناس متساوين أمام مغانم الحياة فمن الواجب أن يتساووا في المسؤوليات والتكاليف) ، وهو ما يمثل بدوره أحد أهم المتطلبات اللازمة لترسيخ مبدأ الأمن القانوني ، ونظراً لأهمية هذا المبدأ في المجال الضريبي ، فإننا سوف نعكف على بيان مفهومه ، واساسه الدستوري ، ثم نعزف على ذكر بعض التطبيقات التي تجسدت بالخروج عليه وبيان علاقتها بالأمن القانوني ، وذلك من خلال تقسيم هذا المطلب على الفروع الثلاثة الآتية :

الفرع الأول

مفهوم مبدأ المساواة أمام الضريبة

يراد بمبدأ المساواة أمام الضريبة : " خضوع المكلفين جميعهم الذين يشغلون مراكز قانونية متماثلة لمعاملة قانونية واحدة دون تفرقة بينهم لأسباب تتعلق بأشخاصهم أو بذواتهم " عليه يعد اخلالاً بهذا المبدأ وزعزعة للأمن القانوني تقرير امتياز أو استثناء من قاعدة عامة على أساس انتماء المكلف إلى طبقة معينة أو فئة

---

(١) د. عامر عياش ود. احمد خلف حسين ، مصدر سابق ، ص ٢٦٨ .

(٢) المادة (٤١) من قانون الخدمة الخارجية العراقي رقم (٤٥) لسنة ٢٠٠٨ النافذ .

(٣) أثير طه محمد احمد ، مدى دستورية تشريعات الضرائب المباشرة في العراق ، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق – جامعة النهرين ، ٢٠١٦ ، ص ١٤٢ – ١٤٥ .

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

من فئات المجتمع [١] . أما من وجهة النظر المالية فإن مبدأ المساواة أمام الضريبة يقصد به : " تحمل كل مكلف العبء الضريبي الذي يتناسب ومقدرته المالية ، وهذا من خلال عدم مطالبة جميع المكلفين بدفع مبلغ ضريبي واحد " [٢] ، وهو ما أكدت عليه المحكمة الدستورية العليا في مصر عبر العديد من أحكامها بأن مبدأ المساواة الذي كفله الدستور في المادة ٤٠ منه لا يعني وجوب معاملة الجميع على ما بينهم من تفاوت في مراكزهم القانونية معاملة قانونية متكافئة ، وأن إعمال مبدأ المساواة أمام القانون وما يقتضيه من الحماية القانونية المتكافئة يفترض تماثل المراكز القانونية في نطاق الموضوع محل التنظيم التشريعي ، ومعاملتها بالتالي على ضوء قاعدة موحدة لا تفرق بين أصحابها بما ينال من مضمون الحقوق التي يتمتعون بها [٣] . عليه لا بد أن يخضع جميع الأفراد المتماثلين في الثروة ، وفي الظروف الاجتماعية في تحمل عبء متساو من الضرائب [٤].

وإذا كانت المساواة أمام الضريبة تقتضي عدم جواز النص في القانون الضريبي على أي تمييز بين الأشخاص في مجال الضريبة [٥] ، إلا أن هذا لا يتنافى مع جواز إعفاء ذوي الدخول الصغيرة من أداء الضرائب أو تقرير قاعدة تصاعد الضريبة ، وما تتضمنه من رفع نسبة الضرائب كلما زادت قيمة الثروة أو زاد مقدار العرض ، فإذا كان مبدأ التصاعد في الضريبة يتعارض مع المساواة المطلقة ، فإنه لا يتعارض مع مبدأ المساواة النسبية المعمول بها [٦] ، وهذا ما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي عندما قضى (بأن الأفراد الذين يتواجدون في ذات الظروف يجب أن يعاملوا على

([١]) د. حيدر وهاب عبود ، مبدأ المساواة أمام الضريبة (دراسة مقارنة) بين الشريعة الإسلامية والنظم الضريبية الوضعية بحث منشور في مجلة الحقوق ، كلية القانون – الجامعة المستنصرية المجلد ٢ ، العدد ٥ ، ٢٠٠٩ ، ص ١٢٦ .

([٢]) د. رمضان صديق محمد ، منهج المحكمة الدستورية العليا في الرقابة على التشريعات الضريبية ، بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي الأول لكلية الحقوق - جامعة حلوان تحت عنوان : دور المحكمة الدستورية العليا في النظام القانوني المصري مجموعة بحوث المؤتمر ، القاهرة ، ١٩٩٨ ، ص ١١٦ .

([٣]) ينظر على سبيل المثل القضية رقم ١٠ لسنة ١٤ قضائية / دستورية جلسة ١٩٩٣/٦/١٩ . والقضية رقم ١٠٢ لسنة ١٢ قضائية / دستورية جلسة ١٩٩٢/٦/١٩ . والقضية رقم ٣٩ لسنة ١٥ قضائية / دستورية جلسة ١٩٩٥/٢/٤ . والقضية رقم ٢٢ لسنة ١٦ قضائية / دستورية جلسة ١٩٩٥/٢/١٨ . أشار إليها د. رمضان صديق محمد ، مصدر سابق ، ص ١١٦ .

([٤]) د. إكرامي بسيوني عبد الحي ، المبادئ الضريبية في قضاء المحكمة الدستورية ، المكتب الجامعي الحديث ، الإسكندرية ، ٢٠١٢ ، ص ١٣٢ .

([٥]) دريد عيسى إبراهيم الخالدي ، مبدأ المساواة أمام الضريبة وتطبيقاته ، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون والعلوم السياسية – جامعة الانبار ، ٢٠١٢ ، ص ١٢ .

([٦]) أحمد فاضل حسين العبيدي ، ضمانات مبدأ المساواة في بعض الدساتير العربية ، أطروحة دكتورته مقدمة إلى كلية القانون – جامعة بغداد ، ٢٠٠٥ ، ص٢٦ .

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

قدم المساواة دونما تفرقة أو محاباة) [١] ، كما ذهبت المحكمة الدستورية العليا في مصر إلى أن (مبدأ المساواة غدا في جوهره وسيلة لتقرير الحماية القانونية المكافئة التي لا تميز بين المراكز القانونية المتماثلة) [٢] .

وفي العراق تتجه لجان الاستئناف المختلفة والهيئة التمييزية المختصة بالقضايا الضريبية نحو ضمان مبدأ المساواة أمام الضريبة ، فقد قررت الهيئة التمييزية (أن الإدارة الضريبية سبق لها أن قدرت الضريبة على أرباح المكلف عن الحمام العائد له ثم عادت وقدرته إضافياً فطعن المكلف بهذا التقدير أمام اللجنة الاستئنافية والتي أصدرت بعد التدقيق قراراً يقضي بإلغاء التقدير الإضافي لكون هذا الحمام بقسميه الرجالي والنسائي عمله يكون موسمياً كباقي الحمامات العامة إذ يكثر العمل فيها شتاءً ويقل صيفاً ، ولدى تمييز الإدارة الضريبية قرار اللجنة الاستئنافية قررت الهيئة التمييزية تصديق القرار) [٣] .

في ضوء ما تقدم يتضح أن مبدأ المساواة أمام الضريبة يقتضي من المشرع القيام بتوزيع العبء الضريبي بين المكلفين على أسس موضوعية بحيث لا يخضع الجميع لعبء ضريبي واحد ، وإنما عليه أن يوحد العبء الضريبي فقط بالنسبة لأولئك المكلفين الذين هم في مركز مالي متماثل ، ويجعل من الذين هم في مراكز مالية مختلفة يتحملون عبئاً ضريبياً يتناسب وقدرة كل منهم على الدفع [٤] .

الفرع الثاني

الأساس الدستوري لمبدأ المساواة أمام الضريبة

يعد مبدأ المساواة من المبادئ الدستورية الأساسية التي يقوم عليها أي نظام قانوني [٥] ففي فرنسا تضمنت ديباجة دستور ١٩٥٨ بأن " يعلن الشعب الفرنسي من جديد أن الناس جميعاً دون تمييز بينهم بسبب الجنس أو الدين أو العقيدة يملكون حقوقاً مقدسة وثابتة " [٦] .

---

(١) حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية " مصانع رينو " في ١٩٢٨/٧/٢٧ . أشار إليه د. شحاتة ابو زيد شحاتة ، مبدأ المساواة في الدساتير العربية في دائرة الحقوق والواجبات العامة وتطبيقاته القضائية ، دون دار نشر ، ٢٠٠١ ، ص ٣٢ .

(٢) د. عادل العلي ، المالية العامة والقانون المالي والضريبي ، الجزء الأول ، أثراء للنشر والتوزيع الأردن ، ٢٠١١ ، ص ١٩٣ .

(٣) قرار الهيئة التمييزية رقم ٤١ / تمييز / ١٩٩٩ . أشار إليه د. عباس مفرج الفحل ، مصدر سابق ، ص ١٣٧ .

(٤) ذوادي عادل ، الضمانات الدستورية الممنوحة للمكلفين بالضريبة في الجزائر ، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى جامعة الحاج لخضر – باتنة ١- كلية الحقوق والعلوم السياسية ، الجزائر ، ٢٠١٧ ، ص ٩٠ - ٩١ .

(٥) جهاد سعيد ناصر خصاونة ، الضمانات الدستورية للالتزام الضريبي وفقا للتشريع الاردني (دراسة مقارنة) ، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الدراسات العليا – جامعة عمان العربية للدراسات العليا ، ٢٠٠٦ ، ص ١٢٨ .

(٦) د. أحمد فاضل حسين العبيدي ، نصوص دستور العراق ٢٠٠٥ ودورها في حماية مبدأ المساواة بحث منشور في مجلة ديالى للبحوث الانسانية ، العدد ٤١ ، ٢٠٠٩ ، ص ٧٣٦ .

أما في مصر فقد نصت ديباجة الدستور النافذ لسنة ٢٠١٤ بأن :" ... نكتب دستوراً يحقق المساواة بيننا في الحقوق والواجبات دون أي تمييز ... " ، وكذلك المادة (٩) نصت بأن " تلتزم الدولة بتحقيق تكافؤ الفرص بين جميع المواطنين دون تمييز " ، وكذلك المادة (٥٣) والتي تنص بأن : " المواطنون لدى القانون سواء ، وهم متساوون في الحقوق والحريات والواجبات العامة ، لا تمييز بينهم بسبب الدين أو العقيدة أو الجنس أو الأصل أو العرق أو اللون أو اللغة أو الإعاقة أو المستوى الاجتماعي أو الانتماء السياسي أو الجغرافي أو لأي سبب أخر ... " . ومن هذا يتضح أن الدستور المصري قد تضمن مبدأ المساواة في نصوصه ايماناً بأن المشرع الدستوري عد هذا المبدأ الحيوي هو مفتاح كل الحقوق والحريات العامة وبهذا فهو ساير توجه المجتمع الدولي والذي تجسدت ارادته بميثاق الامم المتحدة وبالعديد من المعاهدات الدولية [١] .

أما بالنسبة لموقف الدستور العراقي النافذ من حق المساواة أمام الضرائب ، فلم يخصص المشرع الدستوري العراقي أي نص يشير لمبدأ المساواة أمام الضرائب بشكل خاص بل وضع نصاً عاماً تكلم فيه عن مبدأ المساواة بكافة تطبيقاته وأنواعه أي مساواة في الحقوق ومساواة في تحمل الأعباء والتكاليف العامة [٢] ، إذ اشار بأن : " العراقيون 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 والاجتماعي " [٣] .

الفرع الثالث

الخروج على مبدأ المساواة أمام الضريبة وأثره في الأمن القانوني

سنحاول في هذا الفرع إيراد بعض التطبيقات التي انطوت على الإخلال بمبدأ المساواة أمام الضريبة وانعكاساته السلبية على الأمن القانوني . ومن قبيل ذلك ما ورد بقانون الموازنة العامة الفرنسي لسنة ١٩٩٧ إذ تضمن هذا القانون نصاً يتعلق بالآسر أُحادية الآباء فقد وضع حداً أقصى للنفقات التي تخصم للطفل ، إلا إن هذا الحد الأقصى يكون اكبر قليلاً بالنسبة للأرامل عن المطلقين ، وبعد موافقة البرلمان الفرنسي عليه ، فقد أحال بعض النواب هذا القانون على المجلس الدستوري للنظر في مدى موافقته للدستور من جهة المساواة بين المكلفين أمام الضريبة ، إذ قرر المجلس عدم دستورية هذا النص نظراً لأنه يعامل المكلف الأرمل معاملة مميزة عن المكلف المطلق أو الأعزب بالرغم من إن الأعباء العائلية المتعلقة بوجود طفل متساوية هنا [٤] ، كما وتضمن التشريع المالي الفرنسي نصاً يحدد وعاء الضريبة العامة على الإيراد وفرق هذا التشريع بين نوعين من الممولين ، العاديين الذين لا

---

(١) د. شهاب احمد عبد الله ، دور القضاء الدستوري في حماية مبدأ المساواة (دراسة مقارنة) بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للحقوق ، المجلد ٣ ، العدد ٢ ، ٢٠١٩ ، ص ٩٠- ٩١ .

(٢) د. أثير طه محمد ، مصدر سابق ، ص ٣٤٩ .

(٣) المادة (١٤) من دستور جمهورية العراق النافذ لسنة ٢٠٠٥ .

(٤) دريد عيسى ابراهيم ، المعاملة الضريبية في إطار مبدأ المساواة أمام الضريبة ، بحث منشور في مجلة جامعة الأنبار للعلوم القانونية والسياسية ، المجلد ٣ ، العدد ٢ ، ٢٠١٢ ، ص ٣٠٩ .

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

يزيد إيرادهم العام على حد معين ، وكبار الممولين الذين يتجاوز إيرادهم هذا الحد وأجاز للفئة الأولى فقط أن يقدموا الدليل على عدم صحة الضرائب ، وعندما عرض أمر هذا التشريع على المجلس الدستوري رأى أن هذا النص قد تضمن أخلالاً بمبدأ المساواة ، وبعد مرور ثماني سنوات عاد المجلس الدستوري مرة أخرى ليؤكد هذا الأمر ، وكان ذلك بصدد قانون التأمين إذ أرادت فرنسا أن تؤمم به بعض البنوك وبعض المشروعات الكبرى ، فقد طعن أمام المجلس في نصوص هذا القانون على أساس أن هذا القانون قد أخل بمبدأ المساواة فلماذا أممت هذه المشروعات ولم تؤمم مشروعات أخرى [١] .

كما وقضى المجلس الدستوري الفرنسي بعدم دستورية المادة (١٠٢) من قانون الموازنة لسنة ١٩٨٩ والتي كانت تخول الإدارة إمكانية أن تطلب من القاضي تصحيح خطأ تسببت فيه وذلك في أي وقت على الرغم من احتمال انتهاء مدة التقادم ، لأنها تمنع المكلف من أن يستفيد من التقادم اكتمل من قبل وفقاً للقانون القائم ، بينما يستطيع المكلف نفسه أن يتمسك بالتقادم تجاه أي مكلف آخر ، مما يشكل اعتداء على مبدأ المساواة [٢] .

أما بالنسبة للتشريع المصري فقد تضمن بعض النصوص القانونية التي تعد إخلالاً بمبدأ المساواة أمام الضريبة ، منها قانون الضريبة على مرتبات الموظفين المصريين العاملين في الخارج رقم (٢٢٩) لسنة ١٩٨٩ . إذ نصت المادة الأولى منه على أن تفرض ضريبة على الأجور والمرتبات التي يتقاضاها عن عملهم المصريون العاملون بالدولة والقطاع العام والعاملون بتنظيم أو كادرات (كوادر) خاصة ، الحاصلين على إعارة أو إجازة خاصة بدون مرتب للعمل في الخارج ، ولقد حددت المادة الثانية من هذا القانون قيمة الضريبة بحسب الدرجات الوظيفية دون النظر في حقيقة الدخل الذي يتقاضونه من عملهم خارج مصر وقضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية هذا القانون ، إذ جاء في فحوى القرار " بأن القانون وفي تحديده للمخاطبين يدل على أنه اقتصر على العاملين في الدولة والقطاع العام ... ومن ناحية أخرى فإنه لما كان هذا القانون حدد لكل درجة وظيفية ثابتة نص عليها في صلبه وكان الشاغلون لهذه الدرجة يتفاوتون فيما بينهم فيما يحصلون عليه من دخل لقاء عملهم في الخارج وكان هذا التباين في مقدار المال المحمل بالضريبة لازمه أن مراكزهم القانونية غير متماثلة بالنسبة إلى هذا القانون ، فإن إخضاعهم جميعاً لضريبة واحدة ثابت مبلغها يعتبر كذلك مناهضاً لمبدأ المساواة أمام الضريبة " [٣] . وبعد مدة وجيزة من الحكم بعدم دستورية القانون رقم (٢٢٩) لسنة ١٩٨٩ صدر قانون آخر للضريبة على مرتبات المصريين العاملين في الخارج رقم (٢٠٨) لسنة ١٩٩٤ ، والذي يتضح فيه إن المشرع المصري كان مصراً في

---

(١) جهاد مغاوري شحاته محمد ، دور المحكمة الدستورية العليا في الرقابة على التشريع الضريبي ، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق – جامعة حلوان ، القاهرة ، ٢٠١٣ ، ص ١٢٥ – ١٢٦ .

(٢) د. وليد محمد الشناوي ، الحماية الدستورية لحقوق دافعي الضرائب (دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة) ، مصدر سابق ، ص ٥٤٤ .

(٣) قرار رقم (٤٣) لسنة (١٣) ق في ١٩٩٣/١٢/٦ ، منشور على الموقع الالكتروني www.arasblaws.com ، تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/٢/١ .

شأن فرض ضريبة على رواتب وأجور العاملين في الخارج ولا يبدو من خلال الاطلاع على القانون الجديد إن المشرع قد تلافى عيوب القانون السابق ، بل إن القانون الجديد ورث عيوب القانون القديم وزاد عليه في بعض المسائل ، فالقانون الجديد نص على فرض الضريبة على العاملين في الخارج ممن يزاولون عملاً لدى الغير يتوافر فيه عنصر التبعية ، بمعنى أن العبرة بفرض الضريبة هي إن يكون المصري عاملاً تابعاً لدى الغير ، فهذا القانون إن كان يخضع جميع المصريين بخلاف القانون السابق بيد أنه قد استثنى من أحكامه من يعمل على وجه الاستقلال كالخبراء والمستشارين الذين يعملون بصفة مستقلة غير تابعة [١] ، وقد تفوق دخول هؤلاء الذي استثناهم القانون دخول من يخضع لحكمه فضلاً عن إن هذا القانون استبعد أيضاً من نطاق الخضوع لأحكامه العاملين في الخارج والمهاجرين هجرة دائمة ، إذ أن فرض الضريبة يقوم هنا على معيار الرابطة السياسية (فكرة التبعية السياسية) فإن هؤلاء المهاجرين هجرة دائمة ما زالوا يحملون الجنسية المصرية ، ويتمتعون بحماية دولتهم الأمر الذي يجعلهم في هذا الشأن على قدم المساواة في تحمل نصيبهم من تمويل الخزينة العامة في وطنهم ، ومن ثم فإن استثنائهم من حكم القانون يعد تمييزاً تحكمياً وخروجا على مبدأ المساواة [٢] .

كما ويلاحظ من نص المادة (١٢) من قانون ضريبة العقار المصري [٣] . بأن المشرع فرض الضريبة العقارية بنسبة ثابتة ، وهو الأمر الذي يتعارض مع مفهوم المساواة النسبية ، إذ لا تتيح الضريبة الثابتة إمكانية الاختلاف في المعاملة الضريبية بين المكلفين أصحاب العقارات المختلفة في أسعارها وقيمتها الإيجارية ، فالشخص الذي يمتلك قصراً يخضع للضريبة بذات النسبة التي يخضع لها صاحب شقة سكنية ، ومن ثم فلقد وقع المشرع في حومة عدم الدستورية من تلك الزاوية فالضريبة الثابتة لا تتفق مع المساواة النسبية ، ومن ثم كان من اللازم الأخذ بنظام الضريبة التصاعدية ، الذي يقوم على زيادة الضريبة تدريجياً بزيادة الوعاء الخاضع لها ، وبالتالي يتحمل كل مكلف نسبة من الضريبة تتناسب مع مقدرته التكليفية وقدرته على الدفع [٤] .

أما بالنسبة إلى موقف المشرع الضريبي العراقي ، فلم يكن مختلفاً عن تلك التشريعات المقارنة التي انطوت على استثناءات أخلت بالمساواة أمام الضريبة ، نذكر منها على سبيل المثل تفضيل العاملين في الدولة والقطاع العام على نظائرهم في القطاع الخاص فقد ضاعف المشرع مبلغ السماحات للموظفين فقط دون غيرهم من المكلفين . وذلك في تعديل ورد في قانون الموازنة العامة لسنة ٢٠٠٨ عدل المشرع

---

(١) دريد عيسى ابراهيم ، مصدر سابق ، ص ٣١٠ .

(٢) د. محمد محمد عبد اللطيف ، مصدر سابق ، ص ١٤٢ .

(٣) تنص المادة (١٢) من قانون ضريبة العقار المصري النافذ رقم ١٩٧ لسنة ٢٠٠٨ بأن " يكون سعر الضريبة ١٠% من القيمة الإيجارية السنوية للعقارات الخاضعة للضريبة ، وذلك بعد استبعاد ٣٠% من هذه القيمة بالنسبة للأماكن المستعملة في غير أغراض السكن ، وذلك مقابل جميع المصروفات التي يتكبدها المكلف بأداء الضريبة بما في ذلك مصاريف الصيانة ويستهدي في تحديد الضريبة بالمؤشرات الواردة بالجدولين المرفقين بهذا القانون " .

(٤) د. إكرامي بسيوني عبد الحي ، مصدر سابق ، ص ٧٥ .

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

بموجبه أحكام السماحات المقررة في قانون ضريبة الدخل [١] وإن هذا التعديل بحد ذاته مخالف للمساواة أمام الضريبة ، لأنه ينطوي على تمييز في المعاملة الضريبية بين المكلفين بدون مسوغات مشروعة ، فإذا كانت البواعث على ذلك انسانية تتمثل بالرغبة في تخفيف أعباء الموظفين المعيشية ومراعاة ظروفهم العائلية فإن هذه المبررات متوافرة في بقية طوائف المكلفين الأخرى لا سيما العاملين في القطاع الخاص , وإذا كان الدافع هو تحفيز الموظفين على أداء واجباتهم الوظيفية بصورة أفضل ضماناً نحو تسيير المرافق العامة التي يعملون بها بانتظام وإطراد ، فإن ذلك ينبغي ألا يكون على حساب المكلفين الآخرين ، وإلا عد ذلك انتهاكاً لمبدأ المساواة في تحمل الأعباء العامة [٢] .

كما يعد اخلالا بمبدأ المساواة أمام الضريبة فرض ضريبتين على دخول موظفي الدولة والقطاع العام الأولى : ضريبة الدخل بموجب قانون ضريبة الدخل رقم (١١٣) لسنة ١٩٨٢ [٣] ، والثانية : استقطاع مقداره (٣%) بموجب قانون الموازنة لسنة ٢٠١٦ [٤] واستقطاع مقداره (٣,٨ %) بموجب قانون الموازنة لسنة ٢٠١٧ [٥] ، بينما فئة المتقاعدين فرضت عليهم الضريبة الثانية فقط (أي الاستقطاع الوارد في قوانين الموازنة) [٦] دون الخضوع لضريبة الدخل لأن المتقاعدين معفيين منها كما هو معلوم [٧] ، أما فئة العاملين في القطاع الخاص فخضعت

---

(١) نصت الفقرة (اولاً) من المادة (٢٠) من قانون الموازنة العامة الاتحادية للسنة المالية ٢٠٠٨ والمنشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد (٤٠٦٧) السنة التاسعة والاربعون على أن " تضاعف مبالغ السماحات الضريبية للموظف ... " .

(٢) د. حيدر وهاب عبود ، مبدأ المساواة أمام الضريبة (دراسة مقارنة) بين الشريعة الإسلامية والنظم الضريبية الوضعية ، مصدر سابق ، ص ١٣٧ – ١٣٨ .

(٣) نصت الفقرة (الخامسة) من المادة (٢) من قانون ضريبة الدخل العراقي المعدل النافذ رقم (١١٣) لسنة ١٩٨٢ بأن " تفرض الضريبة على مصادر الدخل الآتية : الرواتب ورواتب التقاعد والمكافئات والأجور المقررة للعمل بمقدار معين لمدة محدودة والمخصصات والتخصيصات بما في ذلك المبالغ النقدية أو المقدرة مما يخصص للمكلف مقابل خدماته كالسكن والطعام والإقامة ...) .

(٤) تنظر : المادة (٣٩) من قانون الموازنة العامة الاتحادية لجمهورية العراق سنة ٢٠١٦ .

(٥) تنظر : المادة (٣٣) من قانون الموازنة العامة الاتحادية لجمهورية العراق سنة ٢٠١٧ .

(٦) نصت الفقرة (اولاً) من المادة (٣٣) من قانون الموازنة العامة الاتحادية للسنة المالية ٢٠١٧ بأن " تستقطع نسبة (٣,٨ %) من مجموع الرواتب والمخصصات لجميع موظفي الدولة والقطاع العام والمتقاعدين كافة لسد احتياجات الدولة من نفقات الحشد الشعبي ودعم النازحين ونفقات أخرى ... " . منشور في الوقائع العراقية بالعدد (٤٤٣٠) في ١٠ /١/ ٢٠١٧ .

(٧) نصت المادة (السابعة) من قانون ضريبة الدخل العراقي رقم (١١٣) لسنة ١٩٨٢ المعدل النافذ بأن " تعفى من الضريبة المدخولات الآتية : مدخولات المتقاعدين أو عيالهم (الخلف) الناجمة من المصادر الآتية أ. الرواتب التقاعدية ب. المكافأة التقاعدية ، ج . مكافأة نهاية الخدمة ، د. رواتب الإجازات الاعتيادية " .

لضريبة الدخل فقط [١] ، ولم تخضع للضريبة الثانية أي الاستقطاع [٢] ، ويرى البعض [٣] أن هذا التمييز في المعاملة الضريبية بين المكلفين لم يكن مبرراً ، لأن الدخول المفروض عليها العبء الضريبي متأتية من مصدر واحد هو الكسب أو العمل وهذا ما يستدعي من المشرع إعادة النظر بالسياسة الضريبية المتبعة مع هذه الفئات من المكلفين بما يضمن المساواة بينهم في تحمل العبء الضريبي .

كما وأشار قانون ضريبة الدخل العراقي النافذ على أنه : " على السلطة المالية أن ترد للمكلف ما كان قد دفعه إليها من الضريبة أكثر من المقدار المتحقق عليه بشرط أن يقدم طلباً بذلك خلال خمس سنوات اعتباراً من ختام السنة المالية التي دفعت فيها الزيادة ، أما الضريبة المستوفاة بطريقة الاستقطاع المباشر فترد دون حاجة إلى طلب من المكلف " [٤] إن المشكلة هنا تتعلق بالمساواة في التعامل أمام الرديات إذ يتضمن النص المذكور إلزام الإدارة المالية بإعادة المبالغ المستوفاة والزائدة عن المبلغ الحقيقي للاستحقاق الضريبي إلى المكلفين ولكن بعد تقديم المكلف لطلب يطالب فيه الإدارة الضريبية بإعادة هذه المبالغ خلال المدة المحددة قانوناً (خمس سنوات) . أما بالنسبة للضريبة المستوفاة بطريق الاستقطاع المباشر فلم يتطلب القانون أي شرط لاسترجاعها بل ترد بشكل مباشر . ويتجلى من ذلك أن المشرع لم يساو بين المكلفين بالطريقة التي يعيد فيها مبلغ الضريبة (الرديات) وذلك من خلال تفضيل المكلف الذي يدفع بطريق الاستقطاع المباشر على المكلف الذي يدفع بطريق آخر ، إذ أن النوع الأول ملزم بتقديم الطلب خلال خمس سنوات وإلا سقط حقه بالمطالبة بالمبالغ الإضافي ، في حين أن المكلف الذي يدفع بطريق الاستقطاع المباشر غير خاضع لأحكام التقادم الضريبي [٥] . وفي ذلك مجافاة للأسس التي يتطلبها مبدأ الأمن القانوني للمكلف الضريبي .

في ضوء ما تقدم يترشح لنا أن غاية وجود مبدأ الأمن القانوني في المجال الضريبي يتمثل في خلق بيئة هادئة يسودها جو من الطمأنينة والأمان لتعزيز ثقة المكلف بالإدارة المالية هذا من جهة ، وحثه على دفع الضريبة المترتبة عليه من جهة أخرى . وهذا لا يمكن أن يتحقق ما لم يتم مراعاة مبدأي العدالة والمساواة الضريبة . عليه فإن عدم مراعاة المبدأين الأخيرين سوف يشكل مساساً خطيراً بالمقتضيات التي يتطلبها مبدأ الأمن القانوني داخل البيئة القانونية الضريبية وما لذلك من مردود سلبي على الخزينة العامة يتمثل بفقدانها جزء من الأموال المستحقة لها نتيجة لعزوف المكلفين عن دفع الضرائب المفروضة عليهم من خلال التهرب منها أو تجنبها .

---

(١) تنظر : الفقرة (الخامسة) من المادة (الثانية) من قانون ضريبة الدخل العراقي رقم (١١٣) لسنة ١٩٨٢ المعدل النافذ .

(٢) تنظر : الفقرة (اولاً) من المادة (٣٣) من قانون الموازنة العامة لسنة ٢٠١٧ .

(٣) د. حيدر وهاب عبود ، ملحقات الموازنة العامة وآثارها السلبية في المالية العامة العراقية ، الطبعة الأولى ، دار المسلة ، بيروت، ٢٠١٩ ، ص ٨٧ .

(٤) المادة (٤٩) من قانون ضريبة الدخل العراقي رقم (١١٣) لسنة ١٩٨٢ المعدل النافذ .

(٥) أثير طه محمد احمد ، مدى دستورية تشريعات الضرائب المباشرة في العراق ، مصدر سابق ، ص ١٥٦ .

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

الخاتمة :

بعد الانتهاء من كتابة بحثنا الموسوم بـ " الأمن القانوني بين مبدأي العدالة والمساواة الضريبية " نكون قد توصلنا إلى الخاتمة والتي تتضمن مجموعة من الاستنتاجات والتوصيات المتواضعة نوردها في الآتي :

اولاً :- الاستنتاجات

١- على الرغم من حداثة مبدأ الأمن القانوني وصعوبة الوصول إلى تعريف موحد جامع ومانع له ، إلا أن مضمونه قديم ويرتبط بتاريخ نشأة القاعدة القانونية وأهدافها والغاية المنشودة منها .

٢- يوجد مبدأ الأمن القانوني في جميع فروع القانون ويحتل مكانة هامة في المجال الضريبي كونه أحدى أهم المجالات الحيوية التي تتجسد فيها بشكل جلي علاقة الدولة بالمواطنين .

٣- لم يرد مصطلح الأمن القانوني في أي نص من النصوص الدستورية العراقية أو الفرنسية أو المصرية ، إلا أن مجلس الدولة الفرنسي أشار إلى هذا المبدأ في تقرير له صدر سنة ٢٠٠٦ ومن ثم يكون قد سبق كل من القضاء العراقي والمصري بإشارته إلى مبدأ الأمن القانوني .

٤- لم ينص دستور جمهورية العراق النافذ بنصوص واضحة وصريحة على مبادئ ضريبية محددة من شأنها أن توفر الأمن القانوني للمكلف الضريبي ، مثل مبدأ العدالة والمساواة الضريبية ولو نص المشرع الدستوري عليها لقلت بالتأكيد فرص الاعتداء على حقوق المكلفين بالضريبة .

ثانياً : التوصيات

١- نوصي المشرع العراقي بتكريس مبدأ الأمن القانوني بصورة صريحة وواضحة ليكون السباق في هذا الجانب المهم ، إذ أن تمتع هذا المبدأ بالسمو الدستوري يجعل منه أداة حقيقية لحماية الحقوق والحريات المنصوص عليها دستورياً .

٢- على المشرع العراقي اعطاء جانب كبير من الاهمية لمبدأي العدالة والمساواة الضريبية ، كونها من المبادئ المهمة التي تعزز قيام الأمن القانوني في المجال الضريبي .

٣- مراعاة مكامن الخلل الموجودة في التشريعات الضريبية ، والعمل قدر الامكان على الحد منها ، وذلك لتعزيز ثقة المكلفين بالقوانين الضريبية النافذة

مبدأ الأمن القانوني في القانون الجنائي

م. م. نور فاضل مجيد
الجامعة المستنصرية/ كلية القانون

الملخص :

تتلخص فكر البحث في التركيز على استنباط وتأطير القواعد الجنائية التي يتحقق فيها أهم مبدأ من مبادئ دولة القانون الحديثة الا وهو مبدأ الأمن القانوني، فكلما توافرت مستلزمات الأمن القانوني في التشريعات الجنائية، يكون ذلك مؤشرا قوياً على تحقيق استقرار قانوني ووضوح وتحديد ودقة في التشريع الجنائي، والفهم والاستيعاب من قبل المخاطب بالقاعدة القانونية الجنائية، وإذا كان الأمر يصح في جميع فروع القانون، فإن له ضرورة أكبر في التشريع الجنائي، لان القانون الجنائي يهدف إلى حماية المجتمع على نحو يضمن ممارسة الإفراد لحقوقهم وحرياتهم بصورة آمنة فضلاً عن حماية المصلحة العامة، هذا الهدف يحققه قانون العقوبات، حيث يجرم المساس بهذه الحقوق والحريات، ويعبر عن هذا التجريم بعقوبات معينة توقع على من يرتكب الأفعال المخالفة لنصوصه، كما أن إيقاع العقوبة على مرتكب الأفعال المخالفة لقانون العقوبات يتم وفق إجراءات معينة ينص عليها الشق الاجرائي من القانون الجنائي.

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

Abstract:

The thought of the research is summarized in focusing on the deduction and framing of criminal rules in which the most important principle of the modern state of law is achieved, which is the principle of legal security. And the understanding and understanding by the addressee of the criminal legal base, and if the matter is true in all branches of law, then it has a greater necessity in criminal legislation, because criminal law aims to protect society in a way that ensures the safe exercise by individuals of their rights and freedoms as well as protecting the public interest, this goal It is achieved by the Penal Code, as it criminalizes infringement of these rights and freedoms, and this criminalization is expressed in certain penalties imposed on those who commit acts in violation of its provisions, and the imposition of punishment on the perpetrator of acts in violation of the Penal Code is carried out according to certain procedures stipulated in the procedural part of the Criminal Code.

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

المـــقـــدمـــــة Introduction

التعريف بموضوع البحث:
Introducing the topic of the research

يعد القانون الجنائي من أهم فروع القانون، وهذا لا يرجع إلى عدم أهمية فروع القانون الأخرى؛ بل لان هذا القانون تناط به مهمة مكافحة الجريمة التي تخل إخلالًا جسيماً بمصالح المجتمع وأمنه وسكينته؛ لذلك نجده يحتوي قواعد التجريم والعقاب وهي أقصى ما يمكن أن يصل إليه المشرع في حمايته للمصالح والحقوق، كما يتضمن الإجراءات الجزائية التي من شأنها المساس بالحقوق والحريات الشخصية، لذلك فقد أحاطت حول نصوص القانون الجنائي عموماً بعض الخصائص والمميزات التي تجعل هذا القانون متميزاً عن غيره من القوانين.

كما أن ضمان استقرار العلاقات والمراكز القانونية وبث الثقة والطمأنينة في نفوس الافراد تجاه القواعد الجنائية، وتحقيق الأمن للإنسان في كافة مجالات حياته من الغايات الأساسية التي ينشدها القانون الجنائي، لذا حرصت النظم القانونية على أن تهدر من دون تردد كل نظام أو قاعدة يمكن أن تعرض تلك الغايات للخطر، وهذه الغايات في مجموعها وقد تضاف إليها غايات أخرى يطلق عليها مبدأ الأمن القانوني.

ويعّد الأمن القانوني ركيزة من ركائز مبدأ الشرعية الجنائية، لما يوفره من حماية للحقوق والحريات الفردية، وذلك لان جوهر الشرعية ليس في إصدار القواعد الجنائية بإرادة الشعب من قبل المشرع، وإنما يجب أن يكون المخاطبون على أدراك وأحاطه ووعي عند تطبيقها عليهم، وكذلك ألا تفرض عليهم عقوبات غير منصوص عليها قانوناً وتكون الأحكام الجنائية صادرة في الدعاوى عن طريق الجزم واليقين. ومن جهة أخرى عند إتخاذ الإجراءات الجنائية الماسة بالحرية الشخصية وعند إدارة العدالة الجنائي، دون شك فإن الأمن القانوني يعد صمام الأمان لتحقيق العدل والإنصاف ويجب على المشرع الجنائي مراعاته عند سن القواعد الجنائية.

وكلما توافرت مستلزمات الأمن القانوني في التشريعات الجنائية، يكون ذلك مؤشراً قويا على تحقيق استقرار قانوني ووضوح وتحديد ودقة في التشريع الجنائي، والفهم والاستيعاب من قبل المخاطبين بالقاعدة القانونية الجنائية.

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

إشكالية البحث:

Search Problem

تتمحور إشكالية البحث في معرفة هل أن الأمن القانوني الجنائي يقتصر تحققه على القواعد الجنائية الموضوعية، أي قانون العقوبات فحسب، أم يمتد نطاقه ليشمل القواعد الجنائية الإجرائية في قانون أصول المحاكمات الجزائية، ومن ثم يتحدد نطاقه بقواعد القانون الجنائي الموضوعية منها والاجرائية؟ وإلى أي مدى يمكن اعتبار القواعد الجنائية سبيلاً لتحقيق الأمن القانوني؟

أهمية البحث:

The Importance of Search

لا شك ان استقرار وثبات القواعد المنظمة لشؤون الافراد والدول من شانه ضمانة حقوق الافراد والدول ايضاً؛ إذ لا يمكن للفرد الحصول على حقوقه المشروعة إلا في ظل منظومة قانونية ثابتة ومستقرة في جميع المجالات، ذلك ان وجود نوع من الثبات النسبي للعلاقات القانونية امر أساسي في استقرار المراكز القانونية ويعمل على اشاعة السكينة والطمأنينة ويحقق الامن الانساني بإبعاده الواسعة، وبالمقابل يؤدي عدم استقرار القوانين واضطرابها الى خلق الفوضى وإشاعة الفتنة واختلال الحياة الطبيعية للإفراد مما يخل بسيادة الدولة وهيبتها.

ويقع على عاتق هذه الدراسة، استنباط وتأطير أهم القواعد المتعلقة بالأمن القانوني، والتي يفرضها المنطق القانوني السليم، ويتعين على المشرع أن يلتزم بها، عند وضعه النصوص الجزائية.

والأهم من هذا، إن الانصياع لمظاهر الأمن القانوني من قبل المشرع الجنائي تحديداً، يعني بالضرورة اقتراب التشريع الجنائي من معايير ومتطلبات الجودة التشريعية، حتى لا تثير المشاكل عند التطبيق في الواقع العملي.

منهجية البحث:

Research Methodology

نظراً لطبيعة الموضوع وتعدد المسائل المتعلقة بـ (بمبدأ الأمن القانوني في القانون الجنائي) فأن الضرورة المنهجية تفرض علينا تبني عدة مناهج علمية منها: -

- **المنهج التحليلي:** من خلال تحليل النصوص القانونية الجنائية، ذات الصلة بموضوع البحث وصولاً إلى مضامينها بغية الوقف على تحقق الامن القانوني فيها.

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

- **المنهج التطبيقي:** من أجل تدعيم الأفكار النظرية التي تم التطرق إليها في موضوع البحث، فقد تمت معالجة الجانب التطبيقي من خلال تتبع الأحكام القضائية، رغم ندرتها بهذا الصدد، للتوصل الى طرح قيم للموضوع محل الدراسة.

خطة البحث:
Search Plan

استناداً إلى ما سبق توضيحه من أهمية موضوع البحث وإشكاليته والمنهج الذي سيُعتمد، فان بحث هذا الموضوع سيتوزع على مبحثين، نخصص **المبحث الأول** للتعريف بمبدأ الأمن القانوني، أما **المبحث الثاني** فسوف نتناول فيه نطاق تطبيق الأمن القانوني في القانون الجنائي، واخيراً ننهي البحث بخاتمة تتضمن مجموعة من الاستنتاجات والمقترحات المتواضعة.

المبحث الأول
التعريف بمبدأ الأمن القانوني

يعد مبدأ الأمن القانوني من أهم الغايات التي يهدف القانون إلى تحقيقها، إذ يتضمن هذا المبدأ مجموعة من المبادئ والحقوق المرتبطة به، لذا تنوعت المفاهيم الفقهية المحددة له لكونه مبدأ حديث نسبياً ولم يظهر بعد إطار نظري جامع لفكرته.

لذلك أصبح من الضروري الإلمام بهذا المبدأ، وذلك من خلال تحديد مدلوله واستنتاج خصائصه الأساسية، ومن ثم التطرق إلى بيان ذاتيته بالتمييز بينه وبين بعض المفاهيم القريبة منه، وبغية الإحاطة بالموضوع، ارتأينا تناوله في مطلبين وفقاً لما يأتي: -

المطلب الأول: - مدلول مبدأ الأمن القانوني.

المطلب الثاني: - خصائص وذاتية مبدأ الأمن القانوني.

المطلب الأول
مدلول مبدأ الأمن القانوني

لقد اختلف الفقه والقضاء حول إيراد مدلول موحد للأمن القانوني، ويعزو سبب ذلك إلى أن الأمن القانوني متعدد المظاهر ومتنوع الدلالات وكثير الأبعاد فضلاً عن حضوره الدائم في المجالات كلها [١].

[١] د.عبد المجيد غميجة، مبدأ الأمن القانوني وضرورة الأمن القضائي، بحث منشور في مجلة الملحق القضائي، العدد (٤٢)، ٢٠٠٩، ص٤ .

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

لذا سنسلط الضوء على الموقف التشريعي والفقهي والقضائي من تحديد معنى مبدأ الأمن القانوني، وذلك في الفروع الثلاثة التالية: -

الفرع الأول: - المدلول التشريعي للأمن القانوني.

الفرع الثاني: - المدلول الفقهي للأمن القانوني.

الفرع الثالث: - المدلول القضائي للأمن القانوني.

الفرع الأول

المدلول التشريعي للأمن القانوني

لم يرد مصطلح الأمن القانوني في أي من النصوص الدستورية، إلا أنه مع ذلك لا يمكن القول بأن عدم وجود نص صريح للمبدأ لا يحول دون تبنيه ضمنياً [١] ، فعند الرجوع إلى الدساتير العراقية [٢] نلاحظ انها قد أشارت إلى مبدأ قانونية الجرائم والعقوبات، وبمقتضى هذا المبدأ لا تعد أفعال الأفراد واضطراب سلوكهم جرائم إلا إذا وجد نص قانوني صادر عن السلطة التشريعية يقرر اضفاء صفة التجريم على هذا السلوك المعين، ويرتب له عقوبة شريطة إن يكون هذا النص قد صدر قبل ارتكاب الفعل (ايجابي او

---

[١] د. شورش حسن عمر ود. خاموش عمر عبد الله، أثر الحكم الصادر من القضاء الدستوري على مبدأ الأمن القانوني، مجلة الحقوق، الجامعة المستنصرية – كلية القانون، المجلد الخامس، العدد (٣١) ، ٢٠١٧، ص٧ .

[٢] تنص المادة (٢/ب) من دستور جمهورية العراق لعام ١٩٧٠ الملغى على أن: ((لا جريمة ولا عقوبة إلا بناءً على قانون ولاتجوز العقوبة إلا على الفعل الذي يعتبره القانون جريمة اثناء اقترافه ولا يجوز تطبيق عقوبة اشد من العقوبة النافذة وقت ارتكاب الجرم)).

و تنص المادة (١٩) من دستور جمهورية العراق النافذ لسنة ٢٠٠٥ على أنه: ((أولا: القضاء مستقل لاسلطان عليه لغير القانون . ثانياً: لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص. ولا عقوبة إلا على الفعل الذي يعده القانون وقت اقترافه جريمة، ولا يجوز تطبيق عقوبة اشد من العقوبة النافذة وقت ارتكاب الجريمة . ثالثاً: التقاضي حق مصون ومكفول للجميع . رابعاً: حق الدفاع مقدس ومكفول في جميع مراحل التحقيق والمحاكمة.خامساً: المتهم بريء حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونية عادلة، ولا يحاكم المتهم عن التهمة ذاتها مرة أخرى بعد الافراج عنه إلا اذا ظهرت ادلة جديدة . سادساً: لكل فرد الحق في أن يعامل معاملة عادلة في الاجراءات القضائية والإدارية. سابعاً: جلسات المحاكم علنية إلا اذا قررت المحكمة جعلها سرية. ثامناً : العقوبة شخصية. تاسعا: ليس للقوانين اثر رجعي ما لم يُنص على خلاف ذلك، ولايشمل هذا الاستثناء قوانين الضرائب والرسوم . عاشراً :لا يسري القانون الجزائي بأثر رجعي إلا إذا كان اصلح للمتهم . حادي عشر: تنتدب المحكمة محاميا للدفاع عن المتهم بجناية أو جنحة لمن ليس له محامٍ يدافع عنه وعلى نفقة الدولة...)).

سلبي) المراد عقابه [١]، هذه البيئة الثابتة والمستقرة التي يسعى إليها مبدأ (قانونية الجرائم والعقوبات) هي ما يسعى إلى تحقيقها مبدأ الأمن القانوني.

أما بالنسبة إلى التشريعات العادية فلم نجد نصاً في القوانين الوطنية أو المقارنة تطرق إلى مبدأ الأمن القانوني بشكل واضح وصريح، لكن يمكننا الوقوف على عناصر هذا المبدأ في فروع بعض القوانين مثل (القانون المدني والقانون الجنائي)، فعند الرجوع إلى القوانين المدنية الفرنسية والمصرية والعراقية النافذة [٢] ، نلاحظ أن هذه المواد تعطي الأمان لكل شخص حاز منقولاً وهو حسن النية بعدم سماع دعوى الملك عليه طالما استند في حيازته إلى سبب صحيح .

وفيما يتعلق بالقانون الجنائي فيلاحظ أن قوانين العقوبات الفرنسية والمصرية والعراقية [٣]، جعلت الأفراد على بينة بأن القاضي لا يستطيع أنشاء جريمة، ومن ثم المعاقبة عليها أو اتخاذ تدابير احترازية في مواجهتها دون أن يكون منصوص عليها من قبل المشرع .

[١] زينة عبد الجليل عبد، ذاتية التجريم والعقاب في القوانين الخاصة – دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠١٩، ص٧٥.

[٢] نصت الفقرة (الأولى) من المادة (٢٢٧٦) من القانون المدني الفرنسي التي أنشئت بالقانون رقم (٢٠٠٨ /٥٦١) في ٢٠٠٨/٦/١٧ بأنه (فيما يتعلق بالمنقولات، الحيازة تساوي سند التمليك) للمزيد من التفاصيل ينظر: د. منصور حاتم محسن، رهن المنقول المادي دون حيازة، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد (١)، السنة (٩)، ٢٠١٧، ص ٧٦. كما نصت المادة (٩٧٦ /١) من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ المعدل النافذ بأن: (من حاز بسبب صحيح منقولاً أو حقاً عينياً على منقول أو سند لحامله فإنه يصبح مالكا له إذا كان حسن النية وقت حيازته)، أما بالنسبة للقانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل النافذ فقد نصت المادة (١١٦٣/ ١) منه بأن: (من حاز وهو حسن النية منقولاً أو سنداً لحامله مستنداً في حيازته إلى سبب صحيح فلا تسمع عليه دعوى الملك من احد)

[٣] نصت المادة (٣) من قانون العقوبات الفرنسي لسنة ١٩٩٢ النافذ بأن: (لا يجوز معاقبة أي شخص على جناية أو جنحة لم يتم تحديد مكوناتها بموجب القانون ...) ، كما نصت المادة الأولى من قانون العقوبات المصري رقم (٥٨) لسنة ١٩٣٧ المعدل النافذ بأن: (تسري أحكام هذا القانون على كل من يرتكب في القطر المصري جريمة من الجرائم المنصوص عليها فيه)، اما بالنسبة للمادة الأولى من قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ المعدل النافذ فهي تنص بأن: (لا عقاب على فعل أو امتناع إلا بناء على قانون ينص على تجريمه وقت اقترافه ولا يجوز توقيع عقوبات أو تدابير احترازية لم ينص عليها القانون).

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

الفرع الثاني

المدلول الفقهي للأمن القانوني

يرى بعض الفقه أن من الصعب تحديد فكرة الأمن القانوني ووضع تعريف لها وإن كان من السهل أن نفهمها. ومن وجهة نظر هؤلاء أن الأمن القانوني هو: " مرفأ أمن، واستقرار، واستمرار، المراكز القانونية " أو هو : " ضمانة أو حماية تهدف إلى استبعاد الاضطرابات في مجال القانون، أو التغييرات المفاجئة في تطبيق القانون " [١]، ونظراً لصعوبة التعريف، فقد حاول الفقه في البداية قياس مبدأ الأمن القانوني على الثقة المشروعة [٢]،غير أن البعض يرى أن الثقة المشروعة هي أقرب للإنصاف منها للأمن القانوني [٣]. عموماً فإن صعوبة ايجاد تعريف جامع ومانع لمبدأ الأمن القانوني لم يمنع قيام الفقه ببعض المحاولات لتعريفه وبيان طبيعته.

- حيث ذهب رأي إلى أن: " أن الأمن القانوني من وجهة النظر الموضوعية يعني عدم وجود تهديد للقيم المكتسبة ، أما من وجهة النظر الذاتية، فيعني عدم وجود مخاوف من تعرض هذه القيم للخطر" [٤] .

- أما الفقه العربي فقد تجاهل اغلبه وضع تعريف للأمن القانوني ألاّ أن ذلك لم يمنع محاولات البعض من الاعتماد على عنصر اليقين القانوني في تعريفه كأساس للأمن القانوني ، فقد عرفه البعض بانه: " يعني في حقيقة الامر أن تكون القواعد القانونية مؤكدة ومحددة في تنظيمها للمراكز القانونية أو تضمن تأمين النتائج بحيث أن كل فرد يستطيع أن يتوقع هذه النتائج ويعتمد عليها بأن يتوقع مقدماً نتائج تصرفاته من حيث ما له وما عليه " [٥]، ويعرف جانب من الفقه الأمن القانوني بانه: " فكرة قوامها ضمان حد أدنى من الثبات والاستقرار للعلاقات القانونية سواء

---

[١] د. محمد محمد عبد اللطيف، مبدأ الأمن القانوني، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنصورة – كلية الحقوق، العدد (٣٦)، ٢٠٠٤، ص ٨٨ .

[٢] للمزيد من التفاصيل حول (الثقة المشروعة) ينظر: د. محمد منير حساني، احترام الثقة المشروعة كمبدأ عام للقانون، مداخلة في ملتقى وطني تحت عنوان " احترام التوقعات القانونية " جامعة قاصدي مرباح – ورقلة الجزائر سلسلة خاصة بالملتقيات والندوات، ٢٠١٦ ، ص ٢٩ وما بعدها .

[٣] د. عبد المجيد غميجة، مصدر سابق، ص ٨.

[٤] رأي: " أرنولد وولفر" أوردهُ: جون بيليس وستيف سميث، عولمة السياسة العالمية، ترجمة ونشر المركز الخليج للأبحاث الطبعة الأولى، دبي – الامارات العربية المتحدة، ٢٠٠٤، ص ٤١٤ .

[٥] د. مازن ليلو راضي، حماية الأمن القانوني في النظم القانونية المعاصرة، الطبعة الاولى، المركز العربي للنشر والتوزيع، ٢٠٢٠ ، ص١٩.

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

كانت هذه العلاقات بين الافراد بعضهم بعضاً أم بينهم وبين الدولة التي تلتزم بتحقيقه السلطات العامة " [١].

- في ضوء ما تقدم يمكننا أن نعرف الأمن القانوني في المجال الجنائي على إنه مبدأ من المبادئ العامة للقانون يهدف إلى الحد من الآثار السلبية المترتبة على القواعد الجنائية (الموضوعية والاجرائية)، وذلك من خلال العمل بمبدأ الشرعية الجنائية، إذ يرتكز مبدأ الشرعية على دعائم قوية تبرر وجوده ومكانته في دولة القانون أي في الحكومة الديمقراطية، فهو دعامة لحرية الفرد واستقلاله إزاء تحكم الدولة حيث يضمن للمواطن عدم الخضوع للعقاب إلا في الحدود التي يقررها القانون.

وهذا يعني أن مبدأ الشرعية إنما جاء ليحقق غاية سامية تتجلى بمعرفة الناس ما هو محظور من السلوك وما هو مباح، وما يتهدد حرياتهم قبل إتيان أي سلوك يعرضهم لذلك، وليكونوا من ثم على إدراك وعلم بها قبل إتيانهم السلوك وقبل أن تقوم السلطات العامة بتطبيقها عليهم، وبهذا يتحقق الأمن القانوني الجنائي.

بل أن من شأن مبدأ الشرعية أن يجد للمجرم حمايته ضد تعسف الجماعة أو القضاء، وذلك لان تحديد ما يعتبر جريمة من الأفعال ومقدار عقوبته سلفاً من شانه أن يلزم المشرع والقاضي بهذا التحديد، لهذا نجد الفقيه الألماني " VonLiszt " يعلن أن مبدأ الشرعية يعد بمثابة عهد أعظم " Magna Charta " للجاني [٢].

الفرع الثالث

المدلول القضائي للأمن القانوني

إن مدلول الأمن القانوني وفقاً لقرارات المجلس الدستوري الفرنسي يتخذ أحد المعنيين يقاربانه إلى حد كبير، بيد أنهما لا يطابقانه تماماً [٣] ، **أولهما :** معنى (الأمن /اليقين) المنصوص عليه في المادة (٢)

---

[١] احمد عبد الحسيب عبد الفتاح السنتريسي، العدالة التشريعية في ضوء فكرة التوقع المشروع، الطبعة الاولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١٧، ص٢٣ .

[٢] Von Liszt, Die deterministischen Gegner des Zwechstrafe, in Zeit. S. tr. W.,V. Xlll, P.357.
أشار إليه: د.عبد الفتاح مصطفى الصيفي و د.جلال ثروت، القسم العام في قانون العقوبات، المجلد الأول، بدون ذكر مكان الطبع، ٢٠٠٥، ص٤٢.

[٣] د. حسين احمد مقداد، مبدأ الأمن القانوني كأساس لعمل القاضي الدستوري – دراسة تأصيلية مقارنة ، بحث منشور في مجلة حقوق حلوان للدراسات القانونية والاقتصادية ، العدد (٢٩)، ٢٠١٣، ص ٦٤٧.

من إعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي لسنة ١٧٨٩ [١] ، والذي تنصرف دلالاته إلى معنى الأمن الفردي أو الشخصي الذي يتحقق بتوافر ضمانة المثول أمام القاضي الواردة في المادة (٧) من ذات الإعلان [٢] ، والتي تنصرف إلى أن اتهام شخص أو القبض عليه أو اعتقاله لا يكون إلا في الحالات التي يحددها القانون ووفقاً للإجراءات التي ينص عليها . **اما المعنى الثاني**: فيتمثل بالضمانة المقررة لحماية الحقوق والتي تستفاد من نص المادة (١٦) من الإعلان المذكور[٣]، إذ تفيد بأن الجماعة التي لا تضمن الحقوق، ولا تفصل بين السلطات، لا دستور لها .

أما مجلس الدولة الفرنسي فذهب إلى إن: " مبدأ الأمن القانوني يقتضي أن يكون المواطنون، دون كبير عناء، في مستوى تحديد ما هو مباح وما هو ممنوع من طرف القانون المطبق. وللوصول إلى هذه النتيجة ، يتعين أن تكون القواعد المقررة واضحة ومفهومة ، وألا تخضع في الزمان إلى تغييرات متكررة أو غير متوقعة " [٤] .

[١] تنص المادة الثانية من إعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي لسنة ١٧٨٩ بأن: " الهدف من كل تجمع سياسي، هو الحفاظ على حقوق الإنسان الطبيعية غير القابلة للتقادم وهذه الحقوق هي الحرية، والملكية، والأمن، ومقاومة الظلم " . ونصها بالفرنسية هو :=

" Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et = imprescriptibles de l, homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sécurité et la résistance à l, l'oppression " .

[٢] إذ تنص المادة السابعة من ذات الإعلان بأن " لا يجوز إلقاء الشبهة على رجل أياً كان ولا القبض عليه ولا سجنه إلا في المسائل التي ينص عليها القانون وبموجب الطرق التي يذكرها . وكل من يغرى أولى الأمر بعمل جائر أو كل موظف يعمل عملاً جائراً لا ينص عليه القانون يعاقب لا محالة ولكن كل رجل يدعى أو يقبض عليه باسم القانون يجب عليه أن يخضع في الحال , وإذا تمرد استحق العقاب " . ونصها بالفرنسية هو :

" Nul homme ne peut être accusé, arrêté ni détenu que dans les cas détermine par la loi et selon les formes qu, elle. a prescrites. Ceux qui, sollicitent expédient, executant ou font executer des ordres arbitraires, doivent etre punis; mais tout citoyen appelé ou saisi en vertu de la Loi doit obéir à l,instant : il se rend coupable par la résistance " .

[٣] إذ تنص المادة (١٦) من الإعلان بأن " كل مجتمع لا يضمن الحقوق ، ولا يفصل بين السلطات لا دستور له " . "

Toute société dans laquelle la garantie des droits, ne sépare pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminants, n'a point de constitution " .

[٤] التقرير العام لمجلس الدولة الفرنسي بتاريخ ٢٤ / مارس / ٢٠٠٦ حيث جاء فيه :

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

وفي المقابل أشارت المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان أن القواعد القانونية في فرنسا المتعلقة بحماية المناظر الطبيعية والاختصاص القضائي بشأن الأعمال الإدارية معقدة إلى درجة أنها تسبب حالة من عدم الأمن فيما يتعلق بطبيعة القاعدة التي تحدد مجال وطريقة حساب مدة الاستئناف ، وكان من نتيجة ذلك إنكار الوصول إلى العدالة على نحو يشكل مخالفة للمادة (٦) من الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان ، لذلك واعتباراً من سنة ٢٠١٨ تخلى مجلس الدولة الفرنسي عن كتابه احكامه بأسلوب غير مباشر (أي جمل طويلة وفريدة من نوعها) ، ومن فقرات تتكون أو تبدأ بعبارة " بالنظر إلى ذلك " أو " بينما " واستعاض عن هذا الأسلوب بعبارات مباشرة وجمل اقصر واكثر وضوحاً من أجل تحقيق الأمن القانوني [١] .

وغاية الأمن القانوني من وجهة نظرنا تكمن في عدم تحول القانون الى مصدر للقلق والخوف لدى المخاطبين به، أو تحول القواعد القانونية الى مصدر ارتباك لدى القضاة عند تطبيقهم القوانين، وهذا يعني أن تجسيد الأمن القانوني في عملية التشريع الجنائي يترتب عليه بالضرورة الالتزام بالسياقات التشريعية المتصلة بالحقوق والحريات. ومن خلال الأمن القانوني تتحقق أهداف القانون ذاته من عدالة واستقرار ومساواة. وأن أي خلل يترتب على هذا الأمر يعني بالضرورة الخروج عن الشرعية الجنائية .وهذا يعني من جانبنا أنه كلما كان التشريع الجنائي مرتبطاً بفلسفة الدستور، وكلما راعى المشرع القيم العالمية والمبادئ العامة للقانون الجنائي كلما كان أكثر اتساقاً مع مقومات الأمن القانوني.

المطلب الثاني

خصائص وذاتية مبدأ الأمن القانوني

إن لمبدأ الأمن القانوني خصائص متعددة تميزه عن الأفكار والمبادئ القانونية الأخرى، ولغرض الوقف عليها فأننا ارتأينا تقسيم هذا المطلب إلى الفرعيين الآتيين: -

الفرع الأول: - خصائص مبدأ الأمن القانوني.

الفرع الثاني: - ذاتية مبدأ الأمن القانوني.

" Le principe de sécurité juridique exige que les citoyens, sans trop d'efforts, déterminent ce qui est permis ou interdit par le droit applicable. Pour atteindre ce résultat, les règles doivent être claires, compréhensibles et ne pas être soumises à temps à des modifications fréquentes ou imprévues ".

اورده د. حامد شاكر محمود الطائي، العدول في الاجتهاد القضائي، الطبعة الأولى، المركز العربي للنشر والتوزيع، بغداد، ٢٠١٨، ص ١٢٣ .

[١] د. وليد محمد الشناوي، الأمن القانوني ومبادئ سن القانون الجيد، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية ، كلية الحقوق – جامعة المنصورة ، العدد(٥٦)، ٢٠١٤، ص ٣٠٣ .

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

الفرع الأول

خصائص مبدأ الأمن القانوني

الأمن القانوني كمصطلح جديد يتميز بالعديد من الخصائص التي سنتولى بيانها فيما يأتي: -

أولاً: - التوقعية شرط لضمان مبدأ الأمن القانوني في القاعدة الجنائية:

يقصد بعنصر التوقعية في القاعدة الجنائية السماح لكل شخص أن يتوقع ويعرف ما ينتظره على درجة معقولة من الأثار الجنائية المترتبة على سلوك معين، وذلك من أجل تهيئ دفاع المتقاضين بطريقة ناجعة وفعالة ومعرفة حدود العقوبة المتوقعة، وللوصول إلى هذه النتيجة يتعين أن تكون القواعد المقررة واضحة ومفهومة، وإلا تخضع في الزمان إلى تغيرات متكررة أو غير متوقعة [١].

ويتضح لنا بذلك إن إمكانية توقع القانون بالنسبة للمخاطبين بالقواعد القانونية الجنائية، يعني أن هناك إمكانية توقع النتائج التي قد يرتبها القانون على سلوكهم مستقبلاً، أما بالنسبة لمطبقي القوانين على وجه العموم، ومطبقي القانون الجنائي على وجه الخصوص، فإن من اللازم أن يكون القانون متضمناً للخصائص الواجب توافرها في القاعدة الجنائية من شقي التجريم والعقاب وظروف التشديد والعقاب وعناصر المسؤولية الجزائية، إذ أن هذه الأمور من متطلبات العدالة الجنائية والأمن القانوني.

ثانياً: - الأمن القانوني الجنائي ذو طبيعة قانونية:

يتسم هذا المبدأ بالطبيعة القانونية إذ إن من أهم خصائص الأمن القانوني الجنائي الذي يختص بها ويبرز ذاتيته ويميزه عما يشتبه به، هي صفتهُ القانونية، ونقصد بـ(القانونية) كخصيصة للأمن القانوني الجنائي، هو أن أحكام القانون الجنائي – ولكي يكون الأفراد عالمين بها سلفًا علمًا يقينيًا، فضلًا عن توافر حالة من الاستقرار في المفاهيم لتأكيد علم الناس بالأوامر والنواهي التي تعبر عنها نصوص هذا القانون وإدراكهم لها – لابد أن يكون المصدر الذي تنبع منه أحكام هذا القانون هو(التشريع)، فالأحكام الخاصة بالتجريم والعقاب والإجراءات الجزائية تخضع لمبدأ الشرعية أو القانونية الذي بدوره يهدف إلى تحقيق الأمن القانوني الجنائي، فتُنظم هذه الأحكام بنصوص القانون التي يجب أن تتوافر فيها مواصفات محددة لتحقق الأمن القانوني الجنائي [٢].

---

[١] زكرياء العماري، ترجع الأمن القانوني للقاعدة العقابية في القانون الجنائي، بحث منشور في مجلة القضاء التجاري، س (٥)، ع (١٠)، ٢٠١٨، ص١١٧.

[٢] د .أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، الطبعة الثانية، دار الشروق، القاهرة، مصر،٢٠٠٢، ص٨٢ وص٨٦. د. بكري يوسف بكري محمد، قانون العقوبات، القسم العام، النظرية العامة للجريمة، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، ٢٠١٣، ص١٢٤ وما بعدها. د. عبد الرحمن توفيق أحمد، شرح قانون العقوبات، القسم العام، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ٢٠١٢، ص١٠٨.

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

فهذه الخصيصة – أي القانونية – هي التي تضفي عليه الطابع المحدد بالقانون، وتحدد ذاتيته وتخرج غيره عنه، كالأمن القضائي والأمن الانساني والأمن الاجتماعي.

ثالثاً: - الأمن القانوني الجنائي يحقق الاستقرار مع قابليته للتطور:

إن مفهوم الأمن بصورة عامة هو مفهوم متعدد الأبعاد فهو مفهوم إيديولوجي وسياسي وثقافي يتغير بتغير الزمن ويرتبط بالحقبة الزمنية واتجاهاتها السياسية والثقافية والاقتصادية [١] ، فالأمن القانوني يلزم وجود قدر من الاستقرار في القواعد القانونية التي تنظم العلاقات بين الفرد والفرد من جانب، وبين الفرد ومجتمعه من جانب آخر، ولا يفهم من لفظ الاستقرار ضرورة عدم التغيير وإنما يفهم منه ضرورة الثبات النسبي الذي يعطِ مجالًا للطمأنينة، ويتحقق ذلك بضمان السلطات العامة للفرد بعدم مفاجأته بما لا يتوقعه، بيد أن ذلك لا يعني غل يد تلك السلطات عن القيام بالإصلاحات التشريعية اللازمة والتي تستطيع القيام بها متى ما رأت الأمر ضرورياً لذلك فالمطلوب هو تحقيق توازن ومواءمة بين أمرين: **الأول**، قابلية الحياة القانونية للتطور والتغير في جمع المجالات، **والثاني**، هو حق الأفراد في الاعتماد على قدر كافٍ من وضوح القواعد القانونية التي تلتزم بها السلطات العامة، ويرتب هذا الرأي نتيجة مفادها؛ أنه إزاء هذا المفهوم العام للأمن القانوني، نجد ما يسمى بـ (الأمن القانوني الجنائي) والذي يمكن تحديده بالنظر إلى ضرورة إيجاد الطمأنينة في العلاقة بين الفرد والسلطات العامة في الدولة، من خلال الطابع الذي يأخذه وهو ضرورة عدم المساس بحريات الأفراد، مما يولد نواة نحو الاستقرار ثم التنمية، وبمعنى آخر فإن الأمن الجنائي يتولد عن طريق تحقيق أمرين في المجتمع: **أولهما**، تحديد صور السلوك التي يحظرها القانون، والتي تستتبع أن تكون على مقدار من التطور بما يواكب مستجدات المجتمع، **وثانيهما**، وضع فلسفة واضحة تمنع الأفراد من اقتراف الجرائم في المجتمع من خلال بيان دقيق للأهداف المطلوبة للعقوبة [٢].

بناءً على ما تقدم يوصف مبدأ الأمن القانوني الجنائي بأنه قابل للتطور ويتسع ليشمل الجوانب التي تهم الأفراد جميعها وهذا من شأنه حماية حقوقهم وتوفير بيئة هادئة ومستقرة لممارسة أعمالهم ونشاطاتهم المختلفة.

---

[١] لقاء عبد السادة جالي، الأمن القانوني للمكلف الضريبي – دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون، الجامعة المستنصرية، ٢٠٢٠، ص١٩.

[٢] أحمد جابر صالح أحمد، اليقين القانوني الجنائي، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون، جامعة كربلاء، ٢٠١٩، ص٥٢ وما بعدها.

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

الفرع الثاني

ذاتية مبدأ الأمن القانوني

حتى يكتمل مفهوم الأمن القانوني ويتضح معناه أكثر فأكثر، يجدر بنا بيان ذاتيته من خلال عرض أوجه الارتباط والاختلاف الدقيقة بينه وبين بعض المفاهيم، كالأمن القضائي والامن الشخصي والأمن المادي، وكما يأتي: -

اولاً: - الأمن القانوني والأمن القضائي: -

الأمن القضائي هو مفهوم حديث يعكس ثقة الافراد بالسلطة القضائية بالاطمئنان الى ما يصدر عنها من احكام و قرارات كونها الجهة المخولة بحماية الحقوق و الحريات من أي خرق كان [١]، و لكي يكون الطعن القضائي فعالاً، لابد أن يوكل إلى جهة قضائية محل ثقة لدى الطاعن، وهذه الثقة تتمثل بما يعرف "بالأمن القضائي" ، فالأمن القضائي يمثل الثقة بما ينتج عن القضاء من احكام وهو بصدد قيامه بمهامه التقليدية المتمثلة في تطبيق القانون على ما يعرض عليه من قضايا من خلال تحقيق ضمانات جودة اداء السلطة القضائية وجودة الاحكام الصادرة عنها، إذ يرتبط المفهوم اللاتيني للأمن القضائي بوظيفة المحاكم العليا، فالجودة في مجال الأداء القضائي تعني محاكمة عادلة، عدالة أقل تكلفة، و بحياد تام للقاضي و سهولة الوصول إلى المعلومة القضائية، وتعني أيضاً التقييم الذاتي للعدالة لوضع المخططات والمشاريع المستقبلية [٢] .

ويختلف الأمن القانوني عن الأمن القضائي من حيث الأطراف والمضمون، **فمن حيث الأطراف:** أن الأمن القانوني يمثل مجموعة من القيود على ارادة المشرع في ممارسته السلطة التشريعية، إذ ينظم العلاقة ما بين الفرد والقانون في حين ينظم الأمن القضائي العلاقة ما بين الفرد والقضاء، **أما من حيث المضمون:** فإن الأمن القانوني يتحدد بالعلم بالقانون، وعدم رجعيته، واحترام التوقعات المشروعة، في حين يتضمن الأمن القضائي فضلاً عن الضمانات الدستورية تنظيماً قانونياً للنظام القضائي وللاختصاص القضائي ولإجراءات التقاضي [٣] .

---

[١] نور الدين مناني، التدابير الاحترازية و دورها في تحقيق الأمن القضائي، بحوث منشورة في مخبر الدراسات الفقهية والقضائية، القسم الاول، الطبعة الاولى، جامعة الوادي، الجزائر، ٢٠١٥، ص١٩٧ .

[٢] عبد المجيد لخذاري و فطيمة بن جدو، الأمن القانون و الأمن القضائي، بحث منشور في مجلة الشهاب، جامعة الوادي – معهد العلوم الاسلامية، جوان، ٢٠١٨، العدد (٢)، المجلد (٤) ، ص٤٠٢ .

[٣] ليث عبد الرزاق الانباري، فكرة الأمان القانوني ودورها في تنازع القوانين – دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون – جامعة بغداد، ٢٠١٧، ص ٧٤.

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

ومما سبق يتضح لنا أن أوجه العلاقة بين الأمن القانوني والأمن القضائي تبرز من خلال دور القضاء في حماية الأمن القانوني، إذ تعمل المحاكم على اختلاف درجاتها، وفي شتى الأنظمة القضائية على تأكيد سيادة القانون، وإشاعة الثقة والاستقرار للمراكز والعلاقات القانونية، وتعزيز اطمئنان الأفراد بفاعلية النصوص القانونية والوثوق بالقانون والقضاء على حد سواء، سيما أن الأمن القضائي يشمل الشق الإجرائي للقاعدة القانونية فقط، وهذا يعني أن مفهوم الأمن القانوني يحمل في طياته الأمن القضائي وأوسع منه.

ثانياً: - الأمن القانوني والأمن الشخصي: -

الأمن الشخصي هو أحد الحقوق الأساسية التي أسبغ عليها القضاء قيمة دستورية، ومن ثم يقع على عاتق الدولة واجب حمايته، ويشمل جميع العناصر التي يتكون منها هذا الحق مثل: مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، والذي لا يجيز إدانة شخص بارتكاب جريمة أو توقيع عقوبة عليه إلا وفقاً لنص في القانون أو بناءً على قانون، كما يتعين أن تكون العقوبة ومتناسبة مع جسامة المخالفات المرتكبة، ومن عناصر الحق في الأمن الشخصي كذلك التزام المشرع بتحديد الأفعال التي يجرمها تحديداً دقيقاً، وذلك لاستبعاد التعسف الذي سيمكن السلطة العامة من تصيد الأخطاء والمساس بأمن الأشخاص [١]، كذلك يدخل ضمن الحق بالأمن الشخصي الأخذ بقرينة البراءة التي تعني أن المتهم بريء حتى تثبت ادانته [٢].

مما سبق يتضح أن الحق في الأمن الشخصي ينصب على حماية شخص الانسان ذاته من الناحية المادية والمعنوية، في حين أن فكرة الأمن القانوني تعني بحماية علاقات الأنسان وأوضاعه القانونية من أي تعدٍ قد يطالها من قبل إحدى سلطات الدولة.

ثالثاً: - الأمن القانوني والأمن المادي: -

أن الأمن المادي عبارة عن التدابير الأمنية التي تم تصميمها لمنع الوصول غير المصرح به إلى المرافق والمعدات والموارد، وحماية الأفراد والممتلكات من التلف أو الضرر مثل: (التجسس أو السرقة أو

---

[١] د.رفعت عيد سيد، مبدأ الأمن القانوني – دراسة تحليلة في ضوء أحكام القضاء الإداري والدستوري، بحث منشور في مجلة أتحاد الجامعات العربية للدراسات والبحوث القانونية، العدد(٣٤)، ٢٠١٣، ص٨. زموري صافية و عزيزي خديجة، الأمن القانوني ودوره في تشجيع الاستثمار، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجيلالي بونعامة – خميس مليانة، الجزائر، ٢٠١٩، ص١٠.

[٢] د.بهاء الدين إبراهيم، د.عصمت عدلي، د.طارق إبراهيم الدسوقي، حقوق الانسان بين التشريع والتطبيق، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٨، ص٣٣٥ وما بعدها.

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

الهجمات الإرهابية) [١]، ومن أمثلته: الأمن الفكري، والأمن الاقتصادي، والأمن السياسي، والأمن الصحي، والأمن العسكري....الخ، ويعد القانون وبالأخص القانون الجنائي وسيلة مفضلة لحماية الأمن العام المادي، وذلك عن طريق تجريم الأفعال سالفة الذكر[٢]، في حين أن الأمن القانوني يهتم بالقانون ذاته، لحماية الأفراد من الأثار السلبية للقانون، فيصبح القانون مصدراً للأمن المادي لمواجهة الأخطار المادية التي تهدد الأفراد، ومن ذلك يتضح الترابط بين الأمن المادي والأمن القانوني، إذ أن الأمن المادي يهدف إلى توفير الحماية اللازمة لمحل اهتمام القانون الذي يتوجب عليه الاستجابة لحاجة المجتمع بتوفير الحماية اللازمة للأشخاص وممتلكاتهم، والقانون لا يبلغ غايته إلا عن طريق توفير الأمن الموضوعي فيه، بمعنى أن الاعتداد بالأمن القانوني في التشريعات قد تكون وسيلة غير مباشرة في تعزيز الأمن المادي [٣].

وفي ضوء كل ما تقدم يتضح جلياً أن الحق في الأمن المادي يتحدد بحماية الأنسان من العوز المادي ومساعدته في الحصول على بعض الخدمات، وهو بذلك يختلف عن فكرة الأمن القانوني التي تعني حماية المراكز القانونية للفرد التي حصل عليها وفقاً لقواعد قانونية نافذة تتمتع بقرينة الصحة.

المبحث الثاني

نطاق تطبيق الأمن القانوني في القانون الجنائي

إن نطاق بحث مبدأ الأمن القانوني يتحدد، في حيزه الطبيعي، بالقواعد الجنائية الموضوعية من حيثُ مدى توافر الأمن القانوني فيها، ولكننا إذا نظرنا إلى الأمن القانوني الجنائي نظرة عامة شاملة استوجب ذلك منا إلا نبحثه في إطاره الضيق الذي يؤدي إلى قصر فكرة الأمن القانوني في حدود النص الجنائي الموضوعي، بل أن نتصور هذه الفكرة محل البحث بأنها تمثل قيمة ذات أهمية بالغة وهدف سامٍ للقانون الجنائي، الأمر الذي يدعونا إلى أن نحدد نطاق هذا البحث ليس فقط بالنصوص الموضوعية بل والإجرائية كذلك، سيما وإن الأخيرة قد تكون في بعض منها على مساس مباشر بالحقوق والحريات الشخصية، فتؤثر بشكل أو بآخر على أصل فكرة الأمن القانوني الجنائي ومدى تحققها في النصوص

---

[١] أوراك حورية، مباديء الأمن القانوني في قانون الجزائري وإجراءاته، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، سعيد حمدين، جامعة الجزائر، ٢٠١٨، ص٦٩ وما بعدها.

[٢] بوزيد صبرينة، الأمن القانوني لأحكام قانون المنافسة، ط١، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، ٢٠١٨، ص٨٠.

[٣] د.محمد رشيد حسن و سيروان عثمان فرج، تضخم القواعد القانونية الجزائية كعارض من عوارض تحقيق الأمن القانوني، بحث منشور في مجلة دراسات قانونية وسياسية، السنة (السابعة)، العدد (٢)، ٢٠١٩، ص٣٤٠.

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

الجنائية الموضوعية، ومن ثم لا مناص من إدخالها في نطاق البحث. وسوف نحاول أن نقدم في هذه المبحث صورة صحيحة لهذه الفكرة، وأن نكتشف الجوانب التي يتحقق فيها هذه المبدأ بالنسبة للقواعد الجزائية من خلال تقسيم هذا المبحث إلى المطلبين الآتيين: -

المطلب الأول: - نطاق تطبيق الأمن القانوني في القواعد الجزائية الموضوعية.

المطلب الثاني: - نطاق تطبيق الأمن القانوني في القواعد الجزائية الإجرائية

المطلب الأول

نطاق تطبيق الأمن القانوني في القواعد الجزائية الموضوعية

إن(مبدأ الأمن القانون) بشكل عام هو ليس من المواضيع المستحدثة، بل سبق أن تم بحثه في حقول معرفية عديدة وليس هذا هو موضوع دراستنا هنا، فإن الذي يعنينا في هذا المقام هو البحث عن نطاق تحققه في القواعد الجنائية وتحديداً القواعد الجنائية الموضوعية، أي في الأحكام التي يوردها المشرع في قانون العقوبات، ولتقييم مدى صواب المشرع في مجال التجريم والعقاب في أي دولة ما، وتقدير مدى ملائمة التشريع لوضع تلك المبادئ الأساسية، لابد من التركيز أولاً وأخيراً على استتباب الأمن في المجتمع. وتوفير الحد المعقول من الأمن والاستقرار دليل على نجاح النظام الجنائي بقدره في تجسيد الضبط الاجتماعي، دون أن يكون ذلك على حساب الأخلال بالحقوق والحريات الأساسية في الدستور.

والذي يمكن لنا أن نلمس ثناياه في قاعدة الشرعية الجزائية، لكي تحمي الأنسان من خطر التجريم والعقاب بغير الأداة المعبرة عن إرادة الشعب، وهو التشريع وإلا ما فائدة إصرار المشرع على إقرار مبدأ الشرعية الجزائية إذا كان لا يسعى الى تحقيق الأمن القانوني الجنائي الذي يؤدي انتفائه أو الإخلال به إلى خلق حالة من الشك والتردد لدى أفراد المجتمع بأحكام القانون الجنائي؟ فضلاً عن القواعد الأخرى المتعلقة بسريان القانون الجنائي من حيثُ الزمان بوصفه مظهر من مظاهر سيادة الدولة على اقليمها.

هذا بالنسبة للقواعد القانونية الإيجابية (وهي القواعد التي تتعلق بالتجريم والعقاب)، أما بالنسبة للقواعد القانونية السلبية (وهي قواعد التخفيف أو أسباب الإباحة)، فيمكن ان نلمس لمبدأ الأمن القانوني وجوداً لهُ في تلك القواعد، سنستعرض في هذا المطلب المبادئ المذكورة كأهم دعائم لتأطير أساسيات الأمن القانوني بالإيجاز الذي يقتضيه المقام، وسنفرد لكل منها فرع مستقل وعلى النحو الآتي:

الفرع الأول: الأمن القانوني في القواعد الجنائية الايجابية.

الفرع الثاني: الأمن القانوني في القواعد الجنائية السلبية.

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

الفرع الأول

الأمن القانوني في القواعد الجنائية الايجابية

يراد بالقواعد الجنائية الإيجابية تلك القواعد التي تتعلق بالتجريم والعقاب ومدى صياغتها صياغة صحيحة تضمن عدم تجريم أي فعل أو تحديد أي عقوبة إلا من قبل السلطة التشريعية نظراً لخطورة التجريم والعقاب على حقوق الأفراد وحرياتهم، وما يتبع هذا المبدأ من مبادئ أخرى تتعلق بعدم رجعية القانون الجنائي على الماضي والقانون الاصلح للمتهم وعلاقة ذلك كله بالأمن القانوني، فضلاً عن القواعد الأخرى المتعلقة بسريان القانون الجنائي من حيث المكان بوصفه مظهر من مظاهر سيادة الدولة على أقليمها، وسوف نتناول كل من هذه القواعد في البيان الأتي:

أولاً: - الأمن القانوني والشرعية الجزائية:

يُعد مبدأ الشرعية الجزائية أحد عناصر الأمن القانوني الجنائي، فهو من أهم المبادئ العامة والاساسية في القانون الجنائي، لأن مدوله حصر سلطة التجريم في المشرع وحده باعتباره نائباً عن الشعب، ومقتضاه عدم جواز إسباغ الفعل بالصفة الجرمية وتحديد العقوبة له[١]، إلا بالأداة التشريعية الصادرة من السلطة التشريعية، وعدم منح هذه الصلاحية لأية جهة أخرى تحت أي ظرف، وتأكيدا لذلك نصت المادة (١٩ / ثانيا) من الدستور العراقي لسنة على أنه: " لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص..." ، وأيضا تنص المادة الأولى من قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ المعدل على أنه: " لا عقاب على فعل أو امتناع إلا بناءً على قانون ينص على تجريمه ".

وعلى هذا النحو يتبين أن مبدأ الشرعية الجزائية قد أكتسب قوة دستورية وأصبح من المبادئ الدستورية التي يجب على المشرع الالتزام بها، وهذا ما تم التأكيد عليه في قانون العقوبات العراقي النافذ.

الامر الذي يتطلب ان تصاغ النصوص الجزائية بالوضوح والدقة في تحديد اركان الجرائم، كما يجب تحديد عناصر كل ركن بدقة [٢]، ويترتب على الأخذ بهذا المبدأ أن تكون مهمة التجريم والعقاب مقتصرة

---

[١] د.علي عبد القادر القهوجي، شرح قانون العقوبات – القسم العام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٢، ص٥٠.

[٢] وفي صدد ذلك تقول محكمة التمييز الاتحادية في أحد قراراتها عند نظرها تميزاً في حكم صدر عن المحكمة الجنائية الرابعة/بابل بالحكم على المدان المحكوم عليه بالإعدام لاشتراكه في وضع عبوة ناسفة استهدفت دورية للحرس الوطني، قررت محكمة التمييز ما يلي " من خلال وقائع القضية وظروفها وما توفر فيها من أدلة تبين أن المتهم (هـ.ع) لم يشترك في أرتكاب الفعل الذي عنه، إلا أن المتهم كان يعلم بأسماء المجموعات الأرهابية وافعالها فلم يبادر إلى إخبار السلطات المختصة، وبذلك يكون المتهم قد ارتكب فعلاً منطوياً تحت أحكام المادة (٢٤٧) من قانون العقوبات ولتوفر الأدلة ضده تقرر تبديل الوصف القانوني للجريمة إلى المادة (٢٤٧) بدلاً من المادة (٤٠٦/أ.هـ.و)، وتخفيف العقوبة من الإعدام

بيد السلطة التشريعية ولا يجوز لغيرها أن تزاحمها فيها، وأن يلتزم بتطبيق ما يصدر عنها من القواعد الجنائية دون الخروج عليها.

ويمثل هذا المبدأ جوهر الأمن القانوني الجنائي، فهو المدخل السليم لتحقيقه، متمثلة في قاعدة " لا جريمة ولا عقوبة إلا بالنص " كما ذكرنا، التي تجعل الإنسان في مأمن من مخاطر التجريم والعقاب بغير الاداة التشريعية المعبرة عن إرادة الشعب [١]. وهذه ضمانة مهمة لوحدة القانون العقابي وحيويته وتماسكه واستقراره وبالتالي يحمي المجتمع من التفاوت كما ويساعد المتلقي (المخاطب به) على فهم الخطاب التشريعي الجنائي وبالتالي تحقيق غايات الأمن القانوني.

ويصح القول إن الهدف المبتغى من الشرعية الجزائية هو جزء من الغاية المراد تحقيقه من الأمن القانوني. فكما أسلفنا أن الأمن القانوني يهدف الى الحؤول من تحول القواعد القانونية الى مصدر قلق وخوف لدى المخاطبين به ولعل ذلك يتحقق من خلل تحول القانون الجنائي الى أداة قهر واستبداد وطغيان، وفي هذا السياق يمكن أن يكون لمبدأ الشرعية ضابطاً واقعيا لمنع هذه الاختلالات. فهو يعد بمثابة الحد الفاصل بين الاعتداء على الحريات والحقوق وصيانتها، إذ أن منح أي جهة سلطة التجريم يهدر مبدأ الشرعية بمقدار هذا المنح والتفويض [٢].

ويمكن حصر أهم النتائج المترتبة على مبدأ الشرعية الجزائية إلى أربعة نتائج: **الأولى:** هي قصر مصدر التجريم والعقاب على التشريع فقط، **والثانية:** عدم رجعية القوانين الجنائية على الماضي، **والثالثة:** تقييد القاضي بقواعد معينة في التفسير الجنائي، **والرابعة** حظر القياس في التجريم [٣].عليه فأننا سنفرد لكل نتيجة من هذه النتائج فقرة مستقلة وعلى النحو الاتي:

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

شنقاً إلى الحبس الشديد لمدة خمس سنوات، لتحقق اركان الجريمة الواردة في المادة (٢٤٧) مع فعل المتهم. ينظر: سلمان عبيد عبد الله، المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية – القسم الجنائي، ج٢، الناشر جعفر صادق الانباري، بغداد، ٢٠٠٩، ص٤٤.

[١] د.محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات – القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٩، ص٧١.

[٢] د.أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، الطبعة الثانية، دار الشروق، القاهرة، ٢٠٠٠، ص٣٩.

[٣] طلال عبد حسين البدراني، الشرعية الجزائية – دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون، جامعة الموصل، ٢٠٠٢، ص١٧٠.

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

(١) - قصر مصدر التجريم والعقاب على التشريع:

أن التشريع، أي القانون المكتوب الصادر عن السلطة التشريعية، هو المصدر الوحيد لقانون العقوبات، وبهذه الصفة يتميز عن بقية فروع القانون الأخرى كالمدني أو التجاري التي تشمل مصادرها بالإضافة إلى التشريع والعرف ومبادئ الشريعة الإسلامية وقواعد العدالة [١].

والتشريع يعني وضع قواعد قانونية في نصوص تنظم العلاقات بين الافراد في المجتمع بواسطة السلطة المختصة وطبقاً للإجراءات المقررة لذلك، وقد يراد بلفظ (التشريع) معنى أخر وهو القاعدة القانونية التي تنظم أمراً معيناً مثل التشريع الجزائي [٢].

ومصادر القانون هي الشكل الذي تظهر فيه القاعدة القانونية في محيط الحياة الاجتماعية للدولة، إذ تظهر في الوسائل التي تبدو فيها إرادة الدولة واضحة في إلزام الافراد باحترام القاعدة القانونية وما تتضمنه من أوامر ونواهٍ [٣].

وإن تحديد خضوع السلوك لنص تجريم حتى يكتسب صفته غير المشروعة يؤدي إلى تحديد مصدر التجريم والعقاب بالنصوص القانونية حصراً.

(٢) - عدم رجعية القوانين الجنائية على الماضي:

ويراد به إن القاعدة القانونية لا تطبق على وقائع حصلت في الماضي وإنما يقتصر تطبيقها على كل ما يحدث في الحاضر أو من يوم نفادها [٤]، وهذا يعني أن لسريان القانون الجديد من حيثُ الزمان وجهان: وجه سلبي هو انعدام اثره الرجعي، ووجه إيجابي هو اثره المباشر، ويمكن إرجاع أهمية مبدأ عدم رجعية القوانين إلى سببين، **الأول** يتعلق بالعدل، لأن الإفراد يتصرفون على أساس القانون القائم، إما القانون الذي سيصدر في المستقبل فلا يمكن لهم العلم به مقدماً. **والثاني** يتعلق بالنظام العام، لأن هذا المبدأ يعد ضماناً لا غنى عنه للاستقرار في المجتمع، ولن يكون هناك استقرار أو ضمان إذا كان أصحاب الشأن يستطيعون إبطال المراكز القانونية التي نشأت وتكونت في الماضي، واستبدالها بغيرها مع كل قانون جديد يصدر[٥]، وقد أخذ بها المشرع العراقي في قانون العقوبات في الفقرة (١) من المادة الثانية بقوله: " يسري على الجرائم القانون النافذ وقت ارتكاب الجريمة، ويرجع في تحديد وقت ارتكاب الجريمة إلى

---

[١] طلال عبد حسين البدراني، المصدر السابق، ص١٧١.

[٢] د. مأمون محمد سلامه، قانون العقوبات – القسم العام، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٩، ص٧٠.

[٣] باسم عبد الزمان مجيد الربيعي، نظرية البنيان القانوني للنص العقابي، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠٠، ص٢٠.

[٤] د. محمد سعيد جعفور، مدخل الى العلوم القانونية، الوجيز في نظرية القانون، دار هومة ، الجزائر، ٢٠٠٤، ص٢٤٦.

[٥] د.سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشاة المعارف بالإسكندرية، ١٩٩٩، ص٦٥٥.

الوقت الذي تمت فيه أفعال تنفيذها دون النظر إلى وقت تحقق النتيجة " وهذا يعني أن قانون العقوبات يسري على المستقبل أي على الوقائع التي تقع بعد نفاده.

فالأمن القانوني يقتضي عدم الرجعية في اصدار التشريعات، وعدم الاسراف فيما يسمح به – على سبيل الاستثناء – من رجعية في بعض الحالات، ومفاد ذلك أن مبدأ الأمن القانوني يقتضي عدم اهدار المراكز القانونية والحقوق التي استقرت في الماضي، وما دام الأثر الرجعي يهدد استقرار المراكز القانونية فإن ذلك يستتبع اخلاله بمبدأ الأمن القانوني [١].

كما ويعد مبدأ عدم الرجعية من متطلبات الدولة القانونية، بحسب أن خضوع الدولة للقانون لا يتمثل فقط في توزيع الاختصاصات بين أجهزة الدولة، وإنما يتمثل كذلك في التزام هذه الأجهزة جميعاً باحترام الحقوق الأساسية للأفراد، وقد لوحظ أنه منذ عام ١٩٤٩ ظهر مبدأ الأمن القانوني، وطبق هذا المبدأ في بداية الأمر بواسطة القاضي الإداري، وسرعان ما تلقفته المحاكم الدستورية وطبقته على التشريعات، وأصبح على المشرع الالتزام بمراعاة عدم الرجعية احتراماً للثقة المشروعة للفرد في تحقيق الاستقرار لمركزه القانوني [٢]، إذ نجد أن محكمة التمييز الاتحادية نقضت قرار محكمة الجنايات المركزية لعدم شمول المحكوم بقرار العفو (رقم ٢٢٥ في ٢٠٠٢/١٠/٢٠) حيثُ قررت محكمة جنايات الكرخ في حكمها عدم شمول المحكوم عليه بقرار العفو لان ذلك يؤدي إلى سريان القانون على وقائع تمت قبل نفاذه واكتسبت الدرجة القطعية بمصادقة محكمة التمييز عليها، فقررت محكمة التمييز الاتحادية: " لدى التأمل من لدن الهيئة العامة وجد أنه وبموجب قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) رقم ٢٢٥ في ٢٠٠٢/١٠/٢٠، تم العفو عفواً عاماً عن جميع المدانين سواء المحكوم عليهم بالإعدام أو السجن المؤبد أو المؤقت أو الحبس وسواء أكانت الإحكام غيابية أم حضورية اكتسبت الدرجة القطعية أم لم تكتسب، باستثناء جرائم القتل التي لم يقع الصلح فيها مع ذوي المجني عليهم، ولان القرار المذكور لم يحدد فترة زمنية للتنازل، لذا تقرر نقض كافة القرارات وإعادة الدعوى إلى محكمة جنايات الكرخ للسير فيها على وفق أسباب النقض" [٣].

---

[١] د. هشام محمد البدري، الأثر الرجعي والأمن القانوني، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٥، ص٥.

[٢] د.أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات – القسم العام، ط٦، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٥، ص١٥٩.

[٣] قرار محكمة التمييز الاتحادية العدد (٨١٨/ ٨١٩/هـ ع/ ٢٠١٢) في ٢٠١٣/١/٣٠.

(منشور لدى سلمان عبيد عبد الله، المبادئ في قرارات الهيئة الموسعة والهيئة العامة في محكمة التمييز الاتحادية، القسم الجنائي، ج٣، الناشر صباح صادق جعفر، بغداد، ٢٠١٤، ص٨١).

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

مما تجدر الإشارة إليه أن مبدأ عدم رجعية القانون الجنائي على الماضي ليس مبدأ مطلقاً بل ترد عليه بعض الاستثناءات التي لا تشكل أي أخلال بمبدأ الأمن القانوني، بل على العكس من ذلك تسهم بدورها في تحقيق الأمن القانوني، ومنه القانون التفسيري، والنص الصريح، والقانون الاصلح للمتهم [١].

(٣) - تقييد القاضي بقواعد معينة في التفسير الجنائي:

يراد بتفسير النص القانوني البحث عن المعاني الحقيقية التي يقصدها المشرع من وراء النص الذي يبدو غامضاً ويجعله صالحاً للتطبيق على نحو يحقق إرادة المشرع من تقرير هذا النص بشأن تلك المصلحة التي قصد المشرع حمايتها أو تنظيمها.

وتثار مشكلة التفسير، عادة عندما يكون النص القانوني غامضاً أو تكون صياغته مشوبة بعيب يجعل المعنى مضطرباً أو يكون حكمه متعارضاً مع حكم نص سابق، ففي مثل هذه الحالات يصبح من المتعذر تطبيق النص باطمئنان الأمر الذي يستلزم إزالة الإبهام الذي يكتنفه، ولعل السبب في حصول الغموض ببعض النصوص هو إنها ترد غالباً في مواد موجزة ومختصرة مما يؤدي احياناً إلى صعوبة فهم مضمونها الحقيقي أو تحديد حكمها بالدقة والضبط، فبواسطة التفسير يمكن الاستدلال على ما يتضمنه النص القانوني من حكم وتحديد معناه بحيث يمكن تطبيقه على الحالة التي تثار بشأنها الأشكال أو استبعاده من شمولها لعدم ظهور خضوعها لحكمه [٢]، من هنا فأن مهمة القاضي هي السعي لتحديد المعنى الذي قصده المشرع من عبارات النص ليكون صالحاً للتطبيق في ضوء واقع الحياة وظروفها [٣].

وفي ضوء ما تقدم وإذا كان لابد من تفسير النص الغامض المبهم وفي ضل وجود مبدأ الشرعية الجزائية إذ لا جريمة ولا عقوبة إلا بقانون أو سند شرعي، وذلك أن التفسير يقف حيثُ يصل إلى حدود المبدأ، فلا يجوز للتفسير أن يخرج المبدأ عن غايته في حفظ الحريات والحقوق الفردية، وإن لا يفتح الباب لتدخل القضاء في العمل التشريعي، لذا فأن التفسير الجنائي وفي ضوء مبدأ الشرعية يجب أن يلتزم بقواعد معينة، وحدود ثابتة لا يتعداها.

(٤) - حظر القياس في التجريم:

إن من أبرز الآثار المترتبة على الأخذ بمبدأ شرعية التجريم والعقاب هو حرمان القاضي الجنائي من اللجوء إلى القياس عند تطبيقه القانون وإلا أصبحت له سلطة التجريم والعقاب، ويعني ذلك أنه ليس

---

[١] للمزيد من التفصيل ينظر: د.مالك دوهان الحسن، المدخل لدراسة القانون، ج١، مطبعة الجامعة، بغداد، ١٩٧٢، ص٤٣٤.

[٢] نور فاضل مجيد الشريفي، الأنموذج القانوني للقاعدة الجنائية الموضوعية، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون، الجامعة المستنصرية، ٢٠٢١، ص٥٢.

[٣] طلال عبد حسين البدراني، مصدر سابق، ص٢١٥.

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

للقاضي إن يوقع عقوبة مقررة لفعل على متهم بفعل أخر غيره ولكنه شبيه به لاتفاقهما في العلة وإنما الأصل لا عقاب عليه بنص صريح [١].

يترتب على ما تقدم أنه إذا عرض على القاضي فعل لم يرد نص بتجريمه في قانون العقوبات، فأنه يتعين عليه تطبيقاً لمبدأ قانونية التجريم والعقاب إن يقضي بالبراءة مهما كان هذا الفعل فيه اعتداء على حق فردي أو على مصلحة عامة، والامر كذلك فيما يتعلق بالعقوبة فلا سبيل إلى فرض عقوبة غير التي قررها المشرع نوعاً ومقداراً [٢]، وهذا بدوره يعزز الامن القانوني لما فيه من استقرار للنصوص القانونية، فضلاً عن أنه يضع للأفراد حدود واضحة تفصل بين المشروع وغير المشروع من السلوكيات، فيشجعهم على سلوك السبل المشروعة وهم في مأمن من العقاب، وبالتالي فإن حظر القياس في التجريم والعقاب يمثل سياجاً واقعياً لدعامة الأمن القانوني.

ثانياً: - سريان القانون الجنائي من حيث المكان:

من المبادئ المسلم بها في التشريعات الجنائية أن لنصوص قانون العقوبات منطقة جغرافية محددة تسري عليها أحكامها، ويتحدد سريان هذا القانون على أساس أربعة مبادئ هي: مبدأ إقليمية النص الجنائي، ومبدأ شخصية النص، ومبدأ عينية النص، ومبدأ عالمية النص، ويعد مبدأ الإقليمية هو الأصل، والمبادئ الثلاثة الأخرى، هي مبادئ مكملة له، وسنسلط الضوء عليها في البيان الآتي وبالإيجاز الذي يقتضيه المقام:

(١) - مبدأ إقليمية القانون الجنائي [٣]: ويقصد به سريان أحكام قانون العقوبات على جميع الجرائم التي ترتكب على الإقليم الخاضع لسيادة الدولة، بغض النظر عن جنسية مرتكبها، وسواء نالت الجريمة المرتكبة من مصلحة الدولة صاحبة السيادة في الإقليم أم نالت من مصلحة دولة أجنبية، واستناداً لهذا المبدأ فإنَ الجريمة التي يرتكبها المواطن خارج إقليم دولته لا يطبق عليه قانونها؛ كما أن هذا المبدأ يجد

---

[١] د.علي حسين الخلف، الوسيط في شرح قانون العقوبات العراقي، ط١، مطبعة الزهراء، ١٩٦٢، ص٦٤.

[٢] مما تجدر الإشارة له أن حضر القياس وعدم الاخذ به في قانون العقوبات يقتصر على حالات التعارض مع مبدأ الشرعية، إما في حاله انتفاء التعارض جاز الالتجاء إلى القياس فيما يتعلق بإنشاء حالة من حالات عدم المسؤولية أو سبباً من أسباب الإباحة وذلك لأن التوسع في تطبيق هذه النصوص عن طريق القياس ينفع المتهم وليس فيه من خطر على الحرية الفردية وهو بذلك لا يتعارض مع هذا المبدأ. ينظر في ذلك: د.سمير عالية، شرح قانون العقوبات، المؤسسة الجامعية، بيروت، ١٩٩٨، ص٨١. د.علي حسين الخلف، المصدر السابق، ص٦٢ وما بعدها.

[٣] وقد تبنى المشرع العراقي هذا المبدأ في المادة (٦) من قانون العقوبات العراقي النافذ، قائلاً: " تسري أحكام هذا القانون على جميع الجرائم التي ترتكب في العراق، وتعتبر الجريمة مرتكبة في العراق إذا وقع فيه فعل من الأفعال المكونة لها، أو إذا تحققت فيه نتيجتها، أو كان يراد أن تتحقق فيه، وفي جميع الأحوال يسري القانون على كل من ساهم في جريمة وقعت كلها أو بعضها في العراق، ولو كانت مساهمته في الخارج، سواء كان فاعلاً أو شريكاً ".

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

مبرره في أن قانون العقوبات هو مظهر من مظاهر سيادة الدولة التي تتحدد بحدود إقليمها ولا تتعداه إلى إقليم دولة أخرى، فضلاً عن وجود أدلة الجريمة في هذا الإقليم، وعلم الجاني بقوانين الدولة التي يتواجد فيها، وتحقيقاً لفكرة الأمن القانوني ايضاً بتهدئة مشاعر السخط الاجتماعية التي أثارتها الجريمة [١].

(٢) - مبدأ عينية القانون الجنائي: طبقاً لمبدأ الإقليمية لا تخضع الجرائم الواقعة في الخارج إلى قانون العقوبات العراقي، لكن إذا كانت ماسة بكيان الدولة أو تهدد أمنها أو تخل بسمعتها، فإنها تخضع لقانونها العقابي، فلا جدال في أهمية مبدأ " الاختصاص العيني " النابعة من حرص الدولة على مصالحها الأساسية، لعدم ثقتها في اهتمام الدول الأخرى في العقاب عليها.

لذا حرص المشرع على تحديد الجرائم الماسة بالمصالح الأساسية وهي الجرائم الماسة بأمن الدولة الداخلي والخارجي، أو ضد نظامها الجمهوري وسنداتها، أو طوابعها، أو تزوير أوراقها الرسمية، أو تزوير أو تقليد وتزييف عملتها الورقية أو المعدنية، بغض النظر عن جنسية مرتكبها، وبغض النظر عن مكان ارتكابها في الخارج حتى وإن كان قانون البلد لا يعاقب عليها [٢].

(٣) - مبدأ شخصية القانون الجنائي: يقضي هذا المبدأ بمعاقبة كل شخص ارتكب جريمة في أي مكان في العالم وفقاً - لقانونه الشخصي – وهو قانون الدولة التي ينتمي إليها، وأمام محاكم الدولة التي يحمل جنسيتها، بغض النظر عن مكان وقوع الجريمة، إذ أن مبرر هذا الاختصاص يعود إلى مساس الجريمة المرتكبة في الخارج بمركز الدولة بين الدول الأخرى وإساءته إلى سمعتها، وسد منافذ الهروب من العقاب [٣]، ولا تستطيع دولته تسليمه إلى الدولة التي أرتكب الجريمة على إقليمها؛ لأن تسليم الرعايا أمر محظور، كما لا تستطيع الدولة – التي أرتكب الجريمة على إقليمها – معاقبته، قد يكون غادر إقليمها ولن يعود إليها، فضلاً عن ذلك عدم الثقة بحياد القضاء الأجنبي [٤].

(٤) - مبدأ الاختصاص الشامل: ويعني – بمبدأ عالمية النص – وجوب تطبيقه على كل جريمة من الجرائم الواردة فيه، بغض النظر عن جنسية مرتكب الجريمة ومكان ارتكابها، وجاء هذا المبدأ نتيجة تضامن الأسرة الدولية ضد الجرائم التي يستنكرها الضمير الإنساني العالمي، كجرائم الاتجار بالنساء

---

[١] د. نظام توفيق المجالي، شرح قانون العقوبات القسم العام – دراسة تحليلية في النظرية العامة للجريمة والمسؤولية الجزائية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٠، ص١٠٩.

[٢] ينظر: المادة (٩) من قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩.

[٣] د.كمال السعيد، شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات – دراسة مقارنة – دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٩، ص١١٦.

[٤] للمزيد من التفصيل ينظر: د.أحمد كيلان عبد الله و د.محمد جبار اتويه النصراوي، العدالة الجنائية في شرعية التجريم والعقاب، بحث منشور في مجلة الكوفة، ع (٤١)، ٢٠١٨، ص٢٠-٢٥.

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

والصغار والمخدرات، والتعاون الدولي ضد الجرائم التي تعطل ديناميكية الحركة الاجتماعية الدولية في تخريب أو تعطيل وسائل المخابرات والمواصلات الدولية [١].

وقد كان المشرع العراقي أول المستجيبين لنداء التعاون الدولي لمكافحة الإجرام، فأقر هذا المبدأ وأخضع الجرائم ذات الخطورة العالمية إلى قانون العقوبات العراقي، بغض النظر عن مكان وجنسية مرتكبها في المادة (١٣) وقد أوردها على سبيل الحصر، وهي تخريب أو تعطيل وسائل المخابرات والمواصلات الدولية والاتجار بالنساء أو بالصغار أو الرقيق أو المخدرات.

وهذا التحديد المنطقي والسليم لتلك الجرائم يحقق باعتقادنا مبدأ الأمن القانوني على نطاق واسع، إذا جاء بتحديدً واضحاً بعيد عن الغموض والابهام، وإلى جانب ذلك فإن الصياغة التي اعتمدها المشرع لم تحدد وجوب التجريم للفعل في مكان ارتكابه، وإنما يكفي تجريمه وفق القانون الجنائي العراقي.

الفرع الثاني

الأمن القانوني في القواعد الجنائية السلبية

تلعب القواعد السلبية في قانون العقوبات دوراً مهماً في تحقيق الأمن القانوني الجنائي، فهذه القواعد تعمل على توضيح أو تكملة القاعدة الجنائية الموضوعية، وإعطائها معناها المتكامل، وضمان التطبيق العام للحقوق والحريات، وعلى هذا النحو، فإن القواعد الجنائية السلبية تبدو لأزمة من حيث ضمان تحقق الأمن وتماسك النظام القانوني الجنائي، وتنال هذه القواعد ذات القيمة القانونية التي تنالها القواعد الجنائية الإيجابية، ولهذا فإن مخالفتها أو الخطأ في تطبيقها أو تأويلها يجعل الحكم الجنائي معرضاً للنقض والأبطال [٢].

ولعل أهم ما تؤكده القواعد الجنائية السلبية يبدو في تحديد أسباب الاباحة وموانع المسؤولية الجنائية، وموانع العقاب، **فأسباب الإباحة**، هي حالات ذات طبيعة موضوعية يتمثل دورها في إزاحة الصفة التي أسبغها نص التجريم على الفعل – أي صفة عدم الشرعية – وردّه إلى أصله، أي أن أسباب الإباحة ليست إلاّ قيوداً تحد من إطلاق نصوص التجريم بحيث تكف سلطانها عن الإمتداد إلى بعض الأفعال الخاضعة لها بحكم الأصل، بمعنى أن هذه الحالات ينتفي بسببها الركن الشرعي للجريمة، فهي تنفي عن الفعل صفة التجريم وتجعله مباحاً، بما يترتب على اباحته انتفاء المسئوليتين الجنائية والمدنية، فيصير الفعل كسائر الأفعال المباحة. وهذا يعني أن أسباب الإباحة ((تهدم الركن الشرعي)) تماماً فلا يكوّن الفعل جريمة. وقد

---

[١] د.ذنون أحمد، شرح قانون العقوبات العراقي – دراسة مقارنة، ج (١)،ط (١)، وزارة الأعلام ١٩٧٧، ص٦٢.

[٢] د.أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، مصدر سابق، ص٩٢ وما بعدها.

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

ذكر قانون العقوبات العراقي أسباب الإباحة والاعتقاد خلافا للحقيقة أو (الغلط) الذي يتعلق بها في المواد (٣٩-٤٦) بصفتها تطبيقات لأسباب الإباحة والغلط فيها وردت في حالات: أداء الواجب، واستعمال الحق، والدفاع الشرعي فحسب، من دون وضع قاعدة عامة تحكم ذلك.

أما موانع المسؤولية، فهي حالات ذات طبيعة شخصية لا تتعلق بالركن الشرعي للجريمة وإنما تتعلق بركنها المعنوي، فهي لا تبيح الفعل وإنما تمنع مسؤولية الفاعل ويظل الفعل مجرّما، فهو يرتكب بفعله جريمة كسائر الجرائم إلاّ أن الفاعل لحظة ارتكابه هذه الجريمة لا يكون عاقلاً مدركاً، أو لا يكون حراً مختاراً، فإما أن يكون مجنوناً أو صغيراً أو في حالة سكر أو إغماء، وإما أن يكون مكرهاً أو مضطراً. بمعنى أن موانع المسؤولية تتعلق بالفاعل فتؤثر في مسؤوليته ولكنها لا تؤثر في قيام الجريمة وبقائها قائمة، وهذا يعني أن موانع المسؤولية ((تهدم الركن المعنوي للجريمة)) فقط، إذ هي ترد على ((الإرادة)) فتجردها من صفتها المدركة والمختارة التي لا تكون محل اعتبار القانون ولومه إلا بهما. وقد ذكر قانون العقوبات العراقي موانع المسؤولية في المواد (٦٠-٦٥)، من دون إشارة إلى حالة الغلط التي يمكن أن ترد على هذه الموانع[١].

أما عن موانع العقاب، أو ما يطلق عليها الأسباب المؤثرة في العقوبة وهذه الأسباب لا تتعلق بالركن الشرعي أو المعنوي للجريمة، بل تتعلق بضرورات اجتماعية أجدر بالتحقيق من العقوبة، وتتعلق بمراعاة ظروف المجرم أو الجريمة، أو ينظر فيها لخطورة المجرم وجسامة جريمته، فسندها المنطقي إذاً هو في " المنفعة الاجتماعية " التي تحدد سياسة التجريم والعقاب [٢].

المطلب الثاني

نطاق تطبيق الأمن القانوني في القواعد الجزائية الإجرائية

لا يكتمل بنيان الأمن القانوني للنص الجنائي بإقرار الشرعية الجزائية فحسب، بل إن تكامل هذا البنيان يقتضي إقرار الشرعية الإجرائية، لكون النص العقابي يبقى في دائرة السكون حتى تأتي الإجراءات الجنائية فتنقله إلى حيز الحركة أو التطبيق. فهذا الانتقال يكشف من مدى الاتحاد بين شق التجريم (لا جريمة) وبين شق العقاب (لا عقوبة) وهما المكونين للشرعية الجزائية، فمهما نجح المشرع في حماية المصالح عند وضع نصوص قانون العقوبات، فإن هذا النجاح يبقى محصوراً في دائرة ضيقة ما لم يُنظمه

[١] د.مجيد خضر السبعاوي، نظرية الغلط في قانون العقوبات المقارن، ط١، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١٣، ص٣٣٦.

[٢] د.جلال ثروت، نظم القسم العام في قانون العقوبات، دار الهدى للمطبوعات، مصر، ١٩٩٩، ص٢٢٧.

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

المشرع تنظيماً إجرائياً فعالاً. وبهذا، فإننا أمام حالة من التكامل بين شقي القانون الجنائي الموضوعي والإجرائي من خلال العلاقة التي تربط بينهما، ومن ثم فانه يتوقف على قيام هذا التكامل تحقق الأمن القانون الجنائي.

ولتوضيح ذلك نقول، إن قانون أصول المحاكمات الجزائية يعمل على تحقيق وظيفتين، فإذا كانت الوظيفة التقليدية لهذا القانون تتمثل في الكشف عن الجرائم وملاحقة المجرمين بشكل فعال إلا أنه يجب عدم إغفال الوظيفة الأخرى لهذا القانون والتي تتمثل في عدم الإيقاع بالأبرياء أو النيل من حرياتهم بذريعة أداء الوظيفة الأولى وبناءً على ذلك، نجد أن أوضح مصاديق الأمن القانوني الجنائي تتجلى بالوظيفة الثانية التي يؤديها قانون أصول المحاكمات الجزائية، فيجب أن تضمن نصوص هذا القانون عدم الإيقاع بالأبرياء أو النيل من حرياتهم بذريعة الكشف عن الجرائم وملاحقة المجرمين، فمن هذا المنطلق اقتضى الأمر أن يمتد نطاق الأمن القانوني الجنائي ليشمل القانون الجنائي بشقيه الموضوعي والإجرائي، فلا يمكن تصور تجزئة هذا الأمن، فيتحقق في قانون العقوبات دون الأصول الجزائية أو بالعكس، فهو أما أن يتحقق بمعرفة الأفراد بأحكام القانون الجنائي واقتناعهم بها وشعورهم بمصداقيتها فتتولد لديهم الثقة بقواعد هذا القانون، وأما أن لا يتحقق هذا الأمن فتسود حالة من الشك والتردد والريبة، فلا يصبح الأفراد معها في مأمن من تعسف القانون وانحراف تطبيقه.

ويعد مبدأ الشرعية الإجرائية صمام أمان الأمن القانوني الذي يجب أن يراعيه المشرع الجنائي عند حماية الحرية الشخصية للفرد، وبدون هذا التوازن لن تتحقق حماية الحرية وحقوق الانسان بوصفها أساساً للشرعية الإجرائية، التي بدورها تكفل حقوق الافراد وحرياتهم منذ تحريك الدعوى الجزائية إلى مرحلة الحكم الفاصل في الدعوى واكتسابه لدرجته القطعية، وهو يقوم على شقين أساسيين: الأول: قرينة البراءة وهي مقررة في بداية كل النصوص (المتهم بريء)، والثاني: المحاكمة القانونية العادلة وهي مقررة في عجز كل النصوص (حتى تثبت ادانته بمحاكمة قانونية عادلة)، فجوهر الأمن القانوني في إقرار الشرعية الإجرائية، يقوم على أساس توفير ضمانات المحاكمة العادلة للمتهم، فمن خلال هذين الاعتبارين يتجسد الأمن القانوني الجنائي، ونستعرض فيما يلي لكل من الاعتبارين المذكورين:

الاعتبار الأول: قرينة البراءة: تعد البراءة حجر الزاوية للعدالة الجنائية في العصر الحديث، ذلك انه إذا كان صحيحاً أن مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات هو دستور قانون العقوبات، فإنه من الصحيح أيضا أن قرينة البراءة هي دستور قانون الإجراءات الجنائية، وتتفرع عنها سائر القواعد التي يقوم عليها هذا

القانون، بعبارة أخرى، تعد البراءة ركناً أساسيا من أركان الشرعية الإجرائية، وتمثل درعاً يحول دون الحيف بحقوق الإنسان وضماناته أثناء نظر الدعوى [١].

والبراءة تعني ان المتهم بجريمة – مهما بلغت جسامتها ومهما كانت خطورته – يعد بريئاً حتى تثبت إدانته قانوناً وان يعامل على هذا الأساس طيلة المدة التي يستغرقها نظر الدعوى الجنائية والفصل فيها [٢].

لذلك ولأهمية هذا المبدأ كعنوان من عناوين الحرية جعله مبدأً أصيل وراسخ تبنته العديد من المواثيق والمؤتمرات الدولية التي تعنى بكرامة الإنسان وحرياته [٣]، كما إن أصالة هذا المبدأ وأهميته جعلت غالبية الدول تتجه نحو تضمين هذا المبدأ في تشريعاتها الداخلية وخاصة دساتيرها رغبة منها في إسباغ الصفة العلوية لهذا المبدأ لجعله كقاعدة دستورية، وهذا كان مسلك المشرع الدستوري العراقي سواء في الدساتير السابقة لعام (٢٠٠٣)، وكذلك الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ وذلك في الفقرة خامساً من المادة (١٩) منه والتي تنص على أنه : ((المتهم بريء حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونية عادلة ...)) .

كما أن التوقع المشروع كمرتكز من مرتكزات الأمن القانوني الجنائي يعني ايضاً أن البراءة ليست هي حالة الشخص الذي لم يصدر ضده حكم بالإدانة فحسب، بل هي ايضاً حالة الشخص الشريف الذي لم يرتكب أعمالاً أو تصرفات تتنافى مع القيم والأخلاق السائدة في المجتمع، وان لم تقع تحت أي نص تجريمي، فيقال مثلاً " فلان يتسم بالبراءة ومن غير المتصور ان يرتكب مثل هذه الأفعال " هذا المضمون لأصل البراءة يتسق مع النظرة الاجتماعية لإمكانية التوقع [٤].

---

[١] مصطفى فهمي الجوهري، "الوجه الثاني للشرعية الجنائية "قرينة البراءة"، دار الثقافة الجامعية، القاهرة، ١٩٨٦، ص٩.

[٢] د.مصطفى يوسف، الحماية القانونية للمتهم في مرحلة التحقيق، دار النهضة العربية، مصر – القاهرة، ٢٠٠٧، ص ٦٥.

[٣] ومن أبرزها نص المادة (٩٩) من إعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي لسنة (١٨٧٩)، والمادة (١١ / ١) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام (١٩٤٨)، والمادة (٦) من الإتفاقية الأوربية لحماية حقوق الإنسان وحرياته الأساسية لسنة (١٩٥٠)، والمادة (٦ / ٢) من الإتفاقية الأوربية لحماية حقوق الإنسان وحرياته الأساسية لسنة (١٩٥٠)، والمادة (١٤) من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية عام (١٩٦٦)، وكذلك المادة (١٤ / ٢) من الإتفاقية الدولية للحقوق المدنية والسياسية لعام (١٩٦٦)، هذا ما يخص المواثيق الدولية إما ما يخص المؤتمرات فكان أبرزها المؤتمر الدولي للطب الشرعي المنعقد في لوزان عام ١٩٤٥، والمؤتمر الثاني للدفاع الاجتماعي المنعقد في ليبيج عام (١٩٤٩)، ومؤتمر تولوذ عام (١٩٥٠)، والمؤتمر الدولي السادس لقانون العقوبات المنعقد في روما (١٩٥٣)، وكذلك مؤتمر الأمم المتحدة لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين في تورينو عام (١٩٧٥)، و مؤتمر خبراء العرب المنعقد في المعهد الدولي للدراسات العليا في العلوم الجنائية في سيراكوزا عام (١٩٨٥).

[٤] براء أحمد محمد، البراءة في القانون الجنائي، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠٥، ص٣٩.

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

ويبدو تحقق الأمن القانوني بالنسبة لقرينة البراءة في أن النظام الجنائي يعرض بطبيعته الحريات للخطر، سواء عندما تباشر الدولة سلطتها في التجريم والعقاب أو عند مباشرتها الخصومة الجنائية والتنفيذ العقابي. وخشية التحكم في مباشرة هذه السلطات وتجاوزها القدر الضروري للدفاع عن المجتمع، والتي تكشف بوضوح إلى أي مدى لا يمكن المساس بمضمون الحقوق وجوهرها مهما طالت يد المشرع بالتجريم والعقاب، تحتم توفير الضمانات للفرد، لحماية حريته من خطر التحكم وتجاوز السلطات على حقوقه، ويبدو هذا المعنى أكثر وضوحاً في " أصل البراءة " فينعكس بضماناته على سائر القواعد الإجرائية.

الاعتبار الثاني: ضمانات المحاكمة القانونية العادلة: ويراد بها " إمكانية مقاضاة المتهم بشأن الاتهام الموجه إليه امام محكمة مستقلة محايدة منشأة بحكم القانون قبل اتهامه طبقاً لإجراءات علنية يتاح له من خلالها الدفاع عن نفسه مع تمكينه من مراجعة الحكم الصادر ضده من قبل قضاء أعلى درجة من المحكمة التي حكمت عليه " [١]، فهي توفر للمتهم الضمانات التي تمكنه من الدفاع عن نفسه، من خلال حقه في الدفاع والذي كفلته له الإعلانات والعهود الدولية، وهذا يتم من خلال احاطة المتهم علماً بالتهمة المنسوبة إليه، وتمكينه من الرد على الأدلة المقدمة ضده، وكذلك استعانته بمحامٍ للدفاع عنه، كما أن لعلنية جلسات المحاكمة دور بارز في المحاكمة العادلة، فاطلاع الجمهور على ما يجري من مناقشات هو على حد وصف اللجنة المعنية بحقوق الإنسان على أن " علنية جلسات المحكمة شرط وقائي مهم يخدم مصلحة الفرد ومصلحة المجتمع عموماً " ، كما أن استقلال القضاء عنصر أساسي ومهم في تحقيق عدالة وضمانة في نفي التهمة عن المتهم، ويحقق الثقة في حكم المحكمة بالإدانة، فالقضاء الغير مستقل يزعزع ثقة الإفراد عموماً في السلطة القضائية وما يصدر عنها من أحكام [٢]، كما تمثل سرعة الفصل في الدعوى وليس التسرع في الفصل فيها هو ضمانة للمتهم من التعسف في الإجراءات لان الزمن عامل مهم في تحقيق العدالة [٣].

كما ان المساس بالحريات الشخصية عن طريق الإجراءات الجنائي يجب أن تأتي بقواعد قانونية متوافقة مع قيم المجتمع الراسخة في ضمير أفراده وقناعاتهم [٤].

---

[١] عمر فخري عبد الرزاق، حق المتهم في محاكمة عادلة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٥، ص٣٩.

[٢] ميثاق غازي، الأمن القانوني الجنائي، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون، جامعة تكريت، ٢٠١٩، ص٧٥.

[٣] د. أحمد فتحي سرور، الشرعية الدستورية وحقوق الانسان في الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣، ص٢١١.

[٤] لذلك نجد– مثلا – ان المشرع الجنائي في قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم(٢٣) لسنة ١٩٧١ المعدل يقرر في المادة (٩) منه على عدم جواز تفتيش الانثى الا بواسطة انثى، بنصه على انه:(اذا كان المراد تفتيشه انثى فلا يجوز تفتيشها

أن الأمن القانوني الجنائي أصبح يقتضي الذهاب إلى أبعد من المحاكمة العادلة والتي تتوفر فيها كل الضمانات السابقة، فلم يعد مقبولاً القول بالمحاكمة العادلة بل أن الأمن القانوني الجنائي يوجب القول بالمحاكمة المنصفة، والأخيرة تقتضي الموازنة الفاعلة بين ما يتمتع به المتهم من ضمانات وبين التطبيق الفعلي لهذه الضمانات [١].

وتعرف المحاكمة المنصفة بأنها " كافة الإجراءات التي تنعقد بها الخصومة الجنائية بضمانات معينة تكفل حماية الحرية الشخصية للمتهم وحقوقه " [٢].

الأمر الذي يعني أن المحاكمة المنصفة هي التي تتوفر فيها لأطراف الخصومة الجنائية الضمانات المقررة نصاً وروحاً، منذُ بدء الخصومة الجنائية إلى انتهائها باكتساب الحكم الفاصل فيها الدرجة القطعية.

وبذلك تتحقق فاعلية العدالة الجنائية فيسود المجتمع الأمن والاستقرار، ويتحقق للعدالة الجنائية ذاتها القبول من أفراد المجتمع طالما تأكدت الإدانة من خلال محاكمة عادلة يكفل للمتهم خلالها ضمانات الدفاع عن نفسه، فتحقق الأمن القانوني الجنائي في النصوص الإجرائية يعني أن تبتعد الإجراءات الجزائية المحددة في تلك النصوص عن العسف فيها بأن تكون محددة وبسيطة؛ لأن القول بخلاف ذلك يؤدي إلى انتهاك الحقوق والحريات الفردية، وقد يؤدي إلى إحباط صاحب الحق وقد يحمله على ترك المطالبة بحقه إذا قام لديه شك أو تردد بنجاعة هذه الإجراءات في استحصال حقه أو دفع مظلمة عن نفسه.

والأمن القانوني الجنائي في هذه الحالة يعني الحماية التي يوفرها التشريع والنظام القانوني للأفراد ضد الإجراءات التعسفية التي قد تقوم بها السلطات العامة في الدولة، وضمان معاملة هذه السلطات للإفراد بشكل متساوٍ بغض النظر عن مكانتهم الاجتماعية أو أصلهم، وذلك عند اتخاذها للإجراءات الجزائية بحقهم.

الا بواسطة انثى يندبها لذلك القائم بالتفتيش بعد تدوين هويتها في المحضر). مراعيا بذلك القواعد الراسخة في شعور المجتمع، ومحققاً بذلك اقتناع الافراد بهذه القواعد وشعورهم بمصداقيتها، وبذلك يتحقق الأمن القانوني بها.

[١] ميثاق غازي، مصدر سابق، ص٧٥.

[٢] د. مصطفى يوسف، أصول المحاكمة الجنائية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠١١، ص١٤٥.

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

Al-Mostansiriyah journal for arab and international studies

الخاتمة Conclusion

بعد أن انتهينا، وبتوفيق الله تعالى من بحث موضوع (مبدأ الأمن القانوني في القانون الجنائي) وبسطنا مفردات موضوع بحثنا هذا على بساط البحث والدراسة، توصلنا إلى جملة من الاستنتاجات والمقترحات، يمكن إجمالها بالآتي:

أولاً: الاستنتاجات:

١. توصلنا إلى أن الأمن القانوني يعد ركيزة مهمة من ركائز مبدأ الشرعية الجنائية، لما يوفره من حماية للحقوق والحريات الفردية، فمن خلال الأمن القانوني تتحقق أهداف القانون ذاته من عدالة واستقرار ومساواة، وأن أي خلل يترتب على هذا الأمر يعني بالضرورة الخروج عن الشرعية الجنائية، وهذا يعني أنه كلما كان التشريع الجنائي مرتبطاً بفلسفة الدستور، وكلما راعى المشرع القيم العالمية والمبادئ العامة للقانون الجنائي كلما كان أكثر اتساقاً مع مقومات الأمن القانوني.

٢. يمثل حظر القياس في التجريم والعقاب سياجاً واقعياً لدعامة الأمن القانوني، لما فيه من استقرار للنصوص القانونية، فضلاً عن أنه يضع للأفراد حدود واضحة تفصل بين المشروع وغير المشروع من السلوكيات، فيشجعهم على سلوك السبل المشروعة وهم في مأمن من العقاب.

٣. يمثل مبدأ عدم رجعية القانون ضرورة من الضرورات التي تحقق الاستقرار والأمن القانوني الجنائي، إذ أن توجيه الخطاب القانوني إلى الماضي يؤدي إلى عدم إستقرار القانون الجنائي، وعدم توفير ضمانة أساسية لصون حقوق الانسان.

٤. يبدو تحقق الأمن القانوني بالنسبة لقرينة البراءة في أن النظام الجنائي يعرض بطبيعته الحريات للخطر، سواء عندما تباشر الدولة سلطتها في التجريم والعقاب أو عند مباشرتها الخصومة الجنائية والتنفيذ العقابي. وخشية التحكم في مباشرة هذه السلطات وتجاوزها القدر الضروري للدفاع عن المجتمع، والتي تكشف بوضوح إلى أي مدى لا يمكن المساس بمضمون الحقوق وجوهرها مهما طالت يد المشرع بالتجريم والعقاب، تحتم توفير الضمانات للفرد، لحماية حريته من خطر التحكم وتجاوز السلطات على حقوقه، ويبدو هذا المعنى أكثر وضوحاً في " أصل البراءة " فينعكس بضماناته على سائر القواعد الإجرائية.

٥. أن الأمن القانوني الجنائي أصبح يقتضي الذهاب إلى أبعد من المحاكمة العادلة والتي تتوفر فيها كل الضمانات السابقة، فلم يعد مقبولاً القول بالمحاكمة العادلة بل أن الأمن القانوني الجنائي يوجب القول بالمحاكمة المنصفة، والأخيرة تقتضي الموازنة الفاعلة بين ما يتمتع به المتهم من ضمانات وبين التطبيق الفعلي لهذه الضمانات.

ثانياً: المقترحات:

١. ندعو القائمين على اعداد مشروعات القوانين ومقترحات القوانين أن يركزوا على معايير الأمن القانوني لاسيما فيما يتعلق بصياغة القوانين الجنائية الإجرائية، لأن عدم الاعتداد بذلك يعني عدم جودة النصوص الجنائية وتضخم التشريع الجنائي، وبالنتيجة شيوع الشك والارتياب وعدم الثقة في النظام القانوني الجنائي، وعسر فهم واستيعاب القانون لدى المخاطبين به.بما أن الشروط الموضوعية لإمكانية العقاب تطبيقات للجريمة ولاحقه على اكتمال عناصرها التكوينية، فالقانون يتطلبها لا لكي يتوفر للجريمة كيانها القانوني، بل لتطبيق العقوبة المقررة لها، لذا نقترح على المشرع الجنائي إخراجها من الأنموذج القانوني، وذلك بإيراد تعريفاً له في القسم العام من قانون العقوبات لأزالة كل لبس أو خلط في هذا الشأن.

٢. كما نقترح، على وجه التحديد واستكمالاً للمقترح السابق، الاعتداد بالموازنة التشريعية بين شقي القاعدة الجنائية الموضوعية (شق التجريم وشق الجزاء) لتحقق المنطق القانوني السليم في بناء سياسة جنائية رشيدة، فالتشريع السليم يقوم على التناسب في مجال سياسة التجريم، فهو من أهم المبادئ التي تحقق الأمن القانوني الجنائي الذي يقتضي قدر من التوافق بين درجة إيلام العقوبة والجريمة المرتكبة.

٣. ندعو المشرع الجنائي إلى عدم الإسراف في استخدام القانون الجزائي بغير الضرورة، وتبني سياسة جزائية سديدة، قوامها الاستعمال العقلاني والحكيم لسلاح التجريم والعقاب، وحصر التدخل به في أضيق الحدود بحيث يصبح الجزاء الجنائي آخر وسيلة للضبط الاجتماعي ضد ظاهرة الجريمة، حتى يكون الأفراد في مأمن من مخاطر القوانين الجزائية وبالتالي تزايد نسبة الأمن القانوني الجنائي.

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

المصـــــــادر References

أولاً: الكتب القانونية:

١. احمد عبد الحسيب عبد الفتاح السنتريسي، العدالة التشريعية في ضوء فكرة التوقع المشروع، الطبعة الاولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١٧.

٢. د. أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، الطبعة الثانية، دار الشروق، القاهرة، ٢٠٠٠.

٣. _____، الشرعية الدستورية وحقوق الانسان في الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣.

٤. _____، القانون الجنائي الدستوري، الطبعة الثانية، دار الشروق، القاهرة، مصر،٢٠٠٢.

٥. _____، الوسيط في قانون العقوبات – القسم العام، ط٦، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٥.

٦. د. بكري يوسف بكري محمد، قانون العقوبات، القسم العام، النظرية العامة للجريمة، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، ٢٠١٣.

٧. بهاء الدين إبراهيم، عصمت عدلي، طارق إبراهيم الدسوقي، حقوق الانسان بين التشريع والتطبيق، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٨.

٨. بوزيد صبرينة، الأمن القانوني لأحكام قانون المنافسة، ط١، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، ٢٠١٨.

٩. د. جلال ثروت، نظم القسم العام في قانون العقوبات، دار الهدى للمطبوعات، مصر، ١٩٩٩.

١٠. جون بيليس وستيف سميث، عولمة السياسة العالمية، ترجمة ونشر المركز الخليج للأبحاث الطبعة الأولى، دبي – الامارات العربية المتحدة، ٢٠٠٤.

١١. د. حامد شاكر محمود الطائي، العدول في الاجتهاد القضائي، الطبعة الأولى، المركز العربي للنشر والتوزيع، بغداد، ٢٠١٨.

١٢. د. ذنون أحمد، شرح قانون العقوبات العراقي – دراسة مقارنة، ج (١)،ط (١)، وزارة الأعلام ١٩٧٧.

١٣. سلمان عبيد عبد الله، المبادئ في قرارات الهيئة الموسعة والهيئة العامة في محكمة التمييز الاتحادية، القسم الجنائي، ج٣، الناشر صباح صادق جعفر، بغداد،٢٠١٤.
١٤. سلمان عبيد عبد الله، المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية – القسم الجنائي، ج٢، الناشر جعفر صادق الانباري، بغداد، ٢٠٠٩.
١٥. د. سمير عالية، شرح قانون العقوبات، المؤسسة الجامعية، بيروت، ١٩٩٨.
١٦. د. سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشاة المعارف بالإسكندرية، ١٩٩٩.
١٧. د. عبد الرحمن توفيق أحمد، شرح قانون العقوبات، القسم العام، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ٢٠١٢.
١٨. د. عبد الفتاح مصطفى الصيفي وجلال ثروت، القسم العام في قانون العقوبات، المجلد الأول، بدون ذكر مكان الطبع، ٢٠٠٥.
١٩. د. علي حسين الخلف، الوسيط في شرح قانون العقوبات العراقي، ط١، مطبعة الزهراء، ١٩٦٢.
٢٠. د. علي عبد القادر القهوجي، شرح قانون العقوبات – القسم العام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٢.
٢١. د. عمر فخري عبد الرزاق، حق المتهم في محاكمة عادلة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٥.
٢٢. د. كمال السعيد، شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات – دراسة مقارنة – دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٩.
٢٣. د. مازن ليلو راضي، حماية الأمن القانوني في النظم القانونية المعاصرة، الطبعة الاولى، المركز العربي للنشر والتوزيع، ٢٠٢٠.
٢٤. د. مالك دوهان الحسن، المدخل لدراسة القانون، ج١، مطبعة الجامعة، بغداد، ١٩٧٢.
٢٥. د. مأمون محمد سلامه، قانون العقوبات – القسم العام، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٩.
٢٦. د. مجيد خضر السبعاوي، نظرية الغلط في قانون العقوبات المقارن، ط١، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١٣.
٢٧. د. محمد سعيد جعفور، مدخل الى العلوم القانونية، الوجيز في نظرية القانون، دار هومة، الجزائر، ٢٠٠٤.

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

٢٨. د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات – القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٩.

٢٩. د. مصطفى فهمي الجوهري، "الوجه الثاني للشرعية الجنائية "قرينة البراءة"، دار الثقافة الجامعية، القاهرة، ١٩٨٦.

٣٠. د. مصطفى يوسف، الحماية القانونية للمتهم في مرحلة التحقيق، دار النهضة العربية، مصر – القاهرة، ٢٠٠٧.

٣١. د. نظام توفيق المجالي، شرح قانون العقوبات القسم العام – دراسة تحليلية في النظرية العامة للجريمة والمسؤولية الجزائية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٠.

٣٢. د. هشام محمد البدري، الأثر الرجعي والأمن القانوني، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٥.

ثانياً: البحوث والمقالات:

٣٣. د. أحمد كيلان عبد الله و د. محمد جبار اتويه النصراوي، العدالة الجنائية في شرعية التجريم والعقاب، بحث منشور في مجلة الكوفة، ع (٤١)، ٢٠١٨.

٣٤. د. حسين احمد مقداد، مبدأ الأمن القانوني كأساس لعمل القاضي الدستوري – دراسة تأصيلية مقارنة، بحث منشور في مجلة حقوق حلوان للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد (٢٩)، ٢٠١٣.

٣٥. د. رفعت عيد سيد، مبدأ الأمن القانوني – دراسة تحليلة في ضوء أحكام القضاء الإداري والدستوري، بحث منشور في مجلة أتحاد الجامعات العربية للدراسات والبحوث القانونية، العدد (٣٤)، ٢٠١٣.

٣٦. زكرياء العماري، ترجع الأمن القانوني للقاعدة العقابية في القانون الجنائي، بحث منشور في مجلة القضاء التجاري، س (٥)، ع (١٠)، ٢٠١٨.

٣٧. د. شورش حسن عمر و خاموش عمر عبد الله، أثر الحكم الصادر من القضاء الدستوري على مبدأ الأمن القانوني، مجلة الحقوق، الجامعة المستنصرية – كلية القانون، المجلد الخامس، العدد (٣١)، ٢٠١٧.

٣٨. د. عبد المجيد غميجة، مبدأ الأمن القانوني وضرورة الأمن القضائي، بحث منشور في مجلة الملحق القضائي، العدد (٤٢)، ٢٠٠٩.

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

٣٩. عبد المجيد لخذاري وفطيمة بن جدو، الأمن القانون والأمن القضائي، بحث منشور في مجلة الشهاب، جامعة الوادي – معهد العلوم الاسلامية، جوان، ٢٠١٨، العدد (٢)، المجلد (٤).

٤٠. د. محمد رشيد حسن و سيروان عثمان فرج، تضخم القواعد القانونية الجزائية كعارض من عوارض تحقيق الأمن القانوني، بحث منشور في مجلة دراسات قانونية وسياسية، السنة (السابعة)، العدد (٢)، ٢٠١٩.

٤١. د. محمد محمد عبد اللطيف، مبدأ الأمن القانوني، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنصورة – كلية الحقوق، العدد (٣٦)، ٢٠٠٤.

٤٢. د. منصور حاتم محسن، رهن المنقول المادي دون حيازة، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد (١)، السنة (٩)، ٢٠١٧.

٤٣. محمد منير حساني، احترام الثقة المشروعة كمبدأ عام للقانون، مداخلة في ملتقى وطني تحت عنوان " احترام التوقعات القانونية " جامعة قاصدي مرباح – ورقلة الجزائر سلسلة خاصة بالملتقيات والندوات، ٢٠١٦.

٤٤. نور الدين مناني، التدابير الاحترازية ودورها في تحقيق الأمن القضائي، بحوث منشورة في مخبر الدراسات الفقهية والقضائية، القسم الاول، الطبعة الاولى، جامعة الوادي، الجزائر، ٢٠١٥.

٤٥. د. وليد محمد الشناوي، الأمن القانوني ومبادئ سن القانون الجيد، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق – جامعة المنصورة، العدد (٥٦)، ٢٠١٤.

ثالثاً: الرسائل والأطاريح الجامعية:

١. أحمد جابر صالح أحمد، اليقين القانوني الجنائي، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون، جامعة كربلاء، ٢٠١٩.

٢. أوراك حورية، مباديء الأمن القانوني في قانون الجزائري وإجراءاته، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، سعيد حمدين، جامعة الجزائر، ٢٠١٨.

٣. باسم عبد الزمان مجيد الربيعي، نظرية البنيان القانوني للنص العقابي، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانونـ، جامعة بغداد، ٢٠٠٠.

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

٤. براء أحمد محمد، البراءة في القانون الجنائي، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠٥.
٥. زموري صافية و عزيزي خديجة، الأمن القانوني ودوره في تشجيع الاستثمار، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجيلالي بونعامة – خميس مليانة، الجزائر، ٢٠١٩.
٦. زينة عبد الجليل عبد، ذاتية التجريم والعقاب في القوانين الخاصة – دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠١٩.
٧. طلال عبد حسين البدراني، الشرعية الجزائية – دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون، جامعة الموصل، ٢٠٠٢.
٨. لقاء عبد السادة جالي، الأمن القانوني للمكلف الضريبي – دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون، الجامعة المستنصرية، ٢٠٢٠.
٩. ليث عبد الرزاق الانباري، فكرة الأمان القانوني ودورها في تنازع القوانين – دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون – جامعة بغداد، ٢٠١٧.
١٠. ميثاق غازي، الأمن القانوني الجنائي، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون، جامعة تكريت، ٢٠١٩.
١١. نور فاضل مجيد الشريفي، الأنموذج القانوني للقاعدة الجنائية الموضوعية، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون، الجامعة المستنصرية، ٢٠٢١.

رابعاً: الدساتير والقوانين:

١. دستور جمهورية العراق لعام ١٩٧٠ الملغى.
٢. دستور جمهورية العراق النافذ لسنة ٢٠٠٥.
٣. قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١ المعدل
٤. قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ المعدل النافذ.
٥. قانون العقوبات الفرنسي النافذ لسنة ١٩٩٢.
٦. القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل النافذ.
٧. القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨.

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

خامساً: المواثيق والمؤتمرات الدولية:

١. الاتفاقية الأوربية لحماية حقوق الإنسان وحرياته الأساسية لسنة (١٩٥٠).
٢. الاتفاقية الدولية للحقوق المدنية والسياسية لعام (١٩٦٦).
٣. الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام (١٩٤٨).
٤. إعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي لسنة (١٨٧٩).
٥. العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية عام (١٩٦٦).
٦. مؤتمر الأمم المتحدة لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين في تورينو عام (١٩٧٥).
٧. المؤتمر الثاني للدفاع الاجتماعي المنعقد في ليبيج عام (١٩٤٩).
٨. المؤتمر الدولي السادس لقانون العقوبات المنعقد في روما (١٩٥٣).
٩. المؤتمر الدولي للطب الشرعي المنعقد في لوزان عام (١٩٤٥)
١٠. مؤتمر تولوذ عام (١٩٥٠).
١١. مؤتمر خبراء العرب المنعقد في المعهد الدولي للدراسات العليا في العلوم الجنائية في سيراكوزا عام (١٩٨٥).

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

خصوصية مبدأ الامن القانوني في حماية المصارف المتعثرة من الافلاس

م.م سارة جاسم داود
قسم القانــون / كلية المنصور الجامعة

الملخص :

أدت الازمة المالية العالمية وما استتبعها من المتغيرات الاقتصادية والمالية الى تعثر العديد من المصارف في مختلف دول العالم . وعلى هذا الاساس فقد لجأت العديد من الدول ومن خلال تشريعاتها وانظمتها القانونية الى وضع حلول ومقترحات تدعو للاصلاحات التنظيمية والقانونية في معظم الانظمة المصرفية ، لحماية النظام المصرفي وتعزيز الاستقرار المالي والحفاظ على الوظائف المالية الاساسية.

وقد ذهبت العديد من التشريعات الى ابتكار آليات قانونية لتسوية اوضاع المصارف المتعثرة ، ونظمت اطارها القانوني . حيث يتم اختيار الآلية الملائمة من بين الاجراءات التي حددها القانون وفقاً لما يلائم درجة تعثر المصرف .

والهدف من اختيار هذه الآليات هو تجاوز مرحلة التعثر المالي للمصرف ، وفي الخصوص عدم تعطيل الحركة الاقتصادية ، على اعتبار ان المصارف تعتبر العمود الفقري للنشاط الاقتصادي ، لما تحظى به من ثقة المتعاملين معها من المودعين والمستثمرين بوجه عام ، ومن ثم فإنه بمجرد حدوث تعثر للمصرف ستنهار هذه الثقة ، مما يؤثر سلباً على مختلف جوانب الحياة ، سواء من جانب عزوف المستثمرين والمودعين وبالتالي تقوض ثقة الجمهور في القطاع المصرفي ، او من جانب تعطيل الحركة الاقتصادية .

وعلى هذا الاساس فإن ايجاد آليات قانونية لتسوية اوضاع المصارف المتعثرة ، ستسهم في معالجة حالات التعثر والنهوض بالمصرف المتعثر من جديد وايضاً حماية لمصالح المودعين والمستثمرين وتجنب التصفية التي يمكن ان يكون لها عواقب وخيمة .

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

Abstract:

The global financial crises and consequent economic and financial variables have led to the falter of many banks in various countries of the world. On this basis many countries through their legislation and legal systems have resorted to developing solutions and proposals calling for regulatory and legal reforms in most banking systems to protect the banking system enhance financial stability and maintain basic financial functions.

Many legislation have gone on to devise legal mechanisms to settle the situation of troubled banks and have organized their legal framework where the appropriate mechanism is chosen from among the procedures specified by the law according to suits the degree of bank default.

The aim of choosing these mechanisms is to overcome the stage of financial default of the bank and in particular not to disrupt the economic movement as bank are the backbone of economic activity because they enjoy from the confidence of their customers depositors and investors in general thus once the bank defaults this confidence will collapse which negatively affects various aspects of life whether by investors and depositors.

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

المقدمـــــة :

اولاً:- التعريف بالموضوع

ادت الازمات المالية ومااستتبعها من المتغيرات الاقتصادية والمالية الى تعثر العديد من المصارف في مختلف دول العالم، وبناءً على ذلك فقد بادرت الكثير من الدول من خلال تشريعاتها وانظمتها القانونية الى وضع حلول و مقترحات جوهرية تؤدي للأصلاحات القانونية والتنظيمية في معظم الانظمة المصرفية، وذلك لتحقيق الامن القانوني في النظام المصرفي وكذلك تحقيق الاستقرار المالي.

لذلك لجأت العديد من التشريعات الى ابتكار آليات قانونية لمعالجة اوضاع المصارف المتعثرة وتوفير الامن القانوني والاستقرار لها، حيث نظمت اطارها القانوني كالمصرف الجسري والاندماج المصرفي.

وعليه يتم اختيار الآلية الملائمة من بين الآليات التي اوجدها القانون والتي تحقق الامن القانوني وتتلائم مع درجة التعثر المصرفي.

ثانياً:- اهمية البحث :

تكمن اهمية البحث في المكانة التي تتمتع بها المصارف كونها الاساس للقيام بالانشطة الاقتصادية، ولما تحظى به من ثقة المتعاملين معها من المستثمرين والمودعين، حيث ان بمجرد حدوث تعثر للمصارف ستنهار هذه الثقة، مما يؤثر ذلك بالسلب من مختلف النواحي، سواء من ناحية عزوف المودعين او تعطيل حركة الاقتصاد في الدولة. وعليه فأن ايجاد آليات قانونية ستسهم في معالجة اوضاع التعثر المصرفي وتحقيق الامن القانوني والاستقرار المالي في تلك المصارف مما يسهم ذلك في تعزيز ثقة المصارف لدى المودعين والمستثمرين.

ثالثاً:- إشكالية البحث

تتمثل إشكالية البحث في مدى ملائمة خيار آلية المصرف الجسري والاندماج المصرفي لمعالجة اوضاع المصرف المتعثر وللأجابة عن هذا التساؤل الجوهري لابد من الأجابة عن التساؤلات المتمثلة، بتعريف التعثر المصرفي وبيان اسبابه والاحوال التي يعتبر فيها المصرف متعثر؟ ماهو المصرف الجسري وماهي التزاماته تجاه المصرف المتعثر والبنك المركزي ؟ ماهو الاندماج المصرفي وماهي دوافعه؟

رابعاً:- منهجية البحث

اعتمدت هذه الدراسة على المنهج التحليلي المقترن بالاسلوب النقدي، لغرض عرض الموضوع بشكل يغطي كل جوانبه. فالمنهج التحليلي يركز على تحليل نصوص قانون المصارف العراقي رقم (٩٤) لسنة ٢٠٠٤ والتعليمات المتعلقة به.

خامساً:- خطة البحث

لكي تتم الاحاطة بجوانب الموضوع تم تقسيم الدراسة الى مبحثين تناول المبحث الاول مفهوم التعثر المصرفي من خلال مطلبين، إذ تناول المطلب الاول التعريف بالتعثر المصرفي واسبابه، بينما تناول المطلب الثاني حالات التعثر المصرفي وتمييزه عما يماثله.

اما المبحث الثاني تطرقنا فيه الى آليات تسوية اوضاع المصارف المتعثرة إذ قسم الى مطلبين خصص المطلب الاول للكلام عن المصرف الجسري، بينما خصص المطلب الثاني لبيان الاندماج المصرفي .

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

المبحث الاول

مفهوم التعثر المصرفي

يعتبر التعثر المصرفي ظاهرة من الظواهر التي تهدد القطاع المصرفي، حيث تكون هذه الظاهرة ذات اثر جوهري على اداء المصارف، اذ ما من مصرف يتعرض لها إلا وكان عرضة في النهاية الى مخاطرها المالية الجسيمة والخسائر واحياناً تؤدي الى افلاس المصرف مما يؤثر ذلك على سمعته التجارية.

حيث تنجم ظاهرة التعثر المصرفي بسبب مجموعة من العوامل، بعضها داخلية وبعضها خارجية، إذ إن تعثر المصارف لاينشأ فجأة وانماهناك جملة من الحالات تختلف في حجمها وخطورتها والتي يمكن من خلالها الاستدلال على تعثر مصرف ما.

وغالباً ما تختلط المفاهيم الاخرى في هذا النوع من الابحاث مع مفهوم التعثر المصرفي، وذلك من خلال استخدام مصطلحات مترادفة المعاني مثل الافلاس والفشل المالي وغيرها من المفاهيم الاخرى.

وعليه سوف نحاول في هذا المبحث التطرق الى التعريف بالتعثر المصرفي وبيان اسبابه وذلك في المطلب الاول، بينما سنخصص المطلب الثاني لبيان حالات التعثر المصرفي وتمييزه عما يماثله.

المطلب الاول

التعريف بالتعثر المصرفي واسبابه

نتناول من خلال هذا المطلب تعريف التعثر المصرفي وذلك في الفرع الاول بينما نتناول في الفرع الثاني اسباب التعثر المصرفي.

الفرع الاول

تعريف التعثر المصرفي

ان تعثر المصارف هي الحالة التي تكون فيها المصارف غير قادرة على مواجهة وسداد التزاماتها المستحقة للغير بكامل قيمتها حيث تكون القيمة الحقيقية للاصول اقل من قيمة

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

الخصوم، وعلى ذلك عرف البعض التعثر المصرفي بأنه (تلك المرحلة التي وصل فيها المصرف الى حالة من الاضطرابات المالية الخطيرة والتي تجعله قريب جداً من مراحل او مستويات التعثر المالي التي يمكن التدرج بها الى مستوى اشهار افلاسه سواء كانت هذه الاضطرابات تعني عدم قدرته على سداد التزاماته تجاه الغير او تحقيق خسائر متتالية سنة بعد اخرى مما يجعله مضطراً الى ايقاف نشاطه من حين الى اخر)[١] ، كما عرفه البعض الاخر بأنه (عدم قدرة المصرف على تلبية الطلب على النقود من قبل العملاء على المدى القصير ويولد ذلك المخاوف والذعر لدى اصحاب الودائع على اموالهم فيلجئون لسحب ودائعهم في وقت متقارب مما يعكس عدم قدرة المصارف على تلبية حاجات جمهور المتعاملين من السيولة وان عدم الاستعداد لهذه الظاهرة من المصرف يؤدي الى التعثر)[٢] .

وايضاً عرفه اخرون بأنه (المشروعات المتعثرة والمقصود هنا المصارف المتعثرة هي تلك التي لايكفى دخلها لتغطية النفقات كما يعني ايضاً تلك المشروعات التي يقل فيها معدل العائد على الاستثمارات بتكلفتها الدفترية عن تكلفة رأس المال والمشروعات متعثرة اذا لم يتمكن المشروع من مقابلة التزاماته المستحقة على الرغم من زيادة اصوله عن خصومه وهو مايعرف بأزمة السيولة سواء في الاجل القصير او الاجل الطويل)[٣] .

ومن خلال ماتقدم يمكن تعريف التعثر المصرفي بأنه (مجموعة من المخاطر التي تواجهها المصارف والتي تؤدي بها الى عدم القدرة على الحفاظ على الاستقرار والاستمرار وعدم قدرتها على الوفاء بألتزاماتها تجاه الغير) .

وعليه فأن تعثر المصارف لايتم دفعة واحدة بل يمر بعدة مراحل وصولاً الى مرحلة التعثر وهذه المراحل هي :

اولاً:- مرحلة ماقبل ظهور التعثر المصرفي

وفي هذه المرحلة يمر المصرف بالعديد من الظواهر السلبية[٤] كالتغيير في الطلب على منتجاته، وعدم كفاية رأس ماله العامل، وضعف موقفه التنافسي وزيادة تكاليف التشغيل ونقص التسهيلات الائتمانية[٥] وهذه الظواهر غالباً ما تلحق خسائر بالمصرف حيث يكون عائد الاصول اقل من النسب المعتادة.

---

(١) (عبداللطيف، ٢٠١٧، ص٥)
(٢) (آل شبيب، ٢٠١٦، ص٢٦٩)
(٣) (عبداللطيف، ٢٠١٧، ص٥)
(٤) (إلهام، ٢٠١٦، ص٣٩)
(٥) (الطويل، ٢٠٠٨، ص٥٧)

ثانياً:- مرحلة التدفق النقدي المنخفض

وتتمثل هذه المرحلة بعدم قدرة المصرف على مواجهة التزاماته الجارية، ويكون بحاجة ماسة للنقدية بالرغم من الاصول المادية التي يمتلكها والتي تزيد في قيمتها عن قيمة التزاماته تجاه الغير، والتي يعكسها جانب الخصوم في الميزانية، بالتالي تكمن مشكلة هذه المرحلة في انخفاض السيولة بمعناها الفني وليس المطلق[١].

ثالثاً:- مظاهر الانهيار

وتتمثل هذه المرحلة بعدم قدرة المصرف في الحصول على النقدية المطلوبة لاستخدامها في مواجهة التزاماته المستحقة والنمو المطلوب[٢].

ثالثاً:- مرحلة الانهيار الفعلي

وهي المرحلة الاخيرة والتي يكون فيها المصرف قد وصل الى الاعسار المالي[٣].

الفرع الثاني

اسباب التعثر المصرفي

يعتبر التعثر المصرفي ازمة تواجه المصارف وتعيق اقتصاد البلد ككل فجزء من التعثر المصرفي يتعلق بالمصرف ذاته وجزء آخر يتعلق بالعملاء وايضاً قد يكون سبب التعثر اسباب خارجية وعلى ضوء ماسبق يمكن تقسيم اسباب تعثر المصارف الى مايأتي:

اولاً:- اسباب تتعلق بالمصرف

قد يكون لأخطاء المصارف ذاتها دوراً في تعثرها وذلك نتيجة عوامل عديدة منها :

١- القصور في اجراء الدراسات الائتمانية للأستعلام عن العملاء[٤].

٢- عدم الانتباه الى مخاطر التركيز الائتماني والذي يتمثل بتخصيص جزء كبير من التسهيلات والقروض لعميل واحد او توجيه نسبة كبيرة من الائتمان الى صناعة او نشاط اقتصادي معين.

٣- ضعف الرقابة الداخلية والخارجية للمصرف.

---

(١) (إلهام، ٢٠١٦، ص٤٠)
(٢) (الطويل، ٢٠٠٨، ص٥٧)
(٣) (عبداللطيف، ٢٠١٧، ص٦)
(٤) (عبدالحميد، ٢٠١٠، ص٦٧)

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

٤- سوء تقدير وعدم كفاية الضمانات المقدمة وعدم متابعتها[١] ،حيث تعد هذه الضمانات صمام امان المصرف في مواجهة اية مخاطر قد تحدث نتيجة لمنع القروض وسوء تقديرها اي تسعيرها بقيمة اعلى من قيمتها الحقيقية.

٥- سوء ادارة المصرف وضعف تأهيل الكوادر[٢].

بالاضافة الى ماتقدم من اخطاء يرتكبها المصرف وتؤدي الى تعثره فأننا نرى وجود اخطاء اخرى يرتكبها الاخير وتكون سبب في تعثره[٣].

ثانياً:- اسباب تتعلق بالعميل

قد يكون العميل هو السبب في تعثر المصارف ويرجع ذلك الى العديد من العوامل وهي :

١- نقص الخبرات الادارية والمالية والفنية لدى القائمين على ادارة المشروع الذي تم تمويله من المصرف وكذلك قيام العميل بتقديم بيانات غير صحيحة وغير دقيقة عن المشروع بحيث يظهره على غير حقيقته[٤].

٢- استعمال العميل الحصص الممنوحة له في اغراض غير التي منحت من اجلها.

٣- العوامل الشخصية والذاتية للعميل[٥] كعدم الفصل بين اموال العميل الخاصة وبين اموال المشروع الذي اقترض من اجله وبالتالي استخدام اموال المشروع في الانفاق على احتياجاته الخاصة.

٤- عدم قيام العميل بتسديد ماعليه من التزامات للمصرف في الآجال نتيجة العجز او الامتناع.

٥- سوء نية العميل عند طلبه الحصول على القرض من المصرف كعدم اهتمام العميل بأرشادات وتوجيهات المصرف مانح القرض وتجاهلها.

ثالثاً:- اسباب خارجية عامة

هناك اسباب خارج المصرف تساهم في تعثر المصارف وهذه الاسباب هي :

١- الاسباب الاقتصادية حيث ان النظام الاقتصادي في الدول قد يكون سبباً من اسباب تعثر المصارف كوجود اختلالات اقتصادية هيكلية وتدخل الدولة في النشاط المصرفي وايضاً وجود التضخم وعدم قدرة المصارف على مزاولة نشاطها ووجود اسواق مالية محلية ضعيفة وكذلك وجود اسعار صرف غير حقيقية وايضاً وجود عجز كبير في الموازنة العامة للدولة.

---

(١) (محمود واخرون، ٢٠٠٨، ص١٣)
(٢) (الطويل، ٢٠٠٨، ص٥٢)
(٣) (عبدالحميد، ٢٠١٠، ص٧٠)
(٤) (عبدالحميد، ٢٠١٠، ص٤٦)
(٥) (كوثر، ٢٠١٩، ص١٠)

٢- الاسباب الاجتماعية للدولة ووعي وثقافة المجتمع حيث ان هذه الاسباب لا تحكمها رقابة وانما تكون مستندة على اخلاق نابعة من تنشئة الموظف الذي يعمل في المصارف.

٣- الاسباب القانونية حيث ان انعدام القوانين او ضعفها او عدم تغطيتها لجوانب تنظيمية وقانونية ورقابية يساعد على تعثر المصارف بشكل غير مباشر[١].

المطلب الثاني

حالات التعثر المصرفي وتمييزه عما يماثله

نتناول في هذا المطلب حالات تعثر المصارف وذلك في الفرع الاول، بينما نتناول في الفرع الثاني تمييز تعثر المصارف عما يماثله من المفاهيم الاخرى.

الفرع الاول

حالات تعثر المصارف

هناك العديد من الحالات التي يمكن من خلالها الاستدلال على تعثر المصارف وهي:

اولاً:- مخالفة المصارف للتعليمات والضوابط الصادرة من البنك المركزي.

ثانياً:- تعاني المصارف المتعثرة من انظمة رقابية داخلية ضعيفة او يوجد فيها ثغرات مما ينعكس ذلك على ادارة المصارف.

ثالثاً:- الضعف في ادارة الائتمان وذلك لعدم وجود متابعة فعالة للاموال المتعثرة.

رابعاً:- عدم قيام المصارف بإعادة تقييم الاموال التي آلت ملكيتها اليها من اجل وفاء ديونها.

خامساً:- تجاوز بعض المتعاملين مع المصارف الحدود المصرحة لهم والضمانات المقدمة منهم[٢].

(١) (عبداللطيف، ٢٠١٧، ص١٠)
(٢) (عبداللطيف، ٢٠١٧، ص١٢)

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

الفرع الثاني

التمييز بين التعثر المصرفي وما يماثله من المفاهيم

غالباً ما يختلط مفهوم التعثر المصرفي مع غيره من المفاهيم الاخرى مثل الافلاس والفشل المالي وعليه سنتناول هذه المفاهيم والتمييز بينها فيما يأتي

اولاً:- التمييز بين التعثر المصرفي والافلاس

يعد الافلاس نظام قانوني يطبق على التجار دون غيرهم ويعرف بأنه (كل تاجر يتوقف عن دفع ديونه التجارية وكل تاجر لايدعم الثقة المالية به ألا بوسائل يظهر بجلاء انها غير مشروعه)[١]

اما التعثر المصرفي فيقصد به وكما اشرنا اليه سابقاً بأنه (زيادة التزامات المصرف على ايراداته)، وعليه فأن التعثر يقاس بمقياس موضوعي لاشخصي، ومن ثم لاينظر الى قدرة المدين الشخصية على الوفاء او عدم وفاء الديون المستحقة لاي جهة من الجهات الدائنة، بل ينظر في شأنه الى الوضع المالي للمدين في ذاته وهل اثقل بألتزامات واعباء تزيد على ايراداته، كما ان الافلاس مرحلة لاحقة للتعثر اذا ان الاخير يسبق الافلاس ومن ثم في حالة عدم قدرة المصرف على النهوض من جديد بعد تعثره واعلن فشله المالي فأن ذلك يؤدي به الى الافلاس.

ثانياً:- التمييز بين التعثر المصرفي والفشل المالي

يقصد بالفشل المالي بأنه (لحظة انتها حياة المؤسسة والتي تنتهي بأشهار افلاسها)[٢] بينما يقصد بالتعثرالمصرفي وكما اشرنا له سابقاً بأنه تلك المرحلة التي وصلت فيها المؤسسة الى حالة من الاضطرابات المالية الخطيرة، وعليه فأن الاخير هو مرحلة تسبق مرحلة الفشل المالي.

المبحث الثاني

آليات تسوية وتحقيق الامن القانوني في المصارف المتعثرة

ان ازمات المصارف عادةً ماتكون شديدة الخطورة إذ انها تؤثر على الاستقرار الاقتصادي المحلي ولما كان الامر كذلك فأن المصارف قد تتعرض لبعض الازمات المالية نتيجة

(١) (الارناؤوط، ٢٠١٢، ص٤٦٦)
(٢) (آدم، ٢٠١٦، ص٢١٥)

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

لاضطراب ائتمانها التجاري وتضاؤل السيولة النقدية لديها ولقساوة النتائج السلبية التي قد تحدث نتيجة الازمات المالية التي تمر بها المصارف اخذ المشرع بيدها ومنحها عدة آليات لتسوية اوضاعها المتعثرة ولتحقيق الاستقرار والامن القانوني فيها إذ قد يلجأ المصرف الى اعتماد آلية كالمصرف الجسري لتسوية اوضاعه المتعثرة او قد يلجأ الى اختيار آلية اخرى.

واختيار آلالية يعتمد على مدى ملائمتها لتسوية اوضاع المصرف المتعثر وتوفير الامن القانوني فيه، وعليه سنتناول المصرف الجسري كأحد آليات تسوية المصرف المتعثر وذلك في المطلب الاول، بينما سنتناول في المطلب الثاني الاندماج المصرفي.

المطلب الاول

المصرف الجسري

نتناول من خلال هذا المطلب تعريف المصرف الجسري وذلك في الفرع الاول، بينما نتناول في الفرع الثاني التزامات مجلس ادارة المصرف الجسري.

الفرع الاول

تعريف المصرف الجسري

لكي تتم الاحاطة بتطبيق المصرف الجسري كآلية قانونية مهمة لاعادة تنظيم هيكلية المصارف المتعثرة وتحقيق الامن فيه او للحد من حالات التعثر والافلاس التي غالباً ماتؤدي الى اجراءات التصفية ومما ينعكس ذلك سلباً على الاقتصاد والاستثمار الوطني لابد من تعريف المصرف الجسري، فقد عرفه البعض من وجهة نظر اقتصادية بأنه (الانتقال من مرحلة الانهيار الى مرحلة إعادة التنظيم والهيكلية لاحد المصارف ولكن ليس للمصرف القديم وانما للموجودات الجيدة كلياً او جزئياً وتنتقل الى المصرف الجسري)[1]، بينما يعرفه اخرون بأنه (مصرف مؤقت تعود ملكيته وادارته الى البنك المركزي العراقي الذي يقوم بتأسيسه وترخيصه وإعادة رسملته وتشغيله وذلك بهدف معالجة وإعادة تأهيل وتقويم اعمال مصرف متعسر وذلك من خلال تحويل اصول والتزامات ذلك المصرف المتعسر الى مصرف الجسر الذي يقوم الاخير بدوره بإدارة عمليات المصرف المتعسر ولمدة تصل الى سنتين ويجوز تمديدها لسنة ثالثة

(1) (الخبير المصرفي الصوري، ٢٠١٨، ص١٨٦)

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

ولغرض تقويم عمل هذا المصرف وتجاوز مشاكله ولاتاحة الفرصة للعثور على مشتري خلال تلك المدة)[١] .

اما بالنسبة لمواد قانون المصارف العراقي وعند تفحصها نجد انه لم يتضمن تعريفاً محدداً للمصرف الجسري وانما اشار المشرع العراقي لاول مرة في الفقرة السادسة من المادة (٦١) من قانون المصارف العراقي رقم (٩٤) لسنة ٢٠٠٤ الى فكرة المصرف الجسري بقوله (بغض النظر عن الاشتراطات الواردة في المادة (١٤) قد يقوم البنك المركزي العراقي وحسب اختياره بتنظيم مصرف جسري تعود ملكيته والسيطرة عليه من قبل البنك المركزي العراقي) .

حيث اراد المشرع العراقي من هذا النص والذي ورد اساساً في سياق تنظيم عملية فرض الوصاية على المصارف المتعثرة وايضاً من اجل إعادة هيكليتها وتنظيمها بالتنسيق بين البنك العراقي والوصي، ان يتم اختيار وسيلة المصرف الجسري كوسيلة قانونية تابعة للبنك المركزي ولاعادة هيكليته وتنظيم المصارف المتعثرة. وبنفس السياق فقد اشار المشرع العراقي وحسب نص الفقرة الثالثة من المادة (٦٧) من قانون المصارف العراقي بإعادة تاهيل المصارف المتعثرة (.... ويجوز للبنك المركزي العراقي ان يأمر الوصي بتحويل جزء او كل موجودات ومطلوبات المصرف الى مصرف وسيط تقوم الدولة بتأسيسه و ورسملته....) ، وعليه فأن للمصرف الجسري عدة خصائص تمييزه عن غيره من المصارف الاخرى ولابد من تسليط الضوء عليها وهي :

اولاً:- مصرف عام مملوك للدولة[٢].

ثانياً:- مصرف مؤقت من حيث العمل والوجود القانوني.

ثالثاً:- مصرف وسيط بين مصرفين.

رابعاً:- بدون رأس مال محدد.

الفرع الثاني

التزامات مجلس ادارة المصرف الجسري

تقع على عاتق المصرف الجسري التزامات تجاه المصرف المتعثر من جهة وتجاه البنك المركزي من جهة اخرى وهذه الالتزامات هي:

اولاً:- التزامات المصرف الجسري تجاه المصرف المتعثر[١]

(١) (الخبير الاقتصادي الهاشمي، ٢٠١٨، ص١٨٦)
(٢) (د.محمد، محمد جاسم،٢٠١٩، ص١٩١)

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

١- استلام كل اصول والتزامات المصرف المتعثر او بعضها.

٢- الالتزام بإدارة اعمال المصرف المتعثر.

٣- إعداد خطة لإعادة هيكلية المصرف المتعثر.

ثانياً:- التزامات المصرف الجسري تجاه البنك المركزي[٢]

١- الالتزام بأحكام البنك المركزي واللوائح والتعليمات الصادرة بناءً عليه.

٢- التعاون مع البنك المركزي بمصداقية وشفافية.

المطلب الثانـــي

الانـدماج المصـرفي

سنتناول من خلال هذا المطلب تعريف الاندماج المصرفي وذلك في الفرع الاول، بينما سنتناول في الفرع الثاني دوافع الاندماج المصرفي.

الفرع الاول

تعريف الاندماج المصرفي

فقد اورد القانون التجاري عدة تعاريف للاندماج المصرفي حيث عرفه البعض بأنه (عملية مالية تؤدي الى انضمام مؤسسة مصرفية او اكثر الى مؤسسة مصرفية اخرى بحيث يتخلى البنك المندمج وهو عادة الاصغر بين البنكين عن ترخيصه ويتخذ اسماً جديداً عادة ما يكون اسم المصرف الدامج وتضاف اصوله وخصوم البنك المندمج لاصول وخصوم البنك الدامج)[٣] ، وكذلك عرفه البعض الاخرى بأنه (العقد الذي يضم بموجبه مصرف او اكثر الى مصرف اخر فتنقضي الشخصية المعنوية للمصرف المنضم وتنتقل اصوله وخصومه الى المصرف الضام او يمتزج بمقتضاه مصرفين او اكثر فتنقضي الشخصية المعنوية لكل منهما وتنتقل اصوله وخصومه الى المصرف الجديد)[٤] .

---

(١) (الغندور،،٢٠١٩ ص٦٩)
(٢) (الغندور، ٢٠١٩، ص٧٠)
(٣) (د. عبدالعاطي، ٢٠١١، ص١٩)
(٤) (د.الشمري، ١٩٩١،ص١٦٩-١٧٣)

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

وايضاً عرفه اخرون (اجتماع مصالح بين مصرفين او اكثر وقد يتم هذا الاتحاد في المصالح من خلال المزج الكامل بين مصرفين او اكثر لظهور كيان جديد او قيام احد المصارف بضم مصرف او اكثر اليها كما قد يتم الاندماج بشكل ارادي او لا ارادي)[١].

اما بالنسبة للمشرع العراقي فأنه لم يعرف الاندماج المصرفي في قانون المصارف العراقي رقم (٩٤) لسنة ٢٠٠٤ النافذ وهذا نقص تشريعي ينبغي تلافيه.

اما تعليمات تسهيل تنفيذ قانون المصارف العراقي رقم (٤) لسنة ٢٠١٠ فأنها نصت في المادة (١٠/اولاً/أ) على انه (يقصد بالتعابير التالية لاغراض هذه التعليمات المعاني المبينة ازاؤها: أ- الدمج: هو اتفاق بين مصرفين او اكثر على اندماجهما في مصرف واحد بحيث يتخلى احدهما عن استقلاليته وشخصيته المعنوية لصالح الاخر. ب- الاتحاد: هو اتفاق بين مصرفين او اكثر على الانضمام في مصرف واحد بحيث تنتهي الشخصية المعنوية لجميع المصارف الداخلة في الاتحاد لصالح المصرف الجديد الذي يتمتع بشخصية معنوية جديدة واسم تجاري جديد).

حيث يتبين من النص اعلاه ان المشرع العراقي استخدم عند الكلام عن الاندماج المصرفي الدمج والاندماج ميز بينهما وهذا امر منتقد كون كلا المصطلحين ينتميان لفكرة واحد ويتصفان بذات الاحكام.

الفرع الثاني

دوافع الاندماج المصرفي

للاندماج دوافع عديدة وعليه سنتناول في هذا الفرع اهم هذه الدوافع:

اولاً:- معالجة تعثر المصارف

عند حدوث خلل في مركز المصرف المالي من الممكن ان يؤدي ذلك الى تعثرها[٢] ومن ثم الى افلاسها وتصفيتها، إلا إن اهمية المصارف ودورها في الحياة الاقتصادية والتجارية ادى الى التقليل من الانظمة المذكورة، كون الافلاس والتصفية تؤثر سلباً على اقتصاد البلد، وعليه اصبحت هناك حاجة الى ايجاد انظمة بديلة عن الافلاس والتصفية، لذلك تم اقرار الاندماج المصرفي كآلية تضمن تحقيق السلامة والاستقرار والامن القانوني في المصارف من خلال حماية المصرف وحقوق المتعاملين معه.

---

(١) (د.اباظة، ٢٠١٠، ص٦٠)

(٢) (خضيري، ١٩٩٩، ص٢٥)

ثانياً:- إعادة هيكلية المصارف المتعثرة وهذا الدافع يعد من الدوافع المهمة والرئيسية للاندماج المصرفي (ويقصد بها تلك الاجراءات التي تتخذها السلطات المصرفية بهدف تطوير وتحسين اداء الجهاز المصرفي من الناحية المالية والادارية وإعادة قدرته على الوفاء بألتزاماته)[١] وعليه فأن إعادة هيكلية المصارف عن طريق الاندماج تكون من الناحية الادارية والفنية.

الخاتمـــة :

حاولنا من خلال هذه الدراسة ابراز دور الآليات القانونية في معالجة اوضاع المصارف المتعثرة وتحقيق الامن القانوني فيها والاستقرار وبالخصوص دور المصرف الجسري والاندماج المصرفي وانتهت الدراسة بالعديد من النتائج والتوصيات ويمكن ان نعرض بعضها:

اولاً:- النتائج

١- المصرف الجسري مصرف مؤقت يمارس نشاطه لفترة مؤقتة لحين نقل كل او بعض اصوله والتزاماته لمصرف اخر وينتهي بأنتهاء المدة المحددة له طبقاً لقرار مجلس إدارة البنك المركزي.

٢- اشتراط موافقة المصرف الجسري لاستلام تلك الاصول والالتزامات حيث تكون الاخيرة هي الاصول الجيدة والسليمة.

٣- ملائمة آلية المصرف الجسري والاندماج المصرفي مع الاهداف التي ابتغاها المشرع من معالجة اوضاع المصرف المتعثر وهذه الاهداف هي تحقيق الامن القانوني والاستقرار.

ثانياً:- التوصيات

١- على المشرع العراقي ان يعالج المشاكل القانونية المتعلقة بإجراءات تأسيس المصرف الجسري وتنظيمه لاهمية هذه الآلية في تسوية اوضاع المصرف المتعثر وتوفير الامن القانوني فيه.

٢- على المشرع العراقي ان ينظم جميع احكام الاندماج المصرفي في قانون مستقل وعدم الاكتفاء بماورد في قانون المصارف العراقي رقم (٩٤) لسنة ٢٠٠٤ لما يحققه هذا الاندماج من استقرار وامن قانوني في بيئة المصارف.

(١) (عبدالنبي، ٢٠٠٦، ص٤)

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

قـائمـة المراجــع

القرأن الكريم

اولاً:- الكتب القانونية

١- د. خضيري، احمد محسن. ١٩٩٤. الديون المتعثرة (الاسباب والعلاج). مطبعة دار الكتب العربي. القاهرة.
٢- آل شبيب، دريد كامل. ٢٠١٢. ادارة البنوك المعاصرة.ط١.دار المسيرة.عمان.الاردن.
٣- عبدالحميد،عبدالمطلب.٢٠١٠.الديون المصرفية المتعثرة.ط١. الشركة العربية المتحدة للتسويق والتوريدات. القاهرة.مصر.
٤- د.اباظة،عصام الدين.٢٠١٠.العولمة المصرفية. دار النهضة العربية. مصر.

ثانياً:- الرسائل والاطاريح

١- كوثر، بن اسماعيلي. ٢٠١٩. التعثر المصرفي ودورالبنوك التجارية في معالجته. رسالة ماجستير. كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير.جامعة جيلالي بونعامة خميس مليانة. الجزائر.
٢- إلهام،حجام.٢٠١٦. دور تقييم الاداء المالي في التنبؤ بالتعثر المالي في البنوك التجارية. رسالة ماجستير.كلية العلوم الاقتصادية والعلوم التجارية وعلوم التسيير. جامعة ام البواقي. الجزائر.
٣- د.عبدالعاطي،حسام الدين.النظام القانوني لاندماج المصارف. اطروحة دكتوراه.كلية الحقوق. جامعة بنها.مصر.
٤- الطويل،عمار اكرم عمر.٢٠٠٨.مدى اعتماد المصارف على التحليل المالي للتنبؤ بالتعثر. رسالة ماجستير.كلية التجارة. الجامعة الاسلامية.غزة.فلسطين.

ثالثاً:- البحوث والدوريات

١- الارناؤوط،ابراهيم صبري.٢٠١٢.مدى جواز إفلاس الشركات وفقاً لقانون التجارة الاردني. مجلة الحقوق. جامعة الكويت. ٢(٣٦)
٢- اساور فخري.٢٠١٧.التعثر المصرفي الاسباب واساليب المعالجة. بحث مقدم الى البنك المركزي العراقي. ١(٢٢)
٣- د.آدم،حسابو احمد حسابو.٢٠١٦.مدى استخدام ادوات التحليل المالي في التنبؤ بالتعثر المالي المصرفي.المجلة العلمية لجامعة الامام المهدي. (٧)
٤- د.الشمري،طعمة.١٩٩١.الجوانب القانونية لدمج البنوك الكويتية. مجلة الحقوق. ١(١٥)
٥- د. محمد، محمد جاسم.٢٠١٩.الاطار القانوني للمصرف الجسري واثره في معالجة التعثر المصرفي-دراسة مقارنة بين القانون المصرفي العراقي والامريكي. مجلة القانون للدراسات والبحوث القانونية. ١٩(١٧)
٦- وحيد واخرون.٢٠١٠. استخدام اساليب التحليل المالي في التنبؤ بفشل شركات المساهمة الصناعية. مجلة شيمة الرافدين.٣٢(١٠٠)

رابعاً:- القوانين

١- قانون المصارف العراقي رقم (٩٤) لسنة ٢٠٠٤
٢- تعليمات تسهيل تنفيذ قانون المصارف العراقي رقم (٤) لسنة ٢٠١٠

خامساً:- المواقع الالكترونية

١- الخبير الاقتصادي الهاشمي، رائد. مقال بعنوان المصرف الجسري تجربة جديدة نأمل لها النجاح. متاح على الرابط
http://www.ahewar.org/debat/show.art.art.asp?aid=6144718=0
٢- الخبير المصرفي الصوري، ماجد. حوار مفصل متاح على الرابط https://economy-news.net/content.php?id=14090

دور الأمن القانوني في تحقيق المحاكمة الجنائية العادلة للأحداث الجانحين

م.م. حسين خليل مطر
مركز دراسات البصرة والخليج العربي
جامعة البصرة
الايميل : hussenkh7@gmail.com

الملخص :

يتضمن هذا البحث الموسوم بدور الأمن القانوني في تحقيق المحاكمة الجنائية العادلة للأحداث الجانحين في جزءه الأول بيان علاقة مبدأ الأمن القانوني بقضاء الأحداث من خلال وجود محاكم متخصصة بمحاكمة هذه الفئة العمرية وأيضاً وجود قضاة متخصصين يقتصر عملهم في قضايا الأحداث دون سواهم ، فالعلاقة طردية بينهما فكلما تطور مستوى التخصص في ميدان القضاء وخصوصاً قضاء الأحداث ازداد مستوى نضج مبدأ الأمن القانوني ومن ثم توطدت العلاقة ، أما الجزء الثاني فيحمل بين طياته ايضاح تأثير الضمانات الخاصة بمحاكمة الأحداث على مبدأ الأمن القانوني والمتمثلة بسرية المحاكمة وتقدير سن الحدث وحضور ممثل من مكتب دراسة الشخصية ، فكل هذه المسائل لها انعكاسات ايجابية على المبدأ المذكور إذا ما تم تطبيقها بحقيقتها القانونية .

الكلمات المفتاحية :الأحداث الجانحين ، الأمن القانوني، الضمانات الخاصة.

Abstract:

This research, tagged with the role of legal security in achieving a fair criminal trial for juvenile delinquents, includes in its first part a statement of the relationship of the principle of legal security to juvenile justice through the presence of specialized courts to try this age group and also the presence of specialized judges whose work is limited to juvenile cases only.

The relationship is direct between them. As the level of specialization in the field of justice develops, especially juvenile justice, the level of maturity of the principle of legal security increases, and then the relationship is strengthened.

As for the second part, it includes a clarification of the effect of the guarantees for juvenile trial on the principle of legal security, which is the confidentiality of the trial, the assessment of the juvenile's age, and the presence of a representative from the Personality Study Office.

Key words :

Delinquency Juveniles , Legal Security, Special guarantees .

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

المقدمة :

أولاً : التعريف بموضوع البحث:

يُعتبر الأمن القانوني بمفهومه الواسع مبدأ يعكس الثقة في ما يصدر عن السلطة القضائية من قرارات وهي تقوم بمهمتها أثر النظر في القضايا التي تُعرض عليها ، فالغاية من الأمن القانوني هو ضمان سيادة القانون وجودة الأحكام الصادرة عن السلطة القضائية وسرعة الفصل في النزاعات ، إلى إنه لتحقيق الأمن القانوني ينبغي وجود منظومة تشريعية متكاملة ومتلائمة مع التشريعات الدولية ومتطابقة مع مقتضيات الدستور ، وهذا ما سيُلقي بظلاله على الوظيفة الاجتماعية للقانون بشكل عام والقانون الجنائي بشكل خاص ، هذه الوظيفة الاجتماعية للقانون الجنائي التي هدى إليها التفكير العلمي والاجتماعي لظاهرة الأجرام ومكافحتها غيرت جذريا من مهمة القضاء الجنائي وحولتها من وظيفة أخلاقية رمزاً وإسماً إلى وظيفة اجتماعية يشارك بها القاضي مشاركة ايجابية في سياسة الدفاع الاجتماعي ، وبذلك فأن مهمة القاضي لا تقف عند إصدار حكمه بالإدانة أو عدم المسؤولية وإنما في نطاق المفهوم العلمي الحديث للقانون الجنائي وظيفة اجتماعية قوامها دراسة شخصية المجرم دراسة علمية واقعية لاستظهار الأسباب التي دفعته لاقتراف الفعل الإجرامي ثم اختيار ما يلاءم هذه الدراسة من العقاب أو بدائل العقاب أو التدابير التي تقوم مقامها وعلى هذا الأساس.

ثانيا : أهمية البحث:

يستمد هذا البحث أهميته من تعلقه بالأحداث ذلك العنصر المهم من مكونات المجتمع الذي ينبغي إصلاحه ، فالحكم على الحدث بالعقوبة البديلة الملائمة لشخصيته يسهم في تحقيق أهداف السياسة الجنائية الحديثة .

ثالثاً : إشكالية البحث :

تتمثل مشكلة البحث في إن نظام القضاء العراقي قد أخذ بنظام المحاكم الخاصة دون الأخذ بمبدأ تخصص القضاة ، لأن ممارسة القاضي الجنائي للدعوى الخاصة بالأحداث الجانحين دون تغيير يُؤدي به إلى تطوير أداءه والفهم الصحيح لعمله ،فضلاً على إن التخصص يُؤدي إلى إستيعاب جميع الحالات التي تُعرض على القاضي ومن ثم القدرة على حلها ،بالإضافة إلى مبدأ التخصص يُؤدي بالنتيجة إلى معرفة وإدراك القاضي لما يستجد من التشريعات المعنية بتخصصه ،وبالتالي إحاطته للعمل المُكلف به ،وإن العمل بموجب مبدأ تخصص القضاة يُؤدي إلى تعميق فكرة في غاية الأهمية في عالم القضاء الجنائي والتي تتمثل في ترسيخ مبدأ الأمن القانوني والذي سيؤثر تأثيراً إيجابياً في العمل القضائي .

رابعاً: منهجية البحث:

سنتناول في هذه الدراسة البحث في دور الأمن القانوني في تحقيق محاكمة جنائية عادلة للأحداث الجانحين معتمدين في ذلك على عرض وتحليل النصوص القانونية في منظومة التشريع العراقي ومعرفة مدى استقرارها فيما يتعلق بقضايا الأحداث.

رابعاً: خطة البحث :

المطلب الأول : العلاقة بين مبدأ الأمن القانوني وخصوصية المحاكم المعنية بقضاء الأحداث.
الفرع الأول : إختصاصات محكمة الأحداث.

الفرع الثاني : تخصيص قاضي لمحاكمة الأحداث.
المطلب الثاني : الضمانات الخاصة للأحداث ودورها في ترسيخ مبدأ الأمن القانوني .
الفرع الأول : سرية المحاكمة .
الفرع الثاني : تقدير سن الحدث.
الفرع الثالث : حضور ممثل من مكتب دراسة الشخصية .

المطلب الأول

العلاقة بين مبدأ الأمن القانوني وخصوصية المحاكم المعنية بقضاء الأحداث

تعد محاكم الأحداث من المحاكم الخاصة يتقيد اختصاصها ببعض الجرائم وبمحاكمة فئة معينة وهم الأحداث وهي تقابل محاكم القانون العام التي تختص بجميع الجرائم وجميع المتهمين بارتكابها ، وتعتبر محكمة الأحداث جهاز ذو طبيعة مزدوجة فهي قانونية اجتماعية لأن القانون هو الذي يحدد سن الحدث ويحدد الحالات التي يعد الحدث فيها منحرفاً ، ويحدد للمحكمة اختصاصها ويحدد لها الوسائل التقويمية والعلاجية التي تتفق مع ظروف الحدث ، هذا في الوقت الذي يمنح فيه القانون للمحكمة دوراً اجتماعيا يتمثل في ضرورة فحص هذه الحالة من النواحي الاجتماعية والطبية والنفسية ، ويساعدها في اختيار العلاج الذي يقضي على أساس انحراف الحدث والمحكمة تطبق في ذلك مبادئ الدفاع الاجتماعي بنبذه فكرة الردع أو العقوبة وأتباع الوسائل التقويمية بشأن الأحداث وتبعاً لذلك سنتناول في هذا المطلب (اختصاصات محكمة الأحداث ، تخصيص قاضي لمحاكمة الأحداث) :

الفرع الأول

اختصاصات محكمة الأحداث

القاعدة العامة في المسائل الجنائية انه لا عبرة بشخص المتهم أو صفته أو حالته ومع ذلك فقد يخرج المشرع بعض الأشخاص بسبب صفاتهم أو حالتهم عن اختصاص المحاكم الجنائية العادية ، فلا يتوافر للمحكمة الاختصاص بنظر الدعوى بسبب شخص المتهم فيها ، وهو ما اقره المشرع العراقي بشأن الأحداث الذين اخصهم بمحاكم خاصة تفصل في قضاياهم ويكون غرضها الأساسي هو العمل على إصلاحهم عن طريق التعرف على طبيعة الحدث المنحرف وحالته الاجتماعية وسبب انحرافه وتقدير التدبير الذي يناسبه ومراقبة تنفيذه عليه ، فيما يلي سنبين كل من الاختصاص الشخصي والنوعي والمكاني لمحكمة الأحداث .

أولاً : الاختصاص الشخصي : بالرجوع إلى قانون رعاية الأحداث رقم (٧٩) لسنة (١٩٨٣) نجد ان المشرع قد اهتدى بالمعيار الشخصي في تحديد المحكمة المختصة بالاعتماد على سن المتهم وقت ارتكاب الجريمة ، وهو الحدث الذي أتم التاسعة من عمره ولم يتم الثامنة عشر، وهذا على وفق البند(ثانيا) من المادة (٣) من هذا القانون ، ويتم التأكد من أن الماثل أمام الهيئات القضائية هو (حدث) إما بواسطة الأوراق الرسمية التي تثبت ذلك وفي حال انعدامها فأن للقاضي الاستعانة بالخبرة للتحقق من إن الماثل إمامه هو (حدث) وهذا على وفق ما جاء في نص المادة (٤) من ذات القانون (يثبت عمر الحدث بوثيقة رسمية وعند عدم وجودها أو أن العمر المثبت فيها يتعارض مع ظاهر الحال فعلى المحكمة أحالته للفحص الطبي لتقدير عمره بالوسائل العلمية) .

ثانياً :- الاختصاص المكاني : يتحدد اختصاص محكمة الأحداث بالتالي :
أ- المكان الذي وقعت فيه الجريمة .
ب- المكان الذي قامت فيه حالة التشرد أو انحراف السلوك.
ت- المكان الذي أقيم فيه الحدث.

وهذا ما نصت عليه المادة (٦٥) من قانون رعاية الأحداث .
ثالثاً :- الاختصاص النوعي : ينظر قاضي محكمة الأحداث في الجنح وقضايا المشردين ومنحرفي السلوك والقضايا الأخرى التي ينص عليها قانون رعاية الأحداث.

الفرع الثاني

تخصيص قاضي لمحاكمة الأحداث

تتشكل محكمة الأحداث على صورتين :
١) **هيئة محكمة الأحداث :** تنعقد محكمة الأحداث برئاسة قاضي من الصنف الثالث على الأقل وعضوين احدهما من القانونيين وآخر من المختصين بالعلوم ذات الصلة بشؤون الأحداث ولهما خبرة تؤهلهم بأن يمارسوا هذا الاختصاص لمدة لا تقل عن خمس سنوات (المادة ٥٤ من قانون رعاية الأحداث) .
٢) **محكمة قاضي منفرد :** وتنعقد هذه المحكمة من قاض واحد وتختص :
أ- النظر في دعاوي المخالفات والجنح (المادة ٣٣ / ثالثا / من قانون التنظيم القضائي).
ب- النظر في قضايا المشردين ومنحرفي السلوك والقضايا الأخرى التي ينص عليها قانون رعاية الأحداث ، من ذلك القضايا المتعلقة بالضم ومسؤولية الأولياء وسلب الولاية ، ويتعين على ممثل الادعاء العام الحضور في جلسات الحكم الجزائية عدا التمييز لا تنعقد إلا بحضور عضو الادعاء العام المعين أو المنسب للترافع أمامها ، إذ هو العنصر الثاني في تشكيل المحكمة (المادة ٨ من قانون الادعاء العام) .

وهذا يعني ان نظامنا القضائي قد أخذ بنظام المحاكم الخاصة دون الأخذ بمبدأ تخصص القضاة ، أن ممارسة القاضي الجنائي للدعوى الخاصة بالأحداث الجانحين دون تغيير يؤدي به إلى تطوير أدائه والفهم الصحيح لعمله ، كما ان التخصص يؤدي إلى فهم جميع الحالات التي تُعرض على القاضي ومن ثم القدرة على حلها فضلاً عن ان التخصص يؤدي بالنتيجة إلى معرفة وأدراك القاضي لما يستجد من تشريعات وبالتالي استيعابه للعمل المكلف به والعمل على انجازه بأفضل صورة ، وان مبدأ تخصص القاضي يعني قصر العمل القضائي على فئات معينة مؤهلة تأهيلا قانونيا خاصاً ولديها من الخبرة والتجربة والمزايا الشخصية ما يمكنها من أداء مهمة القضاء بكفاءة.

وتأسيساً على هذا يصبح التخصص في مجال قضايا الأحداث قصر ولاية الفصل في القضايا الخاصة بالحدث الجانح وإعداد ذلك القاضي إعدادا خاصاً يؤدي إلى إلمامه بالعلوم الجنائية وفروعها المتعددة وما يرتبط بها من علوم أخرى كعلم النفس الجنائي وعلم الاجتماع الجنائي وغيرها، مع اقتصار عمله على ذلك النوع من القضايا ولا يوكل إليه النظر في مسائل أخرى ، مما يحقق للقاضي خبرة خاصة واتساعاً في مجرى الفصل في القضايا الخاصة بالأحداث الجانحين، وهذا يؤدي بالتالي إلى تأمين محاكمات جنائية عادلة للأحداث الجانحين ، ومن ثم فإن هذا سيُساهم على تكريس مبدأ الأمن القانوني في فضاء النظام القضائي الجنائي بوجه عام وقضايا الأحداث الجانحين على وجه الخصوص .

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

وتجدر الإشارة انه لا يقصد بتخصص قاضي الأحداث ان يكون متخصصا في احد العلوم الجنائية بل ينبغي ان يكون ملماً بها جميعاً ومتفهما لأصولها حتى يستطيع ان يلجأ إلى المتخصصين في الحالات التي تقتضي ذلك ثم يتفهم نتيجة أعمالهم ويقدرها على ضوء معارفه السابقة.

هذا وقد أوصت مؤتمرات مكافحة الجريمة المنعقدة في عدة مناسبات وأماكن مختلفة في العالم بضرورة العمل على تخصيص قضاة جنائيين ، وكمثال على ذلك فقد أوصت الحلقة الثانية لمكافحة الجريمة التي عقدت في القاهرة سنة ١٩٦٣بضرورة تخصص القاضي الجنائي بعد مرور أربع سنوات من تاريخ تعيينه في منصبه (العكيلي ، حربة ، ٢٠٠٨،ص٥) .

المطلب الثاني

الضمانات الخاصة للأحداث ودورها في ترسيخ مبدأ الأمن القانوني

للمتهم بشكل عام ضمانات يكفلها له القانون أثناء مرحلة المحاكمة ، وإذا كان المتهم (حدث) فقد وضع له القانون ضمانات خاصة لا تتوفر للمتهم البالغ ، ومن أهم هذه الضمانات :

الفرع الأول

سرية المحاكمة

في البداية يمكن القول ان دول العالم وفي مجال الأحداث تعمل على هدف معين هو ان تقوم بتنشئة الأحداث ، وفي حالة ما إذا انحرف احدهم أو بعضهم عن الطريق السوي تحاول بكل ما لديها من جهود ان تعيده إلى هذا الطريق فلا ينزلق إلى مهاوي الجريمة مرة أخرى ، ومن اجل هذا الهدف فان دول العالم وفي معاملتها للحدث الذي يصدر منه فعلاً يعد جريمة بالمفهوم القانوني تختلف عن معاملتها للشخص البالغ عندما يرتكب نفس الفعل ، ومن هذه الاختلافات وفي نطاق دراستنا هي العلانية في المحاكمة ، فإذا كانت القاعدة بالنسبة للبالغين هي علانية الجلسات ، فأن العديد من التشريعات تنص على أجراء محاكمة الحدث بصورة سرية .

فقد نص قانون رعاية الأحداث في المادة (٥٨) (تجري محاكمة الحدث في جلسة سرية بحضور وليه أو احد أقاربه ان وجد ومن ترتأي المحكمة حضورهم من المعنيين بشؤون الأحداث) .

أن المشرع عندما نص على وجوب سرية محاكمة الأحداث ، جعلت من هذه السرية هي الأصل ، أما الغرض منها فيتمثل في توقي الآثار الضارة التي يتعرض لها الحدث ، وذلك لأن السرية تؤدي إلى عدم التشهير به لاسيما في الجرائم المخالفة للآداب ، وتحاشياً للشعور بالغرور الذي قد يسيطر عليه عندما يجد نفسه محط أنظار الحاضرين في قاعة المحكمة واهتمامهم سواء كانوا من الجمهور العادي أو الصحفيين الذين يأتون إلى قاعة المحكمة من أجل نشر إجراءات المحاكمة ، حيث يقوموا بنشر صورته في محل بارز أو رواية وهذا يتسبب في مواقف تظاهرية ترفع من شأنه في نظره .

كما أن من شأن السرية الابتعاد بالحدث عن جو الرهبة الذي يسود المحاكمات العادية وهو ما يضفي الاطمئنان إلى نفسه ويسهل اندماجه داخل المجتمع ، ومما يضفي الاطمئنان أيضا في نفس الحدث هو ما يذهب إليه البعض من ان السرية تساعد على خلق جو من الاتصال بين القاضي والحدث مما يُسهل على القاضي التعرف على شخصية الحدث(الحماد ،٢٠١٢،ص٢٣٢) ،وكنتيجة لهذه الغاية المتوخاة من السرية فإن هذا سيخلق علاقة متبادلة متينة بين مبدأ الأمن القانوني والدعاوى الجنائية المتعلقة بالأحداث الجانحين يضفي كل منهما بظلاله الإيجابية على الآخر،مما يسهم في تطوير النظام القضائي الجنائي .

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

وأن سرية جلسات محاكمة الأحداث تتعلق بالنظام العام ، لذلك فأن مخالفتها يترتب عليه بطلان الإجراءات التي يتم اتخاذها في الجلسة ، والسبب في ذاك ان هذه السرية روعي فيها مستلزمات حق الدفاع ، وذلك بتوفير جو ملائم لنظر دعوى الحدث وبث الطمأنينة في نفسه من جانب ، والابتعاد عما يصاحب العلانية من صخب وتشهير تأثر على مستقبله من جانب ثاني (سلامة ، ١٩٩٢، ص٩٣) .

بما ان جلسات محاكمة الأحداث تجري سراً ، يجب ان لا تجري في المحاكم الاعتيادية ، بل يمكن إجراؤها في غرفة المشورة أو غرفة القضاة ، واذا ما تم إجراء المحاكمة في غرفة المشورة فعلى المحكمة الإشارة إلى أنها قد اتخذت سراً طبقاً لما أوجبه القانون ، أما في حال لم تشر إلى ذلك فأن ذلك يعد قرينة على ان المحاكمة لم تكن سرية مما يجعل الحكم معيب ويستوجب النقض ، أما في حالة إذا رأت المحكمة (محكمة الأحداث) ضرورة أجراء جلساتها في المحاكم الاعتيادية فأن ذلك ممكن ولكن بشرط أن تكون هذه الجلسات في زمان ومكان يختلف عن زمان ومكان محاكمة البالغين(الحماد ، ٢٠١٢،ص٢٣٤) .

ولكن عدم الحضور هذا لا يكفي لتوخي الغاية من سرية محاكمة الأحداث وإنما يجب ان يقرر القانون اتساقاً مع ما يتوخى من وراء السرية عدم جواز نشر محاضر مرافعات محاكمة الحدث وما يستدل منه على هويته ، وهذا ما نصت عليه المادة (٦٣) من قانون رعاية الأحداث العراقي: (لا يجوز ان يعلن عن اسم الحدث أو عنوانه أو اسم مدرسته أو تصويره أو إي شيء أخر يؤدي إلى معرفة هويته ويعاقب المخالف بالحبس لمدة لا تزيد على سنة أو بغرامة لا تزيد على خمسمائة دينار).

وقد اتجهت بعض القوانين إلى توسيع نطاق حظر النشر ، حيث جعلته شاملاً لوقائع المحاكمة ومن هذه القوانين قانون الأحداث الفرنسي الصادر في ٢ فبراير ١٩٤٥المعدل في ٢٤مايو ١٩٥١على حظر نشر أي نص أو صورة تتعلق بشخصية الأحداث الجانحين سواء أكان النشر في كتاب أو صحيفة أو عن طريق الإذاعة أو السينما أو بأية وسيلة أخرى كما أن القانون يحظر – في نفس المادة – نشر مجريات جلسات محاكم الأحداث .

الفرع الثاني

تقدير سن الحدث

تتمثل أهمية تعيين سن الحدث في كون القانون الخاص برعاية الأحداث لا يُطبق إلا على الأحداث الجانحين ، إذ أن أول ما يتبادر إلى الذهن هو معرفة الأشخاص الذين يسري عليهم هذا القانون ، فهو يسري على الأحداث وبذلك يستبعد البالغين من مجال تطبيقه ، والحدث هو كل من أتم التاسعة من عمره ولم يتم الثامنة عشر ، ويعد تقدير سن الحدث من المسائل الجوهرية التي يترتب عليها مصير الحدث ، إذ إن تقدير سنه يعد مسألة ضرورية ووجوبية وتعتبر ضمانة أساسية من الضمانات التي يعطيها المشرع للحدث ويترتب عليها تحديد مسؤوليته ونوع العقوبة أو التدبير الملائم لشخصيته وتحديد المحكمة المختصة للنظر في قضاياه ، ومن ثم فإن هذا يُؤدي إلى استقرار القواعد القانونية واستبعاد الخلط والضبابية التي قد تشوب القضايا الجنائية ، ويتم التأكد من أن الماثل أمام الهيئات القضائية هو (حدث) إما بواسطة الأوراق الرسمية التي تثبت ذلك وفي حال انعدامها فأن للقاضي الاستعانة بالخبرة للتحقق من إن الماثل إمامه هو (حدث) وهذا على وفق ما جاء في نص المادة (٤) من ذات القانون (يثبت عمر الحدث بوثيقة رسمية وعند عدم وجودها أو أن العمر المثبت فيها يتعارض مع ظاهر الحال فعلى المحكمة أحالته للفحص الطبي لتقدير عمره بالوسائل العلمية) .

ويثور تساؤل حول الوقت الذي يعتد به في تقدير سن الحدث خاصة الأحداث الذين يبلغون الحد الأقصى لسن الحداثة في الفترة بين ارتكاب الجريمة ووقت المحاكمة ، فقد حسم قانون رعاية الأحداث في المادة (٦٦) :

أولا : إذا ظهر لمحكمة الأحداث عند النظر في الدعوى ان احد المتهمين كان قد أتم الثامنة عشرة وقت ارتكاب الجريمة فعليها إيقاف المحاكمة بالنسبة للمتهم البالغ سن الرشد ، وأشعار قاضي التحقيق بإحالته إلى المحكمة المختصة .

ثانياً : إذا وجدت المحكمة ان المتهم المحال عليها قد أتم الثامنة عشرة من عمره وقت ارتكاب الجريمة فعليها إحالة الدعوى إلى المحكمة المختصة .

وكذلك نصت المادة (٧٩) :

أولا : إذا ارتكب الصبي جريمة وأصبح وقت الحكم عليه فتى فيحكم عليه بأحد التدابير الخاصة بالصبي ، وعلى محكمة الأحداث عند الحكم عليه بتدبير سالب للحرية أن تقرر إيداعه مدرسة تأهيل الفتيان .

ثانياً : إذا ارتكب الحدث جريمة وأتم وقت الحكم عليه الثامنة عشرة من العمر ، فيحكم عليه بأحد التدابير الخاصة بالفتى أو الصبي تبعاً لوقت ارتكاب الجريمة ، وعلى محكمة الأحداث عند الحكم عليه بتدبير سالب للحرية ان تقرر إيداعه مدرسة الشباب البالغين .

وهذا يعني أن المعيار الذي اعتمده المشرع العراقي عمر المتهم وقت ارتكاب الجريمة فعلى أساسه يتم تحديد القانون والمحكمة المختصة لمحاكمته ، فإذا كان المتهم (حدث) وقت ارتكاب الجريمة فمعنى ذلك انه يستفيد من الإجراءات والضمانات الخاصة المقررة للحدث في قانون رعاية الأحداث .

الفرع الثالث

حضور ممثل من مكتب دراسة الشخصية جلسات المحاكمة

يتألف هذا المكتب في كل محكمة أحداث ويتولى أجراء الفحص الطبي والنفسي والبحث الاجتماعي بناءاً على طلب من محكمة الأحداث لبيان حالة المتهم الحدث العقلية والنفسية والبدنية والاجتماعية والأسباب التي دفعته إلى ارتكاب الجريمة ومدى إدراكه للفعل المنسوب إليه وتقديم التدابير والمقترحات اللازمة لمعالجته ، ويشمل التقرير العوامل الخارجية كالأسرة التي يعيش فيها والأصدقاء ومحل العمل والأمراض التي أصابته في ماضيه وحاضره، وعلى المكتب إرسال من يمثله قانوناً لحضور المحاكمة ومتابعة دعوى الحدث إلى حين صدور قرار نهائي فيها ، وإذا وجد ممثل المكتب ان التدبير المقترح في التقرير يقتضي التعديل في ضوء ما استجد من ظروف أثناء المحاكمة فعليه ان يقدم تقريراً معدلاً بعد التشاور مع مكتب دراسة الشخصية ، وتصدر محكمة الأحداث حكمها في الدعوى مراعيةً ظروف الحدث في ضوء تقرير مكتب دراسة الشخصية (المواد ١٢، ١٤،٦١ من قانون رعاية الأحداث) .

وإن كل هذه المسائل إذا تم الأخذ بها بنظر الإعتبار ستُعد ضمانة جوهرية وحقيقية في جزء مهم من القضاء الجنائي ألا وهو قضاء الأحداث والذي سينعكس إيجاباً على ترسيخ مبدأ الأمن القانوني في النظام القضائي الجنائي .

الخاتمة :

١) ان النظام القضائي العراقي قد اخذ بمبدأ المحاكم الخاصة ولم يأخذ بمبدأ تخصص القضاة ، لأن ممارسة القاضي الجنائي للدعوى الخاصة بالأحداث الجانحين دون تغيير يؤدي به بالتالي إلى تطوير أدائه والفهم الصحيح لعمله ، كما ان التخصص يؤدي إلى فهم جميع الحالات التي تعرض على القاضي، وان مبدأ تخصص القاضي يعني قصر العمل القضائي على فئات معينة

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

مؤهلة تأهيلا قانونيا خاصاً ولديها من الخبرة والتجربة والمزايا الشخصية ما يمكنها من أداء مهمة القضاء بكفاءة ، وتأسيساً على هذا يجب التخصص في مجال قضايا الأحداث قصر ولاية الفصل في القضايا الخاصة بالحدث الجانح وإعداد ذلك القاضي إعدادا خاصاً يؤدي إلى إلمامه بالعلوم الجنائية وفروعها المتعددة وما يرتبط بها ، مع اقتصار عمله على ذلك النوع من القضايا ولا يوكل إليه النظر في مسائل أخرى ، مما يحقق للقاضي خبرة خاصة واتساعاً في مجرى الفصل في القضايا الخاصة بالأحداث الجانحين ،وهذا يؤدي بالتالي إلى تأمين محاكمات جنائية عادلة للأحداث الجانحين ، ومن ثم فإن هذا سيُساهم على تكريس مبدأ الأمن القانوني في فضاء النظام القضائي الجنائي بوجه عام وقضايا الأحداث الجانحين على وجه الخصوص

٢) اتضح لنا ان للسرية وجه ايجابي وهو الابتعاد بالحدث عن جو الرهبة الذي يسود المحاكمات العادية وهو ما يضفي الاطمئنان إلى نفسه ويسهل اندماجه داخل المجتمع ، ومما يضفي الاطمئنان أيضا في نفس الحدث هو ما يذهب إليه البعض من ان السرية تساعد على خلق جو من الاتصال بين المحكمة أو القاضي والحدث يسهل على القاضي التعرف على شخصية الحدث ، وهذا ما يساهم في تكريس الدور الاجتماعي للقاضي ، وكنتيجة لهذه الغاية المتوخاة من السرية فإن هذا سيخلق علاقة متبادلة متينة بين مبدأ الأمن القانوني والدعاوى الجنائية المتعلقة بالأحداث الجانحين يضفي كل منهما بظلاله الإيجابية على الآخر،مما يسهم في تطوير النظام القضائي الجنائي .

٣) إن تقدير سنه يعد مسألة ضرورية ووجوبية وتعتبر ضمانة أساسية من الضمانات التي يعطيها المشرع للحدث ويترتب عليها تحديد مسؤوليته ونوع العقوبة أو التدبير الملائم لشخصيته وتحديد المحكمة المختصة للنظر في قضاياه، ومن ثم فإن هذا يُؤدي إلى استقرار القواعد القانونية واستبعاد الخلط والضبابية اللذان قد تشوبا القضايا الجنائية.

٤) تبين لنا إن المحكمة لا تصدر حكمها في الدعوى إلا بعد مراعاة ظروف الحدث في ضوء تقرير مكتب دراسة الشخصية ،إذ إن كل هذه المسائل إذا تم الأخذ بها بنظر الإعتبار ستُعد ضمانة جوهرية وحقيقية في جزء مهم من القضاء الجنائي ألا وهو قضاء الأحداث والذي سينعكس إيجاباً على ترسيخ مبدأ الأمن القانوني في النظام القضائي الجنائي.

المصادر:

أولاً: الكتب :

١- الحماد ، حسن حماد حميد ، ٢٠١٢، العلانية في قانون أصول المحاكمات الجزائية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت.
٢- سلامة ، مأمون محمد ،١٩٩٢، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري ، ج ٢ ، دار النهضة العربية ، القاهرة .
٣- العكيلي ،عبد الأمير/ حربة، سليم إبراهيم ، ٢٠٠٨، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية ،ج٢، شركة العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة .

ثانياً : القوانين :

١) قانون الأحداث الفرنسي الصادر به أمر في ٢ فبراير ١٩٤٥المعدل في ٢٤مايو ١٩٥١.
٢) قانون التنظيم القضائي ، رقم (١٦٠) لسنة (١٩٧٩).
٣) قانون رعاية الأحداث ، رقم (٧٩) لسنة (١٩٨٣).
٤) قانون الادعاء العام ، رقم (٤٩) لسنة (٢٠١٧).

الحق في الاثبات والاستقرار القانوني

م.م ابراهيم سلمان رشيد
أستاذ في كلية القانون جامعة المشرق

الايميل:ibrahimsalman203@gmali.com

الملخص :

يعد الحق في الإثبات من عناصر الأمن أو الإستقرار القانوني المكونة للأمن ككل فهو من ملامح دولة القانون, و على الرغم من ذلك فإنه لم يتم النص على الأمن القانوني صراحة في الدستور أو النصوص التشريعية، مما يظهر معه صعوبة في تحديد تعريف مثالي للأمن و الاستقرار القانوني. و لكن يمكن تقديم محاولات لذلك، فقد "يعني في حقيقة الأمر أن تكون القواعد القانونية مؤكدة و محددة في تنظيمها للمراكز القانونية أو تضمن تأمين إثبات النتائج بحيث أن كل فرد يستطيع أن يتوقع هذه النتائج و يعتمد عليها بأن يتوقع مقدما نتائج تصرفاته من حيث ماله و ما عليه، وذلك من خلال حق الإثبات ، ومبدأ حجة الأمر المقضي فيه.

Abstract :

The right to proof is one of the elements of security or legal stability that make up security as a whole. It is one of the features of the state of law. Despite that, legal security is not explicitly stipulated in the constitution or legislative texts, which shows difficulty in determining an ideal definition of security and legal stability. . However, attempts can be made for this, as it may “in fact mean that the legal rules are certain and specific in their organization of legal centers or ensure that proof of results is secured so that each individual can expect these results and rely on them by anticipating in advance the results of his actions in terms of his money and What it is, through the right of proof, and the principle of the res judicata argument.

المقدمة :

يجب على الافراد لكي ينالوا حقوقهم ألا يحصلوا عليها بأنفسهم بل لابد من الالتجاء إلى القضاء، فكان من اللازم على كل من يلتجئ إلى القاضي للمطالبة بحق معين إقامة الدليل على هذا الحق، لغرض استقرار المعاملات وتحقق الأمن القانوني، وتجنب الفوضى، لأن حق الإثبات ضروره يستلزمها تنظيم المجتمع، فإذا لم يتمكن صاحب الحق من إقامة الدليل أو بالأحرى على المصدر المنشأ له تجرد هذا الحق من كل قيمة عملية، مما يؤدي إلى عدم تحقق الأمن القانوني، وأن المستندات الالكترونية أخذت مجالها الواسع في المجالات كافة، لذلك يجب تمكين الخصوم من إثبات حقوقهم المثبتة في المستندات الالكترونية، من خلال تشكيل هيئة خاصة لتوثيق المستندات الالكترونية لغرض تحقيق الاستقرار أو الامن القانوني.

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

أهمية الموضوع:

للإثبات أهمية كبرى من الناحية العلمية، لأن الحق يفقد قيمته العلمية، إذا عجز صاحبه– عند المنازعة- أن يقدم الدليل على مصدر هذا الحق، ويعد الحق في الاثبات من عناصر الأمن أو الإستقرار القانوني والعالم يتغير ويتجه إلى العالم الرقمي ولم تعد المستندات الكتابية الوحيدة في مجال الإثبات بل أخذت المستندات الالكترونية مجالها الواسع في كافة المجالات.

إشكاليات البحث:

يرمي هذا البحث إلى الإجابة على تساؤلات من أهمها، وجود عدة نصوص تشريعية، لا يتم العمل بها الخاصة بحق الإثبات وابرزها توثيق المستندات الالكترونية؟ وما هو السبب في عدم تشكيل جهة أو هيئة حكومية لغرض اصدار شهادة التوثيق الالكتروني؟ وهل يعد حق الإثبات عنصر من عناصر الاستقرار القانوني أو الامن القانوني؟

وللإجابة على هذه التساؤلات اتبعنا خطة مكونة من مبحثين، حيث تطرقنا في المبحث الاول إلى مفهوم الحق في الإثبات أما في المبحث الثاني وضحنا احكام الحق في الإثبات والاستقرار القانوني.

المبحث الأول: مفهوم الحق في الإثبات

تمهيد وتقسيم:

يعد مفهوم الحق في الإثبات من عناصر الاستقرار القانوني، ولغرض بيان أهمية الموضوع يجب توضيح بعض المفاهيم المرتبطة ارتباطاً كبيرا باستقرار القاعدة القانونية، لذلك قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين نبين في المطلب الأول ماهية الحق في الإثبات، ونبين في المطلب الثاني مذاهب الإثبات ومبادئه، وذلك كالآتي:

المطلب الاول: ماهية الحق في الاثبات.

المطلب الثاني: مذاهب الاثبات ومبادئه.

المطلب الأول: ماهية الحق في الإثبات

نبين في هذا المطلب تعريف الحق في الإثبات، وصولا لتعريف الاستقرار القانوني

الفرع الأول ونبين في الفرع الثاني أهمية الإثبات وذلك كالآتي:

الفرع الأول: تعريف الإثبات والاستقرار القانوني.

الفرع الثاني: أهمية الإثبات.

الفرع الأول: تعريف الإثبات والاستقرار القانوني

نبين في هذا الفرع تعريف الإثبات، وصولا لتعريف الاستقرار القانوني

وكالآتي:

أولا: تعريف الإثبات

يقصد بالإثبات في اللغة الدوام والاستقرار وهو مشتق من الفعل الثلاثي ثبت، كأن يقال: ثبت فلان في المكان يثبت ثبوتا، فهو ثابت إذا أقام به، والثبت- بفتح الباء- أي الحجة والبينة،

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

وأثبت حجته: أقامها وأوضحها، والتثبيت: الثابت العقل([١]) وثبت الشيئ ثباتاً وثبوتاً فهو ثابت. ويقال: ثبت فلان في المكان يثبت ثبوتاً فهو ثابت, إذا قام به, ورجل له ثبت, بالتحريك, عند الجملة أي ثبات([٢]).

والإثبات بمعناه القانوني هو إقامة الدليل أما القضاء بالطرق التى حددها القانون، على وجود واقعة قانونية ترتب آثارها([٣]) وكان الإثبات القضائى مقيداً إلى هذا الحد، فإن الحقيقة القضائية تصبح غير متفقة حتما مع الحقيقة الواقعية، بل كثيراً ما تنفرج المسافة ما بين الحقيقتين، وتجافي إحداهما الأخرى. وفى هذا ما يجعل الحقيقة القضائية فى بعض الحالات منعزلة عن الواقع، بل بعيدة عن الحق، أقرب إلى أن تكون مصطلحاً فنياً منها حقيقة واقعية([٤])، وهذا هو المعنى القانوني للإثبات القضائي، تمييزا له عن الإثبات بالمعنى العام([٥])([٦]) وينصب الإثبات في البداية على واقعة قانونية وليس على حق من الحقوق سواء كان ذلك الحق متنازع فيه أو عليه، وتعتبر تلك الواقعة هي مصدر الحق، كما قد تكون تلك الواقعة تصرفا قانونيا أو واقعة مادية([٧]).

وفيما يتعلق بالنتائج فإنه طبقاً لمبدأ حجية الشيء المقضي به وعملا على استقرار المعاملات فإن ما يثبت أمام القضاء يعتبر حقيقة قضائية لا تقبل اثبات العكس ولا تجوز اثارتها أمام القضاء مرة أخرى، وعلى العكس من ذلك فإن النتائج التي يصل إليها الباحث العلمي تعتبر مجرد فروض راجحة بصفة مؤقتة بحيث يجوز لأي باحث آخر أن يصل في أي وقت لاحق إلى نتائج مخالفة للنتائج العلمية السابقة اثباتها([٨]).

ثانيا: تعريف الاستقرار القانوني

يقصد بالاستقرار القانوني، أن تكون القاعدة القانونية مؤكدة ومحددة في ضبطها المراكز القانونية، وأن تضمن تأمين النتائج، أي يسمح للفرد أن يتوقع هذه النتائج ويعتمد عليها في تصرفاته من حيث ما له وما عليه، بناءً على هذه المعطيات([٩]) وأن منع كل فرد من اقتضاء حقه بنفسه بالقوة، وهو الاسلوب الذي كان سائداً في العصر البدائي، فيستتب الأمن عندما، يكف الأشخاص عن اللجوء إلى العنف في سبيل الحصول على حقوقهم، ويلجؤون إلى السلطات العامة للفصل فيما ينشأ بينهم من منازعات، وببلوغ هذا الهدف فإن المشرع لا يترك للقاضي تنظيم

---

[١] د. خالد السيد محمد عبد المجيد موسى، شرح قواعد الإثبات الموضوعية، دراسة مقارنة، مكتبة القانون والاقتصاد، الطبعة الأولى، الرياض، ٢٠١٤، ص٢١.

[٢] ابراهيم بن محمد الفائز, الاثبات بالقرائن في الفقه الاسلامي, مكتبة اسامة, الرياض. ١٩٨٣, ص٤٦.

[٣] د. محمد عزمي البكري، في قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، المجلد الأول، دار محمود للنشر والتوزيع، ٢٠٢١، ص١٣، د. احمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات – آثار الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ١٩٦٨، ص١٤.

[٤] أ.د احمد عبد الرزاق السنهوري, الوسيط في شرح القانون المدني,ج٢, نظرية الالتزام بوجه عام, دار القلم بيروت لبنان, ص١٦.

[٥] د. محمد عزمي البكري، مرجع سابق، ص١٣.

[٦] أما الإثبات العلمي ينصب على أمر من الأمور، يقوم البرهان عليه بأية وسيلة ومن أي طريق، ويساهم فيه كل من يريد من الأفراد، وتظل الحقيقة العلمية بعد هذا قابلة للنظر والنقاش على وجه الدوام د. محمد عزمي البكري، مرجع سابق، ص١٣.

[٧] د. خالد السيد محمد عبد المجيد موسى، مرجع سابق، ص٢٤.

[٨] د. سمير عبد السيد تناغو، أحكام الالتزام والإثبات، ط١، مكتبة الوفاء القانونية الإسكندرية، ٢٠٠٩م، ص٦.

[٩] بن يوب جهيد، دولة القانون بين قعلية الأمن القانوني ومقتضيات حكومة القضاء، اطروحة دكتوراه، جامعة عبد الرحمن ميرة–بجاية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، ص٧٠.

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

العلاقات بين الاشخاص حسب كل حالة على حده، بل يضع قاعدة عامة تنظم بها حالة نموذجية تندرج تحتها كل الحالات التي تتفق في الطبيعة والنوع مع تلك الحالة النموذجية([1]).

ومبدئيا الاستقرار القانوني يخص القوانين المكتوبة ويشترط في القانون المكتوب بجميع أنواعه دستورا، تشريعا، تنظيما، وحتى اجتهادا، نوعا من الاستقرار والثبات والابتعاد قدر المستطاع عن التعديلات المتكررة التي استلزمها الإنتاج الرديء للقانون، لما لذلك من تأثير على حقوق الأشخاص المكتسبة واستقرار مراكزهم القانونية، وبالتالي لتكريس ذلك يجب عند صياغة القاعدة القانونية اعتماد التوقع والاستشراف والنظرة البعيدة إلى المستقبل الضبطي، من أجل أن يكون تأثير المعايير القانونية مرن غير جامد وإنتاجيتها الضبطية مستمرة، ولتنظيم وحماية المراكز القانونية في الحاضر وقت صدورها وفي المستقبل، وهو ما يجسد احترام التوقيتات المشروعة في القاعدة القانونية([2]).

لذلك تعني فكرة استقرار القاعدة القانونية (الامن القانوني) ضرورة التزام السلطات العامة بتحقيق قدر من الثبات النسبي للعلاقات القانونية، وحد ادنى من الاستقرار للمراكز القانونية المختلفة، بهدف اشاعة الأمن والطمأنينة بين اطراف العلاقات القانونية من اشخاص قانونية عامة وخاصة، بحيث يتمكن هؤلاء الاشخاص من التصرف باطمئنان وترتيب اوضاعهم، على ضوء القواعد والانظمة القانونية القائمة وقت قيامها بأعمالها، دون التعرض لمفاجأة أو تصرفات مباغتة صادرة عن السلطات العامة يكون من شأنها زعزعة هذه الطمأنينة أو العصف بهذا الاستقرار، كأن تقرر السلطات العامة تطبيق قواعد قانونية جديدة بأثر رجعي، أو تقرر المساس بالحقوق المكتسبة للافراد التي استمدوها بطريق مشروعة من القوانين القائمة ويحدد القانون في النظام القانوني أولاً واخيراً الآثار التي تترتب على مسلك معين بحيث يكون في مقدور كل شخص أن يدرك سلفاً نتائج أعماله([3]).

وتطبيقاً لمبدأ الاستقرار القانوني قضت محكمة النقض المصرية أن "حجية الأمر المقضي . مناطها . وحدة الموضوع بين الدعوى التي سبق الفصل فيها والدعوى المطروحة . شرطه . تناقش الطرفين في المسألة الأساسية المقضي فيها بالدعوى الأولى واستقرار حقيقتها بينهما بالحكم الأول استقرارًا جامعًا مانعًا . أثره . ما لم تنظر فيه المحكمة لايكون موضوعًا لحكم يحوز قوة الأمر المقضي"([4]).

الفرع الثاني: أهمية الإثبات

للإثبات أهمية كبرى من الناحية العلمية، لأن الحق يفقد قيمته العلمية، إذا عجز صاحبه- عند المنازعة- أن يقيم الدليل على مصدر هذا الحق. بل إن كثيرا من المتقاضين يخسرون دعاواهم، ويفقدون بالتالي حقوقهم لأنهم لم يستطيعوا تقديم الدليل الذي يتطلبه القانون لإثبات هذه الحقوق. وذلك يقال إن الحق إذا لم يقم عليه دليل فإنه يصبح عند المنازعة هو والعدم سواء، وأن الدليل هو الذي يحمي الحق ويجعله مقيدا([5]) .

---

[1] علي حميد كاظم الشكريي، تمييز استقرار المعاملات المالية من استقرار القاعدة القانونية، بحث منشور في الموقع الالكتروني، https://almerja.com/reading.php?idm=151066

[2] بن يوب جهيد، مرجع سابق، ص٧١.

[3] علي حميد كاظم الشكريي، مرجع سابق، https://almerja.com/reading.php?idm=151066

[4] نقض مدني مصري رقم ١١٧١ لسنة ٨١ قضائية في ٢٠٢١/١٢/١٣، الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصرية www.cc.gov.eg

[5] د. محمد عزمي البكري، مرجع سابق، ص١٤.

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

وترتبط أهمية الإثبات ارتباطا وثيقا بالقاعدة التي تقضي بأن الإنسان لا يستطيع أن يقتضي حقه بنفسه، فلما كان من المتعين على الأفراد لكي ينالوا حقوقهم ألا يحصلوا عليها بأنفسهم بل لابد من الالتجاء إلى القضاء، فكان من اللازم على كل من يلتجئ إلى القاضي للمطالبة بحق معين إقامة الدليل على هذا الحق، وعلى ذلك فيعد الإثبات ضروره يستلزمها تنظيم المجتمع وتوزيع السلطات فيه، فإذا لم يتمكن صاحب الحق من إقامة الدليل عليه، أو بالأحرى على المصدر المنشأله تجرد هذا الحق من كل قيمة عملية([1]).

ومثال ماتقدم إن الأصل في الحقوق العينية أن يكون الحائز صاحب الحق العيني الذي يخول صاحبه سلطة مباشرة على شيء معين، وتخلق هذه السلطة وضعا ظاهرا لصالح من يباشره. فمن حاز منزلا يكون الظاهر أنه مالكه، ولا يطلب منه إقامة الدليل على ملكيته، ولذلك فمن يدعي ملكيته شيئا في حيازة أخر يكون مدعيا خلاف الظاهر، وعليه عبء إثبات مايدعيه، فإذا نجح في إثبات ادعائه المخالف للوضع الظاهر، أصبح هذا الادعاء ثابتا عرضا ووجب على من يدعي العكس إثبات ذلك([2]).

المطلب الثاني: مذاهب الإثبات ومبادئه

نبين في هذا المطلب مذاهب الإثبات والاستقرار القانوني، في الفرع الأول ونبين في الفرع الثاني مبادئ الإثبات والاستقرار القانوني وذلك كالآتي:

الفرع الأول: مذاهب الإثبات والاستقرار القانوني.

الفرع الثاني: مبادئ الإثبات والاستقرار القانوني.

الفرع الأول: مذاهب الإثبات والاستقرار القانوني

نبين في الفرع مذاهب الإثبات ودور الخصوم والقاضي فيها وذلك كالآتي:

أولا- مذهب الإثبات المطلق أو الحر:

وفي هذا المذهب لا يحدد القانون طرقاً معينة للإثبات، وإنما يكون الخصوم أحرارا في اختيار الأدلة التي يرون أنها تؤدي إلى اقتناع القاضي، ويكون للقاضي أن يقوم بدور إيجابي يساعد به الخصوم على إكمال ما في أدلتهم من نقص، بل يستطيع أن يقضي بعلمه الشخصي بالوقائع. وهذه الحرية الواسعة للقاضي تجعل الحقائق القضائية التي يصل إليها في حكمه مطابقة إلى درجة كبيرة للحقائق الواقعية في موضوع النزاع. ولكن يعاب على هذا المذهب أنه لا يحقق الثقة والاستقرار في التعامل وذلك لاختلاف التقدير من قاضٍ إلى آخر هذا وقد يكون القاضي مغرضاً فيحكم بما يهوى دون رقابة عليه من القانون([3]).

ومن خلال ما تقدم **يرى الباحث** أن المذهب المطلق أو الحر لايمكن أن يحقق فكرة الأمن القانوني أو الاستقرار القانوني لأن هذا المذهب لا يحدد طرقاً معينة للإثبات مما لا يؤدي إلى الاستقرار القانوني.

ثانيا- مذهب الإثبات المقيد أو القانوني:

طبقا لهذا المذهب يحدد القانون طرق الإثبات كما يحدد كذلك قيمة كل من هذه الطرق فلا يستطيع المتقاضون إثبات حقوقهم بغير هذه الطرق، ولا يمكن للقاضي أن يقبل طرقاً غير التي حددها القانون، ولا يستطيع أن يعطي لها غير القيمة التي حددها القانون لهذه الطرق وموقف القاضي في هذا المذهب سلبي بحيث لا يستطيع أن يقضي بعلمه الشخصي، ولا أن

---

[1] د. خالد السيد محمد عبد المجيد موسى مرجع سابق، ص١٠.

[2] د. محمد عزمي البكري، مرجع سابق، ص٦٢.

[3] د. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دارالهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ٢٠٠٩، ص٨. انظر، د. احمد عبد الرزاق السنهوري، ص٢٨.

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

يساهم في جميع الأدلة، وإنما يتعين عليه أن يكون حكمه على ضوء ما قدمه الخصوم من أدلة في الدعوى. وواضح أن هذا المذهب يحقق الاستقرار في التعامل كما يبعث الثقة والاطمئنان في نفوس المتقاضين([١]).

ومن خلال ما تقدم **يرى الباحث** أن مذهب الإثبات المقيد يمكن أن يحقق فكرة الأمن القانوني أو الاستقرار القانوني؛ لأن هذا المذهب يحدد طرقاً معينة للإثبات مما يؤدي إلى الاستقرار القانوني؛ أي في حقيقة الأمر أن تكون القواعد القانونية مؤكدة و محددة في تنظيمها للمراكز القانونية أو تضمن تأمين إثبات النتائج، بحيث أن كل فرد من المتقاضين يستطيع أن يتوقع نتائج حقه في الإثبات، و يعتمد عليها بأن يتوقع مقدما نتائج تصرفاته من حيث ماله و ما عليه. ولكن يؤخذ على هذا المذهب حرية التقدير عند القاضي معدومة، ولايستطيع المتقاضون إثبات حقوقهم بغير طرق الإثبات التي حددها القانون.

ويرى جانب من الفقه أن الاستقرار يتحقق في عدم تغير القانون تماما، وذلك من خلال العمل على منح قدسية للقاعدة القانونية مهما تغيرت الأوضاع وظروف تطبيقها، وكذا بالعمل على استقرار البيئة الاجتماعية والاقتصادية الموجه إليها القاعدة القانونية، بمعنى أنه توجُه يهدف إلى استقرار القاعدة القانونية على حساب تطور الأوضاع الاجتماعية ومتطلبات الضبط العام، لكن هذا النوع من الاستقرار لا يكرس الأمن القانوني لأنه يجسد استقرار القاعدة القانونية على نحو غير واقعي، باعتبار أن الواقعية تحقق بقانون يحمي ويقدس الأوضاع المراد ضبطها وليس العكس ويساير التغيرات في بيئة تطبيقيه([٢]).

ثالثا- مذهب الإثبات المختلط:

هذا المذهب يتوسط بين المذهبين السابقين، فهو يأخذ ما فيهما من مزايا، ويتلافى ما فيهما من عيوب. فهو يأخذ بمبدأ حياد القاضي ويحدد الأدلة، كما يعين بعضها في الإثبات، وبذلك يتحقق الاستقرار في المعاملات، ويتلافى تحكم القاضي ولكنه في الوقت نفسه يخفف من مساوئ الإثبات المقيد بإعطاء القاضي سلطة واسعة في تقدير الأدلة التي يحدد لها القانون قوة معينة كالبينة والقرائن القضائية، فحيث تجوز البينة، يستطيع القاضي أن يأخذ بها أو يطرحها، كما يستطيع عند اختلاف الشهود تغليب شهادة القلة على شهادة الكثرة، وله الحرية في توجيه اليمين المتممة، وفي هذا ما يقرب بين الحقيقة القضائية والحقيقة الواقعية الأمر الذي يكفل حسن سير العدالة([٣]).

وحسب ماتقدم بيانه، أن الاستقرار لا يعني ثبات النصوص القانونية بصورة مطلقة وجامدة رغم تغُّير الأوضاع التي شرعت من أجلها أو أستشراف لها، فالتراجع في بعض المعايير أو تكييفها مع الواقع عند الضرورة من سمات القوانين الخادمة للمجتمع، فبعد إنتاج نص قانوني ذو جودة مستعينا في عملية إنتاجه على معايير الاستشراف المستقبلي للأوضاع المراد ضبطها، فإن جوهر وغاية هذا المنتوج المعياري، هو مسايرة الوضع الاجتماعي والتفاعل ضبطيا معه، فاستقرار القانون لا يتعارض مع فكرة مسايرة التعديلات ومواكبتها للتحولات الضرورية التي يعرفها المجتمع المعاصر، بشرط أن يتم ذلك في إطار حملة إعلام واسعة كإجراء انتقالي يضمن العلم للجميع حتى يتدبروا أمرهم في ضوئه([٤]).

---

[١] د. محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص١٠.

[٢] بن يوب جهيد مرجع سابق، ص٧٤.

[٣] د. محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص١٠، انظر د. احمد عبد الرزاق السنهوري، ٢٩.

[٤] بن يوب جهيد، مرجع سابق، ص٧٤.

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

الفرع الثاني: مبادئ الإثبات والاستقرار القانوني

نبين في هذا الفرع مبدأ حياد القاضي و مدى علاقة مبادئ الإثبات بالنظام العام، وتحديد محل الإثبات ، وقواعدة توزيع عبء الإثبات، وذلك كالآتي:

أولا: مبدأ حياد القاضي

لايقصد بمبدأ حياد القاضي عدم تحيزه فوق منصة القضاء لأن هذا بديهة لا يتصور أن تقوم بغيرها سلطة قضائية إنما يقصد بمبدأ حيادة القاضي في نظرية الإثبات أن يقوم القاضي بدور المحكم بين الخصوم بحيث يكون موقفه من الدعوى سلبيا فيقتصر دوره على تقدير ما يقدمونه بالطرق التي قررها القانون من أدلة في الدعوى ليعتبر الوقائع المدعاة ثابتة أو غير ثابتة ولا يجوز له أن يعتمد على معلوماته الشخصية أو يعمد من جانبه إلى جمع أدلة أخرى(١) لذلك إن موقف القاضي في الإثبات هو موقف الحياد التام (٢).

ثانيا: قواعد الإثبات والنظام العام

القواعد الموضوعية لاتتعلق بالنظام العام، والقواعد الموضوعية هي التي تحدد محل الإثبات وعبئه وطرقه فلا تعتبر من النظام العام لأنها وضعت لحماية الخصوم لذا فإنه يجوز الاتفاق على ما يخافها إلا إذا وجد نص يقضي بغير ذلك(٣) وقضت في ذلك محكمة النقض المصرية " قواعد الإثبات . عدم تعلقها بالنظام العام . "(٤) ولا يستثنى من ذلك إلا الاتفاقات الخاصة بقواعد لا يختلف أحد فى أنها متعلقة بالنظام العام، كالقواعد الخاصة بإثبات الميلاد والوفاة والزواج وإثبات النسب والقوعد الخاصة بوجوب مناقشة الأدلة التى يقدمها الخصوم وبقوة الأوراق الرسمية ونحو ذلك(٥).

ثالثا: محل الإثبات

إذا ادعى شخص بحق أمام القضاء فإنه يجب عليه – حتى يحكم له بما يدعي – إقامة الدليل على الواقعة القانونية المنشئة لهذا الحق فمن يدعي دينا في ذمة آخر عليه أن يثبت مصدره هذا الدين، أي الواقعة التي أنشئت هذا الالتزام، العقد أو الإرادة المنفردة أو العمل غير المشروع أو الإثراء بلا سبب أو الواقعة الطبيعية التي رتب عليها القانون هذا الالتزام فإذا استطاع المدعي أن يثبت هذه الواقعة القانونية فإنه يكون بذلك قد أثبت وجود الحق المطالب به فمحل الإثبات يقتصر على الواقعة القانونية والخصم يقيم الدليل على وجودها أما الأثر الذي يرتبه القانون عليها يدخل في مهمة القاضي الذي يطبق القانون على تلك الواقعة ليستخلص أثرها القانوني(٦).فمحل الإثبات إذن ليس هو الحق المدعى به ولا أى أثر قانونى آخر يتمسك به المدعى فى دعواه ، وإنما هو المصدر القانونى الذى ينشئ هذا الحق أو هذا الأثر . والواقعة القانونية التى هى محل الإثبات(٧).

---

[١] د. محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص١٤.

[٢] أ.د احمد عبد الرزاق السنهوري, الوسيط في شرح القانون المدني,ج٢, نظرية الالتزام بوجه عام, دار القلم بيروت لبنان, ص٣٢٣.

[٣] د. محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص١٧، انظر د. احمد عبد الرزاق السنهوري، ٢٩.

[٤] نقض مدني مصري، رقم ٨٢٨٩ لسنة ٨٥ قضائية، الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصرية www.cc.gov.eg

[٥] أ.د احمد عبد الرزاق السنهوري, الوسيط في شرح القانون المدني,ج٢, نظرية الالتزام بوجه عام, دار القلم بيروت لبنان, ص٩٢.

[٦] د. محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص٢١.

[٧] أ.د احمد عبد الرزاق السنهوري, الوسيط في شرح القانون المدني,ج٢, نظرية الالتزام بوجه عام, دار القلم بيروت لبنان, ص١٦.

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

رابعا: عبء الإثبات

القاعدة في توزيع عبء الإثبات هي أنه على المدعي، والمدعي في هذا الخصوص ليس حتما من رفع الدعوى وإنما هو من يدعي خلاف الوضع الثابت أصلا أو عرضاً أو ظاهراً[١] وسوف يتم بيان عبء الإثبات في المطلب الاول من المبحث الثاني في هذا البحث.

المبحث الثاني: أحكام الحق في الإثبات والاستقرار القانوني

إن أحكام الحق في الإثبات من عناصر الاستقرار القانوني، ولغرض بيان حق الخصوم في الإثبات يجب توضيح آلية التحقق من حق الخصوم في الإثبات متى كان جائزا قانونا وكانت الوسيلة الوحيدة للخصم في الإثبات، لذلك قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين نبين في المطلب الأول حق الخصوم في الإثبات، ونبين في المطلب الثاني المكلف بعبء الإثبات لتحقق الاستقرار القانوني، وذلك كالآتي:

المطلب الأول: حق الخصوم في الإثبات.

المطلب الثاني: المكلف بعبء الإثبات لتحقق الاستقرار القانوني.

المطلب الأول: حق الخصوم في الإثبات

إن قواعد الإثبات تتصل أشد الاتصال بموضوع الحق، وأكبر دليل على ذلك أن الإثبات هو بحسب الأصل من عمل الخصوم[٢] وقضت في ذلك محكمة النقض المصرية " حالة الدعوى للتحقيق متى كان جائزا قانونا وكانت الوسيلة الوحيدة للخصم في الإثبات . علة ذلك . اعتبار رفضها مصادرة لحقه في وسيلته الوحيده في الإثبات "[٣] لذلك يتطلب منا بيان مظاهر حق الخصوم في الإثبات والقيود التي ترد على هذا الحق، وكالآتي:

الفرع الأول: مظاهر حق الخصوم في الإثبات.

الفرع الثاني: القيود الواردة على حق الخصوم في الإثبات.

الفرع الاول: مظاهر حق الخصوم في الإثبات

اولا: حق الخصم في إثبات ما يدعيه

حق الخصوم في الإثبات هو التعبير الإيجابي عن مبدأ حياد القاضي، فالدعوى هي ملك الخصوم، تبدأ حياتها بطلب يوجهه خصم إلى خصمة الآخر، ومقدم الطلب هو المدعي وعليه يقع عبء إثبات مايدعيه، والطرف الآخر هو المدعي علية ومن حقه أن يدفع طلب المدعي بكل وسائل الإثبات التي يملكها، والقاضي يقف موقفاً حيادياً من الخصمين، وعليه أن يمكن كل منهما من إثبات ما يدعيه هجوماً أو دفاعاً، وهو إذا منع أحدهما من ذلك كان مخلا بحق الخصوم في الإثبات والدفاع[٤]، وقضت في ذلك محكمة النقض المصرية " حالة الدعوى للتحقيق متى كان جائزا قانونا وكانت الوسيلة الوحيدة للخصم في الإثبات . علة ذلك . اعتبار رفضها مصادرة لحقه في وسيلته الوحيده في الإثبات "[٥] وعلى الخصم أن يثبت ما يدعيه أمام القضاء بالطرق التي بينها القانون. فموقفه في الإثبات موقف إيجابي، وليس هذا واجباً عليه فحسب، بل هو أيضاً حق له، فللخصم أن يقدم للقضاء جميع ما تحت يده أو مايستطيع إبرازه من الأدلة التي يسمح بها

[١] د. محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص٣٣.

[٢] د. سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص١١.

[٣] نقض مدني مصري، رقم ١٣١٥٥ لسنة ٧٩ قضائية، الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصريةwww.cc.gov.eg

[٤] د. سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق،ص٢٣.

[٥] نقض مدني مصري، رقم ١٣١٥٥ لسنة ٧٩ قضائية، في ٢٠٢١/١٢/٧، الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصرية مرجع سابق.

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

القانون تأييداً لما يدعيه، فإن لم يمكنه القاضي من ذلك كان هذا إخلالا بحقه، وكان سبباً للطعن في الحكم بالنقض([1]).

ثانياً: حق الخصم الآخر إثبات عكس ما إثبته خصمه

حق الخصم في الإثبات يقابله حق الخصم الآخر في إثبات عكس ما أثبته خصمه([2]) ومثال هذا إذا كان الدليل الذي قدمه الخصم ورقة مكتوبة، فإن كانت ورقة عرفية كان للخصم الآخر أن ينكر خطه أو إمضاءه أو أن يطعن فيها بالتزوير، وفي جميع الأحوال يجوز للخصم الآخر – فيما لايتحتم فيه الطعن بالتزوير- أن يثبت عكسه ماهو ثابت ضده بالكتابة على أن يكون إثبات العكس بكتابة مماثلة وفقاً للأحكام التي قررها القانون. وإذا كان الدليل المقدم قرينة قضائية، فللخصم الآخر أن يدحض هذه القرينة بقرينة مثلها أو بأي طريق آخر. ويتبين من كل ذلك أن الأصل في الدليل الذي يقدمه الخصم تمكين الخصم الآخر من نقضه، وأن حق الخصم في إثبات مايدعيه يقابله حق الخصم الآخر في إثبات العكس([3]).

ثالثاً: حق الخصوم في مناقشة الأدلة التي تقدم في الدعوى

يعد حق الخصوم في مناقشة الأدلة التي تقدم في الدعوى أحد مظاهر حق الخصوم في الإثبات، ولكي يتمكن الخصوم من مناقشة هذه الأدلة يجب إعلامهم بأدلة الإثبات التي يقدمها الخصم الآخر، كما يترتب على حق الخصوم في مناقشة الأدلة أنه يجب على القاضي ألا يقضي بعلمه الشخصي([4]).

الفرع الثاني: القيود الواردة على حق الخصوم في الإثبات

أولا: لايجوز للخصم أن يصطنع دليل لنفسه

الأصل أن الدليل الذي يقدم ضد الخصم يكون صادراً منه حتى يكون دليلا عليه([5])، لذلك لا يجوز للخصم أن يصطنع دليلا لنفسه، قاعدة منطقية تفرضها طبيعة الأشياء، إذ لو جاز أن يصطنع أي شخص دليلا لنفسه ضد آخر، لما أمن انسان على نفسه أو ماله، ولتعرض كل شخص لادعاءات لا حصر لها يصطنع أدلتها أشخاص آخرون ضده، وفي هذا تعارض ليس فقط مع المبادئ العامة للاثبات، بل مع جوهر القانون وأساس وجوده وهو العدل والنظام([6]) وقضت في ذلك محكمة النقض المصرية " الخصم لا يجوز له أن يصطنع لنفسه دليلاً على خصمه لما يداخله من شبهة مصلحته الخاصة فيما يدلى به من معلومات بشأن الواقعة المشهود عليها. "([7])

---

[1] د. احمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات– آثار الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ١٩٦٨، ص٣٤.

[2] د. سمير عبد السيد تناغو مرجع سابق، ص٢٤.

[3] د. احمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات– آثار الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ١٩٦٨، ص٣٦.

[4] مصطفى كامل، مقال منشور على الموقع الالكتروني،
/https://jordan-lawyer.com/2021/10/23/litigants-right-to-prove

[5] د. احمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات – آثار الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ١٩٦٨، ص٣٦.

[6] د. سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص٢٧.

[7] نقض مدني مصري، رقم ١٠٩١٥ لسنة ٧٩ قضائية، الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصرية، www.cc.gov.eg

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies

ومن ناحية أخرى فإن القانون يجيز للشخص في بعض الحالات الاستثنائية، ومراعاة لبعض الاعتبارات الخاصة أن يتمسك بدليل اصطنعه لنفسه([١]).

ثانياً: لايجوز إجبار الخصم على تقديم دليل ضد نفسه

قدمنا أنه لايجوز للخصم أن يصطنع دليلا لنفسه. ويقابل ذلك أنه لا يجوز إجبار الخصم على تقديم دليل ضد نفسه فكلما أن الخصم لا يستفيد من دليل صنعه لنفسه، كذلك هو لا يضار بتقديم دليل ضد نفسه([٢]) فهذه القاعدة يناهضها التزام اخلاقي على عاتق كل خصم بأن يسعى إلى قول الصدق وإثبات الحقيقة ومهما قيل من عدم اطلاق هذا الالتزام، إلا أنه لا يجوز القول بعكسه أي بحق الخصم في التستر على الحقيقة واخفائها، وخاصة بعد الاعتراف للقاضي بدور ايجابي في اجراءات الإثبات بهدف الوصول إلى الحقيقة ومهما كان مسلك الخصوم أو ما تمليه مصلحة كل منهم، فإذا ما انتهينا إلى المصلحة العليا للعدالة تسمو على مصلحة الأفراد الخاصة، وإذا ما استعنا بالحجة الفنية المستمدة من أحكام الشرط في نظرية الالتزام، فإننا نستطيع القول بعد ذلك أنه يجوز إجبار الخصم على أن يقدم دليلا تحت يده حتى ولو كان ضد نفسه، وجوز من باب أولى أن يوجه هذا الطلب إلى أي شخص آخر غير خصم في الدعوى ولا يضار شخصياً من تقديم هذا الدليل([٣]).

المطلب الثاني: المكلف بعبء الإثبات لتحقق الاستقرار القانوني

الفرع الأول: عبء الإثبات في الدعوى

يتمثل تحديد من يكلف بهذا العبء من الناحية العملية أهمية بالغة لتحقق الاستقرار القانوني أو الأمن القانوني. فالحكم في الدعوى يتوقف عمليا على مدى استطاعة من يتحمل عبء الإثبات تقديم الدليل على ما يدعي، وعجزه عن ذلك يعني خسارته لدعواه، إذ يترتب على ذلك أن يصدر القاضي حكمه ضده ولصالح خصمه رغم أن هذا الأخير قد وقف موقفا سلبيا مكتفيا بمنازعة الطرف الأخر في ادعائه دون أن يكلف بإثبات صدق مايدعيه([٤]).

وعبء الإثبات من ناحية المبدأ، يتحمله المدعي في الأصل، سواء كان دائناً يدعي ثبوت الدائنية أو مديناً يدعي التخلص من المديونية، ولكن يبقى أن تحدد على وجه الدقة من هو المدعي؛ أولا هو من يرفع الدعوى على الغير يطالبه بحق معين، فهو مدع في دعواه هذه، وعليه عبء إثبات ما يدعيه، ولكن ليس من الضروري أن يكون المدعي هو من يرفع الدعوى، فقد يدفع المدعي عليه الدعوى بدفع فيصبح مدعياً في هذا الدفع، وعليه هو يقع عبء إثباته. فيمكن إذا لأول وهلة أن نقول إن من يتحمل عبء الإثبات هو المدعي في الدعوى والمدعي عليه في الدفع، فكلاهما مدع في دعواه([٥]) وقضت في ذلك محكمة النقض المصرية "أن المدعى هو

---

[١] على سبيل المثال: حيث نصت المادة (٤٨/رابعاً) من قانون الاثار والتراث العراقي النافذ رقم ٥٥ لسنة ٢٠٠٢، "تعد التقارير المرفوعة من السلطة الاثارية بتحديد المواقع الاثارية والابنية التراثية أو المواد الاثارية والتراثية أو المزورة من ادلة الإثبات أمام المحاكم" ونلاحظ على هذا النص في حالة وجود نزاع أو دعوى احد الخصوم هو رئيس الهيئية العامة للاثار والتراث/اضافة لوظيفته، في هذا الحالة يتحقق الاستثناء في القاعدة العامة، لايجوز للخصم أن يصطنع دليل لنفسه.

[٢] د. احمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات – آثار الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ١٩٦٨، ص٣٨.

[٣] د. سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص٣٠.

[٤] سايكي وزنة، إثبات الخطأ الطبي أمام القاضي المدني، رسالة ماجستير، جامعة مولود معمري– تيزي وزو كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، ٢٠١١، ص٥٢.

[٥] انظر د. احمد عبد الرزاق السنهوري، ص٦٨–ص٦٩.

الملزم بإقامة الدليل على ما يدعيه سواء أكان هو المدعى أصلاً فى الدعوى أو المدعى عليه فيها "([1])

رغم أن عبء الإثبات يقع على عاتق من يدعي خلاف الوضع الثابت أصلا أو عرضا أو ظاهرا أو فرضا، إلا أن الواقع العملي يشير إلى أن عبء الإثبات يوزع بين الخصوم حيث يدلي كل منهم بأدلته التي تؤيد دعواه، ويفند أدلة خصمه، ويستخلص منها دليلا لصالحه، وتتكون عقيدة القاضي في النهاية من مجموع ما قدمه الخصوم من أدلة ([2])وقضت في هذا محكمة النقض المصرية "الأصل براءة الذمة . عبء إثبات خلاف ذلك . وقوعة على عاتق من يدعيه"([3]).وبذلك يكون تعيين من يحمل عبء الإثبات خاضعا للقواعد العامة([4]).

ولتحقق الاستقرار القانوني أو الأمن القانوني. تتفق التشريعات على تكليف الخصم الذي يدعي أمرا معينا بإقامة الدليل على ما يدعيه، وإلا اعتبر ادعاؤه غير مؤسس([5]).

وإن المشكلة تثور في عبء إثبات المعاملات الالكترونية، حيث الأمر يخرج عن المألوف، فالعالم يتغير ويتجه إلى العالم الرقمي ولم تعد المستندات الكتابية الوحيدة في مجال الإثبات بل أخذت المستندات الالكترونية مجالها الواسع في كافة المجالات واصبح الامر يتطلب معه أن تشرع قوانين تواكب التطور الحاصل في الثورة الرقمية والمعلوماتية حيث تكنولوجيا المعلومات أصبحت تشكل الجهاز العصبي للمجتمعات الحديثة، حيث لا توجد جهة مرخصة لغرض إصدار شهادة تصديق التوقيع الالكتروني في العراق رغم تشريع قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية العراقي(٦).

الفرع الثاني: رقابة محكمة النقض على حق الخصوم في الإثبات لتحقق الاستقرار القانوني

سلطة محكمة النقض فيما يتعلق: بتعيين طرق الإثبات، وبيان متى يجوز استعمال كل منها، وتحديد قوة كل طريق من هذه الطرق، هذه جميعها مسائل قانون تخضع لرقابة محكمة النقض. ولكن متى قبل القاضى طريق إثبات الذى رسمه القانون فى الوضع الذى أجازه فيه وجعل أن قوته المحددة قانوناً، فإن تقدير مبلغ اقتناع القاضى بالدليل يعتبر من المسائل الموضوعية التى لا تعقيب لمحكمة النقض عليها. وأخص ما يظهر ذلك فى قوة الإقناع التى تستمد من شهادة الشهود، وفى القرائن القضائية التى يستنبطها القاضى من وقائع الدعوى وظروفها، ما دام قاضى الموضوع قد بين فى حكمه الاعتبارات المعقولة التى أسس عليها الحكم، ولم يعتمد واقعة بغير سند، ولم يستخلص من الوقائع نتيجة غير مقبولة عقلا. فإن بنى حكمه على واقعة لا سند لها، أو

---

[1] نقض مدني مصري رقم ١٢١٦٤ لسنة ٨٥ قضائية في ٢٠٢١/١١/١٦ الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصرية www.cc.gov.eg

[2] د. محمد عزمي البكري، مرجع سابق، ص٥٤.

[3] نقض مدني مصري، رقم ١٢١٦٤ لسنة ٨٥ قضائية، الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصرية www.cc.gov.eg

[4] انظر د. احمد عبد الرزاق السنهوري، ص٧٩١.

[5] سايكي وزنة، إثبات الخطأ الطبي أمام القاضي المدني، رسالة ماجستير، جامعة مولود معمري– تيزي وزو كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، ٢٠١١، ص٥٣.

[6] نصت المادة (١/رابع عشر) من قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية رقم (٧٨) لسنة ٢٠١٢ "جهة التصديق – الشخص المعنوني المرخص له اصدار شهادات تصديق التوقيع الالكتروني وفق احكام هذا القانون"

استخلص نتيجة غير مقبولة عقلا، كان حكمه معيباً وتعين تقضه([1]). وفي تقديرنا دور محكمة النقض([2]) جوهري في تحقق الاستقرار القانوني.

وقضت في ذلك محكمة النقض المصرية، حيث جاء في حكمها "أن الأساس فى تقرير البطلان هو تحقق الغاية من الشكل أو عدم تحققها دون تفرقة بين حالة النص على البطلان أو عدم النص عليه وذلك أياً كان العمل الإجرائى ولو كان حكماً قضائياً، وسواء تعلق الشكل بالمصلحة الخاصة، أو بالنظام العام حماية للمصلحة العامة، عندما تكون مخالفة الشكل من شأنها المساس بأسس التقاضى وضمانات المتقاضى، كتخلف مبدأ المواجهة القضائية سواء فى الإجراءات أو فى الإثبات بما يسمى حضورية الأدلة، وكل ما يخل بحق الدفاع، ويعتبر تفسير ما هى الغاية من الشكل القانونى مسألة قانونية يخضع فيها القاضى لرقابة محكمة النقض، فلا يستطيع أن يذهب إلى أن الغاية من الشكل هى غاية معينة غير تلك التى أرادها المشرع، بيد أن تحقق الغاية فى حالة معينة أو عدم تحققها مسألة موضوعية من سلطة قاضي الموضوع الذى لا يلزم إلا بتسبيب حكمه تسبيباً كافياً بأن يبين بطريقة محددة تحقق الغاية من عدمه، فإذا حكم بالبطلان المنصوص عليه رغم تحقق الغاية أو رفض الحكم بالبطلان غير المنصوص عليه رغم إثبات تخلف الغاية كان الحكم مخالفاً للقانون واجب الإلغاء إذا طعن فيه"([3])

الخاتمة :

بعد دراستنا لموضوع الحق في الاثبات والاستقرار القانوني من خلال بيان مفهوم الحق في الإثبات والاستقرار القانوني و احكام الحق في الإثبات والاستقرار القانوني ، توصلنا في هذا البحث الموجز إلى نتائج وتوصيات في ضوء موقف التشريع والقضاء والفقه، يمكن إجمالها بما يأتي:

النتائج:

١- يمكن تعريف حق الإثبات بمعناه القانوني هو إقامة الدليل أمام القضاء و المؤسسات الرسمية بالطرق التى حددها القانون، على وجود واقعة قانونية ترتب آثارها.

٢- الأمن القانوني، هو أن تكون القاعدة القانونية مؤكدة ومحددة في ضبطها المراكز القانونية، وأن تضمن تأمين النتائج، أي يسمح للفرد أن يتوقع هذه النتائج ويعتمد عليها في تصرفاته من حيث ما له وما عليه، بناءً على هذه المعطيات.

٣- إن الاستقرار لا يعني ثبات النصوص القانونية بصورة مطلقة وجامدة رغم تغُّير الاوضاع التي شرعت من أجلها أو أستشراف لها، فالتراجع في بعض المعايير أو تكييفها مع الواقع عند الضرورة من سمات القوانين الخادمة للمجتمع.

التوصيات:

١- نقترح على المحاكم والمؤسسات الرسمية تمكين الافراد من إثبات حقوقهم، من خلال التفسير المتطور لوسائل الإثبات.

٢- نوصي مجلس الوزراء بضرورة تشكيل جهة أو هيئة حكومية تختص باصدار شهادة التوثيق الالكتروني.

٣- نوصي المشرع بتشكيل لجان في كل وزارة مهمتها متابعة تنفيذ القوانين النافذة.

---

[1] انظر د. احمد عبد الرزاق السنهوري، ص٩٤.

[2] تسمى محكمة النقض في اغلب الدول مثل فرنسا ومصر أما في العراق تسمى محكمة التمييز وهي اعلى جهة قضائية، انظر، د. آدم وهيب النداوي، المرافعات المدنية، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، بدون سنة نشر، ص٧٣.

[3] نقض مدني مصري، رقم ١٦٨١ في ٢٠٢٢/٢/١٦، الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصرية www.cc.gov.eg

٤- نوصي المشرع بعدم اصدار قوانين غير مدروسة ولاتواكب التطور.
٥- نوصي المشرع بتعديل بعض المواد القانونية لكي تواكب التطور.
٦- نوصي المشرع طلب بيان رأي أساتذة الكليات المتخصصة في مجال تشريع معين والاستفادة من الخبرة النظرية والعلمية.

قائمة المراجع:

١- أ.د احمد عبد الرزاق السنهوري, الوسيط في شرح القانون المدني,ج٢, نظرية الالتزام بوجه عام, دار القلم بيروت لبنان.
٢- ابراهيم بن محمد الفائز, الاثبات بالقرائن في الفقه الاسلامي, مكتبة اسامة, الرياض. ١٩٨٣.
٣- بن يوب جهيد، دولة القانون بين فعلية الأمن القانوني ومقتضيات حكومة القضاء، اطروحة دكتوراه، جامعة عبد الرحمن ميرة-بجاية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر.
٤- د. احمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات – آثار الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ١٩٦٨.
٥- د. خالد السيد محمد عبد المجيد موسى، شرح قواعد الإثبات الموضوعية، دراسة مقارنة، مكتبة القانون والاقتصاد، الطبعة الأولى، الرياض، ٢٠١٤.
٦- د. سمير عبد السيد تناغو، أحكام الالتزام والإثبات، ط١، مكتبة الوفاء القانونية الإسكندرية، ٢٠٠٩.
٧- د. محمد عزمي البكري، في قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، المجلد الأول، دار محمود للنشر والتوزيع، ٢٠٢١.
٨- علي حميد كاظم الشكريي، تمييز استقرار المعاملات المالية من استقرار القاعدة القانونية، بحث منشور في الموقع الالكتروني.https://almerja.com/reading.php?idm=151066
٩- قانون الاثار والتراث العراقي النافذ رقم ٥٥ لسنة ٢٠٠٢.
١٠- مصطفى كامل، مقال منشور على الموقع الالكتروني، https://jordan-lawyer.com/2021/10/23/litigants-right-to-prove
١١- سايكي وزنة، إثبات الخطأ الطبي أمام القاضي المدني، رسالة ماجستير، جامعة مولود معمري- تيزي وزو كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، ٢٠١١.
١٢- محكمة النقض المصرية www.cc.gov.eg
١٣- قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية رقم (٧٨) لسنة ٢٠١٢.
١٤-د. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دارالهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ٢٠٠٩.
١٥-د. آدم وهيب النداوي، المرافعات المدنية، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، بدون سنة نشر.

AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies