

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

عدد خاص لوقائع

المؤتمر العلمي الدولي الثالث عشر
لقسم دراسات المجتمع المدني وحقوق الانسان
بالتعاون مع كلية الحقوق جامعة النهرين
٤-٥/ حزيران / ٢٠٢٣

المجلة خاصة على المعرف الكائن الرقمي DOI

بغداد - العراق
ص ب ٤٦٠٣٥

E-mail: must_arab_cent@yahoo.com
<http://mjais.uomusansiriyah.iq>
رقم التصنيف المعياري الدولي ISSN : 2070-898X



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

مجلة المستنصرية للدراسات العربية والدولية

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

رئيس التحرير

الاستاذ المساعد الدكتور علي مجيد العكيلي

مدير التحرير

الاستاذ المساعد الدكتور فاطمة خلف كاظم

اعضاء هيئة 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. بن صالح الحاج عيسى /عضوا/ جامعة الاغواط / الجزائر.
- ا.د. امال قرامي / عضوا/ كلية الآداب / جامعة منوبة / تونس.
- ا.د. جواد الرياع/ عضوا/ جامعة بن زهر/ المغرب.
- ا.د. نبيل ونوغي /عضوا/ المركز الجامعي سي الحواس / الجزائر.
- ا.د. بشرى محمود صالح /عضوا/ مركز المستنصرية للدراسات العربية والدولية.
- ا.د. انتظار احمد جاسم /عضوا/ مركز المستنصرية للدراسات العربية والدولية.
- ا.د. حنان محمد القيسي/عضوا/ مركز المستنصرية للدراسات العربية والدولية.
- ا.م.د. حيدر عبد الحسين حميد /عضوا/ مركز المستنصرية للدراسات العربية والدولية.
- ا.م.د. ظفر عبد مطر/عضوا/ مركز المستنصرية للدراسات العربية والدولية.

المحتويات

| التسلسل | المحتويات |
|---------|---|
| ١ | كلمة مدير مركز المستنصرية للدراسات العربية والدولية الاستاذ المساعد الدكتور علي مجيد العكلي |
| ٢ | كلمة رئيس اللجنة العلمية للمؤتمر الاستاذ الدكتور حنان محمد القيسي رئيس قسم دراسات المجتمع المدني وحقوق الانسان |
| ٣ | البيان الختامي للمؤتمر |
| التسلسل | اسم البحث |
| ١ | أثر ضوابط الصياغة التشريعية الجيدة على استقرار النظام الانضباطي في العراق ا.د. حنان محمد القيسي/كلية القانون/ الجامعة المستنصرية |
| ٢ | حماية الوظيفة العامة ونزاهتها في تجريم الكسب غير المشروع ا.د. تميم طاهر الجادر/معهد العلمين للدراسات العليا |
| ٣ | مدى مواكبة بعض النصوص الدستورية للطبيعة المجتمعية في الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ م أ.د. محمد أحمد إبراهيم المسلماني/جامعة الإسكندرية- مصر |
| ٤ | الاشكاليات التشريعية لادارة وتنظيم مرفق الموارد المائية في الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ أ.د. أحمد خورشيد حميدي المفرجي- أ.م. د. حسين طلال مال الله العزاوي |
| ٥ | عقبات الإصلاح في التشريعات الادارية ومتطلبات التجديد الرقمي أ.د. انتظار احمد الشمري/مركز المستنصرية للدراسات العربية والدولية |
| ٦ | الدور الإصلاحي للقاضي الدستوري في معالجة القصور التشريعي أ.م.د. مصطفى رسول حسين وأ.د. شورش حسن عمر / جامعة السليمانية- كلية القانون |
| ٧ | أهمية الحماية القانونية لتمكين المرأة في تنمية المجتمع العراقي ا.د. سميرة حسن عطية/ مركز المستنصرية للدراسات العربية والدولية |
| ٨ | مبدأ العقلانية والذكاء في الصياغة التشريعية أ.م.د. علي مجيد العكلي / مركز المستنصرية للدراسات العربية والدولية |
| ٩ | اثبات عيب الانحراف بالقرائن امام محكمة القضاء الاداري (دراسة تحليلية مقارنة) أ.م.د. سوزان عثمان قادر / كلية القانون / جامعة السليمانية |
| ١٠ | دور القضاء الفرنسي في التطور التشريعي في مجال المسؤولية التقصيرية أ.م.د. فاطمة خلف كاظم /مركز المستنصرية للدراسات العربية والدولية |
| ١١ | بدائل العقوبات السالبة للحرية ودورها في تطوير السياسة العقابية أ.م.د. هيمن عبدالله محمد / جامعة حلبجة -كلية القانون والإدارة |
| ١٢ | الإصلاح التشريعي ودوره في العدالة الاجتماعية أ.م.د. بيان حسين السنجري/قسم الشؤون الادارية والمالية/الشؤون الادارية |

| | |
|----|--|
| ١٣ | تقنيات المعلومات ودورها في جودة التعليم المحاسبي في العراق أ.م.د. حيدر عبدالحسين حميد المستوفي/مركز المستنصرية للدراسات العربية والدولية |
| ١٤ | نحو إصلاح تشريعي للوساطة التأمينية في مصر والعراق م.د. عمرو سيد مرعي شلقامي/كلية الحقوق - جامعة أسيوط |
| ١٥ | الرقابة القضائية لحماية المال العام كأحد عناصر الإصلاح التشريعي (دراسة مقارنة بين القانون المصري والكويتي) م.د. إبراهيم أحمد المسلماني/دكتوراه القانون المدني/كلية الحقوق جامعة طنطا |
| ١٦ | الإصلاح التشريعي في ضوء لغة القانون وقانون اللغة. م.د. مولاوي عبد الرحمن قاسمي/أستاذ مؤهل/جامعة ابن زهر المغرب |
| ١٧ | تقبل قواعد القانون المدني للتقدم التكنولوجي في مجال العلاج بالخلايا م.د. حسين عمار الكراي/قسم القانون/كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة ديالى |
| ١٨ | إصلاح حق النقض "الفيتو" لمجلس الأمن الدولي ضرورة لحفظ السلم والامن الدوليين م.د. مروة إبراهيم محمد/الجامعة التقنية الوسطى/الكلية التقنية الهندسية الكهربائية |
| ١٩ | المسؤولية الجزائية لمكاتب انجاز الرسائل الجامعية في القانون العراقي م. حسين خليل مطر/مركز دراسات البصرة والخليج العربي/جامعة البصرة/العراق |
| ٢٠ | التناسب في القرار الإداري م. سلمى غضبان حسين/الجامعة المستنصرية /كلية الإدارة والاقتصاد م. علا سامح لطفي / جامعة ديالى / كلية القانون والعلوم السياسية |
| ٢١ | شروط الثبات التشريعي في عقد الاستثمار الدولي م.م. هيثم صالح عبد - م. أنس احسان شاكر/الجامعة التقنية الوسطى |
| ٢٢ | حق المساطحة على عقارات الدولة م.م. ايمان حمزة حسين/جامعة بغداد/ قسم الاعمار والمشاريع/شعبة العقود الحكومية |
| ٢٣ | مسؤولية الحكومة عن التدخل المبكر في حالة انخفاض إيرادات الدولة أثناء سريان قانون الموازنة العامة الاتحادية م.م. لقاء عبد السادة جالي وحيلى والباحث بلال سعد قاسم |
| ٢٤ | السلم المتحرك للرواتب والأجور ضياء احمد حسين الساعدي/باحث دكتوراه في كلية الحقوق جامعة المنصورة |

كلمة مدير مركز المستنصرية للدراسات العربية والدولية الاستاذ المساعد الدكتور علي مجيد العكيلي

اقام قسم دراسات المجتمع المدني وحقوق الانسان في مركز المستنصرية للدراسات العربية والدولية بالتعاون مع كلية الحقوق/ جامعة النهريين- قسم القانون العام، مؤتمره العلمي الثالث عشر تحت شعار (الإصلاح التشريعي وأفاق التجديد والابتكار)، للفترة من ٤ ولغاية ٥ حزيران ٢٠٢٣.

ويقال، في البدء كانت الفكرة، إذ لاحظنا أن هنالك حاجة ملحة في عراقنا اليوم لإصلاح تشريعي كبير، كي تتلاءم التشريعات القائمة، والتي يرام سنها وتشريعها، مع ما يسود العالم من مستجدات تقنية ومعلوماتية واحداث محلية وإقليمية ودولية وتغييرات مجتمعية شملت جوانب عدة، سياسية كانت أم اقتصادية أم اجتماعية، ولا جدال في أن يلقي كل ذلك بظلاله على النظام القانوني في الدولة، فالتشريع يعد بمثابة الوسيط الذي تتم من خلاله جميع التغييرات في المجتمع، كل ذلك من ناحية.

ومن ناحية أخرى، فإن القانون ظاهرة اجتماعية تؤثر وتتأثر بالمجتمع وبكل الظواهر الاجتماعية التي تنشأ فيه، ولا بد له من أن يواكب كل تلك الظواهر والمشكلات، ومن ثم يجب أن تتصف التشريعات بالجدة والابتكار كي تتمكن من تنظيم الأوضاع القانونية المستجدة من جهة، وأن تتمكن من المنافسة مع التشريعات المقارنة من جهة أخرى.

وكان منتهى غايتنا أن نصل، من خلال البحوث التي قدمت للمؤتمر، والتي ربت على الخمسين بحثاً، إلى وضع اليد على مواطن الخلل، ومصادر الحاجة للإصلاح التشريعي، مع الامنيات بأن يعمل مشرعنا على مسألتي التجديد والابتكار في مسعاه الإصلاحية وصولاً إلى منظومة تشريعية متقنة ومواكبة لجميع المستجدات.

كلمة رئيس اللجنة العلمية للمؤتمر

أ.د. حنان محمد القيسي

رئيس قسم دراسات المجتمع المدني وحقوق الإنسان

الإصلاح هو هدف رسالات السماء وهو حلم أمم الأرض، وهو الطريق إلى الهدف الأعظم وهو (التكامل) و(الكمال) في شتى الأبعاد الدنيوية والآخروية، قال الله تعالى: (إِنْ أُرِيدُ إِلَّا الْإِصْلَاحَ مَا اسْتَنْطَعْتُ) وقال سبحانه (وَقَالَ مُوسَى لِأَخِيهِ هَارُونَ اخْلُفْنِي فِي قَوْمِي وَأَصْلِحْ وَلَا تَتَّبِعْ سَبِيلَ الْمُفْسِدِينَ). وقد جاء الأمر بالإصلاح، في القرآن الكريم، بعد الأمر بتقوى الله مباشرة (فَاتَّقُوا اللَّهَ وَأَصْلِحُوا ذَاتَ بَيْنِكُمْ).

و(الإصلاح) مفهوم شامل يحتضن شتى أبعاد الحياة ويتسع ليشمل سلسلة طويلة من المفردات وتشكيلة واسعة من العناوين، ذلك ان مظلة الإصلاح تشمل إصلاح الفرد والعائلة والعشيرة، كما تشمل إصلاح الحزب والنقابة والاتحاد، والجامعة، وشتى مؤسسات المجتمع المدني، كما تشمل الإصلاح السياسي والاقتصادي والاجتماعي والقضائي والتعليمي والإداري والتشريعي، والأخير هو محور هذا المؤتمر ومنتغاه، ومن هنا جاءت فكرة إقامة هذا المؤتمر الموسوم (الإصلاح التشريعي وافاق التجديد والابتكار)

فاذا كانت التشريعات تتم عبر قنوات متعددة متخصصة سياسيا وقانونيا، فلا بد أن تخضع تباعا لعملية الحداثة، لتواكب كل الأفكار والطموحات المجتمعية الراهنة والحديثة، فهي ليست جامدة، بل متفاعلة باستمرار مع كل المتغيرات والتطورات.

إن عملية إصلاح التشريعات لا بد أن تنطلق من رؤية ثاقبة، دقيقة فاحصة ومستوعبة أولا للمجتمع بمكوناته المختلفة، وحاجاته كافة، ومكامن ضعفه ومواطن قوته والآمه وآماله وتطلعاته وهواجسه. ولا جدال في ان تلك الرؤية المتكاملة لا يمكن أن يحيط بها شخص واحد أو جهة واحدة، بل لابد أن يتعاون على تشخيصها من شتى الاختصاصات من الفقه، والقانون، والسياسية، والاقتصاد، والاجتماع، وغيرها، وأن تحتضن مراكز الدراسات النوعية والجامعة هذه العملية، اذ ساهم في تدارس موضوع المؤتمر أساتذة من مختلف الاختصاصات.

واسمحوا لي في ختام كلمتي أن اتوجه بالثناء والتقدير إلى السيد رئيس جامعة المستنصرية المحترم، وإلى السيد مدير مركز المستنصرية للدراسات العربية والدولية وإلى السادة عمداء الكليات المشاركة، وإلى أعضاء اللجان العلمية والتحضيرية لجهودهم المباركة، وتحية طيبة لكل القائمين على إعداد المؤتمر، شكرا لإشرافكم على هذا العمل حتى خرج إلى النور، وإلى جميع من شارك معنا اليوم بحضوره أو بإسهاماته، وكل من ساعد أن يكون مؤتمرنا اليوم على هذا القدر من العزة والجمال.

البيان الختامي للمؤتمر

تحت شعار (الإصلاح التشريعي وأفاق التجديد والابتكار)، أقام قسم دراسات المجتمع المدني وحقوق الانسان في المركز بالتعاون مع كلية الحقوق/ جامعة النهريين- قسم القانون العام خلال الفترة من ٤ ولغاية ٥ حزيران ٢٠٢٣، مؤتمر مركز المستنصرية للدراسات العربية والدولية الثالث عشر.

وإذ نعرب عن الامتنان العالي والتقدير الكبير للسيد رئيس الجامعة المستنصرية ا.د. حميد فاضل التميمي المحترم وللسيد مدير مركز المستنصرية للدراسات العربية والدولية ا.م.د. علي مجيد العكيلي المحترم، ولا ننسى السيد عميد كلية العلوم المحترم، على توفير كافة التسهيلات من اجل إنجاح هذا المؤتمر، فان المشاركين في المؤتمر اتفقوا على أن هنالك حاجة ملحة إلى اصلاح تشريعي كبير في العراق.

وهنالك العديد من التوصيات التي اتفق عليها المجتمعون والتي من شأنها اعانة المشرع على تلمس طريق الإصلاح، ومنها:

أولاً: وجوب البدء، في مسلسل الإصلاحات التشريعية، بسن قانون خاص بلغة التشريع، يؤكد رسمية اللغة، بما تقتضيه من قواعد تضمن تجويد صياغة القوانين، ويبين أنها استعمال خاص ومعيارى، كفيل بتحقيق الأمنين اللغوي والقانوني. وفي انتظار ذلك، ينبغي على حكومات الدول، التي لها سياسة لغوية وإرادة سياسية حقيقية لتنفيذها، إصدار مراسيم وقرارات (نصوص تنظيمية أو لوائح) تلزم بإشراك تخصصات علمية لغوية متعددة في الصياغة التشريعية، وتكليف المؤسسات التي تعنى باللغة بمهمة التدقيق اللغوي، لكل مبادرة تشريعية صادرة من متخصصين في مجال التشريع؛ ومنها النصوص المترجمة، لضمان سلامتها في التعبير عن إرادة المشرع.

ثانياً: نقترح على الصانع التشريعي، عند صياغة النصوص التشريعية، أن تكون لغة النصوص واضحة وسهلة الفهم والوصول للمخاطبين بها، واستخدام العقل والذكاء في تلك الصياغة بحيث لا تقبل التأويل والتفسير الذي يحول دون تحقيق الهدف الذي من أجله شرعت تلك النصوص، وأن يقتصر في النص على ما هو ضروري مع التركيز على الأساسيات من دون تفاصيل زائدة، وأن يتجنب الترابط المفرط بين التشريعات والاحالات المتعددة لقوانين أخرى التي تجعل النص أقل وضوحاً.

ثالثاً: الإصلاح التشريعي المطلوب لا بد من أن يبدأ بتعديلات جذرية وكبيرة لدستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥، يتبعه من ثم الكثير من التشريعات التي صدرت وفقاً له، أو التي تم تعديلها لتتلاءم معه.

رابعاً: تدارك الإغفال في التنظيم الدستوري لعدد من المسائل الدستورية المهمة، ومنها مسألة تشكيل مجلس الاتحاد، ومسألة تنظيم حل البرلمان، التي خرج فيها المشرع الدستوري العراقي - بقصد أو خطأ- عن المبادئ العامة للنظام البرلماني الذي أسس الحياة الدستورية الجديدة على نهجه.

خامساً: على المشرع الدستوري العراقي إعادة النظر في المواد المتعلقة بآلية الفيدرالية، والنظام الانتخابي حتى تنمى آلية الفيدرالية الإحساس بالمواطنة والولاء

للدولة ككل، فإعطاء الأقاليم حق المحافظة على الهوية الخاصة بها يقابله ولاء مواطني هذه الأقاليم والتنافس داخل الجماعات وليس بينهم، الأمر الذي يوفر على الدولة الوقت والجهد والمال التي تحتاجها لتيسير إدارة الاختلاف، وتعمل على تجنب خطر الانفصال أو تفتت الدولة بل تصبح عاملاً مساعداً على تقويتها وتنميتها وشدة بنيانها مع تنوعها، في ظل ضبط النظام الانتخابي.

سادساً: على المشرع العراقي تعديل نص المادة (١١٥) من الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ ونص المادة (٢/ سادساً) من قانون التعديل الثاني رقم ١٩ لسنة ٢٠١٣ لقانون المحافظات غير المنتظمة في اقليم، بحيث تكون العلوية لقانون الاتحاد وليس قانون الاقاليم والمحافظات غير المنتظمة في اقليم لأن وجود مثل هكذا نص يعني بالتأكيد اضعاف قوة المركز لصالح الاقاليم والمحافظات غير المنتظمة في اقليم، لأن الافضلية المذكورة في النصوص اعلاه تعد مصادرة للاختصاصات المشتركة المشار اليها في المادة (١١٤)، فالإبقاء على مثل هكذا نص سيكون سبباً لحدوث ازمات مستقبلية بين اطرافها في حالة تشريع قانون محلي.

سابعاً: إن النهوض بإصلاح متكامل يأخذ بالاعتبار كافة المتطلبات للوصول إلى هذه العملية يتطلب دراسة ومراجعة شمولية للتشريعات تؤدي إلى ازالة أي تشوهات تشريعية وذلك كخطوة في الطريق نحو اصلاح تشريعي يحقق مزيداً من العدالة والانصاف تثبيتاً لدولة قانون وحق.

ثامناً: إقامة علاقة قوامها الشراكة ما بين المؤسسات البحثية العاملة في المجال التشريعي، وما بين مؤسسات السلطة الرسمية ذات العلاقة بالعملية التشريعية، لوضع خطة عمل ممنهجة لتحقيق الإصلاح التشريعي/الإداري بوضع المعايير والمتطلبات لهذا الإصلاح.

تاسعاً: يُعد الإصلاح التشريعي الركيزة والنواة الاساسية لتطوير وتنمية المجتمعات، مما يستوجب بين الحين والآخر استحداث أو تغيير أو تعديل لكثير من التشريعات والقوانين لتأمين جودة حياة أفضل للمجتمع.

عاشراً: إعادة هيكلة التشريعات للأنظمة والقوانين الادارية لتلبي متطلبات البرامج الانمائية والتنمية وتهيئة البيئة الملائمة لعملية الإصلاح الصائب، وأعداد جهاز اداري كفؤ ومؤهل وقادر على تحمل اعباء تنفيذ الخطط التنموية التي تتضمن بالضرورة تشريعات حديثة متكاملة وموائمة مع متطلبات العالم الرقمي ومستجداته من ذكاء اصطناعي وحوسبة سحابية.

حادي عشر: في ظل التقدم المذهل للمعارف البشرية في مجالات العلوم وضرورة تنظيم هذه الاكتشافات المستجدة بالقانون وملائمة قواعده لها، ينبغي تحقيق التوازن بين ما تقتضيه القيمة العلمية وما تقتضي القيمة القانونية، فلا بد للقانون إذاً من ربط العلم بمبادئ قانونية وقيم روحية وأخلاقية، ولا بد من مواكبة المشرع العراقي لكافة المسائل التي تطرأ على الساحة البحثية بما يعود بالنفع على المجتمع، وبالتالي عدم الاقتصار على المبادئ العامة في كافة المسائل التي تطرأ وإنما العمل على إمكانية تطويرها مستقبلاً لمسايرة وتيرة التطور التكنولوجي العلمي وذلك بالمراجعة والملاءمة الدورية على فعالية تطبيق القانون.

ثاني عشر: سن قانون يرسم العملية التشريعية بمراحلها كافة، ويحدد الأدوار فيها بشكل دقيق بحيث يتضمن المبادئ التي تحكم عملية صناعة التشريعات (قوانين ولوائح)، وتضبط توزيع الوظائف ما بين المؤسسات العاملة في المجال التشريعي، وتحكم التوازن بين الحريات الفردية والمصلحة العامة أساس العلاقة المنطقية بين الوسائل التي يستعملها التشريع والغايات التي يسعى لتحقيقها.

ثالث عشر: إلزام الجهة صاحبة الاقتراح بإرفاق مشروع القانون بمذكرتين إضاحيتين تبيّن الأولى الحاجة إليه والأهداف المرجوة منه، وتبين الثانية التكلفة الاقتصادية له. والاهتمام باستخدام الأدوات التكنولوجية في العملية التشريعية، وعلى وجه الخصوص توفير الدعم المطلوب لبنوك المعلومات القانونية، والسعي وراء أتمتة العملية التشريعية.

رابع عشر: ضرورة انشاء مركز وطني متخصص في تقديم الاستشارات واعداد الدراسات القانونية وتقييم اداء النصوص القانونية، ويكون على درجتين، الأولى تختص بدراسة مدى الاخذ بعين الاعتبار معايير الجودة في التشريع، أما الثانية فمرتبطة بضرورة مواكبة النصوص القانونية لتطور الحياة والانسجام بين مختلف القواعد القانونية. أو على أقل تقدير ضرورة أن تعرض تلك النصوص على خبراء القانون قبل تشريعه، لما يتمتع به هؤلاء الخبراء من إحاطة بمضامين القوانين، وأيضاً على المشرع مراعاة الظروف الاجتماعية عند صياغة التشريع من أجل تحقيق العدالة التشريعية.

خامس عشر: تنمية القدرات البشرية للعاملين في المؤسسات الرسمية ذات العلاقة بالعملية التشريعية، عن طريق دعم البرامج التدريبية في مجال العملية التشريعية بشكل عام، وفي مجال الصياغة التشريعية واستخدام تكنولوجيا المعلومات فيها بشكل خاص.

سادس عشر: ندعو الجهات المعنية بإدارة الموارد المائية في العراق بضرورة اعتماد سياسة موحدة لإدارة المياه عن طريق تأسيس مجلس اعلى للمياه يتضمن فريق عمل مشترك من قبل الجميع في الدولة من الجهات ذات العلاقة بتولي مهمة وضع الخطط الاستراتيجية لإدارة المياه وعلاقتها بالنشاطات الصناعية والزراعية والخدمية في العراق والذي يمكن أن يكون من أهم الحلول التي يمكن من خلالها ادارة وتنظيم الموارد المائية في العراق.

سابع عشر: إنّ تحديث القوانين بشكل دائم يمثل ورشة تبدأ ولا تنتهي، طالما أن الإنسان يعمل وينشط ويتجدد ويتمرد على السكون، ويبحث عن التفرد، خاصة أن معظم القوانين، قد تخطى الزمن القسم الكبير منها ولم تعد تواكب ركب الحضارة، فضلاً عن تغير العادات والتقاليد والاكتشافات والاختراعات العلمية الجديدة، كل ذلك يتطلب نفخ الغبار عنها واعتماد الحداثة ومجارات التطور في المضامين والإسلوب.

أ.د. حنان محمد القيسي
رئيس اللجنة العلمية للمركز

أثر ضوابط الصياغة التشريعية الجيدة

على استقرار النظام الانضباطي في العراق

The impact of good legislative drafting on the stability of the disciplinary system in Iraq

أ.د. حنان محمد القيسي

كلية القانون/ الجامعة المستنصرية

المخلص

يُعد التشريع بمثابة الوسيط الذي تتم من خلاله جميع التغييرات في المجتمع، سواء أكانت تغييرات سياسية أم اجتماعية أم اقتصادية، وهو، أي التشريع، الآلية التي تستطيع بواسطتها الحكومات والبرلمانات الاستجابة للاحتياجات المتغيرة والمتجددة لمجتمعاتها. ولا يمكن للتشريع أن يكون جيداً إلا إذا صاحبه صياغة تشريعية جيدة.

وبالمثل فإن الصياغة التشريعية الجيدة تُساهم في استقرار الأوضاع القانونية، وينعكس هذا في قلة التعديلات التي تطال القانون محكم الصياغة، فقد تؤدي الصياغة القانونية السيئة إلى تكاثر حجم النصوص القانونية وعدم ترابط بعضها ببعض، مما يؤثر على الأنماط التشريعية المعتمدة ويضفي عليها سمة التذبذب وعدم التناسق، بما يتبع ذلك من آثار سلبية تطال عملية تنفيذ تلك القوانين، ويصبح الموضوع أكثر صعوبة إذا ما تعلق بقاعدة قانونية تتعلق بالشريحة الأوسع في المجتمع، ونقصد بها شريحة الموظفين.

ومن ثم فإن الاهتمام بمسألة الصياغة القانونية ليس مجرد اعتناء بالجانب الشكلي والإجرائي، بل أنه يؤثر بالجانب الموضوعي أيضاً، طالما أن الهدف منه هو الوصول إلى تطبيق دولة القانون والحكم الرشيد. من خلال سن تشريع جيد ومتطور، وفي منتهى الوضوح والدقة في الصياغة، ومنسجماً مع الدستور وغير متعارض مع القوانين الأخرى، ومفهوماً عند عامة الناس. والاهم من هذا وذلك أن يكون قابلاً للتطبيق، فقد أثبتت التجربة أن عدم صياغة النصوص القانونية بالدقة اللازمة والوضوح المطلوب قد أثر على قدرة نفاذها وتحقيقها للأغراض التي سُنّت من أجلها.

الكلمات المفتاحية: صياغة تشريعية، تشريع، وظيفة عامة، سياسة تشريعية، قانون الانضباط.

Abstract

Legislation is the mediator through which all social changes take place, whether they are political, social or economic changes, and legislation is the mechanism by which governments and parliaments can respond to the changing and renewed needs of their societies.

Good legislative drafting contributes to the stability of legal situations, and it reflects in the lack of amendments affecting the well-drafted law. Poor legal drafting may lead to the proliferation of legal texts and their incoherence with each other, which affects the approved legislative patterns and gives them the characteristic of volatility and inconsistency. Which leads to negative effects on the process of implementing these laws, and the issue becomes more difficult if it is related to public servants.

Hence, the interest in the issue of legal drafting does not concern the formal and procedural side, but rather it affects the objective side as well, as long as it aims to the application of the rule of law and good governance. Through the enactment of good and developed legislation, with utmost clarity and precision in wording, consistent with the Constitution and not inconsistent with other laws, and understood by the general public. The most important thing is that it can be applicable, as experience has shown that bad drafting of legal texts has affected the ability to implement them and achieve the purposes for which they were enacted.

Keywords: legislative drafting, legislation, public office, legislative policy, discipline law.

المقدمة Introduction

هنالك بعض التشريعات التي تمضي عليها العقود المتوالية من السنوات من دون أن تتغير شموليتها وانطباقها على الواقع الاجتماعي، والتي استقرت في الضمير والوجدان الشعبي، وساهمت في استقرار الأنظمة القانونية التي تنتظمها، ومن بين ذلك القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١، والذي شكلت أكثر من لجنة لاجراء التعديلات عليه أو لوضع قانون مدني جديد، الا أنها جميعاً اقرت بأنه القانون الأفضل، وكذا قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩، وغيرهما كثير.

ولا جدال في أن التطور والتغيير سمة الحياة عموماً، وأن هذه التغييرات تقتضي من المشرع الالتفات إليها ومتابعتها بتشريعات جديدة، إذ يُعد التشريع بمثابة الوسيط الذي تتم من خلاله جميع التغييرات في المجتمع، سواء أكانت تغييرات سياسية أم اجتماعية أم اقتصادية، وهو، أي التشريع، الآلية التي تستطيع بواسطتها الحكومات والبرلمانات الاستجابة للاحتياجات المتغيرة والمتجددة لمجتمعاتها. ولا يمكن للتشريع أن يكون جيداً إلا إذا صاحبه صياغة تشريعية جيدة. فالأخيرة هي أداة المشرع للتعبير عن أفكاره وفقاً لقواعد منضبطة تلبي حاجات الأفراد والمجتمع.

وهذه بتصورنا تستلزم من المشرع استثمار ملكات التشريع، سواء بسن التشريعات الجديدة أم بالتعديل، لتحديث التشريعات القائمة لتواكب ما يجري من تطورات تطال النظام في المجتمع، بكل صورته، كما أسلفنا. وتتأثر الوظيفة العامة بحسبانها من الدعائم الأساسية لكل مجتمع بالبيئة الأساسية والاقتصادية والاجتماعية المحيطة بها، وفقاً للتطور والتغيير الذي يلحق بهذه العوامل المختلفة، ومن ثم لزم أن يواكب التشريع عملية التغيير هذه.

أولاً: أهمية البحث: إن توافر مجموعة من الضوابط والمعايير الموضوعية للصياغة التشريعية أمر أساس حتى يتجنب الصائغ وجود أية نقائص في النصوص القانونية المصاغة، تضطره إلى مراجعة النص بصفة دورية، إذ تؤدي كثرة مراجعة النصوص القانونية وتعديلها إلى وجود نوع من عدم الاستقرار التشريعي، وما يترتب عليه من آثار سلبية للمتعاملين مع النص القانونية، فضلاً عن أن تحقق جودة الصياغة التشريعية على أرض الواقع يدعم وبشكل أساس مبدأ سيادة القانون، فالقانون السيء هو أحد أفضل الطرق للانتقاص من السيادة. ومن ثم يسعى البحث إلى محاولة إثبات أن استقرار قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم ١٤ لسنة ١٩٩١ أدى إلى استقرار النظام الانضباطي الذي يحكمه.

ثانياً: مشكلة البحث: المعتاد في الدراسات القانونية التركيز على الثغرات والعيوب التي تطال الأنظمة القانونية عموماً والتشريعات المختلفة أحياناً، من دون الالتفات أو التركيز على الجوانب المضيئة في التشريعات، فلا يخلو النظام القانوني في الدولة، أي دولة، من تشريعات متميزة من حيث الصياغة أو من حيث الثبات. ونحاول في هذا البحث بيان دور قانون الانضباط في ضمان الثبات والاستقرار في النظام الانضباطي.

من ناحية أخرى تشهد عملية الصياغة التشريعية في العراق تراجعاً لافتاً في السنوات الأخيرة، ويدل عليه كثرة التشريعات الجديدة المتناقضة أو ذات الصياغة الركيكة، وكأنني بالمشرع ينسى أن التعديل وسيلة لا غبار عليها في إعادة النظر في التشريعات، خاصة في المراحل الانتقالية، وأن ليس كل ما في النظام القانوني القائم سيء أو بحاجة إلى الغاء ووضع تشريعات جديدة، لا بل أن عملية التعديل بتصورنا أسهل من الناحية العملية، ناهيك عن ضمان حصول تعارض أقل مع التشريعات القائمة مما لو وضع تشريع جديد، ومحاولة تطبيق ذلك على قانون الانضباط. والاجابة عن سؤال مركزي: هل توافرت فيه الضوابط الموضوعية للصياغة التشريعية أم لا؟

ثالثاً: نطاق البحث: نود الإشارة أخيراً إلى أننا وفي تناولنا لهذا القانون، سنركز تحديداً على الجوانب الفنية لصياغته بشكل محدد من دون التعرض للأهداف والسياسات المراد تحقيقها من ورائها إلا بالقدر الذي يؤثر على الصياغة، وصولاً إلى مدى ملاءمته للتطبيق، أو حاجته للتعديل بعد مضي اثنان وثلاثون عاماً على صدوره.

رابعاً: خطة البحث: إن الضوابط الموضوعية لصياغة قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام على نوعين، فهي إما تتعلق بالنص نفسه أو تتعلق بمسائل خارجة عنه، وعليه سوف نتناول هذا الموضوع على وفق الخطة الآتية:

المطلب الأول: تصميم النظام الانضباطي تشريعياً

الفرع الأول: تحديد المخالفات والعقوبات

الفرع الثاني: تحديد إجراءات العمل الانضباطي

المطلب الثاني: الضوابط الموضوعية في صياغة التشريع الانضباطي

الفرع الأول: ضوابط تشريعية خارجية عن النص.

الفرع الثاني: ضوابط الصياغة التي تتعلق بالنص نفسه.

المطلب الأول : تصميم النظام الانضباطي تشريعياً

Legislative discipline system design

شاع في اغلب الإدارات ازدياد عدد وانماط واشكال المخالفات الانضباطية، كعدم الالتزام بالدوام الرسمي والغيابات المتكررة وضياع وقت العمل وافشاء الاسرار وفقدان الاحترام المطلوب بين الرئيس والمرؤوس والعكس، إلى آخره من سلوكيات لا تخدم أهداف الإدارة وتؤدي إلى اضطراب وارتباك داخل المؤسسات مما ينعكس على أداء تلك الإدارات والمرافق لأعمالها.

وما تقدم حتم على المشرع التفكير في استراتيجيات للتخفيف أو القضاء على مثل هذه التصرفات السلبية. ومن بين هذه الاستراتيجيات ما يُعرف بالنظام الانضباطي، الذي يُمثل آلية وقائية تستعملها الإدارات لتحقيق الانضباط الوظيفي، فهو عبارة عن مجموعة من الأعمال والإجراءات التي تُتخذ وتُطبق من أجل حفظ النظام والحقوق في مكان العمل داخل الإدارات، وضبط سير العمل فيها وتوجيه سلوكيات وتصرفات الموظفين أثناء الدوام الرسمي بما يخدم مصلحة الإدارة ومصلحة كل من يعمل فيها.

والمشرع عند تصميمه للنظام الانضباطي يجب أن يضع في حسابه تحديد كل من المخالفات والعقوبات من جهة، ورسم طريقة إيقاع العقوبة وتحديد الجهة المختصة بذلك من جهة أخرى، وهذا ما سنحاول بيانه في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: تحديد المخالفات والعقوبات

يقوم تصميم النظام الانضباطي على تحديد المخالفات والعقوبات الانضباطية على حد سواء، وتتمثل المخالفة الانضباطية في كل فعل أو إمتناع يرتكبه الموظف

ويجافي واجبات منصبه^(١). إذ أن المخالفة هي كل فعل أو إمتناع عن فعل مخالف لقاعدة قانونية أو لمقتضى الواجب يصدر عن الموظف اثناء إداء الوظيفة أو خارجها بما ينعكس عليها بغير عذر مقبول^(٢).

فهي الأفعال التي يأتيها الموظف ويكون من شأنها الإخلال بواجبات الوظيفة ومقتضياتها، أو يسئ إلى سمعته ويحط من كرامة الوظيفة ويؤثر على حسن سير المرفق العام^(٣)، ولا يشترط أن تثبت المخالفة الانضباطية عن سوء قصد بل يكفي في ذلك مجرد الإهمال من جانب الموظف^(٤). وبصدد دور المشرع في تحديد المخالفات الانضباطية لنا أن نؤشر الملاحظتين الآتيتين:

١. لم يضع المشرع تعريفاً للمخالفة الانضباطية في اغلب التشريعات الانضباطية، إذ لم يورد المشرع الفرنسي كذلك تعريفاً للمخالفة الانضباطية، إلا أنه ذكرها في بعض المناسبات، وإكتفى المشرع المصري بالنص على بعض الواجبات الوظيفية إيجاباً أو نهياً، سواء في قانون العاملين بالدولة أو القطاع العام أو الخاص، ثم ذكر حكماً عاماً يقضي بأن كل عامل يخالف الواجبات المفروضة عليه أو يخرج على مقتضاها أو يظهر بمظهر من شأنه الإخلال بكرامة الوظيفة، يعاقب تأديبياً^(٥).

أما قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم ١٤ لسنة ١٩٩١ المعدل فلم يعرف المخالفة الانضباطية بالرغم من أنه استعمل هذا المصطلح على خلاف سابقه، قانون انضباط موظفي الدولة رقم ٦٩ لسنة ١٩٣٦، الذي استخدم مصطلحي الذنب والتهمة. وبعد أن حدد القانون واجبات الموظف والمحظورات عليه أكد على أنه إذا خالف الموظف واجبات وظيفته أو قام بعمل من الأعمال المحظورة عليها يعاقب بإحدى العقوبات المنصوص عليها في هذا القانون^(٦).

ونعتقد بأن هذا أمر حسن لتقادي إيراد تعريف قاصر عن أن ينطبق على كافة المخالفات الانضباطية الصادرة عن الموظفين، خاصة وأنها تخضع للتغيير المستمر بسبب اختلاف النشاطات الإدارية واتساعها وتأثيرات التقنية التي القت بظلالها هي الأخرى على ممارسة الوظيفة العامة.

٢. أن المخالفات الانضباطية لا تخضع للحصر والتعداد، وإنما مردها بوجه عام الإخلال بواجبات الوظيفة أو الخروج على مقتضياتها، وذلك إنطلاقاً من عدم خضوع المخالفة الانضباطية لقاعدة (لا جريمة بدون نص).

١. د. سليمان الطماوي، الجريمة التأديبية، المنظمة العربية للتربية والثقافة والفنون، معهد البحوث والدراسات العربية، ١٩٧٥، ص ٤١.
٢. د. محمد مختار محمد عثمان، الجريمة التأديبية بين القانون الإداري وعلم الإدارة العامة، ط١، دار الفكر العربي، ١٩٧٣، ص ٦٦.
٣. شفيق عبد المجيد الحديثي، النظام الإنضباطي لموظفي الدولة في العراق، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون/ جامعة بغداد، ١٩٧٢، ص ١٢٩.
٤. عبد الرحمن نورجان الايوبي، القضاء الإداري في العراق حاضره ومستقبله، دار مطابع الشعب، بغداد، ١٩٦٥، ص ٣٣١.
٥. مغاوري محمد شاهين، المسألة التأديبية للعاملين المدنيين بالدولة والقطاع العام، عالم الكتب، القاهرة، ١٩٧٤، ص ١٢١.
٦. المادة (٧) من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم ١٤ لسنة ١٩٩١ المعدل.

الا أن عدم وجود نص محرم لفعل ما لا يعني أنه مباح ولا يَكُون مخالفة انضباطية، وإنما يعود تحديد هذه الأعمال متروكاً لتقدير الجهات الانضباطية، سواء أكانت جهات رئاسية أم جهات قضائية، على أن السلطات الانضباطية في ممارستها لهذا الإختصاص التقديرية تخضع لرقابة القضاء الإداري^(٧). أي أنه لمن يملك سلطة التأديب قانوناً أن يرى في أي عمل إيجابي أو سلبي يقع من الموظف عند ممارسته أعمال وظيفته مخالفة تأديبية إذا كان ذلك لا يتفق مع واجبات وظيفته.

من جهة أخرى، إذا ما أوجبت القواعد القانونية المنظمة للوظيفة العامة على الموظف العام جملة من الواجبات التي فُرض عليه القيام بها، كما نهته عن جملة من المحظورات، فإن الأصل المسلم به أن كل قاعدة قانونية تستلزم لكي تنال احترامها من المخاطبين بها أن يكون لها جزء رادع لمخالفها، وذلك ضماناً للوصول إلى الهدف النهائي لكل الأعمال التي تُمارسها الإدارة، أي تحقيق المصلحة العامة. ومن ثم على المشرع تحديد العقوبات الانضباطية.

وكالمخالفة الانضباطية، لم يضع المشرع في الغالب تعريفاً محدداً أو واضح المعالم للعقوبات الانضباطية، وترك أمر تعريفها للفقهاء باعتبار أن هذا من وظائفه الأصلية، والملاحظ إن بعضاً من الفقهاء لم يضع تعريفاً عاماً للعقوبة الانضباطية، بل إكتفى باستعراض العقوبات الانضباطية التي يجوز توقيعها على الموظفين طبقاً للقوانين المعمول بها، أما الفريق الثاني من الفقهاء فقد أورد تعريفات غزيرة ومتنوعة، وذلك تبعاً لوجهة النظر التي يعتنقها كل فقيه، فمنهم من عرفها من حيث الأفعال المسببة لها، وآخرون من حيث طبيعتها وفريق ثالث من حيث محلها أو هدفها^(٨). والعقوبة الانضباطية - برأينا - لا تخرج عن أنها جزء من الجزاءات المنصوص عليها حصراً، توقعه السلطة الانضباطية المختصة على موظف أخلّ بواجبات وظيفته، أو ارتكب عملاً محظوراً عليه، وهي لا تمس حياته أو ماله أو شرفه أو حرّيته وإنما تنتقص من مزايا الوظيفة، بهدف زجره وردع غيره لتأمين حسن سير المرافق العامة.

وإكتفى المشرع بشأن العقوبات الانضباطية بما يأتي:

١. النص على أنواع العقوبات الانضباطية التي يجوز توقيعها على الموظف العام على سبيل الحصر، تطبيقاً لقاعدة (لا عقوبة الا بنص)، فقد نصت المادة (٨) من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام العراقي النافذ على ثمان عقوبات يجوز فرضها على الموظف هي على سبيل الحصر، وهي (لفت النظر/ الإنذار/ قطع الراتب/ التوبيخ/ إنقاص الراتب/ تنزيل الدرجة/ الفصل/ العزل).
٢. لم يُخصيص المشرع -في الغالب- عقوبة انضباطية لكل مخالفة انضباطية، وقام ببيان الأحكام الخاصة بها من حيث أقسامها وإجراءات فرضها والآثار المترتبة عليها، الا انه حدد في بعض الأحوال عقوبة محددة لأفعال او أحوال بعينها. ففي قانون الانضباط العراقي حدد المشرع أحوال فرض عقوبتي الفصل والعزل، ومن

٧. د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص ٧١.

٨. يراجع في هذا الصدد كتابنا، انقضاء العقوبة التأديبية، المركز العربي للدراسات القانونية، القاهرة، ٢٠١٨.

ثم لا يجوز فرض إحدى هاتين العقوبتين إلا بتحقق أحوالها، إذ نصت المادة (٨/سابعاً) على أحوال فرض عقوبة الفصل، وهما فرضين يتمثل الأول بمعاقبة الموظف باثنين من عقوبات (التوبيخ، انقاص الراتب، تنزيل الدرجة) وارتكب في المرة الثالثة خلال خمس سنوات من تأريخ فرض العقوبة الأولى فعلاً يستوجب معاقبته بإحداها، والفرض الثاني مدة بقائه في السجن إذا حكم عليه بالحبس أو السجن عن جريمة غير مخلة بالشرف وذلك اعتباراً من تأريخ صدور الحكم عليه. أما عقوبة العزل فتكون في إحدى الحالات الآتية:

أ - إذا ثبت ارتكابه فعلاً خطيراً يجعل بقاءه في خدمة الدولة مضراً بالمصلحة العامة.

ب - إذا حكم عليه عن جنائية ناشئة عن وظيفته أو ارتكباها بصفته الرسمية.

ج - إذا عوقب بالفصل ثم أعيد توظيفه فارتكب فعلاً يستوجب الفصل مرة أخرى.^(٩)

٣. ترك المشرع، حينما لم يحدد عقوبة لكل مخالفة، لجهة التأديب توقيع عقوبة مناسبة ضمن العقوبات المذكورة على سبيل الحصر على المخالفة التي ارتكباها الموظف، وهذا هو وجه التقدير، فالسلطة الانضباطية تقدر وحدها - تحت رقابة القضاء - كون الفعل المرتكب يُشكل مخالفة تأديبية أو ذنباً يستوجب معاقبة الموظف تأديبياً، ثم تختار عقوبة معينة توقعها عليه، على أن تكون من ضمن العقوبات المحددة سلفاً، على ألا يكون ثمة شططاً أو غلوّاً في هذا الاختيار.

٤. أحاط المشرع فرض العقوبة الانضباطية بمجموعة من القيود أو الضمانات، فهي قيود على الإدارة وهي في الوقت نفسه ضمانات للموظف المخالف، ففضلاً عن مبدأ الشرعية، أي لا عقوبة إلا بنص، نص المشرع على عدم رجعية العقوبة الانضباطية، إذ تنص المادة (٩/أولاً) من قانون الانضباط على "تسري مدد التأخير في الترفيع أو الزيادة التي تترتب على العقوبات الوارد ذكرها في المادة (٨) من هذا القانون اعتباراً من تأريخ استحقاق الموظف الترفيع أو الزيادة"، كما نص نفس القانون على ضمانات وحدة الجزاء، إذ نصت المادة (٢٠) منه على "لا يجوز فرض أكثر من عقوبة بموجب هذا القانون عن فعل واحد"، وأخيراً ضمانات الاعتراض على العقوبات وفقاً للمادة (١٥) من القانون نفسه أمام محكمة قضاء الموظفين.

الفرع الثاني: تحديد إجراءات العمل الانضباطي

أسلفنا أن تصميم النظام الانضباطي تشريعياً يقوم على تحديد المخالفات والعقوبات الانضباطية من جهة، وبيننا دور المشرع في هذا التحديد ومحاولته الموازنة ما بين فاعلية الإدارة ومنحها اختصاص فرض العقوبات الانضباطية على الموظف المخالف في حال ارتكابه افعالاً تقدر الإدارة أنها مخالفات، وبما يضمن السير المنتظم للمرافق العامة، وما بين حقوق الموظف من جهة أخرى.

٩. المادة (٨/ثامناً) من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم ١٤ لسنة ١٩٩١.

والنظام الانضباطي لا يكتمل إلا من خلال توصيف المشرع لإجراءات على الإدارة اتباعها في فرض العقوبة الانضباطية، ومن ثم وجب على المشرع تحديد تلك الإجراءات بطريقة تحقق الموازنة سالفة الذكر، والعمل الانضباطي يمر بعدة مراحل متتابعة ومتراصة مع بعضها والتي يشكل مجموعها مكونات هذا العمل وآلية عمله وهي كالاتي:

أولاً: اتصال علم الإدارة بوقوع المخالفة الانضباطية، أي الفعل أو السلوك أو الواقعة التي تدفع الإدارة إلى التدخل، وهنا تعمل الإدارة سلطتها التقديرية في اعتبار الفعل مخالفة أم لا، على أن تستهدي في ذلك بالواجبات والمحظورات التي نص عليها المشرع، باعتبارها الإطار العام الذي تعمل الإدارة على هديه، لتقدر من ثم هل يدخل الفعل ضمن تلك المحظورات أم أن الموظف خالف واجبات عمله. ونعتقد أن على الإدارة أن تؤكد تلك القواعد وتجعلها في متناول الموظف، وكما يأتي:

- أن تكون القواعد شاملة لجميع مجالات العمل.
- أن تكون القواعد واضحة وضوح تاماً.
- أن تشرح القواعد لجميع الموظفين، خاصة عند بداية تعيينهم في الوظيفة.
- أن تكون القواعد دقيقة ولا يوجد فيها تناقض ولا ازدواجية.
- أن يوضح للموظفين بأن مسألة التقيد بقواعد العمل هو لمصلحتهم ومصلحة الإدارة في آن واحد.

ثانياً: التحقيق مع الموظف: ويكون بطريقتين:

١. من قبل الرئيس الإداري: إذ أن للوزير أو رئيس الدائرة بعد استجواب الموظف المخالف (شفوياً أو تحريراً)، أن يفرض مباشرة أياً من عقوبات لفت النظر، الإنذار، قطع الراتب^(١٠).
٢. من خلال لجنة تحقيقية: تنص المادة (١٠) من قانون الانضباط على إجراءات التحقيق مع الموظف المخالف، إذ ألزمت ابتداء الوزير أو رئيس الدائرة بتأليف لجنة تحقيقية من رئيس وعضوين من ذوي الخبرة على أن يكون أحدهم حاصلاً على شهادة جامعية أولية في القانون. وعلى اللجنة التحقيق تحريراً مع الموظف المخالف المحال عليها، ولها في سبيل أداء مهمتها سماع وتدوين أقوال الموظف والشهود والاطلاع على جميع المستندات والبيانات التي ترى ضرورة الاطلاع عليها، وتحرر محضراً تثبت فيه ما اتخذته من إجراءات وما سمعته من أقوال مع توصياتها المسببة، والتي تكون أما بعدم مساءلة الموظف وغلق التحقيق أو بفرض إحدى العقوبات المنصوص عليها في هذا القانون، أو إحالة الموظف للمحاكم المختصة إذا رأت اللجنة أن فعل الموظف المحال عليها يشكل جريمة نشأت عن وظيفته أو ارتكبتها بصفته الرسمية، كما أن للجنة أن توصي بسحب يد

١٠. المادة (١٠/١٠) رابعاً) من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام العراقي.

الموظف في أية مرحلة من مراحل التحقيق^(١١)، وترفع كل ذلك إلى الجهة التي أحالت الموظف عليها.

ثالثاً: صدور القرار الانضباطي، أي صدور قرار فرض العقوبة من الجهة التي حددها القانون حصراً، وهي:

١. الوزير أو رئيس الدائرة أو الموظف المخول.

٢. الرئاسة أو مجلس الوزراء.

هذا، ونعتقد أن فعالية ونجاح النظام الانضباطي تتوقف على مجموعة من الاعتبارات، منها: توثيق الأعمال والإجراءات الانضباطية، والسرعة في إجراءات العمل الانضباطي، وافساح المجال للموظف للمخالف لمحو القرار الانضباطي، فضلاً عن امكان التظلم من القرار الانضباطي ومن ثم الطعن فيه أمام القضاء (قضاء الموظفين).

المطلب الثاني: الضوابط الموضوعية في صياغة التشريع الانضباطي

Objective determinants in the formulation of disciplinary legislation

حتى يتجنب الصانع وجود اية نقائص في النصوص القانونية المصاغة، تضطره إلى مراجعة النص بصفة دورية، إذ تؤدي كثرة مراجعة النصوص القانونية وتعديلها، كما أسلفنا، إلى وجود نوع من عدم الاستقرار التشريعي، وما يترتب عليه من اثار سلبية للمتعاملين مع النصوص القانونية. لذا وجب عليه، أي على الصانع، التقيد بمجموعة من الضوابط الموضوعية، والتي نجملها في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: الضوابط الصياغية التي تتعلق بالنص نفسه

إن النظام القانوني الموجود في أي دولة من الدول يعد مرآة عاكسة لاستراتيجيتها، وقد أدركت المجتمعات الحديثة المتطورة والاخذة في التطور ان حسن الصياغة التشريعية هو جزء أساسي من مكونات الإدارة الرشيدة، فمن خلال الصياغة الجيدة للتشريعات تتمكن الدول من تحسين نظامها القانوني، وتنقيته من الشوائب والعيوب التي تؤدي إلى عدم الاستقرار السياسي أو الاقتصادي أو الاجتماعي فيها.^(١٢)

ولا ريب في أن هنالك بعض الضوابط الموضوعية للصياغة التشريعية والتي تتعلق بالنص نفسه، والتي سوف نحاول بيانها في الفرعين الآتيين:

أولاً: وجوب استحضار خصائص القاعدة القانونية: هنالك معايير لتحديد أولويات مقترح المشروع محل الصياغة، وهي: خطورة المشكلة الاجتماعية قيد البحث،

١١. المادة (١٧/ثانياً) من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام العراقي، مع الإشارة الى ان للوزير ورئيس الدائرة، وفقاً لأحكام الفقرة (أولاً) من نفس المادة، سحب يد الموظف مدة لا تتجاوز (٦٠) يوماً إذا تراءى له أن بقاءه في الوظيفة مضر بالمصلحة العامة أو قد يؤثر على سير التحقيق في الفعل الذي أحيل من أجله على التحقيق وبعاد إلى نفس وظيفته بعد انتهاء المدة المذكورة إلا إذا كان هناك محذور، فينسب إلى وظيفة أخرى.

١٢. د. خالد جمال احمد حسن، ماهية الصياغة التشريعية ومقومات جودتها، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، س٥، ملحق خاص بالمؤتمر السنوي الرابع (القانون- أداة للإصلاح والتطوير)، ٢٤، ج١، ٢٠١٧، ص ١١٧.

والأثر الاجتماعي المتوقع للتشريع، وإمكانية التنفيذ، فضلاً عن برنامج الصياغة.^(١٣) وهناك اجماع فقهي على أن للقاعدة القانونية خصائص أساسية لا غنى عنها، سنركز على الأكثر صلة بموضوع البحث، والتي تتمثل في:

أ. أنها قاعدة سلوك: تنشأ ضرورة الضبط الاجتماعي طالما يعيش الأفراد مع بعضهم البعض، ومن أجل ذلك تنشأ تلقائياً قواعد خاصة للسيطرة على الدوافع لتحقيق الرغبات الأساسية وسرعان ما تتبلور هذه القواعد وترسخ في بناء المجتمع وتكوينه، وتصبح في بعض المجتمعات قوانين وديساتير وشرائع مدونة، أو معتقدات وطقوساً مقدسة^(١٤). عليه، يقوم القانون بتنظيم السلوك الإنساني بشكل معين يتفق والغايات والمقاصد التي تستهدفها الجماعة في حياتها الاجتماعية^(١٥). ويرتب على ذلك أن يضع الصانع نصب عينيه وهو بصدد وضع النص ما يأتي:

١. أن القانون يتخصص بالمكان والزمان، فالقانون مرآة للبيئة التي ينطبق عليها، ويستجيب لظروفها وحاجاتها، ومن ثم تختلف القوانين باختلاف المكان وتتطور في المجتمع الواحد بتطور الزمن، ولتنظيم المسألة الانضباطية، كان هنالك ثلاثة قوانين للانضباط في العراق، جاء كل منها منسجماً مع الفترة الزمنية التي صدر فيها، بكل ما فيها من ظروف سياسية واجتماعية واقتصادية.

٢. أن القانون يهدف إلى ضبط سلوك الافراد نحو نظرائهم في المجتمع، وعلى الصانع أن يرسم لهذا السلوك حدوداً معينة لا يتعداها، فكل الاعمال والاقوال الواقعة في نطاق تلك الحدود يقرها القانون بصرف النظر عن نية فاعلها وبالعكس كل الاعمال والاقوال الخارجة عنها يحرمها القانون.

٣. أن يلتفت الصانع للصفة الغائية للقانون، فالقاعدة القانونية لا تستطيع التحكم في سرائر الناس وخفايا انفسهم، فهذه الأوامر والنواهي تتوجه إلى السلوك الظاهري للأفراد، ولا تتوجه إلى النوايا والمقاصد والبواعث وما يدور في أعماق النفس البشرية من مشاعر وخواطر واحاسيس.^(١٦)

ب. أنها قاعدة عامة مجردة: عمومية القاعدة القانونية تعني أنها نص لا يزول بعد تطبيقه على حالة متوقعة ومحددة مسبقاً، بل يبقى بعد ذلك التطبيق، ويطبق في المستقبل (طالما لم يلغ) على كل الحالات المماثلة للحالة التي يصفها النص^(١٧). ويجب ألا تفهم صفة العمومية على أن الاحكام والقواعد القانونية تلزم جميع الافراد، لأن من هذه الاحكام والقواعد ما يتوجه بتكليفه إلى طائفة معينة من افراد

١٣. ان سيدمان، روبرت سيدمان، نالين ابيسيكيري، الصياغة التشريعية من اجل التغيير الاجتماعي الديمقراطي "لدليل للصانين"، برنامج الأمم المتحدة الإنمائي، برنامج إدارة الحكم في الدول العربية، مصر، ٢٠٠٥، ص ٨٥ وما بعدها.

١٤. د. إبراهيم أبو الغار، علم الاجتماع القانوني والضبط الاجتماعي، مكتبة نهضة الشرق، جامعة القاهرة، ١٩٨٥، ص ١٩١.

١٥. د. رياض القيسي، علم أصول القانون، ط ١، من منشورات بيت الحكمة، بغداد، ٢٠٠٢، ص ١٠٣.

١٦. د. محمد حسن قاسم، المدخل لدراسة القانون - القاعدة القانونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٢، ص ٣٤.

١٧. د. منذر الشاوي، دولة القانون، ط ١، الذكرة للنشر والتوزيع، بغداد، ٢٠١٣، ص ٧٣.

المجتمع غير معينة بأشخاصها بالذات بل مخصصة بأوصافها^(١٨). كما في قانون انضباط موظفي الدولة الذي حدد نطاق انطباقه على فئة الموظفين، فالقانون لا يخاطب فرداً لذاته وإنما لصفته (موظف)، ومن ثم فهو عام يطبق على جميع من هذه الصفة وليس لشخص معين بذاته، ومن ثم يتصف هذا القانون بصيغة العمومية، فالمهم بالنسبة للقانون أن يحكم بشكل لا شخصي.

أما التجريد فيعني ان يتجرد المشرع -ومن ثم الصانع- عند وضع النص من جميع الميول الذاتية والشخصية، أي يجب عليه ابعاد القاعدة القانونية عن التفاصيل والجزئيات وصرف النظر عن الفروق القانونية في الظروف والاعتداد بالفروق الرئيسية المشتركة بين مجموعة من الوقائع كي تطبق عليها جمعياً وابتعاده عن الميل والهوى وعدم ايثاره شخصاً معيناً بالذات لحماية وضع معين كضمان ضد الانحراف والتحكم^(١٩). بعبارة أخرى على الصانع أن يجرد القاعدة القانونية من الصفات والشروط الخاصة التي قد تؤدي إلى تطبيقها على شخص معين بذاته أو على واقعة محددة بعينها^(٢٠). بل أن تكون الحالة مجردة مستخلصة من ظروفها الواقعية الملموسة. فالحكم ينشئ وضماً قانونياً لا يتحدد النظر فيه إلى شخص واحد أو واقعة معينة. ويفهم من ذلك أن الصفة المجردة للحكم القانوني تجعل منه عند نشوئه حكماً قابلاً للتطبيق على كل شخص أو واقعة تتوافر فيها الشروط اللازمة لانطباق الحكم عليها^(٢١).

والعمومية والتجريد صفتان متلازمتان للقاعدة القانونية أو هما كما يقال وجهان لعملة واحدة فالقاعدة القانونية طالما هي قاعدة عامة فهي قاعدة مجردة وبالعكس. فالقانون الوضعي بعموميته وتجريده هو الضمان الحقيقي لحرية الأفراد وأمنهم ضد تحكم الحكام وقراراتهم الفردية^(٢٢).

وقواعد قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام، قواعد مجردة، لأنها لا تحدد صفات شخصية بل تضع قواعد مجردة الميول والاهواء الشخصية والذاتية، مبتعدة عن التفاصيل بما يساعد على حسن التطبيق، خاصة مع سلطة الإدارة التقديرية والتي تأتلف مع صياغة نصوص القانون، إذ جاءت النصوص المنظمة للواجبات والمحظورات والعقوبات بصيغة مجردة، تعين الإدارة على تكييف الواقعة بانها مخالفة وتعينها على تحديد العقوبة الملائمة.

ثانياً: العرض المحكم لألفاظ النص

إن الكفاءة في عملية صنع السياسات واعداد تعليمات الصياغة تؤدي دوراً أساسياً في نتيجة التشريع، فإذا كانت هناك سياسة معينة وتعليمات صياغة سيئة فسوف تتأثر جودة التشريع بشكل سلبي، فلتحقيق جودة صياغة التشريعات من الضروري أن يكون الصانع ذو كفاءة وخبرة، فترجمة السياسات إلى هيكل تشريعي

١٨. ينظر: د. منذر الشاوي، فلسفة القانون، مطبوعات المجمع العلمي العراقي، ١٩٩٤، ص ٢٣٥، ود.

رياض القيسي، مرجع سابق، ص ١٠٧.

١٩. د. عبد المنعم البدرابي، المدخل للعلوم القانونية، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٦٦، ص ١٨.

٢٠. د. محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص ٣٧.

٢١. د. رياض القيسي، مرجع سابق، ص ١٠٨.

٢٢. د. منذر الشاوي، دولة القانون، مرجع سابق، ص ٧٥.

لا يمكن أن يحقق الجودة إلا إذا كان يشمل تعليمات صياغة لا لبس فيها من صانعي تلك السياسة.^(٢٣)

من جهة أخرى، يتطلب تحقيق سيادة القانون قدر الإمكان أن يعرف الناس مسبقاً ما يطلبه القانون منهم، وما يمنحه لهم وأنواع السلوك التي يمكن أن يتوقعوها من السلطة المطبقة لهذا القانون. لذلك من المهم على المسؤول عن الصياغة أن يقوم باعداد قوانين بسيطة وواضحة قدر الامكان. ولا يمكنه فعل ذلك إلا من خلال استخدام خاصية الوضوح والدقة وعدم الغموض كادوات لتشريع فعال^(٢٤). فالتشريع الجيد يجب أن يكون مفهوماً من قبل جميع مستخدميهم، وإن كان هذا الفهم نسبياً، إذ أنه لا يجب أن يكون الفهم ذو قيمة مطلقة بل يكفي فحسب تحقيقه على الطائفة المستهدفة من الصياغة.

ولما كانت السلطة الانضباطية من اخطر سلطات الادارة العامة تجاه موظفيها لما تحملها في ثناياها من سلطات واسعة قد تصل احياناً إلى امكانية عزل الموظف عن عمله، فكان لا بد من تحقق بعض المسائل لضمان العرض المحكم لالفاظ النص، وكما يأتي:

أ. الالمام باللغة القانونية والفاظها: يسعى الصانع إلى إيصال المعنى من خلال مجموعة من الالفاظ التي تشكل لغة خاصة هي لغة القانون، والتي تتضمن الالفاظ لغوية خاصة بعلم القانون، وعليه فإن الصانع التشريعي يحتاج إلى معرفة في مجال اللغة القانونية لأنها اللغة التي يصاغ بها القانون^(٢٥)، والتي بواسطتها يفصح افصاحاً واضحاً عن الغاية التي يرغب في الوصول إليها^(٢٦)، ولا جدال في أن قانون الانضباط العراقي النافذ جاء بلغة قانونية سلسة سهلة الفهم واضحة المعاني.

ب. الالمام بكل جوانب المعنى: إذ يجب على الصانع أن يحيط علماً بكل ما يتعلق بالشئ محل التقنين^(٢٧)، ومن ثم حاول قانون الانضباط أن يجمع في ثناياه كل ما له علاقة بالنظام الانضباطي من المخالفة حتى الطعن بالقرار الانضباطي.

ج. الوضوح والدقة وعدم الغموض: تعتبر اللغة البسيطة مفهوماً صعب الفهم للغاية، لأنه يعني أشياء مختلفة لأشخاص مختلفين، وهي كلمة نسبية بشكل عام. إذ لنا أن نتساءل "النص واضح لمن؟" متى يجب أن يكون القائمون على الصياغة راضين عن لغة واضحة في مشاريعهم؟ ويمكن القول إن اللغة البسيطة تعني الكتابة المباشرة، والتي تُقرأ كما لو كانت منطوقة. إنها تعني الكتابة غير المزخرفة بكلمات قديمة متعددة المقاطع وصياغات بلاغية للعبارات، والتي لا يستطيع حتى

٢٣. د. جديدي ضياء الدين رمضان، ضوابط جودة الصياغة التشريعية، مجلة الحقوق والحريات، المجلد ١٠، ع ٢، ٢٠٢٢، ص ١٣٤.

٢٤. Esther Majambere, clarity precision and unambiguity: aspects for effective legislative drafting, commonwealth law bulletin, volume 37, issue 3, 2011, p 417.

٢٥. ٢٥ - عواد حسين ياسين العبيدي، أثر اختلاف الدلالة اللغوية في الصياغة التشريعية، مجلة القضاء والتشريع، ع ٢، ص ٥، ٢٠١٣، ص ١١٠.

٢٦. ٢٦ - د. عبد القادر الشخلي، فن الصياغة القانونية، ط ١، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٧٢، ص ٩٠.

٢٧. ٢٧ - ان سيدمان، روبرت سيدمان، نالين اببيسيكري، الصياغة التشريعية من اجل التغيير الاجتماعي الديمقراطي، مرجع سابق، ص ٤٨.

القراء المتعلمون فهمها. أما عدم الغموض فيعني ببساطة أن كلمات القانون واضحة وصریحة وقاطعة. عندما يكون للكلمات أكثر من معنى أو يمكن تفسيرها بأكثر من طريقة، يُقال أن القانون يكون غامضاً. فالصياغة التشريعية تتطلب دقة اختيار الكلمات الصحيحة والحفاظ على معناها النحوي. مما يؤدي إلى تجنب عدم اليقين وغموض معنى الكلمات أو الجمل، والذي بدوره يؤثر على بناء التشريع^(٢٨). التشريع^(٢٨). ونجد أن هذا متحقق بشكل كبير في قانون الانضباط، إذ جاءت نصوصه واضحة لا مجال للبس فيها أو الغموض، خاصة فيما يتعلق بالعقوبات الانضباطية وإجراءات فرض العقوبة.

د. التبويب السليم: وترتيب النصوص مع الربط بين اجزائها، وكشف الهدف منها بشكل واضح ودقيق، وخاصة إذا تعلق الأمر بقانون يعتمد مصطلحات خاصة، إذ يتطلب الأمر عندئذ التعريف بها حتى يعلم بها لدى المخاطب، ثم يتم توزيع بقية الأبواب بحسب المحاور المراد تنظيمها. ولا يقل تبويب مواد التشريع وترتيبها أهمية عن صياغة عباراته، لما له من اثر في استنباط ما يدل عليه من احكام، فترتيب مواد التشريع يساعد على عرض محتوياته بشكل منطقي ومتسلسل، ومن ثم توصيلها إلى المخاطبين بالتشريع بشكل يساعدهم على فهم وحسن تطبيق ما ورد فيه من احكام^(٢٩)، ومن مراجعة قانون الانضباط نجد سلامة التبويب والترتيب إذ جاءت المساءلة الانضباطية فيه بشكل واضح ومتسلسل من المخالفات فالعقوبات فاجراءات التحقيق فالقرار الانضباطي والظعن فيه.

هـ. الاقتصار على ما هو ضروري مع التركيز على المبادئ الأساسية وتلافي الدخول في التفاصيل بصفة مبالغ فيها، وهذا تجنباً لاثقال النص القانوني. وعليه وجب التعبير عن المعنى المقصود باقل ما يمكن من الالفاظ، لأن الاطالة تفتح الباب للتاويلات التي لا تتوافق وغاية المشرع، كما أنها تعيق التطبيق الاجدى للنص القانوني، وهذا أمر غني عن البيان في قانون الانضباط.

و. أن يتجنب الصائغ الترابط المفرط بين التشريعات، فكلما زاد عدد المرات التي ينتقل فيها القارئ بين الاحكام والقوانين كلما كان التشريع أقل وضوحاً وأقل فهماً. مما يفرض على الصائغ تجنب المراجعات الدائرية بالنص على حكم يحيل إلى نص آخر هو نفسه يشير بالعودة إلى الحكم الأول، وتجنب المراجعات التسلسلية، بالإشارة إلى حكم آخر والذي بدوره يحيل إلى حكم ثالث وهكذا^(٣٠)، وقد خلى قانون الانضباط من تلك الاحالات إلا في مواضع معدودة واضحة.

28. Elias Turatsinze, The pursuit of clarity, precision and unambiguity in drafting retrospective legislation. 8, available at: https://sas-space.sas.ac.uk/4711/1/Elias_Turatsinze_LLM_ALS_Dissertation.pdf

٢٩. بوزيدي بن محمود، احترام أصول الصياغة التشريعية في ضوء اجتهادات المجلس الدستوري الجزائري، مجلة دفاتر السياسة والقانون، الجزائر، المجلد ١٢، ع ٢٠، ٢٠٢٠، ص ٤٧.

30. Roman Cormacain, legislative drafting and the rule of law, PhD thesis, institute of advanced legal studies, university of London, 2017, p 159.

الفرع الثاني: ضوابط تشريعية خارجية عن النص

إن الاهتمام بمسألة الصياغة القانونية ليس مجرد اعتناء بالجانب الشكلي والإجرائي، إنما الهدف منه هو الوصول إلى تطبيق دولة القانون والحكم الرشيد من خلال سن تشريع جيد ومتطور، في منتهى الوضوح والدقة في الصياغة، منسجماً مع الدستور وغير متعارض مع القوانين الأخرى، مفهوم عند عامة الناس وقابل للتطبيق.^(٣١)

وعلى ما تقدم هنالك بعض الضوابط الموضوعية التي على صانع التشريع مراعاتها، والتي تكون خارجة عن النص نفسه، وهي:

أولاً: احترام المصطلحات القانونية

المصطلح بصفة عامة هو عصب لغات الاختصاص نظراً للمكانة التي يحتلها في المحافل العلمية، فالمصطلح جزء من بناء نظري في اللغة. فهو الذي يقوم على تيسير العلوم وتوضيح مبادئها وأفكارها وتحديدتها هذا من جهة، ومن جهة أخرى إيجاد التقارب بين العلماء والباحثين.

وتعد المصطلحات من بين أهم المواضيع الأساسية في مجال العلوم الانسانية، فهي تعد بحق العمود الفقري لكل حقل من حقول المعرفة العلمية الصحيحة، وركيزة أساسية من ركائز البحث العلمي في سائر المعارف ومختلف العلوم.^(٣٢)

والمصطلح القانوني هو اللغة المتخصصة التي تحاول جاهدة أن تحدد بدقة معاني العبارات التي نسجت منها قواعد القانون، فهو الأساس الذي يقوم عليه علم القانون، وهو وسيلة من الوسائل الفنية لاكتساب العلم والمعرفة في جميع العلوم.

فالمصطلحات القانونية هي مجموعة من المفاهيم والكلمات الخاصة بالمادة القانونية وهي تشكل مادة حيوية لكونها أساس الدراسات القانونية بمختلف تقسيماتها وتشعباتها، وبفضل هذه المادة يمكن للطالب أن يستوعب المفاهيم الأولية الخاصة بالمعرفة القانونية والاطلاع على الكلمات والتعابير والمفاهيم القانونية باللغة العربية.^(٣٣)

ويشير المصطلح القانوني إلى جميع الكلمات والعبارات والمفاهيم التي تندرج تحت قائمة المصطلحات المتعلقة بالمحاكم والمحاماة والقانون والقضاء والدعاوى القانونية والقضائية والتحكيم والجرائم والمخالفات الجنائية والسجن ومكافحة الفساد والملكية العامة والتعسف والحصانة والمنازعات والاستشارات القانونية والاستفتاء العام والانتهاكات والاضرابات والأمن وغيرها من المفاهيم المتعارف عليها في عالم القانون.

٣١. د. محمد إبراهيم مغاوري، متطلبات الصياغة القانونية ودورها في الإصلاح التشريعي في المجال الرياضي، مجلة نظريات وتطبيقات التربية البدنية وعلوم الرياضة، المجلد ٣٧، ١٤، ٢٠٢٢، ص ٢٨٢.

٣٢. جلال الغازي، مادة المصطلحات القانونية، متاح على الموقع الإلكتروني:

<https://eboik.com/wp-content/uploads/2021/11/eBoik.com->

[%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%AD%D8%A7%D8%B6%D8%B1%D8%A9-%D8%A7%D9%84%D8%A7%D9%88%D9%84%D9%89.pdf](https://eboik.com/wp-content/uploads/2021/11/eBoik.com-%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%AD%D8%A7%D8%B6%D8%B1%D8%A9-%D8%A7%D9%84%D8%A7%D9%88%D9%84%D9%89.pdf)

٣٣. جلال الغازي، مادة المصطلحات القانونية، المرجع السابق.

وتبدو أهمية المصطلح القانوني التي تكمن في تأهيل الباحث للإحاطة بالقواعد التي تقوم عليها العلوم وتحقيق الفهم الصحيح للنص وإدراك المعنى الدقيق للمصطلحات الوارد فيه، إضافة إلى هذا فالمصطلح القانوني يمكن المهتم بالدراسة القانونية من استيعاب القوانين وتيسير فهم مبادئها والاجتهادات القضائية والآراء الفقهية^(٣٤). في حين تكمن أهمية دراسة المصطلحات، في أنها تساعد على تكوين العقل القانوني القادر على معالجة المسائل القانونية بلياقة ذهنية عالية. كما أنها تساعد الطالب وتدرجه على فهم المصطلح القانوني والمساهمة في إحياء ونشر اللغة القانونية الرصينة التي يركز عليها مستقبلاً في أوساط المهنة عند التطبيق العملي لأحكام القانون. الأمر الذي يدفع إلى صقلها وتجويدها وتحسينها وضبطها أثناء الممارسة العملية. فضلاً عن أن التحكم في المصطلحات لا بد منه كون أن الصائغ ملزم غالباً - أثناء إعداده لمشروع القانون - إلى الاستناد والرجوع إلى مراجع مكتوبة بلغات مختلفة.

ويكون احترام المصطلحات القانونية من خلال ما تم توارثه من تقاليد تتعلق بالصياغة والكتابة القانونية، وما هو متعارف عليه من المصطلحات التي تفيد نفس المعنى دون تغيير، وهذا حتى يصل المعنى الذي قصده المشرع للجمهور. ذلك أنه لا يمكن دراسة مختلف القوانين وفهم المقصود منها إلا بالوقوف على المفاهيم المضبوطة للمصطلح، وهذا راجع لتبيين المؤثرات الثقافية والاضطراب في استعمال المصطلح القانوني، حيث لا تحمل الكلمة الواحدة في كثير من الأحيان المعنى نفسه^(٣٥).

وهذا يُشكل ضماناً أساسية في مواجهة عدم استقرار التشريع، إذ أن الاتاحة والتمكن من الوصول السهل للقانون لا تتعارض مع أهمية استقراره، وتجعله سهلاً للتوقع والتنبؤ والتقدير وبالتالي تحقيق الأمن القانوني^(٣٦).
ثانياً: الالتزام بهرمية التشريعات

إن صياغة أي تشريع جديد في الدولة يجب ألا يخرج عن السياق القانوني العام داخل هذه الدولة، وهذا يقتضي العلم والاحاطة الكاملتين لدى الصائغين بمضامين التشريعات الوطنية بكافة مستوياتها والمعاهدات الدولية المصدق عليها من قبل الدولة، تجنباً لأية مخالفة أو تعارض محتمل بين التشريع المراد صياغته ونصوص الدستور مثلاً أو نصوص القوانين العادية النافذة في الدولة أو مع نصوص المعاهدات الدولية المصادق عليها من قبل الدولة^(٣٧).

وطالما يأتي الدستور في قمة الهرم التشريعي، فإن أي تشريع يصدر يجب أن يراعي في أحكامه المبادئ العامة للدستور وجوهرها، كما يجب أن تكون الغاية الأسمى من إصدار القوانين والأنظمة التطبيق السليم لأحكام الدستور والتفعيل

٣٤. جلال الغازي، مادة المصطلحات القانونية، نفس المرجع.

٣٥. جلال الغازي، مادة المصطلحات القانونية، مرجع سابق.

36. Roman cormacain, op. cit., p 58.

٣٧. د. خالد جمال احمد حسن، مرجع سابق، ص ١٧١.

الحقيقي لمحتوى ومضمون النصوص الدستورية^(٣٨). ولتحقيق هذه الغاية، فإنه يجب ألا يؤخذ فقط بظاهر النصوص الدستورية ومدلولها الضيق الشكلي، وإنما يجب أن تقرأ النصوص الدستورية بصفة عامة كموجهات موضوعية وشكلية لباقي التشريعات وعمل السلطات الثلاث في الدولة، فالنصوص التشريعية يجب أن تشكل الروح التي تُبث في النصوص الدستورية وأن تسري فيها بشكل موضوعي وتتفاعل معها في بلوغ الغاية المثلى التي جاء النص الدستوري لترسيخها^(٣٩).

كما يجب الوقوف على نطاق كافة التشريعات النافذة ذات الصلة بموضوع التشريع مع مشروع القانون الجديد وذلك تلافياً للالتباس وللتأكد من مدى الحاجة إلى التشريع المطلوب صياغته في ظل المنظومة القانونية العامة للدولة^(٤٠).

من جهة أخرى يجب أن تتضمن المذكرة الإيضاحية للتشريع كافة التشريعات النافذة التي سبق وأن صدرت لتنظم موضوع التشريع أو أي جزء منه وتحديد مدى تأثير مشروع القانون الجديد عليها، وذلك في محاولة لمنع أي تعارض أو تضارب تشريعي بينهما. إذ يجب على الصانع أن يجري عملية بحث دقيقة عن جميع التشريعات الوطنية النافذة بما في ذلك تعديلاتها ذات العلاقة بالتشريع ودراساتها بشكل جيد، وذلك لغايات توحيد المصطلحات المستعملة بين جميع التشريعات، وتجنب الغاء ما ليس مقصوداً إلغائه وتفاذي التناقض بين التشريعات^(٤١).

من جهة ثالثة لا بد من مراعاة ضوابط الإحالة إلى الأنظمة والتعليمات، ذلك إن مسألة الإحالة إلى الأنظمة والتعليمات في النصوص التشريعية تنطوي على خطورة مخالفة القواعد الدستورية وإهدار دور السلطة التشريعية في سن القوانين على اعتبار أن هذا الدور هو اختصاص أصيل لها وفقاً لمنطوق النصوص الدستورية ويجسد مبدأ الأمة هي مصدر السلطات.

وعليه، ووفقاً لقاعدة الهرم التشريعي، فإن إصدار الأنظمة هو من صميم اختصاص السلطة التنفيذية، ولا تبسط السلطة التشريعية أي رقابة عليها إلا من خلال ضمان صياغة تشريعية واضحة وسليمة لقواعد القانون التي تقرر الإحالة وتعطي السلطة التنفيذية الحق في إصدار الأنظمة بشكل يغل من يد السلطة التنفيذية في ممارسة هذه الصلاحية أو تجاوزها^(٤٢)، وفي حال ممارستها أن تتفق مع حكم الدستور والقانون. إذ يجب أن تكون الإدارة مستندة في القرارات التي تصدر عنها إلى قواعد قانونية محددة واضحة المعالم. ولا تكتسب القواعد القانونية هذه الصفة إلا إذا صدرت بشكل منهجي واضح يفي بالغرض الذي من أجله تم إصدارها والمتمثل في المحافظة على المصلحة العامة للدولة^(٤٣).

٣٨. عبد الحكيم رزق، مدى توافق النصوص القانونية مع تسمية القطاعات الحكومية، مجلة الحقوق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة وجة، ع ١٣، ٢٠١٢، ص ١٢١.

٣٩. د. ليث كمال نصرأوين، متطلبات الصياغة التشريعية الجيدة وأثرها على الإصلاح القانوني، ملحق خاص بالمؤتمر السنوي الرابع (القانون اداو للإصلاح والتطوير)، ع ٢، ج ١، ٢٠١٧، ص ٤١٠.

٤٠. د. ليث كمال نصرأوين، نفس المرجع، ص ٤٠٦.

٤١. دليل الصياغة التشريعي الفلسطيني الصادر عن ديوان الفتوى والتشريع ومعهد الحقوق بجامعة بيرزيت، ص ٤٠.

٤٢. دليل الصياغة التشريعي الفلسطيني، نفس المرجع، ص ٩٧.

٤٣. د. ليث كمال نصرأوين، مرجع سابق، ص ٣٨٣.

الخاتمة

في ختام هذا البحث نستخلص بعضاً من النتائج، لعل من أهمها:

١. تنطوي الصياغة التشريعية على أهمية كبرى تتمثل في تحسين النظام القانوني في الدولة وتنقيته من كافة الشوائب التي قد تتعلق به وتخليصه من حالة عدم الاستقرار التي قد يعاني منها جراء كثرة التعديلات التي يتم إجراؤها على التشريعات، والحيلولة من دون حدوث تضارب في المصالح بين كافة فئات المجتمع المخاطبين بأحكام القانون.

٢. الصياغة التشريعية عملية تحويل القيم التي تتكون منها مادة القانون إلى قواعد قانونية صالحة للتطبيق في العمل، إذ تعمل على أخذ المواد الأولية التي تعد جوهر القاعدة القانونية وإنشائها في قوالب من ألفاظ ومصطلحات قانونية تشكل بنية النص التشريعي على وفق معايير معينة يساهم كل منها في إضفاء خاصية معينة على النص التشريعي حسب المقترضات التي يرى الصانغ التشريعي إن لها أثر واضح في تنظيم سلوك الأفراد في المجتمع.

٣. يعمل قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم ١٤ لسنة ١٩٩١ على ضبط السلوك الوظيفي من خلال النص على الواجبات والمحظورات، وبشكل واضح ومحدد، فضلاً عن تحديد إجراءات العمل الانضباطي.

٤. إن قلة التعديلات التي طالت قانون الانضباط تدل على أنه قانون محكم الصياغة، إذ لم تتجاوز تلك التعديلات، وعلى مدى ٣٢ سنة من التطبيق، الثمانية من التعديلات. وهذا أدى بالنتيجة إلى استقرار النظام الانضباطي الذي يحكمه.

وعلى ما تقدم نقترح الآتي:

١. إن تحديث القوانين بشكل دائم يمثل ورشة تبدأ ولا تنتهي، طالما أن الإنسان يعمل وينشط ويتجدد ويتمرد على السكون، ويبحث عن التفرد، خاصة أن معظم القوانين، قد تخطى الزمن القسم الكبير منها ولم تعد تواكب ركب الحضارة، فضلاً عن تغيير العادات والتقاليد والاكتشافات والاختراعات العلمية الجديدة، كل ذلك يتطلب نفض الغبار عنها واعتماد الحداثة ومجاراة التطور في المضامين والأسلوب.

٢. على الصانغ أن يكون ملماً باللغة القانونية والفاظها، وأن يحيط بكل جوانب المعنى، وأن تتسم صياغته للقاعدة القانونية بالوضوح والدقة وعدم الغموض، وأن يقتصر في النص على ما هو ضروري مع التركيز على الأساسيات من دون تفاصيل زائدة، وأن يتجنب الترابط المفرط بين التشريعات والاحالات المتعددة لقوانين أخرى التي تجعل النص أقل وضوحاً.

٣. قانون الانضباط ليس أفضل تشريع لكنه ثابت ومستقر وذا صياغة تشريعية جيدة، إلا أن ذلك لا ينفي وجود بعض الهنات هنا وهناك، مما كشف عنه التطبيق العملي أو التطورات التي أصابت العمل الإداري، وكل ذلك مما لا يستعصي على المشرع إصلاحه بتعديلات تساهم في إيضاح بعض ما ظهر غموضه بالتطبيق، أو اكمال ما أظهر التطبيق قصوره.

المصادر

أولاً: الكتب:

١. د. إبراهيم أبو الغار، علم الاجتماع القانوني والضبط الاجتماعي، مكتبة نهضة الشرق، جامعة القاهرة، ١٩٨٥.
٢. ان سيدمان، روبرت سيدمان، نالين اببيسيكيري، الصياغة التشريعية من اجل التغيير الاجتماعي الديمقراطي "دليل للصائغين"، برنامج الأمم المتحدة الإنمائي، برنامج إدارة الحكم في الدول العربية، مصر، ٢٠٠٥.
٣. د. حنان محمد القيسي، انقضاء العقوبة التأديبية،
٤. د. رياض القيسي، علم أصول القانون، ط١، من منشورات بيت الحكمة، بغداد، ٢٠٠٢.
٥. د. سليمان الطماوي، الجريمة التأديبية، المنظمة العربية للتربية والثقافة والفنون، معهد البحوث والدراسات العربية، ١٩٧٥.
٦. عبد الرحمن نورجان الايوبي، القضاء الإداري في العراق حاضره ومستقبله، دار مطابع الشعب، بغداد، ١٩٦٥.
٧. د. عبد القادر الشخلي، فن الصياغة القانونية، ط١، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٧٢.
٨. د. عبد المنعم البدر اوي، المدخل للعلوم القانونية، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٦٦.
٩. د. محمد مختار محمد عثمان، الجريمة التأديبية بين القانون الإداري وعلم الإدارة العامة، ط١، دار الفكر العربي، ١٩٧٣.
١٠. مغاوري محمد شاهين، المسألة التأديبية للعاملين المدنيين بالدولة والقطاع العام، عالم الكتب، القاهرة، ١٩٧٤.
١١. د. محمد حسن قاسم، المدخل لدراسة القانون – القاعدة القانونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٢.
١٢. د. منذر الشاوي، دولة القانون، ط١، الذاكرة للنشر والتوزيع، بغداد، ٢٠١٣.
١٣. د. منذر الشاوي، فلسفة القانون، مطبوعات المجمع العلمي العراقي، ١٩٩٤.
١٤. د. مصطفى العوجي، القاعدة القانونية في القانون المدني، ط٢، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠١٢.
١٥. دليل الصياغة التشريعي الفلسطيني الصادر عن ديوان الفتوى والتشريع ومعهد الحقوق بجامعة بيرزيت.
١٦. قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم ١٤ لسنة ١٩٩١ المعدل.

ثانياً: الأبحاث والرسائل الجامعية:

١. بوزيدي بن محمود، احترام أصول الصياغة التشريعية في ضوء اجتهادات المجلس الدستوري الجزائري، مجلة دفاتر السياسة والقانون، الجزائر، المجلد ١٢، ع ٢٠، ٢٠٢٠.
٢. د. جديدي ضياء الدين رمضان، ضوابط جودة الصياغة التشريعية، مجلة الحقوق والحريات، المجلد ١٠، ع ٢، ٢٠٢٢.

٣. د. خالد جمال احمد حسن، ماهية الصياغة التشريعية ومقومات جودتها، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، س٥، ملحق خاص بالمؤتمر السنوي الرابع (القانون- أداة للإصلاح والتطوير)، ع٢٤، ج١، ٢٠١٧.
٤. شفيق عبد المجيد الحديثي، النظام الإنضباطي لموظفي الدولة في العراق، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون/ جامعة بغداد، ١٩٧٢.
٥. عبد الحكيم رزق، مدى توافق النصوص القانونية مع تسمية القطاعات الحكومية، مجلة الحقوق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة وجدة، ع ١٣، ٢٠١٢.
٦. عواد حسين ياسين العبيدي، أثر اختلاف الدلالة اللغوية في الصياغة التشريعية، مجلة القضاء والتشريع، ع٢٤، س٥، ٢٠١٣.
٧. د. ليث كمال نصرأوين، متطلبات الصياغة التشريعية الجيدة وأثرها على الإصلاح القانوني، ملحق خاص بالمؤتمر السنوي الرابع (القانون اداو للإصلاح والتطوير)، ع٢٤، ج١، ٢٠١٧.
٨. د. محمد إبراهيم مغاوري، متطلبات الصياغة القانونية ودورها في الإصلاح التشريعي في المجال الرياضي، مجلة نظريات وتطبيقات التربية البدنية وعلوم الرياضة، المجلد ٣٧، ع١٤، ٢٠٢٢.

ثالثاً: المواقع الالكترونية:

1. Elias Turatsinze, The pursuit of clarity, precision and unambiguity in drafting retrospective legislation.8,available at: https://sas-space.sas.ac.uk/4711/1/Elias_Turatsinze_LLM_ALS_Dissertation.pdf
٢. جلال الغازي، مادة المصطلحات القانونية، متاح على الموقع الالكتروني: <https://eboik.com/wp-content/uploads/2021/11/eBoik.com-%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%AD%D8%A7%D8%B6%D8%B1%D8%A9-%D8%A7%D9%84%D8%A7%D9%88%D9%84%D9%89.pdf>

رابعاً: المصادر الأجنبية:

1. Esther majambere, clarity precision and unambiguity: aspects for effective legislative drafting, commonwealth law bulletin, volume 37, issue 3, 2011.
2. Roman cormacain, legislative drafting and the rule of law, PhD thesis, institute of advanced legal studies, university of London, 2017.

حماية الوظيفة العامة ونزاهتها في تجريم الكسب غير المشروع

Protecting public office and its integrity by criminalizing illegal gain

ا.د. تميم طاهر الجادر
معهد العلمين للدراسات العليا

المخلص

يعد جوهر تجريم الكسب غير المشروع في ضوء التعديل الأول لقانون هيئة النزاهة العراقي خطوة متقدمة لمواجهة من يتولون المناصب والوظائف العليا في مؤسسات الدولة لتحقيق منافع مكاسب شخصية لهم بطريقة غير مشروعة الذين يسببوا أضراراً جسيمة على مختلف الجوانب الاجتماعية والاقتصادية والتنمية الوطنية والمصالح العامة المختلفة، فهي تمثل الفساد المالي الذي يصعب إثباته لخصوصية مرتكبيها والمقترنة بتضخم الأموال وزيادتها غير المبررة في عناصر الذمة المالية لهم أو لذويهم بما لا يتناسب مع مواردهم الاعتيادية. إن مواجهة الفعالة والتحدي الأكبر لهذه الظاهرة المستشرية في الوظيفة العامة تتطلب المزيد من الإجراءات القانونية وسد القصور التشريعي والغموض في قانون هيئة النزاهة والكسب غير المشروع النافذ حالياً.

يسلط الباحث الضوء على الآليات والاستراتيجيات ومواطن النقص التشريعي لمواجهة ذلك مع بيان علاقة هذه الجريمة بغسيل الأموال وعدها من الجرائم الدولية العابرة للحدود. وما مدى مواءمة ذلك مع أحكام الاتفاقيات والمعاهدات الدولية المتخصصة في مكافحة الفساد المالي والإداري وختاماً نبين أهم المقترحات التي تعالج الموضوع بالاعتماد على قياس الأثر المترتب على النفاذ القانون وتطبيقه. الكلمات المفتاحية: الكسب غير المشروع، الفساد المالي والإداري، الجريمة، النزاهة.

Abstract

The essence of the criminalization of illegal gain in the light of the first amendment to the Iraqi Integrity Commission Law is an advanced step to confront those who assume senior positions and jobs in state institutions to achieve the benefits of personal gain for them in an illegal way.

Those who cause severe damage to various social and economic aspects, national development and various public interests, as they represent financial corruption that is difficult to prove due to the privacy of the perpetrators, which is associated with inflation of funds and their unjustified increase in the elements of financial disclosure for them or their families in a

way that is not commensurate with their usual resources. The effective confrontation and the biggest challenge to this widespread phenomenon in the public office requires more legal measures and filling the legislative shortcomings and ambiguities in the Integrity and Illicit Gain Commission law currently in force.

The researcher sheds light on the mechanisms, strategies and legislative deficiencies to confront this, with an indication of the relationship of this crime to money laundering and its consideration as an international cross-border crime. And to what extent is this compatible with the provisions of international conventions and treaties specialized in combating financial and administrative corruption?

Keywords: illegal gain, financial and administrative corruption, crime, Integrity.

المحور الأول : مفهوم جريمة الكسب غير المشروع

First: The concept of the crime of illegal gain

لم يعد الكسب غير المشروع مشكلة تعاني منها دولة معينة بل أنها تحولت الى ظاهرة عالمية دولية تستوجب التعاون في مواجهة هذه الازمة الخطيرة. وبما ان المشرع غير ملزم بوضع التعريفات للمصطلحات التي ترد في التشريعات، لكن ان فصل يعد مسلكاً محموداً من قبله حيث عرفها في ظل القانون رقم (١٥) لسنة ١٩٥٨ بانه " يعد كسباً غير مشروع على حساب الشعب كل ما حصل عليه اي شخص من المذكورين بالمادة الاولى بسبب اعمال او نفوذ او ظروف وظيفته او مركزه او بسبب استغلال شي في ذلك ... " اما في قانون هيئة النزاهة رقم (٣٠) لسنة ٢٠١١ " كل زيادة في اموال المكلف بتقديم تقرير الكشف عن الازمة المالية او اموال زوجه او اولاده التابعين له لا يتناسب مع واردتهم العادية يعد كسباً غير مشروع ما لم يثبت المكلف انه تم كسبه من مصادر مشروعة". وبعد صدور التعديل الاول لقانون هيئة النزاهة العراقي فقد عرفه بأنه " كل زياده تزيد على ٢٠% سنوياً من اموال المكلف او اموال زوجه او اولاده لا تتناسب مع واردتهم الاعتيادية ولم يثبت المكلف سبباً مشروعاً لهذه الزيادة، ويعد كسباً غير مشروع الاموال التي يثبت حصول الشخص الطبيعي عليها بالاشتراك مع المكلف بقرار قضائي بات.

ويعد كسباً غير مشروع كل ما حصل عليه اي شخص طبيعي او اعتيادي عن طريق توأطئه مع اي شخص من العاملين في الدولة على استغلال وظيفته او مركزه او الصفة، وعجزه عن اثبات مصادرها خلال المواعيد المقررة قانوناً وقد عرف المجتمع الدولي فكرة الكسب غير المشروع منذ وقت قريب نسبياً، فكانت اولى المحاولات على المستوى الدولي هي اتفاقية الامم المتحدة لمكافحة

الاتجار غير المشروع بالمخدرات والمؤثرات العقلية لعام ١٩٨٨، وكذلك اتفاقية الامم المتحدة لمكافحة الفساد لعام ٢٠٠٣، التي عرفت الاثراء غير المشروع بانه "تتظر كل دولة طرفاً رهنأ بدستورها والمبادئ الاساسية لنظامها القانوني في اعتماد ما قد يلزم من تدابير تشريعية وتدابير اخرى لتجريم تعمد الموظف عمومي الاثراء غير مشروع اي زيادة موجوداته زيادة كبيرة لا يستطيع تعليها بصورة معقولة قياساً الى دخله المشروع.

اما الاتفاقية العربية لمكافحة الفساد فأنها لم تعرف جريمة اكسب غير المشروع ولكنها الزمت الاعضاء (الدول) بتجريمها كما انها لم تعرف تجرم افعال الفساد ولم تعرفه، بل تركتها للتشريعات الوطنية، الا انها حصرت اكثر الانواع شيوعاً له، وهي بذلك تركت الباب مفتوحاً لتحديد الجرائم التي من الممكن ادراجها ضمن جرائم الفساد.

المحور الثاني : الطبيعة القانونية لجريمة الكسب غير المشروع

The legal nature of the crime of illegal gain

تعد جريمة الكسب غير المشروع ذات طبيعة مركبة، اذ تدخل في العديد من الاطر الجرمية للقانون الجنائي، وذلك حسب الزاوية التي ينظر اليها الموضوع هذه الجريمة، ووفقاً للمصلحة المحمية من خلال التجريم يمكن عدها جريمة من جرائم التي تقع على الاموال العامة، كما انها تعد من الجرائم الواقعة على الوظيفة العامة، كما تعد من الجرائم التي لها اثراً اقتصادياً والتي تؤثر سلباً على الاقتصاد القومي، فضلا عن انها تعد من الجرائم المنظمة العابرة للحدود التي يحاول المفسدين ومركبين هذه الجرائم الافلات من العقاب.

اما صلة جريمة الكسب غير المشروع بجريمة غسل الاموال، فأن هذه الجريمة تعد صورة من صور جرائم الفساد ويتم اللجوء اليها بغية اخفاء المصدر الحقيقي للدخل غير المشروع، ويمكن الهدف الاساسي منها اولاً واخيراً التمويه عن مصدر الاموال غير المشروعة للحيلولة دون تتبعها وملاحقتها، وبذلك فان جريمة غسل الاموال تنصب على الاموال المتأتية من مصدر غير مشروع، فضلا عن انها من الجرائم الاقتصادية التي تمس الاقتصاد بصورة عامة فتشمل بذلك الجرائم الموجهة ضد عناصر الازمة المالية، ويعد الدخل غير المشروع للمكلف او الى وضع الاحكام قانون الكسب غير المشروع احد صور ذلك من خلال اخفاء مصدر الزيادة الكبيرة الحاصلة في أمواله وثروته التي يعجز عن اثبات مصدرها غير المشروع، حيث ذهب المشرع في حمايته الى ضمان فعالية مستوى اجهزة الدولة في مباشرتها للوظيفة العامة وهي تلك القيم التي ابتغى المشروع حمايتها اساساً والتي تتمثل بالمحافظة على المال العام ونزاهة الوظيفة العامة وحسن ادائها بشكل منضبط لا يتنافى مع المصلحة التي ابتغاه في تحقيق الثقة العامة كونها هي الغاية التي سعى اليها المشرع في التجريم والتي تعد جوهر الوظيفة العامة، وهذا مما يؤدي في الحال الى تحقيق مصلحة اجتماعية تكون ملزمة وضرورية من اجل بناء المجتمع وتطوره - لذلك تعد الوظيفة العامة هي محور هذه الجريمة مما يتطلب من العاملين فيها ان يتمتعوا بقدر كبير من النزاهة والأمانة والاستقامة من اجل تحقيق الغاية من الوظيفة

العامة، لكون هذه الجريمة تستهدف تهديد المصالح العليا في المجتمع ويعد الضرر الذي يصيبها ضرراً اجتماعياً يهدد بشكل عام الثقة العامة في مؤسسات الدولة، فالتجريم ضرورياً للتحصين من خطر الفساد والاستغلال او المتاجرة بالوظيفة العامة وكذلك حماية الملكية العامة.

المحور الثالث : سمات جريمة الكسب غير المشروع

Characteristics of the crime of illegal gain

ممکن استجلاء اهم السمات الاساسية - العملية هي:

أ- استغلال الوظيفة او الخدمة: وهي الحصول على المال نتيجة استغلال النفوذ المنبثق من تولي الوظيفة او الخدمة او قيام الصفة استغلالاً جدياً وحقيقاً. وهي تتصل بمقدار التمتع بالسلطة العامة والتي نتج من خلالها قدراً من النفوذ المتولد من ممارسة العمل في مؤسسات الدولة أو تكون الدولة مساهمة بنصيب في أموالها.

ب - السرية في ارتكاب الجريمة: تبرز هذه السمة في جرائم الفساد بصورة عامة وجرائم الكسب غير المشروع بصورة خاصة، نظراً لما يترتب على اكتشافها من آثار خطيرة وكبيرة والتي تتمثل بالعقوبات المقررة لها قانوناً، كذلك يحرص مرتكبو هذه الجريمة على السرية لان طبيعة هذه الجريمة من حيث حجمها وأثارها والاستمرار في ارتكابها يقتضي ذلك لكون اكتشافها يؤدي إلى خسارة كبيرة مادية ومعنوية.

ج- جريمة عابرة للحدود: جريمة الكسب غير المشروع لا تقتصر على حدود الدولة التي ترتكب فيها فقط، بل انها تتخطى حدود اقليم الدولة، وذلك عندما يتعدد أطرافها وتتنوع أدواتها وتنفق مصالح أطرافها، حيث تتخطى حدود الدولة من حيث الأفعال المكونة لها او الآثار التي تترتب عليها، لذلك لها تأثير كبير على المصلحة الدولية وعلى القيم الانسانية. كما تعد هذه الجريمة من الجرائم المنظمة لما تشكله من مخاطر كبيرة تهدد المجتمع الدولي، لذلك يتطلب على التشريعات الوطنية ازالة القيود اما تطبيق مبدأ (الاختصاص العيني) من أجل سد اي ثغرة تشريعية يمكن ان يستغلها الفاعلين لهذه الجريمة ومن يساهم معهم للهرب الى ملاذ أمن.

د- ذات طبيعة اقتصادية: تؤثر جريمة الكسب غير المشروع على الاقتصاد الوطني والتنمية كونها تقلل فرص الاعمار والتنمية، وهي تعد من الجرائم التفاعلية التي تتفاعل مع الظروف المحيطة بها، ان ترتفع معدلاتها في ظل الانفلات الامني وغياب المسائلة القانونية والقعاب.

المحور الرابع : رؤية في معالجة القصور والنقص في قانون هيئة النزاهة والكسب غير

المشروع النافذ رقم ٣٠ لسنة ٢٠١٩

A vision in addressing deficiencies and deficiencies in the law of the Commission of Integrity and Illicit Gain in force No. 30 of 2019

لقد خرج المشرع العراقي في قانون هيئة النزاهة والكسب غير المشروع من القاعدة العامة في تحريك الدعوى الجزائية، إذ حصر تحريك الشكوى بهيأة النزاهة فقط ولم يمنح هذا الحق للأفراد، اما بالنسبة لتحريكها من خلال وسيلة الاخبار فقد نص المشرع على ذلك صراحة في المادة (١٦ /ثانياً) من القانون المذكور، وبذلك فإن المشرع العراقي قد منح الحق في تحريك الدعوى لجهة إدارية متخصصة تتمثل بهيئة النزاهة.

كما هناك ملاحظات نوردها كالاتي:

- ١- تأمل عد جريمة الكسب غير المشروع من (الجرائم المخلة بالشرف) وأضافتها الى الفقرة (ثالثاً/أ) (من المادة (١) من قانون هيئة النزاهة والكسب غير المشروع المعدل.
- ٢-توسيع من نطاق دائرة الأشخاص المكلفين بالكشف عن عناصر ذمهم المالية، وذلك لوجود بعض الوظائف التي لا تعد من الوظائف والمناصب العليا، الا أنها تعد من الوظائف الحيوية ويتوافر فيها عنصر الخطورة ومثال ذلك اقسام العقود الحكومية والحسابات والمشتريات وغيرها.
- ٣- ضرورة شمول والدين وأخوة وخوات المكلف لوجود احتمال أو امكانية التحايل في تسجيل بعض الأموال والممتلكات بأسمائهم.
- ٤- تعد المدة التي منحها المشرع العراقي للمكلف لأثبات مصدر مشروعية تضخم وزيادة أمواله غير مبررة في عناصر ذمته المالية طويلة (٩٠) يوم، حيث يمكن للمتهم من خلالها التفكير بالهرب وتهريب تلك الاموال المتحصل عليها من الكسب غير المشروع خارج حدود الدولة، ونجد ان هذه المدة قد تعرقل سير عمل الجهات المختصة باستلام استمارة كشف الذمة المالية، ونفترح ان يكون التعديل خلال مدة (٦٠) يوم من تاريخ توليه الوظيفة العامة أو المنصب وتاريخ انتهاء علاقته بها، كذلك يلتزم المكلف بالإجابة عن ملاحظات الهيئة خلال ٣٠ يوم من تاريخ اشعاره بها.
- ٥- نجد من الضروري ان يمنح المشرع العراقي المحكمة المختصة الحق بإدخال كل من استفاد فائدة جدية من الكسب غير المشروع. كذلك ايراد نص صريح ينص على نشر الحكم في أجل تحقيق المصلحة العامة المتمثلة بالقضاء على الفساد في كافة الوسائل الرسمية.
- ٦- التأكيد على تجريم فعل إخفاء المال المتحصل عليه من جريمة الكسب غير المشروع لذلك فإن تجريم فعل الاخفاء سيعالج النقص خصوصاً لكون الاموال متحصلة من الجريمة وهو عالمياً بحقيقة هذا الفعل او يحمله على الاعتقاد بذلك.

- ٧- لم يبين المشرع موقفه من حالة امتناع زوج المكلف الذي يمتنع عن الإفصاح والاعلان عن عناصر ذمته المالية، اذ ان المشرع قد القى المسؤولية الجزائية في حالة الامتناع على عاتق المكلف نفسه.
- ٨- ان العقوبة التي حددها المشرع العراقي في المادة (١٩ / خامسا) من قانون هيئة النزاهة والكسب غير المشروع الخاصة بجريمة تعمد اخفاء معلومات مطلوبة او قدم معلومات كاذبة هي عقوبة غير متناسبة مع خطورة السلوك الإجرامي، ونرى بأن تكون الحبس مدة لا تقل عن (٣) ثلاث سنوات وبغرامة تعادل قيمة الكسب غير المشروع.
- ٩- تعديل نص الفقرة (سادسا) من قانون هيئة النزاهة والكسب غير المشروع تتناسب وطبيعة وجسامة الفعل المرتكب.

مدى مواكبة بعض النصوص الدستورية للطبيعة المجتمعية في الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥م

أ.د. محمد أحمد إبراهيم المسلماني
جامعة الإسكندرية- مصر

المقدمة

تتسم التشريعات بغياب السياسة التشريعية الرشيدة بما يحتويها من ارتباك، وعدم وضوح مما قد يصل أحياناً إلى الاعتقاد بعدم فاعلية العملية التشريعية في تحقيق التغيير والتنمية المطلوبة لدى أفراد الشعب العراقي صاحب الأرض والسيادة والعنصر العام المكون لدولة العراق.

فحاجات الناس ومتطلباتهم لا تتحقق إلا إذا انطلقت من تقويم مسلك المشرع الحالي، وقياس قدرة الآليات القانونية التي وضعت من أجلها وتمحيص ما مرت به القواعد القانونية النافذة من تطورات وتعديلات، فضلاً عن مواكبة الظواهر الاجتماعية التي طرأت على الساحة العراقية منذ العمل بالدستور الحالي الصادر عام ٢٠٠٥م.

ولا شك من وجود خلل جسيم في بعض النصوص الدستورية خاصة فيما يتعلق بالآليات القانونية ومدى نجاحها في تحقيق مجتمع موحد باقتصاد متنوع لتحقيق آمال وطموحات أفراد وجماعات الشعب العراقي.

وفي ضوء ما تقدم سنتناول دراسة هذا الموضوع في محورين فقط تاركين باقي المحاور عنواناً لدراسة أخرى مكتملة لهذه الدراسة، وذلك على النحو التالي:

المحور الأول: عدم مواكبة بعض النصوص الدستورية للظواهر الاجتماعية.

المحور الثاني: محاولات إصلاحية لبعض النصوص الدستورية.

المحور الأول : عدم مواكبة بعض النصوص الدستورية للظواهر

الاجتماعية

لا شك أن المحاصصة الطائفية قد طفت على السطح السياسي في العراق منذ الحقبة الزمنية الماضية واللاحقة على فترة الاحتلال بالنسبة من الطائفية أو بالأحرى بأزمة الهوية الطائفية.

ولقد كان لأزمة الهوية الأثر البالغ في عدم الاستقرار السياسي واستمرار الصراعات وفشل الدولة على حلها أو معالجتها، الأمر الذي بات معه فشل كافة المحاولات العلاجية مما يهدد أمن واستقرار دولة العراق.

وترتب على ما تقدم أن التقسيم المحاصصي الموجود في الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥م يجب أن يتم النظر إليه مرة ثانية بعين الاعتبار وإلا لماذا نشاهد

الاحتجاجات^(٤٤). المتردد في الغالب الأعم تكون احتجاجات من جانب طائفة دون أخرى لمحاولة فرض قرارها السياسي بواسطة مؤيديها أو أفرادها. لقد أن الأوان للنظر في الكوتا الدستورية ذات التقسيم المحاصصي ومن المعروف أن العوامل الاجتماعية هي محور ارتكاز بناء الدولة وفي الوقت ذاته محوراً يصدوها فإن كان التنوع مظهر من مظاهر القوة إذا ما علت قيمة الوطنية عما عداها من الولاءات الخاصة قومية كانت أم طائفية أم مذهبية فالجماعات المختلفة المكونة للكيان الاجتماعي قد يؤدي بها التعدد إلى التطرف الفكري والعنف الثقافي وإقصاء الآخرين.

كما يتفرع عن الطائفية السياسية التعددية السياسية والفساد السياسي حيث تضمنت الدولة العراقية العراقية الكثير من المنظمات والأحزاب^(٤٥). وهكذا دخلت الطائفية إلى السياسة وأضحى الصراع الطائفي متعلقاً بالصراع السياسي على السلطة والحكم.

ولقد أنتج النظام المحاصصي الفساد الإداري إذ فشل النظام في تقديم صورة إيجابية عن الديمقراطية التوافقية^(٤٦). أو التمييز الإيجابي لبعض الفئات المجتمعة التي تتطلبها الظروف الانتقالية بعد التخلص من الحكم الاستبدادي بل تحولت إلى إليه لتقسيم السلطة والثروة بين النخب السياسية، فضلاً عن انتشار الفساد المالي في كافة مرافق الدولة، وإذا كان النظام الفيدرالي هو من أنجح الأنظمة لبناء الدول المتعددة فإنه يتعين أن يتم تشكيل حكومة قوية ومتماسكة مع تفعيل مكافحة الفساد والمالي والإداري والسياسي على النحو الذي سنعالجه في هذا البحث.

وقد أصبح الانتخاب لعبة تقسيم الغنائم لدى النخب السياسية الحاكمة ونرى أنه وإن كانت الديمقراطية التوافقية هي النموذج المثالي للمجتمعات المتعددة اثنيًا وهي إليه لتقسيم السلطة وفق للنظام الحكم فيها والذي في الغالب برلماني غير أن شكل الفيدرالية في العراق محل نظر^(٤٧). هذا من جانب، ومن جانب آخر ولم يحدد الدستور طريقة تكوين وتشكيل وصلاحيات ورهن وجوده بإصدار قانون من مجلس النواب ومجلس الاتحاد رغم أهميته في تعزيز دور الأقاليم والأقليات لم يحدد الدستور العراقي نظامًا انتخابيًا محددًا لإصدار القانون الانتخابي على أساسه رغم أن

(٤٤) د/ فاخر جاسم: الطائفية وانهيار الدولة الحديثة والحوار المتقدم، مقالة على الموقع الالكتروني.

(٤٥) د/ خالد مزاربه: الطائفية السياسية وأثرها على الاستقرار السياسي، مذكرة ماستر بجامعة قاصد

مرباح كلية الحقوق والعلوم السياسية ٢٠١٢ / ٢٠١٣ م، ص ٥.

(٤٦) في بداية التحول الديمقراطي يكون من الأفضل تطبيق الديمقراطية التوافقية خاصة في ظل الظروف

الانتقالية التي تلي التخلص من الاستبداد ثم يتم بعد ذلك تطبيق الديمقراطية التنافسية ويقصد بالديمقراطية التوافقية الحكم من خلال ائتلاف واسع.

(٤٧) د/ أريان محمد علي: الدستور الفيدرالي دراسة مقارنة مركز كردستان للدراسات الاستراتيجية

السليمانية، ٢٠٠٩ م، ص ٥٨، وانظر كذلك القسم الثالث، الفقرة الثالثة من الأمر رقم (٩٦) سنة

٢٠٠٤ م.

القرار رقم (٩٦) لسنة ٢٠٠٤م، وهو النظام الانتخابي للمرحلة الانتقالية قد حدد التمثيل النسبي ذي الدائرة الواحدة كأساس للمرحلة الانتقالية حتى صدور الدستور الدائم محل الدراسة.

وهاتين الظاهرتين لا شك لهما تأثير سلبي على الحياة الاجتماعية والسياسية والاقتصادية، لذا سنبين وجهة نظرنا في كل ظاهرة منهما على حدها. ومدى تعارضها مع الظواهر الاجتماعية وذلك فيما يلي:

أولاً: شكل الفيدرالية ونظام الحكم:

١- شكل الفيدرالية:

تختلف المجتمعات المتعددة عما عداها من المجتمعات الكلية غير المنقسمة أثنيًا أو عرقيًا أو دينيًا أو لغويًا بسبب اختلاف طبيعة التنظيمات الاجتماعية وتباين متطلباتها وأهدافها السياسية والاجتماعية والثقافية، الأمر الذي يقتضي الاختلاف في الأسس الدستورية لهذه المجتمعات، لذا يواجه واضعي الدستور في النظم التعددية- كدولة العراق. والمملكة البلجيكية مثلاً- تحديات دقيقة فعليهم إيجاد مؤسسات ومسائل عامة مشتركة بين المجتمعات التعددية، فالدستور في هذه المجتمعات يقوم بدور تأسيسي لكثير من المسائل العامة المشتركة والمفقودة بين المجتمعات، أي أن وظيفة الدستور في هذه النظم هي بناء دولة ومجتمع وليس فقط تنظيم وبالتالي سميت هذه الوظيفة الدستورية بالوظيفة التأسيسية.

ولما كانت دولة العراق من الدول ذات الطبيعة المتعددة فقد نص قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية عقب الإطاحة بحزب البعث على أن النظام الفيدرالي في العراق لا يقوم على أساس العرق أو القومية، أو الأثنية بل على أساس الحقائق التاريخية والجغرافية، ومع ذلك لم ينص الدستور العراقي الصادر في ٢٠٠٥م على طبيعة الفيدرالية العراقية ولا على الأساس الذي تقوم عليه، ويرجع ذلك إلى الخلاف الذي حدث بين الكرد والشيعية حيث كان الكرد يصرون على الطابع القومي الأثني للفيدرالية وعلى ضرورة بناء الأقاليم الفيدرالية؟

أما الشيعة فلم يتفقوا إذ كانوا يميلون إلى الفيدرالية الإدارية إلا أنهم اختلفوا في عدد الفيدراليات الشيعية، إذ ادعى فريق منهم إلى توحيد كافة المحافظات ذات الأغلبية الشيعية في إقليم شعبي واحد، وهذا كان قريب من وجهة نظر الكرد بشأن الفيدراليات^(٤٨).

وادعى فريق آخر إنشاء إقليم من ثلاث محافظات في البصرة والعمارية والناصرية لاعتبارات اقتصادية لا اثنية، وهكذا لم يتضمن الدستور تعريف لمفهوم الفيدرالية في العراق.

ولم يحدد الدستور العراقي الدائم لسنة ٢٠٠٥م نظاماً انتخابياً محدد لإصدار القانون الانتخابي على أساسه وبشأن التعديلات الدستورية لم يمنح الدستور مجلس

(٤٨) ادور ونك، العلمانيوم الشيعة في العراق يسعون إلى بناء فيدرالية في أقاليم الجنوب الثرية، وشنطن

بوست، ٢٠٠٥م.

الاتحاد صلاحية اقتراح للتعديل رغم أن هذا المجلس يمثل مصالح ومطالب الأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم.

هل هي فيدرالية اثنية تقوم على أساس التعددية الاثنية كما كان يرغب الشيعة، أم فدرالية إدارية كالفيدرالية الأمريكية والأرجنتينية والبرازيلية والألمانية بل ترك أو سكت عن مفهوم الفيدرالية دونما تحديد أو توضيح^(٤٩).

كما لم يحدد الدستور معايير معينة لتشكيل الأقاليم باستثناء ما تضمنته المادة (١١٩) من أنه يمكن للمحافظات بمفردها أو بالاتحاد مع محافظات أخرى أن تشكل إقليماً عن طريق إجراء استفتاء بين السكان القاطنين فيها، ومع ذلك فإن قانون الإجراءات التنفيذية الخاصة بتكوين الأقاليم رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٨م قد سمح للمحافظات بالانضمام إلى إقليم ما وفقاً للفقرة الثالثة من المادة الثانية من هذا القانون وقد اعترف بإقليم كردستان العراق بوصفه إقليماً فيدرالياً، وهذا الإقليم يسكنه ثلاث محافظات أغلبية سكانها من الكرد علماً بأن هذا الإقليم لا تتطابق حدوده الإدارية مع التوزيع السكاني لكرد العراق، حيث توجد مناطق كردية كبيرة خارج هذا الإقليم، وهي المناطق المتنازع عليها في قانون الإدارة المحلية والذي أحال وإحالتها إلى الدستور لعلاجها كما في المادة (١٤٠) من دستور العراق الصادر عام ٢٠٠٥م.

وعلة ذلك هو عدم تحديد طبيعة الفيدرالية العراقية، فلو كانت هذه الفيدرالية مبنية على أسس اثنية لأمكن انضمام المناطق ذات الأغلبية الكردية في كركوك والموصل وصلاح الدين وديالى إلى إقليم كردستان العراق.

وقد نصت المادة (١٤٠) على حل مشكلة المناطق المتنازع عليها التي يوجد بها قوميات واثنيات مختلفة حيث نص على تطبيع ساكني وإداري في هذه المناطق، ثم إجراء إحصاء واستفتاء لتحديد ارادة مواطنيها كما بين الحد الزمني أو القيد الزمني لتحقيق ذلك في نهاية الحادي والثلاثون من كانون الأول من عام ٢٠٠٧م.

وكان تعيين على المشرع الدستوري أن يبين الحدود المتنازع عليها باستفتاء (كركوك) كما لم يبين طريقة الاستفتاء، ومن المعروف أن طريقة الاستفتاء ليست من الطرق الدستورية الناجحة في المجتمعات التعددية، لأنها تعتمد على مبدأ أقلية وأكثرية وبالتالي تخلق جو من الاضطرابات والتوترات الاثنية والقومية.

لذا نجد أن جل الدول التي اعادت ترتيب حدود ولاياتها وأقاليمها حسب التكوين الاثنى والقومي قامت بذلك عن طريق إصدار قوانين من جانب السلطة المركزية فيها^(٥٠).

وهناك ظواهر طبيعية واجتماعية تعيق مشكلة المناطق المتنازع عليها، وهي عدم مؤازرة الخطوط الدينية والعرقية مع الحدود الإقليمية؛ لأن إعادة ترسيم الحدود

(٤٩) د/ محمد عدلي رسلان، النظام الدستوري للأقليات، رسالة جامعة حلوان، ٢٠٢١م، ص ٣١٦.

(٥٠) نورمان بالمر: النظام السياسي في الهند، ترجمة، د/ محمد فتح الخطيب، مكتبة الأنجلو المصرية، القاهرة، ١٩٦٥م، ص ٣.

وانظر كذلك مجموعة من الباحثين: بناء ديمقراطيات متعددة الثقافات، تقرير التنمية البشرية ٢٠٠٤م، حول الحرية الثقافية في عالم متنوع.

بين الأقاليم حسب التكوين القومي والديني مسألة غاية في الأهمية في الدول متعددة القوميات ولا تشير هذه المسألة توترات أو انقسامات بين الطوائف، وقد حدث ذلك في الهند عندما قامت بعد الاحتلال بإعادة ترسيم حدود ولاياتها الفيدرالية حسب التوزيع القومي والديني والعربي لسكانها حتى تشكل ولايات متجانسة من حيث الاثنية والقومية على حد سواء.

ومما يسترعي الانتباه أن رسم الحدود بموازرة الخطوط الدينية والعرقية في دولة العراق لا يؤدي إلى صراعات عرقية وانقسامات طائفية بل يؤدي إلى الاستقرار لاندماج الجماعات الاثنية في إقليم واحد يتمتع بالحكم الذاتي الذي يتناسب مع طبيعة خصائص كل قومية.

أما بشأن الإدارات المحلية التي تضمنتها المادة (١١٦) من الدستور فهي مستوى آخر من مستويات الحكم الفيدرالي، ومكون من مكونات الدولية الاتحادية، إلا أن المشرع الدستوري لم يحدد كيفية تشكيلها ولا الصلاحيات التي تتمتع بها. ويترتب على ما تقدم أن الفيدرالية في الدستور العراقي تأخذ شكلين الأول قومية اثنية بالنسبة للقضايا الخاصة بالکرد وإقليم كردستان وتنظيم حقوق الأقليات، والثاني: فيدرالية إدارية متمثلة في تعاملتها مع المحافظات والعاصمة التي تتميز بالطابع الإداري وبالتالي تأخذ الفيدرالية العراقية شكلاً مزدوجاً قومي إداري مما يؤدي إلى زيادة الهوية اللغوية والثقافية والاجتماعية وعدم التلاحم والانفتاح. لذلك نناشد المشرع الدستوري العراقي بإعادة النظر في مسألة الفيدرالية على النحو الذي سنبينه بعد قليل.

ثانياً: مجلس الاتحاد الفيدرالي:

تتميز الأنظمة الفيدرالية بتكوين مجلس فيدرالي ثاني بجوار مجلس النواب، لذلك فإن أغلب الدساتير الفيدرالية تتضمن تكوين المجلس الثاني (الغرفة التشريعية الثانية) وصلاحياته وطرق تشكيلية وهو المجلس الثاني وقد أشار إليه الدستور ٢٠٠٥م، في المادتين (٤٨، ٦٥) منه أن يتم إنشاء مجلس تشريعي يدعى مجلس الإتحاد يضم ممثلين من الأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم، وينظم تكوين شروط العضوية فيه واختصاصاته وكل ما يتعلق به بقانون يسن بأغلبية أعضاء مجلس النواب".

ونلاحظ من النص السابق إلى المشرع الدستوري لم يبين تكوين وطريقة تشكيل هذا المجلس وصلاحياته بوصفه مؤسسة تشريعية بل إحال ذلك إلى إصدار قانون من مجلس النواب مما يضعف من مجلس الإتحاد ويجعله تابعاً لمجلس النواب المنشئ له بنص الدستور، لأنه لا يتصور أن يكون مجلس الإتحاد تابعاً لمجلس النواب الذي بدوره لا يمكن أن يقوم بتقيد نفسه وتقيد صلاحياته عن طريق منح جزء منها إلى مجلس آخر وهو مجلس الإتحاد ينافسه ويعارضه.

كما أن الدستور لم يشر إلى طريقة تمثيل الوحدات الإقليمية في المجلس الاتحادي، وهنا يتسأل البعض^(٥١). هل سيكون ذلك بانتخاب عام مباشر، أم بالتعيين من جانب الاتحادات وحكومات الأقاليم والمحافظات غير المنظمة في إقليم كما هو الحال في الدستور الجنوب أفريقي^(٥٢). والدستور الألماني^(٥٣).

لكل ما سبق نناشد المشرع الدستوري العراقي أن يبين طريقة تكوين وتشكيل مجلس الاتحاد وصلاحياته التي يتمتع بها وطريقة تمثيل الوحدات الإقليمية المختلفة لتحقيق الغاية منه وهي تعزيز دوره في وتحقيق الغاية من إنشائه.

ويقرع عما سبق أن تفعيل الدور السياسي لمجلس الاتحاد يستتبع تعزيز الدور السياسي للأقاليم في المركز من جانب، وأن مشاركة ممثلي الطوائف في المجتمع التعددي في الحكم حتى يتم اتخاذ القرار من خلال آلية التوافق إذ لا تستطيع طائفة أو جماعة واحدة أن تقرر الأمور المهمة بدون موافقة الطوائف الأخرى، فمن حق كل جماعة أو طائفة الوصول للسلطة بالمشاركة مع غيرها لحماية حقها الدستوري.

وقد يتخذ تقاسم السلطة في المجتمعات الفيدرالية عدة صور هي حكومة ائتلاف واسع، كما في الجالية النمساوية، حيث كان الائتلاف الذي حكم البلاد في الفترة من ١٩٤٥/١٩٦٦م يضم تمثيلاً متوازناً تماماً من الحزبين الذين يمثلان الكاثوليك والاشتراكيين، والمجالس أو اللجان الموسعة الاستشارية في المجلس الاجتماعي والاقتصادي في هولندا- وجود أحزاب عابرة للطائفية- الائتلاف الواسع غير المتوازن كما في حالة كولومبيا ثم تم الاتفاق بين حزبي الحزب الليبرالي والحزب المحافظ في التناوب على الرئاسة لمدة ستة عشر سنة رغم أن كولومبيا مجتمع متماسك متجانس^(٥٤).

المحور الثاني : محاولة إصلاحية لبعض النصوص الدستورية في الدستور

العراقي ٢٠٠٥م.

لا يوجد نظام انتخابي مثالي يتلاءم مع كل الأنظمة السياسية، أو مع كل المجتمعات، كما لا يوجد معيار مثالي للنظام الانتخابي على المستوى العالمي. وعلى ذلك نجد أن الدستور العراقي الدائم لسنة ٢٠٠٥م لم يحدد نظاماً انتخابياً محدد لإصدار القانون الانتخابي، كما أشارت المادة (١١٢) من هذا الدستور إلى قيام الحكومة الاتحادية وحكومات الأقاليم والمحافظات المنتجة بإدارة النفط والغاز وقد

(٥١) يوسف كوران: التنظيم الدستوري للمجتمعات المتعددة، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، ١٩٩٤م، ص ٢٥٤.

(٥٢) المادتين (٦٠، ٦١) دستور جنوب أفريقيا.

(٥٣) المادة (١/٥١) من دستور الجمهورية الألمانية.

(٥٤) انظر في ذلك ارنست ليبهارت: الديمقراطية التوافقية في مجتمع متعدد، ترجمت/ حسني زينة، بيروت،

مركز الدراسات الاستراتيجية، ٢٠٠٦م، ص ٦٧.

جاءت عبارات هذه المادة لفتح الباب نحو المشاكل بين السلطة الاتحادية وسلطة الأقاليم وتفتح كذلك التمييز بين المحافظات المنتجة وغيرها، كما سكت المشرع عن باقي الثروات الأخرى، وأخيراً لم يحدد كيفية إدارة النفط والغاز بين المركز والأقاليم.

لذلك لنا عدة ملاحظات على النظام الانتخابي وإدارة النفط والغاز فيما يلي:
أولاً: النظام الانتخابي^(٥٥).

لم يحدد الدستور العراقي نظاماً انتخابياً محدداً لإصدار قانون الانتخابات على أساسه رغم أن للقرار رقم (٩٦) لسنة ٢٠٠٤م (النظام الانتخابي للمرحلة الانتقالية) قد حدد التمثيل النسبي ذي الدائرة الواحدة كأساس للنظام الانتخابي رقم ١٦ لسنة ٢٠٠٥م القانون رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٩م قد عدل بعض الأسس التي يقوم عليها النظام الانتخابي في العراق مع بقاء التمثيل النسبي في الانتخابات المحلية^(٥٦).

ومن الملاحظ أن الدستور لم يحدد عدد الأعضاء بل حدد نسبة مائة ألف نسمة لكل مقعد نيابي ويكون الانتخاب عام وسرياً ومباشراً ويراعى تمثيل مكونات الشعب العراقي وفقاً للمادة (٤٩/ أولاً) وهذا لا يحقق مصلحة الأقليات، مما يضر بمستوى تمثيلهم.

- وقد اعتمد القانون رقم (١٦) لسنة ٢٠٠٥م، طريقة الترشيح بالقائمة المفتوحة، وفقاً للمادة (١/٣) من القانون (٢٦) لسنة ٢٠٠٩م.

وتم تكتوين (١٨) دائرة انتخابية في العراق بخلاف ما كان متبع في القانون رقم (٩٦) لسنة ٢٠٠٤م، الذي يجعل العراق دائرة انتخابية واحدة تتطابق مع الحدود الإدارية للمحافظات، ويكون التمثيل النسبي هو الأسلوب الانتخابي المتبع على مستوى المحافظات.

وهو المتبع أيضاً في القانون رقم (٤٥) لسنة ٢٠١٣م^(٥٧)، وقد حدد هذا القانون نظام المقاعد المحجوزة (الكوتا) للأقليات، كما تمنح النساء نسبة (٢٥%) في القائمة، وألا تقل نسبة تمثيل النساء في المجلس عن (٢٥%) وفقاً للمادة رقم (١٢) من القانون رقم (٤٥) لسنة ٢٠١٣م^(٥٨).

(٥٥) د/ يوسف كوران: المرجع السابق، ص ٢٧٣، ٢٧٤.

(٥٦) لقد شهد العراق عدة قوانين انتخابية أهمها قانون الحكم العثماني لسنة ١٩٠٨، والنظام لانتخاب المجلس التأسيسي العراق لسنة ١٩٩٢م، وقانون انتخاب مجلس النواب رقم ١١/١٩٤٦م، ومرسوم انتخاب النواب رقم ٦ لسنة ١٩٥٢م، وقانون انتخاب النواب رقم (٥٣) لسنة ١٩٥٦م، قانون انتخاب مجلس الأمة رقم ٧ لسنة ١٩٦٧م، وقانون المجلس الوطني (٥٥) لسنة ١٩٨٠، وقانون المجلس الوطني. (٢٦) لسنة ١٩٩٥م، والأمر رقم (٩٦) لسنة ٢٠٠٤م، والقانون رقم (١٦) لسنة ٢٠٠٥م والقانون رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٩م.

(٥٧) انظر المادة (١٥) من القانون رقم (١٦) لسنة ٢٠٠٥م.

(٥٨) قانون انتخاب مجلس النواب رقم (٤٥) لسنة ٢٠١٣م، وقانون توزيع المقاعد رقم (١٤) لسنة

وتخصص مقاعد الكوتا للأقليات الصغيرة لحماية حق تمثيل الأقليات تبعا لحكم المادة (٤٩) في فقرتها الثالثة من الدستور مع مراعاة تخصيص مقعد نيابي لكل مائة ألف نسمة وليس لكل مائة ألف ناخباً هذا من جانب، ومن جانب ثانٍ لقد أخذ هذا القانون نظام الدوائر الانتخابية في تمثيل الأقليات خاصة المشتتة جغرافياً، فضلاً عن عدم وجود أحصاء رسمي في العراق مما جعل توزيع المقاعد على الدوائر الانتخابية غير دقيق أو عادل، لذلك يذهب جانب^(٥٩) من الفقه- ويحق إلى وجوب إجراء إحصاء رسمي استناداً إلى إحصائيات وزارة التجارة بالإضافة إلى نسبة النمو السكاني بمعدل (٢.٨%) وبيان طريقة توزيع المقاعد التعويضة، أو العودة إلى نظام الدائرة الواحدة، لعدم وجود اعتماد للحدود الإدارية بين الدوائر.

وللحصول على قاعدة البيانات سكانية متكاملة يستلزم تعاون المفوضية العليا المستقلة للانتخابات مع وزارة الداخلية (فرع الجنسية والأحوال المدنية) ووزارة الدفاع والتخطيط والصحة لضبط عملية التعداد السكاني للعراقي.

ثانياً: إدارة النفط والغاز:

أكد الدستور العراقي الدائم لسنة ٢٠٠٥م في مادته (١١٢) أولاً: "تقوم الحكومة الاتحادية بإدارة النفط والغاز المستخرج من الحقول الحالية مع حكومة الأقاليم والمحافظات المنتجة على أن توزع واردة بشكل منصف يتناسب مع التوزيع السكاني في جميع أنحاء البلاد، مع تحديد حصة لمدة محددة للأقاليم المتضررة والتي حرمت فيها بصورة مجحفة من قبل النظام السابق، والتي تضررت بعد ذلك، بما يؤمن التنمية المتوازنة للمناطق المختلفة من البلاد، وينظم ذلك بقانون.

ثانياً: تقوم الحكومة الاتحادية وحكومة الأقاليم والمحافظات المنتجة برسم السياسة الاستراتيجية اللازمة لتطوير ثروة النفط والغاز بما يحقق على منفعة للشعب العراقي..."

وهذه العبارة تفتح الباب للصراع بين الحكومة الاتحادية وحكومات الأقاليم وتعمل على التمييز بين المحافظات المنتجة وغير المنتجة، كما إن عبارة (الأقاليم المتضررة) ليست في محلها، لأن كل المحافظات تعد متضررة عدا بغداد وصلاح الدين، أما عن باقي الثروات الأخرى، فقد سكت الدستور عنها ربما عن قصد بغرض التصرف فيها من جانب المحافظات والأقاليم^(٦٠).

ونرى حذف عبارة (... والمحافظات المنتجة) وقصر إدارة النفط بين السلطة الاتحادية وسلطة الأقاليم على أن توزيع وارداتها بشكل منصف إلى النص، وذلك في الفقرتين ويعد أن ادلينا بدلونا في بعض النصوص الدستورية وناشد بوضع هذه الملحوظات موعض الاعتبار عساه أن المشرع الدستوري يلقي قبولاً لديه.

(٥٩) د. يوسف كوران، المرجع السابق، ص ٢٧١م.

(٦٠) انظر في معنى الدستور، د/ قيس أحمد سليمان: الفيدرالية في الطرق بين الدستور والتطبيق

العملي، مجلة المستقبل العربي، مجلد (٣١) العدد ٣٦٠م، ٢٠٠٩، ص ٣١.

والسؤال الذي يثور هنا ما هو النظام السياسي المناسب لبناء دولة العراق في الوضع الراهن؟ ونرى أنه للإجابة على هذا السؤال لدينا عدة اقتراحات هي: وهذه الاقتراحات ما يلي:

١- دولة القانون والمؤسسات:

إن نظام الحكم الصالح هو ذلك الذي تنهض به نخب سياسية منتجة من قبل الشعب صاحب السلطة الحقيقي ومصدرها وكوادر إدارية ملتزمة بتطوير موارد المجتمع لتحسين حياة المواطنين وتأمينهم داخليا وخارجيا ولرفاهيتهم، وذلك برضاهم ومن خلال مشاركتهم ودعمهم^(٦١).

مثل هنا النظام يقوم على وجود مؤسسات منتجة تستمد سلطاتها وتمارس حياتها وفق ما أقره الدستور والقانون ولا شك أن تلك المؤسسات تدار بواسطة أشخاص يجب أن يخضعوا للقانون كغيرهم، وهذا ما يميز دولة المؤسسات عن الدولة التي يتسلط فيها قادتها وحكامها على شعوبها، يصفون الشرعية على أعمالهم المخالفة للقانون بغية مصالحهم فضلا عن إجبار الكافة من أفراد الشعب على تنفيذ تلك التشريعات دون أي يلتزموا هم بها.

ويتفرع مما سبق أن تقويم عمل النظام السياسي في العراق وتصحيح مسار مؤسساته يستلزم احترام الدستور وتطبيق أحكام القانون على الكافة- وفقا لمبدأ المشروعية- حكاما ومحكومين من دون استثناء بحيث يتم تشكيل النخب السياسية وفق اختيار الشعب ومن الشخصيات الكفوة والنزيهة والقادرة على تحمل المسؤولية للنهوض بالبلاد وتجاوز الإخفاقات الجارية والتصدي لها والمضي قدما في توظيف طاقات المجتمع واستثمار ثرواته لتحقيق حياة كريمة لكافة أفراد الشعب على اختلاف مذاهبهم وطوائفهم وانتماءاتهم.

ولضمان ترسيخ بناء دولة القانون يتعين التأكيد على استقرار السلطة القضائية، وضرورة تشكيلها على أساس الكفاءة والخبرة والنزاهة والبعدهم عن المحاصصة وتوفير كافة الضمانات لحماية أعضائها، وذلك لضبط العملية الديمقراطية وضمان الحقوق الحريات العامة وتطبيق مبادئ العدالة على اتباعه ومنع اسادة استعمال السلطة ومجاوزة الدستور أو القانون.

٢- مكافحة الفساد الإداري والمالي والسياسي:

لقد أضحى الفساد الإداري والمالي مستشرية في جل الدول العربية عامة وفي العراق خاصة، حيث ساء الفساد في معظم مؤسسات وقطاعات الدولة، كما طال هذا الفساد القطاع الخاص وأصبح له آلياته وشبكاتته المدربة على أعلى مستوى لنهب وسلب ثروات الدولة.

ومن الجدير بالذكر أن شبكات الفساد الإداري والمالي تستند إلى دعم أشخاص في مواقع المسؤولية السياسية الذين يستغلون سلطاتهم في إهدار المال العام لحساب مصالحهم الخاصة، كما في الصفقات التجارية الكبرى، ومنح العقود والعطاءات المتعلقة بتنفيذ مشاريع البناء والإعمار لوكلائهم وشركائهم، واحتكار

(٦١) د.حسن كريم، مفهوم الحكم الصالح، بيروت، مجلة المستقبل العربي، العدد ٢٠٠٤، ٣٠٩م، ص ٤٠.

الوظائف العامة، ووضع المستشارين للوزراء حسب المحسوبة لإهدار المال العام، وذلك كله في ظل ضعف الدولة وعدم قدرة السلطة القضائية على محاسبتهم والحد من تجاوزاتهم مما أدى إلى تراجع هيبة القانون وفقد المواطن الثقة والولاء للوطن. وعليه فإن النظام السياسي الديمقراطي لا يقوم إلا بالعمل على تفعيل اليات مكافحة كافة أشكال الفساد لاسيما الفساد السياسي الذي ينجم عنه الفساد والإداري والمالي معاً وذلك بالطرق القانونية المعالجة للفساد المالي الإداري والسياسي عن طريقين الأجهزة الرقابية بالصلاحيات المناسبة، وذلك عن طريق توسيع دائرة الرقابة من جانب مجلس النواب والأجهزة الرقابية ومنظمات المجتمع المدني، لتحقيق أعلى درجة من الشفافية والنزاهة في العقود والقطاعات والوظائف السيادية للقضاء على هذا المرض المزمن في عالمنا الثالث.

ولاشك أن الضمان الحقيقي لتحقيق ذلك يكمن في التداول السلمي للسلطة حتى يتم القضاء على الفساد بكافة صورته وأشكاله، وهنا يبرز دور منظمات المجتمع المدني وحقوق الإنسان والصحافة والإعلام في تسليط الضوء على الفساد للقضاء عليه واجتثاثه من جذوره^(٦٢).

٣- إمكانية نجاح النظام الفيدرالي في العراق:

إن التوتر الذي ساد في العراق لن يكون أكبر من التوتر الذي ساد في وقت ما في بعض الدول كبلجيكا وكندا واسبانيا وسويسرا ولقد كان هذا التوتر في تلك الدول بيئة مناسبة لإثارة العنف، بيد أنه في ظل النظام السياسي الصحيح تتلافى الوسائل العرقية في نقاط عدة وقد تتضافر معا لوضع أساس للأحزاب السياسية التي تعمل على توحيد تلك الجماعات عابرة للعوامل الدينية أو العرقية.

وهنا يرتكز الفكر السياسي على الموضوعات التي ليس لها علاقة بالمسائل الدينية والعرقية ودعم السياسات المعتدلة للحد من التوتر الناجمة عن المسائل الدينية والعرقية مما يؤدي إلى التقليل من حدة هذا التوتر.

وأخيرا ينبغي تشكيل حكومة قوية و متماسكة على غرار ما يجري في الأنظمة البرلمانية، حيث يتولى مرشح الكتلة البرلمانية التي تحصل على أكثرية مقاعد مجلس النواب مهمة تشكيل حكومة ائتلافية تتكون من اثنين أو ثلاث على الأكثر لتفعيل الرقابة البرلمانية على أعمال الحكومة وتفعيل الأجهزة الرقابية للحد من الفساد الإداري والمالي معاً، وذلك لأنه لو فعلت الرقابة السياسية حق التفعيل لأمكن تحقيق الرقابة الشعبية والإدارية كذلك.

وهكذا تتضافر الرقابة مما يؤثر على السلوك العام بالاعتدال في ظل الفيدرالية التي ستمنح كافة الطوائف بالسيطرة على كافة المسائل السياسية والاجتماعية التي تؤثر في حياتهم، هذا من جانب، ومن جانب آخر إعلاء مبدأ المواطنة والانتماء القومي على كافة الانتماءات الخاصة والطائفية لحماية لكافة الطوائف فالقوة في التعدد، فعلى كل طائفة أن تسعى إلى طرح برنامج سياسي تستطيع من خلاله كسب

(٦٢) انظر في معنى، د. محمد عبد الفضيل، مفهوم الفساد ومعايره، بيروت، مجلة المستقبل،

تأييد المواطنين لها بحيث تعرض فيه لحل المشكلات الجوهرية التي يعاني منها أبناء الوطن دون تحيز أو انحراف لصالح جماعة على حساب أخرى، لأن مبدأ المساواة هو أساس استقرار الحكم الذي يحقق متطلبات واحتياجات أبناء الوطن.

الخاتمة

تتضمن الخاتمة النتائج، ثم تعقبها بأهم المراجع وفهرس تفصيلي لموضوعات البحث.

أولاً: النتائج:

بعد دراستنا لموضوع مدى مواكبة بعض النصوص الدستورية للظواهر الاجتماعية في الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥م، يتعين علينا أن نعرض لأهم النتائج التي توصلنا إليها، وذلك على النحو التالي:

١- على المشرع الدستوري العراقي إعادة النظر في المواد المتعلقة بالية الفيدرالية، والنظام الانتخابي حتى تنمي آلية الفيدرالية الإحساس بالمواطنة والولاء للدولة ككل، فأعطاء الأقاليم حق المحافظة على الهوية الخاصة بها يقابله ولاء مواطني هذه الأقاليم والتنافس داخل الجماعات وليس بينهم، الأمر الذي يوفر على الدولة الوقت والجهد والمال التي تحتاجها لتيسير إدارة الاختلاف، وتعمل على تجنب خطر الانفصال أو تفتيت الدولة بل تصبح عاملاً مساعداً على تقويتها وتنميتها وشدة بنيانها مع تنوعها، في ظل ضبط النظام الانتخابي.

٢- ينبغي أن تتحد جهود جميع الأطراف المعنية بالعملية السياسية للعمل على بناء مؤسسات سياسية فاعلة وكفوءة تستند على أسس دستورية وتمثل الشعب في ذلك تمثيلاً حقيقياً لتحقيق رغباته واحتياجاته الاجتماعية والاقتصادية والسياسية والثقافية.

المراجع

أولاً: الدساتير والقوانين:

- (١) الدستور العراقي الدائم لسنة ٢٠٠٥م.
- (٢) القانون رقم (٩٦) لسنة ٢٠٠٤م قانون إدارة المرحلة الانتقالية الدستور العراقي الدائم لسنة ٢٠٠٥م.
- (٣) قوانين الانتخابات النيابية للعراق من قانون (٢٠) لسنة ١٩٩٥م مر قانون رقم (١٦) لسنة ٢٠٠٥م، والقانون رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٩م، والقانون رقم (٤٥) لسنة ٢٠١٣م، والقانون لسنة ٢٠٠٥م، والقانون رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٩م، وقانون توزيع المقاعد رقم (١٤) لسنة ٢٠١٣م.

ثانياً: المراجع:

- (١) ادريه لبيهارت: الديمقراطية التوافقية في مجتمع متعدد، ترجمت/ حسني زينة، بيروت، مركز الدراسات الاستراتيجية، ٢٠٠٦م.
- (٢) ادور ونك، العلمانيوم الشيعة في العراق يسعون إلى بناء فيدرالية في أقاليم الجنوب الثرية، وشنطن بوست، ٢٠٠٥م.
- (٣) أريان محمد علي/ الدستور الفيدرالي دراسة مقارنة مركز كردستان للدراسات الاستراتيجية السلمانية، ٢٠٠٩م، ص ٥٨، وانظر كذلك القسم الثالث، الفقرة الثالثة من الأمر رقم (٩٦) سنة ٢٠٠٤م.
- (٤) حسن كريم، مفهوم الحكم الصالح، بيروت، مجلة المستقبل العربي، العدد ٣٠٩، ٢٠٠٤م.
- (٥) خالد مزراية: الطائفية السياسية وأثرها على الاستقرار السياسي، مذكرة ماستر بجامعة قاصد مرباح كلية الحقوق والعلوم السياسية ٢٠١٢/٢٠١٣م.
- (٦) فاخر جاسم: طائفية وانهيار الدولة الحديثة والحوار المتقدم، مقالة على الموقع الإلكتروني.
- (٧) قيس أحمد سليمان: الفيدرالية في الطرق بين الدستور والتطبيق العملي، مجلة المستقبل العربي، مجلد (٣١) العدد ٣٦٠م، ٢٠٠٩م.
- (٨) محمد أحمد المسلماني: القانون الدستوري والنظم السياسية، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ٢٠١٤م.
- (٩) محمد عبد الفضيل، مفهوم الفساد ومعايير، بيروت، مجلة المستقبل.
- (١٠) محمد عدلي رسلان: النظام الدستوري للأقليات، دراسة مقارنة، رسالة جامعة حلوان ٢٠٢٢م.
- (١١) نورمان بالمر: النظام السياسي في الهند، ترجمة، د/ محمد فتح الخطيب، مكتبة الأنجلو المصرية، القاهرة، ١٩٦٥م.
- (١٢) نوفل الحسن: رائحة الثورة: أفاق الإصلاح في ظل الحكومة العراقية المقالة في ٢٠٢٢/٢/٢٤م.
- (١٣) يوسف كوران، التنظيم الدستوري للمجتمعات المتعددة، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، ١٩٩٤م.

الإشكاليات التشريعية لإدارة وتنظيم مرفق الموارد المائية في الدستور العراقي

لسنة ٢٠٠٥

أ.د. أحمد خورشيد حميدي المفرجي
أ.م.د. حسين طلال مال الله العزاوي

المستخلص

ان ادارة وتنظيم الموارد المائية تتمثل بمجموع الأنشطة الفنية والمؤسسية والقانونية والتشغيلية المطلوبة لتخطيط وتنمية وتشغيل وإدارة الموارد المائية، لذلك فإن الاهتمام بإدارة الموارد المائية في العراق امرأ ضروريا لتغطية الاحتياجات البشرية المتزايدة من مياه الشرب ومختلف الاستخدامات المدنية فضلاً عن تأمين متطلبات كافة القطاعات الاقتصادية في البلاد، وتعد الإدارة والتنظيم المتكامل للموارد المائية ضرورة أساسية في اي بلد يجعل من هذا المورد احد اهم الحقوق والمرتكزات التي لا يمكن التخلي عنها ، كما ان الحق في الماء له أهميته الكبيرة في العراق، الذي اصبح مهدداً بالجفاف والتصحر على الرغم من امتلاكه موارد مائية كبيرة من انهار كنهري ن دجلة والفرات اللذان تقع منبعاهما خارج العراق وهو ما يعد جزء كبير من المشكلة في هذا المجال، وبالتالي تنهض مسؤولية الدولة وسلطاتها المتعددة في تأمين هذا الحق لمواطنيها، ومن خلال اطلاقنا على النصوص الدستورية والقانونية وجدنا اهتمام الدول بتنظيم الحق في الماء في نصوص دساتيرها وقوانينها بوصفه حقاً مهماً لمواطنيها، والتزاماً قانونياً على مؤسساتها، وهدفاً تسعى الدولة الى تحقيقه، وبالفعل نظم المشرع الدستوري الحق في الماء في الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ النافذ و اشار الى ذلك في ثنايا النصوص الدستورية المتعلقة بالاختصاصات الحصرية للسلطات الاتحادية والاختصاصات المشتركة للسلطات الاتحادية وسلطات الاقاليم والمحافظات غير المنتظمة في اقليم.

Abstract

The management and organization of water resources is represented by the total technical, institutional, legal and operational activities required for planning, development, operation and management of water resources. Therefore, attention to the management of water resources in Iraq is necessary to cover the growing human needs of drinking water and various civil uses, as well as to secure the requirements of all economic sectors in the country, The integrated management and regulation of water resources is a basic necessity in any country that makes this resource one of the most important rights and pillars that cannot be abandoned, and the right to water is of great importance in Iraq, which has become threatened by drought and desertification despite its possession of large water resources from rivers Like the Tigris and Euphrates rivers, whose sources are located outside Iraq, which is

considered a large part of the problem in this area, and therefore the responsibility of the state and its various authorities rise in securing this right for its citizens. An important right for its citizens, and a legal obligation on its institutions, and a goal that the state seeks to achieve. Indeed, the constitutional legislator regulated the right to water in the Iraqi constitution of 2005 in force and referred to this in the folds of the constitutional texts related to the exclusive powers of the federal authorities and the joint powers of the federal authorities and the authorities of the regions and governorates that are not organized in province.

المقدمة ...

تعد الموارد المائية الموجودة في الطبيعة اساساً وركناً مهماً للثروة الطبيعية الموجودة في العراق والتي يتعمد عليها السكان وتؤثر في احوالهم ومستواهم المعيشي وتوزيعهم السكاني بشكل كبير جداً، لذلك فهي تعد عنصراً مهماً من عناصر التنمية الشاملة في جميع انحاء العالم ومن ضمنها العراق الذي يعد من البلدان المائية، فحصول الانسان على حقه من الموارد المائية المختلفة يعتبر مظهر من مظاهر حقوق الانسان المتطورة والحديثة ، ومن الجدير بالذكر ان موارد المياه كأحد انواع الثروات الطبيعية لها قيمة اقتصادية بحسب نوعها واهميتها وتأثيرها، اذ تعد الموارد المائية المختلفة الموجودة في العراق من انواع الثروات المائية الطبيعية وهي ضرورة ملحة لحياة الانسان اذ تنعدم اية حياة بدونها، فأين ما وجد الماء وجدت الحياة وهذا الامر اكده الله سبحانه وتعالى في كتابه الكريم وفي سورة الانبياء بسم الله الرحم الرحيم (وَجَعَلْنَا مِنَ الْمَاءِ كُلَّ شَيْءٍ حَيٍّ أَفَلَا يُؤْمِنُونَ) صدق الله العظيم، لذلك تعتبر الموارد المائية احد موارد الثروة الطبيعية المتجددة يستعملها الانسان للحصول على موارد اقتصادية من خلالها فهي مهمة لحياة الانسان والحيوان والنبات وهي المصدر الرئيسي الذي تعتمد عليه الكثير من الصناعات لذلك يعد الماء بوابو ومفتاح التنمية المستدامة، وانطلاقاً مما سبق ومراجعة النصوص الدستورية والقانونية نجد اهتمام المشرع العراقي بمرفق الموارد المائية وتنظيم هذا الحق القانوني سولاء فيما يتعلق برسم سياستها وتخطيطها وتنظيمها وسواء كان ذلك على صعيد الموارد المائية الداخلية او المواد المائية الخارجية لضمان الحفاظ على هذه الثروة الطبيعية واستدامتها.

اولاً: اهمية البحث

تظهر اهمية البحث من خلال اعتبار المياه من اهم الثروات الطبيعية التي اذا لم تساوى النفط في الاهمية لربما تفوقها الذي يمكن من خلال تحقيق التنمية المستدامة من خلال تطويره وتنظيمه وادارته، فهذه الامر دفع بالمشرع الدستوري لتنظيم الامور المتعلقة بإدارة مرفق المواد المائية في نصوص دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ وذكرها في الاختصاصات الحصرية للسلطات الاتحادية فيما يتعلق بالمواد المائية في الخارجية وذكرها ايضاً ضمن الاختصاصات المشتركة بين السلطات الاتحادية وسلطات الاقاليم والمحافظات الغير منتظمة في اقليم فيما يتعلق

بالمواد المائية الداخلية، والتي تصب في النهاية الى تأمين حق الامن المائي للشعب العراقي وتكريس مفهوم استدامة الموارد المائية اذ في النهاية يعد موضوع توفير المياه احد مرتكزات الامن القومي والوطني لاي بلد انطلاقاً من التزام السلطات الاتحادية وسلطات الاقاليم والمحافظات الغير منتظمة في اقليم في حماية الحقوق المائية للعراقيين والتي يقع على عاتقها القيام بالعديد من المهام التنفيذية للحفاظ على هذا المرفق الحيوي.

ثانياً: اهداف البحث

يهدف البحث الى بيان الاتي:

١- بيان اهمية مرفق المواد المائية باعتبارها من المواد الطبيعية واحد المرافق المهمة والحيوية التي لا يمكن الاستغناء عنها في تلبية الاحتياجات الانسانية والاقتصادية وفي مختلف المجالات الاخرى.

٢- بيان انواع الموارد المائية الطبيعية الموجودة في العراق وبيان مدى اهميتها وتأثيرها في على الواقع الاقتصادي والسياسي في العراق.

٣- يهدف البحث الى بيان الاختصاصات الدستورية الحصرية والمشاركة والواردة في الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ والمتعلقة بتنظيم مرفق الموارد المائية باعتبارها من الاختصاصات المهمة وله اهميتها السياسية والاقتصادية بالنسبة للعراق وبيان آليه التنظيم الدستوري والقانوني لهذا المرفق الحيوي.

ثالثاً: مشكلة البحث.

تظهر مشكلة البحث من خلال طرح الاسئلة الاتية:-

١- هل استطاع المشرع العراقي في دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ من ايجاد المعالجات القانونية الكفيلة لإدارة مرفق المواد المائية عندما ادرج هذا الحق ضمن الاختصاصات الحصرية للسلطات الاتحادية فيما يتعلق بتخطيط السياسات المتعلقة بمصادر المياه خارج العراق، وكذلك عندما ادرجه ضمن الاختصاصات المشتركة فيما يتعلق برسم سياسة الموارد المائية الداخلية في العراق.

٢- مدى وضوح النصوص الدستورية الواردة في الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ وتحديد نص المادة (١١٠) المتعلقة بالاختصاصات الحصرية والمادة (١١٤) والمتعلق بالاختصاصات المشتركة لمرفق المواد المائية.

٣- هل كانت النصوص الدستورية المنظمة لمرفق المواد المائية في الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ متوافقة مع التشريعات القانونية المنظمة لتلك الموارد كقانون الموارد المائية رقم ٥ لسنة ٢٠٠٨ وبقية التشريعات ذات العلاقة.

٤- هل كان المشرع العراقي موفقاً عندما ادرج موضوع ادارة وتنظيم مرفق المواد المائية ضمن الاختصاصات المشتركة للسلطات الاتحادية وسلطات الاقاليم والمحافظات الغير منتظمة في اقليم وهل يعارض ذلك مع الاختصاصات الحصرية للسلطات الاتحادية.

٥- هل كان المشرع العراقي موفقاً في صياغة النصوص القانونية السليمة المتعلقة بمرفق الموارد المائية الواردة في الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ سواء في الاختصاصات الحصرية ام في الاختصاصات المشتركة ام انها تحتاج الى اعادة

صياغة لكي تتلائم مع الجوانب الرئيسية المتعلقة بتخطيط ورسم وتنظيم الموارد المائية في العراق.

٦- هل كان المشرع العراقي صائباً عندما منح الاولوية لقانون الاقاليم والمحافظات غير المنتظمة في اقليم بموجب نص المادة (١١٥) ام ان هناك تناقض بين نص هذه المادة ونصوص الدستور وتحديداً نص المادة ١١٠ / ثامناً ونص المادة (١١٤)، سابغاً المتعلقة بالاختصاصات الحصرية والاختصاصات المشتركة.

رابعاً : منهجية البحث.

سنتبع في بحثنا هذا المنهج التحليلي من خلال دراسة وتحليل النصوص الدستورية ذات العلاقة الواردة في دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ وكذلك النصوص القانونية في القوانين محل الدراسة للوقوف على مواطن الخلل وتصويبها او بيان مواطن الصواب وتأييدها.
خامساً: هيكلية الدراسة..

سنقسم البحث الى مبحثين اذ سنتناول في المبحث الاول مفهوم الموارد المائية وبيان انواعها ، اما المبحث الثاني فسنخصصه لبيان ادارة وتنظيم مرفق الموارد المائية في الاختصاصات الحصرية والمشاركة في الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥.

المبحث الاول : مفهوم الموارد المائية وبيان انواعها

يعد موضوع المياه من اهم المواضيع المرتبطة بالأمن القومي والوطني لأي بلد في العالم ومن ضمنها العراق وخصوصاً في البلدان ذات المناخ الجاف وشبه الجاف والتي تعتمد على مصادر شحيحة للمياه ، ولكل انسان الحق في المياه وخصوصاً في العراق وبعد ان أصبح هذا الحق مهدداً بالجفاف والتصحر وعلى الرغم من امتلاكه نهريين عظيمين كدجلة والفرات واللذان تقع منابعهما خارج العراق وهو ما يعد جزءاً من المشكلة ، لذلك لا بد ان تنهض مسؤولية الدولة وسلطاتها في حماية وتأمين هذا الحق وهذا المرفق الحيوي المهم من المرافق الطبيعية، لذلك كان علينا ان نقسم هذا المبحث الى مطلبين اذ نتناول في المطلب الاول التعريف بالموارد المائية أما المطلب الثاني فسنخصصه لبيان انواع الموارد المائية وكالاتي:-

المطلب الاول : التعريف بالموارد المائية

يملك العراق ثروة مائية هائلة جعلته واحداً من اغنى البلدان في العالم في هذا الجانب الحيوي الكفيل بأعاشه وتحقيق مستويات عالية من الرضاء والازدهار ، ولم تنحصر هذه الثروة بنهري دجلة والفرات وروافدهما وتفرعاتهما بل تتسع لتشمل تجمعات مائية دائمة شاسعة المساحات تتمثل في العدد الكبير من البحيرات والاهوار المنتشرة في انهار متعددة^(٦٣)، وتعد الموارد المائية في الطبيعة اساساً للثروة التي

(72) ينظر: سرحان نعيم الخفاجي، مشكلة الموارد المائية في العراق واثرها على الامن الامائي وبناء الدولة،

بحث منشور في مجلة اوروك للعلوم الانسانية ، العدد الثاني، المجلد ١٢، ٢٠١٩، ص ١٣١٦ .

يعتمد عليها الإنسان وتؤثر في حالة السكان وتوزيعهم ومستواهم المعيشي، لأن باقي النشاطات البشرية الأخرى تعتمد عليها بشكل مباشر كما في الزراعة والصناعة والاستخدامات المنزلية الأخرى وبشكل غير مباشر في عمليات النقل أو التبريد في الصناعة، وللمسطحات المائية أهمية كبيرة إذ يمكن الاستفادة منها واستثمارها في مجال السياحة.

ويقصد بالموارد المائية اجمالي ما تحتاج الدول من مصادر المياه التقليدية وغير التقليدية خلال فترة زمنية معينة، وتشمل الموارد المائية التقليدية من الأمطار السطحية التي تشمل الأنهار والينابيع والسيول والوديان والفيضانات، ثم هناك مصادر المياه الجوفية سواء المتجددة ام غير المتجددة^(٦٤).

وتعرف الموارد المائية او كما تسمى بـ (موارد الماء) بأنها المورد الذي يمكن الحصول منه على الماء لاستخدامه كمصدر لمياه الشرب او الاستحمام وفي امور اخرى تنفع البشرية كالزراعة والصناعة وكل ذلك يتطلب وجود ماء عذب^(٦٥). ويطلق مصطلح الموارد المائية على اي مصدر من مصادر المياه الطبيعية الموجودة على سطح الارض، بغض النظر عن حالته الفيزيائية التي يتواجد بها سواء كان صلباً او سائلاً ام غازياً ، على ان يكون هذا المصدر ذا فائدة محتملة لبني البشر^(٦٦).

اما بخصوص الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ النافذ ، فإن المشرع الدستوري لم يتطرق الى تعريف الموارد المائية الا انه ذكرها في الاختصاصات الحصرية والمشاركة التي سنتعرف عليها في المبحث الثاني من هذا البحث اما قانون وزارة الموارد المائية رقم ٥٠ لسنة ٢٠٠٨^(٦٧)، بأعتبره القانون المختص بإدارة وتنظيم وتخطيط الموارد المائية الا انه ايضاً جاء خالياً من اي تعريف للموارد المائية وانما اشار الى دور وزارة الموارد المائية في القيام بالعدد من الفعاليات والاجراءات اللازمة لتحقيق اهدافها المتعلقة بالموارد المائية دون ان يذكر تعريف لها من ضمنها تهدف الى تخطيط الاستثمار للموارد المائية في العراق واستغلال المياه الجوفية السطحية لتحقيق الاستخدام الامثل للثروة المائية وتعمل على تطوير الموارد المائية وتنميتها ورعاية حقوق العراق في المياه الدولية المشتركة وادامة الاتصالات وتبادل المعلومات مع الدول المتشاطئة على احواض النهر ودول الجوار بما يضمن الوصول الى اتفاقيات عادلة لتقسيم كمية ونوعية المياه الداخلة الى العراق، كما تعمل

(73) ينظر: د. خالد حمزة جريمط المعيني، الامن المائي العربي ، مدخلات الازمة والشاهد المحتملة، بحث منشور في مجلة المعهد، العدد ٦، السنة ، ص ١٦٤ .

(74) ينظر: الموقع الالكتروني الاتي: www.wikipdw.com تاريخ الزيارة ٢٠٢٣/٣/٣

(75) ينظر: تسنيم الفقيه ، بحص منشور على الموقع الالكتروني www.mawdoo3.com تاريخ الزيارة ٢٠٢٣/٣/١٤

(76) نشر هذا القانون في جريدة الوقائع العراقية بالعدد ٣٠٩٨ بتاريخ ٢٤/١١/٢٠٠٨

الوزارة ايضاً الى المحافظة على المياه الجوفية والسطحية من التلوث واعطاء الاولوية للناحية البيئية وانعاش وادامة الاهواء والمسطحات المائية الاخرى^(٦٨).

وبناءً على ماسبق يمكن ان نعرف الموارد المائية بأنها الموارد المائية المختلفة كالأمطار والثلوج والمياه السطحية كالأنهار والجداول والبحيرات والمياه الجوفية. والتي يحصل من خلالها الانسان على مصادر المياه اللازمة.

ويرتبط مفهوم الموارد المائية بمصطلح مهد جداً الا وهو الامن المائي والذي يعرف بأنه يمثل الكفاية والضمان عبر الومان والمكان اي تلبية الاحتياجات المائية المختلفة كماً ونوعاً مع استمرار هذه الكفاية من خلال استخدام المتاح لتطوير اساليب الاستخدام وتهيئة الموارد المائية الحالية والبحث عن موارد جديدة سواء كانت تقليدية ام غير تقليدية^(٦٩).

ويعرف الامن المائي ايضاً بأنه " ضمان توفير الموارد المائية اللازمة للاستخدامات الرئيسية سواء كانت زراعية ام صناعية ام منزلية ام غيرها وبما يتناسب مع حجم الاستخدامات الحالية والمستقبلية بشكل مستديم"^(٧٠).

وينطلق فهم وتحليل مفهوم الامن المائي المرتبط بالمواد المائية لاي دولة من خلال تحليل منظومة الميزان المائي ويقصد بالميزان المائي عملية الموازنة والمقارنة بين اجمالي حجم الموارد التقليدية وغير التقليدية (المعروض من المياه) في فترة زمنية معينة، وبين اجمالي الاحتياجات المائية اللازمة لسد مختلف الاحتياجات (والطلب على المياه) خلال الفترة الزمنية نفسها^(٧١).

المطلب الثاني : انواع الموارد المائية

تتنوع الموارد المائية في العراق الى اشكال متعددة كالأمطار والثلوج والمياه السطحية (الأنهار والجداول والبحيرات) وكذلك المياه الجوفية، وتتمثل جميع هذه الموارد المائية المختلفة المصادر المتعددة للمياه في العراق وهذه الاشكال بمجموعها تشكل عنصر المياه الموجود على سطح الارض او داخل سطح الارض وهي ضرورة لحياة الانسان والكائنات الحية الاخرى ويعد الماء احد انواع الثروات الطبيعية، فالثروة الطبيعية التي يعد الماء جزءاً منها هي الاشياء التي يستعملها الانسان لاشباع حاجاته المعينة سواء بصورة مباشرة او غير مباشرة والتي تحدد

(77) ينظر: المادة (٢) من قانون وزارة الموارد المائية رقم ٥٠ لسنة ٢٠٠٨ .

(78) ينظر: صفاء حسين علي، دور القدرات البشرية في تنمية وادارة الموارد المائية (التنمية المستدامة) دراسة حالة العراق ، بحث منشور في مجلة الكوفة، العدد ٢٥، المجلد ٨، السنة ٢٠١٥، ص٣٢٥.

(79) ينظر: محمد صبري، السياسة المائية في العراق وانعكاساتها على التنمية المستدامة بعد عام ٢٠٠٣، مركز العراق للدراسات، بغداد، ٢٠١٧، ص٨٨.

(80) ينظر: د. خالد حمزة جريمط المعيني المصدر السابق، ص١٦٣-١٦٤

بتكلفة محددة وفقاً لنسبة الاستهلاك^(٧٢) وبناءً على ذلك سوف نقسم هذا المطلب الى ثلاث فروع لنتناول الانواع الثلاثة للموارد المائية وكالاتي:

الفرع الاول : مياه التساقط (الامطار والثلوج)

تمثل الامطار المورد الاساسي الذي تعتمد عليه الزراعة في العراق وهي المسؤولة عن تموين المياه الجوفية وتثر تأثيراً واضحاً في حجم تصريف المياه في انهار العراق، وتزداد الامطار بشكل واضح فوق قمم الجبال الواقعة شمال وشمال شرق العراق وتتناقص الكمية بالابتعاد عن الجبال ، كما تتمتع البلاد ببعض الامطار خلال فصل الربيع نتيجة العواصف الرعدية المطرية بين بضعة دقائق الى ساعة او اكثر ، ويتميز نظام الامطار بعدم الانتظام والفصلية ويتراوح كمية الامطار الساقطة بين (٥٠ - ١٠٠) ملم وقد ترتفع احياناً الى (١٢٠٠) ملم^(٧٣).

اما الثلوج فيستلم العراق وحوض دجلة والفرات وروافدهما كمية من التساقط على شكل ثلج في الحالات التي تنخفض فيها درجة الحرارة الى ما دون الصفر المئوي، وان كمية الثلج وضمان استمرارها يعتمد على استمرار انخفاض درجة الحرارة دون درجة التجمد وتمد الثلوج المياه الجوفية والسطحية بجزء كبير من المياه وتزداد اهمية الثلوج بزيادة المطر فقد تبقى الثلوج لمدة شهرين فوق الجبال على ارتفاع (١٠٠٠ م) مما يجعل لعامل الارتفاع دوراً مهماً في سمك الثلوج، ويبدأ سقوط الثلج في اواخر كانون الثاني وذوبانه يبدأ في اواخر نيسان او اوائل مايس وهكذا تكون الثلوج المتراكمة مصدراً مهماً يغذي كلاً من المياه الجوفية (العيون والابار) والمياه السطحية (الانهار والبحيرات)^(٧٤).

الفرع الثاني : المياه السطحية

ولها مصدران مهمان يتمثل المصدر الاول لهذه المياه بالانهار الدائمة الجريان وروافدهما والاوودية الموسمية، ويعد هذا المصدر العمود الفقري للحياة الاقتصادية والاجتماعية والديمغرافية في العراق، اذ يتركز معظم سكانه ونشاطاته الاقتصادية حول نهري دجلة والفرات وروافدهم وفروعهم^(٧٥)، ويعتبر نهري دجلة والفرات وروافدهما وشط العرب من اهم مصادر المياه السطحية، وعلى الرغم من كون المياه السطحية المصدر الرئيسي الا ان لها مشاكل عديدة متمثلة بكون منابع

(81) ينظر: ميثم منفي كاظم العميدي، الحق في الثروات الطبيعية، بحث منشور في مجلة جامعة بابل للعلوم الانسانية، المجلد ٢٧، العدد ٩، السنة ٢٠١٩، ص ٤٦٧.

(82) ينظر: عباس فاضل السعدي، جغرافية العراق ، ط١، دار الجامعة للطباعة والنشر والترجمة ، بغداد ، ٢٠٠٨، ص ١٠.

(83) ينظر: م.م. ضحى جواد كاظم، وأمير هادي جدوع، الامكانات المائية المتاحة للعراق (دراسة في جغرافية العراق) ، بحث منشور في مجلة كلية التربية الاساسية للعلوم التربوية والانسانية، جامعة بابل، العدد ٣٠، السنة ٢٠١٦، ص ٦٧٣.

(84) ينظر: توفيق جاسم محمد، ادارة الموارد المائية في العراق، الواقع والحلول، بحث منشور على الموقع الالكتروني: www>sswm.info.ar/node/6214 تاريخ الزيارة ٢٣/٣/٢٠٢٣

الانهار والروافد خارج الحدود الوطنية للعراق ولاسيما تركيا وايران وسوريا التي اخذت تتحكم بكميات ونوعية المياه الواردة من خلال اقامة السدود والخزانات التي خفضت الواردات المائية وارتفعت فيها نسبة الملوحة نتيجة للخرن وغسل التربة ورمي الفضلات الصناعية والمجاري في الانهار، وهذا خلاف القوانين والاعراف والاتفاقيات الدولية لتقسيم مياه الانهار لعدم التزام الدول بالاتفاقيات والقوانين الدولية^(٧٦)، وهذا يوضح مدى خضوع واردة العراق المائية الى ارادات ومصالح دول متعددة في ظل عدم التزام الدول لاسيما دول المنبع بالمواثيق والاتفاقيات الدولية الخاصة بتقسيم المياه بين الدول المشتركة والمتشاطئة^(٧٧).

(٨٥) أن تأثيرات مشروع (GAP) التركي تؤثر في جميع مناحي الحياة البشرية والحيوانية والنباتية، كما ان هذا المشروع سيجعل تركيا تتحكم بأكثر من ٨٠% من مياه دجلة والفرات، وذلك يعني أن نقصاً خطراً ومهلكاً بإمدادات المياه الواصلة إلى العراق سيحدث خلال السنوات القليلة القادمة بعد اكتمال هذا المشروع، وهذا النقص له تأثيراته السلبية على البيئة العراقية من خلال زيادة نسبة مساحة الأراضي المتصحرة، وسوف يزيد نسبة الملوثات في مياه الأنهر.^{٧٦}

ويعد سد اتاتورك من السدود التركية التي اثرت سلباً على البيئة المائية في مجرى نهر الفرات، نتيجة لانخفاض مناسيب النهر وازدياد الملوحة والظمي النهري، وكذلك التأثير على نوعيتها حيث يعمل ذلك على دفع مياه ملوثة من نهر الفرات الى سوريا والعراق. وارتفاع نسبة الفوسفات والكالسيوم والبيكاربونات والنشادر والمواد العضوية الطيارة تعتبر ليست ملوثة فحسب وانما سامة، ولها اخطار على البيئة والانسان والحيوان واثار ضارة على الزراعة وهناك خطر تسرب هذه الملوثات الى المياه الجوفية.

كما توجد عدد من السدود والمشاريع الأروانية المقامة على نهر الفرات في سوريا تستطيع هي الأخرى من خلالها السيطرة على المياه وخزنها والتحكم بكميات المياه المنسابة الى الأراضي العراقية.

وقد قامت ايران بالسيطرة على روافد نهر دجلة الواقعة في اراضيها، حيث قامت بقطع مياه نهر الوند والكرخة، وتحويل مجرى نهر الكارون (الرافد الوحيد لمجرى شط العرب جنوب محافظة البصرة) الى داخل الأراضي الإيرانية مما ساهم في ارتفاع معدلات الملوحة في مياه شط العرب وتأثر الأراضي الزراعية نتيجة لتقدم موجة المد البحرية ووصولها الى شمال محافظة البصرة، اذ تبين من نتائج القياسات المختبرية لعينات المياه زيادة كمية الأملاح الذائبة فبلغت (٣٨٢٠٠، ٤٤٥٠٠) ملغرام /لتر في كل من ناحية السببية وقضاء الفاو على التوالي في شهر ايلول سنة ٢٠٠٩. وبذلك تفوق الحدود المسموح بها في جميع محطات القياس، اذ تتراوح تلك الحدود بين (٥٠٠ - ١٠٠٠) ملغرام /لتر لأغراض الشرب وما بين (١٥٠٠ - ٢٠٠٠) ملغرام /لتر لأغراض الري. ينظر: د. بشرى رمضان ياسين، التحديات البيئية لأدارة الموارد المائية السطحية في العراق، بحث منشور في مجلة كلية التربية الاساسية، بابل، العدد ١٢، السنة ٢٠١٣، ص ٢٠١-٢٠٢. وكذلك ينظر: عبدالله حسون محمد، مشكلة المياه ما بين العراق ودول الجوار والاثار الاقتصادية الناجمة عنها، دراسة في الجغرافية الاقتصادية، مجلة الفتح، جامعة ديالى، العدد ٣٨، ٢٠٠٩، ص ١٠٣.

(86) ينظر: د. بلاسم جميل خلف، ود. كامل جواد دهش، اشكالية المياه في العراق وضرورات الادارة

المتكاملة لتنمية المواد المائية، بحث منشور في مجلة الكوت، للعلوم الاقتصادية والقانونية، العدد ٢٧،

السنة ٢٠١٧، ص ٩٧.

وتلعب المياه السطحية دوراً مهماً في تحديد اماكن الاستيطان البشري فيه حيث نجد ان المدن والمستوطنات الاخرى ترتبط بمجري الانهار وفروعها المختلفة لأن معظمها ما هو الا مراكز اقليمية لمناطق زراعية تغذيها الانهار بمياهها ولا نجد مثل هذه الظاهرة واضحة في الاقسام الشمالية الجبلية من البلاد^(٧٨).

اما المصدر الثاني للمياه السطحية في العراق يتمثل بالبحيرات الاصطناعية والخزانات المائية وهي تتمثل بالخزين الاستراتيجي للعراق وعامل الاطمئنان له في مواجهة سنوات الجفاف التي اخذت تتولى سنة بعد سنة ، وهذه البحيرات الرئيسية في العراق نذكر منها بحيرة الحبانية وبحيرة ساوة وبحيرة دوكان وبحيرة الرزازة وكذلك الاهوار^(٧٩).

الفرع الثالث : المياه الجوفية

يمكن تعريف المياه الجوفية بأنها المياه المخزونة في باطن الارض سواء منها الراكدة او الجارية وتظهر هذه المياه على سطح الارض بصورة طبيعية وبدون تدخل الانسان على شكل عيون وينابيع ، او بصورة اصطناعية عن طريق تدخل الانسان على شكل ابار وكهاريز^(٨٠).

(87) ينظر: وفيق حسن، أحمد سعيد حداد، الموارد المائية في العراق، مطبعة جامعة بغداد، ١٩٨٣، ص ٤٥.

(88) ينظر: توفيق جاسم محمد، مصدر سبق الاشارة اليه.

(89) الينابيع والعيون هي مياه تتبع من سفوح الجبال والمرتفعات ويتوقف توزيعها على كمية الامطار والثلوج المتراكمة وانحدار طبقات الصخور ودرجة مسامتها وعلى عوامل التربة التي اثرت في جرف الطبقات العليا الى مستوى مستودعات المياه الجوفية فظهرت في شكل ينابيع وعيون وللينابيع والعيون اهمية اذ انها تمون المدن والقرى بمياه الشرب للناس والحيوانات وكذلك الزراعة ، ومن الامثلة على هذه العيون ما موجود في مدينة شقلاوة وبعشيقه وعين سرسنك وهين سولاف قرب مدينة العمادية وتختلف نوعية مياه الينابيع من منطقة لاخرى وهي بصورة عامة اقل ملوحة من مياه الابار. ينظر: ضحى جواد كاظم، و أمير هادي جدوع ، المصدر السابق، ص ٦٨١ =

- تعد الكهاريز من اقدم الوسائل التي استخدمها الانسان في شمال العراق لاستثمار المياه الجوفية وكانت منتشرة في محافظات السليمانية واربيل ونيوى ويتطلب عمل الكهاريز حفر بئر الى مستوى المياه الجوفية في ارض مرتفعة وتبعد كل بئر عن الاخرى من (١٥-٢٠ م) ويبلغ عمق قناة الكهريز (١,٥) م وعرضها نحو نصف متر ، وقد قل عددها فأصبح لايزيد الا عن ٥٠ كهريزاً صالح للاستعمال ويرجع سبب تناقص عددها الى ان بعضها قد جف والبعض الاخر ملأته الترسبات ولم يعد صالحاً للاستعمال ومعظم الكهاريز الموجودة في العراق نشأت نشأة قديمة واتجهت الحلول الآن الى حفر ابار بدلاً من الكهاريز لان حفر الكهريز يكلف مبالغ اكثر من حفر البئر الاعتيادي ويحتاج الى عناية وصيانة اكثر منه، والكهريز قناة تشق بأنحدار تدريجي من بئر في مستوى اعلى الى بئر في مستوى اوطى ومن هذا البئر الى بئر اخر وتكون قناة الكهريز مغطاة لمنع تبخر المياه ومنع تلوثه ويعتمد طول الكهريز على طبيعة سطح الارض وطبيعة الصخور. للمزيد ينظر: د. عباس فاضل السعدي، المصدر السابق، ص ٦٨١.

المبحث الثاني : ادارة وتنظيم مرفق الموارد المائية في الاختصاصات الحصرية

والمشتركة في الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥

يعد الماء الشريان الحيوي والاساسي للحياة البشرية والذي لا يمكن الاستغناء عنه نهائياً ، والنصوص الدستورية تهدف دائماً الى تنظيم الحقوق المائية وادارتها وكفية الحفاظ عليها، وهذه النصوص الدستورية قد تنظم هذا الحق اما بصورة مباشرة او غير مباشرة ، وبمطالعة نصوص الدستور يتضح ان المشرع الدستوري لم يورد نصاً مباشراً يتناول هذا الحق الواجب توفيره للعراقيين وفق مبدأ المساواة ، كما قضت بهذا الامر الكثير من الدساتير^(٨١)، لذلك يلاحظ بأن ماسبق هو اغفال تشريعي كان الاولي بالمشرع الدستوري الانتباه له ومراعاته مستقبلاً في اي تعديل يمكن ان يطراً على الدستور، اما النصوص الغير مباشرة والتي وردت في الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ فيمكن من خلالها بيان هذا الحق وفق نصوص عامة وردت في هذا الدستور ويمكن ان توجي للبعض الى الاشارة الى الحق في الماء^(٨٢)، منها ماورد في المادة(٣٣) والتي تنص على انه " اولاً: لكل فرد حق العيش في ظروف بيئية سليمة " والمادة (٣١) التي نصت على انه " اولاً: لكل عراقي الحق في الرعاية الصحية وتعني الدولة بالصحة العامة" اما المادة (١٥) فقد نصت على انه " لكل فرد الحق في الحياة" ، على اساس ان الحق في الحصول على الموارد المائية من ابرز مقومات الحياة الانسانية ولضمان عيشها بصورة كريمة، ونلاحظ عندما تنبى المشرع الدستوري النظام الاتحادي الفيدرالي^(٨٣)، فإن ابرز المشاكل التي مكن ان تظهر تتعلق بكيفية توزيع الاختصاصات بين الحكومة الاتحادية وحكومات الاقاليم والمحافظات الغير منتظمة في اقليم ويمكن ان يكون من بين تلك الاختصاصات الاختصاصات المتعلقة بالموارد المائية وخصوصاً وان العراق حالياً يمر بظرف حرج جاء شحة الموارد المائية وتحذيرات احتمال تعرض العراق

(90) نص الدستور المصري لسنة ٢٠١٤ وتحديداً في المادة (٧٩) منه على ان ((لكل مواطن الحق في ماء نظيف وتلتزم الدولة بتأمين الموارد الغذائية للمواطنين)). اما الدستور الجزائري لسنة ٢٠١٦ فقد نص في المادة (٦٣) منه على ان ((تسهر الدولة على تمكين المواطنين من الحصول على ماء الشرب وتعمل على المحافظة عليه للأجيال القادمة)). اما ان الدستور المغربي لعام ٢٠١١ فقد نص في المادة (٣١) بأن "تعمل الدولة والمؤسسات العمومية والجماعات الترابية على تعبئة كل الوسائل المتاحة لتيسير استفادة المواطنين والمواطنات على قدم المساواة من الحق في الحصول على الماء والعيش في بيئة سليمة"

(91) ينظر: د. علي سعد عمران، اشكالية الحماية الدستورية لحقوق العراق المائية ، بحث منشور على

الموقع الالكتروني الاتي: www.law.arab.com تاريخ الزيارة ٢٠٢٣/٤/٥

(92) نصت المادة ١ من الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ على انه ((جمهورية العراق دولة اتحادية واحدة مستقلة ذات سيادة كاملة نظام الحكم فيها جمهوري نيابي ديمقراطي وهذا الدستور ضامن لوحدة العراق)).

للجفاف في الايام القادمة المنصرمة، وبناءً على ماسبق سوف نقسم هذا المبحث الى مطلبين نتناول في المطلب الاول ادارة وتنظيم الموارد المائية في الاختصاصات الحصرية ، اما المطلب الثاني سنخصصه لبيان ادارة وتنظيم الموارد المائية في الاختصاصات المشتركة وكالاتي:

المطلب الاول : ادارة وتنظيم الموارد المائية في الاختصاصات الدستورية الحصرية

عند مراجعة نص المادة (١١٠ / الفقرة ثامناً) من الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ نجد انه اشار الى مسألة المياه من ضمن الاختصاصات الحصرية للسلطات الاتحادية وقد احسن المشرع الدستوري في ذلك لاسباب سوف نبينها في المطلب الثاني اذ نصت المادة اعلاه على انه: تختص السلطات الاتحادية بالاختصاصات الحصرية الاتية ((ثامناً:- تخطيط السياسات المتعلقة بمصادر المياه من خارج العراق وضمن مناسيب تدفق المياه وتوزيعها العادل داخل العراق وفقاً للقوانين والاعراف الدولية)).

اذ يلاحظ بأن حماية وتوفير الامن المائي وضمن ديمومة واستمرار الموارد المائية للعراقيين هو من صميم عمل السلطات الاتحادية ، ويدخل ضمن صلاحياتها الحصرية والتي يجب ان تلتزم تلك السلطات بموجبها بتحقيق ذلك الهدف الضروري. ويلاحظ ايضاً مما سبق ان اختصاصات السلطات الاتحادية الحصرية تجاه المياه تقتصر على تخطيط السياسات فقط وليس تنفيذها، كما ان هذا الاختصاص يتعلق بمصادر المياه من خارج العراق ولضمن مناسيب المياه وتوزيعها العادل داخل العراق، وهذا يعني ان الامر يتعلق بالانهار الدولية التي تدخل الحدود العراقية وضرورة الحفاظ على حقوق العراق فيها واتخاذ مايلزم لضمن تدفق المياه اليها وبشكل يتناسب مع حقوق العراق من تلك المياه وفقاً للاتفاقات التي تربط العراق بالدول التي تتدفق منها المياه الى العراق^(٨٤).

ومن خلال مراجعة نص المادة (١١٠ / الفقرة ثامناً) من السالفة الذكر نجد ان هذه المادة يغلب عليها بعض الاشكاليات المتعلقة بأدارة المياه سواء من حيث التنظيم الدستوري او الاداري ومن حيث الصياغة، اذ انه لا يمكن للسلطات الاتحادية تخطيط مصادر المياه الواقعة او القادمة من خارج العراق لانها لا تملك وسيلة لذلك الا انه يمكن التفاوض على حصص معينة والتوقيع على اتفاقيات تتضمن الية تأمين حصص العراق المائية في حالة قبول الدول المتشاطئة الاخرى، كما انه ورود عبارة ((ضمان مناسيب تدفق المياه)) والمقصود به من خارج العراق ايضاً وهذا

(93) ان غالبية ايرادات العراق من المياه تأتي من خارج الحدود، وان عدم تحكم البلاد بمواردها الطبيعية يمثل تحدياً دائماً للأمن الوطني والقومي، خاصة في ظل انعدام وجود اية اتفاقية مع اية دولة من دول الجوار، فالعراق دولة مصب ويحصل على ٧٠ % من مياهه من خارج الحدود العراقية مما يجعله عرضة للانتقاص من حقوقه التاريخية في المياه. ينظر: حسن الجنابي، موارد العراق المائية وبعض قضايا الدستور، بحث منشور في مجلة الحوار المتمدن ، العدد ٣٠٨٧ ، السنة ٢٠١٠، والمنشور على الموقع الالكتروني: www.ahewar.org تاريخ الزيارة ٢٤/٤/٢٠١٣ .

بالمعنى الفني واللغوي ليس صحيحاً لأن منسوب المياه هو ارتفاع مستوى المياه عن سطح البحر ولا يعني كمية المياه الواردة الى العراق وهو المهم والمقصود من المادة^(٨٥).

لذلك كان الاولى بالمشروع الدستوري ان يبين بوضوح المهام الرئيسية للسلطات الاتحادية وضمان الصياغة الدقيقة وتنظيم الجوانب الفنية لتكون المادة (١١٠/١) متكاملة بخصوص الموارد المائية، وكان الاجدر بالمشروع ان يجعل من تخطيط الموارد المائية في العراق وادارتها بما يؤمن توزيعها العادل والمنصف وضمان ديمومتها واستمرارها كما ونوعاً وضمان حقوق العراق المائية مع الدول المجاورة وفق القوانين والاعراف الدولية لأن الاهتمام بهذا الامر سوف يساهم من السلطات الاتحادية تخطيط الموارد المائية والذي يشمل تمويل وتنفيذ والاشراف على المشاريع التي تؤمن المياه بشكل منصف ودائم ويؤمن استمرارية جريانها، كما انه يمنح الحكومة حق التفاوض مع الدول المشتركة بالانهار او الاحواض النهرية وتوقيع الاتفاقيات وفق الاسس التي يقرها القانون الدولي، مما يمنع على الاقليم والمحافظات من عقد اتفاقيات لتقسيم المياه مع الدول المجاورة وخصوصاً وانه بموجب هذا الاختصاص ان المشروع الدستوري قد حصر ممارسة هذا الاختصاص بالسلطة الاتحادية وترك ما سواها الى الأقاليم والمحافظات الغير منتظمة في اقليم، وبمقتضى هذا الاسلوب يتم تعيين القضايا والمسائل الداخلة في اختصاص السلطة الاتحادية على سبيل الحصر ويترك ماسواها لاختصاص الاقاليم والمحافظات غير المنتظمة في اقليم^(٨٦).

اذ ان مكن المزايا التي تضمنتها المادة (١١٠) من الدستور هي ضمان استقلال السلطة التشريعية في ممارستها للاختصاصات الحصرية من ناحية ، وبيان السلطة التي تقع عليها المسؤولية في حال اخلال تلك السلطات من ناحية اخرى، والمشروع الدستوري عندما افرد في دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ النافذ الاختصاصات الحصرية للسلطات الاتحادية فإنه اراد من ذلك تحديد ثلاثة ادوار مهمة لتلك السلطات وهي دعم الوحدة الوطنية والمحافظه على استقلال وسيادة الدولة والحفاظ على النظام الدستوري والسياسي والديمقراطي الاتحادي^(٨٧).

ومن خلال مراجعة النص الدستوري المتعلق بتخطيط السياسة المتعلقة بالمياه ومن اجل استمرار قوته الالزامية فلا يكفي مجرد النص عليه في بنود الدستور، وانما يجب ان تتخذ السلطات الحكومية مجموعة من الاجراءات اللازمة للوفاء بالتزاماتها الدستورية، فالسلطة التنفيذية الاتحادية المتمثلة بأحد اقطاب مجلس

(94) ينظر: د. علي سعد عمران، مصدر سبق الاشارة اليه.

(95) ينظر: حيدر ناجي ظاهر ابو صبيح، تعديلات مقترحة على دستور ٢٠٠٥ النافذ، بحث منشور في مجلة المعهد ، العدد ٩، السنة ٢٠١٢، ص٦٥٢.

(96) ينظر: د. ليلي حنتوش ناجي، تقاسم الاختصاصات التشريعية والتنفيذية في دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد ٤، السنة ١٣، ٢٠٢١، ص٢٣٥٥.

الوزراء صاحبة السلطة التنفيذية الحقيقة في العراق وتمارس جملة من الاختصاصات الدستورية والتي يمكن من خلالها تأمين الحق المائي للعراقيين اذ نصت المادة (٨٠) على انه يمارس مجلس الوزراء الصلاحيات الاتية ((سادساً: التفاوض بشأن المعاهدات والاتفاقيات الدولية والتوقيع عليها او من يخوله)) اذ تعتبر المعاهدات والاتفاقيات الدولية من اهم الاختصاصات التي يمارسها مجلس الوزراء بأعتبره احد اركان السلطة التنفيذية في العراق لضمان ذلك، وكذلك مسألة الدبلوماسية الدولية التي هي ايضاً من الاختصاصات الحصرية للسلطة التنفيذية الاتحادية والتي نصت عليها المادة (١١٠ / اولاً) اذ نصت على انه ((تختص السلطات الحصرية الاتحادية : اولاً: رسم السياسة الخارجية والتمثيل الدبلوماسي والتفاوض بشأن المعاهدات والاتفاقيات الدولية وسياسات الاقتراض والتوقيع عليها وابعادها ورسم السياسة الاقتصادية والتجارية الخارجية السيادية)).

الا انه يلاحظ ومن خلال ما يمر به العراق حالياً من ازمة مائية خانقة ادت في الاغلب الى جفاف معظم انهاره الحيوية وجدنا ان الواقع العملي السياسي يشير الى ممارسة السلطات الاتحادية وتحديداً مجلس الوزراء دوره الحقيقي لتوفير الامن المائي لا من ناحية المعاهدات ولا الاتفاقيات ، مما جعل الدول الاخرى المتشاطئة المجاورة للعراق تتحكم بهذا المرفق الحيوي المهم وجعله اداة ضغط تمارسها تجاه الحكومة العراقية.

الى جانب مجلس الوزراء بأعتبره احد اعمدة السلطة التنفيذية في العراق لإدارة وتنظيم الحق المائي في العراق فإنه يكون من ضمن هذه السلطة وجزءاً من مجلس الوزراء (وزير الموارد المائية) الذي يكون الرئيس الاعلى للوزارة والمسؤول عن تنفيذ سياستها ومهامها ويمارس الرقابة على انشطتها وفعاليتها وحسن ادائها ، وله اصدار الانظمة والتعليمات والقرارات والوامر في كل ما يتعلق بمهامها وذلك وفقاً لاحكام القانون^(٨٨)، وللوزير ان يخول بعض مهامه الى وكيله (الوزير الوكيل الاداري والفني) او الى اي من المستشارين او اي من المديرين العاملين فيها او الى من موظفيها^(٨٩).

وتعتبر وزارة الموارد المائية وعلى رأسها وزير الموارد المائية الجهة القطاعية المختصة في مجالات حماية الموارد المائية وتحسينها على الصعيدين الداخلي والخارجي^(٩٠).

المطلب الثاني : ادارة وتنظيم الموارد المائية في الاختصاصات الدستورية المشتركة

نصت المادة (١١٤) الخاصة بالاختصاصات المشتركة بين السلطات الاتحادية وسلطات الاقليم على انه : "تكون الاختصاصات الاتية مشتركة بين

(97) ينظر: المادة (٤) من قانون وزارة الموارد المائية رقم ٥٠ لسنة ٢٠٠٨.

(98) ينظر: المادة (٨) والمادة (٤/ ثانياً) من نفس القانون.

(99) ينظر: افتخار رشيد خليل، دور سلطة الضبط الاداري في حماية الموارد المائية ، بحث منشور في مجلة

جامعة تكريت للحقوق، المجلد ٥، العدد ٣، الجزء ٢، السنة ٢٠٢١، ص ٢٣٠ .

السلطات الاتحادية وسلطات الاقليم : سابعاً: رسم سياسة الموارد المائية الداخلية وتنظيمها بما يضمن توزيعها توزيعاً عادلاً وينظم ذلك بقانون".

من خلال تسليط الضوء على ما اشارت اليه بداية المادة والتي تبدأ بـ) تكون الاختصاصات الاتية مشتركة بين السلطات الاتحادية وسلطات الاقليم) نجد ان القاري عندما يتمعن بالنص سوف يجد بأن هذه الاختصاصات تكون حكراً على جهتين هما السلطات الاتحادية وسلطات الاقليم وهذا يعني ان المحافظات الغير منتظمة في القيم واتي تعد جزءاً من النظام التحادي في العراقي هي غير مشمولة بهذا الاختصاص المشترك مع سلطة المركز ، الا انه لو رجعنا الى بنود هذه المادة قد نصت على ان هذه الاختصاصات تمارس (بالتعاون و بالتنسيق و بالتشاور) مع حكومات الاقليم والمحافظات الغير منتظمة في اقليم ايضاً^(٩١)، لذلك كان هذا الامر قصور دستوري واضح وقع فيه المشرع الدستوري من خلال عدم اشراك المحافظات الغير منتظمة في اقليم برسم السياسة المتعلقة بالمياه وبالتالي جاءت صياغة هذه المادة غير دقيقة ، والدليل على ذلك ان المشرع العادي قد انته لهذا الامر عندما اشرك المحافظات غير المنتظمة في اقليم بهذا الاختصاص المشترك عندما اشار في التعديل الاخير لقانون المحافظات غير المنتظمة في اقليم رقم ١٩ لسنة ٢٠١٣^(٩٢) لحق المحافظات غير المنتظمة في اقليم بخصوص المادة بأنها اختصاص مشترك اذ نصت المادة (٢/سادساً) من قانون التعديل الاخير اعلاه على انه " تدار الاختصاصات المشتركة المنصوص عليها في المواد (١١٢ و ١١٣ و ١١٤) من الدستور بالتنسيق والتعاون بين الحكومة الاتحادية والحكومات المحلية وتكون الاولوية فيها لقانون المحافظات غير المنتظمة في اقليم في حالة الخلاق بينها وفقاً لاحكام المادة (١١٥) من الدستور.

لذلك نقترح تعديل بداية نص المادة (١١٤) من الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ لتكون بالصيغة الاتية: تكون الاختصاصات الاتية مشتركة بين السلطات الاتحادية وسلطات الاقليم والمحافظات غير المنتظمة في اقليم" كل حسب مورده من النص لتضمن وجود كافة مكونات النظام الاتحادي من اقليم ومحافظات بالإضافة الى العاصمة والادارات المحلية التي يتكون منها النظام الاتحادي في جمهورية العراق^(٩٣).

وبالرجوع الى نص المادة(١١٤/ سابعاً) من الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ نجد انها تختص برسم سياسة الموارد المائية الداخلية وتنظيمها بهدف التوزيع العادل كما بينها سابقاً ، وهذا الامر يشمل السدود والخزانات المائية ومشاريع الري وشق

(100) ينظر: محمد جبار طالب، الاختصاصات الدستورية المشتركة للمحافظات غير المنتظمة في اقليم في دستور العراق لسنة ٢٠٠٥، بحث منشور في كجلة رسالة الحقوق، العدد ٢، السنة ٧، ٢٠١٥، ص ٢٢١.

(101) نشر هذا القانون في جريدة الوقائع العراقية بالعدد ٤٢٨٤ في ٥/٨/٢٠١٣ .

(102) نصت المادة ١١٦ من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ على انه ((يتكون النظام الاتحادي في جمهورية العراق من عاصمة واقليم ومحافظات لامركزية وادارات محلية)).

الجدول والترع والمشاريع الاروائية داخل الحدود العراقية^(٩٤)، وبما ان هذه الفقرة جاءت ضمن الاختصاصات المشتركة مما يعني وجوب التعاون والتنسيق والتشاور واتخاذ القرار مشتركاً بين الحكومة الاتحادية وحكومة الاقاليم والمحافظات الغير منتظمة في اقليم بعد سم وتنظيم سياستها المائية وهذا يعني ان هذه الاختصاص ليس اختصاصاً حصرياً لسلطة المركز، ويلاحظ بأن توصيف هذه المادة جاء مناقضاً لنص المادة (١١١/أ) ثامناً) ايضاً عندما جعل رسم سياسة الموارد المائية الداخلية مشتركاً بين السلطة الاتحادية وسلطات الاقاليم وسلطات المحافظات غير المنتظمة في اقليم واستناداً ايضاً الى التعديل الاخير لقانون المحافظات، اذ انه من الممكن في حالة منح الواحدات الاخرى هذا الاختصاص سيؤدي الى اندلاع نزاعات مائية مستقبلية اذا لم تكون سلطة المركز هي صاحبة الاختصاص الحصري فيه، وتملك الحسم في توزيع المشاريع والسدود مثلما مانصت عليه المادة (١١٠/أ) ثامناً) على ان سلطة المركز هي صاحبة الاختصاص الحصري عن تدفق المياه خارج العراق وتخطيط سياسته وفقاً للقوانين والاعراف والاتفاقيات الدولية، والدليل على ان هذا النص يحتاج الى اعادة نظر ويشكل خطورة مستقبلية، اذ يقدم البعض امثلة افتراضية^(٩٥)

بأن سلطات الاقاليم والمحافظات الغير منتظمة بأقليم واستناداً من منطلق تمسكها بحقها الدستوري والقانوني بهذا الحق انه يمكن ان تكون قد بادرت بأنشاء سدود او القيام بمشروع اروائي يمنع تدفق المياه بصورة عادلة للمحافظات الادنى منها، فما هو الحل القانوني في هذه الحالة؟

يمكن القول انه في حالة صدور قانون اتحادي له علاقة بتنظيم وادارة الموارد المائية ويمكن ان يؤثر على دور سلطات الاقاليم والمحافظات غير المنتظمة في اقليم ومنعها من القيام بأي مما سبق ذكره فإن الامر سوف يكون محكوماً بنص المادة (١١٥) من الدستور التي اعطت الاولوية في الاختصاصات المشتركة لقانون الاقاليم والمحافظات الغير منتظمة في اقليم. اذ نص المادة (١١٥) على انه " كل مالم ينص عليه في اختصاصات الاقاليم والمحافظات غير المنتظمة في اقليم والصلاحيات الاخرى المشتركة بين الحكومة الاتحادية والاقاليم تكون الأولوية فيها لقانون الاقاليم والمحافظات غير المنتظمة في اقليم في حالة الخلاف بينهما"، وكذلك مانصت عليه المادة (١٢١/أولاً) على انه " لسلطات الاقاليم الحق في ممارسة السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية وفقاً لأحكام الدستور باستثناء ما ورد فيه من اختصاصات حصرية للسلطات الاتحادية".

والامر كذلك بالنسبة للمحافظات غير المنتظمة في اقليم ، فإذا كان القانون الصادر من الحكومة الاتحادية لا يلبي طموح السلطات المحلية في الاقاليم والمحافظات بخصوص ادارة وتنظيم رسم السياسية المائية فإن الأولوية تكون لقانون

(103) ينظر: د. اسماعيل الغزال، الدساتير والمؤسسات الدستورية، مؤسسة عز الدين للطباعة، بيروت،

١٩٩٦، ص ١٠١-١٠٢.

(104) ينظر: محمد جبار طالب، المصدر السابق، ص ٢٢٢.

المحافظات استناداً لما جاء في المادة (٤/ رابعاً) من قانون التعديل الثاني رقم ١٩ لسنة ٢٠١٣ لقانون المحافظات غير المنتظمة في اقليم رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٨ المعدل والتي نصت على انه " رسم السياسة العامة للمحافظة وتحديد اولويتها في المجالات كافة وبالتنسيق المتبادل مع الوزارات والجهات المعنية وفي حالة الخلاف تكون الاولوية لقرار مجلس المحافظة" وكذلك مانصت عليه المادة (٢/ سادساً) من نفس القانون على انه" تدار الاختصاصات المشتركة المنصوص عليها في المواد(١١٢ و١١٣ و١١٤) من الدستور بالتنسيق والتعاون بين الحكومة الاتحادية والحكومات المحلية وتكون الأولوية فيها لقانون المحافظات غير المنتظمة في اقليم في حالة الخلاف بينهما وفقاً لاحكام المادة (١١٥) من الدستور" ،

وهذا يعني انه اي خلاف يحصل بين اقليم او محافظة غير منتظمة في اقليم فيما بينهما يمكن ان يواجه بقطع المياه عن المحافظة الادنى بحجة الحاجة اليه دون مراعاة اعتبار العدالة في التوزيع، ودون ان يصاحب ذلك اي حل قانوني من قبل السلطة المركزية، الامر الذي سيولد معه في النهاية حدوث مشاكل وصراع داخلي حكومي تجاع المياه الذي لايمكن لاي جهة الاستغناء عنه.

وحتى لو افترضنا جدلاً أن السلطة الاتحادية أخذت المشورة أو تعاونت مع الأقاليم وتم إصدار القانون في هذه الموضوعات فإننا سنكون تجاه احتمالية أخرى لاعتراض تطبيق هذا القانون من قبل الإقليم من خلال الجواز الدستوري الذي جاءت به المادة ١٢٠ من الدستور والتي نصت على ما يأتي : (ثانياً: يحق لسلطة الاقليم تعديل تطبيق القانون الاتحادي في الاقليم، في حالة وجود تناقض أو تعارض بين القانون الاتحادي وقانون الاقليم بخصوص مسألة لا تدخل في الاختصاصات الحصرية للسلطات الاتحادية)

ونلاحظ مما سبق ان توزيع الاختصاصات في الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ وبموجب نص المادة (١١٥) والمادة (١٢٠) والمادة (١٢١/ اولاً وثانياً) وما جاء بقانون التعديل الثاني رقم ١٩ لسنة ٢٠١٣ لقانون المحافظات غير المنتظمة في اقليم رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٨ المعدل، ان المشرع الدستوري والمشرع العادي قد قاما بتوسع اختصاصات سلطات الاقاليم والمحافظات بشكل كبير، وكان هذا التوسع على حساب السلطة الاتحادية ، ولكن هذا الخلاف المألوف في الدولة الاتحادية والتي تنشأ من دولة بسيطة موحدة، والتي غالباً ما كانت تميل الى تقوية سلطة الحكومة الاتحادية، وهذا يكون على حساب الحكومة المحلية وحكومة الاقاليم، والسبب يعود الى اسباب معينة قد تكون تلك الاسباب مرتبطة بالظروف التاريخية التي مر بها العراق وانتهاج النظام الفيدرالي في العراق الامر الذي دفع المشرع الدستوري والعادي الى اعطاء الاقاليم والمحافظات دوراً كبيراً في تحقيق مصالحها ورفع المستوى الاقتصادي والاجتماعي لمرافقها^(٩٦).

وهنا لا بد من توضيح نقطة في غاية الأهمية وهي أنه بالعودة الى نص امادة (١١٥) من الدستور العراقي نجد بأن هذا النص لم تألفه الدساتير الاتحادية

مطلقاً ، فنصوص الدساتير الفيدرالية تؤكد دائماً على أعلىوية القانون الإتحادي على قانون الولاية أو الإقليم وخاصة في مجال الإختصاصات المشتركة ، ولعل ما يمكن تبريره في هذا الصدد أن الإختصاصات المشتركة ما كان ليعطيها المشرع الدستوري هذا الوصف لولا أهمية وضرورة وجود السلطة الإتحادية عند التشريع فيها ، وإلا فإن وضعها يكون من باب أولى من ضمن الإختصاصات المتروكة للإقليم لينفرد الأخير بوضعها دون تدخل من السلطة الإتحادية ، لكن إقحام السلطة الإتحادية في هذا المجال دون تأكيد لسيادتها يعني إخضاعها لسلطة الاقليم ، وبالتالي فإن كل ما طرحه الفقه حول الاختصاصات المشتركة ومبررات تفوق القوانين الإتحادية على قوانين الأقاليم عند تنظيمها لم يكن محط اهتمام المشرع الدستوري في العراق عند كتابة هذه النصوص^(٩٧).

لذلك نقترح تعديل المادة الدستورية المشتركة بأدارة الموارد المائية وجعل اختصاص ادارة المياه الخارجية والداخلية اختصاصاً حصرياً للسلطة المركزية وخصوصاً وانه هناك تناقض واضح بين نص المادة (١١٠/ ثامناً) والتي نصت على انه " تختص السلطات الاتحادية بالاختصاصات الحرة الاتية: ثامناً: تخطيط السياسات المتعلقة بمصادر المياه من خارج العراق، وضمان مناسب تدفق المياه والية توزيعها العادل داخل العراق وفقاً للقوانين والاعراف الدولية. وبين نص المادة (١١٤/ ثامناً) والتي نصت على انه" تكون الاختصاصات الاتية مشتركة بين السلطات الاتحادية وسلطات الاقاليم: سابقاً : رسم سياسة الموارد المائية الداخلية وتنظيمها بما يضمن توزيعاً عادلاً لها وينظم ذاك بقانون "، فوجود عبارة (وتوزيعها العادل داخل العراق) الواردة في المادة (١١٠/ ثامناً) يرى البعض انها تشير الى اختصاص سلطة المركز بتوزيع المياه داخلياً، وضمان تدفقه الى العراق خارجياً وفقاً للقوانين والاعراف الدولية، وورود عبارة (بما يضمن توزيعاً عادلاً لها) في المادة (١١٤/ سابقاً) يشكل تنقضاً واضحاً بين النصوص لابد من ازالته^(٩٨).

الخاتمة

بعد ان انتهينا من بحثنا الموسوم بـ (الاشكاليات التشريعية لادارة وتنظيم مرفق الموارد المائية في الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ النافذ) توصلنا الى جملة من الاستنتاجات والتوصيات وكالاتي:-

اولاً: الاستنتاجات

١- تبين لنا مما سبق ان العراق يواجه وما زال يواجه تحديات كبيرة بخصوص توفير المواد المائية وتفاقم مشكلة المياه، بسبب قلة الايرادات المائية الواردة وتفاقم مشكلة المياه، وبسبب قلة الايرادات المائية الواردة اليه من دول المنبع المجاورة

(106) ينظر: معمر مهدي صالح الكبيسي، توزيع الاختصاصات الدستورية في الدولة الفيدرالية، اطروحة

دكتوراه، جامعة بغداد، كلية القانون، ٢٠٠٧، ص ١٠٩ .

(107) ينظر: محمد جبار طالب، المصدر السابق، ص ٢٢٢ .

- والتحكم بكميات الأطلاقات المائية من قبلها وسوء استخدام المياه لكافة الاغراض الزراعية والصناعية والخدمية والمنزلية.
- ٢- يرتبط توفير المياه في العراق بالدرجة الاساس بضرورة توفير والمحافظة على مصادر المياه التي تتشكل منها تلك الموارد سواء كانت مياه امطار او ثلوج او مياه جوفية او مياه العيون والينابيع وغيرها من مصادر المياه الاخرى.
- ٣- يتضح لنا ان المياه هي احدى الثروات الطبيعية وهي حق من حقوق الانسان والتي لها اهميتها في تطور الاقتصاد الوطني ويرتبط ارتباطها ارتباطاً وثيقاً بالأمن القومي والوطني في اي بلد من بلدان العالم ومن ضمنها العراق.
- ٤- يتضح لنا ان تفعيل الحماية الدستورية والقانونية لحق العراقيين بتوفير المياه والحفاظ على الموارد المائية وضمان استمرارها يتطلب من سلطات الدولة تفعيل تلك النصوص وتكثيف دورها السياسي والدبلوماسي من اجل المحافظة على هذا الحق.
- ٥- بخصوص التنظيم الدستوري للاختصاصات في الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ ، يلاحظ ان الدستور اخذ بقاعدة حصر الصلاحيات الاتحادية وترك ما عداها الى الاقاليم والمحافظات غير المنتظمة في اقليم وكما هو واضح في نص المادة (١١٠).
- ٦- اورد المشرع الدستوري في المادة ١١٤ مجموعة من الاختصاصات التي تكون مشتركة بين السلطات الاتحادية وسلطات الاقاليم ، اذ اغفل المشرع الدستوري عن ذكر المحافظات غير المنتظمة في اقليم من ضمن هذه المادة والتي تعد احد ابرز مكونات النظام الاتحادي في العراق، ولعل هذا الامر يعد اوجه الإرباك التشريعي الذي وقع فيه المشرع الدستوري عند تنظيم فكرة الاختصاصات المشتركة في الدولة الاتحادية.
- ٧- ان ادارة الموارد المائية هي اختصاص مشترك بين سلطة المركز وسلطات الاقاليم والمحافظات الغير منتظمة في اقليم وعند الخلاف تكون الاولوية لقانون الاقاليم والمحافظات الغير منتظمة في اقليم بموجب نص المادة (١١٥) من الدستور وبقيه المواد الخلفية الاخرى وهي المادة (١٢٠) والمادة (١٢١) اولاً وثانياً) والمادة ٢/ سادساً من قانون التعديل الثاني رقم ١٩ لسنة ٢٠١٣ لقانون المحافظات غير المنتظمة في اقليم رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٨ المعدل، اذ اننا لم نجد في اي من الانظمة الفيدرالية مايعطي اولوية لقانون الاقاليم والمحافظات على القانون الاتحادي في مجال الاختصاصات المشتركة، اذ اكدت جميع الدساتير على تفوق القانون الاتحادي على قوانين الاقاليم والمحافظات، باستثناء دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥، الذي اعطى الاولوية لقانون الاقاليم على القانون الاتحادي في مجال الاختصاصات المشتركة بل اضافة الى ذلك امكانية اعتراض الاقاليم والمحافظات على القانون الاتحادي اذا كانت هناك رغبة بتعديل تطبيقه.
- ٨- يتضح لنا من خلال دراسة الواقع العملي لإدارة مرفق الموارد المائية ان سلطة المركز وتحديداً (مجلس الوزراء بأعتباره احد اعمدة السلطة التنفيذية لم يأخذ دوره الحقيقي والجدي لتوفير الامن المائي وعدم تطبيق النصوص الدستورية

بجدية، كم لاحظنا غياب التنفيذ الفعلي لنصوص قانون وزارة الموارد المائية على ضوء الاهداف والاختصاصات التي جاء بها المشرع العادي في هذا الغاية والغاية من تشريعيه.

ثانياً: التوصيات

- ١- نقترح على المشرع العراقي تعديل نص المادة (١١٥) من الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ ونص المادة ٢/ سادساً من قانون التعديل الثاني رقم ١٩ لسنة ٢٠١٣ لقانون المحافظات غير المنتظمة في اقليم، بحيث تكون العلوية لقانون الاتحاد وليس قانون الاقاليم والمحافظات غير المنتظمة في اقليم لان وجود مثل هكذا نص يعني بالتأكيد اضعاف قوة المركز على حساب الاقاليم والمحافظات غير المنتظمة في اقليم ، الامر الذي سيؤدي الى حدوث مشاكل يكون العراق في غنى عنها لأن الافضلية المذكورة في النصوص اعلاه تعد مصادرة للاختصاص المشترك المشار اليه في المادة (١١٤/ سابقاً) بخصوص ادارة الموارد المائية ، كما ان الابقاء على مثل هكذا نص سيكون سبباً لحدوث ازمات مستقبلية بين اطرافها في حالة تشريع قانون محلي من قبل الاقاليم.
- ٢- ندعوا المشرع العراقي بضرورة اعادة النظر في نص المادة (١١٠/ ثامناً) ونص المادة (١١٤/ سابقاً) من الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ والمتعلقة بالمواد المائية والمياه لوجود تناقض وغموض بخصوص الصلاحيات الحصرية والمشاركة بأدارة الموارد المائية وجعل هذا الاختصاص حصرياً بالسلطات الاتحادية.
- ٣- ندعو الجهات المعنية بأدارة الموارد المائية في العراق بضرورة اعتماد سياسة موحدة لإدارة المياه عن طريق تأسيس مجلس اعلى للمياه يتضمن فريق عمل مشترك من قبل الجميع في الدولة من الجهات ذات العلاقة بتولي مهمة وضع الخطط الاستراتيجية لادارة المياه وعلاقتها بالنشاطات الصناعية والزراعية والخدمية في العراق والذي يمكن ان يكون من أهم الحلول التي يمكن من خلالها ادارة وتنظيم الموارد المائية في العراق.
- ٤- ندعو مجلس الوزراء العراقي واستناداً لنص المادة (٨٠) من الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ ان يأخذ دوره الحقيقي والذي اعطيت له بموجبها الصلاحيات اللازمة للتفاوض بشأن المعاهدات والاتفاقيات الدولية والتوقيع عليها او من يخوله، كذلك دور السلطات الاتحادية بما منحها المشرع الدستوري من اختصاصات بموجب نص المادة (١١٠/ اولاً) بخصوص رسم السياسة الخارجية والتمثيل الدبلوماسي والتفاوض بشأن المعاهدات والاتفاقيات الدولية الى اخذ دوره الحقيقي والوصول الى اتفاق مع دول الجوار كل من تركيا وايران وسوريا لضمان حصول العراق على حصصه المائية العادلة كما ونوعاً واتباع الوسائل الدبلوماسية مع دول المنبع من اجل توقيع الاتفاقيات المائية التي تعيد فيها الحصص والاطلاقات المائية للعراق وبشكل عادل وفقاً للقوانين الدولية.
- ٥- نقترح على المشرع العراقي انشاء مركز ابحاث علمي يختص بالتنمية وصيانة الموارد المائية يركز على التخطيط الاستراتيجي لموارد المياه والادارة

المتكاملة، يضم اعضاء في كل الجامعات العراقية ويضم باحثين من كافة الاختصاصات الزراعة والري والبنزل والجغرافية والاجتماع والاقتصاد والبيئة والسياسة والقانون والعلوم يتولى عملية إعداد خطط علمية لإقامة دورات وندوات ومؤتمرات علمية دولية ومحلية تعالج المشاكل الانية والمستقبلية التي تواجهها الموارد المائية.

٦- تفعيل عمر المركز الوطني للمياه والطاقة وعمل اللجنة الوطنية العليا للمياه والعمل في الوقت ذاته على اقرار قانون المجلس الاعلى للمياه وجعل المجلس كهيئة مستقلة بعد توسيع قاعدة المشاركة من جميع اصحاب القرار وجعل قراراتها ملزمة لجميع الوزارات والمؤسسات الحكومية لضمان مركزية وفاعلية اتخاذ القرار الخاص بملف المياه.

قائمة المصادر

أولاً: الكتب القانونية والكتب الاخرى .

- ١- د. اسماعيل الغزال، الدساتير والمؤسسات الدستورية، مؤسسة عز الدين للطباعة، بيروت، ١٩٩٦.
- ٢- عباس فاضل السعدي، جغرافية العراق ، ط١، دار الجامعة للطباعة والنشر والترجمة ، بغداد ، ٢٠٠٨.
- ٣- محمد صبري، السياسة المائية في العراق وانعكاساتها على التنمية المستدامة بعاد عام ٢٠٠٣، مركز العراق للدراسات، بغداد، ٢٠١٠.
- ٤- وفيق حسن، أحمد سعيد حداد، الموارد المائية في العراق، مطبعة جامعة بغداد، ١٩٨٣.

ثانياً: الرسائل والاطاريح.

- ١- معمر مهدي صالح الكبيسي، توزيع الاختصاصات الدستورية في الدولة الفيدرالية، اطروحة دكتوراه، جامعة بغداد، كلية القانون، ٢٠٠٧.

ثالثاً: البحوث المنشورة.

- ١- افتخار رشيد خليل، دور سلطة الضبط الاداري في حماية الموارد المائية ، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للحقوق، المجلد ٥، العدد ٣، الجزء ٢، السنة ، ٢٠٢١.
- ٢- د. بلاسم جميل خلف، ود. كامل جواد دهش، اشكالية المياه في العراق وضرورات الادارة المتكاملة لتنمية المواد المائية، بحث منشور في مجلة الكويت، للعلوم الاقتصادية والقانونية، العدد ٢٧، السنة ٢٠١٧.
- ٣- د. بشرى رمضان ياسين، التحديات البيئية لأدارة الموارد المائية السطحية في العراق، بحث منشور في مجلة كلية التربية الاساسية، بابل، العدد ١٢، السنة ٢٠١٣.
- ٤- حيدر ناجي طاهر ابو صبيح، تعديلات مقترحة على دستور ٢٠٠٥ النافذ، بحث منشور في مجلة المعهد ، العدد ٩، السنة ٢٠١٢.
- ٥- د. خالد حمزة جريمط المعيني، الامن المائي العربي ، مدخلات الازمة والشاهد المحتملة، بحث منشور في مجلة المعهد، العدد ٦، السنة ٢٠٢١.

- ٦- سرحان نعيم الخفاجي، مشكلة الموارد المائية في العراق واثرها على الامن الامائي وبناء الدولة، بحث منشور في مجلة اوروك للعلوم الانسانية ، العدد الثاني، المجلد ١٢، ٢٠١٩.
- ٧- صفاء حسين علي، دور القدرات البشرية في تنمية وادارة الموارد المائية(التنمية المستدامة) دراسة حالة العراق ، بحث منشور في مجلة الكوفة، العدد ٢٥، المجلد ٨، السنة ٢٠١٥.
- ٨- م.م. ضحى جواد كاظم، وأمير هادي جدوع، الامكانات المائية المتاحة للعراق(دراسة في جغرافية العراق) ، بحث منشور في مجلة كلية التربية الاساسية للعلوم التربوية والانسانية، جامعة بابل، العدد ٣٠، السنة ٢٠١٦.
- ٩- عبدالله حسون محمد، مشكلة المياه ما بين العراق ودول الجوار والاثار الاقتصادية الناجمة عنها، دراسة في الجغرافية الاقتصادية، مجلة الفتح، جامعة ديالى، العدد ٣٨، ٢٠٠٩.
- ١٠- ميثم منفي كاظم العميدي، الحق في الثروات الطبيعية، بحث منشور في مجلة جامعة بابل للعلوم الانسانية، المجلد ٢٧، العدد ٩، السنة ٢٠١٩.
- ١١- محمد جبار طالب، الاختصاصات الدستورية المشتركة للمحافظات غير المنتظمة في اقليم في دستور العراق لسنة ٢٠٠٥، بحث منشور في كجلة رسالة الحقوق، العدد ٢، السنة ٧، ٢٠١٥.
- ١٢- د. ليلي حنتوش ناجي، تقاسم الاختصاصات التشريعية والتنفيذية في دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ ، بحث منشور في مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية، العدد ٤، السنة ١٣، ٢٠٢١.

رابعاً: مصادر الانترنت

- ١- الموقع الالكتروني الاتي: www.wikipdw.com
- ٢- تسنيم الفقيه ، بحث منشور على الموقع الالكتروني www.mawdoo3.com
- ٣- توفيق جاسم محمد، ادارة الموارد المائية في العراق، الواقع والحلول، بحث منشور على الموقع الالكتروني: www.sswm.info.ar/node/6214
- ٤- د. علي سعد عمران، اشكالية الحماية الدستورية لحقوق العراق المائية ، بحث منشور على الموقع الالكتروني الاتي: www.law.arab.com
- ٥- حسن الجنابي، موارد العراق المائية وبعض قضايا الدستور، بحث منشور في مجلة الحوار المتمدن ، العدد ٣٠٨٧ ، السنة ٢٠١٠، والمنشور على الموقع الالكتروني:

www.ahewar.org

خامساً: الدساتير والتشريعات العراقية والمقارنة.

- ١- دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥
- ٢- الدستور المصري لسنة ٢٠١٤
- ٣- الدستور الجزائري لسنة ٢٠١٦
- ٤- الدستور المغربي لعام ٢٠١١
- ٥- قانون وزارة الموارد المائية رقم ٥٠ لسنة ٢٠٠٨.

سادساً: الدوريات

- ١- جريدة الوقائع العراقية بالعدد ٣٠٩٨ بتاريخ ٢٤/١١/٢٠٠٨
- ٢- جريدة الوقائع العراقية بالعدد ٤٢٨٤ في ٥/٨/٢٠١٣.

عقبات الإصلاح في التشريعات الادارية ومتطلبات التجديد الرقمي

أ.د. انتظار احمد الشمري

مركز المستنصرية للدراسات العربية والدولية

المستخلص :

يُعد الإصلاح التشريعي الركيزة والنواة الاساسية لتطوير وتنمية المجتمعات والنهوض بواقعها للأرتقاء بمستوى التنظيم الشامل لكافة مناحي الحياة (الاقتصادي، السياسي، القانوني، الثقافي، الاجتماعي، البيئية، التكنولوجية)... مما يستوجب بين الحين والآخر استحداث أو تغيير أو تعديل لكثير من التشريعات والقوانين لتأمين جودة حياة افضل للمجتمع.. بشرط ان التغيير او الإصلاح يجب ان يستند على دراسات دقيقة وسياسات موضوعية هادفة،، تحفظ الحقوق والواجبات ..من اجل تحقيق العدالة المجتمعية والاستقرار القانوني ..ومالها اثر على الامن الانساني .. وتأسيسا على رؤية الباحثة في عملية الإصلاح التشريعي وخاصة التشريعات الاداريه،، استحدثت فكرة البحث والولوج فيه انبثاقاً، من اهمية الموضوع في إعادة هيكلة التشريعات للانظمة والقوانين الاداريه لتلبي متطلبات البرامج الانمائية والتنمية وتهيئة البيئة الملائمة لعملية الإصلاح الصائب، وأعداد جهاز اداري كفؤ ومؤهل وقادر على تحمل اعباء تنفيذ الخطط التنموية التي تتضمن بالضرورة تشريعات حديثة متكاملة وموائمة مع متطلبات العالم الرقمي ومستجداته من نكاه اصطناعي والحوسبه السحابية ..ومدى تكيّفها مع الاجهاد المؤسسي والوظائف المستقبلية ..ذو التقنية العاليه ..والاستفادة من ذلك حالياً ومستقبلياً ..وبناء نظام محكم الرقابه والمساءلة والشفافيه .

وتوصل البحث الى مجموعه من الاستنتاجات اهمها تشخيص عقبات تضخم التشريعات الادارية وتعدد المرجعيات وتوسيع نطاق الملاحقة الجزائية .وكذلك يجب ان تكون عملية الإصلاح مستمرة ومتجددة تتناغم مع التحول الرقمي وتحدياته .
تضمن البحث ثلاثة مباحث :-

المبحث الاول :-المنهجية

المبحث الثاني :-التأطير النظري

المبحث الثالث :-الاستنتاجات والتوصيات

الكلمات المفتاحية:- عقبات الإصلاح التشريعي، القانون الاداري، التجديد الرقمي

Obstacles to reform in administrative legislation and requirements for digital renewal

Abstract :

Legislative reform is considered the foundation and nucleus for the development and development of societies and the advancement of their reality in order to raise the level of comprehensive regulation of all aspects of life (economic, political, legal, cultural, social, environmental, technological)... which requires from time to time the introduction, change or amendment of many legislations and laws to ensure quality A better life for society.. provided that change or reform must be based on accurate studies and objective, targeted policies, that preserve rights and duties.. in order to achieve societal justice and legal stability..and have no impact on human security..

And based on the researcher's vision in the legislative reform process, especially administrative legislation, the idea of research and access to it was developed as an emanation, from the importance of the subject in restructuring legislation for administrative laws and regulations to meet the requirements of development programs and development and to create an appropriate environment for the right reform process, and to prepare an efficient and qualified administrative apparatus capable of bearing the burdens Implementation of development plans that necessarily include modern, integrated and compatible legislation with the requirements of the digital world and its developments in terms of artificial intelligence and cloud computing.

The research reached a set of conclusions, the most important of which is the diagnosis of the obstacles to the expansion of administrative legislation, the multiplicity of references, and the expansion of the scope of criminal prosecution. The reform process must also be continuous and renewed in harmony with the digital transformation and its challenges

Key words.obstacles to legistive reform, administratrative law. Digital Innovation.

The research included three topics:

The first topic: the methodology

The second topic: theoretical framing

The third topic: - conclusions and recommendations

المقدمة

تعدّ التشريعات والقوانين .. الحارس الامين والموثوق لحريات الافراد وحقوقهم وأمنهم وأمانهم وسكينتهم ... وفي ظل التغييرات السريعة التي لاتزال تعصف بالمجتمعات ولدت العديد من العقبات ادت الى حالة عدم الاستقرار.. بذلك يستوجب الامر الى التعديل للتشريعات والقوانين كنصوص وموائمتها للتغيير الحاصل في المجتمع وحسب متطلباته .. وكما هو معروف ان كل عملية تغيير تواجه مقاومه لهذا التغيير والتي يشكّل عقبات امام اصلاح بعض التشريعات لتتسجم مع البيئة والمجتمع العراقي ومدى مواكبة المنظومة القانونية لمظاهر التقنيه الحديثه (الذكاء الاصطناعي،الرقمنه،الادارة الذكية،الوظائف المستقبلية)وماهي ضوابط واخلاقيات التعامل مع الثورة الرقمية ...ونخص منها التشريعات الاداريه ومايواجهها من مشاكل وصعوبات في تنفيذ الاحكام القضائيه الاداريه.وموانع تنفيذه .. وضرورة الاصلاح في هذا القطاع التشريعي المهم الذي يحاكي ويلامس اكبر شريحة في المجتمع وهم موظفي الدوله ..والان نقف امام تحدي صعب جدا هو رفض الادارة تنفيذ الاحكام القضائية الاداريه بين الحجية القانونية ومواجهة القاضي الاداري لها .

تضمن البحث ثلاثة مباحث،تناول المبحث الاول منهجية البحث والثاني هو التأطير النظري والمفاهيمي واما الثالث سلط الضوء فيه على الاستنتاجات والتوصيات.

المبحث الاول : منهجية البحث

وتتضمن :-

اولا :- مشكلة البحث

- ١- مايتعلق بأعطاء اولويه لبعض التشريعات على حساب البعض الاخر وحسب الاهميه والحاجه للمجتمع ..
 - ٢- مايتعلق بالصياغه التشريعية التي تحتاج الى دقه ووضوح بما ينسجم مع واقعنا الحالي على ضوء حاجة المجتمع .
 - ٣- اشكالية تنفيذ الاحكام القضائية الاداريه ورفض الادارة تنفيذ الاحكام .
- نحن الافراد ملزمون بأحترام القرارات القضائية وتطبيقها ..ومجبورون على تطبيقها ..لكن من يجبر الادارة على احترام وتطبيق القرارات القضائية وهي سلطه عامة .
- بالاضافه الى عقبات التحدي التكنولوجي والتحول الرقمي لما له من ايجابيات وسلبيات على مختلف القطاعات ..ومنها القطاع التشريعي والقانوني ..لابد من تشخيص الاثار السلبية في استخدامها على بعض التشريعات والقوانين التي اصبحت غير منسجمة مع هذا التجديد الرقمي والتطور السريع للحصول على عدالة سريعه في تنفيذ الاحكام الصادرة من المحاكم .

ثانيا:-اهمية البحث

- ١- تنطلق اهميه البحث من اهميه المتغيرات الاساسيه له وهما الاصلاح التشريعي وخاصة في القضاء الاداري ومتطلبات التجديد الرقمي التي تُعدّ من المواضيع المهمه التي ترفد الفرد بالتحليل العلمي والواقعي لحياة أمنة مستقرة..

- ٢- يكتسب البحث أهميته من تسليط الضوء على دور اصلاح التشريعات الاداريه في عمليه التنمية لتأمين جودة حياة أفضل للمجتمع.
- ٣- إعادة هيكلة التشريعات للأنظمة والقوانين الادارية لتلبي متطلبات البرامج الانمائية
- ٤- وتحديد مقومات الإصلاح في مجال التشريع التي يعاني عددا من أوجه الخلل والقصور التي تحد من فاعليته وقوة تأثيره ..
- ٥- كما ان نظرة المجتمع والرأي العام للعملية التشريعية يعترئها نوع من الارباك وعدم الوضوح وتصل احيانا الى الاعتقاد بعدم فاعلية هذه العملية في تحقيق التغيير والتنمية المطلوبه.اذ ان العالم يشهد طفرات تقنية واسعة .يتطلب تجديد التشريعات الاداريه وإعادة النظر فيها للانتقال نحو المجتمع الرقمي .

ثالثا :- اهداف البحث

- ١- تقديم اجابات جادة وملائمة عن واقع المشكله .
- ٢- تحديد علاقه بين متغيرات البحث
- ٣- تهيئة البيئة الملائمة لعملية الإصلاح الصائب ، وإعداد جهاز ادري كفوء ومؤهل قادر على تحمل اعباء تنفيذ الخطط التنمويه
- ٤- موائمة الإصلاح التشريعي للأنظمة والقوانين الاداريه مع متطلبات العالم الرقمي ومستجدات الذكاء الاصطناعي واثره على وظائف المستقبل للموارد البشريه

رابعا :- منهج البحث

اعتمدت الباحثة على المنهج التحليلي لتحليل النصوص القانونيه ذات العلاقه كما اعتمدت على المنهج الاستقرائي فيما يخص قرارات القضاء الاداري .

المبحث الثاني : التأطير النظري والمفاهيمي

اولا :- مفهوم الإصلاح التشريعي .

يعد الإصلاح التشريعي أحد أبرز أدوات ومكونات السعي نحو عملية الإصلاح بمفهومها الواسع حيث تتطلب بتقويم ملك المشرع الحالي وقياس قدرة الآليات القانونية وبيان مدى نجاحها في تحقيق الاهداف التي وصفت من اجلها. بالاضافة الى مواكبة التطورات العالمية. بما في ذلك الإصلاح قوانين القضاء الاداري وتشمل عملية الإصلاح التشريعي إعادة النظر بصورة شمولية معمقة بمراحل العملية التشريعية كافة، ابتداءً من إعداد التشريعات وإصدارها ونشرها ومن ثم تنفيذها.(نهلا عبد القادر، ٢٠٢١، ٢٦)

ولا يوجد اتفاق على معنى جامع ومانع لعملية الإصلاح التشريعي والهدف الذي ينبغي ان يتبناه اي جهد للإصلاح التشريعي كما اشار له(محمد عبد الفتاح، ١٠٥، ٢٠٢٢ هو (الارتقاء بجودة التشريع اي تحسين مادته).

وهو ما قد يحتاج القيام بمراجعته التشريعات القائمة ودمج المتشابه منها وبلورة موضوعها في ضوء فلسفه واحده، وتخليص المنظومه التشريعيه من بقايا الافكار القانونيه القديمه ولا شك في ان الحاجة ماسه الى وجود تشريعات ادارية هادفة تواكب التطورات الادارية الحديثه في العالم المتقدم، والتشريع هو الاساس الذي يوضح العلاقه بين الموظف والدولة ويحدد واجبات الموظف ومسؤولياته وحقوقه.

ثانياً: التشريع الإداري

التشريع الإداري يتمثل في القواعد الصادرة من السلطة المختصة أو قد يعرف على أنه «مجموعة القواعد القانونية المكتوبة الصادرة من السلطة المختصة بالتشريع ووضع القواعد القانونية وفق الاجراءات المتبعة لاصدار التشريعات في الدولة» وقد يكون هذا التشريع إما دستوري وهو أن ترد هذه القواعد في دستور الدولة بصفته التشريع الأساسي [الطيب، حسن البشير، ٥٣: ١٩٨٦] أو قد ترد القواعد التشريعية الإدارية ضمن نصوص التشريع العادي ويكون سننها بواسطة السلطة التشريعية، وقد ترد هذه القواعد التشريعية في شكل لائحي وهو التشريع الذي يتم وضعه بواسطة السلطة الإدارية المختصة بتنفيذ القانون ويعرف اصطلاحاً باللوائح.

ثالثاً :- مفهوم القانون الاداري

القانون الإداري هو فرع من فروع القانون العام الداخلي وكذلك هو مجموعة من القواعد القانونية التي تنظم نشاط الإدارة و السلطة التنفيذية أثناء تأدية وظائفها الإدارية، وتبين كيفية إدارتها للمرافق العامة واستغلالها للأموال العامة بالإضافة إلى تحديد علاقة الدولة بموظفيها من حيث التعيين والترقية والتكليف والإعارة وغير ذلك من العلاقات. [خالد الزعبي، ٢٠١٤] وهو فرع من القانون العام. ويعتبر الفقيه الفرنسي رينيه تشابوس أول من استخدم مصطلح (القانون الإداري) في مؤلفاته التي لا تزال مرجعاً لدراسة القانون الإداري. [عبد المسن سيد ريان، ص٨، ٢٠١٤]

رابعاً: مداخل الإصلاح الاداري

عند الحديث عن التنمية الشاملة لابد الانتفات الى عنصر أساسي يمثل عاملا مهما من عوامل الدفاع في عملية التنمية وتشريعاتها وهو الإصلاح الاداري وفي المقابل فان نقشي الافات الادارية من ترهل وفساد واهمال وتقصير وغير ذلك يمثل أكبر عائق أمام مشاريع التنمية كافة ولضمان اصلاح اداري نوعي لابد من مراعاة أن يقوم هذا الإصلاح على أسس وقواعد قانونية أصلية من خلال النقاط التالية:- (خالدسمارة، ص٨٧، ١٩٨٥)

- التخطيط السليم المدروس والمسبق لعمل المؤسسات بحيث يشمل التخطيط بتحديد الأهداف وبيان الوسائل والأدوات اللازمة لتحقيقها والبرنامج الزمني لتنفيذها ووضع الهيكل القانوني المناسب ومن غير التخطيط والتنظيم المسبق يبقى العمل رهين الارتجالية وعرضة للفشل وهدر للوقت والمال والجهد واضاعته سدى.
- ضرورة العمل على تحييد الاعتبارات والمصالح الشخصية وتعزيز دور المؤسسة من خلال تطوير المنظومات التشريعية للمؤسسات وأحكام القوانين والأنظمة والتشريعات التي يمكن أن يتسلل من خلالها الفساد الاداري.
- وضع الرجل المناسب في المكان المناسب من خلال تفعيل معايير الكفاءة والاختصاص والخبرة والمستوى في التعيين.
- العمل على الاستفادة الى أقصى درجة ممكنة من الطاقات والابداعات والقدرات الفردية عن طريق وضع القواعد القانونية للحوافز المادية والمعنوية للمتميزين والمتفوقين والمبدعين داخل المؤسسة.

- الحرص على عدم هدر الوقت والمال سواء أكان وقت المواطنين وأموالهم أم وقت المؤسسة وأموالها وذلك من خلال تسهيل معاملات المواطنين والتخلص من التعقيدات الادارية التي تقلص من انجاز المؤسسة وتبدد وقت المواطنين وجهدهم ومالهم وذلك من خلال تفويض الصلاحيات لمن هم أهل لذلك ومن هنا يأتي الدور الهام والرئيس في هذه العملية بتفويض الرؤساء الاداريين لجزء من صلاحياتهم لمن هم دونهم في السلم الاداري وبالطبع الهدف انجاز أعمال ادارية وتبسيط الاجراءات واللامركزية في اتخاذ القرارات بحيث تنتقل مسؤولية تحقيق النتائج ما أمكن الى المستويات التنفيذية الدنيا.

- التغيير في المؤسسات بهدف التطوير وليس بقصد التغيير بحد ذاته لأن التغيير الذي لا يؤدي الى تطوير انما يسهم في اعاقه عمل المؤسسة ويؤثر سلبا في تحقيق مشاريعها المختلفة.

- ضرورة العمل على الاستفادة من تجارب الدول المتقدمة في مختلف المجالات من خلال ايفاد العاملين في مؤسساتنا في دورات تدريبية الى مؤسسات مماثلة في الدول المتقدمة والاستفادة منها من خلال عقد دورات تأهيلية وتدريبية محلية للعاملين في هذه المؤسسات.

- ضرورة انشاء وحدات متابعة خاصة داخل كل مؤسسة للتحقق من تنفيذ القرارات التي تتخذها المؤسسة والخطط التي ترسمها وفق الجدول الزمني المقرر للتحقق من صحة القرارات المتخذة وعدم مخالفتها للأنظمة والقوانين والتعليمات المعمول بها.

- ضرورة ايجاد اليات لتقويم أداء المؤسسات بحيث يتم الاستفادة من جوانب النجاح وتعزيزها وتعميمها وكذلك التعرف على جوانب الفشل والاخفاق والعمل على تلافيتها وازالتها من طريق التنمية والاصلاح.

- أما العمود العاشر فهو المساءلة اذ لا يصح مع الاصلاح الاداري طي ملفات التقصير والاهمال والفساد وهدر المال العام لأن غض الطرف عن الفاسدين والمقصرين والمهملين سوف يشجعهم ويشجع غيرهم على مزيد من الفساد مما يتسبب في اعاقه مشاريع التنمية والاصلاح على حد سواء ويتصل بذلك أيضا ضرورة ايجاد اليات لتقويم أداء المؤسسات بحيث تتم الاستفادة من جوانب النجاح وتعزيزها وتعميمها وكذلك التعرف على جوانب الفشل والاخفاق والعمل على تلافيتها وازالتها من طريق التنمية والاصلاح.

أما المحاور التي يجب ان تتضمنها خطة الاصلاح الاداري فهي :- (الطيب حسن ابشر، الاصلاح الاداري، عمان، ١٩٨٦)

- محور العنصر البشري .

- محور الهياكل التنظيمية .

- محور القوانين والتشريعات .

- محور الوسائل والأدوات .

ويعتبر محور القوانين والتشريعات ومحور العنصر البشري هما أهم من هذه المحاور.

لا شك في أن الحاجة ماسة الى وجود تشريعات ادارية هادفة تواكب التطورات الادارية الحديثة في العالم المتقدم وتتناول جميع نشاطات الدولة بما في ذلك التغيير في المفاهيم والقيم والاتجاهات والتصرفات وفي الأخذ بعناصر الادارة الحديثة. والتشريع هو الأساس الذي يوضح العلاقة بين الموظف والدولة ويحدد واجبات الموظف ومسؤولياته وحقوقه بأسلوب تراعى فيه الدقة والوضوح والشمول وحسن التوبيخ والانجاز غير المخل وعدم تحميل نصوصه عبارات وكلمات أكثر مما تحتمل لكي لا تتعرض للاجتهادات المتباينة في التفسير وتكون أيضا عرضة لتعديلات متلاحقة لا حصر لها.

والتشريع السليم يحدد سياسات الدولة واهدافها العليا واهدافها الفرعية كما أنه ينشئ الوزارات والوئار والمؤسسات العامة التي تطبق التشريع ولا بد من تعديل التشريع عندما تكتشف فيه أي ثغرات أو تعارض في أحكامه.

ومن الملاحظ هنا أن أي تغيير تشريعي واداري لا بد وأن يهدد بعض المصالح المهمة وأن الكل يأمل بأن يتحمل الآخرون ما يفرضه من ثمن، حتى ولو لم يذهب ذلك التغيير الى ما يتعدى ما يقتضيه تكون الأمة السريعة وتستدعيه التنمية الاجتماعية والاقتصادية

ويجب أن تتناسب السلطة مع المسؤولية حيث لا يجوز بحال من الأحوال تحميل الموظف المسؤولية على قدر السلطة (ميخائيل خليل جميعات، التطوير الاداري، ١٩٩٩).

وبما أن السلطة الإدارية تتركز قانونا بيد رئيس الدائرة أو المؤسسة وهو لا يستطيع بمفرده أن ينجز كل شيء فليس أمامه والحالة هذه إلا تفويض بعض صلاحياته لمساعديه لكي لا يفشل في مهمته وإلا وجب عليه أن يعتزل والنداء المتعارف عليه في بعض الدول المتقدمة إداريا هو Delegate or abdicate (فوض أو اعتزل) : Delegate in order to survive أو (فوض لكي تعيش).

ويجب اقتراح تعديل القوانين والأنظمة التي تحتاج إلى تعديل من أجل تحديث الإدارة لتواكب عجلة التطوير الإداري وتعمل على تسهيل معاملات الجمهور دون إلحاق الضرر بمصلحة الدولة والأموال العامة. وكذلك لا بد من التخفيف من المركزية قدر الإمكان مع الأخذ بمركزية التخطيط لا مركزية التنفيذ وفقا للمبادئ الإدارية الحديثة المطبقة في البلدان المتقدمة إداريا وأيضا دراسة متطلبات العمل وتحديد المعايير المطلوبة لأدائه ومراقبة أعمال الموظف لتحديد المدى الذي يقترب فيه من هذه المعايير في إنتاجه وإثارة روح الولاء والانتماء في نفوس الموظفين والحرص على إبقاء معنوياتهم عالية بمنحهم الرواتب المجزية والأجور الكافية التي تتناسب مع المشقة وصعوبة العمل ومنحهم المكافآت والحوافز التشجيعية والترقي والتعويض العادل والحقوق التقاعدية والضمان الصحي والضمان الاجتماعي ومنع التعسف وإساءة استعمال السلطة وإنهاء الخدمة دون مبررات كافية أو الإحالة على التقاعد أو الاستيداع قبل الأوان وتقييم الموظفين دون تحيز أو تمييز

فلا رغبة أن يصبح تعبير الإصلاح الإداري مجرد شعار لا اعتبار له من الرأي العام، وأن تنتفي القناعة بتحقيقه ويتجسد التحول إلى التسليم بواقع الإدارة السيئة باعتبارها شرا لا بد منه ولا يمكن تجنبه.

ف طالما حاولوا تأمين القناعة بالمعجزة التي تكمن في إصلاح أساسي يجري تحقيقه دفعة واحدة وبصورة جذرية بمعزل عن عملية التغيير الاجتماعي دون أن تؤخذ بعين الاعتبار إمكانيات الأنظمة الاجتماعية المختلفة وما يقتضي تنميتها منها لاحتواء عمليات الإصلاح.

ويخشى عادة ونتيجة لوجود خلط في المصطلحات والمفاهيم المتعلقة بعملية الإصلاح الإداري في ادبيات القانون الإداري والإدارة العامة ودراساتها ولدى الإداريين الممارسين في الجهاز الإداري للدول والمعنيين بشؤونه، تكونت بموجب هذا الخلط انحسار استخدام مصطلح الإصلاح الإداري في الدول العربية عموما في مقابل رواج مفاهيم أخرى لتفسير العملية كالتنمية الإدارية، التطور الإداري، إعادة التنظيم الإداري، التحديث الإداري على اعتبار أنها حتمية الإصلاح التشريعي .

لابد من وجود تشريعات حديثه تواكب التطورات الإدارية في العالم وترسي قواعد خدمه المدنيه واسس انتقاء الموظفين وتوظيفهم وترفيعهم وتحديد واجباتهم ومسؤولياتهم وطرق تأديبهم ومنحهم الضمانات الكافية ضد الاجراءات التعسفية

- أما محور العنصر البشري يمثل اكبر الثروات أكبر ثروات هذا المجتمع واثمنها وقد أثبتت عمليات التطوير الإداري الحديثة في العالم أن كفاءة القوى البشرية وحسن استخدامها هي السبب الحقيقي في نمو المجتمعات ورفعتها وأصبحت كل المجتمعات المتقدمة تنظر إلى القوى البشرية على أساس أنها مورد الثروة الأول الذي ينظر إليها على أنها أعلى ما نملك.

إنّ التفكير الحديث في التطوير الإداري يتجه نحو الجانب البشري الذي يبعث الحركة والنشاط في الإدارة إذ بالإضافة إلى النظرية التقليدية القاضية بوجود قوانين وأنظمة حديثة وسليمة وواضحة ووجود تنظيم إداري دقيق وواضح يعمل على تحديد الواجبات والمسؤوليات وتوفير أدوات العمل وتعيين الموظفين المؤهلين والمدرّبين وأن تكون هنالك رقابة دقيقة عليهم وعلى الأموال العامة فإن الإنسان الفرد هو الأساس في عملية التطوير الإداري.

أن القوانين والأنظمة وأساليب العمل كلها أدوات في خدمة الفرد لتساعده وتمكنه من أداء عمله بكفاية وفاعلية والرقابة هي أسلوب يستخدم للتأكد من تنفيذ الموظف لعمله.

٤- وللإصلاح الإداري دور هام في علاج الانحراف الإداري وفي تنمية النواحي السلوكية في الموظفين وتحسين علاقات بعضهم مع بعض والعلاقات بين الموظفين وأفراد المجتمع بمختلف هيئاته ومؤسساته.

وأن الوضع السليم يتطلب تقوية الرقابة الداخلية ورفع مستوى القائمين بها لسد الطريق أمام المرتشدين والمختلسين والمزورين والمنحرفين.

وما لم يكن هنالك إحساس داخلي لدى المسؤولين قبل غيرهم بأن الأمانة وحب الوطن والإخلاص في العمل والصدق قولاً وعملاً يجب أن تكون كلها هدف كل

مواطن شريف وانه يمكن غرس بذور الفضيلة ، فإن الإنحراف الإداري سوف يزداد خطره ويتفاقم أذاه على المجتمع ويصعب الحد منه وأن إقامة الندوات الثقافية والعلمية والمكتبات والأندية الرياضية من شأنها أن تصقل أخلاق الشباب وتنمي فيهم حس المواطنة وقيم التعاون الجماعي لخير الوطن والمجتمع.(ميخائيل خليل جمعان ، التطوير الإداري في الأردن، ١٩٩٩).

مفهوم التحول الرقمي .:

يمثل التحول الرقمي تغيير جذري كبير في تقديم الخدمات وليس تغييراً تراكمياً، حيث يساعد على تحقيق الاستدامة والتنافسية، بالإضافة إلى بناء مجتمعات فاعلة، لأنه يساعد في تقديم الخدمات بشكل أفضل وأسرع. فهو عملية انتقال المنظمات إلى نموذج يعتمد على الرقمية في ابتكار الخدمات (البار، ٢٠١٩: ٢).

كما اشار(مصطفى علي ،١٠:٢٠٢١) هو عملية استخدام التقنيات الرقمية لتسهيل العمليات بكل القطاعات - أو تعديلها - لتلبية متطلبات الأعمال المتغيرة. هو ما يطلق عليه التجدد او التحول أما متطلبات التحول الرقمي هي الأشياء التي يجب أن توفر أو تتوفر عليها و مؤسستك قبل بدأ عملية التحول.

إنه يتجاوز الأدوار التقليدية ، يبدأ التحول الرقمي وينتهي بكيفية تفكيرك في الانسان جودة حياته والتفاعل معهم. بينما ننتقل من الورق إلى جداول البيانات إلى التطبيقات الذكية لإدارة مؤسساتنا - مع التكنولوجيا الرقمية

ويمكنك حماية مؤسستك في المستقبل من البداية. وما هو الدور الذي يلعبه الذكاء الاصطناعي ،، لا بد من تشخيص الايجابيات والسلبيات والتفكير والتخطيط والبناء رقمياً يؤهلك لتكون سريع الحركة ومرناً ومستعداً للنمو والتجديد والاصلاح ..

يصعب تحديد التحول الرقمي لأنه يبدو مختلفاً جداً لكل قطاع ،، ومع ذلك ، بشكل عام ، يتم تفسيره على أنه دمج التكنولوجيا الرقمية في جميع مجالات الأعمال. (محمد العزاوي ..التحول الرقمي ،٢٠٢٢)والنتيجة هي تغيير جوهري في كيفية عمل المؤسسات وتفاعلها مع العملاء. إنها إعادة تفكير جذرية في كيفية استخدام المنظمة للتكنولوجيا جنباً إلى جنب مع العمليات والأفراد لتغيير أداء الأعمال.

واشار (سامي عباد،٤٥:٢٠٢١)هو التغير المرتبط بتطبيق التكنولوجيا الرقمية لإحداث تغيير جذري(١) في طريقة العمل، و(٢) لخدمة المستفيدين بشكل أسرع وأفضل.

ومن وجهة نظر الباحثه هو تحول تنظيمي متكامل ،بغرض تسهيل الاجراءات والعمليات الادارية ورفع جودتها ،للوصول الى مرحله النضج الرقمي .

فوائد وميزات التحول الرقمي :- (اخلاص باقر هاشم، ص ٢٠٣، ٢٠١٧

- تسريع وتسهيل الاجراءات والعمل
- سهولة وسرعه ومرونة تطبيق خدمات جديده.
- زيادة جودة وكفاءة سير العمل
- تقليل الاخطاء والانفاق
- زيادة الانتاجيه
- تطوير الاداء والتنبؤ والتخطيط للمستقبل

- رفع مستويات الشفافيه والحوكمه
- استمراريه الاصلاح من خلال المعلومات الذكيه
- تحسين جودة الخدمات المقدمة للمستفيدين
- زيادة رضا واسعاد المستفيدين
- اما خطوات التحول الرقمي تتمثل بالاتي
- ١- تحديد رؤية التحول الرقمي
- ٢- رسم الاهداف
- ٣- كتابة استراتيجيه التحول الرقمي
- ٢- متطلبات التحول الرقمي

تناولت البحث متطلبات التحول الرقمي وهي (القيادة التحويلية، استراتيجية المنظمة، الموارد البشرية، الثقافة التنظيمية). وقد أظهرت الأدبيات كافة (محمد، ٢٣، ٢٠١٩) و(أمين، ص١٨، ٢٠١٨) والتي تناولت التحول الرقمي أن هذه المتطلبات هي الأكثر طلباً والأكثر تأثيراً في عمليات التحول الرقمي.

* استراتيجية المنظمة: وتعني الاستراتيجية "القرارات التي تهتم بعلاقة المنظمة بالبيئة الخارجية، حيث تتسم الظروف التي يتم فيها اتخاذ القرارات بجزء من عدم المعرفة أو عدم التأكد، لذا يقع على عاتق الإدارة عبء تحقيق تكيف المنظمة مع التغيرات البيئية" (Ansoff, 33, 1998).

* الثقافة التنظيمية: تمثل الثقافات الحالة السائدة للمجتمعات والتي ترسخت لديه خلال فترات زمنية متتالية حتى أصبحت تمثل السلوك الذي يمارسه الأفراد داخل تلك المجتمعات، وهذا ينطبق على المنظمات ويعرف (الفراج، ٢٠١١: ١٥٧) الثقافة التنظيمية على أنها مجموعة من الأسس والقيم والمفاهيم المشتركة بين قادة المنظمة والعاملين القدامى ويتم نقلها وتعليمها للأفراد الجدد، أي أنها تتكون من القيم السائدة والمسيطرة التي تساعد في خلق التكامل بين أجزاء المنظمة.

* القيادة التحويلية: وهي قدرة القائد على إيصال رسالة المنظمة ورؤيتها المستقبلية بوضوح للتابعين وتحفيزهم من خلال ممارسة سلوكيات أخلاقية عالية لبناء ثقة واحترام بين الطرفين لتحقيق أهداف المنظمة (Trofino, 2000: 233). وتعريف (Burns) بأنها نمط من أنماط القيادة يسعى من خلالها القادة إلى الوصول إلى الدوافع الظاهرة والكامنة لدى العاملين داخل المنظمة، ثم يعمل على إشباع حاجاتهم واستثمار أقصى الطاقات لتحقيق المستهدفات، بينما عرفها (Conger) بأنها تلك القيادة التي تتعدى جانب الحوافز مقابل الأداء المرغوب إلى تطوير وتشجيع العاملين إدارياً وفكرياً وإبداعياً وتحويل اهتماماتهم الشخصية لتكون جزء أصيل من الاستراتيجية الرئيسية للمنظمة (Goliath, 2007: 17)، كما عرفها الهوارى بأنها مدى اهتمام القائد بالعمل على الارتقاء بمرؤوسيه من أجل الإنجاز والتطوير للمنظمة والعاملين (العتيبي، ٢٠٠٥: ٦). وتدعو القيادة التحويلية لبناء وتنمية قدرات العاملين بشكل مستمر لمواكبة التطورات (جواد، ٢٠٠٠: ٣٠٧).

*الموارد البشرية: هي جميع الأفراد الذين يعملون في المنظمة رؤساء ومرؤوسين، والذين جرى توظيفهم فيها لأداء كافة وظائفها وأعمالها، كما أنها تصيغ الثقافة التنظيمية التي توضح وتضبط وتوحد أنماط السلوك، أو أنها مجموعة من الخطط والأنظمة والسياسات والإجراءات التي تنظم أداء العاملين لمهامهم وكيفية تنفيذ وظائفهم في سبيل تحقيق رسالة وأهداف المنظمة (عقيلي، ٢٠٠٥: ١١).

المبحث الثالث : الاستنتاجات والتوصيات

اولا :-الاستنتاجات

ان العملية التشريعية تعاني عددا من اوجه القصور وعلى الرغم من احراز بعض التقدم في مجالات معينة .حيث تواجه العملية التشريعية مجموعه من العقبات التي تحد من فاعليتها وقوة التأثير التي يفترض أن تؤديها. كما انه أصبح من غير الواضح الإجماع على رؤية موحدة نحو تحديث وتطوير أهداف هذه العملية. كما أن نظرة المجتمع والرأي العام للعملية التشريعية يعترئها نوع من الارتباك وعدم الوضوح وتصل أحيانا إلى الاعتقاد بعدم فاعلية هذه العملية في تحقيق التغيير والتنمية المطلوبة وفي تنفيذ القرارات الصادره .

ولعله من الممكن اجمال ما اعترى هذه العملية من خلل في عبارة واحدة هي (غياب الاستراتيجية التشريعية)

والتي يظهر غيابها على صعيد العملية التشريعية في العراق في العديد من المسائل، أهمها :-

١. الفساد الاداري والمالي
٢. عدم العمل وفق سياسة المنظومة التشريعية، لم يقيم المشرع العراقي خلال العملية التشريعية بتشريع القوانين ذات العلاقة بالقضاء والقانون الاداري في فترة زمنية واحدة أو بشكل متتابع. ونتيجة لهذا الوضع، لم نتمكن لغاية هذه اللحظة من إتمام أي من الرزم التشريعية.
٣. غياب سياسة التهيئة، من المسائل المهمة الواجب على المشرع مراعاتها في العملية التشريعية، والاهتمام بما يعرف بسياسة التهيئة، أي ضرورة اهتمام المشرع حال شروعه بوضع أي تشريع كان، بجملة من الأمور أهمها ما يعرف بالتهيئة المالية، والتهيئة المادية بمكوناتها البنوية والبشرية، والتهيئة التشريعية اللازمة لحسن إنفاذ القانون وتطبيقه حال صدوره.

وإذا أردنا، وبمنظرة تحليلية، ان نجمل الحديث عن اهم الاسباب التي تقف وراء حدوث هذا الخلل في العملية التشريعية فانه يمكن إيجازها على النحو التالي:

١- ضعف البحث العلمي:

تتطلب عملية الإصلاح التشريعي البداية بتقويم مسلك المشرع الحالي، وقياس قدرة الآليات القانونية الموجودة، وبيان مدى نجاحها في تحقيق الأهداف التي وضعت من أجلها، وتمحيص ما مرت به القوانين النافذة من تطورات وتعديلات، بالإضافة إلى ضرورة مواكبة التطور في الظواهر الاجتماعية التي يعالجها المشرع، ودراسة ما يطرأ من تحولات على الصعيدين المحلي والدولي، و هذا بدوره يتطلب مراكز بحثية تقوم بهذه الدراسات، من أجل أن تبنى عملية الإصلاح التشريعي على معطيات

صحيحة، مستمدة من الواقع تمكن المشرع من وضع وتطوير سياسته التشريعية. فدور المراكز البحثية في تكوين القانون لا يمكن تجاهله، اذا أريد الوصول إلى قواعد قانونية تتجاوب مع تطورات الحياة وتتلاءم مع حاجات الناس، وبقدر قدرة المراكز البحثية على إيجاد حلول تنسجم مع الواقع بقدر ما ينجح المشرع في عملية الإصلاح والتطوير.

٢- غياب السياسة التشريعية:

لأن وضع التشريعات التي تحكم مجالات مختلفة يحتاج إلى وضع أطار عام يكون ناظماً لها، و يضمن الاتساق فيما بينها، ويحدد سمات الإصلاح المستهدفة، فإنه يجب إن يسبق إعادة قراءة القوانين إيجاد وثيقة تحدد بشكل واضح الكليات التي يقوم عليها المنهج السياسي والاقتصادي والاجتماعي محل التنظيم و الحماية القانونية، فوضع التشريع يستلزم بشكل مسبق تحديد فلسفته، وافترض فاعليته توجب ضبط المصلحة محل التنظيم و الحماية.

٣- قصور الاطار القانوني الناظم للعملية التشريعية:

فعلى الرغم من وجود بعض النصوص القانونية التي تحدد بعض الصلاحيات التشريعية؛ الا انها لا تعطي الصورة الواضحة للعملية، ولا ترسم ملامحها بحيث تحدد من ومتى وكيف نشرع.

٤- فقدان التزاوج ما بين الواقع الحالي والتشريع (الشرعية والفاعلية):

من الإشكاليات التي يعاني منها الواقع التشريعي مسألة عدم التزاوج، في بعض الأحيان، بين الشرعية والفاعلية. فالمعادلة التي يجب إن يقوم عليها أي نظام قانوني فاعل مكونة من طرفين: شرعية + فاعلية. إلا إننا نجد أحياناً شرعية دون فاعلية تظهر واضحة في عدد من القوانين غير القابلة للتطبيق. وفي التحليل لهذه النقطة، نجد انها تنتج عن مجموعة من العوامل يمكن تصنيفها الى عوامل داخلية، وخارجية.

ثانياً :-التوصيات

هناك جملة من التوصيات العملية، نضعها أمام الجهات المختصة في السلطة التشريعية والقضاء الادراي :

١. إقامة علاقة قوامها الشراكة ما بين المؤسسات البحثية العاملة في المجال التشريعي، وما بين مؤسسات السلطة الرسمية ذات العلاقة بالعملية التشريعية، لوضع خطة عمل ممنهجة لتحقيق الإصلاح التشريعي، الادراي بوضع المعايير والمتطلبات لهذا الإصلاح.

٢. إنشاء هيئة مركزية تكون مهمتها رسم السياسة التشريعية، تشكل بالتعاون ما بين السلطتين التنفيذية والتشريعية.

٣. أن تقوم الحكومة بعرض برنامجها التشريعي مع بداية الدورات البرلمانية، توضح فيه سياستها وتحدد فيه أولوياتها التشريعية.

٤. ضرورة سن قانون يرسم العملية التشريعية بمراحلها كافة، ويحدد الأدوار فيها بشكل دقيق بحيث يتضمن المبادئ التي تحكم عملية صناعة التشريعات (قوانين ولوائح)، وتضبط توزيع الوظائف ما بين المؤسسات العاملة في المجال التشريعي، وتحكم

- التوازن بين الحريات الفردية والمصلحة العامة أساس العلاقة المنطقية بين الوسائل التي يستعملها التشريع والغايات التي يسعى لتحقيقها.
٦. إلزام الجهة صاحبة الاقتراح بإرفاق مشروع القانون بمذكرتين إيضاحيتين تبين الأولى الحاجة إليه والأهداف المرجوة منه، وتبين الثانية التكلفة الاقتصادية له.
٧. العمل على مراجعة أدلة الصياغة التشريعية، مع وجود الإرادة الحقيقية لصناع القرار بتتي هذه الأدلة وإضفاء طابع الإلزام على ما ورد فيها من قواعد إرشادية، الأمر الذي سيكون من شأنه المساعدة في تحقيق الإنسجام التشريعي ما بين القوانين الفلسطينية.
٨. تماشياً مع توجهات الحكومة في السعي إلى تطبيق نظام الحكومة الإلكترونية، نوصي بالاهتمام باستخدام الأدوات التكنولوجية في العملية التشريعية، وعلى وجه الخصوص توفير الدعم المطلوب لبنوك المعلومات القانونية، والسعي وراء أتمتة العملية التشريعية.
٩. تنمية القدرات البشرية للعاملين في المؤسسات الرسمية ذات العلاقة بالعملية التشريعية، عن طريق دعم البرامج التدريبية في مجال العملية التشريعية بشكل عام، وفي مجال الصياغة التشريعية واستخدام تكنولوجيا المعلومات فيها بشكل خاص.

المراجع والمصادر :

- ١- ا.د. عبد المحسن سد ريان، قانون القضاء الاداري، ص٨، ٢٠١٤.
- ٢- د. ابراهيم زياني، محاور الاصلاح الاداري بالمغرب، نحو معالجة جديدة لقضايا الادارة، مجلة الشؤون الادارية، عدد ٤، ١٩٨٥.
- ٣- د. حسن البشير الطيب، الاصلاح الاداري في الوطن العربي بين الأصالة والمعاصرة: الادارة العامة والاصلاح الاداري في الوطن العربي، المنظمة العربية للعلوم الادارية، عمان، ١٩٨٦.
- ٤- خالد سمارة الزعبي، القرار الاداري، عمان، المركز العربي للخدمات الطلابية، ١٩٨٤. تشكيل المجالس المحلية وأثره على كفايتها، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٨٤.
- ٥- خالد سمارة الزعبي، القانون الاداري بين النظرية والتطبيق، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٨٧.
- ٦- د. ديبالا الحج عارف، الاصلاح الاداري، الفكر والممارسة، سلسلة الرضا للتنمية الادارية- ط ١٣.
- ٧- الطيب حسن أبشر، الاصلاح الاداري في الوطن العربي بين الأصالة والمعاصرة، المنظمة العربية للعلوم الادارية، عمان، ١٩٨٦.
- ٨- د. محمد حمدي النشار، مؤتمر الادارة العلمية بجامعة القاهرة، ١٩٧٠.
- ٩- ميخائيل خليل جميعان، التطوير الإداري في المملكة الأردنية الهاشمية، ١٩٩٩.
- ١٠- Ad: Gerald E. Caiden [٩٤٧: م، ٢٠٢٣/٥/٢٠] دكتوراه انتظار :
١١. الشريف، عابد ارجح العبدلي، (٢٠٠٥)، "التجارة الإلكترونية في الدول الإسلامية"، بحث مقدم خلال المؤتمر العالمي الثالث للاقتصاد الإسلامي، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، المملكة العربية السعودية.
- ١٢- د. ثروت عبد العال احمد، تعريف القضاء الاداري، مؤسسة بداري للطباعة والنشر، ٢٠١٥.
- ١٣- وليد فاروق جعة، القانون الاداري، مصر دار الكتب القانونية، ٢٠١٦.
- ١٤- النجار، إخلاص باقر هاشم، (٢٠١٧)، "الاقتصاد الرقمي والفجوة الرقمية في الوطن العربي"، رسالة دكتوراه غير منشورة، كلية الإدارة والاقتصاد، جامعة البصرة، العراق.
- ١٥- جاسم، جعفر حسن، (٢٠١٠)، "مقدمة في الاقتصاد الرقمي"، دار البداية ناشرون وموزعون، الأردن.

الدور الإصلاحي للقاضي الدستوري في معالجة القصور التشريعي

The reformist role of the constitutional judge in addressing legislative deficiencies

أ.م.د. مصطفى رسول حسين و أ.د. شورش حسن عمر
جامعة السليمانية - كلية القانون

Abstract

The role of the constitutional judge in legislative reform aims to reduce the scope of unconstitutional provisions by either addressing the legislative shortcomings of the legal texts by following the interpretation in addition to the legislative texts, but according to the controls that we mentioned in our research.

And also through the control of proportionality from the scope of the constitutional judiciary, as it plays the role of a guide to establish a balance between a legislative text that defends a public interest and a constitutional text that states a fundamental right, and based on the above, we will divide our research into three topics. The interpretation of the constitutional judge and his role in addressing the legislative shortcomings. As for the third and final topic, we have devoted the control of suitability by the constitutional judge and its impact in addressing the legislative shortcomings.

Key words: Legislative reform, legislative shortcomings, proportionality control, appropriateness control

المخلص

ان دور القاضي الدستوري بالإصلاح التشريعي انما يهدف الى تقليل نطاق احكام عدم الدستورية و ذلك من خلال اما معالجة القصور التشريعي للنصوص القانونية و ذلك بإتباع التفسير بالإضافة الى النصوص التشريعية و لكن وفقاً للضوابط التي ذكرنا في بحثنا.

وكذلك من خلال رقابة التناسب من نطاق القضاء الدستوري فهي تلعب دور المرشد لإقامة التوازن بين نص تشريعي يدافع عن مصلحة عامة و نص دستوري ينص على حق اساسي، وبناء على ما سبق سنقسم بحثنا الى ثلاث مباحث المبحث الاول خصصنا لمفهوم القصور التشريعي وتناولنا في المبحث الثاني الاختصاص التفسيري للقاضي الدستوري و دوره في معالجة القصور التشريعي اما المبحث الثالث و الاخير فقد خصصنا لرقابة الملاءمة من قبل القاضي الدستوري و اثره في معالجة القصور التشريعي.

الكلمات الدالة: الإصلاح التشريعي ، القصور التشريعي، رقابة التناسب، رقابة الملائمة

المقدمة

التعريف بموضوع البحث وأهميته:

ان التشريع وسيلة لتحقيق غاية اساسية او اجتماعية او اقتصادية و هذا يتطلب ان يكون لدى المشرع تصور مسبق و كامل عن الغاية المراد تحقيقها، و سياسة تحقيق الغايات المختلفة التي يسعى اليها القانون عبرة وسائل متعددة، و يعد التشريع تعبيراً صادقاً عما تقضي به حاجة المجتمع.

وبما التشريع عبارة عن عمل بشري يقوم به المشرع و لا يمكن للمشرع ان يصل الى درجة الكمال، لأن قدرات الانسان محددة لذا ان احتمال حدوث القصور في التشريعات امر وارد في كل الزمان و المكان، فالمشرع مهما كان ثاقب البصر، واسع الخيال، محيط بالحوادث ، يبقى قاصراً على استيعاب المستجدات في اعقاب التشريع، هذا اضافة ان التشريع في معالجته متناهي تحيطه الحدود ، وليس المتناهي ان يحيط اللا متناهي او يحكمه.

والمقصود بالقصور التشريعي هو حالة يواجهها القاضي من خلال قيامه بمهمته في تفسير وتطبيق قواعد التشريع على الحالة المعروضة امامه سواء اكان هذا التشريع موضوعياً ام اجرائياً .

وقد تكون الحالة التي يواجهها القاضي (حالة النقص او القصور التشريعي) سواء اكان النقص في الصياغة ام في المفهوم و قد يكون القصور في (السكوت) عن الحالة المعروضة امامه.

ان القصور التشريعي و هو من الموضوعات الحديثة نسبياً لم يتسنى للفقهاء الدستوري بعد التعرض له بالقدر المطلوب لجهة تحديد مفهومه او مضمونه رغم مواجهة القاضي الدستوري له.

ويتحقق قصور التنظيم التشريعي الخاضع لرقابة القضاء الدستوري عندما يتعامل المشرع مع احد الموضوعات التي يهتم بتنظيمها ، ولكن تأتي هذا التشريع سواء عن قصد او اهمال ، ناقصة او عجزت عن تغطية كافة جوانبها، الجوانب التي تؤدي الى انتهاك الضمانة الدستورية للحق محل التنظيم، و اذا نظم المشرع تنظيمياً ناقصاً او غير مكتمل للحقوق و الحريات العامة، او اهماله لجزء من النصوص القانونية بأن هذا النظام لا يكتمل بدونها ، فهذا يعد انتهاكاً لضمائنه التي حددها الدستور له.

اشكالية البحث:

- ان كيفية اصلاح القصور التشريعي تطرح بصورة مباشرة طبيعة العلاقة بين جهة الرقابة والسلطة التشريعية وحدود الرقابة القضائية، وهل يمكن للقاضي الدستوري ان يتدخل عمل السلطة المؤسسة الاصلية.

- ماهو الاساس الذي يستند اليه القاضي الدستوري في ممارسته رقابة قصور التشريعي؟

خطة البحث:

المبحث الاول : مفهوم القصور التشريعي.

المبحث الثاني: الاختصاص التفسيري للقاضي الدستوري و دوره في معالجة القصور التشريعي.
المبحث الثالث: رقابة الملاءمة من قبل القاضي الدستوري و اثره في معالجة القصور التشريعي.

المبحث الأول : مفهوم القصور التشريعي

يقصد بالقصور التشريعي عجز المنظومة القانونية عن معالجة القضايا والمسائل المعروضة نتاج الإهمال و السكوت أو بسبب عيوب جسيمة في الصياغة و في تحديد المفاهيم، سنقسم هذا المبحث الى المطالب الآتية:

المطلب الأول : تعريف القصور التشريعي

يقصد بالقصور التشريعي عدم كفاية النص التشريعي الموجود فعلا للوفاء بتغطية ومعالجة المسألة والموضوع الذي تولى تنظيمه بشكل جيد، سواء من حيث حجم التغطية او نوعها او مستواها، بمعنى ان المشرع قد قام بسلوك إيجابي من خلال وضعه القانون محل البحث والتعليق، وتناول كل موضوع ولكن بصورة سطحية، ولا تنازل عن اختصاصه لغيره.⁹⁹ وهو كل حالة يضطر فيها القاضي وهو يرمي لتحقيق العدالة او تثبيت الحق الركون بعيداً عن المعنى الحرفي لنص القانون مستخدماً القياس أو مستعيناً بالمبادئ العامة للقانون وغيرها للوصول للحكم المناسب واكمال نصوص القانون.¹⁰⁰

وعرف الفقه الدستوري مصطلح القصور التشريعي بأنه الحالة التي يكون فيها تنظيم القانون لا كما ينبغي أن يكون وفقاً للقواعد والمعايير العامة للقانون والذي يتمثل

في ثغرات تخل في تكامل النظام القانوني وآلياته¹⁰¹، أو بالمعنى الواسع عدم وجود قاعدة محددة لنضية بعينها تحتاج إلى تنظيم، نتيجة لغياب متطلبات تنفيذ العمل الإيجابي المفروض من قبل سلطة صنع الدستور على المشرع¹⁰²، وعرف أيضاً

⁹⁹ .د. عبد الرحمن عزواوي، الرقابة على السلوك السلبي للمشرع الاغفال التشريعي نموذجاً، مجلة العلوم القانونية الادارية و السياسية، المجلد 2010، العدد 10، جامعة ابو بكر بلقايد، كلية الحقوق، الجزائر، ص 87.

¹⁰⁰ . ينظر بهذا المعنى: أز س كاناريز. سد الفراغ في القانون و موقف النظام القانوني الألماني منه، ترجمة د. الرسول الجصاتي، منشور في مجلة القضاة، ع 1، ص 28، ص 75 وما بعدها.

¹⁰¹ PROBLEMES DE L OMISSION LEGISLATIVE DANS LA JURISP[UDENCE CONSTITUTIONNELLE/ Questionnaire/ [our le xive congress de la conference des cours constitutionnelles europeennes/ pl>

¹⁰² Juan Luis REQUEJO: The problems of legislative omission in, constitutional jurisprudence, paper from the constitutional court of spain, XIV conference of constitutional courts of Europe, Vilnius- May2008 p4- 6. نقلاً عن محمد نجم 6. محسن الشحماني، دور القاضي الدستوري في اصلاح القصور التشريعي دراسة تحليلية مقارنة، رسالة مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2022، ص 49 وما بعدها

بوجود فجوة في القانون تمنع الممارسة السليمة للحق المكفول دستورياً^{١٠٣}، وأن الفجوة التشريعية الناجمة عن عدم امتثال المشرع لالتزام دستوري صريح يلزمه بالتدخل لجعل القواعد الدستورية فعالاً^{١٠٤}، وينبغي ضرورة قيام المشرع باستنفاد اختصاصه التشريعي على اعتبار أنه أكثر الهيئات العامة في الدولة قدرة على استجلاء جوانب المصلحة العامة، واستنفاد المشرع لاختصاصه التشريعي ضرورة التدخل تشريعياً كلما استدعت المصلحة العامة ذلك، بحيث لا ينطوي النظام القانوني على فراغ تشريعي من أي نوع كما يعني عدم تخلي المشرع عن جزء من اختصاصه للسلطة التنفيذية تحت ستار التفويض التشريعي إلا في الحالات وبالشروط المنصوص عليها في دستور الدولة^{١٠٥}.

المطلب الثاني : تمييز القصور التشريعي عن بعض المصطلحات المتشابهة

يختلف مفهوم القصور التشريعي عن بعض المصطلحات المتشابهة معه، كالإغفال التشريعي والتسلب من الاختصاص، الإغفال التشريعي يعني عدم كفاية التنظيم الذي اجراه المشرع بشأن تنظيم موضوع معين سواء تعلق القصور بالموضوعية أو بالصياغة الفنية.

ان الإغفال التشريعي يعد اخلافاً بالالتزام سياسي قانوني على عاتق المشرع سواء كان تنظيم هذه المسألة يدخل ضمن انفراده المطلق او النسبي او في دورة عادية او استثنائية، او من اقتراح النواب او من الحكومة، ويرجع ذلك لوجوب ان يكون التنظيم التشريعي للحق او الحرية المقررة دستورية فعلاً و يبطل كل تنظيم قانوني يحد من هذه الفعالية، وفي المقابل يكون القانون باطلاً و مخالفاً للدستور فيما النقص به من ضمانات هذا الحق او الحرية.

ويباشر المجلس الدستوري رقابة الاغفال في فرنسا ويتوسع فيها اذ انه لم يقتصر على حالة ما اذا كان النص القانوني مخالفاً لنص دستوري، بل تمتد للحالات التي يخالف فيها نص تشريعي سابق، متأثراً بموقف الفقه الفرنسي القائل بأن امتناع المشرع هو عدم الاختصاص السلبي ينطوي في ذاته على تجاوز البرلمان لسلطته، وان عدم الاختصاص السلبي يشبه عدم الاختصاص الايجابي للمشرع المتمثل في اصدار قواعد قانونية خارج مجال اختصاصه.

¹⁰³ Denise TEIXEIRA DE OLIVEIRA; LE CONTROLE JURIDICTIONNEL DES OMISSIONS LEGISLATIVES INCONSTITUTIONNELLES AU BRESIL, Congres Francais de droit Constitutionnel- AFDC- Lyon 2014, p1.

^{١٠٤} GILMAR MENDES; Constitutional jurisdiction in Brazil; the problem of, unconstitutional Legislative Omission; p4- 6.

دور القاضي الدستوري في اصلاح القصور التشريعي دراسة تحليلية مقارنة، رسالة مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠٢٢، ص ٤٩ وما بعدها

^{١٠٥} د. محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي و الرقابة على دستورية، دراسة تطبيقية في مصر، ج ٢، دار أبو المجد، القاهرة، ٢٠٠٦، ص ٧٦. د. عيد احمد الغفلول، فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣، ص ٣٦.

أما التسلب من الاختصاص يعني أن الدستور قد انطأ بالمشروع أمر تنظيم حق من الحقوق أو حرية من الحريات أو موضوع ما ، إلا أنه يفرط في اختصاصاته لصالح السلطة التنفيذية .

أما القصور التشريعي فيقصد به عدم كفاية التنظيم الذي أجراه المشروع بتنظيم موضوع معين سواء تعلق القصور بالموضوعية أو بالصياغة الفنية و عدم قدرة النصوص التشريعية على تلبية الانتظارات المجتمعية و عدم تضمن النص التشريعي لما تقوم الحاجة إليه من أحكام التفصيلية أو جزئية ، في ظل محدودية المشروع للتحويلات الجارية على مختلف الأصعدة السياسية والاجتماعية والاقتصادية ، وما يترتب عن ذلك من اتساع الفجوة بين النص و الواقع ، وفقدان التشريع لحيويته اللازمة لإستيعاب المستجدات وادماجها.

والقصور التشريعي إنما يتم عن إغفال أو قصور جانب من جوانب الموضوع محل التنظيم بما يؤدي إلى الحد من فاعليته، دون أن يكون مصحوبا بإحالة التنظيم إلى سلطة أخرى، عكس حالة عدم الاختصاص السلبي للمشروع فإنه يشمل تخلي المشروع عن اختصاصه لصالح السلطة التنفيذية دون سند من الدستور،^{١٠٦} و أن تناول المشروع موضوع معين بصورة مبتسرة أو على نحو منقوص، فيمكن الطعن بعدم دستورية النص القانوني، محل الطعن فيما تضمنه من حكم قاصر، أو فيما لم يتضمنه من حكم كان يتعين أن يتضمنه، لكونه أيضا يتضمن قاعدة سلبية مخالفة للدستور، هذا ويستوي في القصور الجزئي لا يترتب أثره بعدم الدستورية، أن يكون جاء من عمد من المشروع أم عن خطأ لأنه ليس جزاء للمشروع على غفلة، وإنما هو جزاء على النقص التشريعي في التنظيم وعدم الإحاطة بكافة جوانب المسألة محل التنظيم، وفق النموذج الدستوري لها.^{١٠٧} لذا نتفق وما ذهب إليه بعض الفقه الدستوري أن قصور التشريع يتمثل في قصور المشروع في تنظيم بعض الجوانب للموضوعات التي كفلها الدستور، و أن المشروع قد يتخلى عن قصدا أو سهو، وان كان البعض يميز بين سوء استعمال السلطة التشريعية لوظائفها، وهو ما يعتبر عيباً قسدياً في التشريع يتصل بالأغراض التي يتوخاها المشروع من وراء تبنيه لها، وبين خطئها في تقدير واقعة أو سوء فهمها لأوضاع قام القانون عليها، أو قصد إلى تنظيمها. وذلك أن خطأها في التقدير، وسواء كان بينا أو محدوداً، هو خطأ بتقييم مداخل العملية لتشريع ذاتها، وهو بالتالي غير مقصود، أما إساءة استعمال السلطة إذ هو الخروج قصداً عن ضوابط المصلحة العامة في العملية التشريعية، وتحريفها لها من خلال أغراض مخالفة للدستور تخالطها وهي أغراض يتعين تجنبها بالنظر إلى حماية الدستور وتقرير الحماية الكاملة لأحكامه لا يتحقق بغير التقييد بالأغراض التي تربط قواعده ببعضها، وتضمها لبعض في إطار وحدة عضوية

^{١٠٦} د. عبد الحفيظ الشيمي، رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣، ص ٢٢.

^{١٠٧} د. محمد باهي أبو يونس، أصول القضاء الدستوري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٣، ص ٣٠.

تجمعها،^{١٠٨} فيترتب بذلك فراغ تشريعي لا يتماشى مع التزام المشرع بضرورة ممارسة اختصاصه التشريعي على الوجه المبين في الدستور، من خلال الإعلان بوجود مخالفة دستورية يتوجب على المشرع التدخل لرفعها من خلال التشريع، انطلاقاً من التزام دستورية يتوجب على المشرع التدخل لرفعها من خلال التشريع، انطلاقاً من التزام المشرع بضرورة أن يفرغ محتوى النصوص الدستورية في قانون يحقق أهدافها و تقييد بمضمونها و يلتزم الأغراض الكلية التي لا يعارضها.

والسؤال التي تثار هنا ما هو معيار تحديد القصور وما هي الوسيلة لإكمال هذا القصور، وكيفية تحديد القصور في التنظيم التشريعي؟ للإجابة على هذا الاستفسار الجوهرى نتطرق الى ما ذهب اليه بعض الفقه الدستوري بالقول: يتحقق القصور في التنظيم التشريعي الذي يكون محلاً للرقابة من القضاء الدستوري، بأن تناول المشرع أحد الموضوعات التي يختص بها بالتنظيم، لكن يأتي هذا التنظيم- سواء عن عمد أو إهمال- غير مكتمل أو قاصراً عن أن يحيط بكافة جوانبه بما يؤدي إلى الإخلال بالضمانة الدستورية للحق محل التنظيم، وإذا نظم المشرع حق من الحقوق أو حرية من الحريات تنظيمًا قاصراً أو منقوصاً بأن أغفل أو أهمل جانباً من النصوص القانونية التي لا يكتمل هذا التنظيم إلا بها. كان ذلك إخلالاً بضماناتها التي هيأها الدستور لها، وبذلك مخالفة، للدستور يتعين قمعها عن طريق الرقابة القضائية على دستورية القوانين هذا القصور في تنظيم التشريعي اصطلاح على تسميته فقهاً ب الإغفال التشريعي وهو مصطلح غير دقيق لأنه يطلق على عدم التنظيم الجزئي والكلي، وعدم التدخل التشريعي في تنظيم الموضوع، فهو لفظ مطلق والمصطلح الأدق هو قصور التنظيم التشريعي وتحديد ما إذا كان التنظيم التشريعي لحق أو حرية مكتملاً أو قاصراً مرجعه إلى القضاء الدستوري.^{١٠٩}

هذا بالإضافة الى أن تدخل المشرع نفاذاً لحكم الدستور بالتنظيم لحق معين فإن تدخله يجب أن يكون متكامل الجوانب مفعلاً لكافة الضمانات الدستورية لهذا الحق بحيث إذا أغفل أو قصر جانباً فإن ذلك من شأنه أن يقلل من الحماية الدستورية لهذا الحق بما يخالف الدستور، فضلاً عن أن كل مخالفة للدستور، سواء تعمد المشرع أم انزلق إليها بغير قصد يتعين قمعها وأنه إذا كان القاضي الدستوري يراقب النشاط لإيجابي للمشرع ويهدر التشريع المخالف للدستور فمن باب أولى يستطيع أن يراقب القصور التشريعي إذا كان من شأنه أن يتضمن مخالفة دستورية، وأن فكرة الدولة القانونية تكفل خضوع جميع سلطات الدولة للقانون سواء في تصرفاتها الإيجابية أو السلبية التي تشكل مخالفة دستورية، وعلى افتراض صحة القول بأن القانون تعبير عن الإرادة العامة، فإن البرلمان هو أداة صياغة هذا التعبير، والقصور التشريعي ما هو إلا تعبير عن الإرادة العامة لم تتم صياغته بمعرفة المشرع، ومن ثم تشكل عدم

^{١٠٨} د. عوض المر، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية، مركز رينيه- جان ديوي للقانون و التنمية، دون ذكر مكان و سنة الطبع، ص ١٣٨١.

^{١٠٩} د. عبد العزيز محمد سالم، الرقابة القضائية على قصور التنظيم التشريعي، دراسة فقهية قضائية مدعمة بجميع ما أصدرته المحكمة الدستورية العليا من احكام، الطبعة الاولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠٢١، ص ٨٠ بعدها.

الصياغة مخالفة دستورية^{١١٠}، وانطلاقاً من ذلك يذهب أصحاب هذا الرأي إلى أن رقابة القصور التشريعي ليست رقابة على قواعد غير موجودة، لأن من الواجب تفسير قصور المشرع على تسوية مسألة معينة على أنه قاعدة سلبية وليس قاعدة غير موجودة، والقاعدة السلبية هي التي يفهم منها اتجاه نية مصدرها إلى وضع بعض القيود على استعمال حق معين من جانب الأفراد أو ترك مسألة معينة أو مجموعة من المسائل دون تنظيم رغم التزامه بالتدخل لتنظيمها من حيث المبدأ، وفي الحالتين يجب على القاضي الدستوري التخل لمراقبة هذه القاعدة السلبية الرجوع إلى أحكام الدستور التي توجب ضرورة التدخل لتنظيم هذه المسألة.^{١١١}

أما القول بأن جهة الرقابة غير مخولة بأن تزن نفسها ومعاييرها ما إذا كان القانون لازماً، وما إذا كان إقراره ملائماً، لأن ذلك يدخل في السلطة التقديرية للمشرع، التي يتمثل جوهرها في المفاضلة بين بدائل تتزاحم جميعها على تقديم الحلول المختلفة.^{١١٢} وإلا كان ذلك عدواناً على هذه الموضوعات التي ينظمها القانون، مجاناً حدود تنظيمها، ومنتهياً إلى مصادرتها أو تقيدها^{١١٣}. وهكذا فإذا كان المشرع يظل مقيداً بأحكام الدستور في المجال الخصب إعمال سلطته التقديرية، فلا شك أن درجة تقيده بأحكام ومبادئ الدستور في غير هذا الموضع تكون أشد، خصوصاً بالنسبة للأحكام التي تلقي على عاتق السلطة التشريعية التزامات صريحة لا لبس فيها، لدرجة القول بانعدام سلطته التقديرية فيها، ومن ذلك التزامه بضرورة ممارسة اختصاصه بالتشريع بنفسه وعلى الوجه المبين في الدستور وإلا كان في تصرفه مساس بالموضوع الذي كفه الدستور، مما يبرر الطعن بعدم دستوريته.^{١١٤}

المبحث الثاني : دور القاضي الدستوري في معالجة القصور التشريعي

اختلفت النظم الدستورية المختلفة في كيفية معالجتها لمشكلة القصور التشريعي، وأن القاضي بإرادته يحدد المعنى الحقيقي للنص التشريعي الذي يدعي أن المشرع قد خالفه، أي أنه يتستر وراء النصوص ليقول بوجود مخالفة من قبل القانون وهو ما يجعل وقع حكمها مقبولاً لدى السلطة التشريعية^{١١٥}، وأن القضاة لا يصبحون رقباء فقط على مضمون ممارسة السلطة، بل هم يسهمون أيضاً في ممارستها، من حيث أن مكنة القاضي في أداء دوره كحامي للدستور هي من تبرر تدخله في إلزام المشرع بتشريع قوانين لا يكتمل التنظيم القانوني للحقوق إلا بها، وبناء عليه فإن طبيعة وظيفة القضاء قد تغيرت، من هيئة المفروض بها أن تراقب القانون لهيئة

^{١١٠} د. عبد العزيز محمد سالم، رقابة الإغفال في القضاء الدستوري، دون ذكر أرقام صفحات بحث منشور على الموقع الإلكتروني: <http://www.Startimes.com>.

^{١١١} د. محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي و الرقابة على دستوريته، مرجع سابق، ص ٨٦.

^{١١٢} حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٩ لسنة ١٦ قضائية- دستورية جلسة ٥ اب ١٩٩٥،

قاعدة رقم ١٠/٧ ص ١١٤، من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة.

^{١١٣} حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٣٠ لسنة ١٦، قضائية- دستورية جلسة ٦ نيسان ١٩٩٦،

قاعدة رقم ٣٣، ص ٥٥١، من الجزء السابع من مجموعة أحكامها.

^{١١٤} د. عادل الطباطبائي، الحدود الدستورية بين السلطتين و القضائية، دراسة مقارنة. مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، ٢٠٠٠، ص ٤٣٢.

^{١١٥} د. محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي و الرقابة على دستوريته، مرجع سابق، ص ٣٦٤.

تراقب العمل التشريعي، وهذا يعني أنها أصبحت هيئة تحكم، لان من أنجح وسائل الحكم هو وضع قواعد قانونية المجتمع، و تظهر الدور الايجابي للقاضي الدستوري في معالجة القصور التشريعي من جانبين، تفسير الدستور و رقابة التناسب لذا سنقسم هذا المبحث الى مطلبين:

المطلب الاول: الاختصاص التفسيري للقاضي الدستوري و اثره في معالجة القصور التشريعي
المطلب الثاني: رقابة التناسب من قبل القاضي الدستوري و اثره في معالجة القصور التشريعي.

المطلب الاول: الاختصاص التفسيري للقاضي الدستوري و اثره في معالجة القصور التشريعي

سنقسم هذا المطلب الى فرعين:

الفرع الأول: مفهوم التفسير القضائي

اوجد الفقه الدستوري عدة تعريفات على المدلول اصطلاحياً للتفسير حيث عرف التفسير بأنه توضيح ما اقتضب من نصوصه و تخريج ما نقص من احكامه و التوفيق بين اجزائه المتناقضة.

اما التفسير القضائي هو التفسير الذي يصدره القضاء بمناسبة تطبيقه للنصوص القانونية على الدعاوى المعروضة عليه، ويتميز هذا التفسير بالطابع العملي لأنه متأثراً بالظروف المحيطة به فضلا عن احاطة القاضي بالنتائج التي يمكن ان تترتب على الحكم الصادر منه.^{١١٦}

ذهب جانب من الفقه الفرنسي الى القول بأن القاضي الدستوري حينما يبشر رقابة الدستورية السابقة يفصل في معنى و قوة القاعدة الدستورية دون ان يفصل فيه.^{١١٧}

ان التفسير من الناحية الواقعية و تحليل احكام القضاء الدستوري انه يأخذ صوراً ثلاثة، الحالة الأولى غموض النص عندما يكون الغرض توضيحها و الكشف عن بياناتها، والحالة الثانية تعارض النصوص او التناقض فيكون الغرض منه ازالة هذا التناقض فيما بينهما، والحالة الثالثة، مدى و نطاق تطبيق النص، اي بمعنى ان التفسير القضائي تقتصر ولايته على تحديد مضمون النص القانوني محل التفسير و توضيح ما ابهم من الفاظه و التوفيق بين اجزاء المتناقضة على ضوء ارادة المشرع تحرياً مقاصده من هذا النص، و وقفا عند الغاية التي استهدفها من تقريره.^{١١٨}

ان التفسير هو بيان او ايضاح الحكم الذي تضمنته الفاظ وعبارات النص من قبل القضاء، و ذلك اخذاً من المعنى اللفظي لكلمة فسر، و ينبع التفسير من المحاكم

^{١١٦} د.جورجي شفيق ساري، اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالدستور، ط٣، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥، ص١٥.

^{١١٧} د.هشام عبدالمنعم عكاشة، المحكمة الدستورية العليا، قاضي التفسير، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥، ص١٢.

^{١١٨} د.محمد فوزي، التفسير المنشئ للقاضي الدستوري، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، بلا سنة طبع، ص٦.

بصدد تطبيقها للنصوص على المنازعات المثارة امامها، ومن الطبيعي ازاء ذلك يكون هذا النوع من التفسير اكثر شيوعاً من ناحية، و ان يتسم بالطابع العملي من ناحية اخرى.

ان القضاء الدستوري الحديث يميل في اطار رقابة الدستورية الى نموذج جديد منها ، اجمع الفقه الدستوري على انها نموذج ثالث بين التصريح بعدم دستورية القانون الخاضع للرقابة او التصريح بدستوريته في حال العكس، فهي رقابة تصحيحية يعمل من خلالها القاضي الدستوري على تصحيح القانون دون الغاءه، من خلال التغلب على حدود الثنائية التقليدية الجامدة للرقابة.^{١١٩}

من ذلك يتضح انه ، وفي منطقة وسط بين الدستورية و عدم الدستورية ، تقع تقنية تحفظات التفسير ، هي عبارة عن سياسة قضائية جديدة للقاضي الدستوري، يتجاوز بها من ناحية بعض الاشكاليات التي قد تثيرها النصوص الخاضعة للرقابة، و ما قد تفرزه من مشكلات ذات طبيعة سياسية ، كالغموض و عدم التحديد ، او يتعامل من خلالها من ناحية اخرى مع الخيارات التي يتبناها المشرع، و التي و ان كانت لاتخالف في عمومها منظومة الاحكام الدستورية، الا انها لا تتفق في متطلباتها الضرورية.

ويجدر بالإشارة ان انشاء المحكمة الاتحادية العليا في العراق بعد عام ٢٠٠٣ مر عبر مرحلتين اولهما كانت من خلال قانون ادارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لسنة ٢٠٠٤ اما الثانية فكانت بصدور دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ و ذلك لتكون المحكمة الاعلى في النظام القضائي العراقي، ولكن الفارق الذي اتضح لنا من خلال تشكيل فيكل من قانون ادارة الدولة و الدستور هو الاختلاف في التشكيل و الصلاحيات فنجد ان المحكمة لم تكن من بين صلاحياتها تفسير نصوص الدستور استناداً الى قانون ادارة الدولة الملغي بينما قد منحت هذه الصلاحية في ضوء دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥.

اذ جعل الدستور هذا الاختصاص من مهام المحكمة الاتحادية العليا حصراً فهي مهمة جسيمة باعتبار انها ستكون المرجع لأي خلاف يثور حول تفسير اي نص دستوري.

الفرع الثاني : اثر الاختصاص التفسيري للقاضي الدستوري في معالجة القصور التشريعي

وهناك من يرى انه ، ومن خلال تقنية التحفظات التفسير ، يظهر الشكل او الوجه الايجابي للجهة القائمة بالرقابة في مسألة دستورية قانون ما، و مدى مطابقته لأحكام الدستور بتعديله و ادخال بعض التصحيحات عليه حتى يتماشى مع احكام الدستور، تفادياً لإلغائه وفقدان النص لفعاليتها بقوة الدستور.

ويختلف هذا الموقف الايجابي من جانب القاضي الدستوري عن موقف آخر سلبي يتخذ من النص الخاضع لرقابته، من خلال ما يصدره من احكام ذات طابع توجيهي ، تهدف اما لفت انتباه الجهات القائمة على تنفيذ النص بضرورة تنفيذه وفقاً

^{١١٩} د.شعبان احمد رمضان ،ضوابط و اثار الرقابة على دستورية القوانين، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠، ص٤٥٦.

لضوابط معينة ، بحيث تظل دستوريته معلقا على احترام هذه الضوابط التنفيذية ، واما الى توجيه نداء الى المشرع بضرورة التدخل لمعالجة المسألة.^{١٢٠} وقد ظهرت هذه الرقابة في قضاء المجلس الدستوري الفرنسي في بادئ الامر، بصدده رقابته على اللوائح البرلمانية بموجب القرار رقم ٢-٣٩ في ١٧ و ١٨ و ١٩٥٩/٦/٢٤ بشأن الرقابة الدستورية على لائحة الجمعية الوطنية ، وكذلك قرار رقم ٢٧-٦٩ الصادر في ١١/٢٠/١٩٦٩ بشأن الرقابة على لائحة الجمعية المعية الوطنية ، بشأن الرقابة على بعض التعديلات المدخلة على لائحة الجمعية الوطنية ، حيث قرر المجلس الدستوري عدم دستورية بعض نصوصها ، ودستورية باقي النصوص بشرط مراعاة التفسيرات التي وضعها المجلس الدستوري، ومنها عدم المساس بحق التصويت الشخصي لأعضاء البرلمان.

ثم انتقلت تلك التقنية من الرقابة الى مجال رقابة دستورية القوانين الصادرة عن البرلمان منذ قرار المجلس الدستوري الفرنسي رقم ٣٥-٦٨ الصادر في ١/٢٠/١٩٦٨ ثم توالى و كثرت قرارات المجلس بهذا الخصوص.^{١٢١}

و يرى جانب من الفقه الدستوري الفرنسي ان تقنية تحفظات التفسير هي بمثابة وسيلة للحوار بين المجلس الدستوري و السلطة التشريعية تعد اكثر براعة، و اقل قسوة من الحكم بعدم الدستورية لأنها تسمح للمجلس الدستوري بإلزام المشرع بأحترام الدستور ، من خلال اتباعه التفسير الذي يراه

المطلب الأول : تعريف الملاءمة

تعد الملاءمة من أكثر المصطلحات القانونية التي كانت ولا تزال تثير من النقاش والجدال في مجال الرقابة على دستورية القوانين، الملاءمة أصلها في اللغة العربية من، لائم، وملاءمة الشيء، بمعنى أصلحه وجمعه، ولائم الشيء، أي وافقه، ولائم بين الخصوم، أصلح بينهم^{١٢٢}. ويقال لائم بين الشيين، أي جمع بينهما ووفق، ولائمه الأمر، ولائم فلانا، بمعنى وافقه، التأم الشيء أي أنضم والتصق، وتلائم الشيطان، أي اجتمعا واتصلا، وتلاءم الكلام أي أتسق وانتظم^{١٢٣}. ولأعم بين القوم ملاءمة، أي أصلح وجمع. وإذا اتفق الشيطان فقد التأم، ومنه قولهم هذا طعام لا يلائمني، وفي الحديث: " ليتزوج الرجل لمتة" أي مثله وشكله^{١٢٤}

المطلب الثاني

رقابة الملاءمة من قبل القاضي الدستوري و اثره في معالجة القصور التشريعي للوقوف على معنى الرقابة التي يمارسها القاضي الدستوري على الملائمات عمل المشرع حسب سلطتها التقديرية، لا بد من تعريف الملاءمة نفسها، في الفرع الأول والفرع الثاني لآلية رقابة الملاءمة.

^{١٢٠} د.جورجي شفيق ساري، اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالدستور، ط٣ ، دار النهضة العربية ، القاهرة، ٢٠٠٥، ص١٨.

^{١٢١} د.عبدالحفيظ الشيمي، مصدر سابق، ص٢٢٠.

^{١٢٢} قاموس المنجد في اللغة والإعلام، دار المشرق، بيروت، الطبعة ٢٥، ١٩٨١، ص٨٠٣.

^{١٢٣} قاموس المعجم الوجيز، مجمع اللغة العربية، الطبعة وزارة التعليم ب مصر ١٩٩٩، ص٦١٢.

^{١٢٤} قاموس مختار الصحاح، مؤسسة الرسالة ب، ت، ص٥٨٨.

الملاءمة اصطلاحاً:

وفي اللغة الفرنسية، فإن لفظ الملاءمة وه (Lopportunite) من الأصل اللاتيني (Opportunitates) وتعني صفة ما هو مناسب أو ملائم، ونقيضها (Inpportunnite) وتعني غير ملائم أو في غير محله.^{١٢٥}

وتتصرف الملاءمة في الاصطلاح القانوني بوجه عام، توافق العمل القانوني مع ظروف الزمان والمكان والاعتبارات المحيطة بإصداره من كافة جوانبه.^{١٢٦}

فالملاءمة إذن تتعلق بصفة عامة بالصلة بين العمل القانوني، وبين ظروف إصداره والاعتبارات المحيطة بذلك. ويضيف الدكتور سامي جمال الدين أن الملاءمة تصرف ما يعني أن هذا التصرف كان مناسباً أو موافقاً أو صالحاً، من حيث الزمان والمكان والظروف والاعتبارات المحيطة.^{١٢٧}

الملاءمة هي الخطوة الأولى من خطوات تقييم أو تحليل التناسب، وتتطلب هذه الخطوة أن يكون الإجراء المختار ملائماً لتحقيق الغاية المستقبلية. وبعبارة أخرى، تتطلب الملاءمة توافر علاقة سببية بين الغاية المستهدفة والإجراء المختار.^{١٢٨}

أما الملاءمة في مجال القرار الإداري تعني، توافق القرار مع الظروف الخاصة التي دعت إلى إصداره والأوضاع السائدة وقت اتخاذه والملازمات المصاحبة لذلك، حتى يخرج القرار ملائماً لظروف الزمان والمكان والاعتبارات الأخرى المختلفة كإصدار في الوقت المناسب وبالكيفية المطلوبة، وأن يكون ملائماً لمواجهة الحالة التي أتخذ من أجلها وغير ذلك من الأمور.^{١٢٩}

فالملاءمة بهذه المثابة صفة للقرار الإداري، يكتسبها نتيجة اتخاذه بطريقة يراعي فيها جوانب إصداره المختلفة، وعدد من الأمور والأوضاع تتعلق غالباً بعناصر ثلاثة هي: تقدير وجوب التدخل أو الامتناع، واختيار وقت التدخل، وأخيراً تقدير الإجراء الذي يتناسب مع خطورة وأهمية السبب.^(١٣٠)

والملاءمة بصفة عامة هي، إمكانية التقدير في إصدار التصرف الملائم لمواجهة موقف أو حالة معينة وتعبير الأخر هي سلطة يمنحها القانون للسلطة الإدارية بصددها علاقاتها مع الأفراد، تملك بموجبها صلاحيات في التدخل أو عدم التدخل، ووقت هذا التدخل وطريقته، ومضمون القرار الصادر في هذا الشأن، فهي مرونة إدارية ممنوحة للإدارة من قبل المشرع لكي تحدد ما الذي يجب أن تفعله وما

^{١٢٥} د. خليفة، سالم الجهمي، الرقابة القضائية على التناسب في مجال التأديب، دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠٩، ص ٩٩.

^{١٢٦} د. عصام عبد الوهاب البرزنجي، السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧١، ص ١٦٤.

^{١٢٧} د. سامي جمال الدين، القضاء الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٣، ص ٢١٩.

^{١٢٨} د. وليد محمد الشناوي، التطورات الحديثة للرقابة القضائية على التناسب في القانون الإداري، دار الفكر والقانون، ٢٠١٧، ص ٤٢.

^{١٢٩} د. خليفة، سالم الجهمي، الرقابة القضائية على التناسب في مجال التأديب، المصدر السابق، ص ١٠٠.

^{١٣٠} د. محمد حسين عبدالعال، فكرة السبب في القرار الإداري ودعوى الإلغاء، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٤، ص ٧٢.

الذي يجب أن تتخلى عنه وتحديد المبررات التي تلتزم بممارسة اختصاصاتها على أساسها، على أن تكون هذه المبررات صحيحة وملاءمة.^(١٣١)

وتجدر الملاحظة إلى أن المشرع عندما لا يفرض قيودا على الإدارة في ممارسة سلطتها تقديرية، فإن ذلك لا يفهم منه أن سلطة الإدارة أصبحت سلطة مطلقة من كل قيد، تصل إلى درجة اتخاذ قرارات غير ملائمة بل على العكس فإن المشرع يقدر أن الوضع يقتضي منح الإدارة قسطا من حرية تقدير الظروف والملابسات وذلك حتى تستطيع أن تصدر أفضل القرارات ملائمة للظروف أو على الأقل لاختيار قرار ملائم للظروف التي تطلب تدخل الإدارة، وبالتالي فإن الإدارة ملزمة بأن تبذل أقصى جهدها في تقديرها للظروف، وفي اختيار الحلول موضوعيا، بما يضمن تحقيق المصلحة العامة والقول بغير ذلك يعنى أن المشرع يمنح الإدارة الحق في عدم الملاءمة، وهذا يجعل من السلطة التقديرية سلطة تحكمية^(١٣٢). فرقابة الملاءمة هي رقابة القاضي لأهمية الوقائع المكونة لركن السبب، ومدى تناسبها مع مضمون القرار الصادر، أو بمعنى آخر القاضي الإداري يراقب درجة خطورة القرار وهل الوقائع المكونة للسبب متناسبة في درجة أهميتها مع درجة خطورة القرار.^(١٣٣)

وهكذا يتضح فكرة الملاءمة في مجال القانون الإداري، بأنها نتيجة عمل ما في القرار الإداري، فالقرار الإداري يوصف بأنه ملاءم لاتخاذ في الوقت هو كذلك، أو لاتخاذ بالكيفية التي صدر بها أو اتفاق القرار مع الظروف والأوضاع السائدة، ويوصف كذلك بالملاءمة لتناسب الإجراء المتخذ مع السبب القرار. فالملاءمة هي اختيار الإجراء الملائم الذي يتفق ويتناسب مع أهمية الواقع.

فالقاضي الإداري يقوم بمراقبة أعمال الإدارة التي صدرت في ظل سلطتها التقديرية، وذلك من خلال فحص العمل تلك السلطة ليتأكد من توافر كافة شروط مشروعيتها، فيتحرى عما إذا كانت الإدارة عند اتخاذها لهذا العمل قد وضعت نفسها في أفضل الظروف والأحوال لتقدير مناسبة العمل وملاءمته بعيدا عن البواعث الشخصية وبروح موضوعية أم لا.^(١٣٤)

إن التعريفات اللغوية والاصطلاحية المذكورة تعيننا في تعريف الملاءمة في مجال القرارات الإدارية، إذ أنها وعلى وفق ما تقدم؛ لا تخرج عن كونها توافق القرار الإداري مع الظروف المحيطة به؛ تلك الظروف التي دفعت إلى إصداره، وطبقا للأوضاع السائدة وقت اتخاذه والملابسات المصاحبة لذلك، لغرض خروج القرار بشكل ملائم لظروف الزمان والمكان والأسس الأخرى المختلفة، في إصداره في

^{١٣١} د. مصطفى كمال وصفي، أصول إجراءات القضاء الإداري، دار عالم الكتب، القاهرة، الطبعة الثانية، ١٩٧٨، ص ٥٤ وما بعدها.

^{١٣٢} عبد الله محمد عبد الرحيم سعد، الرقابة القضائية على السلطة التقديرية في مجال التأديب "دراسة مقارنة" رسالة دكتورا، كلية حقوق، جامعة الإسكندرية، ٢٠١٢، ص ٨٥.

^{١٣٣} محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري، الكتاب الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٣، ص ٢٠٨.

^{١٣٤} عبد القادر باينة، الرقابة على النشاط الإداري، دار القلم، المغرب، ٢٠١٠، ص ٣٥.

الوقت المناسب، وبالكيفية المطلوبة، وان يكون ملائماً لمواجهة الحالة أو الحالات التي اتخذ القرار من أجلها.

الفرع الثاني : آلية رقابة الملاءمة من قبل القاضي الدستوري و دوره في معالجة القصور التشريعي

التقدير هو الاداة الرئيسية الهامة الثابتة ، التي يستخدمها قاضي الملاءمة في عمله ، فكل عمله هو هبارة عن عملية تقدير فهو يقوم بتقدير النصوص التي تصدرها السلطة ، ويقوم بمدى توافق ذلك مع احكام الدستور، ويقوم بتقدير مدى مساسها بالحقوق و الحريات العامة، ويقوم في النهاية بتقدير مدى ملاءمة الوسيلة المستخدمة مع الهدف المطلوب، من خلال الظروف و الملابس الواقعية المحيطة، ومن خلال جميع العوامل الاخرى المتعلقة بشكل مباشر او غير مباشر بالموضوع البحث، و عملية التقدير هي مرحلة تأتي في اغلب الحالات بعد عملية التفسير و التكييف القانوني ومن اهم الافكار و النظريات التي يستعين بها في قيامه بالتقدير ، فكرة الخطأ الظاهر و افكرة الغرم والغنم والضرورة تقدر بقدرها وفكرة المعقولية:

١. الخطأ الظاهر

يستخدم القاضي الدستوري في رقابته على التناسب نظرية الخطأ الظاهر ، لتقييم تقدير المشرع مصدر النص محل الرقابة.

فالقاضي الدستوري يبحث ما اذا كان البرلمان بتبنيه هذا النص او ذلك لم يرتكب خطأ ظاهراً في التقدير، ادى الى اصطدام بمبدأ ذي قيمة دستورية و ما اذا كان مثل هذا الخطأ الظاهر قد فات على المشرع.

ولكن يلاحظ ان حدود سلطة المشرع في التقدير تتمثل في ضرورة التطابق مع المبادئ ذات القيمة الدستورية و مع ما تتضمنه.

ولكن جراً القاضي الدستوري الرئيسية قد تبدو في بعض الحالات ليس في رقابة الخطأ الظاهر و انما في التعريف الذي يعطيه اعلى من المقتضيات الدستورية المفروضة على المشرع.

يقصد بمعيار الخطأ البين ذلك الميزان أو الضابط الذي يستعين به القاضي لكي يتمكن من تقدير قيام الخطأ البين في تصرف معين، والذي يخضع لرقابته ولمنع أو زجر كل تعسف وتجاوز ينتج عن مباشرة المشرع لسلطاتها التقديرية.^(١٣٥)

وقد ذهب فقهاء القانون العام إلى وجود معيارين أحدهما معيار اللغوي والآخر معيار موضوعي وذلك على النحو التالي:

أ. المعيار اللغوي كلمة البين (manifest) التي يوصف بها الخطأ البين في التقدير والذي يراقبه القاضي الدستوري، توحى بأن هذا الخطأ وصل إلى درجة من الوضوح تكفي لإقناع القاضي بوجود مثل هذا الخطأ أو تكفي لإزالة أي شك لدية حول هذا الخطأ.^(١٣٦)

^{١٣٥} د. خالد سيد محمد حماد، حدود الرقابة القضائية على سلطة الإدارة التقديرية، المصدر السابق، ص ٧٢٤.
^{١٣٦} مايا محمد نزار أبودان، الرقابة لقضائية على التناسب في القرار الإداري، المصدر السابق، ص ٧٩.

وتتجسد درجة الوضوح في هذا كون الخطأ بديهياً، أو جسيماً أو فاحشاً أو خطيراً فإذا تحقق في الخطأ ما وجد من تلك الأوصاف أصبح بيناً،^(١٣٧) ويلاحظ من ان هذا المعيار يأخذ بالمعنى اللغوي فقط لصفة " البين " التي يوصف بها الخطأ الذي ارتكبه الإدارة في تقدير الوقائع التي تستند إليها في قراراتها أو تقييمها، وهو معنى يفيد بأختصار شديد، أن القاضي الدستوري ليس في حاجة من أجل التعرف إلى هذا الخطأ لأن يجري بحثاً متعمقاً أو تحقيقاً حول تلك الوقائع، إذ يمكنه الوقوف عليه، أو تلمسه من مجرد النظر إلى وقائع الدعوى، أو مجرد عرضها عليه.^(١٣٨)

ب. المعيار الموضوعي للخطأ الظاهر في التقدير ويرى أصحاب هذا المعيار أن معيار الخطأ البين لا يكمن في مدى خطورة أو وضوح هذا الخطأ، ولا في كونه حدثاً بارزاً، وإنما يكمن في إطار درجة عدم الانضباط أو الكفاية بالنسبة إلى عناصر التقييم التي كانت تحت بصر المشرع عند إجرائها هذا التقييم، مما يعني أن معيار الخطأ البين يجب أن يكون معياراً موضوعياً لا معياراً لغوياً أو اصطلاحياً.

فمن خلال هذا المعيار يلجأ القاضي الدستوري إلى إجراء دراسة وفحص لكافة عناصر الموضوع المطروح أمامه، بل قد يلجأ إلى إجراء تحقيق وذلك من خلال سماح أطراف النزاع الحاضرة أمامه.^(١٣٩)

فعن طريق الخطأ الظاهر يدخل القاضي الدستوري رقابة الملاءمة ، لأنه هذا الطريق يسمح له ان يضع في الميزان المصلحة العامة المبتغاة في القانون من جانب و يضع في الجانب الآخر، الانتهاكات بهذا المبدأ الدستوري او ذاك، ووفقاً للنتيجة ، سيكون حكم القاضي بما اذا كانت مثل هذه الانتهاكات غير ملاءمة ام لا؟ مبالغاً فيها ام لا بالنظر الى التفسير الذي اتبعه المشرع، وبناء عليه سيحكم بتوافق القانون ام لا مع الدستور.

فهذه الوسيلة يملك القاضي الدستوري اداة قوية للرقابة ، لأنها تسمح له تقدير ما اذا كانت صفة عدم التناسب او عدم المبالغة او الملاءمة او المعقولة للإختيارات التي يجريها المشرع.

ويستخدم المجلس الدستوري في فرنسا هذه الفكرة غالباً في قضائه لحمل رقابة الملاءمة ، وقد استخدمها في قراره الخاص بالتأميم ، والذي قضى فيه ان التقدير الذي قام المشرع في هذه الحالة، بالنسبة لضرورة التأميم لا يمكن مع غياب الخطأ الواضح رده او الطعن فيه.

^{١٣٧} محمد ناصر راشد محمد الطنجي، الرقابة القضائية على التناسب في القرار الإداري، دراسة مقارنة وتطبيقية في فرنسا ومصر ودولة الامارات العربية المتحدة، الطبعة الأولى، دون مكان طبع، ٢٠١٦، ص ١١٠.

^{١٣٨} د. رمضان محمد بطيخ، الاتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي، المصدر السابق، ص ٢٢٥.

^{١٣٩} د. محمد عوض فرج، دور القضاء المشروعية في الحد من سلطة الإدارة التقديرية(دراسة مقارنة)، المصدر السابق، ص ٣٧٠-٣٧١.

٢. فكرة الضرورة تقدر بقدرها

يستعين قاضي التناسب وهو بصدد تقييم وتقدير العمل القانوني محل الرقابة بفكرة الغرم والغرم او بمنطق المزايا والعيوب او الايجابيات و السلبيات المترتبة على نص معين او اجراء معين.

كما يستعين بفكرة الضرورة تقدر بقدرها ، في تقييمه و تقديره الملاءمة في الموضوع الذي يخضع لرقابته.

وبالأستعانة بهذه الفكرة يقوم قاضي الملاءمة بوضع الاثار الايجابية المترتبة على نص تشريعي اصدره المشرع او اجراء معين اتخذته الدولة او السلطة المختصة ، يضع ذلك في كفة، ويقوم بوضع الاثار السلبية المترتبة على هذا النص او الاجراء في الكفة الاخرى ، ويقوم بعملية الميزان بين الكفتين ليرى ما اذا كان هناك تناسب بين الكفتين ، ام ان هناك اختلافاً ، واذا كان هناك اختلافاً ،فماهي درجته هل هو بسيط صغير، ام انه جسيم كبير بينهما بحيث يخل بشكل ملحوظ و واضح بالتوازن بينهما.

وبالاستعانة بمنطوق يقوم قاضي الملاءمة عن مدى التزام المشرع في النص الذي اصدره بحدود الضرورة و قدرها من عدمه.^{١٤٠}

٣. المعقولية

يلجأ قاضي الملاءمة الى فكرة المعقولية لبيان مدى توافر التناسب في القضية المعروضة من عدمه.

والمعقولية هي علاقة بين ما يتضمنه العمل من ضوابط و حدود و قيود و تنظيمات و بين الهدف الذي يسعى الى تحقيقه من وراء ذلك ، وتتحق المعقولية اذا كانت هذه العلاقة في الحدود المقبولة عقلاً و منطقاً ، دون تجاوز مبالغاً فيه من حيث التشدد ، اي تكون العلاقة داخل الاطار الطبيعي لها لم تخرج عنه، و لم تتخطاه. وتتتفي المعقولية اذا خرجت هذه العلاقة عن هذا الاطار المقبول عقلا و منطقاً، وفي هذه الحالة تنتفي علاقة التناسب.^{١٤١}

الخاتمة

اولاً: النتائج

١. يقصد بالقصور التشريعي ، ان النصوص التشريعية غير ملاءمة للحياة السائدة في المجتمع وقت تطبيقها، وعدم تضمن النص التشريعي لما تقوم الحاجة اليه من احكام متكاملة في ظل تغيرات المستمرة ، ويعبر عن تطور المجتمع تطوراً جوهرياً و عدم قدرة النصوص التشريعية التي وضعت في زمن سابق على مواكبة هذا التطور.

٢. ان التفسير من قبل القاضي الدستوري ،ينسجم عكسياً مع قصور التشريع ،فكلما كان التشريع اكثر قصوراً كلما نشطت حركة التفسير و اتسع نطاق عمل القاضي

^{١٤٠} محمد ناصر راشد محمد الطنجي، مصدر سابق ، ص١٢٧.

^{١٤١} د.جورجي شفيق ساري،مصدر سابق،مصدر سابق،ص٤٧ ومابعدها.

- الدستوري، وكلما كان التشريع اكثر دقة و واوسع مجالا كلما تراجع نشاط القاضي الدستوري و كلما كان النصوص القانونية اكثر دقة و اوسع معالجة كلما تراجع نشاط القاضي الدستوري في مجال التفسير.
٣. تظهر فكرة الملاءمة بأعتبرها الاداة المثالية للتوفيق و المصالحة بين هذه المصالح المتقابلة او المتعارضة ، وكان لا بد من وجود رقيب لضمان قيام وتحقق الملاءمة و التناسب بين هذه المصالح المتصادمة ، خاصة فيما يتعلق بأستعمال الدولة لسلطتها في فرض قيود على حقوق الافراد وحررياتهم العامة.
٤. أن ما يساعد القاضي الدستوري على المضي قدما في أعمال فكرة الرقابة على حالة القصور التشريعي ، هو أن قواعد توزيع الاختصاصات بين السلطات بصورة عامة، تتعلق بالنظام العام، وبالتالي فإن الدفع بإدانة قصور المشرع عن ممارسة اختصاصاته التشريعية أو أخلاله بجزء منها، يغد من الدفوع المتعلقة بالنظام العام التي ينبغي على القاضي الدستوري إثارها من تلقاء نفسه، حتى و إن لم يطلب إليه المدعين ذلك.
٥. وأن اختصاص القاضي الدستوري في الرقابة على حالة القصور التشريعي، يجد أساسه في فكرة التصدي، والتي مفادها أن يقوم القاضي الدستوري من تلقاء نفسه بإثارة مسألة من المسائل أو دفع من الدفوع المتصلة بموضوع معين، ثم يحكم القاضي بشأن هذه المسألة أو هذا الدفع ويطبق الدستور عليها، ليزن بينها وبين محتوى نصوصه وروحها ليقدر فيما إذا كان وجودها يشكل عدوانا على الموضوعات التي ينظمها فيحكم بإنزال حكم الدستور عليها.

التوصية:

ضرورة انشاء مركز وطني متخصص في تقديم الاستشارات واعداد الدراسات القانونية وتقييم اداء النصوص القانونية ، ويكون على درجتين، الاولى تختص بدراسة مدى الاخذ بعين الاعتبار معايير الجودة في التشريع اما الثاني فمرتبطة بضرورة مواكبة النصوص القانونية لتطور الحياة والانسجام بين مختلف القواعد القانونية.

المصادر

المعاجم

١. قاموس المعجم الوجيز، مجمع اللغة العربية، الطبعة وزارة التعليم ب مصر ١٩٩٩، ص٦١٢.
٢. قاموس المنجد في اللغة والإعلام، دار المشرق، بيروت، الطبعة ٢٥، ١٩٨١، ص٨٠٣.
٣. قاموس مختار الصحاح، مؤسسة الرسالة ب، ت.

الكتب

١. أز س كاناريز. سد الفراغ في القانون و موقف النظام القانوني الألماني منه، ترجمة د. الرسول الجصاني، منشور في مجلة القضاة، ١٤، ص٢٨.

٢. جورجى شفيق ساري، اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالدستور، ط ٣، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥.
٣. سالم الجهمي، الرقابة القضائية على التناسب في مجال التأديب، دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠٩،
٤. سامي جمال الدين، القضاء الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٣.
٥. شعبان احمد رمضان، ضوابط و آثار الرقابة على دستورية القوانين، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠.
٦. عادل الطباطبائي، الحدود الدستورية بين السلطتين و القضائية، دراسة مقارنة. مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، ٢٠٠٠.
٧. عبد الحفيظ الشيمي، رقابة الاغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣.
٨. عصام عبد الوهاب البرزنجي، السلطة التقديرية للإدارة و الرقابة القضائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧١،
٩. عوض المر، القابة القضائية على دستورية القوانين فى ملامحها الرئيسية، مركز رينيه- جان ديوي للقانون و التنمية، دون ذكر مكان و سنة الطبع.
١٠. عيد احمد الغفلول، فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣.
١١. محمد باهي أبو يونس، أصول القضاء الدستوري، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠١٣.
١٢. محمد حسين عبدالعال، فكرة السبب في القرار الإداري ودعوى الإلغاء، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٤.
١٣. محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري، الكتاب الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٣.
١٤. محمد فوزي، التفسير المنثى للقاضي الدستوري، ط ١، دار النهضة العربية، القاهرة، بلا سنة طبع.
١٥. محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي و الرقابة على دستورية، دراسة تطبيقية في مصر، ج ٢، دار أبو المجد، القاهرة، ٢٠٠٦.
١٦. محمد ناصر راشد محمد الطنجي، الرقابة القضائية على التناسب في القرار الإداري، دراسة مقارنة وتطبيقية في فرنسا ومصر ودولة الإمارات العربية المتحدة، الطبعة الأولى، دون مكان طبع، ٢٠١٦.
١٧. مصطفى كمال وصفي، أصول إجراءات القضاء الإداري، دار عالم الكتب، القاهرة، الطبعة الثانية، ١٩٧٨،
١٨. هشام عبدالمنعم عكاشة، المحكمة الدستورية العليا، قاضي التفسير، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥.
١٩. وليد محمد الشناوي، التطورات الحديثة للرقابة القضائية على التناسب في القانون الإداري، دار الفكر والقانون، ٢٠١٧، ص ٤٢

البحوث

١. عبد الرحمن عزاوي، الرقابة على السلوك السلبي للمشرع الاغفال التشريعي نموذجا، مجلة العلوم القانونية الادارية و السياسية، المجلد ٢٠١٠، العدد ١٠، جامعة ابو بكر بلقايد، كلية الحقوق، الجزائر.
٢. عبد العزيز محمد سالمان، الرقابة القضائية على قصور التنظيم التشريعي، دراسة فقهية قضائية مدعمة بجميع ما اصدرته المحكمة الدستورية العليا من احكام، الطبعة الاولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠٢١.

الرسائل والاطاريح

- ١- محمد ناصر راشد محمد الطنجي، الرقابة القضائية على التناسب في القرار الإداري، دراسة مقارنة وتطبيقية في فرنسا ومصر ودولة الامارات العربية المتحدة، ٢٠١٦.
- ٢- محمد نجم محسن الشحمان، دور القاضي الدستوري في اصلاح القصور التشريعي دراسة تحليلية مقارنة، رسالة مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠٢٢، ص ٤٩ وما بعدها

الاحكام القضائية

- ١- حكم المحكمة الدستورية العليا المصري في القضية رقم ٣٠ لسنة ١٦، قضائية- دستورية جلسة ٦ نيسان ١٩٩٦، قاعدة رقم ٣٣، ص ٥٥١، من الجزء السابع من مجموعة أحكامها.
- ٢- حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٩ لسنة ١٦ قضائية- دستورية جلسة ٥ اب ١٩٩٥، قاعدة رقم ١٠/٧ ص ١١٤، من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة.

المصادر الالكترونية

- عبد العزيز محمد سالمان، رقابة الإغفال في القضاء الدستوري، دون ذكر أرقام صفحات بحث منشور على الموقع الإلكتروني: <http://www.Startimes.com>

أهمية الحماية القانونية لتمكين المرأة في تنمية المجتمع العراقي

ا.د. سميرة حسن عطية

مركز المستنصرية للدراسات العربية والدولية

المخلص

موضوع المرأة يحظى باهتمام كبير في المحافل المحلية والدولية وعلى المستويين الرسمي والشعبي، ولا تختلف في هذا الامر الدول المتقدمة عن الدول النامية حتى صار موضوع المرأة وتنميتها أحد المكونات الأساسية في برامج التنمية البشرية وبرامج التنمية الشاملة؛ بهدف الوصول الى معدلات لتنمية تقدم شؤونها الامر الذي سينعكس إيجاباً في النظرة التكاملية للمجتمع الإنساني وينعكس إيجاباً أيضاً على الأمن والاستقرار الاجتماعي والسياسي والاقتصادي للبلاد.

ان المؤتمرات العالمية الخاصة بالمرأة قد تكون بدأت نتيجة لاضطهاد المرأة، فعلاقة المرأة بالرجل هي علاقة تكاملية وليست تماثلية، حيث ان الدافع الأول للإنسان هو البحث عن الذات، الذي يعتمد على تقدير الآخرين له ولدوره وإنتاجه بالمجتمع، وهذا ما اكدت عليه المؤتمرات حيث ان المرأة هي نصف المجتمع وعماد وجوده واستقراره. ولذلك لا يمكن أن تنهض المجتمعات بنصف طاقتها فقط، فالرجل والمرأة هما نصفاً طاقة المجتمع وعماد الحياة فيه ومصدر التاريخ البشري كله، ولم يعرف التاريخ عسراً تخلفت فيه المرأة وحدها بل اقترن دورها دائماً بدرجة تقدم المجتمع ونهوض الأمة، مما يبرز أهمية توظيف قدرات المرأة في المشاركة وخدمة قضايا المجتمع.

المبحث الأول: مشكلة البحث

أن أهمية الدور الذي يجب أن تلعبه القوانين في العراق والتي تحمي حقوق المرأة وتساعد في تمكينها من المشاركة في تنمية المجتمع المحلي في ظل الظروف والمتغيرات الاجتماعية والاقتصادية التي يمر بها مجتمعنا. وبذلك تحددت مشكلة الدراسة في إسهامات إقرار القوانين في تمكين المرأة من المشاركة في تنمية المجتمع.

أهمية البحث:

تتزايد أهمية ودور القوانين التي تحمي حقوق المرأة في تمكينها لاداء أدوارها في ضل سياسة التحرير الاقتصادي والتغيير في دور الدولة التي أصبحت مسؤولة مسؤولية كاملة عن الوفاء باحتياجات المرأة من الخدمات الاجتماعية والثقافية. ان دراسة موضوع المرأة وتمكينها من حيث محددات الواقع الحالي والملحة والتوعية بها وإيجاد حلول لها والعمل على فرض هذه الحلول على صانعي السياسات بشكل يجعل من تلك القوانين الفعالة للمشاركة الإيجابية في مجالات الحياة المختلفة، حيث ينعكس على تنمية المجتمع وتطويره.

وعلى الرغم من الاعتراف بدور المرأة إلا أنه مازالت بعض القضايا الإشكالية ومنها الأطر السياسية والقانونية الوظيفية في العديد من البلدان لا تسمح بمشاركة فعالة للمرأة من منظور قدرتها على القيام بمهام التنمية وخاصة فيما يتعلق بالفقر ونقص الموارد المادية ونقص الخبرات ومدى وعيها بمتطلبات مجتمعاتها المحلية. ان تمكين المرأة تعد من التوجهات الهامة ومنها التركيز على المشاركة كقيمة ومدخل لمجتمع ديمقراطي يسهم فيه البشر في صياغة واقعهم ومستقبلهم باعتبار أنهم هدف وركيزة في عملية التنمية إلى جانب التحدي الخاص بمشاركة النساء في كل العمليات المجتمعية، التي تعكس مطلباً أساسياً وهو المساواة وعدم التمييز ضد النساء.

موضوع هذه الدراسة له أهميته الأكاديمية اذا ما وضعنا نصب أعيننا الظروف الموضوعية الاجتماعية والاقتصادية والسياسية التي يمر بها المجتمع العراقي وضرورة تحديد إطار مجتمعي يزيد من إمكانية الحراك الاجتماعي أفقياً ورأسياً ويوفر قنوات المشاركة لقطاع يمثل ما يقرب من نصف الطاقة البشرية ألا وهي المرأة.

أهداف البحث:

- التعرف على فلسفة تمكين المرأة من المشاركة في تنمية المجتمع المحلي.
- التعرف على المشكلات والمعوقات التي تواجه تمكين المرأة من المشاركة في تنمية المجتمع المحلي.
- التوصل إلى مقترحات نحو تمكين المرأة من المشاركة في تنمية المجتمع المحلي.

تساؤلات البحث:

- ما دور القوانين لتمكين المرأة من المشاركة في تنمية المجتمع؟
- ما المعوقات التي تواجه تمكين المرأة من المشاركة في تنمية المجتمع؟
- ما هي المقترحات التي يمكن أن تسهم في تفعيل دور القوانين لتمكين المرأة من المشاركة في تنمية المجتمع؟

The importance of legal protection for the empowerment of Prof. Dr. Samira Hassan Attia

Summary

The issue of women receives great attention in local and international forums and at the official and popular levels, and developed countries do not differ from developing countries in this matter, so that the issue of women and their development has become one of the basic components in human development programs and comprehensive development program, with the aim of reaching rates for the development of the progress of its affairs, which will be reflected positively in the integrated view of human society and also positively reflected on the security, social, political and economic stability of the country .

The world conferences on women may have started as a result of the oppression of women, the relationship of women with men is a complementary relationship and not analogue, as the first motivation for man is the search for self, which depends on the appreciation of others for him and his role and production in society, and this is what the conferences emphasized. As women are half of society and the pillar of its existence and stability. Therefore, societies cannot rise to half of their energies only, as men and women are half of the energy of society, the pillar of life in it and the source of all human history.

Importance of Research:

The importance and role of laws that protect women's rights in enabling them to perform their roles in light of the policy of economic liberalization and change in the role of the state, which has become fully responsible for meeting women's needs for social and cultural services, is increasing.

Studying the issue of women and empowering them in terms of the determinants of the current and urgent reality, raising awareness of them, finding solutions to them, and working to impose these solutions on policymakers in a way that makes these effective laws for positive participation in various areas of life, as it is reflected in the development and development of society.

Despite the recognition of the role of women, some problematic issues, including the political and legal frameworks of employment in many countries, still do not allow for the effective participation of women from the perspective of their ability to carry out development tasks, especially with regard to poverty, lack of material resources, lack of expertise and awareness of the requirements of their communities.

The empowerment of women is one of the important trends, including focusing on participation as a value and an entry point for a democratic society in which human beings contribute to shaping their reality and future.

The subject of this study is of academic importance if we bear in mind the objective social, economic and political conditions that Iraqi society is going through and the need to define a societal framework that increases the possibility of social mobility horizontally and vertically and provides channels of participation for a sector that represents nearly half of the human capacity, namely women.

Research Objectives:

- Identify the philosophy of empowering women to participate in community development.
- Identify the problems and obstacles facing the empowerment of women to participate in community development.
- Coming up with proposals towards empowering women to participate in community development.

Research Questions:

- What is the role of laws to enable women to participate in the development of society?
- What are the obstacles to enabling women to participate in community development?
- What are the proposals that can contribute to activating the role of laws to enable women to participate in the development of society?

تعريف التمكين

كما يعرف التمكين بأنه العملية التي بواسطتها تصبح النساء قادرة على التعرف على أوضاعهن بحيث يتمكن من اكتساب المهارة والخبرة ويطورون قدراتهن بالاعتماد على الذات، ويكتسب التمكين أهمية إضافية في مقارنة النوع الاجتماعي والتنمية، إذ أن التمكين يقوم على ثلاثة مظاهر مترابطة:

- مظهر القدرة على Power to والذي يمكن النساء من المشاركة بنشاط ومساواة في صنع القرارات الاجتماعية والاقتصادية والسياسية.
- مظهر القدرة على Power with والذي يمكن النساء من تنظيم أنفسهن مع غيرهم من النساء من أجل تحقيق أهداف مشتركة.
- مظهر القدرة في Power In الذي يمكن النساء من أن يصبحن أكثر وعياً وثقة بالنفس. (السكري، بدون سنة، ص ١٧٨).

المبحث الثاني: معوقات تمكين المرأة

إن البحث عن معوقات تمكين المرأة يجعلنا نضع فرضية تنص على أن هناك مجموعة من العوامل الاجتماعية والسياسية والاقتصادية والشخصية التي وقفت عائقاً من تمكين المرأة العراقية، وفيما يلي شرح هذه العوامل بشيء من التفصيل.

١- العوامل الاجتماعية:

إن النظرة المجتمعية الضيقة، وبخلفياتها الثقافية والاجتماعية التقليدية والعرفية أن دور المرأة العربية في البيت وفي بعض الأعمال الفنية، كما أنه لم يضمن لها الحرية الكافية للتخطيط لمستقبلها بشكل حيادي، أو المساحات الكافية للاختيار، ووفق ثقافة المجتمع العربي القائمة على "ثقافة العيب والحرام من جهة" وعلى اعتبار المرأة أمّاً وزوجة في المقام الأول، فقد تم تحديد دورها الأهم في أسرتها. (فقط، وتقليص دورها في التنمية سواء كانت الاجتماعية أو الإدارية أو الثقافية أو السياسية (خنياب، ٢٠١٢، ص ٧٣-٨٣).

وتوجد العديد من المعوقات والصعوبات ذات المضمون الاجتماعي، التي تعرقل انطلاق دور المرأة المساند والمكمل لدور الرجل في مجالات الحياة كافة. وعلى المستوى العراقي وقد بينت نتائج البحوث أن أسباب عزوف المرأة العراقية للعمل بالمشروعات

الإنتاجية والصناعية المهمة والتي تماس كبير مجالات قوى التنمية البشرية التي يحتاجها البلد، هذه الأسباب تعود إلى اتجاهين هما:

- الاتجاه الأول : هو تقليدي محافظ : يرى في المرأة أنها كائنًا ضعيفاً وظيفتها في شؤون الأسرة فقط، وأن دورها في تربية الأولاد ومسؤولياتها عن الأسرة، وأن خروج المرأة مع الرجل خارج المنزل واختلاطها بالرجال أمر مناف للتعاليم الدينية والروحية والأعراف الاجتماعية.

- الاتجاه الثاني : وهو اتجاه يتميز بتحرره نسبياً، ويعترف بحق المرأة في العمل، ويرى هذا الاتجاه أن هناك مهن تتناسب وطبيعة عمل المرأة مثل مهن الخياطة، والتعليم والتربية، بينما هناك أعمال لا يجوز للمرأة العمل بها، وذلك

لأنها تتعارض مع طبيعتها ومع التقاليد الاجتماعية الموروثة (الشيدي، ٢٠١١، ص ١٣٣-١٤١).

ومن الدراسات والإحصاءات التي قامت بها جامعة الدول العربية (إدارات الإحصاء وإدارة المرأة والأسرة) حول واقع المرأة العربية أن أوضاعها الاقتصادية والاجتماعية والتعليمية تؤثر في مشاركتها في النشاط الاقتصادي لمجتمعها وموضوعها على السلم الإداري والوظيفي، لذا فالفقر والأمية، والرغبة في تكوين أسرة في عمر مبكر، وتكوين أسرة كبيرة، وما يتبعها من ضرورة الاعتناء بها، والتفرغ التام لها، يجعلها بعيدا عن تمكينها إدارياً واجتماعياً، فالدور الأسري للمرأة قد يجبرها على اختيار الأعمال التي تتطلب وقتاً وجهداً أقل . ونتيجة للظروف التي تمر بها من حمل وولادة وتربية الأطفال، يجعلها غير قادرة على تحمل متطلبات الأعمال الإدارية وما تتطلبه من متابعة، وتنفيذ، وجهد وسفر، ومن اختلاط دائم وحيوي مع الموظفين، وما تفرضه طبيعة العمل من تداخلات وظيفية يومية (الشيخ عمر، ٢٠١٠، ص ١٤).

إضافة الى ان الموروث الاجتماعي السلبي تنعكس آثاره على المرأة مما يمنعها من ممارسة دورها في بناء المجتمع والمشاركة في عملية التنمية التي لا تتم إلا بتكامل الأدوار بين كل من المرأة والرجل، وما زال هذا الموروث يترك أثراً يحتاج إلى عمل جاد ودؤوب لتصحيح المفاهيم المغلوطة لهذه المعتقدات والمورثات ومن ثم الحفاظ على ما هو أصلي منها وتنقيتها مما هو نتيجة تراكمات لا أساس لها من الصحة (خشيم، ٢٠١٠، ص ٢١٧-٢٣١).

ان الدين الإسلامي هو احد العوامل الاجتماعية ليس له علاقة بأية ممارسات خاطئة تجاه المرأة، نظراً لأن مثل هذه الممارسات تعود في الأساس إلى عوامل اجتماعية وسياسية متمثلة في التنشئة والعادات والتقاليد التي يتوارثها الأفراد جيلا بعد جيل (إسماعيل،

<http://www.ahewar.org/debat/show.art.asp?aid=45270>

٢- العوامل الاقتصادية والسياسية:

يكتسب دور الحكومات أهمية خاصة في إقرار السياسات المتعلقة بخصوص المرأة، والمشاركة بين الرجال والنساء، وإزالة العقبات القانونية التي تميز ضد المرأة، والحكومات إذا أرادت فهي التي تدفع بالمرأة إلى مراكز القيادات، إلا إن الحكومات ما زال دورها ضعيفا في إيصال المرأة إلى السلطة التشريعية، وللأحزاب السياسية أيضا دورا هاما، حيث تعتبر نسبة مشاركة المرأة في الأحزاب السياسية متدنية جداً، فالنساء عازفات عن الانتساب إلى الأحزاب السياسية، كما إن الأحزاب لا تتوجه للنساء (أيلول، ٢٠٠٩، ص ٢٤).

إن هيمنة الثقافة (الأبوية) المتداخلة مع قيم الهيمنة والتفوق والإخضاع والتي حصرت

دور المرأة في الوظيفة الاجتماعية والأسرية أدت دوراً بالغ السوء في قضية تمكين المرأة.

فضلاً عما سبق يمكن الإشارة إلى ضعف فاعلية المنظمات النسائية ، ويمكن إرجاع ذلك إلى ما يأتي (الطراونة واخرون، ٢٠١١، ص ١٣٣-١٧٨):

- قلة الموارد المالية، فالدعم الذي تلقاه هذه المنظمات قليل جداً، وهذا يستلزم بناء استراتيجية مستمرة لتوفير الدعم والتمويل الذاتي والوطني لهذه المنظمات.
- غياب استراتيجية تمكين شاملة، وضعف الوعي بأهمية التمكين ومفهومه الحقيقي لدى هذه المنظمات وأجهزتها التنفيذية والقدرة على التوجه إلى جميع الشرائح النسائية والقواعد الشعبية خصوصاً المرأة الريفية.
- ضعف عملية بناء قدرات المنظمات النسائية وتحويلها إلى مؤسسات فاعلة ذات قيادات مؤهلة ومدربة.
- الافتقار إلى التفاعل والتواصل وتبادل الخبرات مع الأطراف المختلفة ذات الخبرات والإمكانات.
- وجود القوانين المقيدة لنشاط الجمعيات، فالتشريعات العربية تقيد بدرجات متفاوتة حرية تكوين الجمعيات وتخضعها عندما تنشأ لأشكال مختلفة من الإشراف والرقابة.

٣-العوامل الشخصية:

على الرغم من اتفاق الباحثين على أن هناك معوقات للمشاركة الفعالة للمرأة في أنشطة المجتمع المختلفة، وأن تلك المعوقات دائماً ترتبط بعوامل اجتماعية وثقافية واقتصادية وسياسية، إلا أن هناك معوقات شخصية لدى المرأة وتصوراتها حول قدراتها وأدوارها، وهو ما يحول دون أن تستفيد من الفرص المتاحة أمامها للمشاركة الرسمية واكتساب الأدوار والمكانات القيادية ليست فقط التطوعية، وإنما الرسمية لأنه على الرغم من ما إتاحتها القوانين والتشريعات من فرص المشاركة إلا أن المرأة لم تستفد منها على قدر توفرها، وهو يؤكد على فكرة التمكين والمساعدة الذاتية للحصول على تلك الفرص .

والمعوقات الشخصية هي تلك المرتبطة بالمرأة نفسها وتتضمن ضعف قدرة المرأة على تنظيم الوقت،

والخوف من الفشل (الحسين واخرون، ٢٠١٠، ص ٥٤٩-٥٧٥) ، وكذلك خوف النساء من تحمل المسؤوليات الاجتماعية وعدولهن عن القيام بمهام تتطلب الخروج من البيت والبقاء خارجه مدة طويلة وعدم الرغبة في الانضمام إلى المؤسسات الاجتماعية (العثمان، ٢٠٠٦، ص ١١-٣٢).

ومما سبق يتضح تنوع العوامل المؤثرة على عملية تمكين المرأة، فقد شملت هذه العوامل متعلقة بالعادات والتقاليد والمورثات الاجتماعية، وعوامل اقتصادية وأخرى ذاتية تتعلق بالمرأة نفسها . أما عن أكثر هذه العوامل وأشدّها تأثيراً على تمكين المرأة العراقية لخدمة وتنمية مجتمعا.

المبحث الثالث: تنمية المجتمع المحلي

ان معالجة او تجاوز المعوقات والوضع الراهن لعملية التنمية لا بد وأن تحدث في إطار خطة قومية شاملة (Burnard & others, 1997, p 11)، وأن يكون البحث عن حقوق الإنسان من أهم القضايا كمتطلبات لها قيمتها من حيث المساعدة العلاجية المباشرة وأن يكون ذلك حق تدافع عنه الدول وتسمن من أجله التشريعات والقوانين وصياغة لكافة الحقوق والبرامج (تقرير التنمية الإنسانية العربية، ٢٠٠٢، ص ٣).

وتتوقف التنمية المحلية على تنفيذ سياسات وبرامج ترمي إلى إزالة ما تبقى من حواجز تفترض إدراك المرأة الفعلي في التنمية، فالتنمية التي لا تشارك فيها المرأة تنمية معرضة للخطر، فمازالت المواقف والمعايير الاجتماعية المتحيزة ضد المرأة والتي تشدد على نحو حصري على الدور الإيجابي للمرأة وتعزيز اللامساواة بين الرجل والمرأة في مختلف نواحي الحياة ومن ذلك أن أكثر من نصف النساء العربيات لا تزال أميات، حجم معدل وفيات الأمهات أثناء فترة الولادة في المنطقة هو ضعف معدلها في أمريكا اللاتينية والكاربيبي وأربعة أضعاف في شرق آسيا، كما تعاني النساء في بعض البلدان من عدم المساواة في المواطنة وفي الحقوق القانونية ولا تزال الاستفادة من قدرات المرأة العربية من خلال المشاركة السياسية والاقتصادية هي الأقل في العالم كما تعاني المرأة من عدم المساواة في الفرص ويتضح ذلك من الوضع الوظيفي والأجور ومن التمييز الوظيفي القائم ضد المرأة ومرد ذلك لا بد وأن يعاني المجتمع ككل إذا نقصت نسبة كبيرة جداً من أعضائه القادرين على الإنتاج، فينخفض دخل الأسرة فيه وتندنى مستويات معيشتها (السكري، ٢٠٠١، ص ٢٦).

المرأة والتنمية في إطار الاهتمام العالمي:

إن مراجعة الإعلان العالمي للحق في التنمية، يكشف عن مكونات أساسية يتضمنها الإعلان، يقع في قلبها المشاركة الشعبية والتوزيع العادل لمنافع التنمية وهو ما يرتبط بشكل مباشر بالمنظمات غير الحكومية ومصدر هذا الارتباط أن المنظمات غير الحكومية أصبحت آلية أساسية لتفعيل المشاركة الشعبية في التنمية وهو ما ذهبت إليه مختلف الوثائق العالمية للأمم المتحدة وأكد عليه الخطاب السياسي لحكومات العالم خاصة الدول النامية (حسنين، بلا)، بما تضمنه ذلك من حراك اجتماعي هائل الأبعاد وأن تغير أدوار المرأة بشكل أو بآخر من أجل مضاعفة إسهامها في النشاط التنموي وذلك مع مراعاة المحددات الموضوعية أي ظروف الزمان والمكان (السالموطي، ٢٠٠٠).

القوانين الدستورية ذات الصلة بتنمية المرأة

• المادة (٣٩) من القانون العراقي

تكفل الدولة حماية الأمومة والطفولة والشيخوخة وترعى الناشئين والشباب، وتوفر لهم الظروف المناسبة لتنمية مواهبهم وقدراتهم...يحظر الاستغلال الاقتصادي للأطفال بصورة كافية، وتتخذ الدولة الاجراءات الكفيلة بحمايتهم. تكنع كل أشكال العنف والتعسف في الأسرة والمدرسة والمجتمع.

• المادة (٣٧)

يحرم العمل القسري (السخرة)، والعبودية وتجارة العبيد (الرقيق)، ويحرم الاتجار بالنساء والأطفال، والاتجار بالجنس .

• المادة (١٥)

العراقيون متساوون أمام القانون دون تمييز بنسب الجنس، العرق، القومية، الأصل، اللون، الدين، المذهب، المعتقد، الوضع الاقتصادي أو الاجتماعي.

• لكل فرد الحق في الحياة والأمن والحرية، ولا يجوز الحرمان من هذه الحقوق أو تقييدها إلا وفقاً للقانون، وبناءً على قرار صادر من جهة قضائية مختصة .

• الأسرة أساس المجتمع، وتحافظ الدولة على كيانها وقيمتها الدينية والأخلاقية والوطنية.

ان تحقيق المساواة التامة بين الرجل والمرأة وإيقاف العنف ضد المرأة والفتيات والأطفال هو من أولويات عمل الحكومة وإيجاد فرص العمل لها لتنمية ذاتها وأسرتها الذي يساهم في تنمية المجتمع وتقدمه.

• المادة (٤٩)

دستور العراق عام 2005 والذي ضمن تمثيل المرأة في مجلس النواب العراقي في المادة 49 رابعاً يستهدف قانون الانتخابات تحقيق نسبة تمثيل النساء لا تقل عن الربع من عدد أعضاء مجلس النواب.

التوصيات

- ١- تفعيل التشريعات والقوانين الخاصة بالمرأة .
- ٢- زيادة مشاركة المرأة العراقية سياسياً.
- ٣- دعم المرأة اقتصادياً من خلال توفير فرص العمل.
- ٤- تفعيل دور الاعلام في نشر ثقافة تمكين المرأة سياسياً واجتماعياً واقتصادياً.
- ٥- تدريب المرأة لزيادة ثقتها بنفسها لزيادة خبراتها ومهاراتها الشخصية.

المصادر

- Robert Black Burnard and Jana Esau Uttit Human Rights for the 21st, Century, Pintel, 1997, P.11.
- أحمد شفيق السكري: خبرات وتجارب في تنمية المجتمعات المحلية الريفية والحضرية، القاهرة، بدون دار نشر، ٢٠٠١، ص٢٦.
- احمد شفيق السكري: قاموس الخدمة الاجتماعية والخدمات الاجتماعية، الإسكندرية، دار المعرفة الجامعية، بدون سنة، ص١٧٨.
- إيمان بشير الحسين، وعماد محمد سلامة، وجمال فواز العمري (٢٠١٠) المعوقات النفسية و الاجتماعية التي تواجه مشاركة المرأة الأردنية في المجالس البلدية بواسطة الحسين، المصدر مجلة كلية التربية – عين شمس - مصر ، ٣٤ ع ، ج٣، ص ٥٤٩-٥٧٥.

- تقرير التنمية الإنسانية العربية، برنامج الأمم المتحدة الغنائي، الصندوق العربي للإنماء الاقتصادي والاجتماعي، ٢٠٠٢، ص ٣.
- حسن الشيخ عمر (٢٠١٠) اثر تمكين المرأة ودوره في تحسين مستوى المعيشة، دراسة ميدانية محافظة . الرقة نموذجاً، رسالة ماجستير (غير منشورة) كلية الاقتصاد، جامعة دمشق، ص ١٤ .
- حسن محمد العثمان (٢٠٠٦) مشاركة المرأة الأردنية في التنمية البشرية الواقع والمعوقات، مجلة مؤتة - للبحوث والدراسات - العلوم الإنسانية والاجتماعية -الأردن، مج ٢١، ع ٣، ص ١١-٣٢.
- صابر بلول، التمكين السياسي للمرأة العربية بين القرارات والتوجهات الدولية والواقع. مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية- المجلد ٢٥ - العدد الثاني-٢٠٠٩، ص ٢٤ .
- عادل حسنين: الإعلام وتطوير دور المرأة في عملية التنمية العربية، سلسلة دراسات في المرأة العربية والتنمية الاقتصادية والاجتماعية لغرب آسيا.
- فاطمة الشيدي (٢٠١١) معوقات مساهمة المرأة بصورة فعالة في التنمية الإدارية، منتدى دور المرأة العربية في التنمية الإدارية - المنظمة العربية للتنمية الإدارية - سلطنة عمان، ص ١٣٣-١٤١ .
- فريده غلام إسماعيل/حقوق المرأة ومساواتها الكاملة في كافة المجالات، بحث منشور على الانترنت
<http://www.ahewar.org/debat/show.art.asp?aid=45270>
- محسن مهدي خنياب (٢٠١٢) القيم الاجتماعية وأثرها في دور المرأة العراقية المشاركة بالعمال الإنتاجي و الصناعي : دراسة في التنمية، مجلة كلية التربية للبنات للعلوم الإنسانية (جامعة الكوفة) -العراق، مج ٦، ع ١٠، ص ٧٣ - ٨٣ .
- مصطفى عبد الله عبد القاسم خشيم (٢٠١٠) معوقات تمكين المرأة في البلدان العربية: الواقع والطموح، مجلة شؤون عربية (مصر)، ع ١٤١، ص ٢١٧-٢٣١ .
- نبيل السماوي: العقد الاجتماعي والتنمية الشاملة، في المؤتمر الثالث عشر، الخدمة الاجتماعية في مواجهة المشكلات الاجتماعية والظواهر الاجتماعية، القاهرة، كلية الخدمة الاجتماعية، ٢٠٠٠ .
- نجاح الطراونه ومحمد أمين (٢٠١١) واقع التمكين الإداري للمرأة في الجامعات الأردنية العامة والمعوقات المؤثرة فيه من وجهة نظر أعضاء هيئة التدريس، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات - العلوم الإنسانية والاجتماعية -الأردن، مج ٢٦، ع ٤٤، ص ١٧٨-١٣٣ .

مبدأ العقلانية والذكاء في الصياغة التشريعية

The principle of rationality and intelligence in legislative drafting

أ.م.د. علي مجيد العكيلي

مركز المستنصرية للدراسات العربية والدولية

ملخص:

يُعد مبدأ العقلانية والذكاء من أهم الأسس التي تقوم عليها الصياغة التشريعية، لأنّ الصياغة التشريعية تُعبّر عن القيم السائدة في المجتمع من خلال القانون الذي تُصدره السلطة التشريعية، وهذا القانون يجب أن يكون واضح ومفهوم ودقيق لا يقبل التأويل والتفسير في نصوصه من أجل تحقيق الاستقرار القانوني وحماية حقوق الأفراد من خلال الصياغة الجيدة للنصوص التشريعية، وخلاف ذلك يفقد الأفراد الثقة في القوانين والمؤسسة التشريعية التي تمثلهم ومن ثم ينتهك الأمن القانوني.

كلمات مفتاحية: مبدأ العقلانية والذكاء، الصياغة التشريعية، الوضوح، الأمن القانوني.

Abstract:

The principle of rationality and intelligence is one of the most important foundations on which the legislative drafting is based, because the legislative drafting expresses the prevailing values in society through the law issued by the legislative authority, and this law must be clear, understandable, and accurate that does not accept interpretation and interpretation in its texts in order to achieve legal stability and protect The rights of individuals through the good drafting of legislative texts. Otherwise, individuals lose confidence in the laws and the legislative institution that represents them, and thus legal security is violated.

Keywords: The principle of rationality and intelligence, legislative drafting, clarity, and legal security.

المقدمة Introduction

يتسم مبدأ العقلانية والذكاء في الصياغة التشريعية بأهمية كبيرة، كون الصياغة تعبير عن القيم السائدة في المجتمع من خلال القانون الذي تُصدره السلطة التشريعية، ويجب أن يكون هذا القانون، عند صدوره، واضح ومفهوم للمخاطبين به، دون لبس أو غموض، لأنّ اللبس والغموض في النصوص التشريعية يترتب عليه الاختلاف في فهم تلك النصوص ومن ثم الاختلاف في تطبيقها، مما يؤدي إلى زعزعة الاستقرار القانوني، لذلك يجب أن تكون النصوص التشريعية واضحة وذات جودة عالية ومفهومة لغرض حماية حقوق الأفراد باعتبار أنّ تنظيم العلاقات القانونية من وظائف القانون الذي تُصدره السلطة التشريعية.

أهمية البحث Research importance

تتجلى أهمية البحث بأنّ مبدأ العقلانية والذكاء في الصياغة التشريعية يهدف إلى تحقيق الاستقرار القانوني لدى المخاطبين بالقانون من خلال فهم نصوصه ووضوحها، وهذه الغاية الحقيقية التي من أجلها يُشرع القانون.

إشكالية البحث Problematic of research

تكمن إشكالية البحث في التساؤل التالي: هل تتحقق العقلانية والذكاء في صياغة النصوص التشريعية، وما هو دورها؟

خطة البحث Research plan

سيتم تقسيم البحث على مقدمة وثلاث مطالب، سنتناول في الأول منها التعريف بمبدأ العقلانية والذكاء وأهميته، وسنتناول في الثاني ارتباط مبدأ الوضوح بالعقلانية والذكاء ودوره في الصياغة التشريعية، فيما سينصرف الثالث إلى بيان وجوب مبدأ العقلانية والذكاء في الصياغة التشريعية تحقيقاً للأمن القانوني، ثم نُنهي بحثنا بخاتمة تُبيّن فيها أهم النتائج والمقترحات التي توصلنا إليها.

المطلب الأول: التعريف بمبدأ العقلانية والذكاء وأهميته

Introducing the principle of rationality and intelligence and its importance

يُستَترَظ عندما تشرع السلطة التشريعية – مجلس النواب- القوانين أن تكون مطابقةً للدستور وألاً تُشرع أي قانون مخالف لأحكام الدستور، فضلاً عن مراعاة الصياغة التشريعية، والجودة، والوضوح، والعقلانية والذكاء عند وضع التشريع، لأنّ القانون يجب أن يكون مفهوماً للمخاطبين به، أي علاج الظواهر الاجتماعية وحفاظ على استقرار المراكز القانونية وحماية الحقوق المكتسبة. لذلك يتسم مبدأ العقلانية والذكاء في الصياغة التشريعية بأهمية كبيرة، ومن خلال ذلك سوف تُبيّن مفهوم مبدأ العقلانية والذكاء ومن ثم التطرّق إلى أهميتها وعلى النحو الآتي:

الفرع الأول: مفهوم العقلانية والذكاء

The concept of the principle of rationality and intelligence

قبل الولوج في بيان مفهوم مبدأ العقلانية والذكاء، يجدر بنا تسليط الضوء على تعريفه في اللغة والاصطلاح وعلى النحو الآتي:

أولاً: المدلول اللغوي لمبدأ العقلانية والذكاء **Linguistic meaning of the principle of rationality and intelligence**: هذا المصطلح مركب من

مفردتين هما:

• العقلانية • الذكاء.

(العقلانية) عقل-عقلاً: أدرك الأشياء على حقيقتها. ويُقال: الغلام أدرك وميّر. عاقلة: باراه في العقل^(١٤٢). و(العقل) الحجر والنهي ورجل (عاقِل) و(عقول) وقد (عقل) من باب ضرب و(معقولاً) وهو مصدر وقال سيبويه هو صفة^(١٤٣). أمّا الذكاء في اللغة: يُقال ذكي فلان ذكاء-ذكا: فهو ذكي، أذكيا: حظي بالذكاء لكثرة رياضته وتجاربه^(١٤٤). والذكاء ممدرة حدة القلب وقد (ذكي) الرجل بالكسر (ذكاء) فهو (ذكي) على عقل^(١٤٥). أمّا في اللغة الإنكليزية فإنّ مصطلح (مبدأ العقلانية والذكاء) يُقابلُه Principle of relationally and intelligence وفي اللغة الفرنسية Principe du relationnel et de l'intelligence.

ثانياً: المدلول الاصطلاحي لمبدأ العقلانية والذكاء **Principle of relationally and intelligence as a term**

لم يتطرق الفقه القانوني إلى تعريفٍ اصطلاحيٍّ محددٍ لمبدأ العقلانية والذكاء، لكنّ هناك بعض التعريفات التي قد تكون منسجمةً مع مضمون مصطلح العقلانية والذكاء، ومن هذه التعريفات أنّه "ميّزة أو خاصية يُعنى بها المشرع من خلال صياغة القاعدة القانونية بحيث تعتبر هذه الميزة منحدره من مبدأ الوضوح والدقة والتحديد في القواعد القانونية"^(١٤٦)، وتعريفٌ آخر بأنّه "ميّزة أو خاصية يتميز بها النص لما يبلغه المخاطب به بعقله، فيكون مستوعباً ومكتسباً ذهنياً ومتاحاً للعقل بسهولة وسلاسة"^(١٤٧).

من خلال التعريفات أعلاه، يمكن لنا تعريف مبدأ العقلانية والذكاء بأنّه أساس الصياغة التشريعية، ويرتبط بمبدأ الوضوح من أجل دقة الصياغة حتى يصل للمخاطبين في النص بسهولة ووضوح.

^(١٤٢) المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية في مصر، ط٤، مكتبة الشروق الدولية، القاهرة، ٢٠٠٤، ص٦١٦.

^(١٤٣) مختار الصحاح، محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مؤسسة عز الدين للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٨٧، ص٤٤٦.

^(١٤٤) المعجم الوسيط، ص٣١٤.

^(١٤٥) مختار الصحاح، ص٢٢٣.

^(١٤٦) "Une loi devra donc etre consideree comme intelligible lorsqu'une personne ordinaire qui enprend connoissance comprend tes droits et libere's que la loi concretis a'son profit uoa' san encontre et mesure egalement les moyens d'effectivite de ceux-ci". Anne Frison – Roche. Le principe constitutionnel d'accessibilite et d'intelligibilite de la loi, Dalloz. N.23, 2000, p.364.

- نقلاً عن: دويني مختار، ضوابط جودة القاعدة القانونية، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي، الجزائر، ٢٠١٤-٢٠١٥، ص١٦١.

^(١٤٧) المرجع نفسه، ص١٧٠.

الفرع الثاني: أهمية مبدأ العقلانية والذكاء

The importance of the principle of rationality and intelligence

تقوم الصياغة التشريعية على أسس دقيقة وواضحة، ويجب أن يكون الصانع التشريعي مُلمَّ بالجوانب القانونية ويكون متخصصاً حتى يحقق العدالة التشريعية، وأن تكون النصوص عقلانية، بالإضافة إلى تَمَنُّع الصانع بالذكاء عند الصياغة لأنَّ النصوص القانونية تحقق الضمان للمخاطبين بها إذا كانت مفهومة وواضحة وعقلانية، بحيث تبرز غاية هذه النصوص من وراء إصدارها^(١٤٨).

فأهمية العقلانية والذكاء في الصياغة التشريعية تسهل عملية إدراك المقصود في النصوص القانونية أو الأحكام القانونية على نحو سليم ودقيق وواضح غير قابل للتأويل أو اللبس^(١٤٩). فالصياغة السليمة والعقلانية تُزيل الالتباس والغموض. ويرى البعض^(١٥٠) أن النص التشريعي عبارة عن صيغة لفظية تستوعب هدفاً معقولاً لا يقصده المشرع، وأنَّ كلمات النص مثلها مثل اللغة البشرية ذاتها، فالنص القانوني حصيلة ذكاء وعقلانية الصانع، وتُساعد هذه في تحديد كل المعنيين بموضوع القانون والجهة المختصة بتنفيذه، ويجب على الصانع أن يصوغ القانون أو النصوص القانونية في أضيق الحدود الممكنة بحيث يكون واضحاً ومعقولاً ويخدم أغراضه^(١٥١).

من خلال ذلك، يمكن القول أن مبدأ العقلانية والذكاء أساس في الصياغة التشريعية وتكشف عن جوهر القوانين التي سوف تصدرها السلطة التشريعية، فالصياغة فنٌّ لا يقوم إلا بالعقلانية والذكاء من قبل الصانع بحيث يظهر القانون بالمظهر الذي يعكس هبة السلطة التشريعية ومكانتها كونها ممثلة عن الشعب. ويرجع أساس مبدأ العقلانية والذكاء إلى الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والمواطن لسنة ١٧٨٩^(١٥٢)، فالصياغة التشريعية لا تتم ارتجالاً وإنما تلتزم بضوابط المنهجية العلمية والقانونية بوجود العقلانية والذكاء فيها.

(١٤٨) دويني مختار، المرجع السابق، ص ١٧٠.

(١٤٩) د. رافد خلف هاشم ود. عثمان سلمان غيلان، التشريع بين الصناعة والصياغة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٢، ص ٤٢.

(١٥٠) د. عصمت عبد المجيد بكر، مشكلات التشريع، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٤، ص ١٩٢.

(١٥١) د. محمود محمد علي صبرة، الاتجاهات الحديثة في إعداد وصياغة مشروعات القوانين، مكتبة صبرة للتأليف والترجمة، القاهرة، ٢٠٠٩، ص ٦١.

(١٥٢) نصت المادة (٤) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والمواطن لسنة ١٧٨٩ على أن "تضمن الحرية في القدرة على فعل كل ما لا يتسبب في إيذاء الآخرين". وذلك يعني أن حدود الحقوق الطبيعية للإنسان تقف عند حقوق الآخرين. القانون وحده هو من يقرر هذه الحدود.

ونصت المادة (٥) من ذات الإعلان على "لا يحق للقانون أن يمنع إلا الأفعال التي من شأنها إيذاء المجتمع، وعدا ذلك فلا يحق لأحد حظر أي فعل. كما أنه لا يمكن إجبار أي شخص على القيام بما لا يأمر به القانون".

ونصت المادة (٦) على "القانون هو التعبير عن الإرادة العامة. يمتلك كل مواطن حق المساهمة في صنع القانون، سواء بنفسه أو عبر ممثليه، ينطبق القانون على الجميع، سواء كان يعاقب أو يثيب، كل المواطنين متساوون أمام القانون، وكلهم جديرون بالمناصب والوظائف العامة بحسب مقدرتهم، هذه القدرة هي التمايز الوحيد بينهم، ولا مكان لتمييزات أخرى للفضيلة أو الموهبة".

المطلب الثاني: ارتباط مبدأ الوضوح بالعقلانية والذكاء ودوره في الصياغة التشريعية

Linking the principle of clarity with rationality and intelligence and its role in legislative drafting

لا شك أنّ الوضوح في النصوص القانونية أحد أهم ضمانات تحقق الأمن القانوني^(١٥٣)، الذي سوف نتطرق إليه بشكل مفصّل في المطلب اللاحق. ويُعرف مبدأ الوضوح بأنّه "كل ما هو سهل الفهم، وكل ما هو مستوعب ومكتسب بسهولة"^(١٥٤)، ويُعرف أيضاً بأنّه "ذلك المبدأ الذي يتعلق بمراعاة السلطة المختصة بالتشريع، ووضوح النص القانوني بما يسهل للمخاطبين به إدراكه وتطبيقه والوصول إليه"^(١٥٥). ويرتبط مبدأ الوضوح بالعقلانية والذكاء كون الأخير يتصف بأنّه ميزة أو خاصية يتميز بها النص لما يبلغه المخاطب به يعقله، فيكون مستوعباً ومكتسباً ذهنياً للعقل وسهولة وسلاسة^(١٥٦). فعدم وضوح النصوص القانونية لا يمكن قبوله إلا إذا كان مقروناً بتبريرات تكون موضوعية وعقلانية في ذات الوقت، أي أنّ عدم فهم القانون مقبول عندما تدعمه تبريرات عقلانية مبنية على التناسب^(١٥٧). لذلك يرى البعض^(١٥٨) أنّ عملية صياغة القوانين هي وظيفة جوهرية لأي مبادرة تشريعية، لأنّ جودة النصوص القانونية ودقتها ووضوح مفرداتها تسمح بفهم النص القانوني، ومن خلال ذلك يتحقق الأمن القانوني الذي يُعد أهم أسس الدولة القانونية. لذلك تُعرف الصياغة التشريعية بأنّها "الإفصاح عن القاعدة القانونية"^(١٥٩)، أو هي "طريقة التعبير عن مضمون القاعدة القانونية"^(١٦٠). ويرى جانب آخر^(١٦١) أنّ الصياغة التشريعية فنٌّ وتعتمد على مجموعة من الوسائل والقواعد المستخدمة

ونصت المادة (١٤) على أن "يمتلك المواطنون حق التحقق من الضريبة العامة، والإقرار عليها بحرية، ومراقبة توظيفها، وتقدير مقدارها وتقويمها وطريقة تحصيلها ومدتها سواء قاموا بذلك شخصياً أو عبر ممثليهم".

ونصت المادة (١٦) على أن "كل مجتمع لا يضمن هذه الحقوق أو لا يوجد فيه فصل للسلطات فهو مجتمع لا دستوري".

^(١٥٣) د. هاتم أحمد محمد سالم، ضمانات تحقق الأمن القانوني ودور المحكمة الدستورية العليا في كفالة تحققه، دارا لفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٢١، ص ٧٣.

^(١٥٤) Petit, La rousse illustrem Dictionnaire, Paris, Larousse, 2005, p.236.

^(١٥٥) د. مازن ليلو راضي، اليقين القانوني من خلال الوضوح وسهولة الوصول إلى القانون، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد، العدد الأول، ٢٠١٩، ص ٧.

^(١٥٦) دويني مختار، المرجع السابق، ص ١٧٠.

^(١٥٧) د. رفعت عيد سعيد، مبدأ الأمن القانوني - دراسة تحليلية في ضوء أحكام القضاء الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١١، ص ٢٣١.

^(١٥٨) د. أحمد عيسى نعمة الفتلاوي، التشريع السليم ومعوقات العملية التشريعية في العراق، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٥، ص ٨٤.

^(١٥٩) د. خالد الرويس و د. رزق الريس، المدخل لدراسة العلوم القانونية، الرياض، مكتبة الشقري، ٢٠١٤، ص ١٠٩.

^(١٦٠) د. همام محمود و د. صالح الكحيمي و د. أحمد محمود سعد، المدخل لدراسة القانون، دون سنة نشر وطبع، ص ١٢٢. نقلاً عن: د. عبد القادر الشخيلي، الصياغة القانونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٨، ص ٢٥.

^(١٦١) د. عصمت عبد المجيد بكر، المرجع السابق، ص ١٦٣.

لصياغة الأفكار والأحكام التشريعية بطريقة تيسر تطبيق القانون من الناحية العلمية، والسبب في ذلك هو استيعاب وقائع الحياة لتحقيق الغرض الذي شرع من أجله القانون. لذا يتعين أن تخضع عملية الصياغة التشريعية إلى العقلانية والذكاء والوضوح والدقة حتى يحقق مقاصد التشريع، أي وصوله إلى فهم المخاطب به. كما يرى البعض^(١٦٢) أنّ الصياغة فنّ التصور والخيال وهذا ما أكدّه المجلس الدستوري الفرنسي بأنّها (العقلانية في الصياغة التشريعية) المعيار المرجح في مادة مراقبة جودة القاعدة القانونية، حيث يرى أنّ القواعد القانونية يجب أن تتسم بالعقلانية والذكاء، لأنّ النص القانوني يعتبر معقولاً وذكياً في صياغته إذا تمكّنت الوظيفة العقلية البشرية من التوصل إلى معناه وفهمه بسهولة.

مما تجدر الإشارة إليه، أنّ الصياغة التشريعية نوعان، الأول: الصياغة الجامدة والمقصود بها التعبير عن التطبيق الحرفي للنص القانوني، أي بطريقة قاطعة ومحددة يعطي ثباتاً للنص القانوني، أي لا يمكن الاجتهاد في النص القانوني^(١٦٣)، فضلاً عن استقرار المعاملات وسهولة الفصل في المنازعات، فهذه الصياغة – الجامدة- تحدد لكل فرد معرفة مركزه القانوني معرفةً ثابتةً ومحددةً ومؤكدّة^(١٦٤)، أمّا النوع الثاني: فهي الصياغة المرنة، ويُقصد بها التعبير الذي يضع حكماً يتسع لسلطة تقدير من يتولى تطبيق القاعدة التشريعية^(١٦٥)، أي لا تضمن القاعدة التشريعية حكماً ثابتاً لا يتغير بالنظر إلى الظروف لكل حالة^(١٦٦)، بعبارة أخرى أنّ الصياغة المرنة تحمل بين طيّاتها متغيرات حسب الظروف ولا تكون ثابتة وتقبل الاجتهاد والتقدير والتفسير والتأويل عكس ما موجود في الصياغة الجامدة، وهذا ما أكدّه البعض^(١٦٧) بأنّ الصياغة المرنة تُعطي نوع من المرونة والاستجابة لظروف العمل المختلفة ومسايرة التطور الاجتماعي ومواجهة ما يطرأ من وقائع جديدة.

يتضح مما تقدم أنّ الصياغة التشريعية تعتمد على مبدأ العقلانية والذكاء ومن ثمّ الوضوح الذي يُعدّ أساس الصياغة بما يمكن للمخاطبين به فهم النص القانوني دون غموض أو لبس أو تأويل، لذلك يجب على الصائغ اعتماد العقل والذكاء في الصياغة لأنّ الصياغة الجيدة هي أحد أسس تنفيذ النصوص التشريعية ووضعها موضع صحيح وسليم في البناء القانوني للدولة، وبذلك يتحقق الأمن القانوني والثقة المشروعة في مؤسسات الدولة من قبل الأفراد.

^(١٦٢) دويني مختار، المرجع السابق، ص ١٦١-١٦٢.

^(١٦٣) أروك حورية، مبادئ الأمن القانوني في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر، ٢٠١٨، ص ١٢٨.

^(١٦٤) خنفر محمد و بن الشيخ إسماعيل، جودة الصياغة التشريعية ودورها في تحقيق الأمن القانوني، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، الجزائر، ٢٠٢١-٢٠٢٢، ص ١٣.

^(١٦٥) د. مالك دوهان الحسن، المدخل لدراسة القانون، مطبعة جامعة بغداد، ١٩٧٢، ص ٢٨٤.

- د. عصمت عبد المجيد بكر، المرجع السابق، ص ١٦٥-١٦٦.

^(١٦٦) د. عبد القادر الشخيلي، المرجع السابق، ص ٦٧.

^(١٦٧) أروك حورية، المرجع السابق، ص ١٣٠-١٣١.

المطلب الثالث: وجوب مبدأ العقلانية والذكاء في الصياغة التشريعية تحقيقاً للأمن القانوني

The necessity of the principle of rationality and intelligence in legislative drafting to achieve legal security

لا شك أنّ الصائغ التشريعي عندما يكتب النصوص التشريعية، يجب أن يُحقق نوعاً من الاستقرار القانوني للمخاطبين بتلك النصوص التشريعية بما يضمن توفير مصادر حماية مضاعفة لمختلف الأشخاص القانونية ودوره في تحديد الأخطار المتأتية من النصوص أو القوانين التشريعية^(١٦٨). فالأمن القانوني يُعد أهم أسس بناء الدولة القانونية، لذلك يُعرف الأمن القانوني بأنه "الإجراءات التي تتخذها السلطات العامة بهدف تحقيق التوازن بين ثبات ووضوح وسهولة الوصول إلى القواعد القانونية السائدة في وقت معين بما يحقق الثقة واطمئنان لدى المخاطبين بها، وبين التطور والتغيير الطبيعي لها"^(١٦٩). في حين عرّفه آخرون بأنه "فكرة تقوم بصفة عامة على معرفة القانون والتطورات التي ستلحق أحكامه بعد نفاذها"^(١٧٠). وبهذا يرى الأستاذ Formont أنّ مبدأ الأمن القانوني يتضمن طائفتين من القواعد، فالطائفة الأولى تهدف إلى ضمان استقرار المراكز القانونية أو الثبات النسبي لهذه المراكز من حيث الزمان، أمّا الطائفة الثانية من القواعد فهي تشترط فكرة اليقين La certitude في القواعد القانونية، أي الوضوح والتحديد للقواعد القانونية وقرارات السلطات، مما يعني توافر الجودة في هذه القواعد والقرارات^(١٧١). في حين يرى أحد الفقهاء^(١٧٢) أنّ الأمن القانوني يمكن أن يُعنى بالأمن بواسطة القانون، كما يمكن أن يُعنى أمن القانون، ويسمى الأمن الذي يمنحه القانون للشخص ولل فرد بالسلام والنظام. أمّا التقرير السنوي لمجلس الدولة الفرنسي لعام ٢٠٠٦ فقد ذكر أنّ مبدأ الأمن القانوني يقتضي أن يكون المواطن قادراً على تحديد ما هو مباح وما هو محظور بموجب القانون المطبق، دون أن يستدعي ذلك من جانب مجهودات غير محتملة من أجل بلوغ هذه النتيجة، بذلك يجب أن تكون القوانين الصادرة واضحة ومفهومة ولا

^(١٦٨) خنفر محمد و بن الشيخ إسماعيل، المرجع السابق، ص ٧٠.

^(١٦٩) د. مازن ليلو راضي، المبادئ العامة للقانون في قضاء مجلس الدولة الفرنسي، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠٢٠، ص ١٥٤-١٥٥.

^(١٧٠) Philippe Xavier, A frique du sud, In: Annuaire international de justice constitutionnelle, 15-1999. Constitution et securite juridique – Droit constitutionnel, droit communautaire et droit europeen, 2000, p.72.

- بلخير محمد آيت عودية، الأمن القانوني ومقوماته في القانون الإداري، دار الخلدونية، الجزائر، ٢٠١٨، ص ٢٢-٢٣.

^(١٧١) د. محمد عبد اللطيف، مبدأ الأمن القانوني، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنصورة، كلية الحقوق، العدد ٣٦، ٢٠٠٤، ص ٨٨.

^(١٧٢) د. محمد جمال عطية عيسى، أهداف القانون بين النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، القاهرة، دون سنة نشر، ص ٥٧؛ د. أحمد عبد الحسيب عبد الفتاح السنتريسي، العدالة التشريعية في ضوء فكرة التوقع المشروع، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١٨، ص ٢٤.

تخضع مع الزمن لتغييرات مفرطة وبالأخص غير متوقعة^(١٧٣). في حين نرى أنّ الأمن القانوني هو عدم الإضرار بمصالح الأفراد من خلال قوانين تشريعية غير دقيقة وغير واضحة من حيث الصياغة التشريعية ويكون من شأنها هدم ركن الاستقرار وزعزعة الثقة بالمؤسسة التشريعية وقوانينها، لأنّ التشريع (القانون) بهذا المعنى له خصائص مما يدعم دوره في توفير الأمن القانوني فهو يكون غائي و عام ومجرد وملزم واجتماعي^(١٧٤) ويتسم بالدقة والوضوح وبال عقلانية مما يسهل الرجوع إليه وتحديد زمن بدئه وتعديله وإلغائه عند الاقتضاء. لهذا ينبغي مراعاة الدقة في الصياغة التشريعية من خلال التعبير الفني العلمي والعقلي بأقرب السبل وأفضل الأدوات لتحقيق الغاية المقصودة من التشريع، فالصياغة فنّ وذكاء لا يقوم من فراغ، إذ لا بُدّ من وجود موضوع بشكل أفكار مجددة يُراد التغيير عنها بصورة صحيحة بحيث تعبر عن المعنى القانوني السليم والأفضل^(١٧٥)، كون الأمن القانوني يشترط وجود قاعدة قانونية واضحة ومستقرة وغير قابلة للرجعية ومن ثم أحدهما يكمل الآخر^(١٧٦)، أي الصياغة التشريعية والأمن القانوني، ومن هنا يتحقق الأمن القانوني، أي ثقة الأشخاص بالقانون واطمئنانهم على حقوقهم ومراكزهم القانونية واحترام حقوقهم المكتسبة، ويُقصد بالحقوق المكتسبة " هو ما لا يجوز للقاضي أن يمسه بسوء أو يسلبه صاحبه بحجة تطبيق قانون مستجد"^(١٧٧)، لأنّ الحق المكتسب هي حقوق لا يجوز لأي سلطة من سلطات الدولة سلبها أو انتهاكها.

من خلال ذلك، نستطيع القول بأنّ الصياغة التشريعية يجب أن تحقق الأمن القانوني من خلال وجوب العقلانية والذكاء والوضوح والجودة في الصياغة التشريعية، وبخلاف ذلك تؤدي إلى عدم الاستقرار وزعزعة الثقة المشروعة للمخاطبين بالقانون وفي النهاية يؤدي إلى عدم عدالة هذا القانون وعدم وجود أمن قانوني.

(173) Conseil d'Etat Securite Juridiqueet complexite droit Rapport public, 2006, p.281.

(١٧٤) د. يونس العياشي، الأمن القانوني والقضائي وأثرهما في التنمية الاقتصادية والاجتماعية، ط١، مكتبة دار السلام، المغرب، ٢٠١٢، ص ١٥-١٦.

(١٧٥) أورو ك حورية، المرجع السابق، ص ١٢٤-١٢٥.

(١٧٦) غيلاس أمينة و محي الدين عواطف، الصياغة التشريعية الجيدة للقاعدة القانونية والأمن القانوني، بحث منشور في مجلة الحقوق والحريات، المجلد ١، العدد ٢، جامعة أبو بكر بلقايد، ٢٠٢٢، ص ٧٩٩.

(١٧٧) د. زياد خالد المفرجي، الحق المكتسب في القانون الإداري، دون مكان نشر، ٢٠٠٨.

الخاتمة Conclusion

بعد أن انتهينا من إيراد أهم الأفكار في موضوع (مبدأ العقلانية والذكاء في الصياغة التشريعية)، توصنا إلى نتائج ومقترحات، نقف عليها في البيان التالي:

أولاً: النتائج Results

١. تبين أن الصياغة التشريعية يجب أن تكون واضحة ودقيقة ويكون الصائغ التشريعي ملم بكافة الجوانب العلمية والقانونية من أجل تحقيق الأمن القانوني.
٢. يُعد مبدأ العقلانية والذكاء من أهم الأسس التي تقوم عليها الصياغة التشريعية، كون الصياغة الدقيقة والعقلانية والذكية لا تقبل التأويل والغموض ومن ثم تتعرض للتغييرات العديدة وهذا يفقد المخاطبين بالقانون ثقتهم بالمؤسسة التشريعية.
٣. إن الصياغة التشريعية الجيدة هدفها حماية حقوق الأفراد من خلال الوضوح والدقة والجودة والعقلانية والذكاء حتى تسهل للمخاطبين بها إدراكها وفهمها.

ثانياً: المقترحات Suggestions

١. نقترح على الصائغ التشريعي، عند صياغة النصوص التشريعية، أن تكون لغة النصوص واضحة وسهلة الفهم والوصول للمخاطبين بها، واستخدام العقل والذكاء في تلك الصياغة بحيث لا تقبل التأويل والتفسير الذي يحول دون تحقيق الهدف الذي من أجله شرعت تلك النصوص.
٢. نقترح على المشرع العادي، عند صياغة النصوص التشريعية، أن يعرض تلك النصوص على خبراء القانون قبل تشريعها، لما يتمتع به هؤلاء الخبراء من إحاطة بمضامين القوانين، وأيضاً على المشرع مراعاة الظروف الاجتماعية عند صياغة التشريع، كون النصوص التشريعية متطورة من أجل تحقيق العدالة التشريعية.

قائمة المراجع References

• القرآن الكريم.

أولاً: المعاجم والقواميس

١. مختار الصحاح، محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مؤسسة عز الدين للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٨٧.
٢. المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية في مصر، ط٤، مكتبة الشروق الدولية، القاهرة، ٢٠٠٤.

ثانياً: الكتب

١. د. أحمد عيسى نعمة الفتلاوي، التشريع السليم ومعوقات العملية التشريعية في العراق، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٥.
٢. بلخير محمد آيت عودية، الأمن القانوني ومقوماته في القانون الإداري، دار الخلدونية، الجزائر، ٢٠١٨.
٣. د. خالد الرويس و د. رزق الريس، المدخل لدراسة العلوم القانونية، الرياض، مكتبة الشقري، ١٤٢٠هـ.
٤. د. رافد خلف هاشم و د. عثمان سلمان غيلان، التشريع بين الصناعة والسياسة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٢.
٥. د. رفعت عيد سعيد، مبدأ الأمن القانوني – دراسة تحليلية في ضوء أحكام القضاء الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١١.
٦. د. زياد خالد المبرجي، الحق المكتسب في القانون الإداري، دون مكان نشر، ٢٠٠٨.
٧. د. عصمت عبد المجيد بكر، مشكلات التشريع، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٤.
٨. د. مازن ليلو راضي، المبادئ العامة للقانون في قضاء مجلس الدولة الفرنسي، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠٢٠.
٩. د. مالك دوهان الحسن، المدخل لدراسة القانون، مطبعة جامعة بغداد، ١٩٧٢.
١٠. د. محمد جمال عطية عيسى، أهداف القانون بين النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، القاهرة، دون سنة نشر، ص٥٧؛ د. أحمد عبد الحسيب عبد الفتاح السنتريسي، العدالة التشريعية في ضوء فكرة التوقع المشروع، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١٨.
١١. د. محمود محمد علي صبرة، الاتجاهات الحديثة في إعداد وصياغة مشروعات القوانين، مكتبة صبرة للتأليف والترجمة، القاهرة، ٢٠٠٩.
١٢. د. هانم أحمد محمد سالم، ضمانات تحقق الأمن القانوني ودور المحكمة الدستورية العليا في كفالة تحققه، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٢١.
١٣. د. همام محمود و د. صالح الكحيمي و د. أحمد محمود سعد، المدخل لدراسة القانون، دون سنة نشر وطبع، ص١٢٢. نقلاً عن: د. عبد القادر الشبخلي، الصياغة القانونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٨.

١٤ . د. يونس العياشي، الأمن القانوني والقضائي وأثرهما في التنمية الاقتصادية والاجتماعية، ط١، مكتبة دار السلام، المغرب، ٢٠١٢.

ثالثاً: المراجع الأجنبية

1. Anne Frison – Roche. Le principe constitutionnel d'accessibilite et d'intelligibilite de la loi, Dalloz. N.23, 2000.
2. Conseil d'Etat Securite Juridiqueet complexite droit Rapport public, 2006.
3. Petit, La rousse illustrem Dictionnaire, Paris, Larousse, 2005.
4. Philippe Xavier, A frique du sud, In: Annuaire international de justice constitutionnelle, 15-1999. Constitution et securite juridique – Droit constitutionnel, droit communautaire et droit europeen, 2000.

رابعاً: البحوث والأطروحات

- ١ . أوروك حورية، مبادئ الأمن القانوني في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر، ٢٠١٨.
- ٢ . خنفر محمد و بن الشيخ إسماعيل، جودة الصياغة التشريعية ودورها في تحقيق الأمن القانوني، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، الجزائر، ٢٠٢١-٢٠٢٢.
- ٣ . د. مازن ليلو راضي، اليقين القانوني من خلال الوضوح وسهولة الوصول إلى القانون، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد، العدد الأول، ٢٠١٩.
- ٤ . د. محمد عبد اللطيف، مبدأ الأمن القانوني، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنصورة، كلية الحقوق، العدد ٣٦، ٢٠٠٤.
- ٥ . دويني مختار، ضوابط جودة القاعدة القانونية، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي، الجزائر، ٢٠١٤-٢٠١٥.
- ٦ . غيلاس أمينة و محي الدين عواطف، الصياغة التشريعية الجيدة للقاعدة القانونية والأمن القانوني، بحث منشور في مجلة الحقوق والحريات، المجلد ١، العدد ٢، جامعة أبو بكر بلقايد، ٢٠٢٢.

خامساً: الإعلانات الدولية

- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والمواطن لسنة ١٧٨٩.

اثبات عيب الانحراف بالقرائن امام محكمة القضاء الاداري (دراسة تحليلية مقارنة)

أ.م.د.سوزان عثمان قادر
كلية القانون / جامعة السليمانية

المقدمة

يشكل الاثبات بالقرائن امام القاضي الاداري في المنازعات الادارية جانباً اجرائياً دقيقاً و لكونه الوسيلة المهمة للوصول الى الحكم العادل بين اطراف الخصومة الادارية التي تمتاز بالخصوصية ، ولا تقوم الادارة الناجعة الرشيدة الا بخضوعها لرقابة قضائية محكمة لغرض اجراء الاصلاح التشريعي في هذا المضمار و مواكبة التطورات الحديثة في نطاق الاثبات الاداري ، كما ان ركن الغاية (عيب انحراف السلطة) هو أحد اركان القرار الاداري الرئيسية ، الذي يسعى اليه مصدر القرار الاداري ، و لأجل تحقيقه بما يتماشى مع ارادة مصدر القرار ، و مع المصلحة العامة و النفع العام للجمهور ، إذا كانت غاية القرار الاداري خلافاً لذلك التي استهدف المشرع تحقيقها فيكون القرار الاداري معيباً بعيب الغاية ، و من حق صاحب الشأن الطعن فيه ، فضلاً عن ذلك فيعدّ عيب الانحراف بالسلطة او أساءة استعمال السلطة من أخطر العيوب الخفية التي تشوب القرار الاداري و اكثرها دقةً و حساسيةً ، والتي ترتبط بالسلطة التقديرية للادارة ، لما يتطلب من القاضي الاداري التأكد و التحسب والرقابة الشديدة على الاهداف أو (الاغراض) التي يسعى اليها رجل الادارة من جراء تصرفه القانوني و المتمثلة : بالعناصر النفسية و الذاتية التي تتعلق بمصدر القرار و معرفة مقاصده و نواياه و التي يصعب معرفتها ، وهذا يشكل من اهم المعوقات الحقيقية التي تواجه القاضي الاداري ، فإن الاثبات عن طريق القرائن بالنسبة لعيب الانحراف يبسر على المدعي اثباته نظراً لما يتخلل هذا الاثبات من صعوبة بالغة في اثبات ما داخل النوايا والمقاصد لمصدر القرار ، وهو أمر لا يمكن الحصول عليه من خلال فحص أوراق ومستندات وسجلات الادارة ، وسماع شهادة موظفيها و الذين هم لم يكشفوا عن البواعث والدوافع الحقيقية لأصدار القرار الاداري ، ومن خلال ذلك يهدف القاضي الاداري أثناء الكشف عن القرينة الى اثبات عيب الانحراف بالسلطة و معرفة نوايا و مقاصد الادارة من إصدارها لهذا القرار ، فلذلك ينتقل عبء الاثبات من المدعي الى الادارة ، و اذا سكتت الادارة و لم تقم الدليل على صحة ما تدعي أمام القاضي الاداري ، عدّ ذلك تسليماً منها بطلبات المدعي ، وعلى ضوء ماتقدم سنتطرق على صور هذه القرائن بأثبات عيب الانحراف بالسلطة الخاصة بالنزاع الاداري والظروف والوقائع الخارجة عن هذا النزاع وكذلك عن حجية هذه القرائن و تطبيقاتها القضائية في الدول المقارنة.

اهداف البحث :

تكمّن اهداف البحث الموسوم بـ (اثبات عيب الانحراف بالقرائن أمام محكمة القضاء الاداري - دراسة تحليلية مقارنة -) في المحاولة على التغلب او السيطرة على المعضلة الحقيقية المتعلقة بكيفية اجراء الاثبات بالقرائن لكونه الدعامة الأساسية الفاعلة التي من خلالها يستطيع القاضي الاداري حسم الدعوى الادارية في تحقيق العدالة ، علماً أن القاضي الاداري في المنازعة الادارية يحاول و يهدف ان يحقق الموازنة و التناسب السليم بين المصلحتين العامة و الخاصة ، و ذلك من خلال سلطته التقديرية معززة بادلة الاثبات غير المحددة على سبيل الحصر ، و الذي يقتنع بها من هذه القرائن كدليل الاثبات الاداري مما يبرز الحجية المطلقة لهذه القرائن في الاثبات .

وفي نهاية القول أن الهدف من هذه الدراسة ابراز الدور الفعال و المؤثر للقرائن في الاثبات الاداري امام محكمة القضاء الاداري نظراً لخصوصية الدعوى الادارية و استجابة لعملية الاصلاح التشريعي و مواكبة التطورات الحاصلة في مجال الاثبات الاداري ، و كذلك بيان مدى نجاح الآليات المستجدة في موضوع الاثبات بالقرائن .

إشكالية البحث :

تتجلى اشكالية البحث في موضوع اثبات عيب الانحراف بالقرائن امام القضاء الاداري في طبيعته التي تتسم بالحدائثة النسبية ، كما و أن القانون الاداري نشأ في الفترة المتأخرة مقارنة بالقوانين الاخرى و هو يعد بأنه قانون غير مقنّن ، حيث يتمتع فيه القاضي الاداري بسلطة التقديرية و دور ايجابي واسع ، أساسه القانوني طبيعة و خصوصية الدعاوى الادارية ، و هذا كله يزيد من المعوقات و الصعوبات و ذلك لعدم وجود قانون خاص بالاثبات الاداري ، و انما يتم الرجوع الى المبادئ العامة لقانون الاثبات العراقي المرقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ ، النافذ ، و على ضوء ما تقدم يثير موضوع البحث تساؤلات عديدة يمكن ادراجها كالاتي:

اولاً: ما مفهوم اثبات عيب الانحراف بالقرائن امام محكمة القضاء الاداري ؟

ثانياً : ما مدى فاعلية اثبات عيب الانحراف بالقرائن امام محكمة القضاء الاداري ؟

ثالثاً: ما هي العقبات او السلبيات التي تواجه القاضي الاداري في اثبات عيب الانحراف بالقرائن امام الادارة ؟

رابعاً : ما مدى كفاية القرائن اثبات عيب الانحراف بالقرائن امام محكمة القضاء الاداري لمواجهة و حسم المنازعات الادارية ؟ و ما مدى تناسب و ملائمة المبادئ العامة في قانون الاثبات العراقي ، النافذ على خصوصية الدعاوى الادارية ؟ و من ثم كيفية وضع الحلول الناجعة لهذه المعوقات و تذليلها بشكل صحيح من قبل القاضي الاداري.

خامساً : ما مدى اعتماد المحاكم الادارية على القرائن الادارية ؟ و ما مدى حجيتها ؟ و ما دورها في اثبات عدم مشروعية القرار الاداري ؟ و هل تلعب دوراً حقيقياً في وصول الأفراد و الموظفين الى استحقاقهم ؟ و هل هناك قصور

تشريعي من عدمه بهذا الجانب لكي يتم اجراء الاصلاح التشريعي في هذا المضمار ؟

منهج البحث :

نحاول من خلال بحثنا الموسوم بـ(اثبات عيب الانحراف بالقرائن أمام محكمة القضاء الاداري – دراسة تحليلية مقارنة -) بتقديم دراسة مفصلة عنه ، و من ثم نبين ماهية و انواع قرائن اثبات عيب الانحراف استناداً الى المنهج التحليلي (الاستنباطي) ، و المنهج المقارن من خلال تسليط الضوء على اثبات عيب الانحراف بالقرائن في كل من فرنسا و مصر و العراق ، و لاستيفاء الموضوع حقه سنتبع ايضاً المنهج التطبيقي من خلال التطبيقات القضائية على قرائن عيب الانحراف بالسلطة ، و نحرص على ان تكون لغة البحث علمية و سليمة بصورة تظهر البحث العلمي في النهاية من دون اختصار مغل و لا اسهاب ممل .

خطة البحث :

ولأجل دراسة هذا البحث سنقسمه على ثلاثة مباحث نخصص المبحث الاول: التعريف بقرائن اثبات عيب الانحراف امام محكمة القضاء الاداري، و الذي نقسمه بدوره على ثلاثة مطالب نتناول في المطلب الاول: ماهية قرائن اثبات عيب الانحراف بالسلطة ونبين في المطلب الثاني: انواع القرائن في اثبات عيب الانحراف بالسلطة، ويتضمن المطلب الثالث: حجية قرائن اثبات في حالتي الوقائع المادية والتصرفات القانونية. اما في المبحث الثاني و الذي يتضمن : اثبات عيب الانحراف من القرائن الخاصة بالنزاع الاداري و تطبيقاته القضائية و نقسمه على ثلاثة مطالب نتناول في المطلب الاول : قرينة الاخلال بمبدأ المساواة، و قرينة عدم التناسب بين المخالفة الانضباطية و الجزاء الانضباطي، و نبين في المطلب الثاني: قرينة أعدام الدافع المعقول و القرينة المستنبطة من ظروف ووقائع اصدار القرار الاداري وكيفية تنفيذه ، ونخصص المطلب الثالث لقرينة الاتجاه السلبي من الادعاءات الموجهة ضد الجهات الادارية المختصة والقرينة المستنبطة من اضبارة الخدمة الوظيفية للموظف العام ، والقرينة المستنبطة من الظروف الخارجة عن النزاع ، ونبين في المبحث الثالث: الآثار المترتبة على قرائن اثبات عيب الانحراف بالسلطة امام محكمة القضاء الاداري . و الذي نقسمه على مطلبين نتناول في المطلب الاول: الآثار المترتبة على قرائن اثبات عيب الانحراف بالسلطة في دعوى الالغاء، في حين نحدد في المطلب الثاني : الآثار المترتبة على قرائن اثبات عيب الانحراف بالسلطة في دعوى التعويض ، و من ثم نبين في خاتمة البحث اهم الاستنتاجات والمقترحات والتوصيات التي توصلنا اليها .

المبحث الأول : التعريف بقرائن اثبات عيب الانحراف امام محكمة القضاء الاداري

تعدّ القرائن في مقدمة ادلة الأثبات التي يُعتمد عليها امام القضاء الأداري ، لأنه في نطاق القانون الأداري خاصةً في العراق لم يحدد المشرع ادلة الأثبات الأداري و بالتالي يتمتع القاضي بسلطة تقديرية واسعة في هذا المجال، و من ثم فإن تقدير الأدلة متروك أصلاً لوزن و إقتناع القاضي الأداري من حيث بيانها ومدى حجيتها في الأثبات الأداري دون الألتزام بدليلٍ وترك آخر أو الاعتداد بقوة معينة لدليلٍ محدد،

فالقريفة دليل من أدلة الأثبات التي يستند إليها القاضي الإداري في إصدار حكمه أو يؤيد بها ما لديه من أدلة ، و بيان صور هذه القرائن في مجال الأثبات الإداري و اثبات عيب انحراف السلطة أو الأساءة في استعمالها .

ولغرض دراسة التعريف بقرائن اثبات عيب الانحراف امام محكمة القضاء الإداري، وعليه سنقسم هذا المبحث على ثلاثة مطالب: نتناول في المطلب الأول ماهية قرائن اثبات عيب الانحراف بالسلطة، ونخصص المطلب الثاني لأنواع قرائن اثبات عيب الانحراف بالسلطة و نركّز في المطلب الثالث الى حجية قرائن الاثبات في حالتها الواقعية والمادية والتصرفات القانونية .

المطلب الأول : ماهية قرائن اثبات عيب الانحراف بالسلطة

إن ركن الغاية من الضروري توافره ضمن اركان القرار الإداري، لأنه يمثل الهدف الرئيس الذي يبتغيه مصدر القرار الإداري ، ويهدف في تحقيقه بما يتلائم ويتناسب مع إرادة مصدر القرار والمصلحة العامة والنفع العام ، وبذلك يعدّ عيب انحراف السلطة^(١٧٨) من أخطر العيوب التي تشوب القرار الإداري ، لذا على القاضي الإداري يجب أن يكون دقيقاً وحساساً في فرض رقابته على ما يتضمنه هذا العيب من عناصر نفسية و ذاتية خفية، والذي تقوم به رجل الإدارة من خلال أهداف خفية لما يكتمنه من جرّاء تصرفاته القانونية من الاساءة و الانحراف في استعمال السلطة، فضلاً عن ذلك أن التشريعات الفرنسية ومجلس الدولة الفرنسي لم تعرّف هذا العيب ، و لكن مجلس الدولة الفرنسي من خلال القضاء الإداري حدّد مظاهر هذا العيب ، وبيّن ماهيتها من خلال استخدام الاجراءات الإدارية ، وفي هذا الصدد نجد

^(١٧٨) وقد عرّفه الفقيه الفرنسي أوكوك (Aucoc) من الأوائل الذين حدّدوا فكرة الانحراف بالسلطة ، بأنه يحدث الانحراف بسلطة الضبط الممنوحة للإدارة عندما تصدر الإدارة قراراً ضمن اختصاصه و طبقاً للأشكال المنصوص عليها قانوناً ، لكنه يستعمل سلطته التقديرية في حالاتٍ و لأسبابٍ غير تلك التي من أجلها منح هذه السلطة، و كذلك عرّفه الفقيه الفرنسي اوبي و دراجو (Auby et Drago) بأنه عيب من عيوب الغاية في القرار الإداري عندما تستعمل الإدارة سلطتها لتحقيق هدف آخر غير ذلك الذي منحت لها من أجله تلك السلطات و الصلاحيات، و كما عرّفه الفقيه الفرنسي (Revero) ريفيرو بأنه العيب الذي يشوب التصرف الذي تسعى الإدارة بواسطته متجاهلة قواعد القانون، الى تحقيق هدف مختلف عن الهدف الذي حدد لها القانون، متجاوزةً في ذلك الأغراض القانونية التي عهدت بها السلطة الى جهة الإدارة عند إصداره للقرار الإداري، ينظر في هذه التعاريف:

- Andere de laubadere, Y. Gaudement, Traite de Droit Administratif, 14 eme ed, Memonts, Dalloz, Paris, 1989. P.187.
- Auby et Drago, Traite de Contentieux Administratif, Tome 2, Paris, 1962 , p.405.
- Laffariere, Traite de Droit Administratif, 2 edition, Tome II, paris, 1986,p.55.

أن المشرع المصري قد تطرق على هذا العيب وأسماه بإساءة استعمال السلطة في نصوص قانون مجلس الدولة المصري المرقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢ ، اما المشرع العراقي فلم يشر ايضاً على تعريف عيب انحراف استعمال السلطة ، ولكن أشار اليه في المادة (٥ / رابعاً) من القانون المرقم (١٧) لسنة ٢٠١٣ قانون التعديل الخامس لقانون مجلس شوري الدولة العراقي (قانون مجلس الدولة العراقي حالياً) المرقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ والتي نصت على أنه " تقدم هيئة الرئاسة في المجلس كل ستة أشهر ، وكلما رأت ذلك الى ديوان الرئاسة تقريراً متضمناً ما أظهرته لأحكام او البحوث من نقص في التشريع القائم ، او غموض فيه، او حالات إساءة استعمال السلطة من أية جهة من جهات الإدارة أو مجاوزة تلك الجهات لسلطتها " ، وكما نصت عليه الفقرة خامساً من المادة(٧) من القانون ذاته والتي نصت على أنه : " يعد من أسباب الطعن في الأوامر والقرارات بوجه خاص ما يأتي:(١).....(٢).....(٣) أن يتضمن الأمر او القرار خطأ في تطبيق القوانين أو الانظمة او التعليمات او الأنظمة الداخلية أو في تفسيرها أو فيه إساءة او تعسف في استعمال السلطة أو الانحراف عنها " ، و نظراً لذلك فإن عيب الانحراف هو عيب خفي يحتاج الى الكثير من الوقت والجهد الكبير لأثباته ، لكونه يرتبط بنية مصدر القرار الإداري ، ولهذا السبب فالأثبات بالقرائن بالنسبة لعيب الانحراف يجب على المدعي اثباته من خلال ما يتضمنه من النوايا لمصدر القرار لا يمكن الوصول اليها الا من خلال فحص أوراق و مستندات الإدارة و سماع شهادة موظفيها الذين لم يعلموا او يكتشفوا الباعث او الدافع الحقيقي لأصدار القرار ، لذا لا يستطيع القاضي الإداري اجبارهم على ذلك او دفعهم الى ذلك ، من خلال انتقال عبء الأثبات من المدعي الى جهة الإدارة ، فإذا سكتت الإدارة ولم تقدم الحجة والدليل على صحة ما تدعي به امام القاضي الاداي ، فيعد ذلك تسليماً بطلبات المدعي ، وتأسيساً على ما تقدم سنقسم هذا المطلب على فرعين نتناول في الفرع الأول تعريف الاثبات بالقرائن في التشريع و الفقه و القضاء الفرنسي و المصري و العراقي، ونخصص الفرع الثاني لخصائص وشروط القرائن القضائية في اثبات عيب الانحراف.

الفرع الأول : تعريف الأثبات بالقرائن في التشريع و الفقه و القضاء الفرنسي و المصري و العراقي

إن البحث عن تعريف الأثبات بالقرائن ودورها في الاثبات الإداري ، هو الغاية المرجوة لغرض التوصل الى تحديد مفهوم دقيق و واضح له ، لكي يستعين بها القاضي الإداري عند نظره في القضايا المعروضة أمامه ، وعليه سنقوم بذكر التعريف لإثبات القرائن في كل من التشريع والفقه والقضاء الفرنسي والمصري والعراقي من خلال توضيحها بشكل واضح و دقيق و مفصل وعلى النحو الآتي :-

أولاً : الاثبات بالقرائن في التشريع و الفقه و القضاء الفرنسي:

عرّف القانون المدني الفرنسي لعام ١٨٠٤ القرينة (presumption) بأنها استخلاص واقعة غير معلومة من واقعة معلومة ، فالقاضي يلجأ الى التفكير ويقرر

علاقة منطقية بين الفعل المعلوم والفعل المتنازع عليه للوصول الى اليقين^(١٧٩) علماً ان القانون ذاته قد أشار الى القرينة بصورة عامة في المادة (١٣٤٩) بأنها النتائج والاستنتاجات التي يستخلصها القانون او القاضي من واقعة معلومة لمعرفة واقعة مجهولة^(١٨٠).

أما الاثبات بالقرائن في الفقه الفرنسي فقد عرّفها الفقيه بارتان (Bartin) على أنه تقتضي طبيعة الأمور بأن نستبدل بإثبات الواقعة التي هي مصدر الحق المدعى به وهي واقعة يتعذر ويصعب إثباتها ، إثبات بواقعة اخرى قريب منها ومتصلة بها ، و يطلب الخصم من القاضي بأن يستخلص من صحة الواقعة الثانية عن طريق استنباط يطول او يقصر صحة الواقعة الأولى التي لا يتمكن من اثباتها بطريق مباشر، فيتحول محل الاثبات على نحو ما^(١٨١).

من خلال هذا التعريف نستنتج القيام بتحوّل الاثبات و هو يعدّ من شروط و خصائص الجوهرية لاثبات القضائي ، فإن اختيار الواقعة القريبة المتصلة بالواقعة المراد اثباتها في القرينة القضائية ، فإن القاضي الإداري هو الذي يحددها ، أما في القرينة القانونية فالقانون هو الذي يحددها وليس القاضي ، الا اذا كان علماً ظنياً و بالاستنباط ينتقل القاضي الإداري من علم الظني الى علم اليقيني وأن هذا يعدّ الرأي الراجح.

كما وعرّفها الفقهية الفرنسية (دونديه) بأنها صلة ضرورية و رابطة قوية التي ينشؤها القانون من بين وقائع معينة او نتيجة التي توجب على القاضي استنباطها واستخلاصها من واقعة معينة^(١٨٢). اما الاثبات بالقرائن في القضاء الفرنسي، فقد أشار المشرع الفرنسي في المادة (١٣٥٣) من القانون المدني الفرنسي لعام ١٨٠٤ المعدل والتي نصت على أنه " القرائن التي لم ينص عليها القانون تترك لنظر القاضي و تقديره، و لا يجوز أن يؤخذ إلا بقرائن قوية الدلالة ودقيقة التحديد ظاهرة التوافق "^(١٨٣)، من خلال هذا النص نستنتج أن المشرع الفرنسي قد منح

(188) L articles (1350) : Le Droit Civil Francais , 1804 .

(189) Art 1349 "Les presumptions sont des consequences Art 1349 "Les presumptions sont des consequences que la toi ou le magistrature dun fait Connuaun Fait inConnu" ,Le Droit civil Francais ,1804.

(190) Etienne Bartin , Charles Aubry , Charles Flacimaigne, Course de Droit Civil Francais ,Tome 2,classic Reprint series, Forgotten Books, 1942 ,p.124 .

(191) (H) Donnedieu De Vabres , Traite droit criminal et de legislation penal Compare , 3ed , paris , sirey , 1947 , No . 1267, P.370 .

(192) L article (1353) (les presumptions quine sont point etablies par laiol.....) , Le Droit civil Francais , 1804.

القاضي الإداري سلطة تقديرية من خلال اجتهاده و ذكائه و فطنته في استنباط حكم واقعة مجهولة من حكم واقعة معلومة قريبة منها .

ثانياً : الإثبات بالقرائن في التشريع والفقہ والقضاء المصري :

إن المشرع المصري لم يعرف القرينة في تشريعاته بصفة عامة سواءً في القانون المدني او القانون الإثبات المصري ، وانما تركها للفقہ والقضاء لتعريفها ، الا انه تكلم عنها في المادتين (٩٩) و(١٠٠) من القانون المرقم (٢٥) لسنة ١٩٦٨ الخاص باصدار قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية المعدل^(١٨٤)، فتناولت المادة (٩٩) القرائن القانونية: بأنها القرينة التي تغني من قررت لمصلحته عن أية طريقة أخرى من طرق الإثبات ، على أنه يجوز نقض هذه القرينة بالدليل العكسي ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك، اما المادة (١٠٠) من القانون ذاته فتطرقت الى القرائن القضائية والتي نصت على أنه يترك لتقدير القاضي استنباط كل قرينة لم يقرها القانون ، ولا يجوز الإثبات بهذه القرائن إلا في الأحوال التي يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود.

أما الإثبات بالقرائن في الفقہ المصري فقد تناول العديد من الفقهاء المصريين على الإثبات بالقرائن ومنهم الفقيه الاستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري والذي اعتمد في تعريفه في الإثبات بالقرائن على التعريف الفرنسي بأنها تلك القرائن التي تترك لتقدير القاضي^(١٨٥)، كما عرفها بعض الفقهاء الآخرين على أنها إستنباط الشارع او القاضي لأمر مجهول من أمر آخر معلوم^(١٨٦)، وكذلك تم تعريفها من قبل بعض الفقهاء على أنها ما يستخلصه القاضي او المشرع من أمر معلوم للدلالة على أمر مجهول^(١٨٧) ، وكما عرفها الفقيه الدكتور محمود حلمي على انها شواهد وامارات نص عليها المشرع او استنبطها القاضي من الواقعة المعروضة عليه تؤيد المدعي في دعواه أو تنقضه^(١٨٨).

^(١٨٤) ينظر: نص مادتي (٩٩) و (١٠٠) من القانون المرقم (٢٥) لسنة ١٩٦٨ الخاص باصدار قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية المعدل.

^(١٨٥) ينظر: د. عبدالرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، دار أحياء التراث العربي ، بيروت - لبنان ، ١٩٥٦ ، ص (٣٢٨ - ٣٢٩) .

^(١٨٦) ينظر: د احمد نشأت ، رسالة الإثبات في التعهدات ط ٥ ، ج ١ ، مطبعة الاعتماد في مصر ، القاهرة ، ١٩٥٠ ، ص (٦١١) و د. عبدالعزيز خليل بديوي ، الوجيز في المبادئ العامة للدعوى الادارية واجراءاتها، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٧٠ ، ص(١٧١) .

^(١٨٧) ينظر: د. توفيق حسن فرج ، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، ٢٠٠٣ ، ص(١٢٠) و المستشار أنور العمروسي ، اصول المرافعات الشرعية، ط ٧ ، دار الطباعة الرافقية ، المملكة العربية السعودية ، بدون سنة نشر ، ص(٩٠٧) .

^(١٨٨) ينظر: د. محمود حلمي، القضاء الإداري (قضاء الالغاء وقضاء الكامل) ، ط ٢ ، دار الفكر العربي للطباعة والنشر ، مصر ، القاهرة ، ١٩٧٧ ، ص(٤٥٠) .

من خلال هذه التعريفات نستنتج ثلاث عناصر رئيسة للقرائن: الاولى هي فكرة الاستنباط و الثانية: ان هذه الفكرة او عملية الاستنباط تقوم بها جهة معينة و الثالثة: أن هذه العملية تحتاج الى واقعتين احدهما معلومة و الآخر مجهولة ، علماً أن الواقعة المعلومة تكون ثابتة بأدلة الاثبات.

اما الاثبات بالقرائن في القضاء المصري، فقد عرّفت القرينة من قبل بعض الأحكام القضائية ومنها أحكام محكمة النقض المصرية في حكم لها و التي قضت على أنها استنباط أمر مجهول من واقعة ثابتة و معلومة^(١٨٩)، علماً أن القضاء المصري يعتمد اعتماداً رئيساً على القرينة القضائية، و بشكل أساسي وهي أمر يستنبطه القاضي من امور ثابتة لديه في دعوى معينة معروضة أمامه ، فالقاضي له السلطة التقديرية في استنتاج و استخلاص من واقعة معلومة في الدعوى على قرينة يستدعي بها على أمر مجهول يريد إثباته من خلال ذلك^(١٩٠)، و بذلك نجد أنه هناك علاقة حقيقية بين واقعتين احدهما معلومة و ثابتة في الدعوى، و الأخرى مجهولة يستدل عليها من المعلومة الأولى.

ثالثاً: الاثبات بالقرائن في التشريع و الفقه و القضاء العراقي:

قام المشرع العراقي في نصوص المواد (٩٨ - ١٠٤) من القانون الاثبات العراقي المرقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ المعدل بأن القرينة القانونية هي استنباط المشرع أمراً غير ثابت من أمر ثابت^(١٩١).

أما في الفقه العراقي فقد بيّن الفقه مفهوم إثبات بالقرائن بصورة عامة من خلال تعاريف تتضمن معنى واحد و أن اختلفت في محتواها، فقد عرّفها بعض الفقهاء على أنها: استنباط أمر غير ثابت مجهول من أمر ثابت معلوم على أساس أنه يغلب في الواقع أن يتحقق الأمر الأول إذا تحقق الأمر الثاني^(١٩٢).

(١٨٩) ينظر: حكم محكمة النقض المصرية ، في الطعن المرقم ١٩٠ ، ١٩١ لسنة ٥٥ ق ، جلسة ١٤ / ٣ / ١٩٩٠ ، السنة ٤١ المنشور في مجموعة احكام محكمة النقض المصرية، من قبل المستشار حسن الفكهاني والمستشار محمد ابو الليل ، الموسوعة الذهبية للقواعد القانونية و لأحكام الصادرة من محكمة النقض المصرية من ١٩٩٠ ، حتى ٢٠٢١ ، المجلد الاول ، دار مصر للنشر و التوزيع ، القاهرة ، مصر، ٢٠٢١ ، ص(٧٤٤).

(١٩٠) ينظر: المستشار ابراهيم المنجي ، المرافعات ، دراسة عملية لاجراءات التقاضي أمام مجلس الدولة المصري ، ط ١ ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٩٩ ، ص(٥٣٩)، و كذلك ينظر حكم محكمة النقض المصرية ، المرقم (٥٥٦٢) لسنة ٦٤ ق، جلسة ١٠/١٠/٢٠٠٥ ، السنة ٥٦ ، المنشور لدى المستشار حسن الفكهاني والمستشار محمد ابو الليل ، مصدر سابق ، ص(٧٧).

(١٩١) ينظر: نص المادة(١٩٨/اولاً) من قانون الاثبات العراقي المرقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ المعدل.

(١٩٢) ينظر: ينظر د. عباس العبودي ، شرح أحكام قانون الاثبات المدني، ط ١ ، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، الاردن ، ص(٢٧٤) و د. عصمت عبدالمجيد بكر، الوجيز في شرح قانون الاثبات، مطبعة الزمان، بغداد، ١٩٩٧ ، ص (٥٢).

أما اثبات بالقرائن في القضاء العراقي فإن القاضي يعتمد في استنباطه للقريفة على واقعين الأولى معلومة وثابتة في الدعوى، والثانية مجهولة فهي محل الاثبات ، فيمنح القاضي للواقعة المجهولة حكم الواقعة المعلومة وذلك للعلاقة الوثيقة بينهما^(١٩٣).

ومن جانبنا نرى أن القرائن تعدّ دليلاً من أدلة الأثبات الرئيسية ، وأنها تتساوى مع غيرها من الأدلة ، وأن للمشرع وللقاضي الإداري دوراً مهماً في تنظيم عملية الاثبات في الدعوى الإدارية من خلال إعادة التوازن وتنظيم عبء الاثبات بين طرفي الدعوى الإدارية ، حيث يقوم المشرع بتقرير و استخلاص القرائن القانونية والنص عليها على النقيض ما يقوم به القاضي باستخلاص من القرائن القضائية وتكليف جهة الإدارة صاحبة أو المالكة أو الحائزة على المستندات و الاوراق بتقديمها للقضاء ، و في حالة سكوتها او عدم استجابتها تعدّ قريفة قضائية تنقل عبء الاثبات من الأشخاص او الافراد الى جهة الادارة، وبذلك نتوصل الى التعريف الجامع والمانع للقريفة بأنها النتائج التي يستخلصها أو يستنبطها القانون و القاضي من واقعة معلومة و ثابتة لمعرفة واقعة مجهولة وغير ثابتة وفقاً لمقتضيات العقل والمنطق.

الفرع الثاني : خصائص و شروط القرائن القضائية في اثبات عيب الانحراف بالسلطة

تعدّ القرائن القضائية من أدلة الاثبات الاساسية لدى القاضي الإداري والذي يتمتع فيه بسلطة تقديرية واسعة في الاثبات والعمل بها، من خلال التزامه بالمبادئ العامة التي تحكم العمل بقرائن الاثبات بشكل عام و خصائصها و شروطها عن غيرها من أدلة الاثبات الاخرى والتي سنوضحها بشكلٍ دقيقٍ و على النحو الآتي:

اولاً: خصائص القرائن القضائية :

إن القرائن القضائية تعدّ في مقدمة أدلة الاثبات لدى القاضي الإداري الذي يتمتع بسلطة واسعة في الاثبات والأخذ بها ، وبذلك تتميز القرائن القضائية بسمات وخصائص عديدة وهي كالآتي:

١- القرائن القضائية دليل اثبات غير مقيد :

يقوم القاضي الإداري بالاستعانة بالقرائن القضائية بحرية دون التقيد ، عندما لا يوجد لديه وسائل الاثبات الأخرى ، فيمكن الاثبات في جميع الحالات و لا فرق بينهما امام القاضي الإداري سواءً كانت في التصرفات القانونية ام في الوقائع المادية^(١٩٤)، و التي تمنحه السلطة التقديرية بالاثبات بالقرائن في المنازعات الادارية في كافة التصرفات القانونية التي يجوز فيها الاثبات ، وانما في جميع طرق الاثبات الاخرى ومنها الشهادة التي قررها القانون المدني العراقي.

^(١٩٣) ينظر: ابراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز، قسم الاثبات، مطبعة الجاحظ، بغداد، العراق ، ١٩٩٤، ص(٦٢) والقاضي لفته هامل العجيلي ، المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية ، قسم الاثبات ، مطبعة الكتاب ، بغداد، العراق، ٢٠١٣، ص(٧٨).

^(١٩٤) ينظر ينظر سليمان مرقس ، اصول الاثبات واجراءاته ، في المواد المدنية في القانون المصري مقارناً بسائر البلاد العربية ، ط٢ ، عالم الكتب ، القاهرة ، مصر ، ١٩٨١، ص(٨٤).

٢- القرائن القضائية ذات حجية متعدية وليس لها طابع إلزامي :

تعدّ القرائن القضائية عبارة عن وقائع مادية يختارها القاضي الإداري بعد أن يتأكد من ثبوتها ثم يبني عليها استنباطه العقلي والمنطقي ، بعد ما يثبت أن القرينة القضائية حجة متعدية و لا يقتصر اثرها على طرفي الدعوى ، وإنما يتعدى ذلك ويعدّ ثابتاً بالنسبة للكافة (الجميع) ^(١٩٥)، فضلاً عن ذلك تعدّ القرائن القضائية من مسائل الواقع التي يستقل بها قاضي الموضوع في تقديرها و لا رقابة عليه في ذلك وهو يقدر أن يقرر قرينة في دعوى ثم يعدّل في تطبيقه في دعوى أخرى وإن تماثلت الظروف والوقائع في الدعوتين ^(١٩٦)، وبالتالي فيكون للقاضي الإداري السلطة التقديرية الواسعة في تكوين قراره في كل دعوى على حدة.

٣- القرائن القضائية غير قاطعة الدلالة ، و تعد دليل منطقي :

تقوم القرينة القضائية على فكرة الرأي الراجح وهذا يعنى وجود النادر من الحالات ، فعلى الخصم أن يثبت أنه من ضمن الندر من الحالات ، و عليه أن يدحض ما جاء بالقرينة ، ومن خلال ذلك يعنى أن القرينة القضائية يسري عليها القاعدة العامة في سائر أدلة الاثبات من جواز نفيها او اثبات العكس ^(١٩٧). واستنباطاً لما تقدم فإن هذه القرينة تقوم على فكرة استنباط القاضي ، مما يجعل الخطأ وارد فيها و يمنح للخصم المتضرر منها القيام بالدفع المستنبطة عن طريقها بكافة طرق الاثبات .

فضلاً عن ذلك فهي تعد دليل عقلي ومنطقي تحتاج الى جهد لاثبات الواقعة من الواقعة المعلومة الثابتة عن طريق التحري والاستقراء ودراسة المنطق ، علماً أن الواقع الذي يتبنى عليه القاضي قد تكون مصطنعة ^(١٩٨).

٤- القرائن القضائية قرائن موضوعية او شخصية و لا يمكن حصرها :

أن القرائن الموضوعية هي القرائن المبنية على الوقائع ثابتة في حدوث الوقائع غير ثابتة ، اما القرائن الشخصية فهي القرائن المبنية صفة الشخص او الفرد المعني في الدعوى ^(١٩٩) ، فضلاً عن ذلك فإن القرائن القضائية من عمل القاضي الذي يقوم باستنباطها من الوقائع الثابتة امامها فهي عديدة و متنوعة و لا يمكن حصرها .

^(١٩٥) ينظر: د. عبدالرزاق احمد السنهوري ، مصدر سابق، ص(٣٣٦).

^(١٩٦) ينظر: د. سليمان مرقس، أصول الاثبات و اجراءاته، مصدر سابق، ص (٨٤).

^(١٩٧) ينظر: د. جميل الشراوي، الاثبات في المواد المدنية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ١٩٨٢، ص(٤-٥).

^(٥) Raymond Barraine , Theorie general des presumption en droit prive , paris , 1984 , p. 187 .

^(١٩٩) ينظر: د. محمود عبد العزيز خليفة ، النظرية العامة للقرائن في الاثبات الجنائي ، اطروحة دكتوراه

مقدمة الى كلية الحقوق ، جامعة المنصور ، مصر ، ١٩٨٧ ، ص(٢١٥).

٥- القرائن القضائية دليل اثبات غير مباشر:

هذه الخصيصة تتعلق بأن القرائن القضائية لا ترد على الواقعة المعلومة المطلوب اثباتها ، و إنما ترد على الواقعة الأخرى المرتبطة بالواقعة الأولى برابطة سببية يمكن الاستنباط منها بحكم الالتزام العقلي و الفعلي ثبوت الواقعة الأولى ، فالأدلة نوعان هي الأدلة المباشرة التي تقع على الواقعة المراد اثباتها بصورة مباشرة كالشهادة والاعتراف، أما الأدلة غير المباشرة فهي التي تنصب على الواقعة الأخرى ذات الصلة الوثيقة بواقعة الدعوى التي تستنبطها المحكمة من خلال اثباتها^(٢٠٠).

ثانياً : شروط القرائن القضائية :

تختلف شروط العمل بالقرائن القضائية حسب كونها قرائن قانونية او قضائية ، عليه فإذا لم تتوافر هذه الشروط في القرائن لا يمكن العمل بها، والتي سنوضحها بشكل واضح و دقيق و صريح و على النحو الآتي :

١- وضوح القرينة القضائية واتصالها بالواقعة محل الاثبات :

يجب على القرينة القضائية كأحد أدلة الاثبات يتعين عليها وضوحها بصورة مفهومة لكي يتبين للخصوم حقيقتها ، وللقاضي الاعتماد عليها في اصدار حكمه ، فعلى القاضي أن لا يتقيد بتعدد و تنوع القرائن ولا بتطابقها ، فقد تجزىء قرينة واحدة متى توافرت فيها على قوة الاقتناع^(٢٠١).

فضلاً عن ذلك يجب لقبول القرينة يتعين عليها الاتصال الوثيق بمحل الاثبات كوسيلة من وسائل الاثبات التي قد يؤدي استنتاجها الى ما سيقضي به مباشرة^(٢٠٢).

٢- سلامة إستنتاج القاضي للقرينة القضائية :

يجب على القاضي استخلاص القرينة من الوقائع و الظروف و الملابس استخلاصاً عقلياً و منطقياً الى النتيجة للوصول الى اصدار حكمه^(٢٠٣).

فمن خلال ما تقدم يتبين لنا أنه لا بد من توافر جميع تلك الشروط لكي يتمكن القاضي الإداري من الاستعانة بالقرائن القضائية، وأنه للقاضي الإداري كل السلطة في تقدير هذه القرائن القضائية ، فإذا لم يتحقق هذه الشروط فلا يمكن العمل بالقرائن القضائية لكي يتحقق سلامة الاستخلاص والاستنباط مع اتصال الوثيق بالواقعة و الظروف والملابس المحيطة بمحل النزاع الإداري .

^(٢٠٠) ينظر د. احمد أبو الوفا، الاثبات في المواد المدنية وتجارية، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٨٣ ، ص(٨٧).

^(٢٠١) ينظر د. اسامة احمد شوقي المليجي ، القواعد الاجرائية للأثبات المدني وفقاً لنصوص القانون واحكام القضاء وآراء الفقه، ط ٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨، ص(١٢٩)، وكذلك يراجع مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني، المذكرة الايضاحية ، ج ٢ ، مطبعة دار الكتاب العربي ، القاهرة، بدون سنة طبع ، ص(٤٢٩ - ٤٣٠).

^(٢٠٢) ينظر د. احمد نشأت، رسالة الاثبات، في التعهدات، ط ٦، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٥٥ ، ص(١٨٧).

^(٢٠٣) ينظر حكم محكمة النقض المصرية ، نقض مدني، رقم ٣٥ لسنة ٥٧ ق ، جلسة ١٩٩٥/١٢/٢١ ، مجموعة احكام السنة ٤٦ ، ص(١٤٢٨).

المطلب الثاني : أنواع القرائن في اثبات عيب الانحراف بالسلطة

تلعب القرائن دوراً هاماً في القضاء الإداري من خلال قيام القاضي الإداري في اثبات الدعوى عن طريقه ، وتأسيساً على ذلك قسموا فقهاء القانون الوضعي القرائن بناءً على مصدرها الى نوعين: الأولى هي من صنع المشرع فتسمى بالقرائن القانونية ، والثانية من صنع القاضي فهي تسمى بالقرائن القضائية، وعلى ضوء ما تقدم سنقسم هذا المطلب على فرعين نبحث في الفرع الأول : القرائن القانونية ونخصص الفرع الثاني للقرائن القضائية.

الفرع الأول : القرائن القانونية

يقصد بالقرينة القانونية هي افتراض قانوني يجعل الشيء المحتمل او الممكن صحيحاً، او هي وسيلة من وسائل الصياغة القانونية التي يحاور القانون عن طريقها الامسك بالواقع بشيء من اليقين والتحديد ،على الرغم من أن الواقع مشوب بعيب او شك او احتمال^(٢٠٤)، فلذلك تعد القرينة القانونية من صنع المشرع هو الذي يقوم باستنباطه بصيغة عامة مجردة، فتصبح قاعدة عامة يمكن تطبيقها على جميع الوقائع المماثلة ، ومن خلال ذلك يمكن استغناء المدعي من اقامة الدليل على الواقعة موضوع او محل دعوى متى ما تواجدت هذه الواقعة التي نص عليها القانون^(٢٠٥).

فضلاً عن ذلك نص المشرع الفرنسي على القرينة القانونية في المادة (١٣٥٠) من القانون المدني الفرنسي لعام ١٨٠٤ المعدل والتي نصت على أنه " القرينة القانونية هي التي يجعلها نص القانون مرتبطة بتصرفات و وقائع معنية من ذلكالحجية التي يجعلها القانون لإقرار الخصم أو ليمينه"^(٢٠٦).

اما المشرع المصري فقد أكتفى بالنص على القرينة القانونية بأنها تغني من تقرر لمصلحته عن أي طريقة اخرى من طرق الإثبات تاركاً أمر تعريفها لاجتهاد الفقهاء القانونيين على أنه يجوز نقض هذه القرينة بالدليل العكسي ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك^(٢٠٧).

ومما تجدر الإشارة اليه أن قانون الاثبات العراقي المرقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ عرّف القرينة بأنها " استنباط المشرع أمراً غير ثابت من أمر ثابت، وتغني هذه القرينة من تقرر لمصلحته عن أي دليل آخر من أدلة الاثبات"^(٢٠٨) ، و مثال على

^(٢٠٤) ينظر د. سمير عبدالسيد تناغو ، النظرية العامة للقانون ، منشأة المعارف، الاسكندرية ، ١٩٨٦ ، ص(٣٨٧-٣٨٨).

^(٢٠٥) ينظر حسين المؤمن ، موسوعة نظرية الاثبات ، القرائن و حجية الاحكام و الكشف و المعانية والخبرة ، ج ٤ ، مطبعة الفجر ، بيروت، ١٩٧٧، ص(٦٧).

⁽²⁰⁶⁾ Article 1350 code civil Francais " La presumption legale est attachee par une loi speciale Certain actes ou a certains Faits tel sont".

^(٢٠٧) يراجع نص المادة (٩٩) من قانون الاثبات المصري المرقم (٢٥) لسنة ١٩٦٨ الخاص باصدار قانون الاثبات في المواد المدنية والتجارية المعدل.

^(٢٠٨) ينظر فقرتي (١،٢) من المادة (٩٨) من قانون الاثبات العراقي المرقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩.

القرينة القانونية التي تقررت للمصلحة العامة ، ما قضت به المحكمة الإدارية العليا المصرية في خصوص حجية الأمر المقضي به بأن الاحكام التي حازت قوة الأمر المقضي به تكون حجة فيما فصلت فيه على نحو لا تجوز المجادلة في الحجية متى ما اتحد الخصوم و الموضوع و السبب ، بل يعدّ الحكم عنواناً للحقيقة فيما قضى به و الذي يحوز الحجية من الحكم هو منطوقه ، وكذلك الاسباب الجوهرية المكملة له لمراعاة المصلحة العامة ومنعاً لتجدد النزاع بين اطراف المنازعة (٢٠٩).

وأستخلاصاً لما سبق تقسم القرائن القانونية الى القرائن القانونية البسيطة والقرائن القانونية القاطعة، وسوف نوضحها بشكل واضح ومفصلٍ وعلى النحو الآتي :

أولاً : القرائن القانونية البسيطة :

وهي القرائن التي يجوز اثبات عكسها والتي تعفي من تقررت القرينة لمصلحته من الاثبات ، و ينتقل عبء الاثبات الى عاتق الخصم الآخر، ويمكن نقضها بالدليل العكسي ويحق للخصوم اثبات عكس ما افترضه المشرع ، و الاصل في القرائن القانونية أن تكون بسيطة إلا اذا نص القانون على عدم جواز اثبات عكسها ، فإن ذلك تكون قرينة قانونية قاطعة ، وهذا ما نصت عليها المادة (١٠٠) من قانون الاثبات العراقي النافذ والتي تنص على أنه " يجوز نقض القرينة القانونية بالدليل العكسي ما لم ينص القانون على غير ذلك".

ويمكن تقسيم القرائن القانونية البسيطة على نوعين وهي كالآتي:

النوع الأول: القرائن القانونية ذات أساس الافتراضي الأولي : وهي القرائن التي يقررها المشرع على أساس الافتراض الأولي ليصل منها الى قاعدة قانونية فيسهّل عملها (٢١٠).

أما النوع الثاني : فهي القرائن القانونية التي تقوم على فكرة الرجحان : اذ تقوم هذه القرائن على فكرة ما هو راجح الحدوث، وهذا ما نصت عليه المادة (٧٦٩) من قانون المدني العراقي (٢١١).

ثانياً : القرائن القانونية القاطعة :

وهي القرائن التي لا يجوز اثبات خلافها وذلك لوجود أمور هامة يقدرها المشرع ويحرص على عدم الاخلال بها حتى يتحقق له هدفه التشريعي (٢١٢)، ويمكن

(٢٠٩) ينظر قرار المحكمة الادارية العليا المرقم (٣١١) لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٦٠/٤/٢. المشار لدى د. محمد نصير محمد ، الواقي في حجية الاثبات بالقرائن وتطبيقاتها في القانون الاداري ، ط١ ، مكتبة القانون والاقتصاد ، الرياض ٢٠١٤ ، ص ٤١.

(٢١٠) وهذا ما أكدته الفقرة الثانية من المادة (١٣٢) من قانون المدني العراقي المرقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ والتي نصت على أنه "يفترض في كل التزام أنه له سبباً مشروعاً ولو لم يذكر هذا السبب في العقد ، ما لم يقر الدليل على غير ذلك".

(٢١١) اذا نصت على أنه " الوفاء بقسط من الأجرة قرينة على الوفاء بالأقساط السابقة على هذا القسط ، حتى يقوم الدليل على عكس ذلك".

تقسيمها الى القرائن القانونية القاطعة المتعلقة بالنظام العام والأخرى غير المتعلقة بالنظام العام ، فالقرائن المتعلقة بالنظام العام وضعت لحماية المصلحة العامة والحفاظ على النظام العام^(٢١٣)، ولا يجوز اثبات عكسها بأى دليل من أدلة الاثبات حتى بالأقرار او باليمين وهذا ما نصت عليه المادة (١٠١) من القانون الاثبات العراقي المرقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ النافذ، ويعدّ التقادم المسقط مثلاً على هذا النوع من القرائن ، اما النوع الثاني غير المتعلق بالنظام العام ، فتعدّ هذه القرائن يجوز قبول الاقرار او اليمين في نفض هذه القرائن التي لا تقبل اثبات العكس في الأمور التي لا تتعلق بالنظام العام ، و هذا ما نصت عليه المادة (١٠١) من قانون الاثبات العراقي النافذ.

تأسيساً على ما تقدم نستنتج من ذلك بأن هذه القرائن وجدت لحماية المصالح الخاصة ، لذلك يجوز اثبات عكسها ونقضها بالاقرار او باليمين من تقررت القرينة لمصلحته ، فيستطيع أن يتنازل عنها بالاقرار الصريح و الضمني في حالة النكول عن اليمين ، فيدل دلالة قاطعة على أن الاستنباط أو الاستساج الذي بنى المشرع على أساسه بهذه القرينة لا يتطابق مع الواقع في الحالة الفردية او لا يكون محلاً للأخذ به.

الفرع الثاني : القرائن القضائية

تعدّ القرائن القضائية بأنها النتائج التي يستخلصها القاضي من روح القانون (الوقائع والشواهد المعلومة والمعروضة عليه) لاثبات واقعة متنازع عليها^(٢١٤)، من خلال هذا التعريف نستنتج بأنه يمكن استنباط القاضي القرينة من أمر مجهول الى أمر معلوم أو استنباط أمر ثابت من أمر غير ثابت ، ومن هذا المنطلق لكون هذه القرائن هي نطاق مهارة و ذكاء و فطنة القاضي و هي مصدر إثراء للقانون ، ويكون للقاضي السلطة التقديرية بأن يختار من الوقائع الثابتة في الدعوى ما يشاء و يستنتج منها ما يراه مناسباً دون الحاجة الى اجراء التحقيق بذاته ، ولتوضيح ذلك فإن القرينة القضائية قد تتحول الى القرينة القانونية متى ما نص عليها المشرع كنتيجة لإستقرار الأوضاع القضائية في القضاء و الأخذ بها ، وللقرائن القضائية اهمية كبيرة فيما يتعلق بعبء الاثبات من حيث نقله بين الخصوم ولتخفيف من القاعده (البينة على من ادعى واليمين على من انكر) حيث لا يقع عبء الاثبات على كاهل احد الخصوم دون الآخر ، عن طريق الأكتفاء بما يجعل الأمر المدعى به قريب للتصديق والزام المدعى عليه نفي هذا الأمر و من ثم يقوم القاضي بتكوين القناعة الكاملة من

^(٢١٢) ينظر يحيى بكوش، أدلة الاثبات في القانون المدني الجزائري والفقهاء الاسلامي ، دراسة نظرية وتطبيقية ، المؤسسة الوطنية ، الجزائر ، ١٩٨٨ ، ص(٣٦٨).

^(٢١٣) ينظر مصطفى عبد العزيز الطراونة، القرائن القضائية لإثبات عدم مشروعية القرار المطعون فيه، دراسة مقارنة، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن ، ٢٠١١ ، ص ٥١.

^(٢١٤) ينظر زكري فوزية ، اجراءات التحقيق في المنازعات الادارية ، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام ، كلية الحقوق ، جامعة وهران ، ٢٠١٢ ، ص(١٩٤).

المجموع ما يدلي به الخصوم^(٢١٥) ، فضلاً عن ذلك تتكون القرينة القضائية من عنصرين: العنصر المادي والعنصر المعنوي ، فالعنصر المادي يتكون من وقائع و ظروف يتحقق القاضي من ثبوتها سواءً عن طريق المعاينة او الخبرة ، أما العنصر المعنوي فهو استنتاج يقوم بتفسيره القاضي من تلك الوقائع الثابتة مستخدماً قواعد العقل والمنطق ليصل من هذه الواقعة الثابتة الى الواقعة المراد اثباتها .

استخلاصاً لما سبق فيمكن تقسيم القرائن القضائية المطبقة امام القضاء الاداري الى قرينة : سلامة القرارات الادارية و قرينة الصحة و قرينة العلم اليقيني بالقرار وقرائن اثبات عيب الانحراف بالسلطة التي هي محل دراستنا في هذا البحث العلمي الدقيق والتي سنتطرق اليها لاحقاً .

وعليه سنتناول تلك القرائن بالشكل الآتي :

اولاً : قرينة سلامة القرارات الادارية (قرينة الصحة) : تعدّ قرينة سلامة القرارات الادارية أحد الامتيازات الممنوحة للأدارة ، حيث تقوم على أن الأصل في القرار الاداري أنه صحيح ، وهي قرينة عامة تفترض سلامة قرار اداري ، بحيث يظل القرار الاداري نافذ المفعول باعتباره صحيحاً منذ تاريخ سريانه حتى تاريخ انتهاء العمل به بالغائه او تعديله او سحبه^(٢١٦) ، كما و تعدّ قرينة سلامة القرارات الادارية من القرائن البسيطة (غير القاطعة) فهي قابلة لإثبات العكس ، حيث تنتفي هذه القرينة اذا ما نجح صاحب الشأن في زعزعة الثقة المفترضة في القرار الاداري بدرجة يطمأن معها بأن القرار المطعون فيه مخالف للقانون ، عندئذ ينقل عبء اثبات صحة القرار و مطابقتها للقانون على عاتق الادارة ، فإذا اخفقت في اثبات ذلك او تقاعست عنه فإن ذلك يعدّ قرينة على عدم مشروعية القرار ومن ثم الغائه^(٢١٧) .

وفيما يتعلق بتطبيقات قرينة الصحة في فرنسا ، فإن الفقه و القضاء الفرنسي استقر على ان القرارات الادارية مسببة كانت او غير مسببة يفترض فيها الصحة ، وأن من يدعي العكس ذلك يقع عليه عبء الاثبات^(٢١٨) ، كما ان القضاء الاداري الفرنسي جعل الاوراق الادارية ومن بينها القرارات الادارية من قبيل الاعمال الرسمية وبالتالي تحوز الحجية لحين الطعن فيها بالتزوير ولو لم يوجد نص صريح يقضي بذلك^(٢١٩) .

^(٢١٥) ينظر د. سليمان مرقس ، اصول الاثبات واجراءاته ، مصدر سابق ، ص٨٨ ، و قيس عبد الستار عثمان ، القرائن القضائية ودورها في الاثبات ، مطبعة العاني ، بغداد ، ١٩٨٦ ، ص (٨٩) .

⁽²¹⁶⁾ Stassinopoulos, Traite des actes adminis trafe, preci, Athenes, 1954, p.151 .

^(٢١٧) ينظر د. عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة ، اجراءات التقاضي والاثبات في الدعاوى الادارية ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٨ ، ص٤٩٨ والمستشار حمدي ياسين عكاشة ، موسوعة المرافعات الادارية والاثبات في قضاء مجلس الدولة ، الكتاب السادس (الاثبات في الدعوى الادارية) ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٩ ، ص (٢٥) .

^(٢١٨) ينظر د. عبدالعزيز المنعم خليفة ، مصدر سابق ، ص (٣٩٩) .

⁽²¹⁹⁾ stassinoponlos ,op .cite ,p.180.

أما في مصر فإن القضاء الإداري المصري ذهب في أحد أحكامه بالقول "..... وإن كانت الحكومة غير ملزمة بتسبب قراراتها ما لم يلزم القانون ذلك ، فإن المفروض في هذه القرارات انها تكون صحيحة وتبغى المصلحة العامة ، وعلى من يدعي العكس اقامة الدليل وتبقى قرينة الصحة قائمة الى أن يثبت العكس"^(٢٢٠).

أما في العراق فيتبين لنا من خلال استقرائنا للقضاء الإداري بأن القاضي الإداري يطبق هذه القرينة، اذ يعد ان كل قرار اداري وان طعن فيه امامه فهو صحيح ما لم يقدّم دليل عكس ذلك ، فإذا تبين له ان جميع اركان القرار متوافرة فهو يقضي برد الدعوى ، اما اذا ثبت له انعدام أحد الأركان والقرار مشوب بعيب من عيوب المشروعية ، فيحكم القاضي بإنهائه ، و في هذا الصدد نجد ان تطبيقات القضاء الإداري العراقي لقرينة سلامة القرارات الإدارية كثيرة ، فقد قضت في احدي أحكامه "..... أنه يطلب المدعي الغاء الأمر الأخير كونه يعد تعسفاً في استعمال السلطة ، حيث ان القرار الإداري السليم لا يمكن الغائه الا اذا شابه غش او تزوير ، حيث إن الوقوف على مدى صحة الأمر المعلوم المطعون فيه يتطلب اولاً التحقق من مدى سلامة القرار الإداري بالايفاء وهل ان هناك سبباً مبرراً لإنهائه....."^(٢٢١).

ثانياً : قرينة العلم اليقيني بالقرار الإداري :

يعدّ وسيلتي النشر و الاعلان (التبليغ) يؤديان الى العلم بالقرار الإداري، فإن العلم اليقيني هو علم صاحب الشأن بالقرار الإداري بصورة فعلية بما يغني عن العلم بالتبليغ^(٢٢٢) ، ومن الجدير بالذكر ان عبء اثبات العلم اليقيني يقع على عاتق الادارة التي تدعي تحقق العلم اليقيني بالقرار الإداري في حق صاحبه، وذلك اعمالاً للقاعدة ان عبء اثبات يقع على عاتق المدعي ، اما فيما يتعلق بقرينة العلم اليقيني وتطبيقاته امام القضاء الإداري الفرنسي ، فنجد عدم الاستقرار موقف مجلس الدولة الفرنسي ، فقد طبق المجلس هذه القرينة في بعض الحالات كحالة اعتراف الطاعن بسبق علمه بالقرار المطعون فيه ، وحالة كون الطاعن موظفاً مكلفاً بتنفيذ قرار معين والطعن في هذا القرار، و حالة تنفيذ الإدارة لقراراتها جبراً على احد الافراد وكذلك في حالة التظلم^(٢٢٣) الى الجهة الإدارية من القرار الإداري تدل على علمه بكافة محتوياته.

^(٢٢٠) ينظر الحكم الصادر من المحكمة الادارية العليا بتاريخ ٢٢/٥/١٩٦٥ ، السنة ١ ، المنشور في مجموعة احكام المحكمة الادارية العليا ، دار النهضة العربية ، القاهرة، ١٩٧٥ ، ص(١٤٢).

^(٢٢١) ينظر القرار الصادر المرقم (٤٨/ انضباط / تمييز) بتاريخ ٦/٣/٢٠٠٦ ، القرار المنشور في مجموعة قرارات وفتاوى مجلس شوري الدولة العراق للأعوام ٢٠٠٤ ، ٢٠٠٥ ، ٢٠٠٦ ، وزارة العدل، مجلس شوري الدولة ، جمهورية العراق ، ص (٣٣١).

^(٢٢٢) ينظر علي سعدون عمران، القضاء الإداري العراق والمقارن، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١١، ص(١٧٧).
C . E . Aout , Morin , 1950 , Rec . 75 . (223)

اما بالنسبة لموقف القضاء الإداري المصري فقد قضى المحكمة الإدارية العليا في احدي احكامها على " إن ميعاد اقامة الدعوى ستون يوماً من تاريخ العلم اليقيني او الأفتراض بالنشر بأحدى الوسائل المقررة او علماً حقيقياً بالأخطار او علماً يقينياً بالقرار اذا لم يتوافر العلم المفترض او الحقيقي^(٢٢٤) .

اما في العراق فقد اعتمد القضاء الإداري العراقي على قرينة العلم اليقيني بالقرار الاداري لبدء سريان ميعاد الطعن بالالغاء ، حيث قضت محكمة القضاء الاداري بالقول : "..... وإن المدعي قد تظلم من الأمر المطعون فيه لدى رئيس واعضاء مجلس قضاء الشطرة بتاريخ ٢٠١٢/٩/١٢ بحسب ما اورده المدعي بعريضة الدعوى و ارفق نسخة من التظلم تحمل ذات التاريخ وبذلك يكون هو تاريخ العلم اليقيني للمدعي بالأمر المطعون فيه، وحيث أنه اقام دعواه بتاريخ ٢٠١٢/١١/٧ فتكون مقامة خارج المدة القانونية....." ^(٢٢٥) .

نستنتج من خلال ما تقدم أن القرائن بنوعيه القانونية والقضائية تعد وسيلة رئيسة في اثبات الدعوى الإدارية ، إذ لا يمكن ان يستغني عنها القاضي الإداري ، لذا يستعين بها القضاء الاداري سواء كان في فرنسا ام في مصر ام في العراق للوصول الى الحقيقة آخذاً بنظر الاعتبار مدى ملائمة القرينة لظروف وموضوع الدعوى المطروحة امامه ، ونأمل من المشرع العراقي النص على القرائن القضائية الهامة ، لأن استمرار القضاء الاداري على الأخذ بقرينة معينة ، فمن الأفضل أن تتحول بعض من القرائن القضائية المستمرة عليها القضاء الى قرائن قانونية بالنص عليها مع ترك تطبيقها للقاضي الإداري حسب سلطته التقديرية واقتناعه بها .

المطلب الثالث : حجية قرائن الاثبات في حالتي الوقائع المادية والتصرفات القانونية

ان حجية القرائن في النطاق الاداري تختلف عنها في المجالات القضائية الاخرى، فمن خلال ذلك تتنوع حجية القرائن القضائية في ميدان القضاء الاداري، فقد تكون مطلقة أو مقيدة خلافاً عن حجية القرائن في المجال المدني ، و استخلاصاً لما سبق فإن الوقائع و الظروف و الملابسات المراد اثباتها في ميدان القضاء الاداري قد تكون وقائع مادية او تصرفات قانونية، ولذلك ينبغي مناقشة حجية هذه القرائن فيجب الاتباع الضروري للتفريق بينها و بيان حجية هذه القرائن في الحالتين. و على ضوء ذلك سنقسم المطلب الثالث على فرعين نتناول في الفرع الأول: حجية القرائن القضائية في حالة الوقائع المادية ، و نخصص الفرع الثاني لحجية القرائن القضائية لحالة التصرفات القانونية.

الفرع الاول : حجية القرائن القضائية في حالة الوقائع المادية

^(٢٢٤) ينظر الحكم الصادر من المحكمة الإدارية العليا بالطعن المرقم (٧٤٨٩) لسنة ٥١ ق ، بتاريخ ٢٠١١/١/٢ ، مصدر سابق ، ص(١٧٨) .

^(٢٢٥) ينظر القرار الصادر بالرقم (٣٧٠ / قضاء اداري) بتاريخ ٢٠١٢/١٢/١٧ القرار المنشور في مجموعة قرارات وفتاوى مجلس شورى العراق لعام 2012 ، مجلس شورى الدولة العراقي ، وزارة العدل ، جمهورية العراق ، ص(٣٥٤).

تعدّ القرائن في الوقائع المادية هي الوسيلة التي يمكن من خلالها التوصل الى الوقائع المجهولة من وقائع اخرى معلومة مرتبطة بالوقائع الأولى ارتباط منطقي وعقلي ، فمن خلال ذلك لا يتقيد القاضي بدليل اثبات محدد في الوقائع المادية ، مما يعني إن حجية القرائن القضائية تكون مطلقة ، والسبب في ذلك أن هذه الوقائع والظروف والملابسات تكون غير متوقعة و لا يمكن أن يتهىء فيها الدليل المكتوب ، ونتيجة لذلك أن ادلة الاثبات الكتابة تتراجع وتنهار أمام القرائن القضائية وهذا ما يعطيها ويسمى الحجية المطلقة في الأثبات امام القضاء الإداري.

فضلاً عن ذلك قسّم الفقه هذه الوقائع امام القاضي الإداري الى الوقائع الطبيعية والمتمثلة بالكوارث الطبيعية و احداث طارئة وظروف استثنائية ، بينما تتمثل الثانية بالأعمال المادية التي تصدر من جهة الإدارة والتي لا يرتب عليها القانون أثر^(٢٢٦) . واستخلاً لما سبق فإن الوقائع المراد اتباعها عندما تكون وقائع مادية ، فإن القرائن القضائية لها حجية مطلقة ما عدا بعض الاستثناءات التي نصت عليها القانون بنصوص متفرقة على قيام واقعة مادية محددة ، ومن الاستثناءات التي اشترط المشرع فيها دليل كتابي في اثبات بعض الوقائع المادية هي : ضرورة اثبات كفاية الموظف العام بالتقارير السرية على سبيل المثال ، و مرض الموظف بمعرفة اللجنة الطبية و مثال آخر اثبات واقعة الولادة او الوفاة بالسجلات الرسمية التابعة لجهة الإدارة.

الفرع الثاني : حجية القرائن القضائية في حالة التصرفات القانونية

بادىء ذي بدء نود أن نبين أن حجية القرائن القضائية في نطاق التصرفات القانونية أن نبدأ بتعريف التصرفات القانونية بأنها هي النشاط الذي تأتبه الإدارة بقصد ترتيب آثار قانونية معينة كإنشاء مركز قانوني جديد او احداث تعديل في المراكز القانونية القائمة او الغاء المراكز القانونية القائمة ، كتعيين موظف عام أو فصله من الخدمة ، وتنقسم هذه التصرفات القانونية الى تصرفات صادرة بارادة جهة الإدارة المتمثلة بالقرارات الإدارية والتصرفات القانونية الصادرة باشتراط ارادتين كالعقود الإدارية ، والإدارة لها مظهر خارجي و تقوم بها جهة الادارة من أجل الحفاظ على الحقوق تلجأ الى الكتابة في اصدار هذه التصرفات ، فيعود السبب في ذلك الى ان اثبات هذه التصرفات يكون أسهل و أوضح و أيسر عندما تكون هذه التصرفات مكتوبة في اثباتها ، والحفاظ على الحقوق العامة والخاصة، فمن خلال هذه التصرفات يترتب عليها آثار قانونية والتالي فإن اثبات ما يناقضها يكون بدليل كتابي ، فنتيجةً لذلك نرى ان الدليل الكتابي هو الأكثر ملاءمةً والأنسب تحصيلاً في هذه الحالة .

وأستخلاً لما سبق فإن الاثبات في نطاق التصرفات القانونية في ميدان الاثبات الإداري يقتصر على الأدلة الكتابية ، إذ يلجأ القاضي الإداري الى القرائن في

(٢٢٦) ينظر د. حسين عثمان محمد عثمان ، أصول القانون الإداري ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ،

استنتاج الدليل وهذا نابع من سلطة التقديرية للقاضي الإداري في البحث والتحري عن الأدلة و تقييمها.

فضلاً عن ذلك ففي بعض الحالات يصح اللجوء الي القرائن بعّده أمراً هاماً في حالة الغش والاحتيال في التصرفات القانونية وهذا ما عالجه القانون الاثبات العراقي النافذ^(٢٢٧).

فأن صفة القول ان حجية القرائن القضائية في الاثبات الاداري هي حجية مطلقة سواءً أكانت في الوقائع المادية ام في نطاق التصرفات القانونية ، وذلك بسبب الدور الايجابي للقاضي الإداري من خلال حرّيته الكاملة في البحث والتحري عن الدليل الذي يؤسس عليه حكمه ، فإذا لم يستعين بالأدلة الكتابية فتسعه القرائن القضائية في إصدار الأحكام .

المبحث الثاني : إثبات عيب الانحراف من القرائن الخاصة بالنزاع الإداري

وتطبيقاته القضائية

أن عيب الانحراف في السلطة عيب خفي يحتاج الى تحقيقه جهداً شاقاً و وقتاً طويلاً لإثباته ، لكونه يرتبط بنية مصدر القرار ، فلذلك أن الاثبات بالقرائن لعيب الانحراف بالسلطة يسهل ويبسّر على المدعي أثباته لهذا العيب ويجب أن تكون هذه القرائن حقيقية و جدية نظراً لما يتضمن هذا الاثبات من صعوبة بالغة ، ونتيجة لذلك فإن القاضي الإداري يهدف من الكشف عن هذه القرائن اولاً أن يقتنع بها وثانياً هو اعلاء مبدأ المشروعية وأثبات هذا العيب بالبحث والتحري عن هذه القرائن التي من شأنها التشكيل وعدم ملاءمة وصحة نوايا الإدارة من خلال إصدارها لهذا القرار ، فإذا سكتت الإدارة ولم يقم الدليل على صحة ما يدعي من أجل أقناع القاضي ، فهذا يدل على صحة ما يطلبه المدعي ، فقد تتوافر قرائن عيب انحراف بالسلطة إذا ما فرّقت جهة الادارة في المعاملة بين من هم متساوون في المراكز القانونية ، او في حالة انعدام الدافع المعقول لاصدار القرار الإداري او في حالة عدم التناسب الواضح ما بين الجزاء والمخالفة الانضباطية او من خلال القرينة المستنبطة من اضبارة الخدمة الوظيفية للموظف العام او المستنبطة من ظروف و وقائع اصدار القرار الإداري وكذلك من قرينة الموقف السلبي من الادعاءات الموجهة ضد الجهة الإدارية المختصة ، وكما القرائن الخاصة بالظروف الخارجة عن النزاع الخاص .

وعلى ضوء ما تقدم سنقسم المبحث الثاني على ثلاثة مطالب ، نبين في المطلب الأول: قرينة الاخلال بمبدأ المساواة ، و قرينة عدم التناسب بين المخالفة الانضباطية والجزاء الانضباطي ، ونخصص المطلب الثاني لقرينة انعدام الدافع المعقول ، والقرينة المستنبطة من ظروف إصدار القرار الإداري وكيفية تنفيذه ، ونعرج في المطلب الثالث قرينة الاتجاه السلبي من الادعاءات الموجهة ضد الجهات الإدارية المختصة ، والقرينة المستنبطة من اضبارة الخدمة الوظيفية للموظف العام والقرينة المستنبطة من الظروف الخارجة عن النزاع .

^(٢٢٧) يراجع نص المادة (١٠٣) من قانون الاثبات العراقي المرقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩.

المطلب الأول : قرينة الاخلال بمبدأ المساواة ، وقرينة عدم التناسب بين المخالفة

الانضباطية والجزاء الانضباطي

إن القانون في كثير من اعمال الادارة ونشاطاتها لا يكتفي بتحقيق المصلحة العامة في نطاقها الواسع بل يخصص هدفاً معيناً يجعله نطاقاً لنشاط معين ، فإن اثبات عيب الانحراف بالسلطة من القرائن الخاصة والمحيطة بالنزاع الإداري ، فعلى جهة الإدارة عندما تفرّق في المعاملة بين الأفراد على الرغم من التماثل في ظروفهم ومراكزهم القانونية ، أو قامت جهة الإدارة بتوقيع الجزاء لا يتناسب مع جزاء المخالفة المرتكبة، فإن توافر أي من هذه القرائن المذكورة اعلاه قد يؤدي الى إنهاء قرينة الصحة المفترضة في القرار الإداري من خلال اقامة الدليل على صحة ما يدعيه الطاعن ، بأن القرار المطعون فيه المشوب بعيب الانحراف بالسلطة . وعلى ضوء ما تقدم سنقسم المطلب الأول على فرعين نتناول في الفرع الأول: قرينة الاخلال بمبدأ المساواة ، ونخصص الفرع الثاني لقرينة عدم التناسب بين المخالفة الأنضباطية والجزاء الانضباطي.

الفرع الأول : قرينة الاخلال بمبدأ المساواة

إن مبدأ المساواة من المبادئ الدستورية التي يجب مراعاتها وتطبيقها في حالة تمثال ظروف المكلفين ومراكزهم القانونية دون تمييز أو التفرقة بينهم ، فإذا قامت جهة الادارة بالاخلال او التمييز بما يترتب عليها من آثار و من احدى هذه الآثار هو الانحراف في ممارسة سلطتها ومن ثم ينقل عبء الاثبات لهذ العيب على جهة الادارة⁽²²⁸⁾ ونتيجة لذلك أشار القانون الفرنسي الصادر عام ١٩٦٨ في الفقرة الثانية من مادته السادسة على حرمان النساء التي لم تتوفر فيهن شروطاً معينة من العمل كمدرسات مساعدات في مدارس الذكور ، وقد خول القانون مجلس المحافظة سلطة منح الاستثناءات من هذا المبدأ ، فقد رأى مجلس الدولة الفرنسي إن هذا التصرف يكشف عن روح التحيز لدى مجلس المحافظة وألغى قراره بناءً على عيب انحراف بالسلطة⁽²²⁹⁾.

وأكد الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨ على مبدأ المساواة بموجب نص المادة الأولى منه على أنه " تكفل المساواة بين جميع المواطنين امام القانون دون تمييز في الأصل او العرق او الدين ، وتحترم جميع المعتقدات كما وتقرر التشريعات المساواة بين النساء والرجال في تقلد المناصب والوظائف الانتخابية وكذلك المناصب ذات المسؤوليات المهنية والاجتماعية.

أما المشرع الدستوري المصري فقد أشار على مبدأ المساواة بموجب نص مادتي (٩) و (١٩) من الدستور المصري لعام ٢٠١٤ المعدل النافذ بأنه تلتزم الدولة بتحقيق تكافؤ الفرص بين جميع المواطنين دون تمييز، وكذلك أكدت المادة (١٤)

⁽²²⁸⁾ ينظر خالد رشيد الدليمي ، الانحراف في استعمال السلطة ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون ، جامعة بغداد ، ١٩٩٨ ، ص(١٠٨).

⁽²²⁹⁾ C.E 1/8/1973 , stzde alympgye Chapenais ree . P.917.

من الدستور ذاته بصورة صريحة على مبدأ المساواة في تولي الوظائف العامة إذ تنص على أنه " الوظائف العامة حق للمواطنين على أساس الكفاءة ودون محاباة او وساطة " ومثال على ذلك فقد ألغت محكمة القضاء الإداري المصري قرار جهة الادارة بتفضيل حاملي بكالوريوس التجارة على حاملي بكالوريوس الحقوق في التعيين في احدى المسابقات دون مراعاة نتيجة الامتحان الذي عُقد للمتسابقين^(٢٣٠)، وهذا يعدّ اخلافاً بمبدأ المساواة وقرينة على الانحراف بالسلطة بسبب التفرقة بين المتسابقين من قبل جهة الإدارة.

أما المشرع الدستوري العراقي فإنه أشار الى حق المساواة بصورة عامة ضمن المادة (١٦) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ على ان " تكافؤ الفرص حق مكفول لجميع العراقيين وتكفل الدولة اتخاذ الاجراءات اللازمة لتحقيق ذلك.

واستخلاقاً لما سبق من نصوص دستورية التي أشارت الى اهمية وضرورة المساواة بين المكلفين وعدم التمييز بينهم على أساس الانتماء الجنسي او العائدي أو الاختلاف الاجتماعي ، فهم متساوون في الحقوق والواجبات امام القانون.

ومن هذا المنطلق فقد جاء في أحد قرارات الهيئة العامة لمجلس شوري الدولة في العراق^(٢٣١) (المجلس الدولة العراقي الحالي) أنه و لدى عطف النظر على الحكم المميز وجد أنه غير صحيح و مخالف للقانون ،ذلك أن المدعية سبق أن صدر الأمر الإداري بتعيينها بوظيفة حرفي على الملاك الدائم في بلدية كربلاء، لتوفر شروط التعيين المنصوص عليها في قانون الخدمة المدنية المرقم (٢٤) لسنة ١٩٦٠ النافذ فيها ، ولعدم الاعلان عن تلك الوظيفة ، فقد اصدرت مديرية بلدية كربلاء بالغاء أمر تعيين المميز عليها لعدم إستكمال شرط الاعلان في الوظيفة الشاغرة التي احتلتها المميز عليها ، على الرغم من أن الاعلان في الوظائف الشاغرة شرط أساسي في ملء الوظائف الشاغرة ، لأن ذلك من اهم مبادئ إختيار الموظفين و فسح المجال لتكافؤ الفرص بين المواطنين لشغل الوظيفة العامة ، إلا ان مجلس الانضباط العام لم يلتفت الى ذلك وقرر إلغاء الأمر الإداري الصادرة بالغاء امر تعيينها ، بحجة أن المميز عليها لا تتحمل خطأ الدائرة بعدم الاعلان عن الوظيفة الشاغرة من دون رجوع الى التعليمات المرقم (١١٩) لسنة ١٩٧٩ و التي تضمنت اسس وضوابط إشغال الوظائف و لما كان الحكم المميز لم يلتزم بوجهة النظر القانونية هذه مما أخل بصحته لذلك قرر نقضه.

فمن خلال هذه الأحكام القضائية الصادرة من المحاكم للقضاء الإداري في كل من الدول المقارنة ، نجد أن تلك المحاكم قررت عدم جواز التمييز في تولي الوظائف العامة ، بل يجب أن تكفل الدولة وتمنح تكافؤ الفرص لتولي الوظائف العامة لجميع

^(٢٣٠) ينظر حكم محكمة القضاء الإداري المصري جلسة ١٦/١١/١٩٥٩ ، المجموعة السنة الرابعة ، المنشور مجموعة احكام محكمة القضاء الإداري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٢ ، ص(١٥١).

^(٢٣١) ينظر حكم الهيئة العامة لمجلس شوري الدولة العراقي (مجلس الدولة العراقي الحالي ، الطعن المرقم ٤٥ / انضباط / تمييز ، بتاريخ ٦/٣/٢٠٠٦ ، المنشور في قرارات وفتاوى مجلس شوري الدولة العراقي لعام ٢٠٠٦/٣/٦ ، وزارة العدل ، جمهورية العراق ، ص(٤٣٧).

الافراد دون التمييز بسبب الجنس او اللغة او الدين (المعتقد الديني) او القومية الخ.

الفرع الثاني : قرينة عدم التناسب بين المخالفة الانضباطية و الجزاء الانضباطي
 إن السلطة التقديرية للإدارة هي يجب أن يتوفر فيه شروط وعناصر الملاءمة او المناسبة بين المخالفة الانضباطية والجزاء الانضباطي ، وفي حالة عدم الملاءمة او تجاوز الحد المعقول من حيث تشديد العقوبة الانضباطية او تخفيفها ، يعدّ قرينة على الانحراف بالسلطة من قبل الجهة الإدارية ، فهذه الجزاء الانضباطي هو تحقيق المصلحة العامة ، فإذا خرجت العقوبة عن هذا الهدف اصبح القرار الصادر قراراً مخالفاً للمصلحة العامة و مشوباً بعيب الانحراف بالسلطة ، وهذا ما ذهب اليه المجلس الدولة الفرنسي عندما تقوم و تتخذ جهة الإدارة العقوبات الصارمة تجاه أحد الموظفين استناداً الى الخطأ غير الجسيم ، فإن هذه الواقعة تعدّ قرينة تجعل المجلس يميل الى الغاء حتى لو وجدت قرائن اخرى على عيب الانحراف بالسلطة ، و كذلك أن السلطة التقديرية للسلطة الانضباطية لها كافة الحرية في تقدير الجزاء وفقاً لخطورة الجريمة وما يلائمها من العقوبة ، إذا كانت تلك العقوبة غير المشروعة وتجاوزت حد المشروع وكان عدم تناسبها مع الفعل المرتكب من قبل الموظف العام و مخالف للقانون^(٢٣٢) ، فيعدّ هذا التجاوز من قبل السلطة التنفيذية حدود التناسب والملاءمة بين المخالفة الانضباطية والجزاء الانضباطي مما يجعل القرار الانضباطي مشوباً بعيب أو اساءة استعمال السلطة.

أما القضاء الإداري المصري فقد كانت المحكمة الإدارية العليا في مصر سابقاً ترى عدم جواز الرقابة القضائية على تناسب المخالفة الانضباطية مع الجزاء الانضباطي على عدّها من الملاءمات التي تنفرد بها جهة الإدارة بتقديرها ، و من ثمّ بعدها عدّلت من وجهة النظر السابقة على عدّ عدم الملاءمة الظاهرة بين المخالفة الانضباطية و الجزاء الانضباطي بمثابة قرينة على انحراف الإدارة بسلطتها^(٢٣٣) ، وقد ذهب بعض من الفقه على أن الترجمة الحقيقية والصحيحة للغلو هو التعسف والانحراف في استعمال السلطة^(٢٣٤) ، وفي هذا الصدد قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكمها الصادر بأنه و إن كان الإدارة السلطة التقديرية في توقيع الجزاء

(232) Voir .c .e. 17 mai 1907 societe philhar Monique de fumays 1909/3/133 et D 1908/8/112 .

(٢٣٢) ينظر حكم المحكمة الإدارية العليا المصري جلسة ١١/٦/١٩٩٦ الطعن رقم ١٤٤٩ لسنة (٤١) ق ، الحكم المنشور في موسوعة العدالة في احكام المحكمة الإدارية العليا من عام ١٩٩٠ الى ٢٠١٦ للمستشارين أشرف أحمد عبدالوهاب وابراهيم سيد احمد ، موسوعة العدالة في احكام المحكمة الإدارية العليا من عام ١٩٩٠ - ٢٠١٦ ، ج ١ ، ط ١ ، الناشر دار العدالة للنشر والتوزيع ، مصر، ٢٠١٨ . ص(٧٨).

(٢٣٤) ينظر د. سليمان محمد الطماوي ، القضاء الإداري (قضاء تأديب) ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٧٩ ، ص ٦٩٥ .

ألا أنه يجب أن تمارس هذه السلطة وفقاً لموجبات المصلحة العامة و بغير تعسف أو شبه إساءة استعمال السلطة، و ألغت في حكم آخر فصل أحد الموظفين لعدم التناسب بين الفعل المرتكب الى الموظف العام والجزاء الانضباطي الموقع عليه نتيجة ذلك^(٢٣٥)

أما القضاء العراقي فلا يختلف عن نظيره الفرنسي والمصري في عدّ القرارات التي تنطوي على عدم ملاءمة والتناسب بين المخالفة الانضباطية والجزاء الانضباطي بأنها قرينة على عيب الانحراف بالسلطة ، وفي هذا الصدد ما قضى به مجلس الانضباط العام السابق^(٢٣٦) (محكمة قضاء الموظفين حالياً) إن المعارض قد سبق له الطعن بقرار عزله لدى مجلس الانضباط العام السابق الذي قضى بتخفيف عقوبته الى عقوبة تنزيل الدرجة، لكن جهة الادارة (وزارة التجارة) رفض قرار المجلس و أصر على قرارها السابق بعزل الموظف، فلجأ الموظف الى مجلس أنضباط العام السابق مرة أخرى ، فأصدر المجلس قراره الآتي : بأنه من خلال وقائع التدقيق والدعوى واضبرته إن الموظف قد ارتكب فعلاً خطيراً يجعل بقاءه في الخدمة مضراً بالمصلحة العامة، ولو ثبت ذلك من قبل الوزارة لكانت تحرك الدعوى الجنائية ضده وأن وزارة التجارة في قرارها المتضمن عزل الموظف ومحاولته في اخفاء النقص الذي ظهر على المخزن بقرارها ، فهذا يعدّ بدعة ولم يسبق لها مثيل، وقد عالجت الوزارة الخطأ بإجتهااد خطأ مثله، لأنها تصرّ على واقعة وقعت عام ١٩٩٣، و لكن نحن في وقت اصدار الحكم في سنة ١٩٩٧، ومن خلال ذلك تصدر قراراً تشريعياً يقضي بالغاء قرار مجلس الانضباط العام الملغي الذي حسم القضية وهي جهة الإدارة وترفض تنفيذ قرار المجلس الانضباط العام الاول وقامت بتضمين الموظف ضعف القيمة التجارية للمواد ، وهذا دليل على وجود عيب احراف بالسلطة من جانب الادارة وعدم تناسب المخالفة الانضباطية مع الجزاء الانضباطي.

المطلب الثاني : قرينة انعدام الدافع المعقول والقرينة المستنبطة من ظروف ووقائع

إن ركني السبب والغاية والعلاقة الوثيقة التي تربط بينهما ، فمن خلال ذلك نجد أن إنعدام سبب القرار الإداري يمكن أن تكون قرينة على الانحراف في السلطة ، لما يتمتع به هذين الركنين من الارتباط والصلة الوثيقة ، وإن رقابة القاضي الإداري لركن السبب كوسيلة لإثبات الانحراف بالسلطة مما ييسر الى مستوى عالٍ من عملية الرقابة التي تصطبغ بصبغة موضوعية في هذه الحالة ، ويقصد بهذه القرينة أنه قيام الادارة باتخاذ قرار معين بتبرير غير سليم او يكون دافع الادارة من وراء اصدار قرارها تحقيق مصلحة شخصية ، أما القرينة المستنبطة من ظروف و وقائع إصدار

(٢٣٥) يراجع حكم المحكمة الادارية العليا المصري المرقم ١٠٦٢ السنة ١١ ق - ١٩٩٩ المنشور لدى د.

خميس سيد اسماعيل ، قضاء مجلس الدولة وصيغ الدعاوى الادارية واجراءاتها ، دار محمود

للنشر والتوزيع ، القاهرة ٢٠١٤ ، ص(٤٨٢) وما بعدها

(٢٣٦) ينظر القرار الصادر لمجلس الانضباط العام / ٢٤١ / ١٩٩٧ في ٦/٤/١٩٩٧ المشار لدى خالد رشيد

الدليمي ، مصدر سابق ، ص(١٢٠ - ١٢٢) .

القرار الإداري وكيفية تنفيذه ، فقد تكون الظروف التي أحاطت بإصدار القرار سواءً كانت سابقة أو معاصرة لإصداره أو في توقيت إصداره ، كأن تتعمد تأخير إصدار القرار الإداري لتفويت الفرصة على من تعلقت مصلحته به من حق أو قد تقصد به تعجيل إصدار القرار الإداري لتضرر بمصلحة من يهيمه القرار، وكذلك قد يكون وجود عيب الانحراف بالسلطة من كيفية تنفيذ القرار الإداري.

وعلى ضوء ما تقدم سنقسم هذا المطلب على فرعين نبحث في الفرع الأول : قرينة انعدام الدافع المعقول ونخصص الفرع الثاني للقرينة المستنبطة من ظروف وقائع إصدار القرار الإداري وكيفية تنفيذه.

الفرع الأول : قرينة انعدام الدافع المعقول

يقصد بمصطلح الدافع المعقول بصورة عامة أنه السبب القائم على أساس صحيح وله قوامه في الواقع ، بحيث يشكل مبرراً لإصدار القرار الإداري^(٢٣٧) ، وتأسيساً على ذلك في حالة عدم قدرة القضاء الإداري بإلغاء القرار الإداري لعيب السبب ، و رأى في ذلك عدم وجود أي مبرر معقول أو دافع معقول يستند عليه القرار الإداري المطعون به ، فإن القاضي الإداري يقضي بإلغاء القرار لانعدام الدافع المعقول ، مما يجعل القرار مشوب بعيب انحراف استعمال السلطة.

ومما تجدر الإشارة إليه أن جهة الإدارة تصدر قراراتها بموجب تأثير و دوافع معينة ، ومنها تحقيق المصلحة العامة بأن يكون مبرراً لإصدار القرار ، فإذا انعدم ذلك الباعث أو الدافع تولدت قرينة انحراف الإدارة بسلطتها ، وفي هذا الصدد قام مجلس الدولة الفرنسي بإلغاء قرارات جهة الإدارة التي استنتجت منها أن دافع الإدارة بإصدارها لم يكن ما يبرره ، فقد ألغى قرار نقل موظف عام من عمله إلى عمل آخر لا وجود له في الواقع ، أو لمنعه من أداء واجبه كعمدة في المدينة المنقول منها^(٢٣٨)، مما نستنتج عدم مشروعية القرار الإداري في ضوء أساس عيب الانحراف بالسلطة.

وكذلك في القضاء الإداري المصري ألغت المحكمة الإدارية العليا المصري^(٢٣٩) قرار نقل موظف يعمل في وزارة التموين لما أثبتته من كفاءة وحسن أداء عمله بوزارة الخارجية المصريه التي قد أهلته لتولي مناصب عليا ، ومن هنا كان استنتاج المحكمة إلى افتقار قرار النقل إلى دافع معقول يبرره مما يقيم قرينة على عيب الانحراف بالسلطة في إصدار من قبل جهة الإدارة ، مما يؤدي إلى عدم استقرار قرينة الصحة الواجب توافرها في كافة القرارات الإدارية ، و بالتالي نقل عبء الإثبات إلى جهة الإدارة في مدى مشروعية القرار الصادر.

^(٢٣٧) ينظر د. فهد عبدالكريم أبو العثم ، القضاء الإداري بين النظرية والتطبيق، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان - الاردن ، ٢٠١١ ، ص(٤١١).

⁽²³⁸⁾ C.E. 113 .1997 ,Recueil de droit public , Paris , 1998 .p.251.

^(٢٣٩) ينظر حكم المحكمة الإدارية العليا ، جلسة ١٩٦٨/١١/٢٣ ، مجموعة احكام المحكمة الإدارية العليا ، السنة ١٤ ، القاهرة ، ص(١٩) .

أما القضاء العراقي فقد قضت محكمة التمييز بأن فصل الموظف العام من البنك المركزي لا يعد تعسفاً ما دام الفصل يرجع الى سبب مقبول قانوناً^(٢٤٠). فمن خلال ذلك نستنتج بأن القضاء العراقي يأخذ بانعدام الدافع المعقول كقرينة الانحراف بالسلطة ، وكذلك ما قضى به مجلس الانضباط العام الملغى (محكمة قضاء الموظفين حالياً) والذي نص في حكمه على أنه^(٢٤١) : (لايجوز رفض التقدير الطبي إذا كان مستوفياً لشروطه القانونية ، وان استناد الرفض مستنداً على الفقرة (٤/هـ) من المادة السابعة من نظام الاجازات كان غير صحيحاً.

الفرع الثاني : القرينة المستنبطة من ظروف و وقائع اصدار القرار الاداري وكيفية تنفيذه في بعض الاحيان يصدر القرار الاداري في خضم ظروف و ملاسبات معينة تثير نوعاً من الشك والريبة حول مدى تحقيق المصلحة العامة ، و قد ينفذ القرار الاداري بصورة غير صحيحة وسليمة ، نستنتج من خلالها انحراف جهة الادارة عن سلطتها العامة ، او قد يصدر القرار بطريقة او بأخرى يتضمن في طياته و فحواه قرينة على الانحراف بالسلطة ، يمكن الاستناد اليها في الطعن بالغاء القرار الاداري لكونه مشوباً بعيب الانحراف بالسلطة، ومن خلاله يتم نقل عبء الاثبات الى جهة الادارة^(٢٤٢)، وبهذا الصدد قضى مجلس الدولة الفرنسي في احد قراراته^(٢٤٣) عندما اصدر المدير المعين حديثاً وقبل تسلم مهام وظيفته قراراً بفصل أحد رؤوسيه و من ثم تم تنفيذ هذا القرار على وجه السرعة خلال وقت تسلم منصبه، مما تثير الشك بأن القرار كان يهدف الى اهداف غير مشروعة ، ولا تتعلق بالمصلحة العامة للمرفق العام الذي يديره.

فضلاً عن ذلك ما قام به القضاء الاداري المصري^(٢٤٤) من خلال محكمة القضاء الاداري المصري باصدار الوزير المختص قراراً بعد أن قدم استقالته وقبل أن تُقبل ، قد يتخذ قرينة على انحراف السلطة ، مما يثير الشك والريبة بأن هذا التصرف القانوني القصد منه تحقيق مصالح خاصة.

^(٢٤٠) ينظر قرار لمحكمة التمييز العراقي المرقم ٢٧٥/ح/٦٣/في ١٩٦٣/٢/٢٠ ، المنشور في مجلة ديوان التدوين القانوني، العدد الثاني ، السنة الثانية، ١٩٦٣ ، ص. (157).

^(٢٤١) ينظر قراره المرقم ٦٢/٦٣ في ١٩٦٢/٨/٤ ، المنشور في مجلة ديوان التدوين القانوني ، العدد الثاني، السنة الثانية، ١٩٦٣، ص(١٥٧) .

^(٢٤٢) ينظر حسام اوزينة ، الانحراف بالسلطة كوجه لإلغاء القرار الاداري ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة محمد بوضياف بالمسلية ، الجزائر، ٢٠١٦، ص(١١٧) ، و

Laffarriere ,Traite de droit admintratif , 2 edition ,Tome 11 ,paris ,1986 , p.55.

(243) C.E 3 mars 1939 "dame laurant " rec . p .138 .

^(٢٤٤) ينظر حكم محكمة القضاء الاداري المصري ، في القضية رقم ١٧٥ في ١٩٥١/٦/٧ لسنة ٥٠ هـ ، مجموعة سنة ٥ المنشور في الموسوعة الشاملة لاحكام القضاء الاداري المصري ،دار النهضة العربية ، القاهرة، ١٩٥٩، ص(١٢٦).

اما القضاء العراقي فقد قضت محكمة التمييز^(٢٤٥) في حكمها " مما كان تبويب البضاعة هو من السلطة التقديرية للإدارة (دائرة الكمارك) فقد مارسه هذه الدائرة بموجب احكام القانون طبقاً للوقائع والظروف المحيطة بالقرار ، فإن القرار الذي صدر من قبل القاضي يرد دعوى المدعية التي طلبت فيها الغاؤه و كان القرار موافقاً للقانون.

المطلب الثالث : قرينة الاتجاه السلبي من الادعاءات الموجهة ضد الجهات الادارية المختصة، والقرينة المستنبطة من اضبارة الخدمة الوظيفية للموظف

العام، والقرينة المستنبطة من الظروف الخارجة عن النزاع

إذا قام المدعي بتقديم وقائع و ظروف يستنتج منها انحراف الادارة بسلطتها ، فإذا لم تنكرها جهة الإدارة او ما يتوافر في الأوراق الخاصة بالدعوى وما ينفياها، عدّ ذلك قرينة على توافر عيب الانحراف بالسلطة ، نظراً لما يتمتع به هذا العيب من طبيعة خاصة تجعل اثباته صعب البلوغ^(٢٤٦) ، وكما أن امتناع جهة الإدارة عن تقديم الأضبارة الشخصية للموظف العام التي تحتوي على سيرته وسلوكه الوظيفي او ايداع الأوراق ناهيك عن عدّه قرينة على الانحراف بالسلطة.

اما فيما يتعلق بالاثبات قيام الانحراف بالسلطة من ظروف خارجة عن النزاع ، وهو يعدّ من وسائل الاثبات غير المباشرة التي يستنتج من خلالها هذا العيب أو عدم وجوده ، و قد تكون هذه الظروف لاحقة لنظر الدعوى من قبل القضاء الإداري.

وعلى ضوء ما تقدم سنقسم هذا المطلب على فرعين نتناول في الفرع الاول قرينة الاتجاه السلبي من الادعاءات الموجهة ضد الجهات الادارية المختصة و القرينة المستنبطة من اضبارة الخدمة الوظيفية للموظف العام ، ويبحث في الفرع الثاني قرينة اثبات عيب الانحراف بالسلطة من الظروف الخارجة عن النزاع.

الفرع الأول : قرينة الاتجاه السلبي من الادعاءات الموجهة ضد الجهات الادارية المختصة والقرينة المستنبطة من اضبارة الخدمة الوظيفية للموظف العام

أن الهدف الحقيقي من اقامة هذه القرينة هو تسهيل على المدعي في اثبات دعواه، والذي تقوم بعرقلتها من قبل الإدارة من خلال صمتها وسكوتها ، و نستنتج من خلال ذلك بأنه لا يجوز أن تمنح الإدارة على هذا السكوت الذي يقوم على انحرافها و سوء استعمالها للسلطة ، ففي القضاء الفرنسي^(٢٤٧) حيث وجد في قرية Delette أكثر من فرقة موسيقية خاصة لحياء الحفلات في مختلف المناسبات ، ولكن عمدة المدينة كان

^(٢٤٥) قرار محكمة التمييز العراقي المرقم ٣٠١ / م / ٦٩ في ١٩٧٠/٤/٤ ، مجلة القضاء، العدد الثاني، ١٩٧٠، ص(١٥٧).

^(٢٤٦) ينظر د. فؤاد العطار ، القضاء الاداري ، دار النهضة العربية ، القاهرة، ١٩٦٨، ص(٦٠٨) و د. احمد سرحان حمدان ، الانحراف بالسلطة وجه الالغاء القرار الاداري ، مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية المجلد ١، العدد ٢٠١٣، ص(٤٢).

^(٢٤٧) ينظر د. سليمان محمد الطماوي ، نظرية التعسف في استعمال السلطة ، ط١، مطبعة دار نشر الثقافة ، القاهرة ، ١٩٥٠ ، ص(١١٤-١١٥).

يميل الى الفرقة بالذات من هذه الفرق ، أراد أن يحايبها على حساب الفرق الاولى، فقد أصدر قراراً ادارياً في ٣/٤/ نيسان /١٩٣٨ يمنع هذه الفرق الموسيقية من الخروج لمباشرة عمل في الطرق العامة الا بعد حصول تصريح من المجلس القروي الذي يخضع لرئاسته، فهذا الامتناع يعدّ موقف سلبي بالادعاء، ويعدّ قرار العمدة مشوباً بعيب الانحراف. وتأكيداً على ذلك قضت محكمة القضاء الاداري المصري^(٢٤٨) في حكمها و الذي نص على أنه وقف تنفيذ قرار أصدرته وحدة مرور المنوفية يتضمن الامتناع عن اصدار ومنح الرخصة سيارة ، حيث لم تقدم الجهة الادارية المختصة أي أوراق ومستندات تنفي ما أثاره المدعي بادعائه على الرغم من أن جميع الأدلة والاثباتات تحت يدها و لو كانت ادعاءات المدعي تتضمن ما يخالف الواقع، لكان بوسع جهة الإدارة نفيها بما في حوزتها من المستندات.

اما في القضاء الإداري العراقي ما جاء في قرار لمحكمة القضاء الإداري - احدى تشكيلات مجلس شوري الدولة العراقي السابق - مجلس الدولة العراقي الحالي - من أن استحصال موافقة أمين بغداد إضافةً لوظيفته على وضع لوحة الاعلان على مكتب الدلالة العائد للمدعي و دفع الرسوم القانونية المقترضة، لذلك يعطيه الحق في وضع لوحة ثانية إشارة و تكرار لعنوانه التجاري في اللوحة الأولى ، وان امتناع المدعي عليه أمين بغداد - اضافةً لوظيفته - عن اعطاء الموافقة له لوضع اللوحة الثانية، يعدّ تعسفاً في استعمال الحق بلا مبرر قانوني^(٢٤٩) و يعدّ انحرافاً للسلطة.

أما بالنسبة للقرينة المستنبطة من ملف الخدمة الوظيفية للموظف العام ، فيمكن للقاضي الإداري أن يلجأ الى الاضبارة الشخصية الخاصة بالموظف العام الذي تحتوي على سيرته وسلوكه الوظيفي ، وهذا كله يؤدي الى الوصول الى اثبات عيب انحراف واساءة استعمال السلطة من خلال الرجوع الى هذه الاضبارة والتحقق من هذا العيب بعدم انحراف الإدارة في استعمال سلطته في اتخاذ القرار الخاص بالموظف العام ، لكن هذه الوسيلة غير الكافية لإثبات هذا العيب بوجوده او عدم وجوده^(٢٥٠) ، اما في فرنسا فقد ذهب مجلس الدولة الفرنسي^(٢٥١) بأن امتناع جهة الادارة عن استجابة المحكمة الإدارية الخاص في تقديم بعض المستندات و المعلومات عن الاضبارة الشخصية التي يتعين وجودها في ملف المدعي الشخصي ،

^(٢٤٨) ينظر الحكم الصادر من محكمة القضاء الاداري المصري ، دعوى رقم ٤٠٢٤ ، جلسة ١٢/٧/١٩٩٤ ، لسنة اق ، دائرة طنطا ، غير منشور، المشار لدى د. عبدالعزيز عبد المنعم خليفة، دعوى الغاء القرار الاداري وطلبات ايقاف تنفيذه ، منشأة المعارف، مصر ، ٢٠٠٩ ، ص(٤٩٠).

^(٢٤٩) ينظر قرار المحكمة القضاء الاداري العراقي رقم ٤٥/قضاء اداري /٩١ في ٩/١١/١٩٩١ المشار لدى خالد رشيد الدائمي، مصدر سابق، ص(١٦).

^(٢٥٠) ينظر د. حمدي القبيلات ، الوجيز في القضاء الاداري ، ط١، دار وائل للنشر ، عمان ، الاردن ، ٢٠١١، ص(٤٠٤).

^(٢٥١) الحكم الصادر من مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ ١٧/١٠/١٩٥٨ *Ministre de interieure* *c./Mot - tard* المنشور لدى د.احمد كمال الدين موسى ، نظرية الاثبات في القانون الاداري، مؤسسة دار مطابع الشعب ، القاهرة، ١٩٧٧، ص(٤٠٨).

أن نظر الطعن في قرار العقوبة الصادر ضده يعدّ قرينة على صحة الوقائع التي يدّعيها صاحب الشأن.

أما القضاء الإداري المصري^(٢٥٢)، فقد عدّ المحكمة الإدارية العليا المصري نكول الجهة الإدارية المختصة التي يتبعها الموظف عن تقديم الأوراق والمستندات من الاضبارة الشخصية المتعلقة بموضوع النزاع القائم، يعدّ اقامة قرينة لصالح المدعي بانتقال عبء الاثبات الى جهة الادارة.

أما القضاء الإداري العراقي فقد قضى بأحدى احكامه^(٢٥٣) بأن المدعي قد تم ترقيعه بالراتب الى راتب الدرجة السادسة، فإن هذا دليل على أن شروط الترفيع متوافرة فيه ضمن الاضبارة الشخصية و بالتالي فإن الادارة قد جانبت الصواب في عدم ترقيعه للدرجة التي يستحقها لا سيما و أن مدة خدمته تؤهله للترفيع الى الدرجة المذكورة.

فمن خلال ما تقدم يتبين لنا أنه قد يصدر القرار الإداري وسط ملابسات و ظروف معينة تثير شكوكاً حول مدى توخيه الصالح العام، و إن هذه الطرق الملتوية تنم عن انحراف الإدارة بسلطتها و كذلك يحمل اسلوب اصدار القرار في طياتها اساءة في استعمال سلطتها، مما تسترعي الانتباه من قبل القاضي الإداري لدراسة و استنباط هذه القرينة من جميع الظروف و الملابسات المحيطة بالنزاع الإداري، و يتطلب من القاضي الإداري بذل جهود كبيرة في سبيل تحقيق ذلك و الكشف عن نية الانحراف .

الفرع الثاني : قرينة اثبات عيب الانحراف بالسلطة المستنبطة من الظروف الخارجة عن النزاع

ان اثبات عيب الانحراف بالسلطة من الظروف و الملابسات و الوقائع الخارجة عن النزاع و تنوع أساليبها و طرقها في البحث و التحري عن وجود عيب الانحراف بالسلطة من جانب الادارة، فلم يكتف القضاء الإداري بالقرائن السابقة، و إنما قامت في ابتداء النظريات و الاساليب التي توسّع من مدى مراقبته على قرارات الإدارة من خلال الوسائل غير المباشرة ومنها هذا العيب، و في هذا الصدد قام مجلس الدولة الفرنسي^(٢٥٤) من خلال حكمه الصادر بتاريخ ٢ من تشرين الثاني لعام ١٩٥٧ في قضية السيد "Castaing" الذي طلب الغاء قرار وزير الصحة الصادر بتاريخ ٢٧ من حزيران لعام ١٩٥٠ والمتضمن بمقتضاه رفض طلبه للحصول على رخصة فتح صيدلية جديدة، من خلال ذلك بسبب ازدياد عدد الصيدليات عن احتياج المواطنين، وعندما نظر المجلس في هذه الدعوى من خلال مستندات الملف، وجدّ

^(٢٥٢)الحكم الصادر من المحكمة الإدارية العليا المصري رقم ١٠٥٩ لسنة ٣٠، بتاريخ ١٢/٢/١٩٨٦، المنشور لدى الموسوعة القانون لشبكة المحامين العرب على شبكة المعلومات الدولية الانترنت، على الموقع الالكتروني الآتي: <http://www. Mohamoon.net> تاريخ زيارة الموقع الالكتروني ٢٠٢٣/٥/٥.

^(٢٥٣)القرار الصادر من محكمة القضاء الإداري العراقي المرقم (٥٠ /قضاء اداري) بتاريخ ١٩ /٦/٢٠٠٦، القرار المنشور في مجموعة قرارات و فتاوى مجلس شورى العراقي للأعوام ٢٠٠٤، ٢٠٠٦، ٢٠٠٥، (مجلس الدولة العراقي الحالي)، وزارة العدل، العراق، ص(٤١٦).

(254) C.E./2/1957 Castaing. Rec. p. 78.

ان الوزير برفضه للطلب الخاص للسيد (Castaing) قد أستخدم سلطاته لأهداف خلافاً للأهداف الممنوحة له ، وقبل أن يصل المجلس الى هذه النتيجة و التي من خلالها ألغى قرار الوزير ، وأستظهر الوقائع والظروف التي تلت والقرارات الصادرة بمنح فتح الصيدليات الجديدة، وهذا يعدّ وقائع وظروف خارجة عن النزاع اعتمد عليها المجلس كدليل على اثبات قرينة عيب الانحراف بالسلطة.

نستنتج من ذلك أن موقف مجلس الدولة الفرنسي قد أخذ بقرينة الظروف والوقائع والملابسات خارجة عن النزاع.

اما موقف مجلس الدولة المصري فكان مغايراً و مختلفاً لموقف مجلس الدولة الفرنسي الذي لا يعتد بهذه القرينة و لا يأخذ به في اثبات عيب الانحراف بالسلطة ، وهذا ما أكدته محكمة القضاء الاداري المصري بحكمها التي قضت فيه أنه لا يوجد وجه للتحدي في مقام اثبات عيب الانحراف بالسلطة بوقائع جدّت بعد صدور القرار المطعون فيه^(٢٥٥).

يرى الباحث ان اتجاه مجلس الدولة الفرنسي يتفق مع العدالة والمنطق وحماية سيادة حكم القانون ومبدأ المشروعية التي تقتضي حماية المدعي الذي يكون هو طرف ضعيف في ميزان الحق في الدعوى الادارية الموجهة الى جهة الإدارة الطرف القوي في الخصومة الادارية ، من خلال ما مسكها وقبضها للسلطة بوجود كافة المستندات والسجلات والوثائق والأوراق التي تحتوي على أدلة وقرائن الاثبات بانحراف السلطة ، ولها القدرة والأمكانية في تقديم الأدلة والقرائن الى القاضي الاداري من عدمه إذا اضطرت الى عمل ذلك ، فبوسعها إخفاء وطمس الحقيقة.

ومن جانبنا نرى بأنه قد يبدي المدعي وقائع يستشف منها انحراف الإدارة بسلطتها، فإذا لم تنكرها الإدارة او يتوافر في الأوراق ما ينفىها، عدّ ذلك قرينة على توافر الانحراف بالسلطة ، و كذلك في حالة امتناع الإدارة عن تقديم الملف الوظيفي للموظف العام او عن ايداع الأوراق المتصلة بالدعوى.

المبحث الثالث : الآثار القانونية المترتبة على قرائن اثبات عيب الانحراف بالسلطة امام محكمة القضاء الإداري

إن الآثار القانونية المترتبة على قرائن اثبات عيب الانحراف بالسلطة امام محكمة القضاء الإداري تتمثل بالحكم بالغاء القرار الاداري المشوب بعيب الانحراف بالسلطة او تعديل القرار الاداري و الذي يعدّ خطراً كبيراً على حقوق وحرريات الإدارة والافراد، الذي ينتج عنه عدم استقرار الأوضاع القانونية بينهم ، فلذلك يعدّ هذا العيب غير مشروعاً و يجوز لكل ذي مصلحة أن يطلب من القضاء الاداري بالغاثة او اجراء التعديل عليه ، علماً أن شروط قبول هذه الدعوى يجب أن تنصب على القرار الاداري الذي يكون نهائياً وموجوداً وصادراً من سلطة ادارية وطنية ، وأن يكون رافع الدعوى ذي مصلحة شخصية ومباشرة ومحقة وتوافرها وقت رفع

^(٢٥٥) ينظر د.عبدالعزیز عبد المنعم خليفة ، الانحراف بالسلطة كسبب لألغاء القرار الاداري ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٨ ، ص(٣٧٢).

الدعوى وأن يسبقه تظلم أمام جهة الإدارة ، فضلاً عن ذلك فقد يكون الغاء القرار الإداري المشوب بعيب الانحراف بالسلطة غير كافياً في مواجهة جميع الآثار القانونية المترتبة على اثباته بالقرائن ومنها المادية والمعنوية ، فلذلك لا يكفي إزالة هذه الأضرار من قبل القضاء الإداري المطعون به وأثر ذلك على المركز القانوني للطاعن، وإنما على القاضي الإداري جبرها بالتعويض العادل.

وعلى ضوء ما تقدم سنقسم هذا المبحث على مطلبين نتناول في المطلب الأول : الآثار المترتبة على الإثبات بالقرائن في عيب الانحراف بالسلطة في دعوى الألغاء ، ونبين في المطلب الثاني: الآثار المترتبة على الإثبات بالقرائن في عيب الانحراف بالسلطة في دعوى التعويض.

المطلب الأول : الآثار المترتبة على الإثبات بالقرائن في عيب الانحراف بالسلطة في

دعوى الألغاء

تعدّ دعوى الألغاء وسيلة من وسائل تحقيق المشروعية وحمايتها في مجموعة من الخصائص والاهداف التي تتضمنها على سواها من الدعاوى الأخرى، التي يستعين بها الأفراد في مواجهة الغاء القرارات الإدارية المعيبة بعيب من عيوب المشروعية ، فلذلك هي تعدّ دعوى قضائية يطلب فيها الطاعن من القضاء الإداري مراقبة مشروعية القرار الإداري المعيب بعيب الانحراف بالسلطة مطالباً بالغاءه ، فضلاً عن ذلك فهي دعوى تتصل بالنظام العام وتعدّ دعوى القانون العام بمعنى ان لها صفة عامة ، والغاية من اقامتها حماية حقوق وحرريات الأفراد ، وهذا يعني انها دعوى قضائية يرفعها صاحب الشأن الى القضاء الإداري طالباً فيها الغاء قرار إداري صدر مخالفاً للقواعد القانونية النافذة.

وتأسيساً على ما تقدم سنقسم هذا المطلب على فرعين نتناول في الفرع الأول: الحكم بالغاء القرار الإداري المشوب بعيب انحراف السلطة ، ونخصص الفرع الثاني: للحكم بتعديل القرار الإداري المشوب بعيب انحراف السلطة.

الفرع الأول : الحكم بالغاء القرار الإداري المشوب بعيب انحراف السلطة

يقوم القاضي الإداري بالتأكد من اختصاصه من النظر في الدعوى المرفوعة امامه من خلال توافر الشروط الشكلية للدعوى ومن ثم ينتقل الى مراحل النظر في الدعوى وفي موضوعه أي موضوع القرار الإداري محل الطعن ، فإن وجد سبباً لالغائه أصدر حكمه بالألغاء ، وإن لم يجد قضي ببرد الدعوى لسلامة القرار الإداري المطعون به وصحته.

نتيجة لذلك فإن رقابة القضاء الإداري على عيب الانحراف بالسلطة هي رقابة مشروعية تستهدف التحقق من التزام الإدارة في قراراتها بالمصلحة العامة او

الأهداف التي حددها لها القانون^(٢٥٦) ، وإن الانحراف عنها يظهر في ثلاثة صور وهي كالآتي:

أولاً : استعمال السلطة لتحقيق أغراض لا تتعلق بالمصلحة العامة:

إن المشرع يضع ويحدد قيوداً مهماً على الإدارة هو وجوب سعيها دائماً لتحقيق المصلحة العامة ، علماً أن السلطة العامة ليس امتياز شخصي للموظف العام ولكنها بهدف تحقيق المصلحة العامة للوظيفة العامة ، فابتعاد جهة الإدارة عن هذه المصلحة يشوب قراراتها بعيب انحراف بالسلطة ، ومن ثم الغائه ، ومن هذه الأهداف بعدم تحقيق المصلحة العامة واستعمال السلطة بتحقيق منفعة شخصية لرجل الإدارة من خلال القرار الإداري الذي أصدره ، وقد يكون الهدف من إصدار القرار من قبل الإدارة تحقيق منفعة للغير ، كاستحداث وظيفة لغرض إيجاد عمل لأحدى الأشخاص أو إقالة موظف لاحتلال آخر مكانه ، وكذلك استعمال السلطة لتحقيق غرض سياسي أو أغراض ذات نتيجة سياسية ، أو فئوية أو حزبية لا تتعلق بالمصلحة العامة بقصد الانتقام بايقاع الأذى بالغير والاشباع لشهوة الانتقام أو التفشي الاحقاد أو الضغائن الشخصية بقيام رجل الإدارة بتصفية حساباته مع خصومه.

ثانياً : مخالفة قاعدة تخصيص الأهداف:

قد يحدد القانون أو المشرع هدفاً معيناً يتوجب على رجل الإدارة السعي إلى تحقيقها ، فيقوم القاضي باستخلاص هذا الهدف في حالة عدم النص عليه ، ولا يجزئ الإدارة تحقيق هدف غيره حتى وإن كان متعلقاً بالمصلحة العامة ، وإلا أصبح القرار باطلاً ومشوباً بعيب الانحراف بالسلطة^(٢٥٧) ومن أمثلته في ميدان الضبط الإداري وفي نطاق الوظيفة العامة ، فإذا حدد المشرع الهدف يجب على سلطة الضبط الإداري تحقيقه هو المحافظة على عناصر النظام العام المتمثل بحماية الأمن العام و الصحة العامة و السكينة العامة ، فإذا خالفت الإدارة هذا الهدف أصبح قرارها مشوباً بعيب الانحراف بالسلطة لمجانبتها للهدف المخصص له.

أما فيما يتعلق في مجال الوظيفة العامة والعقوبات الانضباطية وخاصة في هذا المجال بَعْدَ نطاقاً واسعاً لمخالفة قاعدة تخصيص الأهداف ، فالأصل أن الإدارة لها سلطة تقديرية في توزيع موظفيها على الوظائف العامة ، لتسيير المرافق العامة وتحقيق أهداف الوظيفة العامة ، فإذا قامت جهة الإدارة بفرض عقوبة انضباطية على موظف له لخلافه مع رئيسه الإداري ، فإن قراره يكون مشوباً بعيب الانحراف

^(٢٥٦) ينظر د. ماجد راغب الحلو ، القضاء الإداري ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، ١٩٨٥ ، ص(١٥٧) و د. عبد العزيز عبدالمنعم خليفة ، الغاء القرار الإداري لحياده عن الهدف المخصص لإصداره دراسة مقارنة ، بحث منشور في مجلة المحاماة ، تصدرها نقابة المحامين ، مصر ، العدد الاول ، ٢٠٠١ ، ص(٣٧).

^(٢٥٧) ينظر د. محمد رفعت عبدالوهاب ، القضاء الإداري ، الكتاب الثاني ، (قضاء الإلغاء - قضاء التعويض - قضاء المظالم أو القضاء الإداري الإسلامي) ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، ٢٠٠٠ ، ص (١٧٤-١٧٥) و د. مازن ليلو راضي ، القضاء الإداري ، ط٢ ، كلية القانون ، من منشورات جامعة دهوك ، ٢٠١٠ ، ص(٢٥٦).

بالسلطة (٢٥٨) ويستحق الالغاء لأنه يمثل عقوبة انضباطية مقنعة مخالفة للقانون وبدون سبب.

ثالثاً : الانحراف في استعمال الاجراءات:

في هذه الحالة تهدف الادارة في استعمال اجراءات معينة اهدافاً غير التي رسمها القانون ، بهدف التخلص من تشكيلات معينة او الالغاء ل ضمانات يقررها القانون ، كأن نستعين الادارة بالاجراءات الجنائية بدلاً من استخدام سسلطات الضبط الإداري في الاستيلاء على اعداد جريدة او أن يعمد مدير مدرسة على تخفيض درجات تلميذ توصلاً الى فصله ، بدلاً من اتخاذ اجراء تأديبي ضده أو أن تلغي الادارة وظيفة معينة بقصد عزل شاغلها^(٢٥٩).

وفي قضاء مجلس الدولة الفرنسي بهذا الشأن، قراره الشهير الصادر في سنة ١٩٥٤ في قضية (Barel) و الذي تتخلص وقائعه في أن الوزير يملك تحديد قائمة المترشحين لوظائف معينة، و له أن يستبعد منها بعض الأفراد لأسباب تتعلق بالصالح العام، و لكن المشرع لم يلزم الوزير بالإفصاح عن أسباب قراراته، و خوّله سلطة تقديرية واسعة، في تحديد الأسباب التي يستند إليها لاستبعاد من يرى استبعاده، وحدث أن استبعد الوزير بعض الأفراد لأسباب قيل أنها سياسية و قدموا الى مجلس الدولة قرائن على هذا الاتهام، فطلب المجلس من الوزير ابداء الأسباب بطريقة تحمل طابع الاستفزاز من قبل القضاء الإداري، و لأجل هذا اضطر المجلس الى أن يعتبر الأسباب التي بنى الوزير عليها قراره مما لا يستطيع أن يكشف عنها، و أنها ذات طابع سياسي، و بعيدة عن الصالح المرفق و من ثم الغى قرار الاستبعاد^(٢٦٠).

وسيراً على ذات النهج قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر بالغاء قرار الادارة والذي منحت فيه بعض الباعة الجائلين تراخيص لمزاولة المهنة دون البعض الآخر، وذلك لعجز الإدارة عن تقديم تفسير للخطة التي انتهجتها ، لتنظيم الأسواق بعد إجراء الحصر والمسح الميداني وتسكين الباعة الجائلين، ولم تقدم توضيحاً للقواعد والشروط التي سارت عليها في منح بعض الباعة الجائلين تراخيص دون البعض الآخر^(٢٦١).

ونستنتج مما تقدم ان القاضي الإداري تماشياً مع السلطات الواسعة التي يتمتع بها في الإثبات، يستطيع أن يستخلص وجود عيب الانحراف في استعمال السلطة من

(٢٥٨) ينظر د. وسام صبار العاني ، أوجه الطعن بالألغاء في ظل التطور التشريعي والقضائي في العراق ، مجلة العلوم القانونية ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، المجلد ٢٥ ، العدد الاول ، ٢٠١٠ ، ص(١٢٢).

(٢٥٩) لمزيد من التفاصيل ينظر د. عدنان عاجل عبيد ، فكرة المصلحة العامة في القانون الإداري ، بحث منشور في مجلة كربلاء، المجلد ٤، العدد الثالث انسانية ايلول-٢٠٠٦، ص(٣٧١).

(٢٦٠) ينظر : قرار مجلس الدولة الفرنسي في ٢٨/٥/١٩٥٤ ، قضية بارل ، مجلة القانون العام، سنة ١٩٥٤، ص(٥٠٩) .

(٢٦١) ينظر : قرار لمحكمة الإدارية العليا المصري ، طعن رقم ٢٣٧٨ لسنة ، ٤٠ ق جلسة ١٦/٥/١٩٩٩ ، دائرة أولى، (قرار غير منشور).

التفسيرات والايضاحات التي تبديها الإدارة تبريراً لقرارها عند الطعن عليه، كما نشيد بالموقف الذي يتخذه القضاء من الإدارة التي تمتنع عن تقديم تفسيرات تبرر قرارها، حيث يعد ذلك قرينة ضدها تؤيد ادعاءات خصمها، وهو التوجه السليم، ذلك أن الإدارة الرشيدة لاتخشى قاضيها، وامتناع الإدارة عن تقديم التفسيرات والتوضيحات عادة ما يرجع الى عدم المشروعية التي تشوب القرار الإداري.

اما في العراق، فقد أصدر مجلس شوري الدولة (مجلس الدولة العراقي الحالي) قراره الذي يصادق فيه على قرار مجلس الانضباط العام السابق ، تبين لنا منه هذا النوع من الانحراف و الذي يخص الموظف (المميز عليه) الذي يعمل خبيراً لدى (المميز) وله خدمة وظيفية قدرها (٢٥) سنة و الحاصل على شهادة دكتوراه ، و قد أصدر المميز أمراً بنقله من وظيفة خبير الى وظيفة مدرس على ملاك التعليم المهني، وكان جواب المجلس بما يأتي (حيث إن نقل الموظف من وظيفة الى وظيفة أدنى منها وراتب اقل مما كان يتقاضاه يُعد تنزيراً للدرجة، و حيث ان تنزير الدرجة بمثابة عقوبة يتطلب فرضها على الموظف بناء على تحقيق أصولي تجرية لجنة تحقيقية كما ان اللجنة التي اجرت التحقيق في الموضوع لم يتم تشكيلها وفق المادة (١٠) من قانون انضباط موظفي الدولة و القطاع العام رقم (١٤) لسنة ١٩٩١ المعدل، و أن تجري تحقيقاً اصولياً مع المميز عليه لذا فإن قرار المميز بنقل المميز عليه من وظيفته الى وظيفة ادنى مخالف للقانون و يضعه في اطار التعسف في استعمال السلطة)^(٢٦٢).

فمن خلال ما تقدم بعد أن يتأكد القاضي الإداري في انعقاد الاختصاص والتأكيد من اسباب الألغاء المبررة لالغاء القرار الإداري المطعون فيه، تنتهي باصدار الحكم بالغاء القرار الإداري ، إذ جاء في المادة (١٣) من قانون مجلس الدولة المصري المرقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢ بأنه " تطبيق الاجراءات المنصوص عليها في هذا القانون وتطبيق احكام قانون المرافعات فيما لم يرد فيه نص..... " ، وترفع الدعوى امام محامٍ مسجل في جدول المحامين في المحكمة، اما في العراق فقد سار التعديل الخامس لقانون مجلس شوري الدولة العراقي المرقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل (قانون مجلس الدولة العراقي) بذات الاتجاه الذي قضى به مجلس الدولة المصري^(٢٦٣) فيما يتعلق بالرجوع الى احكام قانون المرافعات المدنية و قانون

^(٢٦٢) رقم القرار ٢٦١/انضباط/ تمييز/ ٢٠٠٦ في ٢/١٠/٢٠٠٦ ، مجموعة فتاوي وقرارات مجلس شوري الدولة لعام ٢٠٠٦ الصادر من وزارة العدل، جمهورية العراق، ص(٥٢٣-٥٢٤).

^(٢٦٣) وكذلك سار العراق بموجب التعديل الخامس لقانون مجلس شوري الدولة العراقي السابق (مجلس الدولة العراقي الحالي) بذات الاتجاه عندما قضى في المادة (٧/حادي عشر) بأنه " تسري احكام قانون المرافعات المدنية المرقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ و قانون الاثبات رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ وقانون اصول المحاكمات الجزائية المرقم (٢٣) لسنة ١٩٧١ ، وقانون الرسوم العدلية المرقم (١١٤) لسنة ١٩٨١ في شأن الاجراءات التي تتبعها المحكمة الادارية العليا ومحكمة القضاء الإداري ومحكمة قضاء الموظفين فيما لم يرد فيه نص خاص في هذا القانون.

اصول المحاكمات الجزائية بسبب عدم وجود قانون الاجراءات الخاصة بالمرافعات والاثبات الاداري الا انه وليس من الضروري اقامة دعوى الالغاء من قبل محام امام محكمة القضاء الاداري في العراق بعكس اتجاه موقف المشرع المصري. ومن ثم وجب قبول هذه الدعوى بوجود التظلم امام الجهة الادارية المختصة خلال مدة ثلاثين يوماً من تاريخ اصداره ، وتأسيساً على ذلك فيمكن الحكم في دعوى الالغاء اذا خلّصت المحكمة الى ان القرار مشروع وخالف من العيوب قضت برفض طلب الالغاء ، وإن وجدت الأمر خلافاً لذلك قررت بالغاء القرار المعيب ، الا ان المشرع العراقي قد منح لمحكمة القضاء الاداري سلطة تقديرية بالفصل في مشروعية القرار الاداري المطعون فيه.

فمن خلال ما تقدم للمحكمة الحق في رد الطعن اذا كان الطعن لم يستوف الشروط الواجب توفرها كمرور مدة الطعن في القرار او انتهاء شرط المصلحة او الغاء القرار ، اذا ثبت امامها ان القرار المشوب بعيب الانحراف بالسلطة من خلال القرائن وغيرها من أدلة الأثبات ، وقد يأتي الالغاء عن كامل القرار او جزء منه ، وقد يكون القرار بازالة آثار القرار الاداري بأثر رجعي او تعديل القرار وينصب على جزء من القرار^(٢٦٤)، وكما يكون الحكم الصادر امام المحكمة القضاء الاداري بالغاء القرار و قابلاً للتمييز امام المحكمة الادارية العليا ، اذا تحقق في الحكم احدي الحالات الآتية^(٢٦٥).

١- اذا كان الحكم مبني على مخالفة القانون او خطأ في تطبيقه او قد صدر خلافاً لقواعد الاختصاص.

٢- او خالفت المحكمة في نظر الدعوى او الحكم الصادر قواعد الاجراءات المنصوص عليها في القانون او قد كان الحكم الصادر في دعوى الالغاء يناقض حكم سابق قد صدر في موضوع الدعوى ذاته ، بشرط أن يكون الحكم السابق قد اكتسب الدرجة القطعية.

٣- اذا وقع في الحكم خطأ جوهري ومن قبيل ذلك الخطأ أو في فهم الوقائع والظروف والملابسات المحيطة بالنزاع الاداري، أو اغفلت المحكمة في دفع او طلب أثير امامها ، او الفصل في غير ما طلبه الخصوم او اكثر مما طلبوه ، او كان الحكم في منطوقه مناقضاً بعضه لبعض ، وللمحكمة الادارية العليا رد العريضة التمييزية اذا مضت المدة القانونية او قد تكون خالياً من الأسباب القانونية ، او تقضي بتصديق الحكم المميز اذا وجدته موافقاً للقانون او نقضه اذا تحققت سبب من اسباب المذكورة آنفاً.

الفرع الثاني : الحكم بتعديل القرار الاداري المشوب بعيب الانحراف في السلطة
بعد المباشرة في دعوى الالغاء امام القضاء الاداري من ناحية رفعها والجراءات الادارية التي تحكمها من ادعاءات ولوائح جوابية وتكرار الجلسات وسماع ذوي

^(٢٦٤) يراجع نص المادة (٧/ثانياً/ط) من قانون مجلس الدولة العراقي ١٩٦٩ المعدل .

^(٢٦٥) يراجع نص المادة (٢٠٣) من قانون المرافعات المدنية العراقي المرقم(٨٣) لسنة ١٩٦٩ .

الشأن ووزن القرائن والأدلة ، ومن ثم تقوم المحكمة بالفصل فيها ، أي اصدار حكم القانون على الوقائع او الظروف والملابسات محل النزاع.

وتأسيساً لما سبق إن سلطة القاضي الإداري عند الفصل في النزاع المعروض أمامه في حالة مخالفة القرار الإداري غير المشروع لأحكام القانون في اصدار الحكم بالغاء القرار الإداري دون أن يتعدى الى توجيه الأوامر أو النواهي الى جهة الإدارة بالقيام بعمل او الامتناع عن عمل توافقاً مع المبدأ الدستوري الاساسي الا و هو مبدأ الفصل بين السلطات ، وتماشياً مع ما ذكرناه سابقاً مع مفهوم وفكرة ما طرح سابقاً نصت المادة (٧ / ثانياً/ط) من قانون مجلس شوري الدولة العراقي (مجلس الدولة العراقي حالياً) المرقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل على أنه تبت المحكمة في الطعن المقدم اليها ، ولها أن تقرر رد الطعن او الغاء أو تعديل الأمر او القرار المطعون به مع الحكم بالتعويض إن كان له مقتضى بناء على طلب المدعي) ، وبذلك يكون طلب التعويض تابعاً لدعوى الالغاء.

فضلاً عن ذلك فقد منح المشرع العراقي محكمة القضاء الإداري صلاحيات تقديرية واسعة في الفصل في مشروعية القرار الإداري المطعون فيه ، ومنها هو تعديل القرار الذي ينصب على جزء من القرار ، و يظهر التعديل اكثر وضوحاً حينما يكون القرار المطعون فيه صادر عن الادارة بمقتضى سلطتها التقديرية ، فيظهر فيه عدم التناسب بين السبب ومحل القرار الإداري وهو ما يدخل في نطاق رقابة عنصر الملاءمة من القرار الإداري.

ومن الجدير بالذكر يرى جانب من الفقه^(٢٦٦) أن الأمر بالنسبة للطعون تجاوزت بالسلطة اي دعوى الغاء القرار الإداري الهدف منها هو الغاء القرار الإداري المعيب، و يهتم القاضي الإداري بالبحث و التحري فيما اذا كان القرار الإداري المطعون فيه قد خالف قاعدة قانونية ما أو عدم مخالفته لها يقضي بالغاء القرار المعروض عليه او برفض الطعن ، وبالتالي عليه أن لا يدخل أي تعديلات جزئية على القرار ، حيث لا يتمتع بهذا الشأن بسلطات المقررة للقاضي الإداري، وبذلك ينتهي أصحاب هذا الرأي الى أن قيام قاضي الالغاء بتعديل القرار من شأنه أن يجعله متجاوزاً لحدود سلطاته ، لأنه يدخل ضمن عمل قرار اداري جديد هدفه من ذلك عمل قرار اداري جديد ، ومن ثم الاعتداء على اختصاصات جهة الإدارة مما يخل بمبدأ الفصل بين السلطات ، لذلك فقد ذهب البعض من الرأي^(٢٦٧) ، الا أن البحث في

^(٢٦٦) ينظر في ذلك: د. يسرى محمد العصار ، مبدأ حظر توجيه اوامر من القاضي الاداري للإدارة وحظر حلوله محلها وتطوراته الحديثة، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة، ٢٠٠٠، ص(٧١ - ٧٢) ود. وهيب عياد سلامة ، الألغاء الجزئي للقرارات الإدارية ، دراسة تحليلية ونقدية لأحكام القضاء الاداري في فرنسا ومصر، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر، ١٩٩٢، ص(٣).

^(٢٦٧) ينظر د. غازي فيصل مهدي ، الحدود القانونية لسلطات محكمة القضاء الإداري في العراق ، بحث منشور في مجلة العدالة ، العدد الثاني ، نيسان ، وزارة العدل ، بغداد ، ٢٠٠٠ ، ص(٩٤) و د. حسن

مدى امكانية ان يقوم القاضي الإداري بتعديل القرار الإداري في دعوى الإلغاء يعتمد بالدرجة الأولى على مدى قدرته في اجراء التغيير في محل القرار الإداري المطعون فيه مما يحول دون انهائه أو ازالة آثاره ، وهذا يجب أن يتطلب التمييز بين الحالتين : الحالة الأولى عندما ترد دعوى الإلغاء على جزء من القرار الإداري المطعون فيه ، والحالة الثانية عندما ترد دعوى الإلغاء على كل القرار الإداري المطعون فيه ، فإن القاعدة العامة تستلزم القاضي الإداري أن يصدر حكماً بالغاء القرار الإداري إذا ثبت عدم مشروعيته.

وصفة القول أن التعديل الجزئي للقرار الإداري هو الإلغاء الجزئي المعيب في القرار الإداري مع بقاء الجزء الصحيح دون التغيير، طالما كان متطابقاً لمبدأ المشروعية، وكذلك أن التعديل الجزئي للقرار الإداري ينصب على بعض العناصر المشروعية وتحديداً ركن المحل للقرار الإداري ، اما باقي الأجزاء تبقى كما هي ، علماً ان التعديل الجزئي للقرار الإداري نوعان :تعديل ايجابي وسلبى للقرار الإداري.

المطلب الثاني : الآثار المترتبة على الأبحاث بالقرائن في عيب الانحراف بالسلطة في دعوى التعويض

تعد دعوى الإلغاء دعوى قضائية يطلب فيها المدعي من القضاء الإداري تقدير مشروعية تصرفات الإدارة وتقييمها إما الغائها أو تعديلها أو التعويض عنها ، ولهذا سمي بدعوى القضاء الكامل^(٢٦٨) وذلك لأسباب تتعلق بحرص المشرع على تحصين بعض القرارات من الطعن او برد القضاء الإداري الدعوى لعدم توفر الشروط القانونية ، وهنا تظهر اهمية دعوى التعويض في جبر الضرر الذي لحق بالمدعي الناتجة عن الأخطاء والمخالفات التي ترتبها جهة الإدارة عند قيام بنشاطها الإداري. وعلى ضوء ما تقدم سنقسم هذا المطلب على فرعين يتضمن الفرع الأول : الحكم بالتعويض ونخصص الفرع الثاني للحكم برد دعوى التعويض.

الفرع الأول : الحكم بالتعويض

إن دعوى التعويض هي وسيلة لتغطية الأضرار التي عجزت عن جبرها دعوى الإلغاء ، فتعد دعوى متممة و التي تعمل في المجالات التي لا تتدخل ضمن محتوى

السيد بسيوني، دور القضاء في المنازعة الادارية، مطبعة دار الشعب ، عالم الكتاب ، القاهرة ، ١٩٨١ ، ص(٣٤٥) وما بعدها.

ود. عبدالمنعم عبد العظيم جيزه ، آثارحكم الإلغاء، دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي ، ط ١ ، دار الفكر العربي ، ١٩٧١، ص (٣٠٧) وما بعدها و د.اسماعيل صعصاع البديري ، التعديل الجزئي للقرار الإداري ، بحث منشور في مجلة بابل للعلوم ، المجلد ١٥ - العدد ١، العراق ، ٢٠٠٨ ، ص(٣) وما بعدها .

^(٢٦٨) ينظر د. انور احمد رسلان ، وسيط القضاء الإداري ، دار النهضة العربية ، القاهرة، ٢٠٠٣ ، ص

(٥٣٥). و د.زكي محمد النجار ، الوجيز في القضاء الاداري، الكتاب الأول ، دار النهضة

العربية، ٢٠١٠ ، ص(١٠) وما بعدها.

موضوع دعوى الألغاء ، فلذلك هي دعوى قضائية تمنح للمتضرر اللجوء الى القضاء لمطالبة الإدارة بتعويض عن الأضرار التي لحقت بها بسببها، فبعد ان كانت الدولة تتأى بنفسها عن المساءلة أضحي يتمكن الفرد من مقاضاة الإدارة امام المحاكم والأنتصاف منها والزامها بالتعويض.

ومن الجدير بالذكر فإن دعوى التعويض تقوم بحماية المركز القانوني الشخصي للموظف وهو جبر الضرر الذي لحق بالمدعي خلافاً لدعوى الالغاء التي تحمي مركز قانوني موضوعي يتمثل بمبدأ المشروعية.

تأسيساً على ذلك يتمتع القاضي الإداري بصلاحيات تقديرية واسعة ، فله الحق في الغاء القرار الإداري المطعون فيه او تعديله والحكم على الإدارة بدفع مبلغ من المال على سبيل التعويض كالدعاوى العقود الإدارية، ففي قضاء التعويض لا تأخذ المحكمة برأي الإدارة بل تتعدى ذلك الى تصحيح المركز القانوني للطاعن واتخاذ الحل المناسب او الملائم في الفصل في المنازعة ، وقد لا يكفي الغاء القرار الإداري غير المشروع في ازالة الضرر للطاعن وانما ينبغي تعويضه عن الآثار التي يسببها قرار الإدارة المعيب الملغي كقرار اعتقال الموظف.

وقد استرشد مجلس الدولة الفرنسي بتلك التوجيهات في الكشف عن الانحراف بالسلطة في قضية (bariset)، حيث اعتمد على تعليمات صادرة من وزارة المالية الى المحافظين بالألا يدفعوا الى الملاك المنزوعة ملكياتهم التعويض المالي المنصوص عليه في القانون الذي يقرر احتكار الدولة لصناعة الثقاب، في إلغاء قرار الوزير بإغلاق مصانع الثقاب بدعوى انها مجرد تطبيق لسلطات الضبط الإداري على المنشآت الخطيرة و الضارة بالصحة العامة، و ذلك هروباً من دفع التعويض المالي المطلوب للأفراد.^(٢٦٩)

و استناداً الى ذلك أكد المجلس في حكمه هذا، أنه من الواضح من تلك التعليمات أن القرار الإداري المطعون في حكمه هذا، لم يكن يستهدف المصلحة العامة بل كان يستهدف مصالح مالية للإدارة، مما اعتبره المجلس انحرافاً بالسلطة، و قضى ببناء عليه بالغاء قرار وزير المالية.

هذا وقد بسط القضاء العراقي رقابته للعنصر الواقعي الذي يبرر في القرار، و شملت هذه الرقابة العناصر القانونية و المادية لسبب القرار الإداري، و يمكن تلمس ذلك من خلال قرار محكمة التمييز و الذي بسطت فيه رقابتها على الوجود المادي للوقائع، حيث قضت فيه بأنه: "... ليس للبلدية اذا ما منحت إجازة البناء أن تمنع الشخص المجاز بالبناء من مباشرة البناء الا لسبب ضروري، أي بواقعة مبررة، أو لسبب مبرر، والا اعتبرت متعسفة و جاز الحكم على البلدية للتعويض عن قرارها بالمنع من اكمال البناء"^(٢٧٠).

(269) C.E 26- 11- 1975 Bariset K S , p.934.

(٢٧٠) حكمها الصادر في القضية رقم ٣٦٢٧ في ١٩٥٧/٣/٦، مصدر سابق ، ص(١٧١) .

واستناداً لما سبق قد يظل طريق الطعن مفتوحاً للطاعن في حالة انقضاء ميعاد دعوى الإلغاء أو في حالة تحصين القانون (المشرع) طائفة من القرارات من الطعن بالألغاء وهذا كله عندما يتم غلق باب الطعن بالألغاء.

ولذلك فإذا ثبت من خلال القرائن وجود عيب الانحراف بالسلطة سواء في صورة خطأ شخصي أو خطأ مرفقي، فتترتب المسؤولية من خلال انحراف الإدارة في صور الحيدة عن المصلحة العامة أو تحقيق اغراض شخصية، ففي هذه الحالات يجب أن يحكم بالتعويض للطرف المتضرر.

الفرع الثاني : الحكم برد دعوى التعويض

استقر المجلس الدولة الفرنسي⁽²⁷¹⁾ على وجود توافر شروط معينة على الحكم بالتعويض في حالة سكوت المشرع عن فكرة التعويض، بحيث لا يؤيدها أو ينفبها، وأن تكون المصالح التي لحقها الضرر مشروعة أي ان لا تكون مخالفة للنظام العام والآداب العامة، وأن يكون الضرر الناتج عن القانون خاصاً و مباشراً و جسيماً.

اما في مصر فإن مجلس الدولة المصري لا يعترف بمسؤولية الدولة عن القوانين على أساس أنه يختص بالنظر في المنازعات الادارية فقط، وأن التعويض عن الأضرار التي نسبها القوانين يخرج عن اطار هذه المنازعات، كما أن الدولة غير مسؤولة عن تعويض الأضرار التي تسببها التشريعات⁽²⁷²⁾، وكذلك القضاء الإداري في العراق⁽²⁷³⁾ أخذ بما أتجه اليه موقف القضاء الإداري المصري حيث قضى بعدم الأخذ بمسؤولية الدولة عن القوانين، اذا تمتع محكمة القضاء الإداري عن النظر في أي طعن موجه ضد ما يصدر عن السلطة التشريعية من قواعد قانونية، فلم يسمح قانون التعديل الثاني المرقم (١٠٦) لسنة ١٩٨٩ لقانون مجلس شوري الدولة العراقي السابق (مجلس الدولة العراقي الحالي) المرقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ وكذلك قانون التعديل الخامس المرقم (١٧) لسنة ٢٠١٣ لمحكمة القضاء الإداري الذي تأسست بموجبه بالنظر في طلبات التعويض بصفة أصلية عن الأضرار الناتجة عن نشاط جهة الإدارة وتصرفاتها على وجه الاستقلال، و لكن اشترطت ان تبت المحكمة في الطعن المقدم اليها، و لها أن تقرر رد الطعن أو الغائها وتعديلها مع الحكم بالتعويض ان كان له مقتضى، بناءً على طلب المدعى أو الطاعن، فالقانون منح لمحكمة القضاء الإداري في نصوصه بالفصل في طلبات التعويض عن القرارات الإدارية غير المشروعة أو المشوبة بعيب الانحراف دون تفرقة بين جهة الإدارة والأفراد ومنحها حق رد التعويض أو قبوله.

(271)Chapus (R.) ,Droit du Contentieux Administratif, ed Montchrestien, Paris,1990,P.112.,Vedel (G.) ,Droit Administratif, 7ed ,P.U.F, Paris ,1988 , p.98..

⁽²⁷²⁾ينظر د. احمد محمود جمعة، منازعات التعويض في مجال القانون العام، الناشر منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٥، ص(٤٦).

⁽²⁷³⁾ينظر د. غازي فيصل مهدي و د.عدنان عاجل عبيد، القضاء الإداري ط٢، مؤسسة النبراس للطباعة والنشر والتوزيع، النجف الاشرف، العراق، ٢٠١٣، ص(٢٣١-٢٣٢) ود. نجيب خلف احمد الجبوري، القضاء الإداري، مكتبة يادكار، السليمانية، ٢٠١٨، ص(٢٥٣).

فضلاً عن ذلك فإن اختصاص محكمة القضاء الإداري للنظر بدعوى التعويض ينبغي التمييز بين الحالتين : الحالة الأولى: هي المطالبة بالتعويض بصفة أصلية يدخل ضمن اختصاص القضاء العادي والتي قضت بها المادة (٧/سابعاً/ب) من قانون مجلس شورى الدولة السابق (مجلس الدولة العراقي الحالي) المرقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل بأنه عند عدم البت في التظلم أو رفضه من قبل الجهة الإدارية المختصة ، على المتظلم أن يقدم طعنه خلال مدة ستين يوماً من تاريخ رفض التظلم حقيقةً او حكماً ولا يمنع سقوط الحق في الطعن امامها من المطالبة بحقوقه في التعويض عن الأضرار الناشئة عن المخالفة أو خرق القانون ، وكذلك الحالة الثانية : هي المطالبة بالتعويض بصفة تبعية تبعاً لدعوى الإلغاء يدخل ضمن اختصاص محكمة القضاء الإداري ، إذ قضت المادة (٧/ثامناً/أ) من قانون مجلس الدولة العراقي المعدل النافذ بأن تبت المحكمة في الطعن المقدم اليها ، ولها أن تقرر رد الطعن او الغاء أو تعديل الأمر او القرار المطعون فيه مع الحكم بالتعويض إن كان له مقتضى بناءً على طلب المدعي ومن هذا المنطلق إن الحكم برد دعوى التعويض على القرارات الإدارية المشوبة بعيب الانحراف بالسلطة يقررها القاضي الإداري لمحكمة القضاء الإداري بصفة تبعية^(٢٧٤).

ومن جانبنا نرى أن منع المشرع الحق بالنظر في دعوى التعويض بصفة أصلية و تبعية من قبل محكمة قضاء الموظفين وبصفة أصلية من قبل محكمة القضاء الإداري، قد يؤدي الى حرمان العديد من الموظفين والأفراد من جبر الأضرار التي لحقتهم من جراء القرارات الادارية غير المشروعة ، لذا نأمل من المشروع العراقي العدول عن موقفه ومنح محكمتي قضاء الموظفين والقضاء الإداري ولاية النظر في دعوى التعويض بصفة أصلية لحماية حقوق وحريات المتضررين من جور جهة الإدارة.

الخاتمة

بعد أن نختم دراسة بحثنا الموسوم بـ(اثبات عيب الانحراف بالقرائن امام محكمة القضاء الإداري - دراسة تحليلية مقارنة -) توصلنا الى مجموعة من الاستنتاجات و التوصيات و أهمها و هي على النحو الآتي:

أولاً : الاستنتاجات:

١- يعد نطاق الاثبات بالقرائن في القضاء الإداري أوسع و أشمل و اكثر نطاقاً من القضاء العادي، من خلال التطبيق العملي لديها في حالة عدم وجود أدلة للإثبات، إذ يقوم القاضي الإداري بأستنباط القرائن القضائية أثناء نظر الدعوى من الظروف و الملابس المحيطة بها، و يترتب على وجود هذه القرائن نقل عبء الاثبات من على عاتق المدعي و نقلها الى المدعى عليه (جهة الإدارة)، و يعتمد القاضي في استنباطها على واقعتين الأولى: واقعة مجهولة و الثانية: واقعة ثابتة

^(٢٧٤) يراجع نص المادة (٧/ سابعاً/أ) من قانون مجلس شورى العراقي السابق (مجلس الدولة العراقي

الحالي) المرقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل النافذ. .

ومعلومة، فيمنح القاضي الإداري الحكم للواقعة المجهولة من الواقعة المعلومة، وكذلك تساعد وتساهم القرائن القضائية القاضي الإداري بما لديه من سلطة تقديرية واسعة في إيجاد التوازن وتحقيقه بين أدلة الإثبات والنفي في الدعوى الإدارية المعروضة أمامه.

٢- نستنتج من خلال هذه الدراسة عدم وجود قانون خاص بالأدلة الإدارية والمرافعات الإدارية في كل من مصر و العراق، ما عدا بعض النصوص القانونية القليلة الواردة في القضاء الإداري العراقي و المصري، و أن هذا الأمر يترك آثار سلبية للقاضي الإداري نظراً لخصوصية الدعوى الإدارية و المسائل الاجرائية من حيث نظام الإثبات و آثار الطعن و ضمانات تنفيذ الاحكام القضائية.

٣- يلعب المشرع و القاضي الإداري دوراً هاماً و حيوياً و اساسياً في تنظيم أدلة الإثبات بالقرائن، إذ يقوم المشرع بتقرير القرائن القانونية و النص عليها، بينما يقوم القاضي الإداري باستنتاج واستنباط القرائن القضائية، و تكليف جهة الإدارة القابضة على الوثائق والمستندات والسجلات الإدارية بتقديم هذه القرائن، و عدّ نكول جهة الإدارة عن تقديم هذه الأدلة قرينة قضائية تنقل عبء الإثبات من عاتق المدعي الى عاتق المدعى عليه.

٤- تمتاز القرائن القضائية في الإثبات الإداري بأنها دليل اثبات غير مقيد و غير مباشر و ذات حجية متعدية و ليس لها طابع الزامي و غير قاطعة للدلالة، و تعدّ دليل منطقي و لا يمكن حصرها، كل ذلك لأجل أن يتمكن القاضي الإداري من الاستعانة بالقرائن القضائية لكي يتحقق سلامة الاستخلاص و الاستنباط، و من ثم صدور الحكم العادل حمايةً لمبدأ المشروعية و عدم انحراف الإدارة بسلطتها الممنوحة لها.

٥- تختلف شروط العمل بالقرائن حسب كونها قرائن قانونية او قضائية، من خلال وضوح القرينة القضائية و اتصالها بالواقعة محل الإثبات و سلامة القرينة القضائية من جراء استنتاجها من قبل القاضي الإداري نتيجة اتصالها الوثيق بالواقعة و الظروف و الملابسات الحاصلة.

٦- نستنتج بأن القرائن المحيطة بالنزاع المتمثلة بقرينة الاخلال بمبدأ المساواة و عدم التناسب بين المخالفة الانضباطية و الجزاء الانضباطي، و قرينة انعدام الدافع المعقول، و الاتجاه السلبي من الادعاءات الموجهة ضد الجهات الإدارية المختصة، و قرينة الظروف و الملابسات الخارجة عن النزاع، بأن جميع هذه القرائن وجدت لاثبات عيب الانحراف بالسلطة و اعلاءً لمبدأ المشروعية، و فرض الرقابة على السلطة التقديرية للإدارة التي يجب أن تمارس وفقاً لمقتضيات المصلحة العامة.

٧- نستنتج بان قرائن اثبات عيب الانحراف بالسلطة وجدت لحماية المصالح الخاصة، لذلك يجوز عكسها و نقضها بالأقرار أو باليمين من تقررت القرينة لمصلحته، فيستطيع أن يتنازل عنها بالأقرار الصريح او الضمني في حالة النكول عن اليمين، فيدل دلالة قاطعة على أن الاستنباط و الاستخلاص و الذي بنى

المشرع على أساسه هذه القرينة لا يتطابق مع الواقع في الحالة الفردية او لا يكون محلاً للأخذ به.

٨- يتمتع القاضي الإداري بسلطة تقديرية واسعة في الإثبات، و هذا ما يمنح للقرائن حجية مطلقة، بعد ان معظم الوقائع الإدارية هي الوقائع المادية و التصرفات القانونية ، و أن هذا الأمر بعكس حجية القرائن القضائية في الإثبات في القانون المدني لأن حجيتها هي حجية نسبية، إذ لا يستطيع القاضي المدني اللجوء إليها عندما يزيد التصرف عن مبلغ معين، فيعتمد على أدلة الإثبات بالكتابة.

٩- من اهم الآثار المترتبة على اثبات عيب الانحراف في استعمال السلطة بالقرائن هي الغاء القرار الإداري المطعون به من تاريخ اصداره، و الالتزام الإدارة باتخاذ جميع الاجراءات الضرورية و اللازمة لذلك، و كذلك الحكم بالتعويض إذا ترتب على القرار الإداري الملغي أضرار مادية او معنوية نتيجة لوجود الهدف المغاير او بعيد عن المصلحة العامة.

ثانياً: المقترحات و التوصيات :

١. نقترح سنّ قانون خاص بالإثبات الإداري و اجراءاته الخاص بالقضاء الإداري المصري و العراقي يتضمن كل ما يتعلق بالدعوى الإدارية، و ذلك احتراماً لخصوصية المنازعات الإدارية، و ازالة الغموض و النقص الذي يعترى اجراءات الإثبات الإداري في الدعوى الإدارية و وسائلها و أساليبها و بيان جميع الاجراءات الواجب اتباعها امام الجهات القضائية و الإدارية، من خلال تنظيم جميع المسائل المتعلقة بالإثبات الإداري بنصوص واضحة و صريحة و تحديد اثبات عيب الانحراف بالقرائن بنصوص مفصلة و متلاءمة مع طبيعة النزاع الإداري لا سيما تنظيم أحكام القرائن، مما يسهل على القاضي الإداري اداء عمله و تحقيق متطلبات العدالة.

٢. ضرورة تأطير أنواع القرائن القانونية و القضائية التي استقرت من قبل القضاء الإداري و عدّها أدلة اثبات غير مباشرة في اثبات عيب الانحراف بالسلطة و جعلها و من ضمن النصوص القانونية في قانون الإثبات و الاجراءات الادارية المزمع تشريعه.

٣. ضرورة التزام الدقة و الحيطة من قبل القاضي الإداري لدوره الايجابي في الإثبات بالقرائن بنوعية القانونية و القضائية، على أن لا يحيد به هذا الدور عن طبيعة عمله القضائي، المحكوم بمبدأ الحياد كأصل عام و اجراء و الحفاظ على التوازن بين المصلحة العامة للإدارة و مصلحة حقوق و حريات الأفراد.

٤. نقترح وضع إطار قانوني اجرائي متميز لنظام الإثبات في المواد الادارية ضمن قانون الإثبات المزمع تشريعه، بما يتلاءم مع طبيعة و خصوصية الدعوى الادارية و كفالة التوازن بين طرفي النزاع.

٥. نقترح على انشاء معهد للقضاء الإداري على غرار المعهد القضائي التابع لمجلس القضاء الاعلى، و ذلك لكشف و استنتاج و استنباط القرائن لإثبات عيب الانحراف بالسلطة بكفاءة عالية، لكي لا يستعين بقضاة من القضاء العادي و ذلك لكثرة اعمالهم، و عدم المامهم و خبرتهم في مجال القضاء الإداري بصورة

متكاملة، ونظراً لخصوصية الدعوى الإدارية بما تمتاز به من قواعد و شروط موضوعية و اجرائية، و لمواكبة التطورات القضائية و الاجتهادات الفقهية المستحدثة في الأنظمة المقارنة في كل من فرنسا و مصر في حدود ما يتلاءم مع القضاء الإداري العراقي و مبادئه و اتجاهاته القضائية.

٦. نقتراح تأسيس مركز اداري استراتيجي لتدريب الكفاءات الإدارية من موظفين و رؤساء اداريين بزيادة خبرتهم العملية و التكنولوجيا في النطاق الإداري، و كذلك بالتركيز على اعداد الدورات التدريبية و اقامة الندوات و المحاضرات و لتطوير أداء القضاة في هذا المجال.

٧. أفراد النصوص القانونية بجميع القرائن القانونية و القضائية كقرينة الاخلال بمبدأ المساواة و عدم التناسب بين العقوبة الانضباطية و الجزاء الانضباطي ، و قرينة انعدام الدافع المعقول و قرينة الاتجاه السلبي من الادعاءات الموجهة ضد الجهات الإدارية المختصة و غيرها، فمن الأفضل أن تتحول بعض من هذه القرائن القضائية و التي استقرت عليها أحكام القضاء الإداري في كل من فرنسا و مصر و العراق الى قرائن قانونية بالنص عليها ، مع ترك تطبيقها للقاضي الإداري حسب سلطته التقديرية و اقتناعه بها و طبقاً للظروف و الملابس المحيطة بالنزاع الإداري.

٨. نوصي كليات القانون في العراق على ضرورة ادراج مادة الاثبات الإداري كمادة مستقلة لتخريج كوادر قضائية متخصصة في الجانب الإداري ، لحل المنازعات الإدارية بما لها من الخصوصية و ذاتية المستقلة عن الاثبات المدني و الجنائي.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً : الكتب باللغة العربية:

- ١- ابراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز ، قسم الاثبات، مطبعة الجاحظ، بغداد، العراق ، ١٩٩٤ .
- ٢- المستشار ابراهيم المنجي ، المرافعات ، دراسة عملية لاجراءات التقاضي أمام مجلس الدولة المصري ، ط١ ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٩٩ .
- ٣- د.احمد أبو الوفاء، الاثبات في المواد المدنية و تجارية ، الدار الجامعية ، بيروت، ١٩٨٣ .
- ٤- د.احمد كمال الدين موسى ، نظرية الاثبات في القانون الاداري، مؤسسة دار مطابع الشعب ، القاهرة، ١٩٧٧ .
- ٥- د. احمد محمود جمعة ، منازعات التعويض في مجال القانون العام ، الناشر منشأة المعارف ، الاسكندرية، ٢٠٠٥ .
- ٦- د احمد نشأت ، رسالة الاثبات في التعهدات ط٥ ، ج ١ ، مطبعة الاعتماد في مصر ، القاهرة ، ١٩٥٠ .
- ٧- د. احمد نشأت، رسالة الاثبات، في التعهدات، ط٦، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٥٥ .
- ٨- د. اسامة احمد شوقي المليجي ، القواعد الاجرائية للأثبات المدني وفقاً لنصوص القانون واحكام القضاء وآراء الفقه، ط ٢ ، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨ .
- ٩- د. المستشار أنور العمروسي ، اصول المرافعات الشرعية، ط٧ ، دار الطباعة الراقية، المملكة العربية السعودية ، بدون سنة نشر .
- ١٠- د. انور احمد رسلان ، وسيط القضاء الإداري ، دار النهضة العربية ، القاهرة، ٢٠٠٣ .
- ١١- توفيق حسن فرج ، قواعد الاثبات في المواد المدنية والتجارية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، ٢٠٠٣ .
- ١٢- د.جميل الشرقاوي، الاثبات في المواد المدنية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر، ١٩٨٢ .
- ١٣- د. حسن السيد بسيوني، دور القضاء في المنازعة الادارية، مطبعة دار الشعب، عالم الكتاب ، القاهرة ، ١٩٨١ .
- ١٤- المستشار حسن الفكهاني والمستشار محمد ابو الليل ، الموسوعة الذهبية للقواعد القانونية ولأحكام الصادرة من محكمة النقض المصرية من ١٩٩٠ ، حتى ٢٠٢١ ، المجلد الاول ، دار مصر للنشر والتوزيع ، القاهرة ، مصر، ٢٠٢١ .
- ١٥- د. حسين عثمان محمد عثمان ، أصول القانون الإداري ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠١٠ .
- ١٦- حسين المؤمن ، موسوعة نظرية الاثبات ، القرائن وحجية الاحكام والكشف والمعانية والخبرة ، ج ٤ ، مطبعة الفجر ، بيروت، ١٩٧٧ .

- ١٧- د. حمدي القبيلات ، الوجيز في القضاء الاداري ، ط١، دار وائل للنشر ، عمان، الاردن ، ٢٠١١.
- ١٨- المستشار حمدي ياسين عكاشة ، موسوعة المرافعات الادارية والأثبات في قضاء مجلس الدولة، الكتاب السادس (الاثبات في الدعوى الادارية) ، منشأة المعارف ، الاسكندرية، ٢٠٠٩.
- ١٩- د. خميس سيد اسماعيل ، قضاء مجلس الدولة وصيغ الدعاوى الادارية واجراءاتها ، دار محمود للنشر والتوزيع ، القاهرة ٢٠١٤.
- ٢٠- زكري فوزية ، اجراءات التحقيق في المنازعات الادارية ، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام ، كلية الحقوق ، جامعة وهران، ٢٠١٢.
- ٢١- د. زكي محمد النجار ، الوجيز في القضاء الاداري، الكتاب الأول ، دار النهضة العربية، ٢٠١٠.
- ٢٢- د. سليمان محمد الطماوي ، نظرية التعسف في استعمال السلطة ، ط١، مطبعة دار نشر الثقافة ، القاهرة ، ١٩٥٠.
- ٢٣- د. سليمان محمد الطماوي ، القضاء الاداري (قضاء تأديب) ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٧٩.
- ٢٤- سليمان مرقس، اصول الاثبات واجراءاته ، في المواد المدنية في القانون المصري مقارناً بسائر البلاد العربية ، ط٢، عالم الكتب ، القاهرة ، مصر، ١٩٨١.
- ٢٥- د. سمير عبدالسيد تناعو ، النظرية العامة للقانون ، منشأة المعارف، الاسكندرية ، ١٩٨٦.
- ٢٦- د. عباس العبودي ، شرح أحكام قانون الاثبات المدني، ط ١ ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان، الاردن.
- ٢٧- د. عبدالرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، دار أحياء التراث العربي ، بيروت - لبنان ، ١٩٥٦.
- ٢٨- د. عبدالعزيز خليل بديوي، الوجيز في المبادئ العامة للدعوى الادارية واجراءاتها، دار الفكر العربي، القاهرة ، ١٩٧٠.
- ٢٩- د. عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة ، اجراءات التقاضي والاثبات في الدعاوى الادارية ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٨.
- ٣٠- د. عبدالعزيز عبد المنعم خليفة ، الانحراف بالسلطة كسبب لألغاء القرار الإداري ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٨.
- ٣١- د.عبدالعزيز عبد المنعم خليفة، دعوى الغاء القرار الاداري وطلبات ايقاف تنفيذه ، منشأة المعارف ، مصر ، ٢٠٠٩.
- ٣٢- د. عبدالمنعم عبد العظيم جيزه ، أثارحكم الالغاء، دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي ، ط١ ، دار الفكر العربي ، ١٩٧١.
- ٣٣- د. عصمت عبدالمجيد بكر، الوجيز في شرح قانون الاثبات، مطبعة الزمان، بغداد، ١٩٩٧.

- ٣٤- علي سعدون عمران ، القضاء الاداري العراق والمقارن ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، ٢٠١١ .
- ٣٥- د. غازي فيصل مهدي و د.عدنان عاجل عبيد ، القضاء الأداري ط٢ ، مؤسسة النبراس للطباعة والنشر والتوزيع ، النجف الاشرف، العراق ، ٢٠١٣ .
- ٣٦- د. فؤاد العطار ، القضاء الاداري ، دار النهضة العربية ، القاهرة، ١٩٦٨ .
- ٣٧- د. فهد عبدالكريم أبو العثم ، القضاء الأداري بين النظرية والتطبيق، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان - الاردن ، ٢٠١١ .
- ٣٨- قيس عبد الستار عثمان ، القرائن القضائية ودورها في الاثبات ، مطبعة العاني ، بغداد ، ١٩٨٦ .
- ٣٩- القاضي لفته هامل العجيلي ، المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية ، قسم الاثبات ، مطبعة الكتاب ، بغداد، العراق، ٢٠١٣ .
- ٤٠- د. ماجد راغب الحلو ، القضاء الأداري ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، ١٩٨٥ .
- ٤١- د. مازن ليلو راضي ، القضاء الأداري، ط٢ ، كلية القانون ، من منشورات جامعة دهوك، ٢٠١٠ .
- ٤٢- د. محمد رفعت عبدالوهاب ، القضاء الأداري ، الكتاب الثاني ، (قضاء الالغاء - قضاء التعويض - قضاء المظالم او القضاء الاداري الاسلامي) ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية، ٢٠٠٠ .
- ٤٣- د. محمد نصير محمد ، الواقي في حجية الاثبات بالقرائن وتطبيقاتها في القانون الاداري ، ط١ ، مكتبة القانون والاقتصاد ، الرياض ٢٠١٤ .
- ٤٤- د. محمود حلمي، القضاء الأداري (قضاء الالغاء وقضاء الكامل) ، ط٢ ، دار الفكر العربي للطباعة والنشر ، مصر، القاهرة، ١٩٧٧ .
- ٤٥- د. مصطفى عبد العزيز الطراونة، القرائن القضائية لإثبات عدم مشروعية القرار المطعون فيه، دراسة مقارنة، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ، الاردن ، ٢٠١١ .
- ٤٦- د. نجيب خلف احمد الجبوري ، القضاء الأداري ، مكتبة يادكار ، السليمانية، ٢٠١٨ .
- ٤٧- د. وهيب عياد سلامة ، الألغاء الجزئي للقرارات الأدارية ، دراسة تحليلية ونقدية لأحكام القضاء الاداري في فرنسا ومصر، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر، ١٩٩٢ .
- ٤٨- يحيى بكوش، أدلة الاثبات في القانون المدني الجزائري والفقہ الاسلامي ، دراسة نظرية وتطبيقية ، المؤسسة الوطنية ، الجزائر ، ١٩٨٨ .
- ٤٩- د. يسرى محمد العصار ، مبدأ حظر توجيه اوامر من القاضي الاداري للإدارة وحظر حلولة محلها وتطوراته الحديثة، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة، ٢٠٠٠ .

ثانياً : الرسائل و الاطاريح الجامعية:

- ١- حسام اوذينة ، الانحراف بالسلطة كوجه لإلغاء القرار الاداري ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة محمد بوضياف بالمسيلية ، الجزائر، ٢٠١٦.
- ٢- خالد رشيد الدليمي ، الانحراف في استعمال السلطة ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون ، جامعة بغداد، ١٩٩٨.
- ٣- محمود عبد العزيز خليفة ، النظرية العامة للقرائن في الاثبات الجنائي ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق ، جامعة المنصور ، مصر ، ١٩٨٧.

ثالثاً : البحوث العلمية المنشورة:

- ١- د. احمد سرحان حمدان ، الانحراف بالسلطة وجه الالغاء القرار الاداري ، مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية المجلد ١، العدد ، ٢٠١٣.
- ٢- د.اسماعيل صعصاع البديري ، التعديل الجزئي للقرار الاداري ، بحث منشور في مجلة بابل للعلوم ، المجلد ١٥ -العدد ١، العراق، ٢٠٠٨.
- ٣- د. عبد العزيز عبدالمنعم خليفة ، الغاء القرار الاداري لحياده عن الهدف المخصص لاصداره دراسة مقارنة ، بحث منشور في مجلة المحاماة ، تصدرها نقابة المحامين ، مصر ، العدد الاول ، ٢٠٠١ .
- ٤- د. عدنان عاجل عبيد ، فكرة المصلحة العامة في القانون الاداري ، بحث منشور في مجلة كربلاء، المجلد ٤، العدد الثالث انسانية ايلول-٢٠٠٦.
- ٥- د. غازي فيصل مهدي ، الحدود القانونية لسلطات محكمة القضاء الاداري في العراق ، بحث منشور في مجلة العدالة ، العدد الثاني ، نيسان ، وزارة العدل ، بغداد ، ٢٠٠٠.
- ٦- د. وسام صبار العاني ، أوجه الطعن بالألغاء في ظل التطور التشريعي والقضائي في العراق ، مجلة العلوم القانونية ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، المجلد ٢٥ ، العدد الاول ، ٢٠١٠.

رابعاً : الدساتير و القوانين العربية :

أ/ الدساتير:

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

ب/ القوانين

- ١- قانون المدني العراقي المرقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.
- ٢- قانون المرافعات المدنية العراقي المرقم(٨٣) لسنة ١٩٦٩.
- ٣- القانون المرقم (٢٥) لسنة ١٩٦٨ الخاص باصدار قانون الاثبات في المواد المدنية والتجارية المصري المعدل
- ٤- قانون مجلس الدولة المصري المرقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢.
- ٥- قانون الاثبات العراقي المرقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩.
- ٦- قانون مجلس الدولة العراقي المرقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل.

- ٧- التعديل الخامس لقانون مجلس شورى الدولة العراقي السابق (مجلس الدولة العراقي الحالي) المرقم (١٧) لسنة ٢٠١٣.
- خامساً: الاحكام و القرارات القضائية العربية المنشورة في الموسوعات القضائية:**
- أ: الاحكام و القرارات القضائية في الموسوعات و المجالات القضائية العراقية:**
- ١- قرار المرقم ٦٢/٦٣ في ١٩٦٢/٨/٤ ، المنشور في مجلة ديوان التدوين القانوني ، العدد الثاني، السنة الثانية، ١٩٦٣.
 - ٢- قرار محكمة التمييز العراقي المرقم ٣٠١ / م / ٦٩ في ١٩٧٠/٤/٤ ، مجلة القضاء، العدد الثاني، ١٩٧٠.
 - ٣- قرار المحكمة القضاء الاداري العراقي رقم ٤٥/قضاء اداري / ٩١ في ١٩٩١/١١/٩ .
 - ٤- القرار الصادر المرقم (٤٨/ انضباط / تمييز) بتاريخ ٢٠٠٦/٣/٦ ، القرار المنشور في مجموعة قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة العراق للأعوام ٢٠٠٤ ، ٢٠٠٥ ، ٢٠٠٦ ، وزارة العدل، مجلس شورى الدولة ، جمهورية العراق .
 - ٥- القرار الصادر من محكمة القضاء الاداري العراقي المرقم(٥٠ /قضاء اداري) بتاريخ ٢٠٠٦/٦/ ١٩ القرار المنشور في مجموعة قرارات و فتاوى مجلس شورى العراقي للأعوام ٢٠٠٤ ، ٢٠٠٦ ، ٢٠٠٥ ، (مجلس الدولة العراقي الحالي) ، وزارة العدل ، العراق.
 - ٦- القرار الصادرة بالرقم (٣٧٠ / قضاء اداري) بتاريخ ٢٠١٢/١٢/١٧ القرار المنشور في مجموعة قرارات وفتاوى مجلس شورى العراقي لعام ، مجلس شورى الدولة العراقي ، وزارة العدل ، جمهورية العراق.
 - ٧- حكم الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة العراقي (مجلس الدولة العراقي الحالي ، الطعن المرقم ٤٥ / انضباط / تمييز ، بتاريخ ٢٠٠٦/٣/٦ ، المنشور في قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة العراقي لعام ٢٠٠٦/٣/٦ ، وزارة العدل ، جمهورية العراق.
 - ٨- قرار لمحكمة تمييز المرقم ٢٧٥/ح/٦٣/ في ١٩٦٣/٢/٢٠ ، المنشور في مجلة ديوان التدوين القانوني، العدد الثاني ، السنة الثانية، ١٩٦٣ .
 - ٩- رقم القرار ٢٦١/انضباط/ تمييز/ ٢٠٠٦ في ٢٠٠٦/١٠/٢ ، مجموعة فتاوي وقرارات مجلس شورى الدولة لعام ٢٠٠٦ الصادر من وزارة العدل، جمهورية العراق.
- ب: الاحكام و القرارات القضائية في الموسوعات و المجالات القضائية المصرية:**
- ١- حكم محكمة القضاء الأداري المصري ، في القضية رقم ١٧٥ في ١٩٥١/٦/٧ لسنة ٥ق ،مجموعة سنة ٥ المنشور في الموسوعة الشاملة لاحكام القضاء الاداري المصري ،دار النهضة العربية ، القاهرة، ١٩٥٩ .
 - ٢- قرار المحكمة الادارية العليا المرقم (٣١١) لسنة ٤ق جلسة ١٩٦٠/٤/٢ .

- ٣- حكم محكمة القضاء الإداري المصري جلسة ١٦/١١/١٩٥٩ ، المجموعة السنة الرابعة ، المنشور مجموعة احكام محكمة القضاء الإداري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٢ .
- ٤- الحكم الصادر من المحكمة الادارية العليا بتاريخ ٢٢/٥/١٩٦٥ ، السنة ١ ، المنشور في مجموعة احكام المحكمة الادارية العليا ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٥ .
- ٥- حكم المحكمة الإدارية العليا ، جلسة ٢٣/١١/١٩٦٨ ، مجموعة احكام المحكمة الادارية العليا ، السنة ١٤ ، القاهرة .
- ٦- الحكم الصادر من محكمة القضاء الإداري المصري ، دعوى رقم ٤٠٢٤ ، جلسة ١٢/٧/١٩٩٤ ، لسنة ١ق ، دائرة طنطا ، غير منشور .
- ٧- حكم محكمة النقض المصرية ، نقض مدني، رقم ٣٥ لسنة ٥٧ ق ، جلسة ٢١/١٢/١٩٩٥ ، مجموعة احكام السنة ٤٦ .
- ٨- قرار لمحكمة الإدارية العليا المصري ، طعن رقم ٢٣٧٨ لسنة ، ٤٠ ق جلسة ١٦/٥/١٩٩٩ ، دائرة أولى، (قرار غير منشور).
- ٩- حكم المحكمة الادارية العليا المصري جلسة ١١/٦/١٩٩٦ الطعن رقم ١٤٤٩ لسنة (٤١) ق ، الحكم المنشور في موسوعة العدالة في احكام المحكمة الادارية العليا من عام ١٩٩٠ الى ٢٠١٦ للمستشارين أشرف أحمد عبدالوهاب و ابراهيم سيد احمد ، موسوعة العدالة في احكام المحكمة الادارية العليا من عام ١٩٩٠ - ٢٠١٦ ، ج ١ ، ط ١ ، الناشر دار العدالة للنشر والتوزيع ، مصر، ٢٠١٨ .
- ١٠- حكم المحكمة الادارية العليا المصري المرقم ١٠٦٢ السنة ١١ ق -١٩٩٩ الحكم المنشور في موسوعة العدالة في احكام المحكمة الادارية العليا من عام ١٩٩٠ الى ٢٠١٦ للمستشارين أشرف أحمد عبدالوهاب و ابراهيم سيد احمد ، موسوعة العدالة في احكام المحكمة الادارية العليا من عام ١٩٩٠ - ٢٠١٦ ، ج ١ ، ط ١ ، الناشر دار العدالة للنشر والتوزيع ، مصر، ٢٠١٨ .
- ١١- حكم محكمة النقض المصرية ، المرقم (٥٥٦٢) لسنة ٦٤ ق ، جلسة ١٠/١/٢٠٠٥ ، السنة ٥٦ .
- ١٢- الحكم الصادر من المحكمة الادارية العليا بالطعن المرقم (٧٤٨٩) لسنة ٥١ ق ، بتاريخ ٢/١/٢٠١١ .

سادساً : البحوث المنشورة على المواقع الالكترونية:

- ١- الحكم الصادر من المحكمة الادارية العليا المصري رقم ١٠٥٩ لسنة ٣٠ ، بتاريخ ٢/١٢/١٩٨٦ ، المنشور لدى الموسوعة القانون لشبكة المحامين العرب على شبكة المعلومات الدولية الانترنت ، على الموقع الالكتروني الآتي :
http://www. Mohamoon.net تاريخ زيارة الموقع الالكتروني ٥/٥/٢٠٢٣ .

سابعاً : الكتب باللغة الفرنسية:

- 1- Auby et Drago, Traite de Contentieux Administratif Tome 2, Paris, 1962.
- 2- Andere de laubadere, Y. Gaudement, Traite de Droit Administratif, 14 eme ed, Memonts, Dalloz, Paris, 1989.
- 3- Chapus (R.) ,Droit du Contentieux Administratif , ed Montchrestien , Paris,1990.
- 4- Etienne Bartin , Charles Aubry , Charles Flacimaigne, Course de Droit Civil Francais , Tome 2 , classic Reprint series, Forgotten Books ,1942.
- 4- (H) Donnedieu De Vabres , Traite droit criminal et de legislation penal Compare , 3ed , paris , sirey , 1947.
- 5- Laffarriere ,Traite de droit admintratif , 2 edition ,Tome 11 , paris , 1986.
- 6- Raymond Barraine , Theorie general des presumption en droit prive , paris ,1984.
- 7- Stassinopoulos , Traite des actes adminis trafe ,preci ,Athenes ,1954 .
- 8- Vedel (G.) , Droit Administratif , 7ed ,P.U.F , Paris, 1988.

ثامناً : الدساتير و القوانين باللغة الفرنسية:

- 1- La Constitution francaise de 1958.
- 2- Le Droit civil Francais ,1804.

تاسعاً : الاحكام و القرارات الصادرة من مجلس الدولة الفرنسي:

- 1-Voir .c .e. 17 mai 1907 societe philhar Monique de fumays 1909/3/133 et D 1908/8/11 .
- 2-C.E 3 mars 1939 “dame laurant “ rec .
- 3-C . E . Aout , Morin , 1950 , Rec .75 .
- 4-C.E.2/2 1957 Castaing. Rec..
- 5- C.E 1/8/1973 , stzde alympgye Chapenais ree .
- 6-C.E 26- 11- 1975 Bariset K S .
- 7-C.E. 113 .1997 ,Recueil de droit public , Paris , 1998.

المستخلص

يعدّ الاثبات بالقرائن امام القاضي الإداري في المنازعات الادارية من اهم الجوانب الاجرائية نظراً لما تمتاز بها الدعوى الادارية من الخصوصية ، و بخضوع القرارات الادارية للرقابة القضائية محكمة لغرض اجراء الاصلاح التشريعي في هذا المضمار و مواكبة التطورات الحديثة في نطاق الاثبات الإداري ، و ان عيب الانحراف بالسلطة او أساءة استعمال السلطة من أخطر العيوب الخفية التي تشوب ركن الغاية في القرار الإداري ، و التي ترتبط بالسلطة التقديرية للادارة ، لما يتطلب من القاضي الإداري التأكد و فرض الرقابة الشديدة على الاهداف التي يسعى اليها رجل الادارة من جراء تصرفه القانوني و المرتبطة بالعناصر الذاتية التي تتعلق بمصدر القرار و معرفة مقاصده و نواياه و التي يصعب معرفتها ، و هذا يشكل من اهم المعوقات الحقيقية التي تواجه القاضي الإداري ، فأن الاثبات عن طريق القرائن بالنسبة لعيب الانحراف يبسر على المدعي اثباته نظراً لما يتخلل هذا الاثبات من صعوبة بالغة في اثبات المقاصد لمصدر القرار ، و هو أمر لا يمكن الحصول عليه من خلال فحص أوراق و مستندات و سجلات الادارة ، و سماع شهادة موظفيها و الذين هم لم يكشفوا عن البواعث و الدوافع الحقيقية لأصدار القرار الإداري ، و من خلال ذلك يهدف القاضي الإداري أثناء الكشف عن القرينة الى اثبات عيب الانحراف بالسلطة و معرفة نوايا و مقاصد الادارة من إصدارها لهذا القرار ، فلذلك ينتقل عبء الاثبات من المدعي الى الادارة ، و اذا سكتت الادارة و لم تقم الدليل على صحة ما تدعي أمام القاضي الإداري ، عدّ ذلك تسليماً منها بطلبات المدعي ، و دراسة انواع هذه القرائن بأثبات عيب الانحراف بالسلطة الخاصة بالنزاع الإداري و الظروف و الوقائع الخارجة عن هذا النزاع و كذلك عن حجية هذه القرائن و تطبيقاتها القضائية في الدول المقارنة.

و تكمن اشكالية هذه الدراسة في مدى فاعلية اثبات عيب الانحراف بالقرائن امام محكمة القضاء الإداري و العقبات او السلبيات التي تواجه القاضي الإداري في اثبات عيب الانحراف بالقرائن امام الادارة و مدى كفاية القرائن اثبات عيب الانحراف بالقرائن امام محكمة القضاء الإداري لمواجهة و حسم المنازعات الادارية و مدى تناسب و ملائمة المبادئ العامة في قانون الاثبات العراقي النافذ على خصوصية الدعوى الادارية و من ثم كيفية وضع الحلول الناجعة لهذه المعوقات و تذليلها بشكل صحيح من قبل القاضي الإداري ومعالجة القصور التشريعي بهذا الجانب لكي يتم اجراء الاصلاح التشريعي في هذا النطاق ، و توصلنا في خاتمة هذه الدراسة الى اهم الاستنتاج المتمثل بأنه يكون للمشرع و القاضي الإداري دوراً هاماً و حيويّاً و اساسياً في تنظيم أدلة الاثبات بالقرائن، إذ يقوم القاضي الإداري باستنتاج و استنباط القرائن القضائية من الوقائع و الظروف و الملابسات المحيطة بالنزاع الإداري او من القرائن المستنبطة من الظروف الخارجة عن النزاع و ذلك بما لديه من سلطة تقديرية واسعة في ايجاد التوازن و تحقيقه بين أدلة الاثبات و النفي في الدعوى الادارية المعروضة أمامه لتحقيق مبدأ المشروعية ، و لهذا اقترحنا سنّ قانون خاص بالاثبات الإداري و اجراءاته الخاص بالقضاء الإداري العراقي يتضمن

كل ما يتعلق بالدعوى الإدارية، و ذلك احتراماً لخصوصية المنازعات الإدارية، و إزالة الغموض و النقص الذي يعتري اجراءات الاثبات الاداري في الدعوى الادارية و وسائلها و أساليبها و بيان جميع الاجراءات الواجب اتباعها أمام الجهات القضائية و الإدارية، من خلال تنظيم جميع المسائل المتعلقة بالاثبات الاداري بنصوص واضحة و صريحة و تحديد اثبات عيب الانحراف بالقرائن بنصوص مفصلة و متلائمة مع طبيعة النزاع الاداري لا سيما تنظيم أحكام القرائن، مما يسهل على القاضي الاداري اداء عمله و تحقيق متطلبات العدالة.

Proving the Defect of deviation by evidence At the administrative court (Comparative analytical study)

Dr.Suzan Othman Qadir

Abstract

The proving evidence before the administrative judge in administrative disputes is considered one of the most important procedural aspects due to the specificity of the administrative case, and the subjection of administrative decisions to court oversight for the purpose of conducting legislative reform in this field and keeping abreast of recent developments in the scope of administrative evidence, that the defect of deviation is in authority or the abuse of power is one of the most serious hidden defects that taint the pillar of purpose in the administrative decision, which is related to the discretionary power of the administration, because it requires the administrative judge to ensure and impose strict control over the goals that the administration man seeks as a result of his legal behavior and related to the subjective elements that relate to the source of the decision and knowing its purposes and intentions, which are difficult to know, and this constitutes the most important real obstacles facing the administrative judge, is that proof through evidence regarding the defect of deviation makes it easier for the plaintiff to prove it due to the great difficulty that permeates this proof in proving the intentions of the source of the decision, This is something that cannot be obtained by examining the papers, documents, records of the administration, and hearing the testimony of its employees, who did not disclose the real

motives and motives for issuing the administrative decision, through that, the administrative judge aims, during the detection of the presumption, to prove a defect deviating from the authority and knowing the intentions and purposes of the administration from its issuance of this decision, therefore the burden of proof shifts from the plaintiff to the administration, and if the administration is silent and does not provide evidence of the validity of what it claims before the administrative judge, this is considered an acceptance by it of the plaintiff's requests, And studying the types of these evidences by proving the defect of deviation in the authority of the administrative dispute and the circumstances and facts outside this dispute, as well as the authoritativeness of these evidences and their judicial applications in the comparative countries.

The problematic of this study lies in the extent of the effectiveness of proving the defect of deviation by evidence at the Administrative Judiciary Court and the obstacles or negatives facing the administrative judge in proving the defect of deviation by evidence before the administration and the extent of the evidence sufficient to prove the defect of deviation by evidence before the Court of Administrative Judiciary to confront and resolve administrative disputes and the extent Compatibility and appropriateness of the general principles in the Iraqi Evidence Law applicable to the specificity of administrative cases, and then how to develop effective solutions to these obstacles and overcome them correctly by the administrative judge, and to address the legislative shortcomings in this aspect in order to carry out legislative reform in this scope, At the conclusion of this study, we reached the most important conclusion that the legislator and the administrative judge have an important, vital, and essential role in organizing evidence of evidence. Circumstances outside the conflict, and that is due to his wide discretionary power in finding and achieving a balance between evidence of proof and denial in the administrative case brought before him to achieve the principle of legality, Therefore, we proposed the enactment of a special law of administrative evidence and its procedures for the Iraqi

administrative judiciary that includes everything related to administrative cases, in respect of the privacy of administrative disputes, and to remove the ambiguity and deficiency in the procedures of administrative evidence in the administrative case, its means and methods, and to clarify all the necessary procedures. Following them before the judicial and administrative authorities, by regulating all issues related to administrative evidence with clear and explicit texts, and specifying proof of the defect of deviation by evidence with detailed texts that are compatible with the nature of the administrative dispute, especially the organization of evidence rulings, which makes it easier for the administrative judge to perform his work and achieve the requirements of justice.

دور القضاء الفرنسي في التطور التشريعي في مجال المسؤولية التقصيرية

أ.م. د. فاطمة خلف كاظم

مركز المستنصرية للدراسات العربية والدولية

المخلص

تبحث هذه الدراسة في مسألة دور القضاء الفرنسي في التطور التشريعي في مجال المسؤولية التقصيرية و مدى تأثر القانون العراقي من هذا التطور ، وذلك باستقراء النصوص القانونية والأحكام القضائية المتعلقة بالموضوع وتحليلها، وكذلك المنهج المقارن للمقارنة بين موقفي القانون العراقي و القانون الفرنسي ، حيث تم البحث عن دور الاجتهاد القضائي في القانون المدني الفرنسي كدور ابتكاري للقاضي المدني، وتمكينه في إصلاح العناصر الكلاسيكية للمسؤولية المدنية و خاصة المسؤولية التقصيرية ، حيث شهدت تحولات عميقة على جميع المستويات، منذ الثورة الصناعية مما ظهر عجزاً في عنصر الخطأ في أن يكون أساساً وحيداً للمسؤولية المدنية ، ومن ثم تراجع دوره لصالح أسس أخرى على غرار الخطر والضمان، ولا يزال تراجع قائماً إلى يومنا الحاضر، لاسيما بعد تنوع الأضرار، و توصلت الدراسة الى للقضاء الفرنسي فضل كبير في وضع القواعد العامة لتقدير التعويض عن الضرر، ومن أهم القواعد التي وضعها القضاء الفرنسي مبدأ التعويض الكامل للضرر مع تمتع المحاكم بسلطة تقديرية مطلقة في هذا الشأن، فقد تتأثر عند تقدير التعويض عن الضرر ببعض العوامل الخارجية .

الكلمات المفتاحية : الاجتهاد القضائي الفرنسي ، أسس المسؤولية المدنية ، تقدير التعويض ، التكريس القضائي

Abstract

This study examines the issue of the role of the French judiciary in the legislative development in the field of tort liability, and the extent to which Iraqi law has been affected by this development, by extrapolating and analyzing the legal texts and judicial rulings related to the subject, as well as the comparative approach to compare the two positions of Iraqi law and French law, where the search for the role of French judiciary in civil law as an innovative role for the civil judge, and enabling him to reform the classic elements of civil liability, especially tort liability, as it witnessed profound transformations at all levels, since the industrial revolution, which showed a deficit in the element of error in being the sole basis for civil liability, and then Its role has declined in favor of other bases such as risk and guarantee, and its decline still exists to the

present day, especially after the diversity of damages. Although the courts enjoy absolute discretion in this regard, they may be affected when estimating compensation for damage by some external factors.

Keywords: Role of French judiciary, foundations of civil liability, assessment of compensation, judicial consecration

المقدمة

تعتبر المسؤولية من الركائز المهمة التي يقوم عليها القانون المدني بشكل عام، والتي من خلالها يتم صياغة أحكام القانون المدني، والتي تؤسس بناء على فكرة التعويض وجبر الضرر، فقيام المسؤولية المدنية لا يكون دون قيام أركان لا بد من توافرها ابتداءً وهي أركان ثلاثة ركن الخطأ، الضرر، العلاقة السببية.

اعتبرت فلسفة جزاء الشخص المخطئ والمتسبب بخطئه الذي ارتكبه ضرراً لشخص آخر أساساً لوجوب المسؤولية المدنية، إلا أن هذه الفلسفة بعد ذلك بدأت تتغير منذ وقت ليس بالبعيد، نتيجة لعوامل عديدة، أهمها ظهور الثورة الصناعية في أوروبا وانتشار الآلات والقوى المحركة في المشاريع الكبرى، وانتشار المنتجات الغذائية والدوائية، والادوات والأجهزة التي لم تكن معروفة من قبل والتجارب الطبية ودخول التكنولوجيا فيها؛ كل ذلك أدى إلى تزايد مخاطر لم يكن الإنسان يتعرض لها سابقاً، حيث سببت هذه الأنشطة أضراراً؛ مما دعت إلى أن تكون سبباً لإعادة النظر في مفهوم المسؤولية المدنية ومنها التقصيرية مما أدى إلى حدوث الأثر الكبير في تطور نظريات المسؤولية المدنية، ومن ثم تغيير المفهوم التقليدي للمسؤولية، إذ لم يعد من المتصور أن تحكم قضية المسؤولية في عصر التقدم الصناعي نصوص وضعت منذ سنة ١٨٠٤

و أدى ذلك إلى تعرض المسؤولية المدنية لمشاكل وتأثرها بعدة عوامل أثرت في تطورها خاصة على مستوى الوظيفة التعويضية لها وكذلك في إثبات الخطأ المسبب للضرر، حيث أن البحث عن الخطأ في المسؤولية المدنية أصبح اليوم لا جدوى من ورائه، لأن الضرر قد لا ينجح في إثبات خطأ المسؤول، فيكسب التعويض وقد يخفق في إثبات هذا فيخسر التعويض، وكل هذا أدى إلى عدم استقرار المنظومة القانونية، وتظهر جوانب لمشاكل المسؤولية المدنية، من خلال مشكلة إثبات الخطأ الموجب للمسؤولية ومشكلة الأساس القانوني للتعويض وتقديره. ولذلك نتجت عن ذلك مفاهيم ونظريات قانونية كان للقضاء الفرنسي دوراً في تغيير تلك المفاهيم الخاصة بالمسؤولية المدنية وعلى وجه الخصوص التقصيرية وذلك من حيث أركانها والوظيفة التعويضية لها.

إشكالية البحث

تتجلى إشكالية البحث في مدى للقضاء الفرنسي دوراً في التأثير على مفاهيم المسؤولية المدنية وعلى وجه الخصوص التقصيرية منها وتغييرها عملياً، ومدى تأثير التشريعات القانونية من ذلك ومنها القانون العراقي.

منهجية البحث :

ولغرض بيان هل حقق القضاء الفرنسي تطور واصلاح القواعد القانونية للمسؤولية التقصيرية و تأثر القانون العراقي بذلك ، سنتبع المنهج الاستقرائي التحليلي من خلال استقراء وتحليل القرارات القضائية الفرنسية في ذلك ، ومن ثم مقارنة ذلك مع الاتجاه القضائي والتشريع العراقي في ذلك

هيكلية البحث

سنقسم البحث الى مبحثين، سنتناول في الاول منهما الى دور الاجتهاد القضائي في تطور أساس المسؤولية التقصيرية في ظل المستجدات الحديثة ، أما في المبحث الثاني سنتطرق لبيان دور الاجتهاد القضائي في تطور نظام التعويض عن الضرر التقصيري

المبحث الاول: دور الاجتهاد القضائي في تطور أساس المسؤولية التقصيرية في ظل المستجدات الحديثة

إن المسؤولية المدنية في القوانين العربية ومنها القانون المدني العراقي تجد مرجعها في القانون الفرنسي، غير أن الكثير من نصوص القانون الفرنسي و خاصة ما يتعلق بالمسؤولية التقصيرية (الفعل الضار) التي وضعت قبل أكثر من مائتي عام، وذلك صدوره عام ١٨٠٤، قد باتت غير قادرة على مواكبة التطورات في الاقتصاد والتجارة والتكنولوجيا والتي فرضت فرض مشكلات مستحدثة ، من هنا بدت الحاجة الملحة إلى إعادة النظر في العديد من قواعد هذا القانون ، فقد استشعر القضاء الفرنسي مبكراً مقتضيات هذا التطور فكان سريع الخطى في الاستجابة لها مكرساً في أحكامه المتعاقبة مبدأ الامن القانوني باعتباره الركيزة الاساسية لأي نظام قانوني حديث، فابتدع حلولاً ونظريات لمواجهة هذه المشكلات ، ممهداً من خلال اجتهاداته القضائية أمام المشرع الفرنسي لإجراء إصلاحات تشريعية ، حيث استحدث المشرع نصوص و تشريعات قانونية مقررراً ما كان القضاء قد تبناه في أحكامه في ظل عدم وجود نصوص تشريعية، و للتعرف على مسار القضاء الفرنسي في ايجاد الحلول لمواجهة النقص التشريعي في ظل المستجدات الحديثة سنبحث ذلك من خلال بيان دور القضاء في تطور اساس المسؤولية المدنية ، ثم نبين التكريس القضائي لأسس المسؤولية التقصيرية في التشريعات المعاصرة .

المطلب الاول: دور القضاء في تطور اساس المسؤولية المدنية

بالرجوع الى القانون الفرنسي نجد قد استقر التقنين المدني الفرنسي الجديد الصادر سنة ١٨٠٤ ، المعروف بتقنين نابليون، على فكرة التمييز بين المسؤولية المدنية والمسؤولية الجنائية. وقامت المسؤولية المدنية كمبدأ عام على أساس الخطأ في المادة ١٣٨٢ التي تنص على " كل فعل أيا كان يوقع ضرراً بالغير يلزم من وقع بخطئه هذا الضرر أن يقوم بتعويضه"^{٢٧٥} ، و قد اخذ المشرع الفرنسي على هذا الاساس في المسؤولية المدنية (على اساس الخطأ) و ذلك في المسؤولية عن فعل

^{٢٧٥} انظر: حسن علي الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني، عمان، دار وائل للنشر والتوزيع، ط ١ ،

الأولاد والتلاميذ وصبيان الحرفة، ومسؤولية المتبوع عن التابع، وحراسة الحيوان وحراسة البناء في المواد من (١٣٨٤ - ١٣٨٦) وكان الضابط في هذه الحالات هو قيام المسؤولية على أساس الخطأ الشخصي، فعل الغير وفعل الأشياء التي تحتاج للحراسة^{٢٧٦}.

إلا ان اساس هذه المسؤولية تميز بعدم الثبات النسبي لأحكامها وقواعدها، و ذلك لما شهدته الحياة البشرية من تطورات في شتى المجالات الاجتماعية والاقتصادية وحتى الفكرية و ذلك في أواخر القرن التاسع عشر مع ظهور الآلات ومعدات حديثة ، حيث نتج عن ذلك صعوبة إثبات خطأ المسؤولين أو المقصر الذي تسبب في حصول الضرر، لنقص أو قصور تشريعي في نظام المسؤولية، وعجزها على جبر الأضرار التي تصيب الأشخاص نتيجة أفعال لم تستوعبها قواعد المسؤولية المدنية التقليدية مما ساهم بشكل فعال في ضرورة البحث عن بدائل حتمية تساعد على توسيع نطاق المسؤولية المدنية لتشمل كافة الميادين ومختلف الفئات .

و هذا النقص أو عجز القواعد التقليدية جعل الفقه والاجتهاد القضائي يتضافران لإيجاد أسس جديدة للمسؤولية و تطوير قواعدها فعمل القضاء الفرنسي من خلال تفسيره للقواعد العامة في المسؤولية المدنية بتطوير نظام إثبات الخطأ ، حيث اعطى مفهوم جديد لبعض النصوص القانونية خاصة المادة ١٣٨٤ من القانون المدني الفرنسي، فقد بدأت المحاكم بقبول الإثبات عن طريق افتراض الخطأ في بعض الحالات، كما هو الحال بالنسبة للمسؤولية عن فعل الأشياء ومسؤولية المتبوع ومسؤولية الآباء^{٢٧٧}.

ففي مجال المسؤولية عن فعل الأشياء صدر حكم لمحكمة النقض الفرنسية عام ١٨٨٥ قرّر فيه المسؤولية على الخطأ المفترض الذي لا يقبل إثبات العكس في حالة فعل الحيوان، وصدر حكم مماثل في عام ١٨٩٦ حول المسؤولية عن فعل الأشياء غير الحية^{٢٧٨} ، حيث طبقت الدائرة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية هذه النظرية لأول مرة في حكمها الشهير الصادر في ١٦ / حزيران / ١٨٩٦ في قضية "teffain" والتي تتلخص وقائعها في إن "انفجاراً قد حدث في إحدى السفن التجارية، وقد نشأ الانفجار بسبب تمزق أنبوب لوقود السفينة أدى إلى موت العامل الميكانيكي ، وظهر للجنة الفنية التي قامت بأجراء التحقيق بان سبب الحادث قد يرجع إلى عيب في لحم الأنبوب أدى إلى هذا الانفجار . دققت محكمة النقض الفرنسية الطعن المقدم إليها ، وأعلنت في حكمها ، أن الحكم المطعون فيه قد اثبت أن انفجار أنبوب السفينة التجارية الذي تسبب في موت العامل، يرجع إلى عيب في التشييد ، وانه طبقاً للمادة ١٣٨٤ مدني ، فان هذا الإثبات الذي يستبعد معه الحادث

^{٢٧٦} انظر: محمود جلال حمزة ،المسؤولية الناشئة عن الأشياء، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ١٩٨٤، ص٥٠

^{٢٧٧} انظر: أحمد إبراهيم الحيارى، المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير، دار وائل للنشر، عمان، ٢٠٠٣ ، ص ٦-٧

^{٢٧٨} و هو ما مشار اليه في : عبد رزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، ج ١ ، ١٩٥٢ ، ص ٧٦٤ - ٧٦٥

الفجائي والقوة القاهرة ، ينشئ حقا للمضروب من الحادث في مواجهة مسؤولية مالك السفينة، دون أن يستطيع هذا الآخر أن يتخلص من هذه المسؤولية بإثبات خطأ منشأ الماكنة أو صفة العيب الخفي"^{٢٧٩} .

إلا أن مجلس الدولة الفرنسي قد انتقد الأخذ بافتراض الخطأ، وذهب الى ان ذلك يخلق قرينة قانونية جديدة، غير تلك المنصوص عليها في المادة (١٣٥٠) ، ولذلك عدل القضاء الفرنسي عن استخدام اصطلاح افتراض الخطأ في المسؤولية عن فعل الأشياء غير الحية إلى اصطلاح افتراض المسؤولية ، ولكن تعرض هذا الاصطلاح للانتقاد على أساس أن المسؤولية نتيجة وإن النتيجة لا تفترض، و هذا ما جعل محكمة النقض الفرنسية إلى العدول عن هذا الاصطلاح، واعتبرت أن مسؤولية حارس الأشياء غير الحية مسؤولية تقوم بقوة القانون^{٢٨٠} .

فاستخلص القضاء الفرنسي لفكرة الالتزام بالسلامة أو التزام بضمان السلامة بالقرار المشهور للغرفة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية المؤرخ في ٢١ / ١١ / ١٩١١ والمتعلق بقضية بخصوص عقد النقل، وتتلخص أحكام هذه القضية انه بين عامي ١٩٠٧ - ١٩٠٨ حيث بدأت قضية المدعوة زبيدي حميدة بن محمود ضد الشركة العامة للملاحة عبر الأطلسي، والتي تتلخص وقائعها في أن "راكباً تونسياً يدعى زبيدي حميدة بن محمود كان مسافراً على متن باخرة تابعة للشركة العامة للملاحة عبر الأطلسي من تونس إلى بون Bone وأثناء الرحلة أصيب الراكب بإصابة شديدة من جراء سقوط خزان كان موضوعاً بطريقة معيبة في السفينة، فأقام الراكب دعوى تعويض ضد الشركة الناقلة أمام المحكمة المدنية لبون، فدفعت الشركة بعدم اختصاصها نظراً لوجود شرط في عقد النقل يجعل الاختصاص لمحكمة مرسيليا التجارية، ومنه قضت محكمة بون برفض الدفع على أساس أن قواعد المسؤولية التقصيرية لا العقدية هي الواجبة التطبيق ومن ثم فلا يكون هناك محل لإعمال العقد المبرم بين الراكب والشركة"^{٢٨١} .

وتجدر الإشارة في هذا الإطار ،ان هذه الفكرة تم الأخذ في مجال التعويض عن حوادث السيارات أو النقل، و الفقه الفرنسي مستقر على ان مسؤولية الناقل بالمجان تقوم على أساس قواعد المسؤولية التقصيرية المتعلقة بالخطأ المفترض وفق نص المادة ١٣٨٤ من القانون المدني الفرنسي^{٢٨٢} .

إلا ان باستمرار التطور في العديد من المجالات والتطور الصناعي أدى إلى ظهور الآلات الميكانيكية الدقيقة، و من ثم بدأت الفكرة الأخلاقية تضعف في المجتمع ،

^{٢٧٩} مشار إليه في : حسن عطيه الحربي ، المفهوم القانوني لإصابة العمل ، دراسة مقارنة بين التشريعين المصري والسعودي ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، ٢٠١٠ ، ص ١٨ .
^{٢٨٠} انظر: علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، ١٩٩٦، ص ١٥٦-١٥٧ .

^{٢٨١} انظر: علي فتاك، حماية المستهلك وتأثير المنافسة على ضمان سلامة المنتج، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١٤ ، ص ٥٨ .

^{٢٨٢} انظر : حسن علي الذنون ، النظرية العامة للالتزامات - مصادر الالتزام وأحكام الالتزام وأثبات الالتزام ، بغداد ، بدون دار نشر ، ١٩٧٦ ، ص ٣١٢ .

فأصبحت كل خسارة مادية بحاجة للتعويض، كما أنّ كثرة الأضرار الناجمة عن التعامل مع الآلات وصعوبة إثبات الخطأ وتحديد الشخص المسؤول أدى إلى إلحاق الأذى في عدالة النظرية الشخصية، حيث أصبح المضرور في معظم الحالات لا يعرض عن الضرر الذي لحق به، فظهر التوجه نحو المسؤولية الموضوعية، و ظهر نظرية تحمل التبعة و التي نادى بها (سالي ، جوسران، ديموج وسافاتيي) فانه بحصول الضرر يستوجب معه التعويض وإن اعتبار الخطأ مفترض الوقوع غير قابل لإثبات العكس، ويجب على من أراد التخلص من المسؤولية أن ينفي العلاقة السببية^{٢٨٣} ، و ان من السهل على المضرور اثبات الضرر ، فكان قانون حوادث العمل الصادر عام ١٨٩٨ أول تشريع يتضمن مسؤولية دون خطأ^{٢٨٤} ، ثم تطورت هذه النظرية **فظهرت نظرية المخاطر** ما يتعلق في الاضرار المهنية و حوادث العمل و هو ما ذهبت حركة التقنين الفرنسي في هذا الاتجاه، بصدور قانون مخاطر الطيران عام ١٩٢٤ ، و قانون تبعات الحرفة ومخاطر العمل في عام ١٩٤٦^{٢٨٥}.

و مما سبق بيانه نجد إن القضاء الفرنسي ثبت على فكرة الخطأ أساساً للمسؤولية التقصيرية، ولم يجد عن ذلك إلى نظرية تحمل التبعة، وهكذا أخذت المسؤولية المدنية حيزاً هاماً، من بين مصادر الالتزام وكثرت بشأنها القضايا أمام الهيئات القضائية، وجلبت اهتمام الكثير من فقهاء القانون، حيث قسمت إلى ثلاث أنواع: المسؤولية عن الأفعال الشخصية، والمسؤولية عن فعل الغير، والمسؤولية عن فعل الأشياء.

أما اساس المسؤولية المدنية في القانون العراقي ، فإن التطور السريع في أحكام المسؤولية المدنية في القانون الفرنسي ، قد اخذت به الدول العربية ، ومنها العراق ، حيث أولى المشرع المدني العراقي المسؤولية التقصيرية عناية خاصة، حيث أفرد نصوص المواد (١٨٦ - ٢٣١) لها ، وفصل في هذه المسؤولية على أن تكون أما مسؤولية عن الأعمال الشخصية (المواد ١٨٦ - ٢١٧) وتعتبر أحكامها من القواعد العامة في المسؤولية المدنية ، و أما أن تكون مسؤولية عن فعل الغير (٢١٨ - ٢٢٠) أو أن تكون مسؤولية عن الأشياء في المواد (٢٢١ - ٢٣١) .

^{٢٨٣} انظر: محمد نصر رفاعي، الضرر كأساس للمسؤولية المدنية في المجتمع المعاصر، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٧٨ ، ص ٤٣

^{٢٨٤} انظر: أحمد إبراهيم الحيارى، المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير، دار وائل للنشر، عمان، ٢٠٠٣ ، ص ٦

^{٢٨٥} تأثر المشرع الفرنسي بالنظرية الموضوعية فأخذ بها في مسالة عديم التمييز عن فعله الذي يلحق الضرر بالغير رغم عدم توافر التمييز لديه، حيث صدر القانون رقم (٥) لسنة ١٩٦٨ الذي أضاف المادة (٤٨٩ ثانياً) إلى القانون المدني الفرنسي والتي فسرت وفقاً للراجح: بأنها توجب مسالة عديم التمييز عن أفعاله الضارة، وأيدت ذلك محكمة النقض الفرنسية (الدائرة المدنية الأولى بتاريخ ١٩٧٦/٧/٢٠ ، و الدائرة المدنية الثانية بتاريخ ١٩٧٧ /١٢/٧ ، المجلة الفصلية للقانون المدني ١٩٧٨، فقرة ٢، ص ٦٥٣)

المطلب الثاني: التكريس القضائي لأسس المسؤولية التقصيرية في التشريعات المعاصرة

أوضحنا ان في العصر الحديث ترنحت المسؤولية المدنية بين الخطأ، كمبدأ عام، على أساس الفعل الشخصي، والضرر الذي ظهر تحت تأثير الثورة الصناعية، واعتبارات إقامة العدالة بتمكين المضرور دون خطأ من التعويض. فالنظرية الموضوعية في المسؤولية تميزت بكثرة تطبيقاتها المعاصرة، التي من بينها الالتزام بالسلامة، وتخصيص مجالات معينة بالمسؤولية على أساس المخاطر كالأضرار المهنية وحوادث الطيران، والحوادث الطبية.

وتعتبر فئة المهنيين التي كان لأسس المسؤولية التقصيرية تأثير على أساسيات نظام المساءلة المدنية لهذه الفئة بعد أن كان يخضع للقواعد العامة للمسؤولية المدنية أساسه شخصي وذاتي قوامه السلوك المنحرف والخطأ للطرف المهني، إضافة إلى الطبيعة المزدوجة للمسؤولية المدنية لهذه الفئة: عقدية وتقصيرية، وذلك بعد ازدياد ضحايا المخاطر المهنية، ولعل من أبرز الأمثلة على ذلك هي المسؤولية الطبية، و مسؤولية المنتج.

أولاً: أسس المسؤولية التقصيرية في مجال المسؤولية الطبية

إن التطور الذي يشهده المجال الطبي يرافقه تزايد المخاطر المتولدة عن التقنيات الطبية المتطورة، ولكن في بعض الأحيان ما تزال تشهد سوء التحكم فيها، فالحادث الطبي ليس سوى تحقق هذه المخاطر المرتبطة بالنشاط الطبي، مع ضرورة التنبيه لعدم الخلط بين هذه المخاطر وعدم ثبات الاحتمال الطبي الذي يبرر التزام الطبيب ببذل عناية عند تقديمه للعلاج، كما في (حالة الأضرار الناتجة عن عيوب الأدوات، الأجهزة أو المواد المستعملة من طرف المعالج أو العدوى نتيجة عيب في النظافة و التي لا يمكن السيطرة عليها في ظل الأصول العلمية المتبعة في تاريخ العلاج)^{٢٨٦}.

و لخصوصية العمل الطبي التي تقتضي منح الطبيب نوع من الحصانة المهنية بالنظر للمخاطر التي ترافق ممارسة مهنته، جعلت من مسؤولية الطبيب مسؤولية قوامها الخطأ واجب الإثبات من قبل المريض صاحب الحق في التعويض^{٢٨٧}، وهو ما دفع بالاجتهاد القضائي إلى اعتماد التزاماً بالسلامة أو ضمان السلامة في العقود التي يؤدي تنفيذها الى تعرض أحد الأطراف للمخاطر في شخصه أو في ممتلكاته، إلا ان مع ارتفاع بعض الأصوات المعارضة لعقدية الالتزام بالسلامة، حيث اعتبروا ان الالتزام بالسلامة يتعلق بالأساس بالالتزام عام أكثر مما هو التزام عقدي بحت و إن هذه الخطوة لا تكفي لإسعاف ضحايا الحوادث الطبية، كحالة إخلال الممارس الطبي بالالتزام بالسلامة خاصة فيما يتعلق بالخطأ الفني المتمثل في الخطأ في التشخيص أو الخطأ في اختيار طريقة العلاج المناسبة و كذلك الخطأ العلاجي. وذات

^{٢٨٦} انظر: فيلالي علي، الالتزامات - الفعل المستحق للتعويض، موفم للنشر، الجزائر، ط ٣، ٢٠١٥، ص ٢٥١

^{٢٨٧} انظر: معمر بن طرية، مدى تأثير فكرة المخاطر على النظام القانوني للمسؤولية المدنية للمهنيين، رسالة ماجستير في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، ٢٠١٢، ص ٣٢

الأمر يمكن ملاحظته لمسؤولية المراكز الخاصة بنقل الدم على مستوى العيادات الخاصة^{٢٨٨}.

ولم يقف الأمر في التزام السلامة في المجال الفني لهذه المهنة وإنما كذلك الالتزام بالإعلام بالمخاطر المتعلقة بالإجراء أو العلاج الطبي ، وعبء إثبات تنفيذ واجب الإعلام يقع على المريض المتضرر إثبات امتناع الطبيب عن الإدلاء له بالإعلام الكافي لإثارة مسؤولية الطبيب، وهو ما كان مستقراً عليه في القضاء الفرنسي^{٢٨٩} ، إلا أن بموجب قرار محكمة النقض الفرنسية قرار ٢٥ فبراير ١٩٩٥ أعطي تفسير جديد للمادة ١٥١٦ من القانون المدني من خلال الاجتهاد القضائي الذي جاء فيه بأن: "الشخص الذي يتحمل سواء عقدياً أو قانونياً بالالتزام بالتبصير يجب عليه أن يأتي بما يثبت قيامه بواجبه هذا"^{٢٩٠} ، وهذا التوجه يتماشى مع مضمون نظرية المخاطر (المسؤولية الموضوعية) الذي تأسست من أجله وهو مواجهة فكرة "إثبات خطأ المسؤول عن الضرر" وتيسير سبل التعويض للمتضرر على أساس الضرر الذي أصابه

ثانياً: أسس المسؤولية التقصيرية في مجال مسؤولية المنتج

إن نظام مسؤولية المنتج التزايد المستمر للمخاطر المستحدثة من طرف المنتجين، مما أدى إلى تطور هائل للتطبيقات الخاصة بهذه المسؤولية بفضل تضافر جهود الفقه والقضاء ليتوج هذا التطور بتبني العديد من النظم القانونية لنظام مسؤولية المنتج وبموجب المادة ١٣٨٦ من القانون المدني الفرنسي، كان المشرع يعالج مسؤولية المنتج وفق القواعد العامة في القانون المدني، أي باللجوء إلى المسؤولية التقصيرية والعقدية^{٢٩١}.

ففي إطار المسؤولية العقدية، ذهب الاجتهاد القضائي الفرنسي الى معالجة الأضرار التي تتسبب فيها المنتجات في النطاق التعاقدية من خلال تقوية فاعلية دعوى ضمان العيب الخفي في مواجهة البائعين المحترفين و منتجي السلع، وذلك من خلال التوسع في فكرة العيب فاعتبر نقص الأمان في المنتج من قبل التعيب المادي في الشيء^{٢٩٢} ، كما تبنى القضاء تفسيراً للنصوص المنظمة لآثار الضمان أو الالتزام بضمان السلامة في المواد ١٦٤٥ ، ١٦٤٦ مدني فرنسي والتي تقضي حرفية النصين بعدم إقامة مسؤولية البائع إلا إذا كان عالماً بالعيب وقت التعاقد، إلا أن

^{٢٨٨} انظر: معمر بن طرية ، المرجع السابق، ص ٣٤

^{٢٨٩} انظر: محمد فؤاد عبد الباسط ، تراجع فكرة "الخطأ" أساساً لمسؤولية المرفق الطبي العام : (الاتجاهات الحديثة لمجلس الدولة الفرنسي)، منشأة المعارف، مصر، ٢٠٠٣، ص ١٨٥

^{٢٩٠} وهو القرار Cass. 1ère ch civ, 25 févr, 1997, G.P, 1997, p 274, note P.Sagro- Guigue. و المشار في : عمر بن الزويبر، التوجه الموضوعي للمسؤولية المدنية، اطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ٢٠١٧، ص ٤٠٢

^{٢٩١} انظر: عمر بن الزويبر، التوجه الموضوعي للمسؤولية المدنية، المرجع السابق ، ص ٤٠٣

^{٢٩٢} المرجع نفسه

القضاء اعتبر كلاً من المنتج والبائع، الصانع عالماً بعيوب المنتج أو يفترض فيه العلم به، ومن ثم أُلزمه بالتعويض الكامل للضحايا من المستهلكين.^{٢٩٣} وكانت المسائل المتعلقة بالمنتجات الطبية من المسائل التي طبقت فيه فكرة المسؤولية العقدية على أساس الالتزام بضمان السلامة مستندة وفق احكام القانون المدني الفرنسي، و ذلك في الحكم الذي صدر في محكمة باريس في القضية المعروفة باسم (Dig Bill) وهي قضية تتلخص في أن " طبيب مريضة قرر عَلاجها من خُلل الحقن بالوريد، أي بما يسمى (Dig Bill) ، وبعد اجراء الحقنة الثالثة ظهرت عدة دمامل على المريضة، الامر الذي استدعى خضوعها لتدخل جراحي من أجل زراعة الجلد، بالتالي الإقامة في المستشفى خمسة شهور، وبعد أن خرجت قامت برفع دعوى ضد المصنع المنتج، طالبة التعويض عن كافة الاضرار التي لحقت بها"^{٢٩٤}

وقد استند القضاء الفرنسي على أحكام التوجيه الاوروبي بحيث أشرك كلاً من الصانع والبائع والمهني، في المسؤولية، بحيث يلتزم كل هؤلاء بضمان سلامة المستهلك العامة. ولم يكتف المشرع الفرنسي بالتكريس القضائي لهذا الالتزام (التزام بضمان سلامة المنتج)، بل تجاوز لفرضه بنصوص صريحة، كان بدايتها قانون الاستهلاك الصادر عام ١٩٩٣ من خلال المادة (٢٢١) .

أما في النطاق التقصيري، فقد اعتبرت محكمة النقض الفرنسية أن طرح المنتج المعيب في السوق يعتبر في ذاته خطأ تقصيرياً يكون من شأنه عقد مسؤولية المنتج قبل الغير في رجوعهم على أساس المادة ١٣٨٢ مدني فرنسي^{٢٩٥} ، إلا ان القضاء واجه صعوبة تطبيق القواعد الخاصة بالمسؤولية عن الأشياء في مسائلة المنتجين باعتبارها مسؤولية لا تنطبق إلا في المجال غير التعاقدى ، فمن حيث الأصل لا توجد مسؤولية عقدية عن فعل الأشياء، ومن ناحية أخرى إن شروط المسؤولية عن الأشياء لا تنطبق على نظام المسؤولية عن فعل المنتجات و ذلك لعدم توافر الحراسة للمنتج في أغلب الأحوال ، إلا انه لظهور نظرية تجزئة الحراسة قد خفف من عقبة توزيع عبء المسؤولية بصورة أكثر عدالة ، و التي اعتمدها القضاء الفرنسي حيث اعتبر البائع المحترف والمنتج حارس تكوين وحمله المسؤولية تبعاً لذلك عن الأضرار التي يسببها العيب الموجود في المنتج بصرف النظر عن من توافرت فيه حراسة الاستعمال وقت تحقق الضرر^{٢٩٦} ، اي الاخذ بالمسؤولية غير الخطئية ، حيث عمل المشرع الاخذ بهذا الامر في اطار الاخذ بالتوجه الخاص بالاتحاد الاوربي لعام ١٩٨٥ بهذا الخصوص في قانون رقم ٣٨٩ /٨٩ الصادر عام

^{٢٩٣} انظر: معمر بن طرية ، المرجع السابق، ص٤٨

^{٢٩٤} قرار محكمة النقض الفرنسية في حكم مؤرخ في ١١/١٢/١٩٦٨ و مشار إليه في: عبد الصادق، محمد سامي، مسؤولية منتج الدواء عن مضار منتجاته المعيبة، دراسة مقارنة، القاهرة: دار النهضة العربية، ٢٠٠٢، ص١٠٣

^{٢٩٥} وهو القرار 155. bull civ. i. 21 mars 1962, Cass. Civ. المشار في عمر بن الزوبير، التوجه الموضوعي للمسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص٤٠٥

^{٢٩٦} انظر: عمر بن الزوبير، التوجه الموضوعي للمسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص٤٠٧

١٩٩٨ ، فأضاف بموجبه فصلاً جديداً تحت الرقم ٤ مكرر إلى الكتاب الثالث من تقنين المدني الفرنسي بعنوان: " المسؤولية عن فعل المنتجات المعيبة " وبذلك أسس هذا القانون لمسؤولية غير خطئية تتحقق بقوة القانون على عاتق المنتج تستند إلى العيب في المنتج وليس إلى الخطأ، يتحمل بموجبها المضرور عبء إثبات العيب في المنتج و الضرر الذي أصابه والعلاقة السببية^{٢٩٧}.

وفي هذا الاطار ، إن القانون عام ١٩٩٨ الوارد اعلاه الأثر البالغ في توحيد نظام المسؤولية عن فعل المنتجات المعيبة، و ذلك بإسهام فكرة المخاطر في تحول طبيعة مسؤولية المنتج من مسؤولية ذات التركيبية الثنائية تميز بين المضرور المتعاقد والمضرور غير المتعاقد، وذلك بحكم ازدواجية مصدر الخطر بين الإخلال العقدي والإخلال التقصيري للالتزام المهني، إلى مسؤولية موحدة مراعاة لوحدة مصدر الخطر المهني المرتبط بطبيعة النشاط المهني و ليس له علاقة باختلاف الظروف التي يقع فيها الضرر، وذلك من خلال ما ورد في المواد من ١٣٨٦ / ١ إلى ١٣٨٦ / ١٨ بموجب قانون ١٩ مايو ١٩٩٨، فبناء على هذه النصوص تقوم مسؤولية المنتج، بقوة القانون، عن كل ضرر يلحق ضحايا المنتجات المعيبة دون تمييز بين المتعاقد وغيره، وقد نصت على هذا الحكم، بكل وضوح المادة ١٣٨٦ / ١ مدني، وهو ما اعتبره الفقه تجاوزاً صريحاً للتمييز بين المسؤوليتين^{٢٩٨}

ومن جماع ما تقدم بيانه ، نجد ان للاجتهاد القضائي الاثر في الاخذ بالمسؤولية التقصيرية في الافعال التي تعود ضمن نظام المسؤولية العقدية ، و كذلك قد ادى هذا التكريس القضائي الى توحيد المسؤوليتين دون التمييز بينهما ، و هو من الاسباب التي ساعدت الى توجه بعض الفقه القانوني و المشرع الفرنسي فيما بعد الى تبني مشروع تعديل المسؤولية المدنية في ١٣ / ٣ لعام ٢٠١٧.

المبحث الثاني: دور الاجتهاد القضائي في تطور نظام التعويض عن الضرر

التقصيري

اوضحنا في المبحث الاول كيف كان للقضاء الفرنسي دوراً في تطور اساس المسؤولية المدنية وبالأخص المسؤولية التقصيرية من حيث الاخذ بفكرة الخطأ المفترض ثم تطورت بعد ازدياد ضحايا الحوادث النقل و المصانع و الاضرار المهنية ، لظهور النظرية الموضوعية و ذلك بالاعتماد على اثبات حصول الضرر وهو ما سميت بنظرية تحمل التبعة و التي هي ايضاً تطورت فظهرت فكرة او نظرية ضمان المخاطر ، إلا ان هذا التطور لم يكن مقتصرأً بتحديد اساس المسؤولية المدنية و إنما اثر في تطور نظام التعويض في المسؤولية المدنية و خاصة المسؤولية التقصيرية ، فكان لهذا الاجتهاد دوراً في تطور او تحديد نطاق التعويض ، و كذلك آلية تقدير التعويض .

^{٢٩٧} انظر: عمر بن الزوبرير، المرجع السابق، ص ١٠٤

^{٢٩٨} انظر: شوقي بناسي ، المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية: تمييز نحو زوال؟ ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، السياسية و الاقتصادية، المجلد: ٥٧ ، العدد ٢ ، ٢٠٢٠ ، ص ٢٨٤

المطلب الاول : دور الاجتهاد القضائي في تحديد نطاق التعويض

القانون المدني الفرنسي لعام ١٨٠٤ حيث تم الفصل التام بين المسؤولية المدنية والمسؤولية الجزائية، وأصبح الخطأ أساس المسؤولية التقصيرية كقاعدة عامة، وقد نصت المادة ١٣٨٢ من هذا التقنين على ما يلي: " كل عمل أيا كان يوقع ضررا بالغير يلزم من وقع بخطئه هذا الضرر أن يقوم بتعويضه". ثم نصت المادة ١٣٨٣ على ما يلي: "كل شخص يكون مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه لا بفعله فحسب، بل أيضا بإهماله أو بعدم تبصره" ، أما في المواد الأخرى فقد نظم المشرع الفرنسي المسؤولية التقصيرية سواء كانت المسؤولية عن فعل الغير المادة ١٣٨٤، أو المسؤولية عن أذى الحيوان، ١٣٨٥، وأخيراً المسؤولية عن فعل الأشياء غير الحية المادة ١٣٨٦، ولم يضع المشرع الفرنسي للمسؤولية المدنية في هذا التقنين سوى خمس مواد في وقت لم تكن الحاجة إلى أكثر من ذلك، وبالنسبة لكل هذه الحالات فالخطأ هو أساس المسؤولية المدنية أو ما يسمى بالمسؤولية الشخصية والتي تقوم على الخطأ فقط سواء كان هذا الخطأ واجب الإثبات أو خطأ مفترضا^{٢٩٩}

و الملاحظ من النصوص الواردة في القانون المدني الفرنسي ان المشرع لم يحدد التعويض عن الضرر المعنوي و انما كان مذكور التعويض عن الضرر بصورة مطلقة ، كما ان ما ورد من ضرورة التعويض عن الضرر في ضوء المسؤولية الشخصية التي تقوم على الخطأ ، ففكرة الخطأ باعتبارها قوام نظام المسؤولية المدنية كانت تنسجم تماماً مع المذهب الفردي الذي اعتنقته الثورة الفرنسية^{٣٠٠} .

الإلا إن مع بداية الثورة الصناعية التي عرفتها أوربا في القرن ١٩ بدأت أزمة المسؤولية المدنية تظهر و تزداد مع استخدام المخترعات والتكنولوجية الحديثة في كافة مجالات الحياة. ونجم عن ذلك أن أصبح الخطر أقرب احتمالاً وأكثر تحقفاً مما كان عليه الأمر في الماضي وترتب عن هذا التطور الصناعي الهائل أن زادت قضايا المسؤولية المدنية زيادة مذهلة، وظهرت مشاكل جديدة عجز النظام القانوني للمسؤولية المدنية عن حلها كالإصابات الجسدية بشكل متزايد مع زيادة المصانع و حوادث النقل^{٣٠١} ، و لذلك كان لزاماً على الفقه والقضاء إعادة النظر في أساس المسؤولية المدنية وضرورة تجاوزها كأساس وحيد للتعويض، مع اقتراح أسس جديدة تكون أكثر حماية لحقوق الضحايا ، و هو ما اوضحناه في المبحث الاول من تطور في اسس المسؤولية المدنية من ظهور المسؤولية الموضوعية و فكرة او

^{٢٩٩} انظر: فتحي عبد الرحيم عبد الله، دراسات في المسؤولية التقصيرية نحو مسؤولية موضوعية، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، ٢٠٠٥، ص ١٤

^{٣٠٠} انظر: مريم بلوصيف، المسؤولية الموضوعية كأساس للتعويض، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، ٢٠٠٩، ص ٦-٥

^{٣٠١} انظر: عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، المجلد الثاني، ط ٣، ١٩٩٨، ص ٨٦٧

نظرية المخاطر أي إحلال النظرية المادية محل النظرية الشخصية لأنها ترتبط بعمل مادي وهو موجب الضرر .

و على ضوء تلك المعطيات كيف كان للاجتهاد القضائي دوراً في تطور ماهية الاضرار التي تستحق التعويض؟

يعتبر الضرر هو شرط أولي لقيام المسؤولية المدنية و المطالبة بالتعويض، فهو الأذى الذي يصيب الشخص من جراء الاعتداء بحق من حقوقه أو بمصلحة مشروعة، وبمعنى آخر هو إخلال بمصلحة مشروعة، سواء كانت هذه المصلحة مادية أو دبية، فلا يشترط أن يكون الحق الذي يقع الاعتداء عليه حقاً مالياً، وإنما يمكن أن يكون حقاً غير مالي. وينجم عن الاعتداء على حق مالي للشخص ضرر مادي، في حين أنه يترتب على الاعتداء على حق غير مالي له ضرر أدبي. فالضرر إذاً على نوعين مادي وأدبي^{٣٠٢}.

و كما أوضحناه مسبقاً لم يكرس القانون المدني الفرنسي لعام ١٨٠٤ قاعدة عامة للتعويض عن الضرر الأدبي، الأمر الذي دفع محكمة النقض الفرنسية إلى سد هذه الثغرة وبناء نظرية عامة للتعويض عن الضرر الأدبي. و تعتبر الأحكام العامة التي تنظم التعويض عن الضرر الأدبي هي من صنع القضاء ، أما الفقه فقد انقسم الفقهاء الفرنسيون، نتيجة غياب النص عام ١٨٠٤ بين مؤيد لفكرة التعويض عن الضرر الأدبي كقاعدة عامة، وبين معارض لتلك الفكرة.

أما الاجتهاد القضائي في فرنسا كرس مبدأ التعويض عن الضرر الأدبي كقاعدة عامة في المسؤولية المدنية منذ عام ١٨٣٣ بموجب قرار صادر عن غرف محكمة النقض مجتمعة عن القضية التي اطلق عليها " صيادلة باريس و شرف المهنة /

The Pharmacists Of Paris And The Honor Of The Profession " ، و التي تعلقت بقيام صيادلة من باريس برفع دعوى على مجموعة من الأشخاص غير مرخصين بممارسة المهنة ، حيث قضت بأن " الضرر الذي لحق بالصيادلة في باريس (الذين تدخلوا بصفقتهم طرفاً مدنياً في الإجراءات الجنائية ضد الأفراد غير المرخص لهم يمارسون مهنة الصيدلي بشكل غير قانوني) ، كان ذا طبيعة أخلاقية قابلة للتعويض بموجب المادة ١٣٨٢ من القانون المدني. كما هو موصوف ، كان المدعى عليهم بائعي التجزئة للعلاجات السرية غير المصرح بها (les débitans de remèdes secrets non autorisés) الذين انتهكوا "الأخلاق الداخلية" للصيادلة وأضروا بشرف المهنة . ويبدو أن صيادلة باريس وجدوا ذلك من الصعب - وربما من المستحيل - إثبات أن المتهمين تسببوا في خسارة ميراثهم ، لكن عدم وجود مثل هذا الدليل ، كما قالت المحكمة " لم يجعل مطلبهم غير قابل للاسترداد و وفقاً للنصوص القانونية العامة للمسؤولية التقصيرية في المواد ١٣٨٢ - ١٣٨٣ امكان الاخذ بالضرر المعنوي الذي لحق بهم"^{٣٠٣}

^{٣٠٢} انظر: سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني (الالتزامات - في الفعل الضار والمسؤولية المدنية) ، المجلد الأول، ط ٥ ، القاهرة ، ١٩٩٢، ص ١٣٦

^{٣٠٣} انظر: Baget c. Rosenweigh, Cass. (Ch. Réunies) 15 juin 1833, Sirey 1833.I.458. المشار إليه في :

و نتيجة للحكم المذكور ، تم اعتبار عبارة "dommage" في المادة ١٣٨٢ هو الضرر بوجه عام أو مطلق فاعتبرت انها تشير إلى قسمين هو الضرر المادي أو المالي و ضرر ادبي .

وكان لهذا الاجتهاد القضائي و كذلك بعد صدور قرارات اخرى في اطار التعويض المعنوي أثراً في توجه المشرع الى اجراء تعديل على أحكام التطبيق، بموجب القانون الصادر في ١١ / ٧ / ١٩٧٥ حيث أجاز في المادة (٢٦٦) في الفقرة الأولى منها ، الحكم على الزوج الذي تسبب بالتطليق بناء على خطأه بالتعويض عن الضرر المادي أو الضرر المعنوي الذي أصاب الزوج الآخر نتيجة انحلال الزواج^{٣٠٤}

و كذلك كان لمحكمة النقض الفرنسية احكام ساعدت في تطوير نظام التعويض عن الضرر الادبي المرتد ، حيث كان القضاء الفرنسي في البداية يأخذ بالتعويض عن الضرر الأدبي الذي لحق بأحد أقارب المصاب في حالة الوفاة فقط، و كان يرفض الحكم للأقارب بالتعويض في مثل هذه الحالة إذا لم يؤد الحادث إلى وفاة المصاب اي حالة الاصابات. ثم بعد ذلك أقرت الغرفة المدنية في محكمة النقض تعويض الأقارب عن الضرر الأدبي الذي أصابهم نتيجة الحادث الذي تعرض له المصاب والذي لم يفض إلى وفاته، و لكن اشترطت المحكمة في مثل هذه الحال أن يكون الضرر الأدبي المرتد الذي أصاب القريب من جراء الحادث الذي تعرض له المصاب جسيماً، وهذا كان يتطلب أن يكون المجني عليه قد تعرض هو أيضاً لأخطار جسيمة نتيجة الحادث الذي تعرض له ، ومن ثم بعد ذلك تراجعت المحكمة عن شرط جسامته الضرر الأدبي.^{٣٠٥}

أما الغرفة الجنائية لمحكمة النقض الفرنسية كانت ترفض تعويض الضرر الأدبي المرتد في حالة تعويض الأقارب عن الضرر الأدبي الذي أصابهم نتيجة الحادث الذي تعرض له المصاب والذي لم يفض إلى وفاته ، حيث بررت ذلك بأن الضرر في مثل هذه الحال غير مباشر ، فالمجني عليه وحده له الحق في المطالبة بهذه العقوبة، طالما الحادث لم يؤد إلى وفاته فلا يمكن لأحد غيره أن يطالب بالتعويض عن الضرر الأدبي المرتد الذي لحق به، و ما دام أن التعويض الممنوح للمجني عليه يقصد منه جبر الضرر، فالضرر يزول بمجرد منح التعويض، ولا يقبل بعد ذلك قبول دعوى الأقارب للتعويض عن الضرر الأدبي المرتد في مثل هذه الحال وذلك بسبب زوال ضرر المجني عليه نفسه بالتعويض.

Philippe-Antoine Merlin, Moral Damages: The French Awakening in the Nineteenth Century, Tulane European & Civil Law Forum, Vernon Valentine Palmer, Vol. 36, p.50

^{٣٠٤} انظر: فواز صالح ، التعويض عن الضرر الأدبي الناجم عن جرم - دراسة مقارنة ، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية ، المجلد ٢٢ ، العدد ٢ ، ٢٠٠٦ ، ص ٢٨٠

^{٣٠٥} انظر : Fozzouh S. : Cass.civ., 22 octobre 1946, JCP. 1946, II, 3365, note A.S. المشار اليه في : فواز صالح ، التعويض عن الضرر الأدبي الناجم عن جرم - دراسة مقارنة ، المرجع السابق ، ص ٢٨٧

و هنا موقف الغرفة الجنائية في رفض تعويض الضرر الأدبي المرتد في مثل هذه الحالة جاء بناء على اعتبارات إجرائية تتعلق بممارسة الدعوى المدنية أمام المحاكم الجزائية، حيث إن الغرفة الجنائية لا تنفي قابلية الضرر الأدبي المرتد للتعويض في حالة بقاء المصاب على قيد الحياة، ولكنها تستبعد إمكانية المطالبة بهذا التعويض أمام المحاكم الجزائية في مثل هذه الحال³⁰⁶.

إلا ان من الاجتهادات القضائية التي ادت الى استقرار القضاء الفرنسي بشقيه المدني والجزائي، على المبدأ المتعلق بإمكانية المطالبة بالتعويض عن الضرر الأدبي المرتد أمام المحاكم الجزائية في حالة بقاء المصاب على قيد الحياة ، هو القرار الصادر من الغرفة الجزائية في محكمة النقض الفرنسية في عام ١٩٨٩ و الذي من خلاله غيرت موقفها وأقرت بإمكانية المطالبة بالتعويض عن الضرر الأدبي المرتد أمام المحاكم الجزائية في حالة بقاء المصاب على قيد الحياة، حيث جاء فيه " أنه يستنتج من أحكام المادتين (٢ ، ٣) من قانون أصول المحاكمات الجزائية ، أن أقارب المجني عليه في جرم الإيذاء غير المقصود يحق لهم إثبات الضرر الذي عانوا منه شخصياً والناجم مباشرة عن ذلك الجرم، ومن ثم يحق لهم المطالبة بالتعويض عن ذلك الضرر أمام المحاكم الجزائية"³⁰⁷.

المطلب الثاني : دور الاجتهاد القضائي في تحديد آلية تقدير التعويض

أن تقدير التعويض في إطار المسؤولية التقصيرية يكون قضائياً و هنا يثار تساؤلاً عن مدى سلطة قاضي الموضوع (السلطة التقديرية للقاضي) في تقدير التعويض ؟ فمن المسائل المتعلقة للحكم بالتعويض في اطار المسؤولية التقصيرية تلك المتعلقة بكيفية تقدير التعويض، و طريقة التعويض وقت تقديره .

أولاً: كيفية تقدير التعويض

وتقضي القواعد العامة في تقدير التعويض ، بان يُقدر التعويض بمقدار الضرر المباشر ، بحيث لا يزيد ولا ينقص عنه ، وهذا ما يعرف بمبدأ " التعادل بين التعويض والضرر"

ففي اطار المسؤولية العقدية ، نصت المادة ١١٤٩ من القانون المدني الفرنسي بأن " التعويضات المستحقة للدائن

تشمل ، بوجه عام ، ما لحقه من خسارة وما فاته من كسب " ، اما في مجال المسؤولية التقصيرية ، فرغم انعدام النص القانوني فإن الرأي مستقر على أعمال ذات المبدأ من خلال استنباطه من أحكام المادة ١٣٨٢ من القانون المدني الفرنسي التي تُلزم مرتكب الخطأ بتعويض الضرر الذي تسبب فيه ، اي اخذ المشرع بالضرر المباشر في تقدير التعويض، وهنا الضرر المباشر من خلال هذين

³⁰⁶ انظر: قرار الهيئة العامة لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ ١٢ / ١ / ١٩٧٩ / Ass.plé., 12 janvier

1979, RTD. 1979, 141, obs. G. Durry.

³⁰⁷ انظر: Cass.crim., 9 février 1989, 614, D. 1989, note Bruneau. Voir également: M. Bourrié Quénillet, - Le préjudice moral des proches d'une victime-dérive litigieuse ou prix du désespoir, JCP. 1998, I, 186, P. 2205 et

النصين، يشتمل على عنصرين رئيسيين هما الخسارة التي لحقت المضرور ، والكسب الذي فاته ، فهذان العنصران هما اللذان يُقيّمهما القاضي بالمال^{٣٠٨} . و في هذا الاطار لم يأخذ المشرع الفرنسي بجسامة الخطأ أو مركز المسؤول في تقدير التعويض ، فو قد استقر القضاء الفرنسي منذ سنة ١٩١٣ على أنه " لا علاقة بين جسامة أو تهاة الخطأ وبين تقدير التعويض، وأنه يجب أن يشمل هذا الأخير ما لحق الدائن من ضرر مهما بلغت جسامة الخطأ " ، وهذا ما قررته محكمة النقض الفرنسية، صراحة في قرار لها في ٢١ / ١٠ / ١٩٤٦^{٣٠٩} .
وهنا ، نتساءل ان كان القاضي يأخذ بهاذين العنصرين عند تقدير التعويض عن الضرر الادبي؟

التعويض عن الضرر الادبي من وجهة نظر القضاء الفرنسي لا يخرج عن الاحكام العامة في التعويض الذي يقوم على مبدأ التعويض المكسب وإصلاح الضرر بما يشفي غليل المصاب ويرفع من معنوياته، و وفق العرف القضائي قد جرى الاخذ بمعيار الخطر والضرر وهو يعني جعل التعويض في مستوى الخطر الذي واجه الضحية^{٣١٠} . ذلك باعتماد عنصر الخطر الذي يتجلى من الواقعة و تأثيرها على المصاب ، وما يتبعه من نتائج ومصاعب لاحقة.

وهو ما اعتمد من خلال القرار المبدئي الصادر عن محكمة النقض الفرنسية سنة ١٩٤٧ بخصوص تقدير الضرر الادبي في محاولة القتل و الذي جاء في حيثياته " حيث أنه لا يوجد قانون يحدد نوع المصلحة التي يجنيها الشخص المتضرر، و إن الوقائع وحدها هي التي تحدد الضرر و أساس التقدير، حيث إن الضحية صرحت بأنها لم تتأثر بالواقعة إلا لوقت قليل، و أنها تناست الحادثة في حينها، ومع ذلك فهي تتأسس بصفتها طرفاً مدنياً للمطالبة بالتعويض ، كما إن التعويض يحدد بقدر الضرر الحاصل في قضية الحال في حين يكون الخطر قد زال إلى حد العدم ، و إن الضرر لم يبق إلا من حيث آثاره المعنوية مما يجعل الأساس الذي اعتمده المحكمة في تقدير التعويض كان على أساس مشاعري و عاطفي و هو أمر وجيه يستوجب التأييد"^{٣١١} .

وهنا لا بد من الاشارة ان اتجاه القضاء باعتماد عنصر الخطر لايعني الاستغناء عن درجة الضرر الذي لحق المدعي ، وانما هي يعتمدها القاضي عند تقدير التعويض عن الضرر الادبي^{٣١٢} .

^{٣٠٨} انظر: عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - نظرية الالتزام بوجه عام ، مصادر الالتزام ، المجلد الثاني ، مطبعة نهضة مصر ، ٢٠١١ ، ص ٩٧٠

^{٣٠٩} انظر: مقدم سعيد، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر ، ١٩٩٢ ، ص ١٩٦

^{٣١٠} انظر: علي جروة ، الموسوعة في الاجراءات الجزائية ، المجلد ٢ ، ج ١، الجزائر ، دون دار نشر ، ٢٠٠٦ ، ص ٢١٣ - ٢١٤

^{٣١١} انظر : علي جروة ، المرجع السابق ، ص ٢١٦

^{٣١٢} انظر: محمد إبراهيم دسوقي ، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، مؤسسة الثقافة الجامعية للطبع والنشر والتوزيع، الإسكندرية. (د.ت)، ص ٧٨

ثانياً: طريقة التعويض و وقت تقديره

بالرجوع الى نصوص القانون المدني الفرنسي ، المشرع في المادة ١٣٨٢ لم يحدد صراحة عن طرق أو صورة التعويض الذي يحكم بها القاضي للمدعي إن كان تعويض نقدي أو عيني^{٣١٣} ، إلا انه وضع تطبيقات للتعويض العيني في مجال المسؤولية العقدية و ذلك في المادة (١٢٤٣) من القانون المدني الفرنسي ، و كذلك في المادة (٨٠٩) من قانون مرافعات مدنية .

أما في مجال المسؤولية التقصيرية فلم يشر صراحة عليه في المادة ١٣٨٢ من القانون المدني الفرنسي ، و انما الامر يعتمد على السلطة التقديرية للقاضي و وفق ما يطالب به المدعي في عريضة الدعوى ، فللقاضي سلطة كاملة في اختيار طريقة التعويض الأكثر ملائمة لطبيعة الضرر حسب الظروف^{٣١٤} .

فقد يحكم القاضي بالتعويض العيني يهدف كما يرى بعض الفقه، إلى إزالة الضرر أو تخفيفه، أو التخلي عن الوضع الضار أو منع تحقق الخطر ، فيلزم القاضي المسؤول عن الضرر بالتعويض العيني إذا اتخذ الإخلال صورة القيام بعمل يمكن إزالته و محو أثره^{٣١٥} .

وفي هذا المجال ذهبت محكمة النقض الفرنسية، إلى أنه يقع " على القاضي أن يأمر بهدم البناء الذي أقيم بصورة غير مشروعة، إذا طلب المضرور ذلك، حيث يكون البناء الذي أقيم بشكل مخالف لقواعد التنظيم سبباً في الإضرار بالغير، فإنه لا يمكن رفض طلب المضرور بإزالة البناء الذي يعد السبب غير المشروع للضرر"^{٣١٦}

أما ما يتعلق بالتعويض النقدي ، فإن تقديره يترك لقاضي الموضوع و وفق عناصر تقدير التعويض المار ذكرها ، إلا ان طريقة دفع التعويض النقدي فلم تحدده النصوص القانونية كذلك ، و انما اعتمد من خلال الاحكام القضائية ان يكون الدفع اجمالاً و يترك جواز اقتطاع المبلغ الاجمالي ان كان في مصلحة المسؤول ، و هو ما ذهبت إليه محكمة باريس في قرار لها عام ١٩٤٥ ، حيث أوجبت من خلاله " تخفيض مبلغ التعويض الذي يدفع مرة واحد، على أساس أن حصول المضرور

^{٣١٣} أنظر: محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج1 ، ص٤٨-٤٩

^{٣١٤} أنظر: عزيز كاظم جبر، الضرر المرتد وتعويضه في المسؤولية التقصيرية- دراسة مقارنة، ط ١، دار الثقافة، الأردن ، ١٩٩٨ ، ص١٤٩-١٥٠

^{٣١٥} أنظر: بطوش كهيبة، المسؤولية المدنية للمهندس المعماري، رسالة ماجستير، قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، ٢٠١٢ ، ص ١٣٣-١٣٤

^{٣١٦} أنظر: عدنان ابراهيم السرحان، الضرر وتعويضه وفق أحكام الفعل الضار، مجلة الأمن والقانون، تصدرها كلية شرطة دبي، السنة السادسة، العدد ٢، ١٩٩٨ ، ص ١٧

على التعويض بهذه الصورة يمكنه من مزايا عديدة، كأنه يستثمره و يرجع عليه بالربح"^{٣١٧}.

أما وقت تقدير التعويض ، فقد اثرت تساؤلات عدة عن وقت تقدير التعويض و خاصة في حالة الضرر المتغير ، فما هو الوقت الذي ينبغي مراعاته من قبل القاضي عند قيامه بتقدير التعويض؟ و هل هو وقت حدوث الضرر أم وقت صدور الحكم؟ وهل يمكن إعادة النظر في هذا التقدير في ضوء التغير الحاصل على الضرر؟

ذهب الفقه الفرنسي ان من حيث الاصل يكون التقدير وقت حصول الضرر ، و استندوا في ذلك على أن المسؤولية تترتب على ما وقع من ضرر، فلا يمكن تصور نشوء حق للشخص في التعويض قبل أن يصاب بضرر، من هنا تكون العبرة بتاريخ وقوع الضرر وحكم التعويض ليس إلا كاشفاً و مقررأً لحق التعويض لا منشأ له. واستند أنصار هذا الرأي إلى بعض الأحكام القضائية، منها ما قضت به محكمة بوردو الفرنسية في ٢١ / ٥ / ١٩٤٧ ، و محكمة السين في ١٦ / ٧ / ١٩٤٧ ، بأن " الحق في التعويض يولد من وقت الاعتداء على المصلحة المشروعة للضحية. وبذلك ينشأ الحق في التعويض من وقت قيام أركان المسؤولية المدنية الثلاثة؛ وأنه يجب تقدير التعويض وفقاً للعناصر التي كانت موجودة وقت نشوء الحق في التعويض أي وقت وقوع الضرر "^{٣١٨}.

إلا إن ذهب رأي معارض في عدم الاعتداد بوقت حصول الضرر، و انما من تاريخ أو وقت الحكم ، حيث اعتبروا ان الحكم بالتعويض هو منشأ لحق الضرر و ليس كاشفاً له ، وأسسوا ذلك إلى كون الحق في التعويض يكون غير محدد المقدار، فالحكم هو الذي يحدد مقداره، لذلك يجب الاعتداد بجميع العناصر التي توجد وقت الحكم ، وفي ذلك قضت محكمة النقض الفرنسية في ٥ / ١١ / ١٩٣٦ بأن " حق المضرور في التعويض ينشأ من تاريخ صدور الحكم " ، و هذا ما أيدته في حكمها الصادر بتاريخ ٢ / ١٢ / ١٩٤٧^{٣١٩}.

و بذلك فان القضاء الفرنسي بدأ يتحول عن موقفه القديم واستقرت إحكامه على تقدير التعويض وقت صدور الحكم لا وقت تحققه ، فقد أصدرت دائرة العرائض (قبل إلغائها عام ١٩٤٧) في محكمة النقض الفرنسية بتاريخ ٢٤ / ٣ / ١٩٤٢ حكماً جاء فيه " يتعين النظر إلى يوم صدور الحكم القضائي بتقدير التعويض عند إجراء

^{٣١٧} انظر : حسام الدين كامل الأهواني، الاتجاهات الحديثة للقضاء الكويتي في مجال تعويض الأضرار الناشئة عن العمل غير المشروع، مجلة الحقوق والشريعة، كلية الحقوق والشريعة، جامعة الكويت، السنة الثانية، العدد الأول، ١٩٧٨ ، ص ١٨٥

^{٣١٨} انظر: منير قرمان، التعويض المدني في ضوء الفقه والقضاء، ط ١ ، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٢ ، ص ٨٣

^{٣١٩} انظر: بحماوي الشريف، التعويض عن الأضرار الناجمة عن الأخطار العلاجية- دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه ، قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر ، ٢٠١٢ - ٢٠١٣ ، ص ١٠٥

هذا التقدير ، ذلك إن للمضروب حق التعويض الكامل عن الضرر الذي أصابه ، والتعويض اللازم لجبر الضرر ينبغي إن يقدر على أساس قيمة الضرر يوم الحكم" ، كذلك قضت الدائرة المدنية لمحكمة النقض بأن " التعويض اللازم لجبر الضرر ينبغي تقديره على أساس قيمة الضرر يوم الحكم الذي يحدد حق التعويض للمضروب" كما ورد في حكم آخر لذات المحكمة بأن " التعويض المقدر وفقاً للقواعد العامة يتم حسابه بالنظر إلى تاريخ الحكم " ^{٣٢٠} . وبذلك كان لهذه الأحكام القضائية دوراً في الاخذ بمبدأ تقدير التعويض وقت صدور الحكم واصبح من المبادئ التي لا يرقى إليها الشك ولا يثور بشأنها خلاف . ومما تقدم بيانه من الاجتهاد القضائي الفرنسي في اطار نظام التعويض و ما له من دور في تطور نظام التعويض في القانون الفرنسي ، يثار تساؤلاً حول مدى تأثير القانون العراقي من هذا التطور ؟

التعويض في القانون العراقي هو إصلاح للضرر وتقدره المحكمة إن لم يكن محدداً في العقد ، و التعويض في إطار المسؤولية التقصيرية يكون قضائياً ، للمحكمة سلطة تقديرية في تحديد التعويض الذي يمنح للمتضرر إذا لم يحدد في العقد أو بنص القانون، فلها أن تحدد طريقة التعويض، فنصت المادة (٢٠٩) في فقرتها (الأولى) على: " تعين المحكمة طريقة التعويض تبعاً للظروف، ويصح أن يكون التعويض أقساطاً أو إيراداً شهرياً، ويجوز في هذه الحالة إلزام المدين بأن يقدم تأميناً " . و عليه فإن التعويض لا يشترط أن يكون نقدياً رغم أنه السائد، فقد يكون تعويضاً عينياً والذي يكون في بعض الحالات أفضل من التعويض النقدي في إزالة الضرر متى ما كان ممكناً بحيث يتم إعادة المضروب إلى الحالة التي كان عليها قبل وقوع الضرر عليه ^{٣٢١} .

و تجدر الإشارة إلى أن التعويض العيني يتصور كثيراً في إطار المسؤولية العقدية، أما في إطار المسؤولية التقصيرية فيكون محدوداً ^{٣٢٢} ، التعويض بمقابل وبشكل خاص في صورته النقدية هو الذي يحكم به في هذا المجال ^{٣٢٣} و الذي يمكن ان يكون بشكل مبلغ إجمالي أي يعطى دفعة واحدة إلى المدعي أو قد يدفع بشكل أقساط أو كإيراد مرتب مدى الحياة، ويبقى للمحكمة السلطة التقديرية في اختيار أي من صور التعويض النقدي التي تدفع إلى المدعي ، وتلجأ المحاكم إلى التعويض

^{٣٢٠} مشار إلى هذه الأحكام عند : حسن حنتوش رشيد الحساوي، الضرر المتغير وتعويضه في المسؤولية التقصيرية، أطروحة دكتوراه، جامعة بغداد، ٢٠٠٤، ص ١٢٨-١٢٩

^{٣٢١} انظر: قرمان، منير، التعويض المدني في ضوء الفقه و القضاء (الاسكندرية: دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٤م)، ص ١٥٣

^{٣٢٢} انظر: السنهوري، عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - نظرية الالتزام بوجه عام - مصادر الالتزام، المجلد الثاني، ج ١ (بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، ط ٣، ٢٠٠٠م)، ص ١٠٩٢-١٠٩٣

^{٣٢٣} من صور التعويض بمقابل الأخرى كإداء أمر معين كنشر اعتذار رسمي من قبل الطبيب المعالج أو المستشفى في إحدى الصحف، أو أن تتعهد إدارة المستشفى بعلاج المدعي (المريض المتضرر) و تحمل كافة مصاريف العلاج. انظر: مصطفى، خليل، تقدير مبلغ التعويض و حقوق المؤمن المترتبة على دفعه (الأردن: دار و مكتبة الحامد للنشر و التوزيع، ط ١، ٢٠٠١م)، ص ١٤٢

النقدي الاجمالي في اغلب احكامها المتعلقة بالمسؤولية المدنية الناشئة عن الأعمال الطبية، وهو ما صادقت عليه محكمة التمييز لقرار محكمة البداية الديوانية الصادر في ٢٠٠٢/٣/٦م وقد أوجبت تلك المحكمة: "...على وزير الصحة إضافة إلى وظيفته وكذلك الطبية المعالجة (ر.ج) بدفع مبلغ (١٥٠٠٠٠٠٠٠) مليون دينار كتعويض عما اصاب المدعية من اضرار بسبب إهمال الطبيبة (ر.ج) وعدم اتخاذها الاحتياطات اللازمة اثناء وجود المدعية في المستشفى، وهو ما ادى إلى إصابتها بالتهابات رحمية حادة أدت إلى استئصال الرحم مع المبايض وهو ما سبب لها الشيخوخة المبكرة رغم إنها شابة في مقتبل العمر"^{٣٢٤}.

أما الضرر الذي يستحق عنه التعويض في القانون العراقي ، فبالرجوع إلى نصوص القانون المدني العراقي، نجد ان المشرع في الفصل الثالث منه الى الاعمال غير المشروعة الشخصية و قسمها الى الاعمال الواقعة على المال (في المواد ١٨٦- ٢٠١)، و الاعمال غير المشروعة التي تقع على النفس (في المواد ٢٠٢- ٢١٧) قد أشار الى وجوب الضمان عن الاضرار التي تترتب عن تلك الاعمال ، إلا ان المشرع لم يعرف ما هو الضرر ، لكن بالرجوع الى تلك النصوص يعتبر الضرر بصورة عامة هو: " الأذى الذي يلحق الغير من جراء المساس بحق من حقوقه أو بمصلحة مشروعة له سواء تعلق ذلك الحق أو تلك المصلحة بسلامة جسمه أو عاطفته أو ماله أو حريته أو شرفه أو غير ذلك "^{٣٢٥}. فالضرر إما يكون مادياً يتعلق بحياة الغير أو جسمه أو ماله، وإما يكون ضرراً أدبياً يلحق بشرف الإنسان وسمعته واعتباره ومركزه الاجتماعي.^{٣٢٦}

أما آلية تقدير التعويض عن الضرر التقصيري ، بعد التثبت من تحقق شروط الضرر الذي يعرض عنه فالقاضي أو المحكمة سيقدر التعويض الممنوح للمتضرر 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 فاتته 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 فاتته من كسب ، و ذلك إن كان

^{٣٢٤} قرار محكمة بداية الديوانية رقم ٥٠٥/ب/٢٠٠١ و الصادر بتاريخ ٢٠٠٢/٣/٦م، و المشار إليه في: راهي، رواء كاظم، المسؤولية المدنية لإدارة المستشفى عن أخطاء الأطباء العاملين فيها، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بابل، ٥١٤٢٩ / ٢٠٠٨م، ص ١٢١

^{٣٢٥} و نجد في بعض الاحيان ان الضرر لا يصيب فقط المضرور نفسه الذي وقع عليه الفعل الضار و انما يرتد ايضاً الى اشخاص آخرين كونه تبعياً للضرر الاصلي الواقع على من وقع عليه الفعل الضار كحالة الوفاة فان الفعل الضار وقع على المتوفي و لكن في الوقت ذاته ادى تبعاً لهذه الوفاة الى فقدان الزوجة او الابناء من كان يعيلهم و ايضا سبب لهم الشعور بألم فقدان معيلهم ، و يسمى هذا الضرر التبعية بالضرر المرتد، انظر في ذلك: مقدم، سعيد، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي (الجزائر: المؤسسة الوطنية للكتاب، ١٩٩٢م)، ص ٤٠.

^{٣٢٦} انظر: ذنون، حسن علي، المبسوط في المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص ١٥٥.

هذا الضرر نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع ، فالقاضي يعرض ما لحق المضرور من ضرر مادي أو ادبي ، و بشأن الضرر المادي فإن التعويض عنه يشمل عنصرين :

١- الخسارة المترتبة عما لحقت المتضرر من جراء العمل غير المشروع
٢- الكسب الفائت، وقد اكدت محكمة التمييز في احدي قراراتها بأنه "يجب ان يشتمل التعويض عن الضرر على عنصرين هما (الخسارة المتحققة والكسب الفائت)"^{٣٢٧}.

وكذلك هناك عنصر آخر أوجده الفقه القانوني و هو (الظروف الملازمة) حيث بالرجوع 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 الملازمة 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 الملازمة) .

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 الملازمة)^{٣٢٨} ، 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 الملازمة التي على القاضي الاخذ بها تلك المتعلقة بالعوامل الخارجية التي أثرت تأثيراً مباشراً في حصول ألم و معاناة نفسية جسيمة بالمضرور^{٣٢٩} .

^{٣٢٧} انظر في ذلك: قرار محكمة التمييز رقم ٣٨٣ / موسعة اولى / ٩٠ في ٢٩ / ٥ / ١٩٩١ م ، و المشار اليه

في : احمد سلمان شهيب ، عقد العلاج الطبي ، لبنان ، منشورات زين الحقوقية ، ط ١ ، ٢٠١٢ م ، ص

^{٣٢٨} انظر : مهند عزمي مسعود ابو مغلي ، التعويض عن الضرر الادبي - دراسة مقارنة ، مجلة الشريعة و

القانون ، العدد ٣٩ ، يوليو ٢٠٠٩ م ، ص ٢٢١-٢٢٢

^{٣٢٩} انظر: ابراهيم الدسوقي ابو الليل ، تعويض الضرر في المسؤولية المدنية ، الكويت، مطبوعات جامعة

الكويت ، ١٩٩٥ م ، ص ١٣٤

أما وقت تقدير التعويض عن الضرر التقصيري ، فإنه بصورة عامة ان الوقت الذي تراعيه المحكمة لتقدير التعويض هو وقت حصول الضرر و هو في حالة الضرر الثابت ، أما ان كان الضرر متغيراً ، فقد 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 و اعطاء للمتضرر خلال مدة معقولة تحدها 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 التقصيري، فموقف 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 " ^{٣٣٠} ، 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 استرداداه " ^{٣٣١} .

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

^{٣٣٠} قرار محكمة التمييز رقم ٤٩٢/م/١٩٧٥ بتاريخ ١٩٧٥/١٢/٩ ، منشور في مجلة الاحكام العدلية ، العدد

الرابع ، السنة السادسة ، ص ٢٧

^{٣٣١} قرار محكمة التمييز رقم ٢٢٣٠/م/١٩٧٥ بتاريخ ١٩٧٦/١١/٢٨ ، منشور في مجلة الاحكام العدلية ،

العدد الرابع ، السنة السابعة ، ص ٦٣ .

بتاريخ حصول الضرر وليس بتاريخ إقامة الدعوى بشأنه ، ولما كان الحادث قد وقع في عام ١٩٩١ فان تقدير التعويض بالتاريخ المذكور منسجماً وحكم القانون^{٣٣٢} .
و بذلك نجد ، ان 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 ، ولذلك 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 فاتته من كسب بشرط ان يكون هذا نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع."

^{٣٣٢} قرار محكمة التمييز رقم ١٧٧/٥١م/١٩٩٨ منقول/ ١٩٩٨ بتاريخ ١٩٩٩/٤/٧ (غير منشور) ، مشار اليه في : حسن حنتوش رشيد الحسنوي ، الضرر المتغير و تعويضه في المسؤولية التقصيرية ، اطروحة دكتوراه ، جامعة بغداد ، ٢٠٠٤ ، ص ١٣٤

الخاتمة

أسأل الله عزَّ وجلَّ أن يكون قد وفقني في إتمام هذه الدراسة بهذا الشكل والمضمون وذلك من خلال وبحثها في ثنايا النصوص القانونية و الأحكام القضائية في فرنسا والعراق ، حيث حلت الدراسة النصوص القانونية والأحكام القضائية في العراق والنظام القانوني الفرنسي ، وتوصلت الدراسة بخلاصة من النتائج وعدد من التوصيات.

أولاً: نتائج البحث

- 1- في العصر الحديث ترنحت المسؤولية المدنية بين الخطأ، كمبدأ عام، على أساس الفعل الشخصي، وبسبب الضرر الذي ظهر تحت تأثير الثورة الصناعية، واعتبارات إقامة العدالة بتمكين المضرور دون خطأ من التعويض ، دفع القضاء ثم التشريعات بعد ذلك إلى تبني توجهاً موضوعياً للمسؤولية المدنية و من ثم التحول الى النظرية الموضوعية في المسؤولية و تعددت تطبيقاتها المعاصرة، التي من بينها الالتزام بالسلامة، وتخصيص مجالات معينة بالمسؤولية على أساس المخاطر كالأضرار المهنية وحوادث الطيران، والحوادث الطبية
- 2- تعتبر النظرية الموضوعية نظاماً مكماً واستثنائياً يؤدي الدور الأصيل للمسؤولية المدنية المتمثل في جبر الأضرار ، وفقاً لمبدأ تحمل التبعة أو المخاطر والذي كان للاجتهاد القضائي في فرنسا الاثر في ظهوره و تبنيه ، فساهم هذا النظام المكمل و الاستثنائي الدور الرئيسي في توحيد نظام المسائلة المدنية للمهنيين ، وهو ما عزز من توجه المشرع الفرنسي الى تقديم مشروع قانون تعديل المسؤولية المدنية عام ٢٠١٧ و الذي لم يتم المصادقة عليه واصداره
- 3- لا يوجد معياراً محدداً يتقيد به القاضي في تقديره التعويض عن الضرر الادبي، فله سلطة واسعة في التقدير
- 4- فيما يتعلق بسلطة المحكمة في تقييم الأضرار وتقدير التعويض المراد منحه للمضرور، فإن القانون العراقي و الفرنسي يتفقان بأن يؤخذ في الاعتبار ما لحق المتضرر من خسائر مادية ومعاناة نفسية نجمت عن الإصابة أو الموت بسبب الخطأ ، بالإضافة الى ما فاتته من كسب أو ربح
- 5- ان القضاء العراقي بسبب النقص التشريعي في تحديد وقت تقدير التعويض لم يستقر على اتجاه واحد فتارة يعتبر وقت تقدير التعويض هو وقت حصول الضرر وتارة اخرى يكون بتاريخ اقامة الدعوى و لم يعتبره في وقت صدور الحكم، وهذا الامر يثير اشكالات و يتعارض مع مبدأ التعويض الكامل وبالأخص في حالة الضرر المتغير ، أما القضاء الفرنسي ، فكان للأحكام القضائية دوراً في الاخذ بمبدأ تقدير التعويض وقت صدور الحكم و اصبح من المبادئ التي لا يرقى إليها الشك ولا يثور بشأنها خلاف.
- 6- وللنقص التشريعي الفرنسي في بيان طريقة دفع التعويض ، فان القاضي له الحرية في اختيار الحكم بدفع التعويض على شكل اقساط أو ايراد مرتب ، فتلك

الطرق ممكن ان تمكن القاضي في تقدير التعويض عن الضرر الثابت أو المتغير، و هو ذات الامر في القانون العراقي
٧- 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 وذلك بمنح كتعويض مؤقت واعطاء للمتضرر خلال مدة معقولة تحددها المحكمة في تقديم طلب اعادة النظر في تقدير التعويض ، في حين ان هذا الامر لا يوجد في القانون الفرنسي

ثانياً: توصيات البحث

- ١- ندعو المشرع العراقي ان ينص في الفقرة الثالثة من المادة ١٩١ من القانون المدني على عبارة الظروف الملايسة و ليس عبارة مركز الخصوم لان هدف التعويض هو جبر الضرر و ازالته قدر الامكان و ليس عقوبة جنائية من اجل الاخذ بمركز الخصوم
- ٢- 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 فاتته من كسب بشرط ان يكون هذا نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع."

المصادر

أولاً: الكتب

- ١- احمد إبراهيم الحيارى، المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير، دار وائل للنشر، عمان، ٢٠٠٣
- ٢- احمد سلمان شهيب ، عقد العلاج الطبي ، لبنان ، منشورات زين الحقوقية ، ط ١ ، ٢٠١٢ م
- ٣- ابراهيم الدسوقي ابو الليل ، تعويض الضرر في المسؤولية المدنية ، الكويت، مطبوعات جامعة الكويت ، ١٩٩٥ م
- ٤- حسن علي الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني، عمان، دار وائل للنشر والتوزيع، ط ١ ، ٢٠٠٦
- ٥- حسن علي الذنون ، النظرية العامة للالتزامات - مصادر الالتزام وأحكام الالتزام وأثبات الالتزام ، بغداد ، بدون دار نشر ، ١٩٧٦
- ٦- سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني (الالتزامات - في الفعل الضار والمسؤولية المدنية) ، المجلد الأول، ط ٥ ، القاهرة، ١٩٩٢
- ٧- عبد الصادق، محمد سامي، مسؤولية منتج الدواء عن مضار منتجاته المعيبة، دراسة مقارنة، القاهرة: دار النهضة العربية، ٢٠٠٢
- ٨- عبد رزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، ج ١ ، ١٩٥٢
- ٩- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، المجلد الثاني، ط ٣ ، ١٩٩٨
- ١٠- عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - نظرية الالتزام بوجه عام - مصادر الالتزام، المجلد الثاني، ج ١ (بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، ط ٣، ٢٠٠٠م)
- ١١- عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - نظرية الالتزام بوجه عام ، مصادر الالتزام ، المجلد الثاني ، مطبعة نهضة مصر ، ٢٠١١،
- ١٢- عزيز كاظم جبر، الضرر المرتد وتعويضه في المسؤولية التقصيرية- دراسة مقارنة، ط ١ ، دار الثقافة، الأردن ، ١٩٩٨
- ١٣- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، ١٩٩٦
- ١٤- علي جروة ، الموسوعة في الاجراءات الجزائية ، المجلد ٢ ، ج ١، الجزائر ، دون دار نشر ، ٢٠٠٦
- ١٥- علي فتاك، حماية المستهلك وتأثير المنافسة على ضمان سلامة المنتج، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١٤
- ١٦- فتحي عبد الرحيم عبد الله، دراسات في المسؤولية التقصيرية نحو مسؤولية موضوعية، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، ٢٠٠٥

- ١٧- فيلالى علي، الالتزامات - الفعل المستحق للتعويض، موفم للنشر، الجزائر، ط ٣
٢٠١٥،
- ١٨- محمد نصر رفاعي، الضرر كأساس للمسؤولية المدنية في المجتمع المعاصر،
القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٧٨
- ١٩- محمد فؤاد عبد الباسط ، تراجع فكرة "الخطأ" أساساً لمسؤولية المرفق الطبي
العام : (الاتجاهات الحديثة لمجلس الدولة الفرنسي)، منشأة المعارف، مصر،
٢٠٠٣
- ٢٠- محمد إبراهيم دسوقي ، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، مؤسسة الثقافة
الجامعية للطبع والنشر والتوزيع، الإسكندرية. (دب)
- ٢١- محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج 1 ، القاهرة ، مطبعة
جامعة القاهرة ، ١٩٧٨
- ٢٢- محمود جلال حمزة ،المسؤولية الناشئة عن الأشياء، ديوان المطبوعات
الجامعية، الجزائر، ١٩٨٤
- ٢٣- مصطفى، خليل، تقدير مبلغ التعويض و حقوق المؤمن المترتبة على دفعه
(الأردن: دار و مكتبة الحامد للنشر و التوزيع، ط١، ٢٠٠١م)
- ٢٤- مقدم سعيد، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية،
المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر ، ١٩٩٢

ثانياً: المجالات العلمية

- ١- حسام الدين كامل الأهواني، الاتجاهات الحديثة للقضاء الكويتي في مجال
تعويض الأضرار الناشئة عن العمل غير المشروع، مجلة الحقوق والشريعة،
كلية الحقوق والشريعة، جامعة الكويت، السنة الثانية، العدد الأول ، ١٩٧٨
- ٢- شوقي بنّاسي ، المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية: تمييز نحو زوال؟ ،
المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، السياسية و الاقتصادية، المجلد: ٥٧ ، العدد ٢ ،
٢٠٢٠
- ٣- عدنان ابراهيم السرحان، الضرر وتعويضه وفق أحكام الفعل الضار، مجلة
الأمن والقانون، تصدرها كلية شرطة دبي، السنة السادسة، العدد ٢ ، ١٩٩٨
- ٤- فواز صالح ، التعويض عن الضرر الأدبي الناجم عن جرم - دراسة مقارنة ،
مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية ، المجلد ٢٢ ، العدد ٢ ، ٢٠٠٦
- ٥- مهدي عزمي مسعود ابو مغلي ، التعويض عن الضرر الادبي - دراسة مقارنة ،
مجلة الشريعة و القانون ، العدد ٣٩ ، يوليو ٢٠٠٩م

ثالثاً: الرسائل و الاطاريح الجامعية

- ١- بحماوي الشريف، التعويض عن الاضرار الناجمة عن الأخطار العلاجية- د
راسة مقارنة، اطروحة دكتوراه ، قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية،
جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر ، ٢٠١٢-٢٠١٣

- ٢- بطوش كهينة، المسؤولية المدنية للمهندس المعماري، رسالة ماجستير، قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، ٢٠١٢
- ٣- حسن عطيه الحربي ، المفهوم القانوني لإصابة العمل، دراسة مقارنة بين التشريعين المصري والسعودي ، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠١٠
- ٤- حسن حنتوش رشيد الحسناوي، الضرر المتغير وتعويضه في المسؤولية التصديرية، أطروحة دكتوراه، جامعة بغداد، ٢٠٠٤
- ٥- رواء كاظم راهي ، المسؤولية المدنية لإدارة المستشفى عن أخطاء الأطباء العاملين فيها، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بابل، ٥١٤٢٩ / ٢٠٠٨م
- ٦- عمر بن الزويبر، التوجه الموضوعي للمسؤولية المدنية، اطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ٢٠١٧
- ٧- معمر بن طرية ، مدى تأثير فكرة المخاطر على النظام القانوني للمسؤولية المدنية للمهنيين، رسالة ماجستير في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان، ٢٠١٢
- ٨- مريم بلوصيف، المسؤولية الموضوعية كأساس للتعويض، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، ٢٠٠٩

رابعاً: المصادر الأجنبية

- 1- Philippe-Antoine Merlin, Moral Damages: The French Awakening in the Nineteenth Century, Tulane European & Civil Law Forum, Vernon Valentine Palmer, Vol. 36
- 2- Cass.crim., 9 février 1989, 614, D. 1989, note Bruneau. Voir également: M. Bourrié Quénillet, - Le préjudice moral des proches d'une victime-dérive litigieuse ou prix du désespoir, JCP. 1998

بدائل العقوبات السالبة للحرية ودورها في تطوير السياسة العقابية

أ.م.د. هيمن عبدالله محمد

جامعة حلبجة -كلية القانون والإدارة

E-mail: hemn.muhammad@uoh.edu.iq

المخلص:

تعد بدائل العقوبات السالبة للحرية إحدى الوسائل المثلى في السياسة العقابية المعاصرة، وقد برزت هذه العقوبة منذ أواخر القرن الماضي، وأثبتت أهميتها في السياسة العقابية لمواجهة مساوئ السجن عموماً والحبس قصيرة المدة بوجه خاص، لاسيما فيما يتعلق بمكافحة الجريمة وتحقيق التوازن بين أهداف العقوبة المتمثلة بالزجر والردع من جهة والإصلاح والتأهيل من جهة أخرى، إضافةً إلى تحقيق نوع من العدالة الجنائية.

وهو ما جعل العقوبات البديلة تضعف قيمتها كوسيلة في تحقيق أهداف العقوبة بمفهومها المعاصر، مما جعل أعمالها ضرورة حتمية في السياسة الجنائية المعاصرة، فنادت بها وحثت على تطبيقها على المحكوم عليه الكثير من الاتفاقيات الدولية المعنية بحقوق الإنسان وشؤون النزلاء وتحسين ظروفهم، كما تبنتها أغلب القوانين الجنائية الوضعية.

تهدف هذه الدراسة إلى تناول موضوع بدائل العقوبات السالبة للحرية ودورها في تطوير السياسة العقابية في مبحثين، نخصص المبحث الأول لدراسة الإطار المفاهيمي لبدايل العقوبات السالبة للحرية، ثم نتناول في المبحث الثاني نماذج بدائل العقوبات السالبة للحرية وموقف التشريعات الجنائية المقارنة منها، ومدى استجابة المشرع العراقي لها وبيان القصور التشريعي والتطبيقي في هذا المجال. ونعتمد في كل ذلك على المنهج التحليلي المقارن للوصول إلى الغاية المرجوة من البحث، وسننهي البحث بعون الله ببيان أهم الإستنتاجات والتوصيات المقترحة لمعالجة مظاهر هذا القصور.

الكلمات المفتاحية: بدائل العقوبات (العقوبات البديلة)، التدابير غير الإحتجازية، السياسة العقابية، العقوبات السالبة للحرية.

Alternatives to custodial penalties and their role in developing penal policy

Summary:

Alternatives to custodial penalties are considered one of the best means in contemporary penal policy, which has emerged since the late nineteenth century and has proven its importance in penal policy to confront the evils of imprisonment in general and short-term detention in particular, especially in combating crime and achieving balance between the objectives of punishment represented by deterrence and retribution on the one hand and reform and rehabilitation on the other hand, in addition to achieving a kind of criminal justice..

Alternative punishments have been used as a means to achieve the goals of punishment in its modern understanding, making their implementation a necessity in modern criminal policy. They have been called for and encouraged to be applied to the convicted by many international agreements related to human rights, migrants' affairs and improving their conditions, as well as adopted by most of the existing criminal laws.

This study contain two topics, The first topic is dedicated to studying the conceptual framework of Alternatives to custodial penalties, then the second topic deals with the comparative criminal legislation's stance on these sanctions and the extent of the criminal legislator's response to incorporate them into Iraqi criminal legislation and to identify legislative and application deficiencies in this field.

We rely on a comparative analytical methodology to reach the desired goal of the research. We will end the research, with God's help, by stating the most important conclusions and recommendations proposed to address the manifestations of this weakness.

Keywords: Penal alternatives (alternative punishments), penal policy, custodial penalties, criminal legislation

المقدمة:

تقوم السياسة الجنائية المعاصرة على فهم الجريمة على حقيقتها ويدخل في حسابان المشرع الجنائي الحديث مراعاة مختلف مكونات الجريمة الظاهرة منها والخفية، فلم يعد إنزال العقوبة للمذنب الهدف الأسمى من العقاب بل الأهم هو تصحيح تربية المخالفين وإعادة إدماجهم في المجتمع و تأهيلهم لممارسة حياتهم الشخصية و الإجتماعية بشكل طبيعي.

ولقد ثار جدل فقهي حول هذه الفكرة بين مؤيد ومعارض، فأنصار توقيع الجزاء يبررون موقفهم بالقول أن استقرار الأمن والطمأنينة لا يكون إلا عن طريق فرض عقوبات صارمة وراذعة، بينما المعارضون يرون العكس، حيث يعدون العقوبات السالبة للحرية قاسية و عديمة النفع والجدوى ولا تنعكس إلا بالسلب على المجتمع.

وعلى الرغم من هذه الانتقادات، فإن الاتجاه العام في السياسة الجنائية المعاصرة يسير نحو خلق أفكار جديدة تحاول أن تجعل من مرحلة العقاب مرحلة يستطيع فيها المخالف أو المذنب أن يُحوّل من سلوكه الإجرامي الشاذ إلى سلوك منسجم مع المجتمع وما يتطلبه من الانصياع لقواعد معينة ومضبوطة بموجب القانون.

أولاً/ أهداف البحث:

- تهدف البحث في نظام بدائل العقوبات السالبة للحرية إلى :
1. التعرف على ماهية العقوبات البديلة وطبيعتها وخصائصها ومميزاتها.
 2. بيان مبررات إقرار بدائل العقوبات السالبة للحرية في التشريعات الجنائية.
 3. دعوة المشرع الوطني إلى الموازنة بين حق الدولة في العقاب وتحقيق العقوبة للأهداف الحديثة المرجوة منها من تأهيل وإصلاح وتحقيق نوع من العدالة.
 4. بيان موقف التشريعات الجنائية المقارنة من العقوبات البديلة والوقوف على القصور التشريعي في تشريعنا الجنائي هذا المجال.
 5. اثراء الانتاج الفكري في مجال السياسة العقابية وحث المشرع الجنائي العراقي على الحد من اللجوء إلى وسائل العقوبة التقليدية لمواجهة الظاهرة الإجرامية و تقليل مساوئ السجن عموماً والحبس قصيرة المدة بوجه خاص.

ثانياً/ أسئلة البحث:

- يحاول البحث من خلال هذا البحث هذا الإجابة عن الأسئلة التالية:
1. مامدى فاعلية العقوبة في شكلها التقليدي الحالي في تحجيم الجرائم وتحقيق أهداف العقوبة؟
 2. ما مفهوم بدائل العقوبات السالبة للحرية، و ماتأثيرها على تطوير السياسة العقابية والحد من لجوء الدولة إلى وسائل العقابية التقليدية؟
 3. ما الأنواع و النماذج التشريعية لبدايل العقوبات السالبة للحرية؟
 4. ما مدى استجابة المشرع الجنائي العراقي لإدخال بدائل العقوبات السالبة للجريمة في النماذج التشريعية الجنائية، وماهي أوجه القصور في هذا المجال؟

ثالثاً/ فرضية البحث:

1. يقوم البحث الذي نحن بصدد، على فرضيتين أساسيتين، وهما:
أ. يساهم تعدد وسائل العقاب وبدائلها في اصلاح الجاني وتأهيله.
2. الفرضية الثانية: تعد بدائل العقوبات السالبة للحرية وسيلة للحد من العقاب ولها اثر بالغ في تفريد العقاب وتحقيق نوع من العدالة الجنائية.

رابعاً/ منهجية البحث:

نظراً للطبيعة التي تتميز بها موضوع بحثنا هذا، فإن دراستها تتطلب منا الالتزام بالمنهج التحليلي القائم على مناقشة وتحليل آراء الباحثين والدارسين، وأحكام التشريعات الجنائية بشقيه (الإجرائي والموضوعي)، وكذلك الالتزام بالمنهج المقارن القائم على مقارنة التشريعات الجنائية المقارنة -العربية والأجنبية - بخصيص تبني نظام بدائل العقوبات السالبة للحرية والحد من اللجوء إلى الوسائل العقابية التقليدية ، وذلك بهدف إضهار نقاط الضعف في تشريعنا الجنائي في هذا المجال و تقديم الطروحات والبدائل التشريعية لمعالجته في المستقبل.

عليه يعتمد هذا البحث على المنهج التحليلي المقارن للوصول إلى الغاية المرجوة منه.

خامساً/ خطة البحث:

تقتضي دراسة موضوع البحث تقسيمه على وفق الخطة الموجزة التالية:

المبحث الأول/ الإطار المفاهيمي لبدائل العقوبات السالبة للحرية.

المطلب الأول/ تعريف بدائل العقوبات.

المطلب الثاني/ مبررات اقرار بدائل العقوبات في التشريعات الجنائية.

المبحث الثاني/ نماذج بدائل العقوبات السالبة للحرية وموقف التشريعات الجنائية المقارنة منها.

المطلب الأول/ البدائل الشخصية للعقوبات السالبة للحرية.

المطلب الثاني/ البدائل العينية للعقوبات السالبة للحرية.

المبحث الأول : الإطار المفاهيمي لبدائل العقوبات السالبة للحرية

تهدف السياسة العقابية في مجملها إلى الحد من الجريمة وتحجيم آثارها الضارة، ويتم تحقيق هذا المأرب من خلال العقوبات والتدابير الإحترازية المنصوص عليها في النموذج القانوني للجريمة، فالعقوبة وإن اختلفت التعريفات الفقهية بشأنها، إلا أنها اشتركت في بعض المفاهيم، فقد عرّفها بعض الفقه بأنها " الجزء الذي يوقع على مرتكب الجريمة لمصلحة الهيئة الاجتماعية، وهي ألم يصيب الجاني جزاءً له على مخالفته لما أمر به القانون أو نهى عنه"^(٣٣٣)، وقد عرّفها جانب آخر من الفقه بأنها: " جزاء يقرره المشرع ويوقعه القاضي على من ارتكب فعلاً أو امتناعاً يعده القانون جريمة"^(٣٣٤).

(٣٣٣) جندي عبد الملك، الموسوعة الجنائية، الجزء الخامس، بيروت، دار إحياء التراث، ١٩٤٢، ص٧.

(٣٣٤) فتوح عبدالله الشاذلي، أساسيات علم الإجرام، بيروت، منشوات الطلبي الحقوقية، ٢٠٠٧، ص٣٢٣.

وهذه المفاهيم في معظمها سواء أكانت قانونية أو اجتماعية تجمع بين الإيذاء والألم الذي يقع على الجاني بواسطة هيئة متخصصة غالباً ما تكون القضاء، وتحل محل المجتمع، وبالتالي فهي عمل يقصد به إصلاح المحكوم عليه وتأهيله، والمحافظة على المصلحة العامة للمجتمع وحفظ كيانه.

وفيما يتعلق بتقسيمات العقوبة في تشريعنا الجنائي، فإنها تنقسم من حيث أصلاتها وتبعيتها إلى عقوبات أصلية^(٣٣٥) وتبعية^(٣٣٦) وتكميلية^(٣٣٧)، ومن حيث جسامتها إلى عقوبات الجنايات^(٣٣٨)، وعقوبات الجنح^(٣٣٩)، وعقوبات المخالفات^(٣٤٠). وتنقسم من حيث طبيعتها إلى عقوبات عادية وعقوبات سياسية^(٣٤١)، وتنقسم من حيث حيث مدة العقوبة إلى عقوبات مؤبدة^(٣٤٢) وأخرى مؤقتة^(٣٤٣). وأضاف بعض التشريعات الجنائية تقسيماً آخر للعقوبة بالنظر إلى الآثار المترتبة عليها، فتنقسم العقوبة وفقاً لهذا المعيار إلى العقوبات البدنية وهي التي تصيب المدان بحقه في الحياة كالإعدام^(٣٤٤) أو سلامة جسده كالجلد^(٣٤٥)، والعقوبات السالبة للحرية

(٣٣٥) يقصد بالعقوبة الأصلية هي العقوبة التي قررها نص القانون للجريمة فور وصفه لنموذجها. يُنظر: رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط٣، ١٩٩٧، ص ٧٨١. يُنظر في ذلك: محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات/القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة، ط٥، ١٩٨٢، ص ٦٦٧. ومن العقوبات الأصلية وفق المادة (٨٥) من قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل هي: الإعدام، والسجن المؤبد، والسجن المؤقت، والحبس الشديد، والحبس البسيط، والغرامة، والحجز بمدرسة الفتيان الجانحين، والحجز بالإصلاحيات (حال القصر).

(٣٣٦) يقصد بالعقوبات التبعية تلك التي تتبع العقوبة الأصلية تلقائياً دون أن يفرضها القاضي في حكمه، ولا يتم إصدار أي حكم بعقوبة تبعية بمفردها؛ فلا بد من عقوبة أصلية ثم عقوبة تبعية؛ يُنظر في ذلك: محمود نجيب حسني، مصدر سابق، ص ٦٦٧.

والعقوبات التبعية وفق ما تستدل إليها المواد (٩٦-٩٨) من قانون العقوبات العراقي نوعان، وهما: الحرمان من بعض الحقوق والامتيازات: مثل الحرمان من وظائف معينة، ومراقبة الشرطة. وتكون بعد أن يخرج المتهم من السجن ومدتها مساوية للمدة التي قضاها المتهم في السجن ويشترط في المراقبة هذه ألا تزيد على ٥ سنوات.

(٣٣٧) العقوبات التكميلية هي جزاءات ثانوية تتفق مع العقوبات التبعية في أنها لا تأتي بمفردها، بل تابعة لعقوبة أصلية، ولكنها تختلف العقوبات التبعية في أنها لا تلحق المحكوم عليه حتماً وبقوة القانون، بل يجب لذلك ان ينص عليها القاضي صراحة في حكمه المتضمن للعقوبة الأصلية. يُنظر في ذلك: ذياب الخضر، العقوبة التكميلية بين النظريتين التقليدية والحديثة، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، ٢٠١٣، ص ٢٤. والعقوبات التكميلية وفق ما تستدل إليها المواد (١٠٠-١٠٢) من قانون العقوبات العراقي هي: الحرمان من بعض الحقوق والمزايا، المصادرة، ونشر الحكم.

(٣٣٨) عقوبة الجنايات وفق المادة (٢٥) من قانون العقوبات العراقي ودلالة المادة (٢) من قانون تعديل الغرامات الواردة بقانون العقوبات رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل والقوانين الخاصة الأخرى هي: الإعدام، أو السجن المؤبد، أو السجن أكثر من خمس سنوات إلى خمس عشرة سنة.

(٣٣٩) عقوبة الجنح وفق المادة (٢٥) من قانون العقوبات العراقي ودلالة المادة (٢) من قانون تعديل الغرامات الواردة بقانون العقوبات رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل والقوانين الخاصة الأخرى هي: إما الحبس الشديد أو البسيط أكثر من ثلاثة أشهر إلى خمس سنوات، أو الغرامة التي لا تقل عن (٢٠٠٠٠١) منتي ألف دينار وواحد و لا تزيد عن (١٠٠٠٠٠٠) مليون دينار.

(٣٤٠) عقوبة المخالفات فوفقاً للمادة (٢٦٥) من قانون العقوبات العراقي ودلالة المادة (٢) من قانون تعديل الغرامات الواردة بقانون العقوبات رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل والقوانين الخاصة الأخرى هي: أما الحبس البسيط لمدة أربع وعشرين ساعة إلى ثلاثة أشهر، أو الغرامة التي لا تقل عن (٥٠٠٠٠) خمسون ألف دينار و لا تزيد على (٢٠٠٠٠٠٠) منتي ألف دينار.

(٣٤١) افرد المشرع العراقي احكاماً خاصة لعقاب الجريمة السياسية م ٢٢ ق.ع ولكن هذا اليمين بطبيعة الحال من وجود بعض العقوبات المشتركة والتي توقع بالنسبة للجرائم العادية والسياسية على السواء.

(٣٤٢) فالعقوبة المؤبدة هي التي تستغرق كل حياة المحكوم عليه ومثالها السجن المؤبد والتي حددها المشرع العراقي بمدة عشرين سنة وفق المادة (٨٧) من قانون العقوبات بعد تعديلها بقانون التعديل الاول المرقم ٢٠٧ لسنة ١٩٧٠. وشددت عقوبة السجن المؤبد إلى السجن مدى الحياة ولا تنتهي إلا بوفاة المحكوم استناداً لأمر المدير الإداري لسلطة الانتلاف المؤقتة رقم ٣١ القسم ٢ المؤرخ في ٣١ أيلول ٢٠٠٣.

(٣٤٣) ما العقوبة المؤقتة فهي التي تمتد أثرها لمدة محددة من حياة المحكوم عليه ومثالها السجن المؤقت الذي لا يزيد على خمسة عشر سنة وفق المادة (٨٧) المعدل من قانون العقوبات، وإذا أطلق القانون لفظ السجن عد ذلك سجناً مؤقتاً. ويكلف المحكوم عليه بالسجن المؤبد أو المؤقت بأداء الاعمال المقررة قانوناً في المنشآت العقابية.

(٣٤٤) عقوبة الجنايات وفق المادة (٨٦) من قانون العقوبات العراقي هي شق المجنى عليه حتى الموت.

كالسجن ومراقبة الشرطة، والعقوبات المالية كالمصادرة والغرامة، والعقوبات السالبة للحقوق والتي تحرم المحكوم عليه من بعض حقوقه المدنية والسياسية، والعقوبات الماسة بالإعتبار الإجتماعي كنشر الحكم.

أما التدابير الإحترازية فإنها أيضاً أعطيت لها عدة تعريفات فقهية^(٣٤٦)، فهناك من يعرفها بأنها: "معاملة فردية قسرية ينص عليها القانون لمواجهة الخطورة المتوافرة لدى الأفراد للدفاع عن المجتمع ضد الجريمة. فهو معاملة فردية تنزل بشخص معين بعد أن تثبت خطورته على المجتمع لتحويل دون إجرامه وتوصف كذلك بأنها قسرية وقانونية"^(٣٤٧)، ويعرفها الآخر بأنها: "مجموعة من الإجراءات القضائية صادرة ضد الأشخاص الطبيعيين والاعتباريين والأشياء لمواجهة الخطورة الإجرامية التي تتواجد لديهم إذا ما ارتكبت جريمة من أجل الدفاع عن المجتمع"^(٣٤٨).

فالتدبير بهذا المعنى لايعتبر عقوبة يجب إيقاعها على الشخص بسبب ارتكابه لأحد الأفعال المخالفة للقانون الجنائي والتي تعد جريمة كما هو الأمر بالنسبة لنظام العقوبة، وإنما يراد بها مواجهة ما قد يصدر عن الشخص من خطر في المستقبل وجرائم. فالمجنون مثلاً الذي يرتكب جريمته وهو في حالة جنون لا يمكن معاقبته من الناحية الجنائية لانعدام مسؤوليته الجنائية ولكن يجوز الحكم بوضعه في مؤسسة لعلاج الأمراض العقلية لمدة غير محددة تنتهي حتماً بشفاؤه والغاية من هذا الوضع بالأساس حفظ المجتمع مما قد يرتكبه هذا الشخص غير الممكن مساءلته من جرائم قد ارتكبها وبالتالي سوف يتم الحد من هذه الخطورة.

غير أن التجارب التطبيقية أثارت الشكوك حول مدى قدرة هذه العقوبات التقليدية - لاسيما السالبة للحرية منها - في مكافحة الإجرام أو الحد منه، فقد ظهرت العديد من الآثار التي تنعكس سلباً على الفرد بمعاشرته للمجرمين وبنبذ المجتمع له والآثار المتعلقة باقتصاد الدولة إذ تكلف السجون والقائمين عليها أموالاً باهظة وليس هناك أي عائد نفعي عليها وبذلك أصبح مفهوم العقوبة التقليدية وفلسفتها يحتاج إلى مراجعة كبيرة وأدت إلى وجود اتجاه حديث في السياسة العقابية قوامه الأخذ ببدائل العقوبات ولهذا اتجهت البعض من الدول الحديثة لتطبيق هذه البدائل لتحقيق الغرض المقصود من العقاب وتحقيق العدالة.

(٣٤٥) ان الجدل عقوبة معروفة في الشريعة الاسلامية وهي من عقوبات الحدود، حيث شرعها الله تعالى لجريمة الزنا في قوله في سورة النور الآية (٢): "الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة.."; وهذه العقوبة معروفة في بعض الدول العربية، حيث اقرت بعض القوانين العربية مبدأ فرض العقوبة البدنية كجزاء لمن يرتكب مخالفة داخل المؤسسات العقابية مثال ذلك القانون الليبي في المادة(٥/٥)فقرة (ج) من قانون السجون الليبي ، والقانون الأردني في المادة(٣٩) من قانون السجون الأردني، والقانون السعودي في المادة (٢٠/٢)فقرة (٣) من نظام السجن والتوقيف السعودي ، والقانون السوداني في المادة (٧٥/٤)فقرة (٤) من لائحة السجون السوداني. أما المشرع العراقي فإنه لم يقر بعقوبة الجلد، بدليل أنه بالرجوع الى المادة (٥٦) من قانون السجون الخاصة بالجزاءات التأديبية فلم نجد بينها عقوبة الجلد.

(٣٤٦) لا بد من الإشارة إلى أن هناك اختلاف حول تسمية هذه التدابير، فهناك من يطلق عليها التدابير الإحترازية، ومن التشريعات التي تسير في هذا الاتجاه نذكر العراق مصر ولبنان والأردن، وهناك من يطلق عليها تدابير الأمن وهناك من يطلق عليها اسم التدابير الوقائية. يُنظر في ذلك: حسين كامل عارف ، النظرية العامة للتدابير الإحترازية ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق - جامعة القاهرة ، ١٩٧٦، ص ٢١.

(٣٤٧) يسر أنور علي، النظرية العامة للتدابير والخطورة الإجرامية، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الأول، السنة الثالثة عشر، مطبعة جامعة عين شمس، ١٩٧١، ص ٢٤٣.

(٣٤٨) عمر سالم، النظام القانوني للتدابير الإحترازية، الطبعة الأولى دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨، ص ١٥.

من هذا المنطلق سنخصص هذا المبحث لبيان الإطار المفاهيمي لبدائل العقوبات السالبة للحرية من خلال تعريفها، ثم تحديد خصائصها ومميزاتها، ثم تبيان مبررات إقرارها في التشريعات الجنائية، ثم بحث أنواعها وصورها، وذلك من خلال المطالب الأربعة التالية:

المطلب الأول : تعريف بدائل العقوبات

تتسم السياسة العقابية في عمومها بمحاولة الحد من الجريمة وتحجيمها من خلال جملة من العقوبات والتدابير المنصوص عليها في التشريع العقابي، ويمكن أن تكون العقوبة وفق بعض التشريعات في صورة بديلة تهدف إلى ردع الجانحين بغير تلك الصور التقليدية للعقوبة السالبة الذكر، من هذا المنطلق سنتطرق في هذا المطلب لتعريف العقوبة البديلة، يمكننا ذلك من خلال التطرق إلى جملة التعريفات اللغوية والاصطلاحية لها، ومن ثم بيان تعريفاتها لدى فقهاء القانون الجنائي.

الفرع الأول : تعريف بدائل العقوبات لغةً

تعرف العقوبة لغةً من التعقب أو التخلف، والعقوبة هي اسم للجزاء التالي للجريمة^(٣٤٩)، والعقاب والمعاقبة ان تجزي الرجل بما فعل سوءً والاسم العقوبة، وعاقبه بذنبه معاقبة وعقابا : اخذه به، وتعقيب الرجل اذا اخذته بذنب كان منه^(٣٥٠)، والعقاب (العقوب) و(عاقبه) بذنبه^(٣٥١).

أما البديلة فهي مؤنث البديل، و البديل لغة يعني : العوض أو إبدال الشيء بغيره، وبديل الشيء أو غيره بشيء آخر وجعله بدلا عنه، وبديل الشيء أي اخذ مكانه^(٣٥٢)، والبديل في اللغة البديل، وبديل الشيء غيره والخلف منه، وجمعه ابدال- واستبدال الشيء وتبدله اذا اخذ مكانه، وجاء في لسان العرب والاصل في التبديل تغيير الشيء عن حاله والاصل في الابدال جعل شيء مكان شيء آخر^(٣٥٣)، والبديل والبديل في اللغة يعني العوض، وبديل بدلا وابدل وبديل الشيء غير واتخذة عوضا منه، وبديل الشيء شيئا آخر جعله بدلا منه فيقال مثلا بدل الخوف أمنا^(٣٥٤)، وتعرف البدائل في اللغة أيضاً بأنها التغييرات والعوض، وبديل الشيء أي غيره، والأصل في الإبدال جعل الشيء مكان الآخر^(٣٥٥).

(٣٤٩) عبد الله بن علي الخثمي، بدائل العقوبات السالبة للحرية بين الواقع و المأمول، رسالة ماجستير جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، السعودية ٢٠٠٨، ص١٢.

(٣٥٠) ابن منظور، المجلد الأول، الطبعة الثالثة، دار صادر، بيروت، ١٩٩٤، ص٦١٩.

(٣٥١) محمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، دار الرسالة، كويت، ١٩٨٣، ص٤٤٤.

(٣٥٢) إيمان عبد الله أحمد؛ ومروة إبراهيم محمد، العقوبات البديلة وأثرها في التأهيل والإصلاح وموقف القانون الدولي والتشريعات الوطنية منها، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، المجلد الرابع، العدد الأول سنة ٢٠٢٠، جامعة أروك الأهلية، كلية القانون، ص١٤٧.

(٣٥٣) ابن منظور، مصدر سابق، ص٤٨.

(٣٥٤) نوال أقرام البستاني، منجد الطلاب، المشرق العربي، بيروت، ٢٠٠٠، ص٢٥.

(٣٥٥) مضوح بن محمد المضوح، بدائل العقوبات السالبة للحرية مفهومها وفلسفتها، ندوة بدائل العقوبات السالبة للحرية بالتعاون مع إدارة السجون الجزائرية، الجزائر، ٢٠١٢، ص٤.

الفرع الثاني : تعريف بدائل العقوبات اصطلاحاً

كما سبق الإشارة إليه العقوبة في الاصطلاح هي الجزاء الذي يقرره القانون ويوقعه القاضي من أجل الجريمة ويتناسب معها^(٣٥٦)، أو هي ذلك الألم الذي قرره قانون العقوبات أو القانون الجنائي والذي تنطق به السلطة العامة بسبب اقتراف الجاني لسلوك إيجابي أو سلبي محظور^(٣٥٧).

أما العقوبة البديلة فلم تستقر الآراء الفقهية على إيجاد تعريف محدد لها ويعود ذلك إلى عدة أسباب منها ما هو متعلق باختلاف الأنظمة القانونية من دولة إلى أخرى واختلاف بنية هذه المجتمعات ومكوناتها، ومنها ما هو متعلق بحداثة هذا الموضوع وخاصة بالدول العربية وإن كانت هنالك العديد من البلدان التي عرفت هذا النظام وطبقته منذ وقت ليس بالقصير، ويبدو هذا الاختلاف أيضاً بتعدد التسميات التي يمكن أن تطلق على العقوبات البديلة، فهناك من يسميها بدائل السجن، أو بدائل العقوبة، أو عقوبة النفع العام، وغيرها من التسميات، لينفي عن البدائل المقترحة الطابع العقابي، وليكون ذلك امتداداً للتدابير الاحترازية^(٣٥٨).

وعموماً هناك من يعرفها بأنها: "مجموعة التدابير والإجراءات التي يتخذها المجتمع في معاقبة المخالفين للقوانين عوضاً عن إيداعهم السجن بما يكفل تحقيق أغراض العقوبة من تأهيل وتربية وتفادي سلبيات السجن"^(٣٥٩).

ويعرف أيضاً بأنها: "نظام يتيح إحلال عقوبة غير سالبة للحرية محل عقوبة سالبة للحرية قضائياً، إذا توافرت شروط يرحح تقديرها لقاضي الموضوع لإحلال العقوبة، وسواء تم هذا الإحلال ضمن حكم الإدانة أو بعده، ويتم ذلك عند تعذر تنفيذ العقوبة الأصلية، أو إذا كانت العقوبة البديلة أكثر ملائمة من حيث التنفيذ بالقياس إلى العقوبة المحكوم بها بحق الجاني"^(٣٦٠).

وعرفها آخرون بأنها: "مجموعة من البدائل التي يتخذها القاضي في إبدال العقوبة السالبة للحرية لخدمة يؤديها السجن لفئة من فئات المجتمع، أو في مرفق معين من مرافق الدولة، أو لمؤسسات خيرية أو إلحاقه بمرفق تعليمي يستفيد منه السجن بهدف إصلاحه وتأهيله"^(٣٦١).

ويعرف كذلك بأنها: "اتخاذ وسائل وعقوبات غير حبسية بدلاً من استعمال الحبس سواء كانت تلك الإجراءات المتخذة قبل المحاكمة أو أثناءها أو بعدها. وعرفت كذلك بأنها فرض عقوبة غير سالبة للحرية ضد المحكوم عليه بمجموعه من البدائل يتخذها القاضي تتمثل في إبدال عقوبة الحبس بخدمة يؤديها الحبس

(٣٥٦) محمود نجيب حسني، مصدر سابق، ص ٦.

(٣٥٧) قوادري صامت جوهر، مساوئ العقوبة السالبة للحرية القصيرة المدة، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، العدد ١٤ جوان، ٢٠١٥، ص ٧٢.

(٣٥٨) سامي النصر، التدابير الاحترازية وبدائل العقوبات، مجلة رواق عربي، مركز القاهرة لدراسات حقوق الإنسان، عدد ٤٨، ٢٠٠٨، ص ٣٩.

(٣٥٩) إبراهيم مرابط، بدائل العقوبات السالبة للحرية: المفهوم والفلسفة - بحث لنيل البكالوريوس القانون الخاص مقدم لكلية العلوم القانونية والإقتصادية والاجتماعية، جامعة ابن زهرة اكادير، ٢٠١٢ - ٢٠١٣.

(٣٦٠) جاسم محمد العنتلي، بدائل العقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة، القاهرة: دار النهضة العربية، ٢٠٠٠، ص ١١٠.

(٣٦١) إيمان عبد الله احمد وآخرون، المرجع السابق، ص ١٤٧.

لفئة من فئات المجتمع أو لمرفق تعليمي يستفيد منه الحبيس بهدف إصلاحه وحمايته من الأذى وتقديم خدمة لمجتمعه"^(٣٦٢)

وفي ضوء ما سبق، نرى بأنه بالرغم من تعدد التعريفات لمعنى العقوبات البديلة إلا أنها في النهاية تتفق في مضمونها على معنى واحد فهي تُفرض من سلطة قضائية على المحكوم عليه كبديل عن العقوبة الأصلية السالبة للحرية وهي تعمل على اتخاذ الإجراءات القضائية وصدور حكماً قضائياً بعقوبة بديلة ويقررها القاضي حسب ظروف ومقتضى الحال، ووفقاً للنصوص القانونية بديلاً عن السجن، بما تضمنه حرية الجاني وضمان بقاعدة بين أفراد أسرته أو عائلته.

الفرع الثالث : خصائص ومميزات العقوبات البديلة

سنحاول في هذا الفرع تبيان وتحديد خصائص العقوبات البديلة مميزاتها، وذلك على النحو الآتي:

أولاً/خصائص العقوبات البديلة:

تقوم العقوبات البديلة للعقوبات السالبة للحرية على عدة خصائص أهمها:

١. شخصية العقوبات البديلة: ويقصد بها أن العقوبة لا يجوز توقيعها إلا بحق الشخص الذي ارتكب الجريمة أو ساهم في ارتكابها بإحدى صور المساهمة أو الاشتراك الجرمي(التحريض، والمساعدة، والإتفاق)، ويرى البعض أن تحقيق عقوبة الحبس لمبدأ شخصية العقوبة محل شك، وذلك للأثار السلبية العديدة التي تتميز بها تلك العقوبة، والتي لا يقتصر مداها ونطاقها على المحكوم عليه فحسب، بل تتخطاه لتصل لأفراد أسرته، بل قد تصل إلى كل من تربطه به علاقة أو صلة اجتماعية، أما العقوبات البديلة فهي تتحقق بكفاءة مع من تربطه به علاقة أو صلة اجتماعية، وهي أكثر تحقيقاً لمبدأ شخصية العقوبة من العقوبات السالبة للحرية^(٣٦٣).

٢. شرعية العقوبات البديلة: ويقصد بها إن العقوبة المترتبة على وقوع الجريمة سواء أكانت عقوبة أصلية أو بديلة لا تفرض إلا إذا نص المشرع على وجودها، ولا تقرر إلا بموجب حكم قضائي، فلا بد من وجود نص تشريعي يحددها ويحدد مقدارها ومدتها، وهذا ما أكد عليه المادة(١٩/ ثانياً) من الدستور العراقي الدائم^(٣٦٤)، وكذلك المادة(١) من قانون العقوبات العراقي النافذ^(٣٦٥).

فالشرعية لا تشمل شرعية التجريم فقط وإنما تشمل كذلك شرعية العقاب، وإن مفهوم شرعية العقوبة في مجال العقوبات البديلة يجب أن يتخذ مفهوماً متسع الأفق، لا يتم فيه تحديد عقوبة محددة لكل جريمة، حيث أن اعتبارات العدالة وفعالية العقوبة في إصلاح الجاني وتأهيله لإعادة الاندماج في المجتمع مرة

(٣٦٢) محمد صالح معزي العنزي ، الاتجاهات الحديثة في العقوبات البديلة ،رسالة ماجستير،كلية الدراسات العليا /الجامعة الأردنية،أيار ٢٠١٤ ص ١١-١٢.

(٣٦٣) احمد توفيق عبد الرحمن، شرح قانون العقوبات، القسم العام، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٥، ص ٤١٩؛ محمد صالح معزي العنزي، مصدر سابق، ص ١٦٠.

(٣٦٤) تنص المادة(١٩/ ثانياً) من الدستور العراقي الدائم لسنة ٢٠٠٥ على أنه:" 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".

(٣٦٥) تنص المادة(١) من قانون العقوبات العراقي على أنه: " لا عقاب على فعل او امتناع إلا بناء على قانون ينص على تجريمه وقت اقترافه ولا يجوز توقيع عقوبات او تدابير احترازية لم ينص عليها القانون".

- أخرى، تقتضي أن يخضع تحديد نمط العقوبة ومقدارها ومدتها للسلطة التقديرية للقاضي في ضوء دراسته لملاسات القضية لحالة الجاني وظروفه^(٣٦٦).
٣. قضائية العقوبات البديلة: إضافة إلى خاصية الشرعية للعقوبة لا بد من وجود حكم قضائي صادر عن هيئة مستقلة يدين المتهم بالنشاط الجرمي، أما قضائية العقوبات البديلة فيقصد بها أنها تصدر بحكم قضائي بعد خضوع الجاني لمبدأ المحاكمة العادلة بكافة إجراءاتها من تحقيق أمام القاضي وسماع أوجه دفاع المتهم أو أية إجراءات أخرى^(٣٦٧).
- فلا يجوز فرض عقوبة بديلة إلا من قبل محكمة جزائية مختصة وفي حدود النص لجزائي الذي قرره المشرع وفق الضوابط والشروط المحددة لكل عقوبة بديلة، وبالتالي لا يجوز فرضها من قبل السلطات الإدارية وهذا ما يميزها عن الجزاءات المدنية والجزاءات التأديبية^(٣٦٨).
٤. عدالة العقوبات البديلة: يقصد بالعدالة في توقيع العقوبة، أن العقوبة كأثر مترتب على المخالفة لنص تجريمي يجب أن تطبق على كل مخالف لهذا النص ثبتت مسؤوليته عن تلك المخالفة، وتتحقق ذلك إذا كانت القاعدة التجريبية المتضمنة للجريمة والعقوبة لها صفة العمومية والتجريد^(٣٦٩).
- وتكون العقوبة عادلة كلما أُرضت الشعور العام بالعدالة، ولا تكون كذلك إلا إذا كانت متناسبة مع جسامة الجريمة ومع الخطأ الذي ينسب إلى إرادة الجاني، وتكون العقوبة المقررة واحدة بالنسبة لجميع الناس دون تمييز أو تفرقة ودون الاعتداء، فالجميع أمام القانون سواء^(٣٧٠).
- وهذا لا يتنافى مع مبدأ التفريد العقابي الذي يعطي القاضي الحرية في وزن العقوبة التي يقدرها لكل متهم وبما يتناسب مع ملف الحالة الذي يتم إعداده بمعرفة خبراء متخصصين، وذلك في حدود سلطتها التقديرية في تقدير العقوبة الأصلية أو عقوبة بديلة ملائمة لجسامة الجرم المرتكب^(٣٧١)، فإن هذه العدالة يجب أن تؤسس على إمكانية وفاعلية العقوبة البديلة في الإصلاح والتأهيل^(٣٧٢).
٥. تحقيق العقوبات البديلة لأغراض العقوبة: فالعقوبة هي الجزاء المقرر قانوناً للجريمة التي وقعت، وهذا الجزء لا بد من أن يكون مؤلم، وهو ألم يصيب الجاني في بدنه أو جسمه أو حريته أو ماله، وهي بهذا المعنى لا توقع لذاتها وإنما تحمل

(٣٦٦) محمد أبو علا العقيدة، المجني عليه ودوره في الظاهرة الإجرامية، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٩١، ص ١٣٢.

(٣٦٧) بوهنتاله ياسين، القيمة العقابية للعقوبة السالبة للحرية، دراسة في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير/جامعة الحاج لخضر باتنة، الجزائر، ٢٠١٠، ص ١٠٥.

(٣٦٨) فهد يوسف الكساسبة، الحلول التشريعية المقترحة لتبني العقوبات البديلة في النظام الجزائي الأردني، مجلة علوم شريعة والقانون، مجلد (٤٠)، العدد (٢) ٢٠١٣، ص ٧٣٣.

(٣٦٩) محمد اللطيف فرج، شرح قانون العقوبات القسم العام، النظرية العامة للعقوبة والتدابير الاحترازية، أكاديمية الشرطة، ٢٠١٢، ص ٥٥.

(٣٧٠) كامل السعيد، شرح الأحكام العامة القسم العام، ط ١، دار الثقافة عمان، ٢٠٠٧، ص ١٣١.

(٣٧١) مصطفى العوجي، التأهيل الاجتماعي في المؤسسات العقابية، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠١٧، ص ١٥٥؛ خالد الجبور، التفريد العقابي في القانون الأردني، دراسة مقارنة، ط ١، دار الأوانل للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٩، ص ١٣؛ كامل السعيد، شرح الأحكام العامة القسم العام، ط ١، دار الثقافة عمان، ٢٠٠٧، ص ١٣١.

(٣٧٢) فهد يوسف الكساسبة، الحلول التشريعية المقترحة لتبني العقوبات البديلة في النظام الجزائي الأردني، مصدر سابق، ص ٧٣٤.

في معناها تهديده بعدم العودة لارتكاب الجريمة (الردع الخاص) وحمل غيره على الاعتاض (الردع العام)، بالإضافة إلى تهذيب وإصلاح الجاني^(٣٧٣). وإن من أهم أهداف العقوبات البديلة بالإضافة إلى تحقيق الردع هي تهذيب وإصلاح الجاني، وتحقيق ذلك من خلال تحقيق الأغراض الأخلاقية والنفعية للجاني، فالجانب الأخلاقي يتحقق من خلال عقوبة الجاني التي تعتبر بمثابة مقاصة مع الإذي الذي سببه للنظام الاجتماعي بسلوكه، فيعيد الأمور إلى نصابها وتستقيم معه العدالة، أما الجانب النفعي وهي إعادة دمج الجاني في النسيج الاجتماعي من جديد، وإعادة تكوينه وإصلاحه، وتهذيبه من جديد على قيم وأخلاق المجتمع، لأن فرض العقوبات البديلة تؤدي إلى التقبل المجتمعي للجاني، فعزله عن باقي أفراد المجتمع أو رفضهم له قد ينعكس على شخصيته أو دفعه لارتكاب جرائم جديدة^(٣٧٤).

ثانياً/مميزات العقوبات البديلة:

- تتميز العقوبات البديلة عن المفاهيم المشابهة لها بعدة مميزات، نذكر أهمها في الآتي:
١. إنها تتشابه مع غيرها من المفاهيم، فالعقوبات البديلة ترتبط بالعقوبات الرضائية^(٣٧٥) بشكل كبير، فالأخيرة أيضاً تعتبر بديل للعقوبات السالبة للحرية، إلا أنها تختلف عن الأولى بأنها بحاجة إلى موافقة وإرادة الجاني حتى تتحقق، وهي تقوم على الاتفاق بين الأطراف دون الحاجة إلى حكم قضائي لاستبدال العقوبة بها، فعنصر الرضا هو عنصر جوهري فيها.
 ٢. تختلف العقوبات البديلة عن بدائل الدعوى الجزائية؛ فالأخيرة لا تدخل في إجراءات للدعوى وتبتعد تماماً عن الطريق الجنائي، ومن الأمثلة على ذلك، التصالح الجنائي وهذه البدائل تمثل إنقضاء للدعوى الجنائية بحيث لا يتم السير فيها، ولكن العقوبة البديلة السالبة تفترض السير في إجراءات الدعوى ومن ثم يصدر الحكم بها^(٣٧٦).
 ٣. تتميز بدائل الدعوى عن العقوبات البديلة أيضاً أنها عرفت بسبب عدم فعالية النظام الجنائي، بينما تأتي بدائل العقوبات بسبب السلبات التي نتجت عن العقوبة السالبة للحرية^(٣٧٧).
 ٤. تختلف العقوبات البديلة عن التدابير الاحترازية من حيث أنها تفرض على النشاطات التي يجرمها القانون ويوجب العقوبات السالبة للحرية على مقترفيه وعلى أقل الفئات الاجرامية خطورة ومن منطلق الشفقة عليه، أما التدابير الاحترازية فإنها تفرض بغرض مواجهة الخطورة الاجرامية الكامنة في شخص

(٣٧٣) محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات /القسم العام، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٨٣، ص ٣.

(٣٧٤) إبراهيم مريبط، بدائل العقوبات السالبة للحرية المفهوم والفلسفة، رسالة ماجستير، جامعة بن زهر اغادير، المغرب، ٢٠١٣، ص ٧.

(٣٧٥) عرفت العقوبات الرضائية بأنها: "المبدأ الذي بمقتضاه يتفق كل من قضاة الأمور الجنائية والأطراف الخاصة والمجرم والمجنى عليه على استبعاد القواعد الجنائية القبلية للتطبيق بطبيعتها"، وعرفت أيضاً بأنها: "التصرف الذي يتم بموجبه التراضي، الذي يستلزم تنازل الأطراف عن العقوبة الأصلية للعقوبة البديلة، ويعتبر أسلوباً لإنهاء النزاع بصفة ودية". يُنظر في ذلك: أحمد براك، العقوبة الرضائية في الشريعة الإسلامية والأنظمة الجنائية المعاصرة، ط ١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠، ص ٢٠٠-٢٠١.

(٣٧٦) أحمد براك، المصدر السابق، ص ٥٣؛ جاسم محمد العنتلي، مرصد سابق، ص ١١٥.

(٣٧٧) يُنظر للمزيد: كوريتي عبد الحق، بدائل العقوبات السالبة للحرية وتأثيرها على سياسية الإدماج، مجلة الأبحاث والدراسات القانونية، العدد (٤)، سنة ٢٠١٤، ص ٢٠٠؛ عمر سالم، النظام القانوني للتدابير الاحترازية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٩٩٥، ص ١١.

الجاني، وبالتالي حماية المجتمع من الآثار والتداعيات التي تترتب على تلك الخطورة، لاسيما مواجهة إحصائية عودته إلى ارتكاب الجرائم في المستقبل، لذلك لا يشترط أن تتناسب مع خطورة الجريمة المقترفة ومقدار الضرر الذي يترتب عنها بل ينبغي أن تتناسب مع خطورة الأجرام الكامن في شخص الجاني^(٣٧٨).

المطلب الثاني : مبررات اقرار بدائل العقوبات في التشريعات الجنائية

تهدف التشريعات الجنائية عموماً للسيطرة على الظواهر الإجرامية والحد من الجريمة وبسط الأمن والاستقرار للفرد والمجتمع، وتختلف الضوابط والإجراءات المستعملة في هذا النطاق، وذلك من خلال جانب وقائي يتمثل في التدابير الوقائية، وجانب علاجي تمثله العقوبة بجميع أشكالها، فبالرغم من الآمال الكبيرة التي عُقدت على العقوبات السالبة للحرية لقيام بوظيفة الإصلاح والتأهيل، برزت في الآونة الأخيرة العديد من الأسباب والمبررات للتخلي عنها والبحث عن عقوبات بديلة لها، سواء ما يتعلق منها بالآثار السلبية لعقوبة الحبس قصير المدة على المحكوم عليه كازدحام السجون وما يترتب على ذلك من آثار خطيرة على المحكومين، أو ما يتعلق بالآثار الاقتصادية أو الاجتماعية أو النفسية التناسبية للعقوبات السالبة للحرية، عليه سوف نتناول هذه المسوغات أو المبررات من خلال الفروع الأربعة التالية:

الفرع الأول : المبررات المتعلقة بالآثار السلبية لعقوبة الحبس قصير المدة على المحكوم عليه

إن مبالغة القضاء في الحكم بالعقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة يترتب عليها زيادة في أعداد المحكومين وهذا سيترتب عليه حتماً مشكلة ازدحام السجون بما يفوق طاقتها الاستيعابية، وفي ضوء الدراسات الحديثة في السياسة الجنائية المعاصرة، ثبت أن العقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة تعد أحد أهم العوامل الدافعة لارتكاب الجريمة على اعتبار أنها تفسد الأفراد، خاصة الذين ليس لهم سوابق بدلا من اصلاحهم، وهو ما يفسر تزايد معدلات العود وازدحام السجون، وهذا ما جعل معظم إدارات السجون تجد نفسها عاجزة عن الوفاء بواجب الرعاية واصلح النزلاء ودمجهم في المجتمع من جديد^(٣٧٩).

يضاف إلى ذلك مشكلة اختلاط النزلاء المحكومين بعقوبات سالبة للحرية قصيرة المدة بمجرمين لهم سوابق جرمية ونزعات عدوانية، وهذا بدوره يؤدي إلى اكتساب المحكومين الجدد مهارات إجرامية جديدة وتجارب معتادي الإجرام، فتصبح مراكز الإصلاح بالتالي مراكز لتعليم الإجرام وتفريخ الجريمة لا مراطر للإصلاح والتأهيل^(٣٨٠).

(٣٧٨) ريان شريف عبد الرزاق، بدائل العقوبات السالبة للحرية، بحث منشور في مجلة العدالة والقانون، العدد ٢٨، تشرين الثاني ٢٠١٦، ص ٣٥.

(٣٧٩) رفحات صافي علي أبو حلجة، العقوبات المجتمعية كإحدى العقوبات البديلة في التشريع الأردني، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، ٢٠١٩، ص ٤٢؛ نسيبة فيصل، بدائل العقوبات الجنائية القصيرة المدة كآلية إصلاح وتأهيل في ظل السياسة الجنائية المعاصرة في عقوبة العمل للنفع العام نموذجاً، بحث منشور ضمن أبحاث المؤتمر السنوي الرابع لقانون أداة للإصلاح والتطوير - أيار/ ٢٠١٧، الجزائر، ص ١٨٥.

(٣٨٠) بشرى رضا راضي سعد، بدائل العقوبات السالبة للحرية وأثرها في الحد من الخطورة الإجرامية - دراسة مقارنة، دار الوائل، ٢٠١٣، ص ٣٨.

وقد يعتاد المحكوم عليه بعقوبة الحبس قصير المدة سلب حريته لمدد قصيرة مما يهون ويسهل عليه فقدانها لمدد طويلة، حيث انه يفقد هبة سلب الحرية بالتدرج، حيث أنه يفقد هبة سلب الحرية بالتدرج^(٣٨١).

وإن تكرار وضع المحكوم عليهم في مراكز الإصلاح والتأهيل يشكل لهم في كل مرة وصمة عار واحتقاراً نفسياً، فيصبح العود بالنسبة لهم نوعاً من اللامبالاة، ويشكل روتيناً عادياً نحو الاستمرار في دخول تلك المراكز، غير مبالين بنظرة المجتمع إليهم، ويعطي ذلك صورة خاصة بأنهم أصبحوا من عتاة المجرمين، وقد يؤثر هذا الشعور في نفسيتهم فيجعلهم أقل قبولاً للإصلاح والتأهيل، وأكثر ميلاً إلى العود إلى مركز الإصلاح والتأهيل، وهذا من شأنه أن يزيد من جنوحهم نحو ارتكاب الجرائم وتعميق السلوك الإجرامي لديهم^(٣٨٢).

ووجود الجاني في السجن يؤدي وشعوره المهانة يتولد عنها أمراض نفسية مثل الاكتئاب والاعترا ب النفسي والاجتماعي والقلق الكثير، وينتج عن هذه الأمراض تغيير سلوكه بالكامل بالتعامل مع الناس المحيطين به، وزجه بالسجن تجبره أن يكون في بيئة جديدة تحمل ثقافات وقيم دنيئة فيكون الجاني مجبراً على التأقلم معها، وبالتالي يكتسب سلوكيات جرمية جديدة ترمي به إلى ساحة المجرمين من جديد بعد الانتهاء من تنفيذ العقوبة، وبالتالي يصبح مجرماً خطيراً بعد أن كان إنساناً شريفاً وأن ارتكابه لجريمة كان بطريقة الصدفة^(٣٨٣).

وقد يعاني السجناء في داخل السجون من الأمراض الجنسية والحرمان الجنسي، وتؤدي هذه الحالة إلى دفعهم إلى ممارسة سلوكيات منحرفة ينتج عنها تداعيات بالغة الخطورة، وبالتالي انحدار القيم الأخلاقية والدينية بين النزلاء، مما يؤدي إلى نزولهم إلى هوة الجريمة من جديد، بالإضافة إلى انتشار العديد من الأمراض بينهم مثل الإيدز والالتهاب الفيروسي الكبدي^(٣٨٤)، وأن كثيراً من المسجونين ينخرطون في أعمال تعاطي المخدرات والإدمان عليها، وهذا الأمر يزيد من سوء صحة السجنين، وبعد الإفراج عنهم يصبح من الصعب عليهم الإنخراط في المجتمع بين أبنائهم من جديد وبالتالي صعوبة تنشئة أبنائهم على القيم والأخلاق الفضيلة^(٣٨٥).

الفرع الثاني : المبررات الإقتصادية

تترك العقوبات السالبة للحرية أثراً اقتصادياً سيئة على المجتمع؛ فالدولة تصرف مصاريف هائلة لبناء سجون ومراكز إصلاح وتأهيل جديدة، وتتحمل تكاليف إقامة وإعاشة النزلاء في الإصلاحيات من مأكّل ومشرب وملبس ورعاية

(٣٨١) محمود نجيب حسني، علم العقاب - تحليل لطبيعة العقوبة والتدبير الإحترازي وتحديد لأهدافها ودراسة للنظريات العقابية الحديثة في معاملة المحكوم عليهم وشرح وتاصيل للقانون رقم ٣٩٦ لسنة ١٩٥٦ في شأن تنظيم السجون، دار النهضة العربية، ١٩٨٧، ص ٥٣٣.

(٣٨٢) عبدالله عبد الغاني غانم، أثر السجن في سلوك النزلي، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، بدون سنة نشر، ص ٢٥٩.
(٣٨٣) فوادري صامت جوهري، مساوئ العقوبات السالبة للحرية، مجلة الأكاديمية للدراسات والعلوم الاجتماعية والإنسانية، الجزائر، يونيو/حزيران ٢٠١٥، ص ٣٧.

(٣٨٤) عبد الله بن عبد العزيز اليوسف، التدابير المجتمعية كبدا للتعويضات السالبة للحرية، ط ١، أكاديمية نايف لعربية للعلوم الأمنية، الرياض، ٢٠٠٣، ص ٧٥.

(٣٨٥) عبد الله بن عبد العزيز اليوسف، البدائل الاجتماعية للتعويضات السالبة للحرية في رأي القضاة والعاملين في السجون، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، مجلد ١٣، عدد ٤، الرياض، ٢٠٠٥، ص ٦٤-٦٥.

صحية واجتماعية، ويترتب على زيادة عدد المحكومين سنويا تكس المؤسسات الإصلاحية مما ينتج عنها الحاجة الى بناء أبنية جديدة، وإن هذه الأبنية تكون باهظة التكاليف، مما يؤدي الى زيادة الاعباء الاقتصادية على الدولة، فعلى سبيل المثال يكلف كل نزيل في المؤسسات الإصلاحية في إقليم كردستان- العراق يكلف لا يقل عن (٤٥٠٠٠٠) دينار عراقي لكل شهر وقد تشمل المصاريف أيضاً توفير الرعاية والحماية اللاحقة لتنفيذ العقوبة لهم وللأسرهم، خوفاً من التعرض لهم من عائلة المجني عليهم^(٣٨٦)، وينفق الأردن سنويا (٩٠٠٠٠٠٠٠) دينار على إيواء وإطعام (١٠٠٠٠) نزيل ونزيلة تقريبا يقيمون في (١٤) مراكز إصلاح وتأهيل بمعدل (٧٥٠-٧٨٠) ديناراً شهرياً تقريبا للنزيل الواحد^(٣٨٧)، أما في إنجلترا فإنه يبلغ متوسط التكلفة للنزيل الواحد سنوياً ما يقرب من ٧٢٠٥٦٦ جنيه استرليني، وتنفق الولايات المتحدة الأمريكية خلال سنة ما يقارب (٢٠٠٠٠) دولار على النزيل الواحد اي ضعف ما تنفقه على الطالب الجامعي^(٣٨٨).

عليه تسعى الدول إلى تجنب هذه الآثار وإيقاف الاستنزافات المالية الناتجة من النفقات الهائلة لبناء السجون وإعاشة النزلاء فيه، من خلال تبني نظام بدائل العقوبات السالبة للحرية، فيمكن لهذه البدائل الإسهام في تخفيف تلك الأعباء على خزينة الدولة وانفاقها في شيئاً آخر أكثر فائدة وأكثر أهمية، ويمكن أن تقلل أيضاً من النفقات التي تصرفها الأسرة على النزلاء في المؤسسات الإصلاحية أثناء الزيارات ومتابعة قضية المحكوم عليه، وسد حاجاته ومتطلباته داخل المؤسسات الإصلاحية، والتي يمكن أن تصرفها في سد احتياجاتها المنزلية ومصاريف إعاشة أفرادها، بالإضافة إلى اضعاف ثقة ارباب العمل بالنزلاء، فيحرمون من الوظيفة بعد انتهائهم من تنفيذ العقوبة فيصبحون عالية على عائلتهم في توفير احتياجاتهم، وهم ايضا سبب فقر عائلتهم فيشعرون بالضغط والاحباط مما يؤدي الى عودتهم الى مجال الجريمة مرة اخرى^(٣٨٩).

الفرع الثالث : المبررات الاجتماعية

أن العقوبات السالبة للحرية لها عدة آثار اجتماعية تؤثر على علاقة المحكوم عليه بالمجتمع، وهو احد اهم الجوانب التي تأخذها السياسات الجنائية الحديثة بعين الاعتبار عند توقيع العقوبات، فلا شك بأن هناك العديد من الآثار الاجتماعية السلبية التي تترتب على فرض العقوبات السالبة للحرية، فهي فتؤدي على نزعها من نسيجه الاجتماعي وإلى خلق معتقدات تؤدي إلى زعزعة مبادئه وقيمه وتخلق حالة اضطراب نفسي لديه تحمله على الانتحار أو الإضراب عن الطعام أو اللجوء إلى

- (٣٨٦) أدبية محمد صالح، العقوبات البديلة والتدابير البديلة في النظام الجزائي، مجلة قهلاي زانست العلمية، مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية - اربيل، كردستان-العراق، المجلد (٧)، العدد (١)، شتاء/٢٠٢٢، ص٧١١؛ محمد الوريكات، مدى صلاحية الغرامة بوصفها بديلاً لعقوبة الحبس قصير المدة في التشريع الأردني والمقارن، مجلة جامعة النجاح للأبحاث (العلوم الإنسانية)، المجلد (٢٧)، العدد (٥)، ٢٠١٣، ص١٢٧.
- (٣٨٧) خلود عبد الرحمان العبادي، العقوبات المجتمعية في التشريعات الجزائية الأردنية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق/ جامعة الشرق الأوسط، الأردن، كانون الثاني- ٢٠١٥، ص٦٣.
- (٣٨٨) أبو بكر المغربي وطه عثمان، العقوبات البديلة في ضوء السياسة العقابية المعاصرة مع بيان موقف المنظم السعودي، بحث منشور في المجلة العلمية الفقه والقانون، جامعة المستقبل الأهلية، مملكة العربية السعودية، المجلد ٢٠١٩، العدد (٧٨)، نيسان/ ٢٠١٩، ص٤٩.
- (٣٨٩) محمد الوريكات، مدى صلاحية الغرامة بوصفها بديلاً لعقوبة الحبس قصير المدة في التشريع الأردني والمقارن، مجلة جامعة النجاح للأبحاث (العلوم الإنسانية)، المجلد (٢٧)، العدد (٥)، ٢٠١٣، ص١٠٤٧.

مختلف الوسائل التي تعبر عن حالة الإضراب النفسي التي يواجهها، وتتغير من طبيعة التعاملات بينه وبين أصدقائه ومسؤوليه في العمل مما كانت عليه قبل العقوبة، ويؤدي ذلك في الغالب الى الانطواء عن أصدقائه وترك العمل او حتى تغير مكان العيش^(٣٩٠).

كما تؤثر العقوبات السالبة للحرية في العلاقات الاجتماعية ما بين المحبوس وأسرته، فقد تؤدي إلى فصل اجتماعي ما بينه وبين أفراد أسرته، مما تصل في النهاية إلى القطعية وعدم التواصل وهذا الأمر يؤدي في شعور المحبوس بالإحباط والمهانة، وكذلك تؤثر العقوبات السالبة للحرية في العلاقات الاجتماعية بين أسرة المحبوس وأفراد المجتمع وتتمثل في وصمة العار التي تلحق بأسرة المحبوس حيث أن الصورة الذهنية تترسخ في أذهان أفراد المجتمع عن كل من يرتبط بنمط من العلاقات مع أفراد أسرة المحبوس هي علاقة مشبوهة دون أي ذنب، فقد ينقطع أبناء المحبوس عن الدراسة بعد دخول والدهم إلى الحبس هرباً من ازدراء زملائهم لهم^(٣٩١).

وقد يتعرض المحكوم عليه الى اضرار صحية أيضا نتيجة كثرة النزلاء داخل المؤسسات الإصلاحية فإذا ما تعرض احدهم للمرض فمن المحتمل إنتقال العدوى إلى الآخرين، فضلا عن الاضطرابات النفسية الذي يتعرض لها النزيل، ولا يخفى على احد بأن الخدمات الصحية التي تقدم للنزلاء ليست في المستوى المطلوب^(٣٩٢).

إلى جانب هذه المبررات، قد يؤدي المكوث في المؤسسات الإصلاحية والسجون إلى انعدام روح المسؤولية لدى المسجونين والمحكوم عليهم، فهم داخل المؤسسات الإصلاحية والسجون عاطلين عن العمل و الإدارة الإصلاحية توفر لهم المأكل والملبس المشرب دون مقابل، فإنهم عند الإفراج عنهم يخرجون إلى الحياة يلزمهم الشعور المتمثل بالحصول على الإعانة من غير جهد ، فيفقدون روح المسؤولية اتجاه أسرهم ويؤثرون حياة السجن حبا في البطالة وهذا ما يجعل البعض منهم يأملون في العودة إلى السجن كلما غادروه^(٣٩٣).

تلجأ الدول إلى بدائل العقوبات السالبة للحرية لتجنب هذه الآثار الاجتماعية السيئة التي انخرقت السجون عن مسارها الطبيعي في تحقيق أهدافه، ومن ثم أصبحت النظرة الحالية لها تنطق من اقتناع مؤداه أن السجون لم تعد ذات فعالية في تقويم المنحرفين والخارجين عن القانون، وخير دليل على ذلك ارتفاع نسبة العودة بين المفرج عنهم، حيث تصل في غالبية الإحصاءات % 70 من نزلاء السجون بالولايات المتحدة الأمريكية التي تعتبر اكبر البلدان في العالم اهتماما بالجوانب الإصلاحية^(٣٩٤).

(٣٩٠) رفحات صافي علي أبو جحلة، العقوبات المجتمعية كبديلة في التشريع الأردني، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، ٢٠١٩، ص ٣٧.

(٣٩١) محمد صالح معزي العنزي، الاتجاهات الحديثة في العقوبات البديلة، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا/ الجامعة الأردنية، أيار / ٢٠١٤، ص ٣١.

(٣٩٢) أيمن عبد العزيز المالك، بدائل العقوبات السالبة للحرية كنموذج للإصلاح في نظام العدالة الجنائية، أطروحة دكتوراه، جامعة نايف للعلوم الأمنية، رياض، ٢٠١٠، ص ١٠.

(٣٩٣) منصور رحمانى، علم الإجرام والسياسة الجنائية، دار العلوم والنشر عنابة، الطبعة الأولى، سنة ٢٠٠٦، ص ٢٥٦.

(٣٩٤) زرقاني مختارية، الاتجاهات الحديثة لبدايل العقوبة للتشريع العقابي الجزائري، رسالة ماجستير/ النظم الجنائية خاصة، جامعة عبد الحميد ابن باديس مستغانم/ كلية الحقوق، جزائر، ٢٠١٧، ص ٥٠.

الفرع الرابع : المبررات المتعلقة بالتناسب بين العقوبة والنشاط الإجرامي
تتشكل الغالبية العظمى من السجناء من الشرائح المستضعفة أو المحرومة في المجتمع، وقد يتم إيداع هؤلاء الأشخاص في السجن بسبب ارتكابهم جرائم بسيطة أو جرائم غير خطيرة، أو يتم احتجازهم أثناء المحاكمة لمدة طويلة غير مبررة، وقد لا يكون الاحتجاز أو السجن لمرتكبي الجرائم البسيطة أو المحتجزين أثناء المحاكمة مناسباً لهم أو لحالتهم، ولهذا السبب، فإن البدائل أو التدابير غير الاحتجازية تسمح باستخدام استراتيجيات متنوعة ومختلفة للتعامل بصورة مناسبة مع هؤلاء الأفراد، ولعل من أبرز هذه البدائل العقابية هي الوضع تحت المراقبة الإلكترونية في إطار التطبيق الفعلي للسياسة الجنائية الحديثة.

ومن جهة أخرى فإن البدائل و التدابير غير الاحتجازية قد تكون أكثر فاعلية في العديد من الحالات، إذ أنه من الصعوبة بمكان الإقرار بأن الحبس أو السجن يشكل الوسيلة المثلى لمنع الشخص المدان من ارتكاب جريمة أخرى، أو بقاء المشتبه بارتكابهم جرائم محددة تحت الرقابة الأمنية حتى تقرر السلطات القضائية إدانتهم أو تبرئتهم، مع الوضع في الاعتبار أن الممارسة العملية تشير إلى أن أغلب الغايات أو الأهداف المرجوة من وراء الحبس أو الاحتجاز يمكن تحقيقها بصورة أفضل من خلال بدائل و تدابير أخرى غير احتجازية^(٣٩٥).

المبحث الثاني : نماذج بدائل العقوبات السالبة للحرية وموقف

التشريعات الجنائية المقارنة منها

تعددت النماذج والصور المقررة لبدائل العقوبات السالبة للحرية من مشرع إلى آخر حسب الظروف السياسية والاجتماعية والاقتصادية لكل دولة، وحسب نمو حركة التشريع فيها ومرحلة تطبيقها، ورغم كثرة هذه النماذج إلا أنها تتوسع في تطبيقها بشكل مستمر من خلال بعض الأنواع المستحدثة المطبقة في أثناء وبعد إصدار حكم نهائي، وتعتمد المشرع على هذه البدائل في مواجهة الجريمة سحب حاجة المجتمع لها أولاً، ومن ثم حسب الجرائم التي تقوم عليها، فكان منها ما يمس حرية الجاني، إلا أنها لا تسلبها إياه بشكل مطلق، وكان منها ما يمس مركزه المالي أو مقدرته المالية.

عليه سنتناول في هذا المبحث نماذج بدائل العقوبات السالبة للحرية وموقف التشريعات الجنائية المقارنة من خلال تقسيمه على مطلبين، نخصص المطلب الأول للبدائل الشخصية للعقوبات السالبة للحرية أما الثاني؛ فسوف نكرسه للبدائل العينية للعقوبات السالبة للحرية، وعلى النحو الآتي:

المطلب الأول : البدائل الشخصية للعقوبات السالبة للحرية

بدايةً وقبل التطرق إلى البدائل الشخصية للعقوبات السالبة للحرية يجب أن نقر بأن النماذج التشريعية لهذه البدائل ليست سالبة للحرية بمجملها، فقد تكون بعضها

(٣٩٥) الوكالة السويدية للتنمية والتعاون الدولي التابعة للمنظمة الدولية للإصلاح الجنائي، بدائل التدابير الاحتجازية- دراسة حالة لعدد من الدول العربية (الأردن، الجزائر، المغرب، اليمن، تونس، مصر)، مارس/ ٢٠١٤، ص ١٣.

مقيدة لها، سواء قبل البدء بتنفيذ الحكم أو بعد تنفيذ جزء منه، وعند مراجعة التشريعات الجنائية المقارنة نوجدنا صوراً متعددة للعقوبات البديلة الشخصية تبعاً لاختلاف السياسة الداخلية لكل دولة واختلاف ثقافة شعوبها، فبعض هذه العقوبات يكون لصالح العام مثلاً كالعمل للمنفعة العامة، والبعض الآخر كإجراء وقائي وعلاجي لمنفعة شخص الجاني أو أسرته أو ذويه، وسنذكر من هذه النماذج أو الصور على سبيل المثال لا الحصر عدة أنواع؛ أهمها وقف تنفيذ العقوبة، والعمل للمنفعة العامة، والاختبار القضائي، والرقابة الإلكترونية للمحكوم عليه، كما نبين وموقف التشريع الجنائي العراقي والتشريعات الجنائية المقارنة من كل منها، وذلك من خلال الفروع الأربعة التالية^(٣٩٦):

الفرع الأول: نظام وقف تنفيذ العقوبة

يقصد بوقف التنفيذ أن يتم إدانة المتهم، وتعليق تنفيذ العقوبة فور صدور الحكم بها على شرط موقوف، خلال فترة من الزمن، يحددها القانون، فإذا لم يتحقق الشرط، فإن الحكم بالإدانة يعد كأن لم يكن، أما إذا تحقق فتنفذ العقوبة بأكمله^(٣٩٧)، وقد عرف هذا النظام كأحد الأنظمة والسياسات العقابية ليطبق على مجموعة من المجرمين يكفيهم التهديد حتى لا يعودوا إلى ارتكاب الجريمة مرة أخرى^(٣٩٨).

و يشمل نظام وقف التنفيذ بمفهومه الواسع كبديل للعقوبات السالبة للحرية نظامين: الأول نظام وقف التنفيذ البسيط، والثاني النظام الثاني وقف التنفيذ المقترن بالاختبار، وسوف نبحت في كل منهما تباعاً:

أولاً/ نظام وقف التنفيذ البسيط:

وهو نموذج معين ينطق به القاضي عند إصدار الحكم تجاه المحكوم عليه، ويتضمن تعليق هذه العقوبة كلياً أو جزئياً خلال فترة معينة، حيث يصبح بعدها الحكم بالإدانة كأن لم يكن، إذا لم يتعرض المستفيد منه لحكم جنائي آخر خلال هذه المدة سواء أكان السوك المستوجب لهذا الحكم قد صدر قبل صدور أمر وقف التنفيذ أو بعد صدوره^(٣٩٩).

(٣٩٦) يعد جانب من الفقه الإفراج الشرطي ضمن العقوبات البديلة، وبرأينا إن هذا النظام لا يدخل في نظام العقوبات البديلة، لأن أصل ذلك النظام يصدر بحق المحكومين عليهم بعقوبة سالبة للحرية، وهذا ما يعد منافياً مع طبيعة العقوبات البديلة، لأن الإمتل في العقوبات البديلة أنه لا يجوز دخول المحكوم عليه داخل المؤسسات العقابية، هذا من ناحية ومن ناحية أخرى فإن هذا النظام تتعامل مع مدة أطول من مدد العقوبات البديلة التي تتعامل بها، فلذلك إن تلك النظم ما هي إلا نوع من أنواع المعاملة العقابية في وسط مفتوح. وهذا ما أخذ به القانون العراقي حيث أخذ نظام الإفراج الشرطي كمعاملة عقابية فقط وليس كعقوبة بديلة.

وهو أحد الأنظمة التي تأتي في مرحلة تنفيذ الحكم القضائي الصادر بحق المحكوم عليه، ويتضمن الإفراج عن المحكوم عليه قبل انتهاء مدة عقوبته، وذلك بهدف إعادته للتكيف مع الحياة الاجتماعية وإعداده للعودة إليها بصورة تدريجية، ويطلق عليه بعض الفقه (نظام البارول).

ويعرف بأنه إطلاق سراح النزيل من المؤسسة قبل استكمال مدة حكمه، متى تحققت بعض الشروط، وذلك بوضعه تحت إشراف معين بهدف مساعدته على اجتياز ما بقي من مدة الحكم. ينظر للمزيد عن هذا النظام: خالد سعود بشير الجبور، التفريد العقابي في القانون الأردني-دراسة مقارنة مع القانون المصري والقانون الفرنسي، أطروحة دكتوراه، جامعة عمان العربية/ كلية القانون، الأردن، ٢٠٠٧، ص ٢؛ محمد عبدالله الوريكات، أصول علمي الإجرام والعقاب، دار النوازل للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٩، ص ٢٥٦ وما بعدها؛ محمود نجيب حسني، علم العقاب، مصدر سابق، ص ١١٨ وما بعدها.

(٣٩٧) معيزة رضا، نظام وقف تنفيذ العقوبة في ضوء السياسة العقابية الحديثة، رسالة ماجستير، جامعة بن عكنو/ كلية الحقوق، الجزائر، ٢٠٠٧، ص ٢٥؛ طلال ابو عفيفة، الوجيز في قانون الإجراءات الجزائية الفلسطينية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١١، ص ٣٨٣.

(٣٩٨) محمد صالح معزي العنزي، مصدر سابق، ص ٦١؛ محمد الجبور، وقف تنفيذ العقوبة في القانون الأردني، مجلة البلقاء للبحوث والدراسات، المجلد (٥)، العدد (٢)، ص ٤٥.

(٣٩٩) نظام توقيف المجالي، شرح قانون العقوبات / القسم العام - دراسة تحليلية في النظرية العامة للجريمة والمسؤولية الجزائية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ٢٠٠٩، ص ٤٤.

عليه، فإن المستفيد هنا يكون أمام مسلكين: إما أن يسلك السلوك الحسن خلال هذه المدة، وهنا يعفى من العقاب، أو أن يرتكب جريمة أخرى معاقب عليها القانون وهنا يلغى وقف التنفيذ تلقائياً وينفذ الحكم الموقوف فوراً.

وإن من شأن هذا النظام إبعاد المحكوم عليه بعقوبة سالبة للحرية من تنفيذها، متى تبين للقاضي بعد فحص شخصية المحكوم عليه وظروفه، ما يبعث على الاعتقاد بأنه لن يعود إلى ارتكاب الجريمة مرة أخرى، والحكمة من هذا النظام هي منح فرصة للمحكوم عليه الذي ارتكب الجريمة لظروف عارضة لا تكشف عن خطورة اجرامية من دخول السجن، حيث يقدر القاضي أن بقاءه حراً طليقاً تحت وطأة تنفيذ العقوبة- إذا تحقق شرط الغائها- يعد وسيلة لإصلاحه وتأهيله، بدلاً من أن يكتسب أساليب جرمية نتيجة اختلاطه بمحترفي الإجرام داخل السجن^(٤٠٠).

ولقد تضمنت غالبية التشريعات الجنائية نظام وقف تنفيذ العقوبة، كإجراء قضائي يخضع لسلطة القاضي التقديرية ولكنها اختلفت فيما بينها على شروط العمل بهذا النظام، ونوعية الجرائم والعقوبات التي يشملها، فقد تضمنته تشريعنا الجنائي في المواد (١٤٤ - ١٤٦) من قانون العقوبات العراقي^(٤٠١)، فموجبه منحت المحكمة عند الحكم في جنابة أو جنحة بالحبس مدة لا تزيد على سنة ان تأمر بوقف تنفيذ العقوبة وفق شروط معينة ولمدة ثلاث سنوات وخصوصاً ان لاحظت المحكمة اخلاق المحكوم عليه وسنه وظروف الجريمة يبعث على الاعتقاد انه لن يعود لارتكاب الجريمة مجدداً.

وكذلك الحال بالنسبة للتشريع الجنائي الفلسطيني، إذ تنص المادة (٢٨٤) من قانون الاجراءات الجزائية الفلسطيني رقم ٣ لسنة ٢٠٠١ على هذا النظام^(٤٠٢)، والتي يتضح من خلالها أنه عند الحكم في جنابة أو جنحة بالغرامة أو بالحبس مدة لا تزيد على سنة يجوز للمحكمة في نفس الحكم أن تأمر بإيقاف تنفيذ العقوبة وفق شروط معينة ولمدة ثلاث سنوات إذا رأت من أخلاق المحكوم عليه أو ماضيه أو سنه أو ظروفه التي دفعته إلى ارتكاب مثل هذه الجريمة ما يدل على الاعتقاد بأنه لن يعود إلى مخالفة القانون.

وهذا ما اتجه المشرع الجنائي الأردني أيضاً، حيث أورد نظام وقف تنفيذ العقوبة في المادة (٥٤) مكرر من قانون العقوبات الأردني رقم (١٦) لسنة ١٩٦٠ المعدل

(٤٠٠) فريدة بن يونس، تنفيذ الأحكام الجنائية، أطروحة دكتوراه جامعة بسكرة، الجزائر، ٢٠١٣، ص ١١٩.
(٤٠١) تنص المادة (١٤٤) من قانون العقوبات العراقي على أنه: " للمحكمة عند الحكم في جنابة أو جنحة بالحبس مدة لا تزيد على سنة أن تأمر في الحكم نفسه بإيقاف تنفيذ العقوبة إذا لم يكن قد سبق الحكم على المحكوم عليه عن جريمة عمدية ورأت من أخلاقه وماضيه وسنه وظروف جرميته ما يبعث على الاعتقاد بأنه لن يعود إلى ارتكاب جريمة جديدة وللمحكمة أن تقصر إيقاف التنفيذ على العقوبة الأصلية أو تجعله شاملاً للعقوبات التبعية والتكميلية والتدابير الاحترازية وإذا حكم بالحبس والغرامة معاً جاز للمحكمة أن تقصر إيقاف التنفيذ على عقوبة الحبس فقط. وعلى المحكمة أن تبين في الحكم الأسباب التي تستند إليها في إيقاف التنفيذ".

وتنص المادة (١٤٥) منه على أنه: " للمحكمة عند الأمر بإيقاف التنفيذ أن تلزم المحكوم عليه بأن يتعهد بحسن السلوك خلال مدة إيقاف التنفيذ وفقاً لأحكام المادة ١١٨ أو أن تلزمه بإداء التعويض المحكوم عليه كله أو بعضه خلال أجل يحدد في الحكم أو تلزمه بالأمرين معاً"، وتنص المادة (١٤٦) منه على أنه: " تكون مدة إيقاف التنفيذ ثلاث سنوات تبدأ من تاريخ الحكم "

(٤٠٢) تنص المادة (٢٨٤) من قانون الاجراءات الجزائية الفلسطيني رقم ٣ لسنة ٢٠٠١ على الآتي: " يجوز للمحكمة عند الحكم في جنابة أو جنحة بالغرامة أو بالحبس مدة لا تزيد على سنة أن تأمر في نفس الحكم بإيقاف تنفيذ العقوبة إذا رأت من أخلاق المحكوم عليه أو ماضيه أو سنه أو الظروف التي ارتكبت فيها الجريمة ما يبعث على الاعتقاد بأنه لن يعود إلى مخالفة القانون. ويجب أن تبين في الحكم أسباب إيقاف التنفيذ ويجوز أن يكون الإيقاف شاملاً لأية عقوبة تبعية ولجميع الآثار الجزائية المترتبة على الحكم"، وتنص المادة (٢٨٥) منه على أنه: " يصدر الأمر بإيقاف تنفيذ العقوبة لمدة ثلاث سنوات تبدأ من اليوم الذي يصبح فيه الحكم نهائياً. ويجوز إلغاء إيقاف التنفيذ....".

بقانون رقم (٩) لسنة ١٩٨٨^(٤٠٣)، والذي يفهم منه أنه قد قصر هذا النظام على الجنايات والجنح دون المخالفات وعلى العقوبات الجنائية والجنحوية التي لا تزيد عقوبة الحبس فيها عن سنة واحدة، وقد حدد مدة تحقق شرط الإلغاء بثلاث سنوات تبدأ من اليوم الذي يصبح فيها الحكم قطعياً.

في حين نص قانون العقوبات المصري رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧ المعدل على نظام وقف التنفيذ في المواد (٥٥ - ٥٧) منه^(٤٠٤)، والتي جاءت مطابقة تماماً لما ورد النص عليه في التشريعات الجنائية السابقة، إلا أن المشرع المصري استثنى بعض الجرائم من نظام وقف التنفيذ، ومنها قضايا المخدرات والاتجار بها، وقضايا الغش والتدليس المنصوص عليها في القانون رقم (٤٨) لسنة ١٩٤١^(٤٠٥).

أما المشرع الجنائي الفرنسي فقد جعل نظام وقف التنفيذ بموجب المادة (١٣٢) من قانون العقوبات الفرنسي شاملاً لجميع أنواع الجرائم، على أن لا تزيد عقوبة الحبس عن خمس سنوات، أما المشرع الجنائي الإيطالي فقد حدد مدة العقوبة المراد إيقاف تنفيذها وفق المادة (١٣٥) من قانون العقوبات الإيطالي بسنتين كحد أدنى، وثلاث سنوات كحد أقصى لمدة العقوبة المراد إيقاف تنفيذها بالنسبة للأحداث ممن هم دون الثامنة عشرة^(٤٠٦).

ثانياً/ نظام وقف التنفيذ المقترن بالاختبار:

ويعرف نظام وقف التنفيذ المقترن بالاختبار بأنه تقييد حرية المحكوم عليه بدلا من سلبها كوسيلة لإصلاحه، وذلك بأن يصدر الحكم بالادانة مع وقف تنفيذ العقوبة تحت الاختبار من أجل تنفيذ شروط والتزامات تفرضها عليه المحكمة من خلال مدة زمنية محددة^(٤٠٧)، وإن هذه الصورة من صور وقف التنفيذ تتمثل في تقرير نظام وقف التنفيذ مع وضع المحكوم عليه تحت الاختبار القضائي، من خلال الإشراف عليه من جهة يحددها القانون، لضمان قيامه ببعض الإلتزامات والشروط التي تضمن ابتعاد المحكوم عليه عن مسلك الجريمة والطرق المؤدية لها، وإذا أخل المحكوم عليه بأي من شروط وقف التنفيذ أو الاختبار القضائي، فإن العقوبة الموقوفة تنفيذها بحقه يتم تنفيذها ويعاد المحكوم عليه إلى السجن أو مركز الإصلاح والتأهيل^(٤٠٨).

(٤٠٣) نصت المادة (٥٤) مكرر من قانون العقوبات الاردني رقم (١٦) لسنة ١٩٦٠ المعدل بقانون رقم (٩) لسنة ١٩٨٨ على أنه: "١. يجوز للمحكمة عند الحكم في جناية أو جنحة بالسجن أو الحبس مدة لا تزيد على سنة واحدة أن تأمر في قرار الحكم بإيقاف تنفيذ العقوبة وفقاً للأحكام والشروط المنصوص عليها في هذا القانون إذا رأت من أخلاق المحكوم عليه أو ماضيه أو سنه أو الظروف التي ارتكب فيها الجريمة ما يبعث على الاعتقاد بأنه لن يعود إلى مخالفة القانون، ويجب أن تبين في الحكم أسباب إيقاف التنفيذ، ويجوز أن تجعل الإيقاف شاملاً لأية عقوبة تبعية ولجميع الآثار الجنائية الأخرى المترتبة على الحكم. ٢. يصدر الأمر بإيقاف تنفيذ العقوبة لمدة ثلاث سنوات تبدأ من اليوم الذي يصبح فيه الحكم قطعياً...".

(٤٠٤) تنص المادة (٥٥) من قانون العقوبات المصري رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧ المعدل على أنه: " يجوز للمحكمة عند الحكم في جناية أو جنحة بالغرامة أو بالحبس مدة لا تزيد عن سنة أن تأمر في نفس الحكم بإيقاف تنفيذ العقوبة إذا رأت من أخلاق المحكوم عليه أو ماضيه أو سنه أو الظروف التي ارتكب فيها الجريمة ما يبعث على الاعتقاد بأنه لن يعود إلى مخالفة القانون. ويجب أن تبين في الحكم أسباب إيقاف التنفيذ. ويجوز أن يجعل الإيقاف شاملاً لأية عقوبة تبعية ولجميع الآثار الجنائية المترتبة على الحكم". وتنص المادة (٥٦) من قانون العقوبات المصري رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧ المعدل على أنه: " يصدر الأمر بإيقاف تنفيذ العقوبة لمدة ثلاث سنوات تبدأ من اليوم الذي يصبح فيه الحكم نهائياً...".

(٤٠٥) وأخذت به معظم التشريعات الجنائية العربية منها اللبنانية والكويتية والليبية والقطرية والتونسية.
(٤٠٦) يُنظر: المادة (١٣٢) من قانون العقوبات الفرنسي، وما يقابلها المادة (١٣٥) من قانون العقوبات الإيطالي، مشار إليهما لدى: فهد يوسف الكساسبة، دور النظم العقابية الحديثة في الإصلاح والتأهيل- دراسة مقارنة، مجلة علوم شريعة والقانون، مجلد (٣٩)، العدد (٢) ٢٠١٢، ص ٣٩٤.

(٤٠٧) عبد الرحمن خلفي وعبد الملك خلفي وآخرون، العقوبات البديلة، الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ٢٠١٥، ص ٧٢.

(٤٠٨) محمد سعيد نمور، وقف التنفيذ نظام نفته في تشريعاتنا الجزائية في الأردن، بحث منشور في مجلة مؤتة للبحوث والدراسات/ جامعة مؤتة، الأردن، المجلد (٣)، العدد (٢)، كانون الأول/ ١٩٨٨، ص ٧١.

ولا يختلف نظام وقف التنفيذ المقترن بالاختبار مع نظام وقف التنفيذ البسيط الا في كون الاول يحمل التزامات اضافية للمستفيد منه وهو الوضع تحت الاختبار، وذلك يقيم في اطار السلطة التقديرية للمحكمة، وإن هذا النظام لا يطبق الا على الشخص الطبيعي بعكس نظام وقف التنفيذ البسيط الذي يطبق على الشخص المعنوي مثلما يطبق على الشخص الطبيعي، وكذلك هناك اختلاف آخر مع وقف التنفيذ البسيط اذ يستفيد من هذا النظام المدان الذي سبق له ان ارتكب نفس الجريمة^(٤٠٩).

وبمجرد انقضاء فترة التجربة دون ان يتم الغاء وقف التنفيذ يعد الحكم كأن لم يكن ويعد من قبيل الالتزامات الواجب القيام بها الغرامة التي تقدم للدولة والتعويضات المدنية التي تقدم للضحية، وتبعاً لذلك ضروري ان يلتزم بها المحكوم عليه حتى يستفيد من اعتبار الحكم كأن لم يكن، وبالمقابل اذا لم يلتزم المحكوم عليه بالالتزامات الملقاة على عاتقه ولم يراع تدابير المراقبة، او اذا ارتكب جناية او جنحة خلال فترة التجربة فإنه يتم الغاء وقف التنفيذ ويتم تنفيذ العقوبة المحكوم بها مما يفيد عودة القوة التنفيذية للحكم^(٤١٠)، وقد أخذ بهذا النظام في كل من القانون الياباني والفرندي والنرويجي والنمساوي وقانون الدفاع الاجتماعي في بلجيكا^(٤١١).

الفرع الثاني : العمل للمنفعة العامة

تعد عقوبة العمل للمنفعة العامة من أهم العقوبات البديلة وأوسعها تطبيقاً وأكثرها فعالية والمعمول بها تجاه الغالب من المحكوم عليهم بعقوبات سالبة للحرية قصيرة المدة^(٤١٢).

وهي واحدة من أهم العقوبات البديلة باعتبارها تحقق خصائص العقوبة من (شرعية العقوبة، شخصيتها، صدورها بحكم قضائي)، وتحقق في نفس الوقت الهدف من العقوبة وهو إصلاح المذنب، وتقوم تلك العقوبة على إلزام بالقيام بالعمل في إحدى المؤسسات الحكومية بعدد معين من الساعات خلال فترة العقوبة، سواء بصفة يومية أو لعدد معين من الأيام خلال الشهر يحددها الحكم الصادر، ويحدد أيضاً نمط العمل وآلية تنفيذه والفترة التي سيتم التنفيذ خلالها، ويقوم القاضي بذلك بعد دراسة تفصيلية لحالة الجاني وحجم الجريمة المرتكبة^(٤١٣).

وعلى الرغم من أهمية هذه الوسيلة كبديل للسجن، إلا أنها تشترط توافر عوامل متعددة لضمان نجاحها ومن أهمها:

١. تناسب العمل من حيث نوعه ومدته مع جسامة الجريمة المرتكبة.
٢. القدرة الجسدية للمحكوم عليه، فإذا كان غير قادر على العمل في هذه الخدمة فينبغي البحث عن بديل آخر.

(٤٠٩) عبد الرحمن خلفي، نظرة حديثة للسياسات الجنائية المقارنة - سلسلة أبحاث جنائية معمقة، الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ٢٠١٨، ص ٢٢٦.

(٤١٠) عمر سالم، ملامح جديدة لنظام وقف التنفيذ في القانون الجنائي، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، القاهرة، ٢٠٠٧، ص ١٩٩.

(٤١١) أحمد فتحي سرور، نظام الاختبار القضائي في نظرية القانون وفي التشريع المصري، تقرير مقدم □ الحلقة الثانية □ كافحة الجريمة التي أقامها □ مركز القومي بجامعة القاهرة، ١٩٦٣، ص ٢٧٠.

(٤١٢) عبد الله بن عبد العزيز اليوسف، التدابير المجتمعية كبديل للعقوبة السالبة للحرية، مصدر سابق، ص ١٣٢.

(٤١٣) حنان عبد الرؤوف، العمل للنفع العام كعقوبة بديلة لعقوبة الحبس، رسالة ماجستير، جامعة محمد خيضر، الجزائر، ٢٠١٤، ص ٣٠.

٣. قيام المحكوم عليه بتقديم كفيل يضمن قيامه، واستمراريته بهذه الخدمة الاجتماعية.

٤. أن تتناسب هذه الخدمة مع مكانة الشخص ر إلى الاجتماعية، بحيث لا تتحدمست وى الشعور بالاحتقار ال جتماعي، لأنها حينئذٍ تنطوي على انعكاسات نفسية، قد تحمل فيطياتها معنى الإيلام والإذلال^(٤١٤).

والفوائد المترتبة على العمل للمنفعة العامة كبديل للعقوبات السالبة للحرية كثيرة، ومن أهمها إصلاح الجاني وتأهيله من خلال إلزامه بالعمل في المشاريع النافعة مما يبعده عن مساوئ السجون والاختلاط بأرباب السوابق، كما أن من شأنها إكساب النزيل مهنة شريفة تكون واقياً له ضد البطالة التي يمكن أن تقوده إلى سلوك طريق الجريمة، علاوة على أن قيام الشخص بهذه الخدمة يعود عليه وعلى أسرته وعلى المجتمع بالمنفعة^(٤١٥).

ظهر هذا الأسلوب في الاتحاد السوفيتي سنة ١٩٢٠، ثم انتشر إلى أمريكا ثم أوروبا منذ سبعينات القرن العشرين، وبالنظر إلى أهمية هذه الوسيلة كبديل لعقوبة السجن، أكدت عليها العديد من المؤتمرات الدولية ومن أهمها مؤتمر هافانا- كوبا لسنة ١٩٩٠ المتعلق بقواعد الأمم المتحدة الدنيا النموذجية للتدابير غير الاحتجازية، والمؤتمر الدولي للسجون والذي انعقد في جامعة لستر بإنجلترا سنة ١٩٩٤، كما أخذت بها بعض التشريعات الأجنبية^(٤١٦)، وكذلك العربية مثل: مصر، فلسطين، الأردن، الجزائر، لبنان، تونس، البحرين، الكويت، والمملكة العربية السعودية والمغرب^(٤١٧)، لما له من فائدة حقيقية في الإصلاح والتأهيل، ونذكر من التشريعات العربية على سبيل المثال: التشريع الجنائي المصري الذي اتجه نحو الأخذ بالخدمة المجتمعية أي الخدمة للمنفعة العامة كبديل عن الحبس قصير المدة من خال نص المادة (١٨) من قانون العقوبات المصري^(٤١٨).

ويبدو واضحاً من نص المادة السابقة يحق لكل محكوم عليه لم تتجاوز مدة حبسه ثلاثة شهور ان يطلب بدلاً من تنفيذ عقوبة الحبس عليه تشغيله خارج السجن، طبقاً لما تقرر من القيود تحقيق الجنايات إلا إذا نص الحكم على حرمانه من هذا الخيار.

وكذلك الحال بالنسبة للتشريع الجنائي الفلسطيني، فقد أورد المشرع الفلسطيني الخدمة للمنفعة العامة كبديل عن الحبس قصير المدة بنص المادة (٣٩٩) من قانون الاجراءات الجزائية رقم (٣) لسنة ٢٠٠١^(٤١٩)، وهناك من يرى بأن المشرع

(٤١٤) فهد يوسف الكساسبة، دور النظم العقابية الحديثة في الإصلاح والتأهيل، مصدر سابق، ص ٣٩٦.

(٤١٥) أيمن عبد العزيز المالك، مصدر سابق، ص ١٢.

(٤١٦) من التشريعات الأجنبية التي تبنت هذا البديل قانون العقوبات الفرنسي لسنة ١٩٩٢، في المادة (١٣١) منه و القانون العقوبات الإيطالي لسنة ١٩٣٠ في المادة (١٠٢) منه.

(٤١٧) محمد خاضر بن سالم، عقوبة العمل للنفع العام في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة ورقلة، الجزائر، ٢٠٠١، ص ٤٣.

(٤١٨) تنص المادة (١٨) من قانون العقوبات المصري رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧ المعدلة بالقانون رقم ٤٩ لسنة ٢٠١٤ على أنه: " لكل محكوم عليه بالحبس البسيط لمدة لا تتجاوز ستة أشهر أن يطلب بدلاً من تنفيذ عقوبة الحبس عليه تشغيله خارج السجن طبقاً للقيود المقررة بقانون الاجراءات الجنائية إلا إذا نص الحكم على حرمانه من هذا الخيار".

(٤١٩) تنص المادة (٣٩٩) من قانون الاجراءات الجزائية الفلسطيني رقم (٣) لسنة ٢٠٠١ على أنه: " لكل محكوم عليه بالحبس لمدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر ان يطلب من النيابة العامة تشغيله خارج مركز الإصلاح والتأهيل (السجن) بدلاً من تنفيذ عقوبة الحبس عليه، ما لم ينص الحكم على حرمانه من هذا الخيار".

الفاستيني لم يكن موفقاً في جعل صلاحية الحكم بتحويل هذه العقوبة لعقوبة العمل للمنفعة العامة في يد النيابة العامة بناء على طلب المحكوم عليه، وبشرط أن لا يكون الحكم قد نص على حرمان المحكوم عليه من هذا الخيار، بل كان عليه جعلها في يد القضاء، فمن الممكن لو استمرت هذه الصلاحية بيد النيابة العامة فإنها قد تتعسف في استخدامها لهذه الصلاحية^(٤٢٠).

أما المشرع الجنائي الأردني فقد أورد نصا المادة (٢٥ مكررة) من قانون العقوبات الأردني بشأن هذه العقوبة البديلة^(٤٢١)، والذي بموجبه أجاز للمحكمة الحكم بهذا البديل والزام المحكوم عليه بالقيام بعمل غير مدفوع الاجر لخدمة المجتمع لمدة تحددها بشرط أن لا تقل عن (٤٠) ساعه ولا تزيد على (٢٠٠) ساعة على ان يتم تنفيذ العمل خلال مدة لا تزيد على سنة من اجل المنفعة العامة.

وبدلالة المادة(٢٢) من القانون نفسه^(٤٢٢)، يمكن أن يؤدي العمل للمنفعة العامة إلى استبعاد الحكم بالحبس الناجم عن عدم دفع الغرامة إذا لم يتجاوز مدة الحبس عن سنة، ولكن قد يتم الاستغناء عن عدم دفعها بالعمل بما يقابلها للمنفعة العامة إذا كانت مدة الحبس أقل من ثلاثة أشهر بعد التبديل، ويبدو من هذا الخيار، إن العمل للمنفعة العامة يجب أن لا يكون لعقوبة الحبس فقط، وإنما يجب أن يتعدى إلى أبعد من ذلك ليصل إلى الغرامة، وفي هذا الاطار لم يرد القول بأن الغرامة ليست عقوبة سالبة للحرية حتى يتم إبدالها بالعمل للمنفعة العامة، وذلك لأن الامتناع عن دفع الغرامة يؤدي ذلك إلى الحبس الذي يمكن أن يستبعد ببديل العمل للمنفعة العامة^(٤٢٣).

أما بالنسبة لتشريعنا الجنائي، فقد جاءت خالية من النص على هذا البديل، وقد ادرك المشرع الجنائي الحديث فعلاً ضرورة هذا الأمر عند صياغته لمشروع قانون العقوبات العراقي الجديد^(٤٢٤)، عندما افسح المجال أمام المحكمة - وبطب من الإدعاء العام - اللجوء إلى هذا البديل أثناء أو بعد الحكم بعقوبة الحبس قصير المدة بعد مراعات ظروف الجريمة والمحكوم عليه، ونصت في المادة (٧٦) منه على صلاحية المحكمة في إبدال عقوبة الحبس البسيط الذي لا تقل مدته عن أربع وعشرين ساعة ولأزيد على سنة واحدة مالم ينص القانون على خلاف ذلك - بإحدى العقوبات البديلة التالية - أ. العمل في المجتمع بدون أجر ب - الوضع تحت المراقبة في مكان محدد ج - الخضوع للمراقبة الالكترونية . وعلى أن تكون العقوبة البديلة مساوية للعقوبة المحكوم بها^(٤٢٥).

(٤٢٠) أسامة الكيلاني، العقوبات البديلة للعقوبات السالبة للحرية القصيرة المدة، المركز العربي للبحوث، قطر، ٢٠١٣، ص ١١.
(٤٢١) تنص المادة (٢٥ مكررة) من قانون العقوبات الأردني رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠ على الآتي: "الخدمة المجتمعية: هي الزام المحكوم عليه بالقيام بعمل غير مدفوع الاجر لخدمة المجتمع لمدة تحددها المحكمة لا تقل عن (٤٠) ساعه ولا تزيد على (٢٠٠) ساعة على ان يتم تنفيذ العمل خلال مدة لا تزيد على سنة".

(٤٢٢) تنص المادة(٢٢) من قانون العقوبات الأردني على الآتي: ".....إذا لم يؤد المحكوم عليه بالغرامة المبلغ المحكوم به عليه ، يحبس في مقابل كل عشرة دناتير أو كسورها يوماً واحداً على أن لا تتجاوز مدة الحبس في هذه الحالة سنة واحدة....".

(٤٢٣) أسامة الكيلاني، مصدر سابق، ص ١٢.

(٤٢٤) من الجدير بالذكر أن مشروع قانون العقوبات الجديد أرسل إلى مجلس النواب منذ أب - ٢٠٢١ وتم إيداعه لدى الدائرة القانونية للمجلس بانتظار تحديد موعد لمناقشته وقراءته ومن ثم التصويت عليه وبقي في محطة الانتظار بسبب الأوضاع المعروفة التي مر بها المجلس والعراق بشكل عام وخلال هذه الفترة . والحقيقة أن التعديلات لقانون رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ كانت مهمة وجوهرية وتضمنت مبادئ وقواعد تنسجم وتتوافق مع تطلعات المجتمع العراقي ومع السياسة الجنائية الحديثة التي وردت في قوانين الأمم المتحدة وهيئاتها ومخرجات المؤتمرات الدولية والتدابير والإجراءات التي اعتمدها اللجان في صياغة هذا المشروع . الذي أقر ميديا العقوبة البديلة وتوسع فيها بدلا من العقوبات السالبة للحرية .
(٤٢٥) المادة(٧٦/أولاً) من مشروع قانون العقوبات العراقي الجديد.

الفرع الثالث : المراقبة الإلكترونية

أسهمت التكنولوجيا الحديثة في تطوير كل نواحي الحياة، حيث أثرت هذه التطورات على كل من الجريمة والعدالة، وقد استفاد نظام العدالة الجنائية من هذه التطورات التكنولوجية من خلال الكشف والتحقيق عن الجرائم ومعاملة المحكوم عليهم، ويعد نظام المراقبة الإلكترونية من الوسائل المستحدثة في السياسة العقابية على المستوى الدولي، ويطلق عليه المتخصصون عدة ألقاب مثل السجن المنزلي أو السوار الإلكتروني أو المراقبة الإلكترونية^(٤٢٦).

ويعرف بأنها: "إلزام المحكوم عليه بالإقامة في مكان سكنه أو محل إقامته، خلال أوقات محددة، ويتم التأكد من ذلك من خلال متابعته عن طريق وضع جهاز إرسال على يده أو رجله أو أحد أماكن الأخرى في جسد المحكوم عليه يسمح لمركز المراقبة من معرفة ما إذا كان المحكوم عليه موجوداً في المكان والزمان المحددين من قبل الجهة القائمة على التنفيذ أم لا، حيث يعطي الكمبيوتر تقارير عن نتائج هذه الاتصالات"^(٤٢٧).

ويعرف أيضاً بأنها: "نظام للمراقبة عن بعد بموجبه يمكن التأكد من وجود أو غياب شخص عن المكان المخصص لإقامته، بموجب حكم قضائي، حيث يسمح للمحكوم عليه بالبقاء في منزله، لكن تحركاته محددة ومراقبة، وبموجب جهاز مثبت في معصمه أو وفي أسفل قدمه"^(٤٢٨).

عليه تقوم المراقبة الإلكترونية على شروط فنية تتمثل في ضرورة لبس المحكوم عليه السوار الإلكتروني الذي يحدد مكانه ويصدر إشارات تحذيرية في حال خروجه من المكان المحدد له، ويرتبط هذا السور بجهاز مركزي موجود في الجهة القضائية التي أصدرت الحكم^(٤٢٩).

وتقوم أيضاً على شروط مادية وقانونية، فالشروط المادية تتمثل في تحديد مكان إقامة ثابت للمحكوم عليه ومعروف للجهة القضائية، أما الشروط القانونية فتقوم على تحديد الأشخاص الذين يخضعون للمراقبة الإلكترونية، وتحديد مدة الرقابة الإلكترونية، ورضا المحكوم به، إذ يركز نظام المراقبة الجنائية الإلكترونية الواردة في النماذج التشريعية على رضا الخاضع للمراقبة^(٤٣٠).

لجأت العديد من الأنظمة العقابية إلى المضي قدماً في تطبيق نظام المراقبة الإلكترونية سواء كتدبير احترازي أثناء التحقيق والمحاكمة، أو كبديل عقابي للعقوبات سالبة الحرية خاصة قصيرة المدة، وفي سبيل ذلك تم التوصل إلى ثلاث آليات أو أساليب محددة لتنفيذ نظام الوضع تحت المراقبة الإلكترونية:

الآلية الأولى هي طريقة البث المتواصل المطبقة في أغلب الدول التي اختارت تطبيق نظام المراقبة الإلكترونية، ويتم العمل فيها من خلال سوار أو أسورة ترسل

(٤٢٦) عبد الهادي درار، نظام المراقبة الإلكترونية في ظل تطورات النظم الإجرائية الجزائية، مجلة الدراسات والبحوث القانونية/ جامعة محمد بوطياف بالجزائر، العدد(٣)، كانون الثاني/ ٢٠١٧، ص ١٤٣.

(٤٢٧) عبدالله بن عبدالعزيز اليوسف، التدابير المجتمعية لبدائل العقوبات السالبة للحرية، مصدر سابق، ص ١٤١.

(٤٢٨) صفاء اوثاني، الوضع تحت المراقبة الإلكترونية-السوار الإلكتروني- في السياسة العقابية الفرنسية، مجلة القانون والاقتصاد، جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد (٢٥) العدد (١)، سوريا، ٢٠٠٩، ص ١٥٠.

(٤٢٩) ساهر إبراهيم الوليد، مراقبة المتهم إلكترونياً كوسيلة للحد من مساوئ الحبس الاحتياطي-دراسة تحليلية، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الإسلامية، المجلد(٢١)، العدد (١)، ٢٠١٣، ص ٦٦٨.

(٤٣٠) ساهر إبراهيم الوليد، المصدر السابق، ص ٦٦٦.

إشارات محددة كل (١٥) ثانية إلى مستقبل موصل بالخط الهاتفي في مكان إقامة الشخص الخاضع لهذا النظام، ويقوم هذا المستقبل بنقل الإشارات إلكترونياً إلى نظام معلوماتي مركزي يتم تجهيزه بتقنيات تكنولوجية يمكنها أن تسجل هذه الإشارات والمعلومات بصورة دقيقة ومحكمة، ويوجد هذا النظام المعلوماتي لدى الجهة التي تتولى تطبيق نظام المراقبة الإلكترونية. أما الثانية فهي طريقة التحقق الدقيق التي يتم بموجبها إرسال نداء تليفوني بشكل أوتوماتيكي إلى منزل أو محل إقامة الشخص الخاضع لهذا النظام، الذي يقوم باستقبال هذا النداء والرد عليه عبر رمز صوتي أو تعريف ناطق لتحديد مدى التزامه بالضوابط والشروط المفروضة عليه واستجابته للتعليمات الصادرة له. أما الثالثة والأخيرة فهي طريقة المراقبة الإلكترونية عبر ستلايت الشائعة الاستخدام في الولايات المتحدة الأمريكية^(٤٣١).

ويتضح مما تقدم أن المراقبة الإلكترونية تعمل على حماية المجتمع عن طريق إبعاد المفرج عنهم بصورة دائمة عن الأماكن العامة، كما أنها تعطي للجاني فرصة البقاء مع عائلته إضافة إلى إمكانية قيامه بدوره الاجتماعي والوظيفي بشكل يساعد على تنفيذ برنامج إعادة التأهيل والاندماج في الحياة الاجتماعية فهي لا تعزل المحكوم عليه اجتماعياً، بل تتيح له ممارسة حياته الشخصية من دون أن يحرم من حريته وتأثره ببيئة المؤسسات الإصلاحية، وبالتالي لا تتأثر أسرته اجتماعياً ولا اقتصادياً ولا نفسياً بغياب المحكوم عليه.

عليه أقرت العديد من التشريعات الجنائية المعاصرة الوضع تحت المراقبة الإلكترونية وتنوعت آليات تنفيذه، ومن الدول التي تأخذ بها كالولايات المتحدة، وكندا، والسويد، وفرنسا التي طبقتها في أواخر عام ١٩٩٧ وفق شروط وحالات دقيقة ومحددة^(٤٣٢)، إذ أجازت المادة (٧٢٣) من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي لقاضي تطبيق العقوبات أن يقوم من تلقاء نفسه أو بناءً على طلب الخاضع للمراقبة، وبعد التشاور مع مدعي الجمهورية الأمر بالمراقبة للكثيرة أو تعديله بعد ووضع مدته وشروطه^(٤٣٣).

ولم يتضمن التشريع الجنائي العراقي ولا التشريعات الجنائية العربية المقارنة أية أحكام تتعلق بالمراقبة الإلكترونية، وهناك من يرى بأن المشرع المصري قد أشار إلى هذا النظام بصورة غير مباشرة، حينما نص في القانون رقم (٤٢٥) لسنة ٢٠٠٦ إلى أن من أهم بدائل الحبس الاحتياطي، أن لا يبارح المتهم مسكنه أو موطنه، وأن يقدم نفسه إلى مقر الشرطة في أوقات محددة، وأن لا يرتاد أماكن معينة^(٤٣٤). إلا أننا نرى بأن هذا الإجراء بعيد كل البعد عن المراقبة الإلكترونية، بل هو أقرب من (الحبس المنزلي أو حجز السكنة)^(٤٣٥)، إذ لم يشير المشرع المصري إلى

(٤٣١) سامح الحمدي، فلسفة البدائل غير الاحتجازية في ترشيد السياسة العقابية- لمراقبة الإلكترونية نموذجاً، المركز القومي للبحوث الاجتماعية والجنائية-المجلة الجنائية القومية، المجلد (٦٤)، العدد (١)، مارس/٢٠٢١، ص ١٣٨.
(٤٣٢) فهد يوسف الكساسبة، دور النظم العقابية الحديثة في الإصلاح والتأهيل- دراسة مقارنة، مصدر سابق، ص ٣٩٦.
(٤٣٣) ينظر: المادة (٧٢٣) من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي؛ ساهر إبراهيم الوليد، المصدر السابق، ص ٦٦٩.
(٤٣٤) فهد يوسف الكساسبة، الحلول التشريعية المقترحة لتبني العقوبات البديلة في النظام الجزائي الأردني، مصدر سابق، ص ٧٣٧.

(٤٣٥) يقصد بالحبس المنزلي إلزام المحكوم عليه بالتواجد في مكان محدد خلال أوقات محددة من اليوم على أن يتم السماح له بممارسة حياته بصورة طبيعية في إطار قواعد معينة باقي أوقات اليوم، وتطبيق عقوبة الحبس المنزلي في الغالب على فئة معينة وحالات معينة من الجرائم ويمكن أن تتمحور في الفئات التالية: ١. الأحداث المرتطبون بالدراسة أو العمل أو العائلة،

مراقبة المحكوم عليه إلكترونياً ولم يضع شروطه وقواعده، ولم يحدد حالاته على خلاف نظيره الفرنسي الذي تبنتها بشكل صريح و حدد شروطها وحالاتها بصورة دقيقة ومحددة .

وبهذا الصدد نرى ضرورة الأخذ بهذا النظام في تشريعنا الجنائي العراقي، على الرغم من صعوبته وكثرة عوائقه، لافتقاره إلى المرجعية التشريعية، ولتعارضه مع النصوص الدستورية، ومن أهمها حرية التنقل، فضلاً عن أن تطبيقه يتطلب إمكانيات تكنولوجية وبشرية كبيرة.

ويجب الإشارة هنا إلى أنه على الرغم من اتجاه الكثير من الأنظمة العقابية على المستوى الدولي والأجنبي إلى الأخذ بنظام المراقبة الإلكترونية كبديل عن العقوبة أو كتدبير احترازي إلا أنه مازال يثير العديد من الإشكاليات التطبيقية في مجال تنفيذه، فمنها ما يتعلق بالموازنة بين مصلحة الفرد من جهة ومصلحة الدولة من جهة أخرى، حيث تتنازع مصلحة المتهم المتمثلة بحرية إقامة مع مصلحة الدولة ممثلة بسطة الاتهام. ومنها ما يتعلق بمدى انسجام المراقبة الإلكترونية مع معايير حقوق الإنسان، ويأتي في مقدمتها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام ١٩٤٨^(٤٣٦)، والذي أشار في العديد من مواده إلى حق كل إنسان في التنقل والمسكن الخاص والتمتع بأوقات الفراغ وغيرها من الحقوق الأساسية التي تنظمها الدساتير والقوانين الداخلية. ومنها ما يتعلق بالإشكاليات الفنية والإلكترونية والقدرات البشرية والتكنولوجية اللازمة لتطبيق المراقبة الإلكترونية. ولا شك أن كل هذه الإشكاليات الفنية والتكنولوجية تمثل عائقاً كبيراً وتحدياً للمضي قدماً في تنفيذ المراقبة الإلكترونية، تلك الإمكانيات التي قد لا تتوافر للعديد من الأنظمة العقابية نظراً للتكلفة المادية الكبيرة لها^(٤٣٧).

الفرع الرابع : الإختبار القضائي

يقوم الإختبار القضائي كعملية إصلاحية على فكرة مؤداها إمكانية تغيير مواقف وسلوكات بعض المجرمين، من خلال ما يقدم لهم من مساعدة وارشاد خارج أسوار السجن، ولذلك فهو يعد بديلاً للأحكام الجنائية التقليدية ، ويشبه الإختبار القضائي بنظام إيقاف التنفيذ، ويقوم على أساس معاملة الجناة غير الخطيرين معاملة خاصة، من خلال فرض التزامات معينة عليهم، حيث يفرج القاضي عن المتهم ويعهد به إلى إدارة الإختبار القضائي فيتعهد به الضابط المساعد المكلف بالإشراف الاجتماعي عليه حتى يتم إصلاحه، وتظهر نتيجة هذا الإختبار بعد مدة معينة بناء على تقرير الضابط المساعد فإذا كان تقريره ايجابياً ألقى القاضي المذنب من العقوبة، وإلا فتنفذ عليه العقوبة الأصلية للجريمة^(٤٣٨).

ويعرف بأنه: "نظام عقابي قوامه معاملة خاصة لفئة من المجرمين المنتقين، تستهدف تجنب دخولهم السجن مع ضمان اعادة تأهيلهم عن طريق المساعدة

٢. المرضى الذين لا تسمح حالتهم الصحية ببقائهم في السجن ، ٣. كبار السن في الجرائم البسيطة الذين ليس لديهم سوابق إجرامية، ٤. إذا كان حبس النساء في المنزل اصح لهن. يُنظر للمزيد: نسيقة فيصل، مصدر سابق، ص ٤٢٤.
 (٤٣٦) الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، اعتمد وصدر رسمياً بقرار الجمعية العامة (٢١٧ ألف) في ١٠/١٢/١٩٤٨.
 (٤٣٧) على عز الدين الباز، نحو مؤسسات عقابية حديثة، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، ٢٠١٦ ، ص ٤١٦.
 (٤٣٨) محمد أبو علا العفيدة، أصول علم العقاب، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦، ص ٢١٦؛ عبدالله بن علي الخعيمي، مصدر سابق، ص ٦٨.

الإيجابية ودون سلبهم الحرية لكن تقييدها عن طريق فرض عدد من الالتزامات والخضوع للإشراف والرقابة، فإن ثبت فشل هذه القيود استبدل بها منع الحرية" (٤٣٩).

ويعرف أيضاً بأنه: "إجراء قضائي تمتع فيه المحكمة الجنائية إما عند النطق بالحكم بفرض عقوبة معينة، أو تمتع عن تنفيذ الحكم بعد النطق به، وذلك بوضع المحكوم عليه تحت الاختبار القضائي لمدة محددة أو غير محددة، وفقاً لما تراه وما تضعه من شروط، وتعهدبها لهيئة متخصصة لتشرف على تنفيذها، فإذا أخل الجاني بأي من الشروط المفروضة عليه، فإن المحكمة تحدد عقوبة تحكم بها بموجب حكم يصدر عنها، أو تنفذ بحقه العقوبة المحكوم بها، والتي تم تعليقها بموجب الالتزامات المفروضة عليه" (٤٤٠).

ويتشابه كل من نظامي الاختبار القضائي ووقف التنفيذ في أن لكل منهما أسلوب من أساليب المعاملة العقابية التي تستهدف تجنيب المحكوم عليه بعقوبة الحبس قصيرة المدة واستبدالها بنظام عقابي أكثر ملائمة لطبيعته وبيئته الجرمية، كما يتشابه النظامان في أن كل منهما يتضمن التهديد بالعقاب في حال عدم التزام المحكوم عليه بالواجبات المفروضة عليه. إلا أن هذين النظامين يختلفان من حيث العقوبة، فالعقوبة في نظام الاختبار القضائي لا تكون محددة بينما تكون محددة في نظام وقف التنفيذ، والسبب في ذلك أن ماهية الاختبار القضائي يقوم على فكرة الإفراج عن المجرم دون الحكم عليه بعقوبة، بينما يبقى المحكوم عليه في نظام وقف التنفيذ رهيناً للعقوبة ومراعات السلوك الحسن طول فترة وقف التنفيذ، ومن هنا فإن معاناة المستفيد من نظام الاختبار القضائي تكون أقل من معاناة المستفيد من وقف التنفيذ، فلا يشعر بالتهديد طول فترة الاختبار كما انه يمكن إلغاء نظام الاختبار القضائي بأن ينتهج المجرم سلوك مخالف لأحد الالتزامات المفروضة عليه، أما وقف التنفيذ فلا يلغى إلا بارتكاب جريمة جديدة أثناء فترة محددة في القانون (٤٤١).

ويتضح مما تقدم أن هذا النظام يقوم على صورتين يتم من خلالها تحديد الحالات التي يجب وضع المحكوم عليه تحت هذا الاختبار: فالصورة الأولى: وتقوم على الامتناع عن النطق بالحكم مع إخضاع الجاني للاختبار القضائي وفي هذه الحالة يقوم القاضي بعد ثبوت إدانة الجاني بالتهمة الموجهة إليه بالامتناع عن النطق بالعقوبة لمدة معينة ووضع الجاني تحت الاختبار لمدة معينة، وخلال هذه المدة يلزم الجاني بتنفيذ التزامات يحددها له القاضي (٤٤٢).

وقد يترك للقاضي سلطة تقديرية واسعة في تحديدها، ويكفي المشرع في هذه الحالة بوضع معايير وأسس يجب على القاضي الالتزام بها عند تحديده لنمط تلك

(٤٣٩) سمير عالية، مبادئ علوم الاجرام والعقاب والسياسة الجزائية، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٩، ص ٣٤٤.

(٤٤٠) د عدنان الدوري، علم العقاب ومعاملة المذنبين، الطبعة الثانية، مطبعة ذات السلاسل، الكويت، ١٩٨٩، ص ٢٩١.

(٤٤١) محمد سعيد نور، مصدر سابق، ص ٤١.

(٤٤٢) سعد حماد القباني، وضع المحكوم عليه تحت الاختبار القضائي، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، مجلد (٤٥)، العدد (٢)، ٢٠٠٣، ص ١٢٣.

الالتزامات، ويجب على المحكوم عليه تنفيذها خلال فترة الاختبار ويخضع لإشراف المختصين^(٤٤٣).

واتبع المشرع الفرنسي هذه الصورة؛ فأجاز للقاضي تأجيل النطق بالعقوبة إلى جلسة أخرى يحددها خلال فترة لا تزيد على سنة من تاريخ الجلسة، كما أجاز للقاضي إذا تبين له أن الجاني يبذل قصارى جهده لإصلاح الأضرار الناجمة عن جريمته وتعويض من أصابه الضرر نتيجة لتلك الجريمة، ومعالجة لتلك الآثار التي ترتبت عليها أن يؤجل النطق بالعقوبة^(٤٤٤). ولا نجد تطبيقاً لهذه الصورة في التشريعات الجنائية العربية، وإن كان مشروع قانون العقوبات المصري لسنة ١٩٦٦م قد نص عليها المواد من (٨٩ - ٩١).

ولعل سبب إجماع معظم بعض التشريعات الجنائية العربية عن الأخذ بهذه الصورة من نظام الاختبار القضائي كبديل، هو ما تعرضت له من انتقادات أهمها: أنها لا تتفق مع مقتضيات مبدأ الشرعية الجزائية، حيث لا يجوز توقيع جزاء جنائي إلا بناء على حكم جنائي والاختبار القضائي جزاء والحكم بالإدانة في هذه الصورة معلق؛ بل إن الوضع تحت الاختبار بهذه الصورة ينطوي على التسليم بكفاية الخطورة الاجتماعية للحكم بتدابير جنائية وذلك لعدم صدور حكم يؤكد توافر الخطورة الجنائية؛ فضلاً عن ذلك فقد انتقد البعض هذه الصورة من زاوية ما قد يتولد عنها من اعتقاد لدى الرأي العام من أنه بمثابة البراءة. بيد أن من أهم العيوب - من الزاوية العلمية - إن المحكمة ستصادف صعوبة في الموقف على الأدلة التي سبق أن كونت عقيدتها على أساسها واتجهت بناء عليها إلى الإدانة وصعوبة كذلك في معايشة القضية مرة أخرى في حالة الفشل في فترة الاختبار، الأمر الذي يترتب على صعوبة التقدير القضائي الدقيق للعقوبة، بل وقد يؤدي إلى إطالة وتعقيد الإجراءات وتعريض الأدلة للطمس أو الضياع خلال فترة الاختبار^(٤٤٥).

أما الصورة الثانية: فهي تقوم على صدور حكم بعقوبة موقوفة التنفيذ مع وضع المحكوم عليه تحت الاختبار القضائي لفترة محددة، مع إمكانية فرض التزام أو أكثر عليه، بعد صدور الحكم بالإدانة بحقه، وإن الصورة الثانية تحقق فاعلية أكثر في التطبيق الردع للجاني، لأنه يغرس في داخله حتمية تطبيق العقوبة الموقوفة في حال أخل بالتزاماته المفروضة عليه، وهي تعد بمثابة تهديداً له خلال فترة الاختبار، ويعد عاملاً مساعداً في نجاح البرنامج الإصلاحية الذي يخضع له، وفي تنفيذه للالتزامات المفروضة عليه. أما الصورة الأولى فنثبتت فعاليتها في التطبيق إذا ما أنهى المحكوم عليه التزاماته دون صدور أي حكم بحقه، إذ ما صدر حكم فإنه يسبب آثاراً جسيمة يصعب درؤها.

وقد تباينت التشريعات الجنائية في الأخذ بهذه الصورة من هذا النظام تبعاً لاختلاف الحالات والقواعد والأساليب التي يخضع لها، والالتزامات التي تفرض على

(٤٤٣) هيكل أحمد عثمان، السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في استبدال العقوبة السالبة للحرية ببدائل غير احتجازية، المجلة القضائية العدد (٥)، ٢٠١٤، ص ٢٠٩.

(٤٤٤) يُنظر للمزيد: المادة (٦٣/١٣٢) من قانون العقوبات الفرنسي لعام ١٩٩٤؛ سعد حماد القبائلي، مصدر سابق، ص ١٢٤.

(٤٤٥) أيمن رمضان الزيني، العقوبة السالبة للحرية القصيرة المدّة وبدائلها - دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣، ص ٢٧٨.

الجاني خلال فترة الاختبار، ولكنها تتفق في أنها تترك للقاضي أن يختار ما يناسب ظروف المتهم، ففي بعض الدول كأمريكا تشترط إرسال المجرم إلى السجن لفترة ما ثم يطلق سراحه بمراقبة قضائية، لكي يلقن درساً عن حياة السجن ومعاناته قبل أن يخضع للاختبار^(٤٤٦).

أما في إيطاليا فطبقاً لنص المادة(٤٧) من قانون السجون رقم (٣٥٤) لسنة ١٩٧٥ يعتمد تطبيق هذا النظام على النتائج التي يتم الحصول عليها من دراسة شخصية المجرم، والتي تتم إما في مراكز خاصة على الأقل لمدة شهر، أو خلال فترة الحبس الاحتياطي طبقاً للمادة (٢٧١) من قانون الإجراءات الجنائية الإيطالي، فإذا تبين من سلوكه أنه يستحق تطبيق هذا النظام نفذ عليه، أما إذا رفض الخضوع لهذا النظام فيخضع حينئذ لنظام الحبس المنزلي، حيث تنص المادة(٣/٤٧) من قانون السجون الإيطالي المشار إليه على هذا النظام بحيث يظل المحكوم عليه في منزله، أو مسكن خاصاً و عام تحت الرعاية والمساعدة كبديل عن السجن^(٤٤٧).

أما في مصر فإن قانون الطفل رقم (١٢) لسنة ١٩٦٦ نص في المادة (١٠٦) منه على أنه يكون الاختبار العقابي بوضع الطفل في بيئته الطبيعية تحت توجيه والمراقبة، ولا يجوز أن تزيد المدة عن ثلاث سنوات^(٤٤٨).

وفيما يتعلق بالتشريع الجنائي العراقي، فلم يتضمن قانون العقوبات العراقي - على غرار معظم التشريعات الجنائية العربية- نصاً بتبني هذا البديل بالنسبة للمذنبين الكبار، إلا أن مشروع قانون العقوبات العراقي الجديد أجاز للمحكمة وبناء على طلب الدعاء العام ابدال عقوبة الحبس البسيط الذي لا تقل مدته عن أربع وعشرين ساعة ولا تزيد عن سنة ببديل (الوضع تحت مراقبة في مكان محدد) في حالة ارتكابه جريمة جنحية بموجب المادة (٧٦/أولاً/ب) منه^(٤٤٩).

كما عرف المشرع العراقي تدبير مراقبة السلوك في المادة ٨٧ من قانون رعاية الأحداث رقم ٧٦ لسنة ١٩٨٣ المعدل بأنه وضع الحدث في بيئته الطبيعية بين أسرته أو في أسرة بديلة إذا كانت أسرته غير صالحة^(٤٥٠)، وأجاز لمحكمة الأحداث وضع الحدث الجانح تحت المراقبة في حالة ارتكابه جريمة جنحية. بموجب المادة ٧٣/ثانياً منه، وبموجب المادتين(٧٦/أولاً/أ) و(٧٧/أولاً/أ) يجوز لمحكمة الأحداث وضع الحدث الصبي (أكمل ٩ سنة ولم يكمل ١٥ سنة) وكذلك الحدث الفتى (أكمل

(٤٤٦) عبد الله بن عبد العزيز اليوسف، التدابير المجتمعية كبديل للعقوبات السالبة للحرية، مصدر سابق، ص ١١٨.
(٤٤٧) فهد يوسف الكساسبة، الحلول التشريعية المقترحة لتبني العقوبات البديلة في النظام الجزائي الأردني، مصدر سابق، ص ٧٣٦.

(٤٤٨) تنص المادة (١٠٦) من قانون رقم ١٢ لسنة ١٩٩٦ بإصدار قانون الطفل المصري والمعدل بالقانون رقم ١٢٦ لسنة ٢٠٠٨ على أنه: " يكون الاختبار القضائي بوضع الطفل في بيئته الطبيعية تحت توجيه و الأشراف و مع مراعاة الواجبات التي تحددها المحكمة ، و لا يجوز أن تزيد مدة الاختبار القضائي علي ثلاث سنوات ، فإذا فشل الطفل في الاختبار عرض الأمر علي المحكمة لتتخذ ما تراه مناسباً من التدابير الأخرى الواردة بالمادة (١٠١) من هذا القانون. "

(٤٤٩) تنص المادة (٧٦/أولاً) من مشروع قانون العقوبات العراقي الجديد على الآتي: "...وللمحكمة وبناء على طلب الدعاء العام إذا اقتضت ظروف الجريمة والمحكوم عليه ابدال عقوب الحبس بالعقوبات البديلة التالية مساوية لمدة العقوبة الحكوم بها...ب- الوضع تحت المراقبة في مكان محدد....".

(٤٥٠) تنص المادة (٨٧) من قانون رعاية الأحداث العراقي رقم ٧٦ لسنة ١٩٨٣ المعدل على أن: " مراقبة السلوك من التدابير العلاجية التي يقصد بها وضع الحدث في بيئته الطبيعية بين أسرته أو في أسرة بديلة اذا كانت أسرته غير صالحة، وذلك بأشراف مراقب السلوك، بقصد اصلاحه".

١٥ سنة ولم يكمل ١٨ سنة) تحت مراقبة السلوك في حالة ارتكابه جريمة جنائية، عقوبتها الأصلية السجن المؤقت^(٤٥١).

وقد أجري تعديل على هاتين المادتين عام ١٩٩٨، وحسب التعديل الجديد فإن الجرائم الجنائية التي تكون عقوبتها الأصلية السجن المؤبد هي الأخرى مشمولة بالنص، وهذا أصلح للمتهمين الأحداث. علماً، أن هذا التعديل غير سارٍ في إقليم كردستان العراق.

عليه، فإن المشرع العراقي استبعد جرائم المخالفات، والجنايات التي تكون عقوبتها الأصلية الإعدام من ضمن الحالات التي يجوز فيها إصدار تدبير مراقبة السلوك^(٤٥٢)، أما في إقليم كردستان العراق فإن جرائم الجنايات التي تكون عقوبتها الأصلية السجن المؤبد هي الأخرى لا تزال مشمولة بهذا الاستبعاد، وهنا ندعو المشرع الجنائي في إقليم كردستان- العراق إلى المصادقة على التعديل الجاري عام ١٩٩٨م لكي يتسع نطاق دائرة الأحداث الجانحين المستفيدين من هذه التعديلات.

وفي الأردن فإن قانون الأحداث المعدل رقم (٢٤) لسنة ١٩٦٨ قد تضمن تدابير الاختبار القضائي التي تفرض على الولد والحدث، فقد أجازت المادة (٢٤/ز) للمحكمة أن تضع الولد والحدث تحت إشراف مراقب السلوك لمدة لا تقل عن سنة، ولا تزيد عن ثلاث سنوات^(٤٥٣).

وبالرجوع إلى القوانين في فلسطين؛ يتبين أن أمر الاختبار القضائي ورد ذكره فقط في قانون إصلاح الأحداث رقم (١٦) لسنة ١٩٥٤ في المادة (١٣) منه، إذ بينت هذه المادة أنه يتم الإفراج عن الحدث إذا أعطى هو أو وليه تعهداً، أو الحكم على والده أو وصيه بتقديم كفالة حسن سلوك ليبقى الحدث خاضعاً للرقابة القضائية^(٤٥٤). ويقضي القرار (٤١) بقانون رقم (٤) لسنة ٢٠١٦م بشأن حماية الأحداث الفلسطيني^(٤٥٥) بأنه يوضع الحدث تحت اختبار مركز حماية الطفولة لمدة لا

(٤٥١) تنص المادة (٧٦) من قانون رعاية الأحداث العراقي على الآتي: "أولاً - إذا ارتكب الصبي جنائية معاقبا عليها بالسجن المؤقت فعلى محكمة الأحداث أن تحكم عليه بأحد التدابير الآتية بدلا من العقوبة المقررة لها قانونا: أ - وضعه تحت مراقبة السلوك وفق أحكام هذا القانون..."; وتنص المادة (٧٧) من قانون رعاية الأحداث العراقي على الآتي: "أولاً - إذا ارتكب الفتى جنائية معاقبا عليها بالسجن المؤقت فعلى محكمة الأحداث أن تحكم عليه بأحد التدابير الآتية بدلا من العقوبة المقررة لها قانونا: أ - وضعه تحت مراقبة السلوك وفق أحكام هذا القانون...".

(٤٥٢) منى محمد عبدالرزاق، الاختبار القضائي (مراقبة السلوك) للأحداث الجانحين:- دراسة مقارنة، مجلة جامعة كربلاء العلمية، المجلد (٩)، العدد (٤)-إنساني، ٢٠١١، ص ١١.

(٤٥٣) تنص المادة (٢٤/ز) من قانون الأحداث الأردني رقم ٣٢ لسنة ٢٠١٤ المعدل على أنه: "الإشراف القضائي يكون بوضع الحدث في بيئة طبيعية

تحت التوجيه والإشراف مع مراعاة الواجبات التي تحددها المحكمة ولا يجوز أن تزيد مدة الإشراف القضائي على سنة".

(٤٥٤) تنص المادة (١٣) من قانون إصلاح الأحداث الفلسطيني رقم (١٦) لسنة ١٩٥٤ على الآتي: "إذا اتهم حدث بارتكاب أي جرم وثبت للمحكمة إقدامه على ارتكاب الجرم المسند إليه وجب عليه أن تأخذ بعين الاعتبار الطريقة المقررة للفصل في الدعوى بمقتضى أحكام هذا القانون أو أي قانون آخر يجيز لها النظر في الدعوى ويجوز لها أن تفصل في الدعوى بالوجه الآتي: ١. بالإفراج عن ذلك الحدث لدى إعطائه هو أو وليه وصية أو أي شخص آخر تعهداً، ٢. بالحكم عليه بدفع غرامة أو بدل عطل وضرر أو مصاريف المحاكمة، أو ٣. بالحكم على والده أو وصيه بدفع غرامة أو بدل عطل وضرر أو مصاريف محاكمة، أو ٤. بالحكم على والده أو وصيه بتقديم كفالة على حسن سيرته. ويجوز في الفقرات (٢)، (٣)، (٤) أن يقترن الحكم المقرر فيها بأي حكم مما هو مذكور في هذه المادة: أ- يحصل كل مبلغ فرضته المحكمة وقررت استيفاءه من الوالد الوصي بمقتضى هذه المادة ومقدار الكفالة التي قررت إلزامه بدفعها بطريق الحجز على أمواله أو بحبسه كما لو كان القرار قد صدر في دعوى حقوقية. ب- يحق للوالد أو الوصي أن يستأنف كل قرار يصدر ضده بمقتضى هذه المادة كما لو كان القرار قد صدر على أثر إدانته بالجرم الذي اتهم به الحدث. ٥. بوضعه تحت إشراف مراقب السلوك بمقتضى أمر مراقبة لمدة لا تقل عن سنة ولا تزيد على ثلاث سنوات...".

(٤٥٥) تنص المادة (٤١) من قرار بقانون رقم (٤) لسنة ٢٠١٦م بشأن حماية الأحداث الفلسطيني على الآتي: "الاختبار القضائي: ١. يكون الاختبار القضائي بوضع الحدث في بيئته الطبيعية تحت توجيه وإشراف مرشد حماية الطفولة مع مراعاة الواجبات التي تحددها المحكمة، ولا يجوز أن تزيد مدة الاختبار القضائي على (٣) سنوات. ٢. إذا فشل الحدث في الاختبار

تزيد على ثلاث سنوات كأحد التدابير لمعاقبة وحماية الأحداث في آن واحد، وكانت على غرارها المادة (٥/١٠١) من قانون الطفل المصري إذ بينت أن الطفل الذي لم يتم سنة خمسة عشر سنة يخضع للاختبار القضائي^(٤٥٦).

المطلب الثاني : البدائل العينية للعقوبات السالبة للحرية

البدائل العينية تقترب بدورها من العقوبات الكلاسيكية، إلا أنها تمس المدان فقط في ذمته المالية، ولها أنواع كثيرة ومتنوعة، سنذكر بعض منها على سبيل المثال لا الحصر وهم: الغرامة الجنائية، والمصادرة، والتعويض وإصلاح ضرر الجريمة، وذلك من خلال الفروع الثلاثة التالية:

الفرع الأول : الغرامة الجنائية

يقصد بالغرامة إلزام المحكوم عليه مبلغ من المال المقدر في الحكم لصالح خزينة الدولة، وهي العقوبة المالية الأصلية التي وردت في قانون العقوبات على سبيل الحصر، وقد تكون عقوبة تكميلية أيضاً، كما يمكن أن تكون في بعض الحالات على سبيل الاختيار بينها وبين عقوبة أخرى حبسية، وهي تمس الذمة المالية للمحكوم عليه وهو يتحقق منها معنى الإيلام؛ لأنها تصيب الإنسان في ماله، وإنها تدفع مقابل ما اقترفه الجاني من مخالفة قانونية، فهي بذلك تختلف عن التعويضات وعن الشرط الجزائي، ولا يحكم بها إلا بمقتضى نص لأنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص فلا يحكم بها إلا بعد ثبات مسؤولية الجاني عن جريمة اقترفها، وإنها غير مكلف بالنسبة للدولة بعكس العقوبات السالبة للحرية التي تكلف الدولة نفقات باهظة^(٤٥٧).

فالعقوبات السالبة للحرية تختلف عن الغرامة كعقوبة أصلية، فالأولى تتم إحتسابها من خلال تخمين و تقدير القاضي للقيمة المادية الإجمالية للأيام أو (الوحدات) الحبسية التي يحكم بها على الجاني، ويتم ذلك بعد الأيام الحبسية أولاً، ثم وضع قيمة نقدية لكل (يوم) من هذه الأيام حسب المقدره المالية للمحكوم عليه و خطورة الجريمة المرتكبة، وبهما يحدد المبلغ المستحق الاداء كبديل للعقوبة السالبة للحرية، وبه يضمن القاضي للعقوبة صفة العدالة والشخصية، وتعالج بها النقص الموجود في نظام الغرامة التقليدي. وتبدأ سريان الأيام الحبسية والغرامة اليومية من تأريخ صدور الحكم الذي يكتسب درجة البتات.

ولا يتعرض هذا النظام لأشكالية تذكر في الدول التي تمتلك نظام ضريبي دقيق، حيث تتوافر في مثل هذا الدول بيانات موثوقة لمستوى دخل الافراد وبإمكان للمحاكم الإعتماد عليها لتحديد مبالغ الغرامة البديلة، ويبدو الأمر مختلفاً تملماً في الدول النامية التي تعاني من صعوبة الحصول على بيانات ومعلومات دقيقة عن

القضائي، للمحكمة أن تتخذ ما تراه مناسباً من التدابير الواردة في المادة (٣٦) من هذا القرار بقانون، بعد مناقشة مرشد حماية الطفولة ونيابة الأحداث".

(٤٥٦) تنص المادة (١٠١) من قانون الطفل المصري رقم (١٢) لسنة ١٩٩٦ والمعدل بالقانون (١٢٦) لسنة ٢٠٠٨ على الآتي: يحكم على الطفل الذي لم تجاوز سنه خمس عشرة سنة ميلادية كاملة، إذا ارتكب جريمة، بأحد التدابير الآتية :- ٥- الاختبار القضائي....".

(٤٥٧) نظام توفيق المجالي، شرح قانون العقوبات الأردني القسم العام، دار الثقافة للنشر، عمان، ٢٠١٢، ص ٤٥٢.

مستوى دخل الأفراد ومقدرتهم المالية، عليه من الصعب اقرار هذا النظام في الدول النامية لأن الأمر يتطلب بذل جهود كبيرة^(٤٥٨).

وعلى الرغم من المزايا العديدة لهذا العقوبة البديلة، إلا أنها تثير إشكاليات متعددة، لاسيما ضعف قوتها الردعية للشخص المقدر مالياً، وترى بعض الآراء عدم جدوى هذه العقوبة بالنسبة للأثرياء وابتعادها عن مبدأ شخصية العقوبة لإمكانية الآخرين المساهمة في دفعها، كما أنها قد تنقلب إلى عقوبة سجن إذا تخلف المحكوم عليه عن دفعها، فتخرج عن كونها عقوبة بديلة، إلا أنه وعلى الرغم من السلبيات التي تواجه الغرامة، فهي تظل أحد البدائل العملية التي يمكن تطبيقها في بعض الجرائم غير الخطرة^(٤٥٩).

يهدف هذا النظام إلى تحقيق العديد من الاهداف؛ فالغرامة تحقق المرونة في تطبيق العقوبة؛ فالقاضي له السلطة التقديرية في ذلك بما يلائم جسامة الجريمة وحالة المجرم، وعليه فإن الغرامة البديلة تساهم فيتجنب فئة من المجرمين - غير الخطرين- لمضار اختلاطهم بأصحاب السوابق الجرمية، حيث أن دخولهم مركز الإصلاح والتأهيل يجعلهم أكثر خطورة مما كانوا عليه، كما أن دخولهم مركز الإصلاح والتأهيل يؤثر على مكانتهم الاجتماعية ويعيق تأهيلهم ويحرم أسرهم من مورد رزقهم.

عليه، تعتمد التشريعات الجنائية هذه العقوبة لتقويم سلوك المجرم الذي يمكن أن يدفع غرامة يومية عن كل يوم حرية، لكونها تحقق الردع العام والخاص وتؤدي الى انتقاص الذمة المالية للمحكوم عليه، كما تحقق اصلاح الجاني من خلال عقابه بالغرامة على الجرم الذي اقترفه، اما اقتصاديا فهي تعوض المجتمع عن الاضرار التي سببتها الجريمة^(٤٦٠).

ونذكر منها التشريع الجنائي الفرنسي، إذ فرض قانون العقوبات الفرنسي الغرامة كعقوبة أصلية في الجرح والمخالفات وكبديل عن العقوبة السالبة للحرية، من خال نصه على درجات لحجم المخالفة والجحة المرتكبة، وبين في المادة (١٣١) منه أنه في حالة العود تضاعف قيمة الغرامة في جرائم المخالفات، بينما في الجرح بين أنه في حالة العود تضاعف قيمة الغرامة ويصدر الأمر بالحبس على الجاني لارتكابه الجريمة مرة أخرى^(٤٦١).

ولم يتضمن قانون العقوبات المصري نصوصاً كافية تبين أن الغرامة عقوبة أصلية، واقتصر فقط على أحكام المادتين (١٢٨، ١٦٢ مكرراً) من قانون العقوبات المصري، فبينت في الأولى أنه: من دخل من الموظفين العموميين منزل شخص دون إذن مسبق بحكم وظيفته يعاقب أو بغرامة لا تتجاوز (٢٠٠) جنيه^(٤٦٢)، وقضت في

(٤٥٨) صالح صادق محمد أمين، معايير العقوبات البديلة وآليات تنفيذها، رسالة ماجستير، جامعة صلاح الدين، كلية القانون والسياسة، ٢٠١٣، ص ٤٤.

(٤٥٩) عبدالرحمن توفيق أحمد، علم الإجرام والعقاب، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٢، ص ٢٧٣.

(٤٦٠) محمد خاضر بن سالم، عقوبة العمل للنفع العام في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة ورقلة، الجزائر، ٢٠٠١، ص ٤٣.

(٤٦١) ينظر: المادة (١٣١) من قانون العقوبات الفرنسي لعام ١٩٩٢؛ وينظر للمزيد: أيمن رمضان الزيني، مرجع سابق، ص ٣٦٥.

(٤٦٢) تنص المادة (١٢٨) من قانون العقوبات المصري رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧ المعدل على أنه: "إذا دخل أحد الموظفين أو المستخدمين العموميين أو أي شخص مكلف بخدمة عمومية اعتماداً على وظيفته منزل شخص من آحاد الناس بغير رضانه

الثانية باستبدال هذه العقوبة في حال قطع الجاني أسلاك الكهرباء ، ومنح للقاضي الحق بالحكم علي الجاني بالغرامة لا تتجاوز (٥٠٠) جنييه، او بالحبس لمدة لا تزيد على ستة أشهر^(٤٦٣). إلا أن هذا قانون جاء خالياً من النص على عقوبة الغرامة كبديل للعقوبات السالبة للحرية.

أما التشريع الجنائي الأردني، فقد أخذ المشرع الأردني بهذا النظام وفق المادة (٢٧٢/٢) من قانون العقوبات الأردني^(٤٦٤)، والتي بدورها تناولت شروط الأخذ بهذا البديل ونطاق تطبيقه وأحكامه والآثار المترتبة عليه. وأطلق يد الجهات القضائية بإبدال عقوبة الحبس بالغرامة في عقوبة الحبس التي لا تزيد مدتها عن ثلاثة أشهر بمبلغ مالي على أساس دينارين عن كل يوم، إذا اقتنعت المحكمة بأن الغرامة عقوبة كافية للجريمة التي أدين بها المحكوم عليه.

وبالنسبة لتشريعنا الجنائي، فقد تضمن قانون العقوبات العراقي نصوصاً كافية تبين أن الغرامة عقوبة أصلية، وقد نص على ذلك في أحكام المواد: (٥٧- الخاصة بالسعى في تكوين اتفاق جنائي (في جنحة) او لعب دور رئيسي فيه؛ ٢٧٢- الخاصة بتسبب المكلف بحراسة مقبوض عليه او محجوز او موقوف او محبوس في هروبه اهمالاً؛ ٣١٣- الخاصة بجريمة عرض الرشوة؛ ٣٥٩- الخاصة بالتعرض العمدى لسلامة وسائل النقل)^(٤٦٥)، إضافة إلى مواد أخرى من قانون العقوبات العراقي^(٤٦٦).

إلا أن تشريعنا الجنائي العراقي جاء خالياً من النص على عقوبة الغرامة كبديلة للعقوبات السالبة للحرية، كما لم يدرك المشرع ضرورة هذا الأمر عند صياغته لمشروع قانون العقوبات العراقي الجديد، وهذا مانعه نقصاً تشريعياً يجب تداركه ومعالجته بغية تجسيد مبدأ التفريد العقابي وكذلك القضاء على مساويء العقوبات السالبة للحرية في تشريعنا الجنائي لاسيما قصيرة المدة منها.

فيما عدا الأحوال المبينة في القانون أو بدون مراعاة القواعد المقررة فيه يعاقب بالحبس أو بغرامة لا تزيد على مائتي جنييه^(٤٦٣).

تنص المادة (١٦٢ مكرراً) من قانون العقوبات المصري رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧ المعدل على أنه: "يعاقب بالسجن كل من تسبب عمداً في إتلاف خط من خطوط الكهرباء التي تملكها الحكومة أو الهيئات أو المؤسسات العامة أو الوحدات التابعة لها، أو ترخص في إنشائها لمنفعة عامة وذلك بقطعه الأسلاك الموصلة للتيار الكهربائي أو الكابلات أو كسر شيء من العدد أو الآلات أو عازلات الأسلاك أو إتلاف الأبراج أو المحطات أو الشبكات المتصلة بالخطوط الكهربائية المذكورة أو جعلها كلها أو بعضها غير صالحة للاستعمال بأي كيفية كانت، بحيث ترتب على ذلك انقطاع التيار الكهربائي ولو مؤقتاً. وإذا حدث فعل من الأفعال المشار إليها في الفقرة السابقة نتيجة إهمال أو عدم احتراس فتكون العقوبة الحبس الذي لا يجاوز ستة أشهر أو الغرامة التي لا تجاوز خمسمائة جنييه. وفي جميع الأحوال يجب الحكم بدفع قيمة الأشياء التي أتلفها المحكوم عليه أو قطعها أو كسرها^(٤٦٤).

تنص المادة (٢٧٢/٢) من قانون العقوبات الأردني رقم (١٦) لسنة ١٩٦٠ المعدل على أنه: "إذا حكم على شخص بالحبس مدة لا تزيد على ثلاثة أشهر يجوز للمحكمة التي أصدرت الحكم أن تحوّل مدة الحبس إلى الغرامة على أساس دينارين عن كل يوم وذلك إذا اقتنعت بان الغرامة عقوبة كافية للجريمة التي أدين بها ذلك الشخص^(٤٦٥).

نذكر من هذه المواد على سبيل المثال: المادة (٥٧) من قانون العقوبات العراقي رقم ١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل، التي تنص على أنه: "١ - كل من سعى في تكوين اتفاق جنائي او كان له دور رئيسي فيه يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على عشر سنوات إذا كانت الجريمة المتفق على ارتكابها جنائية. وبالحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات او بالغرامة او بهما إذا كانت جنحة..."; وكذلك المادة (٢٧٢) من القانون نفسه والتي تنص على أنه: "يعاقب بالحبس او بالغرامة كل من كان مكلفاً بحراسة مقبوض عليه او محجوز او موقوف او محبوس او مرافقته او نقله وتسبب باهماله في هرب احد منهم."; وكذلك المادة (٣١٣) من القانون نفسه والتي تنص على أنه: "يعاقب بالحبس او بالغرامة كل من عرض رشوة على موظف او مكلف بخدمة عامة ولم تقبل منه"; وكذلك المادة (٣٥٩) من القانون نفسه والتي تنص على أنه: "يعاقب بالحبس او بالغرامة من عرض عمداً للخطر سلامة وسيلة من وسائل النقل الخاص باية طريقة كانت"; وكذلك المادة (٤٤٩) من القانون نفسه والتي تنص على أنه: "يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ثلاثة أشهر او بالغرامة التي لا تزيد على ثلاثين ديناراً من تناول طعاماً او شراباً في محل معد لذلك او اقام في فندق او نحوه او استأجر سيارة معدة للايجار مع علمه انه يستحيل عليه دفع الثمن او الاجرة او فر دون الوفاء بذلك^(٤٦٦).

يُنظر في المواد الأخرى: المواد (٤٤٩، ٤٥٣، ٤٥٤) من قانون العقوبات العراقي.

الفرع الثاني : المصادرة

تعرف المصادرة بأنها : بأنها الاستيلاء على مال المحكوم عليه، وانتقال ملكيته إلى الدولة بدون أي تعويض، وتفرض من قبل السلطة القضائية في الدولة^(٤٦٧)، وعرفت في الآخر بأنها: "تمليك الحكومة الأشياء المتحصلة من الجريمة والآلات التي استعملت أو التي من شأنها أن تستعمل فيها"^(٤٦٨).

أما غرامة المصادرة: فيقصد بها: الغرامة التي يتعين الحكم بها بدال من الحكم بالمصادرة إذا لم تضبط المواد موضوع الجريمة لأي سبب كان^(٤٦٩)، وقد نص المادة(١٧٢) من قانون العقوبات العراقي على هذا النوع من الغرامة^(٤٧٠).

وتهدف المصادرة إلى انتزاع ملكية الأموال أو الأشياء التي استخدمت، أو كانت معدة للاستخدام في ارتكاب جريمة من الجرائم، أو تلك التي تحصلت عن ارتكابها، وتبدو أهمية المصادرة في أنها تحقق هدفاً إصلاحياً، وذلك بحرمان الجاني من الأشياء والأدوات التي استخدمها في ارتكاب جريمته، والحيلولة دون إعادة استخدامها في جرائم أخرى، كما أن انتقال ملكية هذه الأشياء إلى خزينة الدولة، تؤدي إلى انقاص الذمة المالية للجاني فتحقق الردع بالنسبة له ولغيره^(٤٧١).

وتختلف المصادرة عن الغرامة بصورة جلية إذ أنها لا تطبق في الواقع الا على الاموال بذاتها، بينما الغرامة تستهدف مقدارا معيناً من النقود ومن ناحية اخرى فان المصادرة تتبع على الدوام عقوبة اصلية اخرى في حين ان الغرامة قد تشكل بحد ذاتها عقوبة اصلية ولو انها كثيراً ما تكون عقوبة تكميلية، أو عقوبة بديلة في بعض الأحيان^(٤٧٢).

وتتقسم المصادرة الى نوعين بحسب الاموال التي تطبق عليها هما: المصادرة العامة وتعني تجريد المحكوم عليه من جميع ما يملكه او من نسبة معينة من ماله كنصفه او ثلثه او ربعه وهي اقصى العقوبات المالية وتقابل الاعدام في العقوبات البدنية ، اما النوع الاخر فيطلق عليه المصادرة الخاصة وسميت كذلك لانها تنصب على مال معين وقد يكون هذا المال هو الوسيلة التي ارتكب بها الجريمة او ناتجا عنها او قد يكون هو جسم الجريمة ذاتها اذا كانت حيازته محرمة كالمخدرات والاسلحة غير المجازة^(٤٧٣).

ولقد تباينت السياسات التشريعية بالنسبة للمصادرة، فبعض التشريعات اعتبرتها عقوبة أصلية، كما هو الشأن في قانون العقوبات الفرنسي^(٤٧٤). وهناك تشريعات أخرى نصت عليها كعقوبات تكميلية أو تبعية في بعض الجرائم، كقانون

(٤٦٧) علي حسين الخلف وسلطان عبد القادر الشاوي، المبادئ العامة في قانون العقوبات، مطبعة وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، ١٩٨٢، ص ٤٢٨.

(٤٦٨) فخري عبد الرزاق الحديثي. شرح قانون العقوبات القسم العام، مطبعة الزمان، بغداد، ١٩٩٢، ص ٣٩٥.

(٤٦٩) احمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات، الطبعة السادسة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٥، ص ٦٦٧.

(٤٧٠) تنص المادة(١٧٢) من قانون العقوبات العراقي على نه: ".... ويحكم بمصادرة الاشياء محل الجريمة في جميع الاحوال فان لم تضبط يحكم على المجرم بغرامة تعادل ثمن الاشياء موضوع الجريمة".

(٤٧١) نظام توفيق المجالي، شرح قانون العقوبات / القسم العام - دراسة تحليلية في النظرية العامة للجريمة والمسؤولية الجزائية، مصدر سابق، ص ٤٣٠.

(٤٧٢) علي حسين الخلف وسلطان عبد القادر الشاوي، مصدر سابق، ص ٤٣٨.

(٤٧٣) احمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات، الطبعة السادسة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٥، ص ٦٦٩.

(٤٧٤) يُنظر: المادة (١٣١) من قانون العقوبات الفرنسي، مشار إليها لدى: فهد يوسف الكساسبة، دور النظم العقابية الحديثة في الإصلاح والتأهيل- دراسة مقارنة، مصدر سابق، ص ٣٩٣.

العقوبات المصري في (المادتين ٢٤، ٣٠) منه^(٤٧٥). في حين هناك تشريعات جنائية أخرى اعتبرتها تدبيراً وقائياً كقانون العقوبات الإيطالي^(٤٧٦).

أما التشريع الجنائي العراقي فقد نص عليها كعقوبة أصلية في بعض الحالات، كما هو وارد في الشق الأخير من المادة (١٠١) من قانون العقوبات العراقي التي تقضي بمصادرة الأشياء المضبوطة التي جعلت اجرا لارتكاب الجريمة^(٤٧٧)؛ ونص عليها كعقوبات تبعية أو تكميلية في حالات أخرى، فقد تكون وجوبية كما هو الشأن في المادة (٢٠٧/ فقرة ٢) من قانون العقوبات العراقي^(٤٧٨)، وكذلك المادة (٢٨) من قانون الأسلحة العراقي رقم (١٣) لسنة ١٩٩٢^(٤٧٩)؛ أو جوازية كما هو وارد في المادة (١٠١) منه، والتي أجازت للمحكمة عند الحكم بالادانة في جنائية أو جنحة أن تحكم بمصادرة الأشياء المضبوطة التي تحصلت من الجريمة أو التي استعملت في ارتكابها أو التي كانت معدة لاستعمالها فيها وهذا كله بدون اخلال بحقوق الغير حسن النية^(٤٨٠)؛ ونص عليها المشرع الجنائي أيضا باعتبارها تدبيراً احترازياً، كما هو الشأن في المادة (١١٧) من قانون العقوبات العراقي^(٤٨١)؛ وكذلك المادة (٧٨) من قانون نفسه^(٤٨٢).

الفرع الثالث

التعويض وإصلاح الضرر الجريمة

يعرف التعويض في الدعوى الجزائية بأنه تصحيح التوازن الذي اختل وأهدر نتيجة وقوع الضرر إلى ما كان عليه، وذلك بإعادة المضرور على حساب المسؤول إلى الحالة التي كان متوقعا أن يكون عليها لو لم يقع الفعل الضار^(٤٨٣)، ويعرفه

(٤٧٥) تنص المادة (٢٤) من قانون العقوبات المصري على أن: "العقوبات التبعية هي: (أولا) الحرمان من الحقوق والمزايا المنصوص عليها في المادة (٢٥). (ثانيا) العزل من الوظائف الأميرية. (ثالثا) وضع المحكوم عليه تحت مراقبة البوليس. (رابعا) المصادرة".

وتنص المادة (٣٠) من القانون نفسه على الآتي: " يجوز للقاضي إذا حكم بعقوبة لجنائية أو جنحة أن يحكم بمصادرة الأشياء المضبوطة التي تحصلت من الجريمة وكذلك الأسلحة والآلات المضبوطة التي استعملت أو التي من شأنها أن تستعمل فيها وهذا كله بدون إخلال بحقوق الغير الحسن النية. وإذا كانت الأشياء المذكورة من التي يعد صنعها أو استعمالها أو حيازتها أو بيعها أو عرضها للبيع جريمة في ذاته وجب الحكم بالمصادرة في جميع الأحوال ولو لم تكن تلك الأشياء ملكا للمتهم".
(٤٧٦) ينظر: المادة (٣٦) من قانون العقوبات الإيطالي، مشار إليها لدى: فهد يوسف الكساسبة، دور النظم العقابية الحديثة في الإصلاح والتأهيل- دراسة مقارنة ، مصدر سابق، ص ٣٩٤.

(٤٧٧) تنص المادة (١٠١) من قانون العقوبات العراقي على أنه: " ويجب على المحكمة في جميع الأحوال أن تأمر بمصادرة الأشياء المضبوطة التي جعلت اجرا لارتكاب الجريمة".

(٤٧٨) تنص المادة (٢٠٧/ فقرة ٢) من قانون العقوبات العراقي على أنه: " وعلى المحكمة أن تقرر في جميع الاحوال مصادرة النقود والامتنعة والاوراق والسجلات والمطبوعات والأشياء الأخرى التي استعملت في ارتكاب الجريمة وما كان معدا لاستعماله فيها".

(٤٧٩) تنص لمادة (٢٨/ ثانياً) من قانون الأسلحة العراقي رقم (١٣) لسنة ١٩٩٢ على الآتي: " اذا أصدرت المحكمة حكما بعقوبة من العقوبات الواردة في البندين (أولا و ثانيا) من المادة (٢٧) من هذا القانون فعليها أن تحكم بمصادرة السلاح وأجزائه وعتاده ووسائل النقل التي أستخدمت في ارتكاب الجريمة، مع مراعاة حالة صاحب السيارة حسن النية، وذلك فيما عدا القضايا الكرمكية التي تختص دوائر الكمارك فيها بفرض عقوبة المصادرة".

(٤٨٠) تنص المادة (١٠١) من قانون العقوبات العراقي على أنه: "فيما عدا الأحوال التي يوجب القانون فيها الحكم بالمصادرة يجوز للمحكمة عند الحكم بالإدانة في جنائية أو جنحة أن تحكم بمصادرة الأشياء المضبوطة التي تحصلت من الجريمة أو التي استعملت في ارتكابها أو التي كانت معدة لاستعمالها فيها. وهذا كله بدون إخلال بحقوق الغير الحسن النية. ويجب على المحكمة في جميع الأحوال أن تأمر بمصادرة الأشياء المضبوطة التي جعلت اجرا لارتكاب الجريمة".

(٤٨١) تنص المادة (١١٧) من قانون العقوبات العراقي على أنه: " يجب الحكم بمصادرة الأشياء المضبوطة التي يعد صنعها أو حيازتها أو احرازها أو استعمالها أو بيعها أو عرضها للبيع جريمة في ذاته ولو لم تكن مملوكة للمتهم أو لم يحكم بادانته. وإذا لم تكن الأشياء المذكورة قد ضبطت فعلا وقت المحاكمة وكانت معينة تعيينا كافيا تحكم المحكمة بمصادرتها عند ضبطها".

(٤٨٢) المادة (٧٨) من قانون العقوبات العراقي على أنه: " لا تسري احكام العود على الحدث، ولا يخضع للعقوبات التبعية والتكميلية والتدابير الاحترازية عدا المصادرة وعلق المحل وحظر ارتياد الحانات، وإذا حكم على الحدث بغرامة فلا يجوز حبسه استيفاء لها وإنما ينفذ على ماله فإن تعذر ذلك تستوفي منه عند ميسرته".

(٤٨٣) عبد الأمير العكيلي وسليم حربية، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، الجزء الثاني ، مطبعة وزارة التعليم العالي، بغداد، ١٩٨٦، ص ٤٥.

الآخر بأنه: عقوبة تفرض على من تسبب بإلحاق الضرر من جراء الجريمة، وهي على شكل غرامة مالية تفرض على المسؤول وفقا للجسامة الجريمة، حيث إنها تزداد كلما زادت جسامة الجريمة المرتكبة، وتقل في حالة كون الخطأ المرتكب يسيرا^(٤٨٤).

ويتمثل التعويض كبديل للعقوبة في استقطاع جزء من الموارد المالية للجاني لتعويض المجني عليه عما أصابه من ضرر جراء الجريمة المرتكبة، وتعد من أكثر العقوبات البديلة عدالةً، وارضاءً للشعور الكامن في نفوس أفراد المجتمع، لأنها تؤدي إلى حرمان الجاني من المكاسب التي حققها من الجريمة، وتعويض المتضرر عن الأضرار التي لحقت به والزام الجاني بإصلاح الأضرار التي تسبب بها، وإعادة الأوضاع إلى ما كانت عليه قبل ارتكاب الجريمة، كما أن هذه العقوبة تعد وسيلة فعالة في إصلاح الجاني، بما تفرضه عليه من التزامات وواجبات، وفي الوقت نفسه تحول دون دخوله السجن، والتأثر بسلبياته^(٤٨٥).

ويصدر الأمر بالتعويض وإصلاح الضرر بعد ان يقدر القاضي حالة الجاني ومدى صلاحية استبدال بهذه العقوبة له، ويقدر التعويض من خلال تقدير حجم وجسامة الجريمة وتقدير الحالة المادية للجاني، أما اذا ادت الجريمة الى اصابة المجني عليه باضرار بدنية حالت بينه وبين القيام بأعماله فللمحكمة ان تحكم على الجاني إضافة إلى التعويض وازالة الاضرار، القيام برعاية المجني عليه، واداء بعض من اعماله لمدة معينة، وفي حالة امتناعه عن ذلك فاللمحكمة ان تحكم عليه بعقوبة العمل الاجباري لصالح المجني عليه أو المتضرر من الجريمة^(٤٨٦).

ويختلف تعويض المجني عليه عن الغرامة بأن الهدف الذي يقوم عليه هو التعويض المادي(عيني) أو المالي للمجني عليه، وإصلاح الضرر الذي وقع من الجريمة وإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، بينما الغرامة تهدف إلى وضع المال في خزينة الدولة وبالتالي هي نقدية فقط، وفي كلا الحالتين تفرض هاتن العقوبتين لمنع الجاني من ارتكاب الجرائم مستقبلاً^(٤٨٧).

وقد أخذت الكثير من التشريعات الجنائية بالتعويض وإصلاح الضرر كالتشريع الجنائي الفرنسي، فقد اعتبرها عقوبة أصلية في المادة (١٣٢ / ٦٠ - ٦٣) من قانون العقوبات الفرنسي ، وبين بأنه يحق للقاضي إعفاء الجاني من العقوبة إذا ما تبين له أنه على استعداد لجبر الضرر الذي تسببه، وتعويض المجني عليه وفقاً لجسامة الجريمة والحالة المادية للجاني عند التعويض^(٤٨٨). كما اعتبرها عقوبة تكميلية وفق المادة(١٣٢ / ٤٥ - ٥٩) من قانون العقوبات الفرنسي، ونصت فيها على أنه يحق للقاضي بأن يفرض التزام أو أكثر على الجاني المحكوم عليه بعقوبة موقوفة التنفيذ، ومن بين هذه الالتزامات تعويض المجني عليه والمتضرر من الجريمة، وحسب

(٤٨٤) ياسين محمد يحيى، الحق في التعويض عن الضرر الأدبي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩١، ص ٣٢٢.

(٤٨٥) عبد الله بن عبد العزيز اليوسف، التدابير المجتمعية كبدائل للعقوبات السالبة للحرية، مصدر سابق، ص ٦٨.

(٤٨٦) ايمن رمضان الزيني، مصدر سابق، ص ٣٨٣؛ فهد يوسف الكساسبة، دور النظم العقابية الحديثة في الإصلاح والتأهيل- دراسة مقارنة ، مصدر سابق، ص ٢٩٩.

(٤٨٧) عبد الجواد عادل عيادي علي وأشرف محمد أمين عبد الجواد، العقوبات السالبة للحرية القصيرة المدة وبدائلها، الطبعة الأولى، الدار العالمية، القاهرة، ٢٠٠٦، ص ١٠٠.

(٤٨٨) يُنظر: المادة(١٣٢ / ٦٠ - ٦٣) من قانون العقوبات الفرنسي لعام ١٩٩٤. مشار إليها لدى: ريان شريف عبد الرزاق، مصدر سابق، ص ٥٨.

قدراته المالية وحتى وإن لم تكن هناك دعوى مدنية، كما أجاز القانون الفرنسي الزام المحكوم عليه في عقوبة العمل للمنفعة العامة تعويض المجني عليه عن الضرر الذي سببه له^(٤٨٩).

وعند الرجوع إلى قانون العقوبات المصري، نجد بأنه أخذ بالتعويض كعقوبة بديلة للعقوبة السالبة للحرية إلا أنها عقوبة تكميلية وليست أصلية^(٤٩٠)، فالمادة (١١٨) منها بينت أنه إذا كانت قيمة الضرر الناتج عن الجريمة لا تزيد عن (٥٠٠) جنيه جاز للمحكمة استبدالها بالمبلغ، ويجب عليها أن تحكم معها بالغرامة أو المصادرة^(٤٩١). أما قانون الإجراءات الجنائية المصري فإنه ربط التعويض بالإدعاء بالحق المدني وفق المادة (١٠٥) منه^(٤٩٢).

ولم ينص قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني على التعويض أو إصلاح الضرر كعقوبة بديلة مستقلة للعقوبة السالبة للحرية أو أنها عقوبة جنائية تكميلية، بل أنه ربطها على غرار المشرع الجنائي المصري بدعوى المطالبة بالحق المدني، فبينت المادة (١٩٤) منه أنه يحق لمن تضرر من جريمة أن يتقدم إلى المحكمة بصفته مدعياً بالحق المدني للمطالبة بالتعويض^(٤٩٣). وبينفي المادة (١٦) من هذا القانون بأن عقوبة التصالح تأتي فقط كبديل عن العقوبات الجنحية والمخالفات التي عقوبتها الغرامة فقط وليس عقوبة سالبة للحرية^(٤٩٤).

إلا أن القرار بقانون بشأن حماية الأحداث في المادة (٢٣) بين أنه يجب على الحدث أو ولي أمره الاتفاق مع المجني عليه للإصلاح والضرر وتعويض المجني عليه من خلال وساطة تعرضها النيابة العامة، أو بناء على طلب الحدث أو ولي أمره على الأطراف لتكون بديلاً عن إجراءات الدعوى الجزائية، وليكون التصالح وإصلاح الأضرار بديلاً عن العقوبة التي من الممكن أن توقع على الحدث^(٤٩٥). وفيما يتعلق بموقف التشريع الجنائي العراقي من هذا البديل، نجد بأنه أخذ بالتعويض كعقوبة بديلة للعقوبة السالبة للحرية إلا أنها عقوبة تكميلية وليست أصلية،

(٤٨٩) يُنظر: المادة (١٣٢/٤٥ - ٥٩) من قانون العقوبات الفرنسي لعام ١٩٩٤؛ مشار إليها لدى: المصدر السابق، ص ٥٩.
(٤٩٠) تنص المادة (١٧) من قانون العقوبات العراقي على الآتي: "لا تمس أحكام هذا القانون في أية حال ما يكون واجباً للخصوم من الرد أو التعويض".

(٤٩١) تنص المادة (١١٨) من قانون العقوبات المصري على أنه: "فضلاً عن العقوبات المقررة للجرائم المذكورة في المواد ١١٢، ١١٣، ١١٤، ١١٥، ١١٦، ١١٦ مكرراً، ١١٧، ١١٧ فقرة أولى، يعزل الجاني من وظيفته أو تزول صفته كما يحكم عليه في الجرائم المذكورة في المواد ١١٢، ١١٣ فقرة أولى وثانية ورابعة، ١١٣ مكرراً فقرة أولى، ١١٤، ١١٥ بالرد وبغرامة مساوية لقيمة ما اختلسه أو استولى عليه أو حصله أو طلبه من مال أو منفعة على ألا تقل عن خمسمائة جنيه".

(٤٩٢) تنص المادة (١٠٥) من قانون الإجراءات الجنائية المصري على أنه: "ولا يجوز للنيابة العامة ولا لقاضى التحقيق الأمر بالرد عند المنازعة، ويرفع الأمر في هذه الحالة أو في حالة وجود شك فيمن له الحق في تسليم الشيء إلى محكمة الجنب المستأنفة منعقدة في غرفة المشورة بالمحكمة الابتدائية بناءً على طلب ذوي الشأن لتأمر بما تراه".

(٤٩٣) تنص المادة (١٩٤) من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطينية رقم (٣) لسنة ٢٠٠١ على أنه: "١- لكل من تضرر من الجريمة أن يتقدم بطلب إلى وكيل النيابة العامة أو إلى المحكمة التي تنظر الدعوى يتخذ فيه صراحة صفة الادعاء بالحق المدني للتعويض عن الضرر الذي لحق به من الجريمة. ٢- يجب أن يكون الطلب معللاً تعليلاً كافياً وله ما يبرره من البيانات والأدلة".

(٤٩٤) تنص المادة (١٦) من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطينية على الآتي: "يجوز التصالح في مواد المخالفات والجنح المعاقب عليها بالغرامة فقط، وعلى مأمور الضبط القضائي المختص عند تحرير المحضر أن يعرض التصالح على المتهم أو وكيله في المخالفات ويثبت ذلك في محضره، ويكون عرض التصالح في الجنب من النيابة العامة".

(٤٩٥) تنص المادة (٢٣) من قرار بقانون رقم (٤) لسنة ٢٠١٦ المصري بشأن حماية الأحداث على أنه: "١- على نيابة الأحداث من تلقاء نفسها وقبل تحريك الدعوى الجزائية عرض الوساطة في جرائم الجنب والمخالفات بين المجني عليه والحدث، وذلك بموافقة الحدث أو متولي أمره والمجني عليه إذا بدأ نيابة الأحداث أن من شأن هذا الإجراء إصلاح الضرر الحاصل بالمجني عليه، أو إنهاء الاضطراب الذي أحدثته الجريمة، أو الإسهام في تأهيل فاعله، ولها في سبيل ذلك الاستعانة بشرطة الأحداث أو بمرشد حماية الطفولة أو أحد الوسطاء، شريطة اعتراف الحدث بالواقعة المنسوبة إليه. ٢- للحدث أو متولي أمره أو محاميه طلب إجراء الوساطة وفقاً لأحكام هذه المادة".

إذ أجازت للمحكمة وفق المادة (١٤٥) بأن تلزم المحكوم عليه بالتعويض عند اصدار أمر إيقاف التنفيذ^(٤٩٦)، وقضت في المادة (٣٣٤) منه بإلزام المحكوم عليه برد الشيء المغتصب أو قيمته ان لم يوجد عينا فضلا عن الحكم وبالتعويض لمن لحقه ضرر من جريمة الإستغلال الوظيفي اذا كان له داع^(٤٩٧). أما قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي فإنه ربط التعويض بالإدعاء بالحق المدني وفق المادة (١٠) منه، فقضت بأنه لمن لحقه ضرر مباشر مادي أو أدبي من أية جريمة أن يدعي بالحق المدني ضد المتهم والمسؤول مدنية... إلخ^(٤٩٨).

وعليه يكون للتعويض عنصرين مادي و معنوي، فالتعويض المادي بشكل عام هو التعويض عن الضرر الذي يصيب الذمة المالية أو الضرر الذي يصيب الإنسان في ماله أو في حق من حقوقه أو مصلحة مشروعة له^(٤٩٩)، ويقصد به إصلاح الضرر المادي الناشئ عن جريمة وهو إعطاء المتضرر عوضا عما تضرر به ماديًا، وهو يتحلل بدوره إلى عنصرين: ما لحق المدعي من خسارة مالية وما فاته من كسب مالي^(٥٠٠). أما التعويض الأدبي، فهو جزاء عن الضرر غير المالي أو الضرر الذي لا يمس الذمة المالية وإنما يسبب ألما معنوية للمتضرر. وهو الذي يصيب الإنسان في شعوره أو عاطفته أو كرامته أو عرضه أو مركزه الاجتماعي^(٥٠١).

و أخيراً نرى بأن التعويض واصلاح أضرار الجريمة يعد من أهم البدائل التي تضمن تحقيق العدالة واصلاح الجاني وتأهيله، ونهيب بالمشرع العراقي التوسع قدر الإمكان في مجال تطبيقه في كثير من الجرائم التي لا تشكل خطورة اجتماعية بالغة. وفي نهاية هذه الدراسة توصلنا إلى مجموعة من الإستنتاجات والتوصيات، نوجزها في ما يلي:

أولاً/ الإستنتاجات:

من أهم الإستنتاجات التي توصل إليه الباحث في هذه الدراسة، ما يأتي:

١. أن للعقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة آثاراً سلبية في كافة المجالات، فهي تسبب أمراضاً نفسية وجسدية خطيرة للجاني أثناء تواجده في السجن، ويكسب الجاني القيم المنحطة والمنحدره تدفع به إلى ساحة الجريمة مرة أخرى، وتترك آثاراً سيئة على الوضع الاجتماعي للجاني وأسرته من خلال نظرة القصد والسخط والتحكم بهم وحرمانهم من حقهم في حياة اجتماعية زهيدة، وحرمانهم من عمل

(٤٩٦) تنص المادة (١٤٥) من قانون العقوبات العراقي على أنه: " للمحكمة عند الأمر بإيقاف التنفيذ أن تلزم المحكوم عليه بأن يتعهد بحسن السلوك خلال مدة ايقاف التنفيذ وفقاً لأحكام المادة ١١٨ او أن تلزمه بإداء التعويض المحكوم عليه كله او بعضه خلال أجل يحدد في الحكم او تلزمه بالأمرين معاً".

(٤٩٧) تنص المادة (٣٣٤) من قانون العقوبات العراقي على أنه: "... ويحكم برد الشيء المغتصب او قيمته ان لم يوجد عينا فضلا عن الحكم وبالتعويض لمن لحقه ضرر من الجريمة اذا كان له داع".

(٤٩٨) تنص المادة (١٠) من قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١ على الآتي: " لمن لحقه ضرر مباشر مادي او ادبي من اية جريمة ان يدعي بالحق المدني ضد المتهم والمسؤول مدنياً عن فعله مع مراعاة ما ورد في المادة التاسعة بعريضة او طلب شفوي يثبت في المحضر اثناء جمع الادلة او اثناء التحقق الابتدائي او امام المحكمة التي تنظر الدعوى الجزائية في اية حالة كانت عليها حتى صدور القرار فيها ولا يقبل ذلك منه لأول مرة عند الطعن تمييزاً".

(٤٩٩) سعدون العامري، تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية، مطبعة وزارة العدل، بغداد، ١٩٨١، ص ٩٩.

(٥٠٠) احمد جمال الدين، المصطلحات القانونية الجزائية في الأحكام والإجراءات، المكتبة المصرية للطباعة والنشر، القاهرة، ١٩٩٥، ص ٣٩.

(٥٠١) سعيد حسب الله عبد الله، إعادة المحاكمة وآثارها القانونية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير - جامعة بغداد، كلية القانون، ١٩٨٣، ص ١٨٠.

يلقبهم وبعائلتهم. وتترك أيضاً آثاراً سلبية سيئة على الواقع الاقتصادي للمجتمع والذي يتمثل في تحميل الدولة أعباء جديدة في بناء السجون وتوفير سبل المعيشة وإعاشة المساجين، كما تخلف آثاراً سيئة على الواقع الاقتصادي للعائلة من تحمل نفقات الجاني، وحرمانهم من معيولهم، و النزول بهم إلى مستوى الفقر والجوع، وبالتالي تشرد بهم بالشوارع وتضيعهم.

٢. يقتضي قيام المؤسسات العقابية بدورها الإصلاحية والتأهيلية أن تكون لديها برامج وسياسات هادفة مبنية على تلبية متطلبات المحكوم عليه النفسية والاخلاقية والدينية والمهنية والتي تمكنه من تعديل سلوكه وتؤهله للخروج إلى المجتمع بعد إنقضاء مدة محكوميته عضواً نافعاً ومنتجاً.

٣. تعد بدائل العقوبات السالبة للحرية نتاج حركة التطور لمنظومة العدالة الجنائية الإجتماعية وينبغي أن تكون في الحسبان تقدير المصلحة العامة والمصلحة الخاصة. وتساهم في تحقيق هدفين رئيسيين لا تقل أهمية كل منهما عن الآخر، بل يتكاملان مع بعضهما للمساهمة في ترشيد السياسة العقابية وتغيير الصورة النمطية لها القائمة على الإيلام والانتقام، فيتمثل الهدف الأول في إصلاح وتقويم المتهم بعيداً عن مساوئ العقوبات السالبة للحرية داخل السجون والتي لم تحقق الغرض منها في تهذيب وإصلاح المحكوم عليهم، أما الهدف الثاني فيتمثل في تحقيق تلك البدائل لمصلحة المؤسسات العقابية ذاتها، عن طريق تخفيف العبء الواقع عليها في تنفيذ البرامج الإصلاحية والعقابية للمحكوم عليهم.

٤. تعددت الأنظمة والصور المقررة كعقوبات بديلة وفق ما يحتاجه كل مجتمع وما يضبطه كل مشرع في هذا الإطار، ولعل الأهم من هذه البدائل المادية منها، والتي تشمل: الحكم بوقف تنفيذ العقوبة، والرقابة القضائية بمختلف صورها، والعمل للنفع العام، المراقبة الألكترونية الإختبار القضائي، وكذلك البدائل العينية التي تحوي الغرامة الجنائية، والمصادرة، والتعويض وإصلاح ضرر الجريمة .

٥. لا يدخل نظام الإفراج الشرطي ضمن البدائل العقابية، لأن اصل ذلك النظام يصدر بحق المحكومين عليهم بعقوبة سالبة للحرية، وهذا ما يعد منافياً مع طبيعة العقوبات البديلة، لان الامثل في العقوبات البديلة انه لا يجوز دخول المحكوم عليه داخل المؤسسات العقابية، هذا من ناحية ومن ناحية اخرى فان هذا النظام تتعامل مع مدة اطول من مدد العقوبات البديلة التي تتعامل بها، فلذلك ان تلك النظم ما هي الا نوع من انواع المعاملة العقابية في وسط مفتوح.

٦. لم يكن المشرعين العراقي والكوردستاني موفقين في مسايرة التطورات الموجودة على الساحة العقابية الإصلاحية، بخلاف الأنظمة العقابية والإصلاحية الأخرى التي تمضي قدماً نحو العقوبات البديلة. فلم يتجه في التشريع الجنائي العراقي إلى ادراج البدائل العقوبات السالبة للحرية بصورة جلية واسعة، ولم يعطى اهتماماً في التركيز على خلق الحلول المناسبة للمشاكل التي تواجه المؤسسات العقابية والإصلاحية المغلقة، ولم يتمكن من الاستفادة من التجارب الغربية في ميدان هذه البدائل، على الرغم من بذل جهود المهتمين من النخبة

القانونية والقضائية بهذا الشأن احساساً منهم لضرورة العمل على تجنب سلبيات العقوبات السالبة للحرية - خاصة قصيرة المدة منها.

٧. أن وضع استراتيجية لتبني العقوبات البديلة في العراق واقليم كردستان يجب ان يسبقه دراسة وافيه للبيئة العقابية والإصلاحية الراهنة، وذلك لمعرفة ماهية البدائل التي تتوافق مع تلك البيئة ولا سيما قيم المجتمع وعاداته وتقاليده.

ثانياً/ التوصيات:

يوصي الباحث في ضوء النتائج السابقة بما يلي:

١. نرى ضرورة التقليل من العقوبات السالبة للحرية قدر الامكان والتوسع في تطبيق العقوبات البديلة و ندعو في هذا الاطار المشرعين العراقي والكوردستاني إلى مواكبة التشريعات العقابية الجديدة والعمل على إدراج البدائل العقابية الجديدة في التشريعين، وضرورة دراسة البيئة العقابية والإصلاحية العراقية والكوردستانية والوقوف عليها بصورة دقيقة للتوافق على العقوبات البديلة التي يمكن تطبيقها في العراق وأقليم كردستان. وتعديل التشريعات الجنائية المعمول بها بما يؤدي إلى إلغاء عقوبة الحبس قصيرة المدة والاستعاضة عنها ببدائل العقوبات، لما لذلك من أهمية كبيرة تساهم في إصلاح الخارجين على القانون مما يخدم المجتمع ويعزز من قدرات أبنائه.
٢. نوصي مشرعنا العراقي بالأخذ بعقوبة العمل لمصلحة العامة فهي تعتبر استحقاقاً اجتماعياً في مقابل الضرر الذي تسبب به مرتكب الجريمة، فمن حق المجتمع أن يتم تعويضه عن هذا الضرر بخدمة إجتماعية مجانية يقدمها المحكوم عليه بها.
٣. نرى ضرورة النص على المراقبة الألكترونية باعتباره حافزاً تشجيعياً للنزلاء نحو تحسين سلوكهم ووسيلة فعالة في تحقيق مبدأ التفريد العقابي وعدم تعدى آثار الجريمة إلى غير الجاني، كما نرى ضرورة الأخذ ببديل الإختبار القضائي لما فيها فائدة في تهذيب سلوك المحكوم عليه وتعزيز الثقة بنفسه .
٤. ندعو المشرع الجنائي العراقي إلى رفع سقف مدة استبدال الحبس بالغرامة بدلاً من ثلاثة أشهر إلى سنة كما فعلت القوانين المقارنة، وزيادة سقف مدة وقف تنفيذ العقوبة لتصبح ثلاث سنوات بدلاً من سنة، وأن يشمل المخالفة أيضاً.
٥. نرى ضرورة العمل على ترغيب المؤسسات الإصلاحية الوطنية باستقبال المحكوم عليهم بالعقوبات البديلة على حسن معاملتهم وتوفير كل الظروف المتاحة لاندماجهم، والعمل على توسيع فئات هذه المؤسسات إلى القطاع الخاص وفق ضوابط وشروط محددة.
٦. نرى ضرورة إعداد وتأهيل الكادر القضائي الكفوء للعمل على تطبيق نظام العقوبات البديلة، وتسليحه بالقدرة على القراءة العميقة في اسباب ارتكاب الجريمة والحالة الشخصية للمجرم وطبيعة الظروف المحيطة بالجريمة والمجرم.
٧. نوصي الجهات المعنية بتوعية المجتمع فيما يخص بدائل العقوبات السالبة للحرية وابرار فاعليتها في اصلاح الجاني وعدم عودته للسلوك الإجرامي واحترام هوية القانون وإقرار مبدأ شخصية العقوبة والتفريد العقابي، وحفظ كرامة الإنسان وتحقيق العدالة الجنائية في المجتمع.

قائمة المصادر

أولاً/ المعاجم اللغوية:

١. ابن منظور، المجلد الأول، الطبعة الثالثة، دار صادر، بيروت، ١٩٩٤.
٢. محمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، دار الرسالة، الكويت، ١٩٨٣.

٣. نوال أقرام البستاني، منجد الطلاب، المشرق العربي، بيروت، ٢٠٠٠.

ثانياً/ المواثيق الدولية والداستير والأوامر:

١. الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، اعتمد وصدر رسمياً بقرار الجمعية العامة (٢١٧ ألف) في ١٠/١٢/١٩٤٨.
٢. أمر المدير الاداري لسلطة الائتلاف المؤقتة رقم ٣١ القسم ٢ المؤرخ في ٣١ أيلول ٢٠٠٣.
٣. الدستور العراقي الدائم لسنة ٢٠٠٥.

ثالثاً/ القوانين:

١. قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩.
٢. قانون إصلاح الأحداث الفلسطيني رقم (١٦) لسنة ١٩٥٤.
٣. قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١.
٤. قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني رقم (٣) لسنة ٢٠٠١.
٥. قانون الأحداث الأردني رقم (٣٢) لسنة ٢٠١٤.
٦. قانون الأسلحة العراقي رقم (١٣) لسنة ١٩٩٢.
٧. قانون الطفل المصري رقم (١٢) لسنة ١٩٩٦ والمعدل بالقانون (١٢٦) لسنة ٢٠٠٨.
٨. قانون العقوبات الاردني رقم (١٦) لسنة ١٩٦٠ المعدل بقانون رقم (٩) لسنة ١٩٨٨.
٩. قانون العقوبات الإيطالي لسنة ١٩٣٠.
١٠. قانون العقوبات الفرنسي لسنة ١٩٩٢.
١١. قانون العقوبات المصري رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧ المعدلة بالقانون رقم ٤٩ لسنة ٢٠١٤.
١٢. قانون رعاية الأحداث العراقي رقم ٧٦ لسنة ١٩٨٣.
١٣. قانون رقم (٤) لسنة ٢٠١٦ بشأن حماية الأحداث الفلسطيني.
١٤. قانون رقم (١٢) لسنة ١٩٩٦ باصدار قانون الطفل المصري والمعدل بالقانون رقم ١٢٦ لسنة ٢٠٠٨.

رابعاً/ الكتب:

١. أحمد براك، العقوبة الرضائية في الشريعة الإسلامية والأنظمة الجنائية المعاصرة، ط١، درا النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠.
٢. احمد توفيق عبد الرحمن، شرح قانون العقوبات، القسم العام، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٥.

٣. احمد جمال الدين، المصطلحات القانونية الجزائية في الأحكام والإجراءات، المكتبة المصرية للطباعة والنشر، القاهرة، ١٩٩٥.
٤. احمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات، الطبعة السادسة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٥.
٥. احمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات، الطبعة السادسة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٥.
٦. أسامة الكيلاني، العقوبات البديلة للعقوبات السالبة للحرية القصيرة المدة، المركز العربي للبحوث، قطر، ٢٠١٣.
٧. ايمن رمضان الزيني، العقوبة السالبة للحرية القصيرة المدة وبدائلها- دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣.
٨. بشرى رضا راضي سعد، بدائل العقوبات السالبة للحرية وأثرها في الحد من الخطورة الإجرامية - دراسة مقارنة، دار الوائل، ٢٠١٣.
٩. جاسم محمد العنتلي، بدائل العقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة، القاهرة: دار النهضة العربية، ٢٠٠٠.
١٠. جندي عبد الملك، الموسوعة الجنائية، الجزء الخامس، بيروت، دار إحياء التراث، ١٩٤٢.
١١. خالد الجبور، التفريد العقابي في القانون الأردني، دراسة مقارنة، ط ١، دار الأوائل للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٩.
١٢. رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط ٣، ١٩٩٧.
١٣. سعدون العامري، تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية، مطبعة وزارة العدل، بغداد، ١٩٨١.
١٤. سمير عالية، مبادئ علوم الاجرام والعقاب والسياسة الجزائية، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٩.
١٥. طلال ابو عفيفة، الوجيز في قانون الاجراءات الجزائية الفلسطيني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١١.
١٦. عبد الأمير العكيلي وسليم حرية، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، الجزء الثاني، مطبعة وزارة التعليم العالي، بغداد، ١٩٨٦.
١٧. عبد الجواد عادل عبادي علي وأشرف محمد أمين عبد الجواد، العقوبات السالبة للحرية القصيرة المدة وبدائلها، الطبعة الأولى، الدار العالمية، القاهرة، ٢٠٠٦.
١٨. عبد الرحمن خلفي وعبد المالك خلفي وآخرون، العقوبات البديلة، الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ٢٠١٥.
١٩. عبد الرحمن خلفي، نظرة حديثة للسياسات الجنائية المقارنة - سلسلة أبحاث جنائية معمقة، الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ٢٠١٨.
٢٠. عبد الله بن عبد العزيز اليوسف، التدابير المجتمعية كبديل للعقوبات السالبة للحرية، ط ١، اكااديمية نايف لعربية للعلوم الأمنية، الرياض، ٢٠٠٣.

٢١. عبد الله بن عبد العزيز اليوسف، التدابير المجتمعية كبداية للعقوبات السالبة للحرية، مصدر سابق.
٢٢. عبدالرحمن توفيق أحمد، علم الإجرام والعقاب، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٢.
٢٣. عبدالله عبد الغاني غانم، أثر السجن في سلوك النزيل، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، بدون سنة نشر..
٢٤. عدنان الدوري، علم العقاب ومعاملة المذنبين، الطبعة الثانية، مطبعة ذات السلاسل، الكويت، ١٩٨٩.
٢٥. على عز الدين الباز، نحو مؤسسات عقابية حديثة، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، ٢٠١٦.
٢٦. علي حسين الخلف وسلطان عبد القادر الشاوي، المبادئ العامة في قانون العقوبات، مطبعة وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، ١٩٨٢.
٢٧. عمر سالم، النظام القانوني للتدابير الاحترازية، الطبعة الأولى دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨.
٢٨. عمر سالم، ملامح جديدة لنظام وقف التنفيذ في القانون الجنائي، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، القاهرة، ٢٠٠٧.
٢٩. عمر سالم، النظام القانوني للتدابير الاحترازية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٩٩٥.
٣٠. فتوح عبدالله الشاذلي، أساسيات علم الإجرام، بيروت، منشوات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٧، ص ٣٢٣.
٣١. فخري عبد الرزاق الحديثي. شرح قانون العقوبات القسم العام، مطبعة الزمان، بغداد، ١٩٩٢.
٣٢. كامل السعيد، شرح الأحكام العامة القسم العام، ط ١، دار الثقافة عمان، ٢٠٠٧.
٣٣. كامل السعيد، شرح الأحكام العامة القسم العام، ط ١، دار الثقافة عمان، ٢٠٠٧، ص ١٣١.
٣٤. محمد أبو علا العقيدة، أصول علم العقاب، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦.
٣٥. محمد أبو علا العقيدة، المجني عليه ودوره في الظاهرة الاجرامية، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٩١.
٣٦. محمد اللطيف فرج، شرح قانون العقوبات القسم العام، النظرية العامة للعقوبة والتدابير الاحترازية، اكااديمية الشرطة، ٢٠١٢.
٣٧. محمد عبدالله الوريكات، أصول علمي الإجرام والعقاب، دار الوائل للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٩.
٣٨. محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات /القسم العام، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٨٣.
٣٩. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات/القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة، ط ٥، ١٩٨٢.

٤٠. محمود نجيب حسني، علم العقاب - تحليل لطبيعة العقوبة والتدبير الإحترازي وتحديد لأهدافهما ودراسة للنظريات العقابية الحديثة في معاملة المحكوم عليهم وشرح وتأصيل للقانون رقم ٣٩٦ لسنة ١٩٥٦ في شأن تنظيم السجون، دار النهضة العربية، ١٩٨٧.
٤١. مصطفى العوجي، التأهيل الإجتماعي في المؤسسات العقابية، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠١٧.
٤٢. منصور رحماني، علم الإجرام والسياسة الجنائية، دار العلوم والنشر عناية، الطبعة الأولى، سنة ٢٠٠٦.
٤٣. نظام توفيق المجالي، شرح قانون العقوبات / القسم العام - دراسة تحليلية في النظرية العامة للجريمة والمسؤولية الجزائية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ٢٠٠٩.
٤٤. نظام توفيق المجالي، شرح قانون العقوبات الأردني القسم العام، دار الثقافة للنشر، عمان، ٢٠١٢.
٤٥. ياسين محمد يحيى، الحق في التعويض عن الضرر الأدبي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩١.
- خامساً/ الرسائل والأطاريح الجامعية:
١. إبراهيم مرابط، بدائل العقوبات السالبة للحرية : المفهوم والفلسفة - بحث لنيل البكالوريوس القانون الخاص مقدم لكلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية، جامعة ابن زهرة اكادير، ٢٠١٢ - ٢٠١٣.
٢. إبراهيم مرابط، بدائل العقوبات السالبة للحرية المفهوم والفلسفة، رسالة ماجستير، جامعة بن زهر اغادير، المغرب، ٢٠١٣.
٣. أيمن عبد العزيز المالك، بدائل العقوبات السالبة للحرية كنموذج للإصلاح في نظام العدالة الجنائية، أطروحة دكتوراه، جامعة نايف للعلوم الأمنية، رياض، ٢٠١٠.
٤. بوهنتاله ياسين، القيمة العقابية للعقوبة السالبة للحرية، دراسة في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير/جامعة الحاج لخضر باتنة، الجزائر، ٢٠١٠.
٥. حسين كامل عارف، النظرية العامة للتدابير الإحترازية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة القاهرة، ١٩٧٦.
٦. حنان عبد الرؤوف، العمل للنفع العام كعقوبة بديلة لعقوبة الحبس، رسالة ماجستير، جامعة محمد خيضر، الجزائر، ٢٠١٤.
٧. خالد سعود بشير الجبور، التفريد العقابي في القانون الأردني-دراسة مقارنة مع القانون المصري والقانون الفرنسي، أطروحة دكتوراه، جامعة عمان العربية/كلية القانون، الأردن، ٢٠٠٧.
٨. خلود عبد الرحمان العبادي، العقوبات المجتمعية في التشريعات الجزائية الأردنية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق/ جامعة الشرق الاوسط، الأردن، كانون الثاني- ٢٠١٥.

٩. ذياب الخضر، العقوبة التكميلية بين النظريتين التقليدية والحديثة، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، ٢٠١٣.
١٠. رفحات صافي علي أبو جحلة، العقوبات المجتمعية كإحدى العقوبات البديلة في التشريع الأردني، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، ٢٠١٩.
١١. رفحات صافي علي أبو جحلة، العقوبات المجتمعية كإحدى العقوبات البديلة في التشريع الأردني، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، ٢٠١٩.
١٢. زرقاني مختارية، الاتجاهات الحديثة لبدائل العقوبة للتشريع العقابي الجزائري، رسالة ماجستير/ النظم الجنائية خاصة، جامعة عبد الحميد ابن باديس مستغانم/ كلية الحقوق، جزائر، ٢٠١٧.
١٣. سعيد حسب الله عبد الله، إعادة المحاكمة وآثارها القانونية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير - جامعة بغداد، كلية القانون، ١٩٨٣.
١٤. صالح صادق محمد أمين، معايير العقوبات البديلة وآليات تنفيذها، رسالة ماجستير، جامعة صلاح الدين، كلية القانون والسياسة، ٢٠١٣.
١٥. عبد الله بن علي الخعيمي، بدائل العقوبات السالبة للحرية بين الواقع و المأمول، رسالة ماجستير جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، السعودية ٢٠٠٨.
١٦. فريدة بن يونس، تنفيذ الأحكام الجنائية، أطروحة دكتوراه جامعة بسكرة، الجزائر، ٢٠١٣.
١٧. محمد خاضر بن سالم، عقوبة العمل للنفع العام في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة ورقلة، الجزائر، ٢٠٠١.
١٨. محمد خاضر بن سالم، عقوبة العمل للنفع العام في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة ورقلة، الجزائر، ٢٠٠١.
١٩. محمد صالح معزي العنزي، الاتجاهات الحديثة في العقوبات البديلة، رسالة ماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا/الجامعة الأردنية، أيار ٢٠١٤.
٢٠. محمد صالح معزي العنزي، الاتجاهات الحديثة في العقوبات البديلة، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا/الجامعة الأردنية، أيار / ٢٠١٤.
٢١. معيزة رضا، نظام وقف تنفيذ العقوبة في ضوء السياسة العقابية الحديثة، رسالة ماجستير، جامعة بن عكنو/ كلية الحقوق، الجزائر، ٢٠٠٧.

سادساً/ البحوث والمجلات والندوات:

١. أبو بكر المغربي وطه عثمان، العقوبات البديلة في ضوء السياسة العقابية المعاصرة مع بيان موقف المنظم السعودي، بحث منشور في المجلة العلمية الفقه والقانون، جامعة المستقبل الأهلية، مملكة العربية السعودية، المجلد ٢٠١٩، العدد (٧٨)، نيسان/ ٢٠١٩.
٢. أحمد فتحي سرور، نظام الاختبار القضائي في نظرية القانون وفي التشريع المصري، تقرير مقدم □ الحلقة الثانية □ كافحة الجريمة التي أقامها □ركز القومي بجامعة القاهرة، ١٩٦٣.

٣. أدبية محمد صالح، العقوبات البديلة والتدابير البديلة في النظام الجزائي، مجلة قهلاى زانست العلمية، مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية - اربيل، كوردستان-العراق، المجلد (٧)، العدد (١)، شتاء/ ٢٠٢٢.
٤. إيمان عبد الله أحمد؛ ومروة إبراهيم محمد، العقوبات البديلة وأثرها في التأهيل والإصلاح وموقف القانون الدولي والتشريعات الوطنية منها، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، المجلد الرابع، العدد الأول سنة ٢٠٢٠، جامعة أوروك الأهلية، كلية القانون.
٥. ريان شريف عبد الرزاق، بدائل العقوبات السالبة للحرية، بحث منشور في مجلة العدالة والقانون، العدد ٢٨، تشرين الثاني ٢٠١٦.
٦. سامح الحمدي، فلسفة البدائل غير الاحتجازية في ترشيد السياسة العقابية- لمراقبة الإلكترونية نموذجاً، المركز القومي للبحوث الاجتماعية والجنائية-المجلة الجنائية القومية، المجلد(٦٤)، العدد (١)، مارس/ ٢٠٢١.
٧. سامي النصر، التدابير الإحترازية وبدائل العقوبات، مجلة رواق عربي، مركز القاهرة لدراسات حقوق الانسان، عدد (٤٨)، ٢٠٠٨.
٨. ساهر إبراهيم الوليد، مراقبة المتهم إلكترونياً كوسيلة للحد من مساوئ الحبس الاحتياطي-دراسة تحليلية، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الإسلامية، المجلد(٢١)، العدد (١)، ٢٠١٣.
٩. سعد حماد القبائلي، وضع المحكوم عليه تحت الاختبار القضائي، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، مجلد (٤٥)، العدد (٢)، ٢٠٠٣.
١٠. صفاء اوثاني، الوضع تحت المراقبة الإلكترونية-السوار الإلكتروني- في السياسة العقابية الفرنسية، مجلة القانون والاقتصاد، جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد (٢٥) العدد (١)، سوريا، ٢٠٠٩.
١١. عبد الله عبد العزيز اليوسف، البدائل الاجتماعية للعقوبات السالبة للحرية في رأي القضاة والعاملين في السجون، المجلة العربية للدراسات الامنية والتدريب، مجلد (١٣)، عدد(٤)، الريا، ٢٠٠٥.
١٢. عبد الهادي درار، نظام المراقبة الإلكترونية في ظل تطورات النظم الإجرائية الجزائرية، مجلة الدراسات والبحوث القانونية/ جامعة محمد بوطياف بالجزائر، العدد(٣)، كانون الثاني/ ٢٠١٧.
١٣. فهد يوسف الكساسبة، الحلول التشريعية المقترحة لتبني العقوبات البديلة في النظام الجزائي الأردني، مجلة علوم شريعة والقانون، مجلد(٤٠)، العدد(٢) ٢٠١٣.
١٤. فهد يوسف الكساسبة، دور النظم العقابية الحديثة في الإصلاح والتأهيل- دراسة مقارنة، مجلة علوم شريعة والقانون، مجلد(٣٩)، العدد(٢) ٢٠١٢.
١٥. قوادري صامت جوهر، مساوئ العقوبات السالبة للحرية، مجلة الأكاديمية للدراسات والعلوم الاجتماعية والإنسانية، الجزائر، يونيو/حزيران ٢٠١٥.
١٦. قوادري صامت جوهر، مساوئ العقوبة السالبة للحرية القصيرة المدة، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، العدد (١٤) جوان، ٢٠١٥.

١٧. كوريتي عبد الحق، بدائل العقوبات السالبة للحرية وتأثيرها على سياسية الإدماج، مجلة الأبحاث والدراسات القانونية، العدد (٤)، سنة ٢٠١٤.
١٨. محمد الجبور، وقف تنفيذ العقوبة في القانون الأردني، مجلة البلقاء للبحوث والدراسات، المجلد (٥)، العدد (٢).
١٩. محمد الوريكات، مدى صلاحية الغرامة بوصفها بديلاً لعقوبة الحبس قصير المدة في التشريع الأردني والمقارن، مجلة جامعة النجاح للأبحاث (العلوم الإنسانية)، المجلد (٢٧)، العدد (٥)، ٢٠١٣.
٢٠. محمد الوريكات، مدى صلاحية الغرامة بوصفها بديلاً لعقوبة الحبس قصير المدة في التشريع الأردني والمقارن، مجلة جامعة النجاح للأبحاث (العلوم الإنسانية)، المجلد (٢٧)، العدد (٥)، ٢٠١٣.
٢١. محمد سعيد نمور، وقف التنفيذ نظام نفقده في تشريعاتنا الجزائية في الأردن، بحث منشور في مجلة مؤتة للبحوث والدراسات/ جامعة مؤتة، الأردن، المجلد (٣)، العدد (٢)، كانون الأول/ ١٩٨٨.
٢٢. مضواح بن محمد المضواح، بدائل العقوبات السالبة للحرية مفهومها وفلسفتها، ندوة بدائل العقوبات السالبة للحرية بالتعاون مع إدارة السجون الجزائرية، الجزائر، ٢٠١٢.
٢٣. منى محمد عبدالرزاق، الاختبار القضائي (مراقبة السلوك) للأحداث الجانحين:- دراسة مقارنة، مجلة جامعة كربلاء العلمية، المجلد (٩)، العدد (٤)- إنساني، ٢٠١١.
٢٤. نسيفة فيصل، بدائل العقوبات الجنائية القصيرة المدة كآلية إصلاح وتأهيل في ظل السياسة الجنائية المعاصرة في عقوبة العمل للنفع العام نموذجاً، بحث منشور ضمن أبحاث المؤتمر السنوي الرابع لقانون أداة للإصلاح والتطوير- آيار/ ٢٠١٧، الجزائر.
٢٥. هيكمل أحمد عثمان، السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في استبدال العقوبة السالبة للحرية بدائل غير احتجازية، المجلة القضائية العدد (٥)، ٢٠١٤.
٢٦. الوكالة السويدية للتنمية والتعاون الدولي التابعة للمنظمة الدولية للإصلاح الجنائي، بدائل التدابير الاحتجازية- دراسة حالة لعدد من الدول العربية (الأردن، الجزائر، المغرب، اليمن، تونس، مصر)، مارس/ ٢٠١٤.
٢٧. يسر أنور علي، النظرية العامة للتدابير والخطورة الإجرامية، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الأول، السنة الثالثة عشر، مطبعة جامعة عين شمس، ١٩٧١.

الإصلاح التشريعي ودوره في العدالة الاجتماعية

أ.م.د. بان حسين السنجري

قسم الشؤون الإدارية والمالية/ الشؤون الإدارية

ملخص

ان مفهوم العدالة الاجتماعية من المفاهيم الاساسية في فلسفة الحقوق، فالعدالة وليدة المجتمع وقواعدها ظهرت قبل ان تزهو فكرة القانون ومفهومه. وان العدالة الاجتماعية فرضت نفسها واصبحت تعبر عن حالة عامة، وشهدت حالة من المد والجزر خلال المسيرة السياسية والاجتماعية.

ومن المعروف ان سيادة القانون هي الاساس في تطبيق العدالة، والقانون يصدر عن السلطة التشريعية الذي يتجلى بمجموعة من القواعد القانونية التي تفرض بغية تحقيق واقامة العدل بين الناس، ويجب ان لا يكون الاصلاح القانوني مجرد موضوع للحوار وانما يجب ان يشمل كل الاطراف ذات المصلحة واجراء حوار عام، على ان ينال المجتمع المدني والاعلام صوتا اكبر في مناقشة حماية الحقوق ونوع طبيعة التشريعات المطلوبة اي تكون عملية استشارية لتأمين حقوق الانسان في التشريعات. لذا فإن اصلاح النظام القانوني هو اول شروط النهضة التي بها الرقي الفكري والعمق الثقافي للانتقال بالفرد ومن ثم المجتمع والدولة من التخلف والانحطاط الى التقدم والرفاهية والازدهار.

Abstract

The concept of social justice is one of the basic concepts in the philosophy of rights. Justice is the result of society and its rules appeared before the idea and concept of law flourished. And that social justice imposed itself and became an expression of a general situation, and witnessed a state of ebbs and flows during the political and social process. It is well known that the rule of law is basis for the application of justice, and the law is issued by the legislative authority, which is manifested by a set of legal rules that are imposed in order to achieve and establish justice among people, and legal reform must not be just a tope for dialogue, but rather it must include stakeholders and conduct a dialogue it is general for civil society and the media to have a greater voice in discussing the protection of rights and the type of legislation required, i.e. a consultative process to secure human rights in legislation. Therefore, the reform of the legal system is the first condition for the renaissance, in which there is intellectual sophistication and culture depth to move the individual, and then the society and the state, from backwardness and decline to progress, prosperity and prosperity.

المقدمة:

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على نبينا محمد (ﷺ) سيد المرسلين والذي عندما اوحى برسالة الاسلام كان من بين مضامينها تطبيق العدالة ومحاربة الجور والظلم. وبقي هدفاً لان بلوغه يحقق التوازن الاجتماعي والاقتصادي والسياسي. وان الايمان بضرورة الاسس السليمة لاي عمل ومسعى او توجه للوصول الى نتائج سليمة يحتم على اي عمل قانوني الوقوف على هذه الاسس وبالغ الدقة والتركيز لبناء الانسان القانوني السليم كمنطلق لتحقيق ما نطمح اليه تماما كغاية العدالة من العدل.

وقياسا الى الحقوق الطبيعية للبشر فان جوهر العدالة ثابت وغير متغير باعتبارها نظرية اخلاقية مجردة توفر الحماية للحق في الحياة والكرامة والحرية فهي شعور كامن في النفس يوحي به الضمير النقي ويكشف عنه العقل السليم وتسلهم منها مجموعة من القواعد تعرف بأسم قواعد العدالة بما توحي به من حلول منصفة ومساواة واقعية تقوم على مراعاة دقائق ظروف الناس وحاجاتهم . ويعد الاصلاح التشريعي احد ابرز ادوات السعي ومكوناته نحو عملية الاصلاح بمفهومها الواسع والتي تشمل اعادة النظر بصورة معمقة وشمولية بمراحل العملية التشريعية ابتداء من اعدادها واصدارها ونشرها ومن ثم تنفيذها .

وان النهوض باصلاح متكامل يأخذ بالاعتبار كافة المتطلبات للوصول الى هذه العملية يتطلب دراسة ومراجعة شمولية للتشريعات تؤدي الى ازالة اي تشوهات تشريعية وذلك كخطوة في الطريق نحو اصلاح تشريعي يحقق مزيدا من العدالة والانصاف تثبيتا لدولة قانون وحق . ولكي يكون التشريع فعالا فلا شك لا بد ان يكون عادلا ، وبرغم ارتباط فكرة العدالة في الشرائع القديمة باعتبارها هي رحمة الالهة مهداة للبشر اجمعين وقوة عظيمة سرمدية، وان فكرة العدالة التشريعية كمعيار لفاعلية التشريع ترتبط ارتباطا وثيقا بفكرة الامن القانوني، ولاشك ان ثبات واستقرار العلاقات لا بد ان يبني على اساس العدالة والمساواة بين اطراف العلاقة لان العدالة في غايتها لا تنفصل عن القانون باعتباره اداة لتحقيقها .

وفي ضوء ما يشهده العالم من اضطرابات سياسية واجتماعية في بلدان مختلفة على اثر السياسات الاقتصادية وما ارتبط بها من اثار اجتماعية على البلدان النامية وانما امتدت ايضا الى البلدان المتقدمة اضحت العدالة الاجتماعية احدي اهم القضايا في اجندة المجتمع الدولي. ومطلب كل نظام سياسي وركن جوهرى ينبغى للتشريع الاساسي ان يتضمنها.

ومن بين اهم وظائف القانون تحقيق العدالة الاجتماعية بما هي (نظام اقتصادي واجتماعي) يهدف الى ازالة الفوارق الاقتصادية الكبيرة بين طبقات المجتمع ، ومن ابرز دلالات مفهوم العدالة الاجتماعية ثلاث قضايا رئيسة اولها قضية المساواة وعدم التمييز والتي تتفرع عنها مسألة تكافؤ الفرص وثانيها قضية الضمان الاجتماعي وثالثها قضية التوزيع العادل للموارد .وفلسفة ذلك هو محاولة ربط نسيج الشعب وتقليل الفجوات الطبقة بين مختلف شرائح المجتمع دون تمييز للوصول الى نموذج المدينة الفاضلة المطبقة للعدالة الاجتماعية .

تبعاً لذلك وجدت من الضروري ان اقدم هذه الدراسة لتكون اسهاماً بسيطة لتبيان نهج الاسلام ازاء العدالة وتمسكه بها لذل قسمت هذا البحث ضمن خطة علمية تحتوي على ثلاث مباحث بالاضافة الى المقدمة والخاتمة وقائمة المصادر والمراجع: تضمن الاول الاطار المفاهيمي لمفهوم العدالة الاجتماعية تطرقنا فيه التعريف بماهية العدالة الاجتماعية ونشوءها واهميتها وفي الشريعة الاسلامية وعناصرها وطرق تعزيزها والمعوقات التي تعترضها اما المبحث الثاني فتناولنا فيه مفهوم الاصلاح التشريعي متضمناً تعريف الاصلاح التشريعي واصوله وضوابطه، اما المبحث الثالث فاستعرضنا فيه اثر الاصلاح التشريعي في العدالة الاجتماعية متضمناً اثر الصياغة التشريعية على الاصلاح القانوني والقاعدة القانونية للعدالة الاجتماعية واثار تخلفها .

واخيراً اؤكد ان هذه الدراسة هي محاولة بسيطة للكشف عن ابرز ادوات السعي ومكونات الاصلاح التشريعي نحو عملية العدالة بمفهومها الواسع ابتداءً من اعدادها واصدارها ونشرها ومن ثم تنفيذها ، وانها بالتأكيد لم تبلغ الكمال لان الكمال لله وحده والحمد لله رب العالمين.

المبحث الاول : الاطار المفاهيمي لمفهوم العدالة الاجتماعية

المطلب الاول: التعريف بالعدالة الاجتماعية ونشوءها واهميتها

المطلب الثاني: العدالة الاجتماعية في الشريعة الاسلامية.

المطلب الثالث: عناصر العدالة الاجتماعية وطرق تعزيزها والمعوقات التي تعترضها

المطلب الاول: التعريف بالعدالة الاجتماعية ونشوءها واهميتها

لطالما ان لكل انسان طموحاته المشروعة وغير المشروعة لذلك كان تنازع الانسان سمة الحياة في المجتمع ولتجاوز هذا التناقض وجد القانون ابتغاء تحقيق العدالة بين الانسان والانسان وان قواعد السلوك الاجتماعية التي يضعها يمكن ان تحل هذا التناقض محققة نوعاً من الانسجام وتوافق الانسان مع الانسان، وقبل التطرق الى التعريفات المختلفة لمفهوم العدالة الاجتماعية (Social justice) سنلقي الضوء على مفهوم العدالة (Justice) (لغة واصطلاح) لانبثاق العدالة الاجتماعية منه،

العدالة في اللغة: ان مفهوم العدالة لغوياً من المفاهيم التي تحمل دلالات متعددة في اللغة العربية وعلى العكس من لغات الحضارة الغربية التي تعرف المفهوم في لفظ العدالة فقط، وتعرف اللغة العربية المفهوم في مجموعة من المترادفات التي تشير الى معنى العدالة في دلالات متعددة، . وان الاصل اللغوي للعدالة هو من الفعل (عدل) وهو ميزان الله في الارض (الابشيهي، شهاب الدين، المستطرف في كل فن مستظرف. الصلابي، علي محمد محمد، العدالة من المنظور الاسلامي، لبنان) .والعدل يعني (قوم) اي جعل الشيء مستقيماً، وفي اللغة العربية ترد بمعاني متعددة: فالعدل هو ما قام في النفوس وهو القصد في الامور وهو ضد الجور والظلم والعدل هو الحكم بالحق(الفيروز ابادي ، مجد الدين ابو طاهر محمد بن يعقوب(ت:٨١٧هـ)، القاموس المحيط، بيروت). ويقال عدل عليه في القضية فهو عادل، وبسط الوالي

عدله ومعدّته، وفلان من اهل المَعْدَلَة اي من اهل العدل ، ورجل عدل اي رضا ومقنع في الشهادة (الفيومى، ابو العباس احمد بن محمد ،المصباح المنيرفي غريب الشرح الكبير).

والعدل من الناس: المرضي قوله وحكمه، ورجل عدلٌ وعاذلٌ: جائر الشهادة، والعدالة والعدولة والمعدلة والمعدلة: كله العَدْلُ، وعدل الحكم: اقامه، وعدل الرجل: زكاه، والعَدْلُ الذي لم تظهر منه ريبة. وقال بعض العلماء "والعدالة صفة توجب مراعاتها الاحتراز عما يُخل بالمروءة (الجوهري، ابو نصر اسماعيل بن حماد (ت ٣٩٣هـ)، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، ابن منظور ، جمال الدين محمد بن مكرم (ت ٧١١هـ) ، لسان العرب) .

ومن التعاريف اللغوية يتبين ان معنى العدالة في اللغة الاستقامة والعدل هو المتوسط في الامور من غير افراط في طرفي النقصان والزيادة (الجرجاني، علي بن محمد، التعريفات) ومنه قوله تعالى { وَكَذَلِكَ جَعَلْنَاكُمْ أُمَّةً وَسَطًا } (القرآن الكريم). العدالة في الاصطلاح: في البداية يجب ان نذكر انه لا يمكن ادراك معنى مفهوم العدالة اصطلاحا الا من خلال الاطار العام للمجتمع الانساني ولان كل مجتمع له اوضاعه السياسية والاقتصادية والثقافية الخاصة فان العدالة تعتبر من المصطلحات التي لا يوجد اتفاق كغيرها من المصطلحات فمنهم من عرفها انها عبارة عن استقامة السيرة والدين ويرجع حاصلها الى هيئة راسخة في النفس تحمل على ملازمة التقوى والمروءة حتى تحصل ثقة النفوس بصدقه (الغزالي، ابو حامد محمد بن محمد (ت ٥٠٥هـ)، المستصفى في علم الاصول، ٢٠٠٧)، ومنهم من عرفها انها محافظة دينية تحمل على ملازمة التقوى والمروءة ليس معها بدعة وتتحقق باجتئاب الكبائر وعدم الاصرار على الصغائر (ابن الحاجب، جمال الدين ابو عمرو عثمان بن عمر (ت: ٦٤٦هـ)، مختصر منتهى السؤل والامل في علمي الاصول والجدل) ، وعرفت ايضا انها استواء احواله

في دينه واعتدال اقواله وافعاله ومن لم تظهر منه ريبة (لمرداوي، علاء الدين ابو الحسن علي بن سليمان (ت: ٨٨٥هـ)، الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف). وان بعض التصورات الاولى لجأت الى ربط العدالة بالقوانين السارية، وهذ ما يسمى بالعدالة القانونية اذ تعتبر القاعدة القانونية عادلة قانونياً ويمكن ان تتبع اعتماد مفهوم العدالة مزوجة قانونية الى ما يعرف بشريعة حمورابي التي اتاحت تحقيق نظام قانوني اتسم بالثبات (ستون، ديفيد جون، مختصر تاريخ العدالة، ٢٠١٢).

وتعرف العدالة في الفلسفة بأنها احدى الفضائل الاربعة التي توصل اليها الفلاسفة القدماء وهي " العدل، التبصر، الجلد والشجاعة، وضبط السلوك الاجتماعي" واصل العدالة من العدل وتعني الانصاف واعطاء المرء ما له واخذ ما عليه كما تعني الجزاء والنظير والفداء (مصطفى، ابراهيم واخرون، المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية بالقاهرة، ٢٠١١) . ويختلط العدل بالعدالة مما اقتضى التمييز بينهما ويعود التمييز بين هاتين الفكرتين الجوهريتين الى فلاسفة اليونان القدماء وخاصة ارسطو. وكذلك يميز الفقه القانوني الحديث بين

العدل "العدل الشكلي القانوني" والعدالة "العدل الجوهرية والانصاف" والذي يرى ان مضمون القوانين هو العدالة وان اساس العدالة هي المساواة (المالي، احمد عدنان، العدالة الاجتماعية عند الامام علي(ع)).

وان العدل يفيد معنى المساواة المرتبطة بالدور الاجتماعي للقانون حيث يفترض ان القانون يطبق بمساواة جميع الأشخاص والحالات التي يتناولها ولغرض معين بالذات وللهدف الذي يرمي اليه ويتحقق ذلك من خلال تطبيق قواعد قانونية عامة مجردة على الجميع دون تمييز وبعادلة . اما العدالة فتعني الشعور بالانصاف وهو شعور كامن في النفس يوحي به الضمير النقي ويكشف عنه العقل السليم وتستلهم مجموعة من القواعد والتي تعرف باسم قواعد العدالة ومرجعها مثل عليا تهدف الى خير الانسانية بما توحى به من حلول منصفة ومساواة واقعية ولان قواعد العدالة فكرة نسبية فان فقهاء القانون يميلون الى استخدام مصطلح العدالة الاجتماعية كفكرة واقعية يمكن صياغتها في النصوص القانونية بوضوح ، مع الاشارة ان العدالة هي الغاية الاولى للقاعدة القانونية وان الطمأنينة والرقي الاجتماعي لا يمكن وجودهما الا اذا وجدت العدالة وسادت علاقات الناس فضلا على ان العدل كغاية سامية يسعى القانون لادراكها تلي في مرتبتها غاية الامن الاجتماعي وعند التعرض يميل الشرع الى تغليب الامن الاجتماعي والتضحية بغاية العدل (قطب، سيد، العدالة الاجتماعية في الاسلام، القاهرة).

يتبين مما سبق ان مفهوم العدالة هو مفهوم مرتبط بمفاهيم اخرى ومن هذه المفاهيم هي الانصاف والمساواة والى غير ذلك والهدف منها هو العمل على توفير الحياة الكريمة لكل مواطن لكي يصل الى السعادة والكمال.

وتعتبر العدالة الاجتماعية الغاية الاساسية التي يسعى القانون الى تحقيقها، وتمثل التعبير السياسي والقانوني لفكرة الخير العام، وهي مبدأ اساسي من مبادئ التعايش السلمي الذي يتحقق في ظله الازدهار. اي ان العدالة الاجتماعية هي عبارة عن نظام اجتماعي اقتصادي يهدف الى تذليل وازالة الفوارق الاقتصادية

بين طبقات المجتمع الواحد حيث تعمل على توفير المعاملة العادلة، كما اشار الفيلسوف الامريكي جون رولز الذي صاغ نظرية العدالة التوزيعية كفلسفة اخلاقية ونظرية سياسية حيث عرفها على انها "تمتع كل فرد في مجتمع ما بالمساواة في الحصول على الفرص المتاحة للفئات المميزة"، فضلا عن ان الحرية تعتبر من المكونات الرئيسية للعدالة الاجتماعية ولا تتحقق في غيابها وهذا ينطوي ايضا على ان مفهوم العدالة الاجتماعية لا ينفصل عن فكرة حقوق الانسان (صالح، مظهر محمد، الطبقة الرثة والاستبداد الشرقي في العراق، بغداد).

وعلى الرغم من ان مفهوم العدالة الاجتماعية متواجد منذ القدم في الحضارات المختلفة، ولم يتطرق الاسلام الى هذا المفهوم فحسب وانما تناولها العرب قبل الاسلام بقرون عدة ومنذ فجر الحضارات في وادي الرافدين، (سليمان، عامر واخرون ، محاضرات في التاريخ القديم، ١٩٧٨) حيث يعد انسان وادي الرافدين من اقدم مشرعي احكام العدالة اذ اصدروا اللوائح القانونية لاشاعة العدل، والتي تسبق ما هو معروف من شرائع وقوانين سائر الحضارات كالفرعونية والاعريقية

والرومانية، حيث ارتبطت العدالة عنده بالنظام مثلما ارتبطت قيم الخير كلها به، ولأن الانسان العراقي ادرك علاقة الشمس بنشاطات الحياة المختلفة فقد عدها لها للحق والعدل وكاشفاً للحقائق، فإله العدالة هو إله المعرفة نفسه. وحيث ان مفهوم العدالة الاجتماعية يقوم على تحقيق الانصاف لجميع افراد المجتمع فتعتبر نظرية سياسية فلسفية تتبنى ضرورة النظر الى ابعاد تحقيق العدالة التي تتجاوز القوانين المدنية والجزائية فيما تهدف العدالة الاجتماعية الى التركيز على تحقيق علاقات عادلة بين الفئات والمجموعات المختلفة داخل المجتمع.

واثارت هذه القوانين الكثير من البحوث اللغوية والقانونية منذ اكتشافها وحتى الان، لتنظم العلاقات الاجتماعية وفق قوانين متعارف عليها ومن يخرج عنها يكون تحت السائلة القانونية، الا ان نشأة المفهوم تعود الى القرن التاسع عشر، حيث ذكر لأول مرة على لسان الايطالي (تاباريلي دازجليو) في عمله بمقالة "نظرية عن القانون الطبيعي" كرد فعل على الاثار السلبية للعولمة الاقتصادية، حيث كان محورها هو العدالة الاقتصادية وتوزيع الثروات ليتوسع المفهوم ليشمل اوجه عدم المساواة المختلفة بما فيها التمييز العرقي والتميز على اساس النوع او الفئة الاجتماعية. ومع وجود حكومة عادلة تعطي الروح للاجتماع الانساني وتجسد العدل يكون الحرص على تحقيق اعلى مستوى من الانصاف حيث يزول كل شكل من لشكال الظلم الاجتماعي.

ولهذا فإن العدالة الاجتماعية نظام يهدف الى ازالة الفوارق الاقتصادية والاجتماعية الكبيرة بين طبقات المجتمع، وتهيأة الظروف للافراد كي يغيروا من حياتهم للافضل بتوفير كافة الخدمات، وفي ها الاطار يؤكد خبراء الاجتماع ان العدالة الاجتماعية هي رؤية للحياة تتأسس على مبادئ عامة اهمها مبدأ المساواة ومبدأ اتاحة الفرص والحريات للجميع على قدم المساواة فالعدالة الاجتماعية هي العمود الفقري للمجتمع المستقر.

المطلب الثاني: العدالة الاجتماعية في الشريعة الاسلامية

ان موضوع العدالة ملتصق بالامة كمجتمع عربي اسلامي منذ النشأة وعبر مراحل حضارية متقدمة، فكان الهدف المنشود من خلال القوانين التي تم العثور عليها، وتم تأكيد هذه المفهوم عندما مجيء الاسلام ان العدالة من مفهوم منظور الاسلام مشروع حضاري ذو ابعاد انسانية واخلاقية ولا يتحقق الا من منطلق العدالة التي خلقت الانسانية لتحقيقها بين المكونات البشرية. لانه الوسيلة المثلى التي تنشأ تنظيم مجتمع يعيش فيه الناس يسوده العدل والمساواة والاخاء وبعيد عن الظلم حيث لم يترك الاسلام فرصة للناس للعبث بهذه المبادئ السامية الذي جعل العدل فيها امراً قائماً، وان العدل الالهي قضية بديهية لا يرقى اليها الشك لذا نجد القرآن الكريم قد عزز حكم العقل بذلك بقوله تعالى: { إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَاءِ ذِي الْقُرْبَى وَيَنْهَى عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ وَالْبَغْيِ يَعِظُكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ } (القرآن الكريم)، ونجدها في احاديث للرسول (ص) ومنها ((لعدل الامام العادل لرعيته يوماً واحدا افضل من عبادة العابد في اهله مائة عام او خمسين عام)) (القاسم بن سلام، ابو عبيد (ت: ٢٢٤هـ)، الاموال، بيروت) وما جاء به الخلفاء الراشدين والائمة الصالحين.

وان مفهوم العدالة الاجتماعية تتضمنه النسبية، ويختلف من اتجاه فكري لآخر، وعلى الرغم من الاسلام يؤكد على تطبيق العدل بين الناس الا ان المفهوم تختلف طبيعته في الشريعة الاسلامية لاختلاف تصور الشريعة لها عن تصور النظم الوضعية المقارنة، اذ انها جاءت اساساً لاقامة العدالة بصورة عامة والعدالة الاجتماعية بصورة خاصة.

وتظهر اهمية العدالة في الاسلام بأنها تنظم كل العلاقات الانسانية، كما تنظم مبادئ الحكم الاسلامي لان غياب العدالة سبب في زوال الحكم وخراب العمران (السالموطي، نبيل، بناء المجتمع الاسلامي)، وقد اوجد الاسلام قواعد قانونية تحقق العدالة ومنها المساواة في الاصل . ومثال على تحقيق العدالة الاجتماعية في المجتمع قوله (□) { أَتَشْفَعُ فِي حَدِّ مَنْ حُدِّدَ اللَّهُ } (النيسابوري، ابي الحسن مسلم بن الحجاج القشيري(ت: ٢٦١هـ)، صحيح مسلم، ١٩٩١).

وكان العدل هو المقصد الاول للشريعة وكل الطرق التي تضمن تحقيقه هي طرق شرعية (المودودي، ابو علي ، الحكومة الاسلامية) . وفي التصور الاسلامي تعد العدالة ركناً من اركان ثلاثة لمنظومة قيم النهوض، وان اي مراجعة عملية للبناء السياسي الاسلامي تفصح عن ان مبدأ العدالة ظل دائماً المبدأ الاصيل في نظام القيم السياسية (صالح، غانم محمد، مفهوم الحرية في الفكر السياسي، ٢٠١٤).

وان اسس العدالة الاجتماعية في الاسلام هي التحرر الوجداني المطلق والتكامل الاجتماعي الوثيق والمساواة الانسانية الكاملة، وفي التصور الاسلامي تتجدد معالم العدالة الاجتماعية بالعدل والاحسان والشورى، والتوازن بين حقوق شعب وحقوق السلطة السياسية وجعل من اهم غايات النظام السياسي ان يجعل محور العدالة الاجتماعية على المستويات الاقتصادية والاجتماعية، لان العدالة الاجتماعية هي مقصد من مقاصد الشريعة الاسلامية وغاية الافراد والجماعات الذين يتشكل منهم المجتمع ويتكون، والدولة باعتبارها تنظيم سياسي قانوني فتكون مهمة حسن ادارة هذا المجتمع وتنظيم اموره على اسس العدالة الاجتماعية اولى مهماتها.

المطلب الثالث: عناصر العدالة الاجتماعية وطرق تعزيزها والمعوقات التي تعترضها

على الرغم من ان مصطلح العدالة الاجتماعية لا يزيد عن ١٥٠ عام من الوجود، الا ان تاريخ البشرية قد تميز بالنضال من اجل تحقيقه. وان مبادئ العدالة الاجتماعية تشكل ركناً اساسياً لتحقيق التقدم لاي مجتمع فضلا عن وجود منظومة فكرية ومنهج اخلاقي واحكام تشريعية تضمن لجميع الافراد المساواة التامة امام القانون، وفي ها الاطار يؤكد خبراء الاجتماع ان العدالة الاجتماعية هي رؤية للحياة تتأسس على عدة مقومات وعناصر التي تسعى الى تحقيق للعدالة الاجتماعية والتي تعتبر العمود الفقري للمجتمع المستقر ومن ابرزها:

- الاهتمام بقضايا الظلم الاجتماعي.
- حب الذات الاجتماعية واحترام الاخرين وحفظ كرامة الانسان.
- الحركات الاجتماعية.
- مناهضة العنصرية.
- تحقيق تكافؤ الفرص.

- التنمية العادلة والقضائية.
 - التعاون والتكافل.
 - التوعية بأهمية العدالة الاجتماعية.(امين، ابو بكر علي محمد، العدالة مفهومها ومنطلقاتها، ٢٠١٠. الصلابي، م.س)
- ومن ابرز التحديات التي تعرقل فاعلية وتحقيق العدالة الاجتماعية هي الفساد والامية وتكافؤ الفرص ولم يكن مصادفة ان يكون احد اسباب الحراك الاجتماعي الذي تشهده المنطقة منذ اندلاع ثورة تونس في ديسمبر / كانون الاول ٢٠١٠ هو غياب العدالة الاجتماعية وان يكون ايضا اهم مطالب الحراك الاجتماعي فمبدأ المساواة وعدم التمييز وتكافؤ الفرص والتي تمثل حجر الاساس في العدالة الاجتماعية غائبة في البلدان العربية، وبقدر تعلق الامر بالتجربة العراقية فان معيار مدنية الدولة وديمقراطيتها لن يتحقق الا في ظل علاقات تتجاوز الاستقطاب والتهميش الاجتماعيين والضامنة للحقوق والضمانات الاجتماعية الاساسية وهذه لن تتحقق الا عبر تغييرات في بنية الدولة الراهنة وطابع اقتصادها.
- والعدالة الاجتماعية في السياسات المعاصرة والفلسفة السياسية والمعاملة العادلة كما انها اشارة الى المؤسسات والقوانين التي توفر بشكل جماعي مثل هذا الانصاف والذي يتم تطبيقه على الحركات التي تسعى الى العدالة الاجتماعية والتي تعزز الحقوق وكافة الحريات مما يجعل الفرد اكثر ايجابية فهو ينال كافة الحقوق والذي بدوره يعمل على تقدم المجتمعات وبشكل افضل.
- وكما يعتبر الاستبعاد الاجتماع، الفساد الاداري والمالي، الصراعات الطائفية، والصراعات الحزبية السياسية معوقات العدالة الاجتماعية وسبل تحقيقها (فهمي، محمد سيد، العدالة الاجتماعية استراتيجيات وآليات، الاسكندرية).
- الا ان تكافؤ الفرص، المشاركة السياسية، مكافحة الفساد، ثقافة الديمقراطية واشاعة ثقافة الحوار تعتبر من سبل تحقيق العدالة الاجتماعية (الهيبي، هادي نعمان، اشكالية المستقبل في الوعي العربي، بيروت). ومن اولى واجبات القضاء تحقيق العدالة، لكن يتوجب لتحقيقها مستلزمات، وان المتأمل من المفاهيم التي ساققتها محكمة التمييز الاتحادية لا بد ان تخرج بنتيجة تفصح عن الفهم الواعي لها ودورها المتميز في نشر العدالة، ويدل ذلك على ترجمة واضحة لاتجاه القضاء وهو يتخطى حرفية الصوص الجامدة (العبيدي، عواد حسين، تأويل النصوص في القنون"دراسة موازنة بالفقه الاسلامي معززة بالتطبيقات القضائية"، القاهرة، ٢٠١٩).
- ولهذا يمكن القول ان العدالة امرها عظيم لان دورها حاسم في تحقيق الاستقرار وعليه لا يمكن ان تتحقق الغاية من القانون وهي العدالة من دون وجود عنصرين اولهما ان يبقى القانون على الجميع دون استثناء، وثانيهما ان تكون الجهة على تنفيذ القانون مستقلة .

المبحث الثاني: مفهوم الإصلاح التشريعي

المطلب الاول: تعريف الإصلاح التشريعي

المطلب الثاني: اصول وضوابط الإصلاح التشريعي

المطلب الأول: تعريف الإصلاح التشريعي

يعد الإصلاح التشريعي (Legislative reform) احد ابرز ومكونات السعي نحو عملية الإصلاح بمفهومها الواسع والتي تشمل اعادة النظر بصورة شمولية ومعقدة بمراحل العملية التشريعية كخطوة نحو تحقيق مزيدا من العدالة والانصاف . والإصلاح (Reform) في اللغة هو ضد الفساد ونقيض الفساد، وجعل الشيء أكثر اصلاحاً، وهو من الفعل (صلح، صلاحا وصلوحا) (ابن فارس، ابي الحسن زكريا، مقاييس اللغة، القاهرة). وجمعه اصلاحات ومصدره اصلح وهو تقويم وتحسين وتغيير، اي التغيير من حال الى حال (مختار، احمد عبد الحميد، معجم اللغة العربية المعاصرة).

اما اصطلاحاً فهو تغيير او تبديل نحو الافضل وهو يوازي فكرة التقدم وينطوي على فكرة التغيير جوهريا نحو الافضل (الورتى، احمد ابراهيم، ٢٠٢٠). وان اصلاح القوانين او الإصلاح القانوني عملية تتمثل في دراسة القوانين الموجودة بالفعل، واجراء تغييرات فيها وتنفيذها بهدف تعزيز العدالة او الكفاءة، علما ان هذا المصطلح مرتبط ارتباطاً وثيقاً بهيئات اصلاح القوانين والتي تمثل المؤسسات التي نشأت بهدف تسهيل عملية اصلاح القوانين. وفي البعد التاريخي نجد انها ظاهرة وجدت منذ الازل ومستمرة لغاية الان، وظهرت مع ظهور اولى حالات الفساد والظلم وانعدام العدالة الاجتماعية.

والاصلاح مقصد قرآني عام الى مقصد خاص وهو الإصلاح التشريعي دلت عليه الكثير من نصوص الكتاب الكريم قال تعالى: { إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ وَأَصْلَحُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ } (القرآن الكريم). والتي صرحت بأن غاية الله من خلق العالم ايجاده على هيئة صالحة تمكن قيام حضارة انسانية قوامها الاخاء الانساني لتتلائم مع عالمية الرسالة الخاتمة.

اما التشريع (Legislative) او التشريعية فهو يعد المصدر الرئيسي الاول للقانون، وفي اللغة فهي مأخوذة من الاصل (شرع) اي سن الاحكام والقواعد للناس (الفيروز ابادي م.س) ، والتشريع من اشراع بابا في الطريق اي بينه واوضحه اي جعله شارعاً (الزبيدي، محمد مرتضى الحسيني، تاج العروس من جوهر القاموس، ١٩٦٩)، فهي كل قاعدة قانونية تصدر عن سلطة عامة يختصها المجتمع بوضع القانون وفقا للقواعد الدستورية المعمول بها في الدولة (العكيلي، علي مجيد، العدالة التشريعية ودورها في حماية الحقوق المكتسبة، ٢٠٢٠) وفي الاصطلاح هو خطاب الله تعالى المتعلق بالعباد طلبا او تخييرا او وضعا (الزجيلي، محمد، الاعجاز القرآني في التشريع الاسلامي، ١٤٣٦هـ). وقد وردت كلمة التشريع في القرآن الكريم بمعنى يشمل كل العقائد والاحكام وعبادات ومعاملات واخلاق وغير ذلك. اما معنى التشريع كمصطلح قانوني فهو نص مكتوب او مجموعة من القواعد القانونية التي تصدر عن سلطة تشريعية (الربيع ، فايز، مفهوم الإصلاح في القرآن الكريم).

ويعرف ايضا انه الطرق الرئيسية الخاصة باصلاح القوانين في الغاءه وانشاء قوانين جديدة والدمج بين القوانين والتشريعات الاساسية .

والاصلاح التشريعي من حيث التصور الاسلامي يرتبط باصلاح الفرد لنفسه، واصلاحه لما حوله، والاصلاح التشريعي يتعلق باصلاح سلطات الحكم التشريعية والتنفيذية والقضائية واقامتها على منهج الله تعالى. واهم سلطة هي سلطة التشريع، لان التشريعات الوضعية لا تخرج عن اطار ومقاصد الشريعة الاسلامية لان فيها من الاسس والقواعد ما يجعلها قابلة للتطبيق في مختلف الظروف. ولانها شريعة صالحة ومتطورة لكل زمان ومكان .

والاصلاح التشريعي كمصطلح شرعي هو يشمل القواعد التشريعية المستمدة من النصوص الثابتة (القرآن والسنة) لانها احكام منزلة ولا تحنكل التغيير والتبديل، اذا ان الاصلاح والتعديل يكون في الاحكام الاجتهادية التي لا نص لها . والهدف من الاصلاح التشريعي هو الارتقاء بجودة التشريع وتحسين مادته، وهي ابعد ما تكون عن الطابع السياسي لتحقيق الصالح العام بصورته المجردة (بكر، عصمت عبد المجيد، مشكلات التشريع، ٢٠١٤).

المطلب الثاني: اصول وضوابط الإصلاح التشريعية

من اهم عناصر الامم ورقي المجتمعات هو البناء المؤسساتي للدولة. ومن الناحية القانونية يقاس تطور المجتمع على مدى وضوح الاسس التشريعية فيها والذي يمكن تحقيقه من خلال انشاء منظومة تشريعية متكاملة ضمن سياسة تشريعية عامة تراعي تحقيق المصلحة العليا للدولة ، فالتشريع بهذا المعنى ليس مرادفا للقانون، وانما هو من اهم مظاهره (نية، بشرى، المدخل لدراسة العلوم القانونية، المغرب، ٢٠١٧)، ويتكفل التشريع بتنظيم العلاقات الاجتماعية في الدولة بمختلف صورها وحمايتها خلال مراحل التطور الاجتماعي بحيث لا تغلب مصالح اجتماعية مصالح اجتماعية اخرى اذ ان جوهر التشريع يقوم على الموازنة بين المصالح بما يحقق التوفيق بينها والتبنيق بينها وبين القيم التشريعية. (بسيوني، مجموعة قوانين ولوائح السلطة التشريعية في بعض النظم القانونية العربي، ٢٠٠٥).

وتعتبر الديمقراطية شرطا اساسيا لكفاءة التشريع ورسوخه في البنية الاجتماعية لما كانت فكرة الشرعية هي فكرة ملازمة لمبدأ المساواة والعمومية امام القانون ومناقضة لمفهوم الاستثناء من تطبيق احكام التشريع اذ ان اسوأ انواع الاستثناء هو الذي يصرح القانون به في مضمون مواده ونصوصه ويتعين ان يتم التحاشي والتي تفتح باب الاستثناء ومنفذ الثغرات ايا كانت الجهة والتي تعتبر السلطة التقديرية في تقرير الاستثناء من التطبيق حتى يحتفظ القانون بهيبته ما لم تكن هناك ضرورة اجتماعية للاستثناء تحكها قواعد موضوعية مجردة ينص عليها هذا التشريع، وفي حالات معينة يؤدي التشريع الى تفاقم اثار المشكلة اذ ان حلولها الواقعية تكمن في عناصر اخرى غير تشريعية ويكون دور الجانب التشريعي في حلها دوراً ثانوياً .

وان من بين معايير واصول اصلاح التشريعات لا بد ان تنطلق من رؤية ثابتة ومستوعبة للمجتمع وحاجاته وتطلعاته، وتحديد المرجعيات العامة التي ترجع اليها التشريعات كافة، ومدى ملائمة القوانين كنصوص للتغيير الحاصل في المجتمع (الشيرازي، السيد مرتضى الحسيني، المرجعيات العامة للإصلاح التشريعي) وحيث ان التشريع لا يدوم لان تطور المجتمع مستمر لذلك فان التشريع دائما ما يكون

معرضا للتعديل حسب تلك المتطلبات، فالحاجة الى احداث تغيير في التشريعات تعتبر معيار اساسي وانعكاس لفلسفة سلطة الدولة.

وبالنظر الى سلبيات التشريع المتمثلة بالجمود بسبب وضعه في قالب مكتوب، او بقواعد مكتوبة بالفاظ محددة من شأنه يجعله جامدا لا يساير التطور التلقائي للحياة الاجتماعية. الا انه تعتبر محدودة مقارنة

بمزايها وخصائص عديدة والمتمثلة كونه قاعدة سلوك عامة ومجردة وملزمة ومقترنة بجزاء، وصدوره عن طريق سلطة مختصة بطريقة تلقائية مع تدخل ارادة واعية متمثلة بالسلطة التشريعية في شكل مكتوب في صورة وثيقة رسمية حتى يعلم الكل بها ووضوحها وامكانية حصرها والاحاطة بها والتي جعلته يحتل مركز الصدارة بالنسبة لجميع مصادر القانون الاخرى، مما يفسر الاهمية الخاصة التي اعطيت للتشريع في تنظيم المجتمع.(النية، م.س).

ويعتبر البحث القانوني الدقيق اساس وجوهر الاصلاح التشريعي، والذي سيتاثر بطبيعة الاهداف لذا فان عملية الاصلاح التشريعي ليس بحثا اكايمي نظري بل طابع عملي، اذ تجد الجهة الخاصة والقائمة على عملية الاصلاح نفسها امام اجراء ابحاث عملية او تجريبية في مجالات متخصصة اخرى غير القانون لتنظيمه بقواعد قانونية عامة مجردة غايته تطوير القانون يأخذ بالاعتبار كافة المتطلبات للوصول الى عملية اصلاح متكامل وازالة اي تشوهات تشريعية كخطوة نحو اصلاح تشريعي يحقق مزيدا من من الانصاف والعدالة. لانه يعني حركة اصلاح وتحديث جذري ترتبط بالسياسات التشريعية بركائزها ومنهجيتها واهدافها الذي يرتبط بالسياسات والاهداف، فنجاح هذه المهمة يبدأ من تكامل الادوار كمنهج عمل لتوظيف العقول والرؤى.

وكما للاصلاح التشريعي اصول وضوابط لغرض تحقيق العدالة الا ان في الوقت ذاته هناك معوقات والتي تلعب دورا سلبيًا لعملية الاصلاح ومن اهمها الفساد بكل انواعه والذي يعمل على تقييد الارادة السياسية وعرقلة محاولات الاصلاح في الدول النامية خاصة، وبالتالي فان اصلاح التشريعات وتعميق ثقافة النزاهة وسيادة القانون وتفعيل اجراءات الوقاية من الفساد من شأنه المساس بمصالح السياسيين، والحصانة التي توفرها بعض القوانين وتحميهم من الملاحقة والخضوع والمسائلة، لذا نجدهم يدفعون نحو عدم اجراء اي تغييرات في القوانين التي توفر مزايًا ومنافع غير مشروعة فضلا عن ضعف النظام الرقابي يؤدي الى تكريس

حالات الفساد والمنتفعين منها. فالقرار السياسي في بعض الحالات يتدخل ليؤمن الغطاء والحماية من المساءلة. وعدم الاستقرار السياسي والتحديات الخارجية وعدم ادراك القيادة السياسية اهمية مراجعة التشريعات ومواكبة التشريعات الدولية والدولية يكون سبب غياب الارادة السياسية للاصلاح، وعليه يمكن القول ان نجاح عملية الاصلاح التشريعي لا يتم الا بعد اجراء عملية اصلاح سياسي شاملة يكون الجانب التشريعي من ضمن فقرات الاصلاح لتخطيط استراتيجيات الاصلاح التشريعي ورسم سياستها وتنفيذها.

المبحث الثالث: اثر الإصلاح التشريعي في العدالة الاجتماعية

المطلب الاول: اثر الصياغة التشريعية على الإصلاح القانوني
المطلب الثاني: القاعدة القانونية للعدالة الاجتماعية واثار تخلفها .

المطلب الاول: اثر الصياغة التشريعية على الإصلاح القانوني

نظراً لانتشار المذهب الاجتماعي وما نادى به من ضرورة تدخل الدولة في نشاط الافراد لتحقيق الصالح العام يحتل التشريع مركز الصدارة بالنسبة لمصادر القاعدة القانونية بعد ان كان العرف يحتل المكانة الاولى. وتأتي الحاجة الى تطوير التشريع واصلاحه بكونه مجموعة من القواعد القانونية المكتوبة الصادرة عن السلطة التي تفوض بموجب احكامه، وتعتبر الصياغة التشريعية الاداة الرئيسية التي تسهم في الوصول الى الغرض من التشريع والغاية المراد تحقيقها من خلال اصدار القواعد على ان تكون في منتهى الوضوح ومنسجمة مع الدستور. وهي عملية تحويل القيم الى قواعد قانونية صالحة للتطبيق وتمنع حدوث المشاكل. وتحسين النظام القانوني في الدولة. (سلطان، انور، المباديء القانونية العامة، ٢٠٠٢). واذ ان القانون معزول عن المستجدات المحيطة به الا انه يشكل الواقع ليسير مع مستجداته حيث ان انفصال هذه العلاقة تدخلنا في مجال الامكانيات المعرفية بدون حلها ليبقى القانون والواقع كل في فلك يسبحون لذا فالنص القانوني وفن صناعة القانون خير من احتياجات الواقع لانها تلبي غاية المجتمع قبل جلو صوته.

ان كلمة الصياغة في اللغة مصدرها (صاغ)، والصيغة هي النوع او الاصل، وصاغ الكلمة بناها من كلمة اخرى، وصيغة الامر اي هيئته التي بُني عليها (كورنو، جيرار، معجم المصطلحات القانونية، ١٩٩٨). وفي الاصطلاح تعرف الصياغة بانها اداة لتحويل القاعدة القانونية الى قواعد منضبطة عملية صالحة للتطبيق الفعلي باستخدام ادوات كفيلة باعطائها الشكل العملي الذي تصلح به كقاعدة قانونية سهلة الفهم تطبق على قدم المساواة على الجميع (فرج، توفيق حسن، المدخل للعلوم القانونية، بيروت).

اما الإصلاح القانوني او اصلاح القوانين فهي عملية تقنية خالصة تتمثل في دراسة القوانين الموجودة والدعوة الى اجراء التغييرات في الانظمة القانونية وقد تتعارض كلياً مع بعضها البعض ومن ثم تنفيذها بهدف تعزيز الكفاءة والعدالة، فضلاً عن انها تعكس رغبات المواطنين وحقوقهم ويشمل تعبير اصلاح القوانين تطويره وتدوينه (تبسيط او تحديث) والتنقيح والدمج بينوضع قوانين حديثة وبالتالي يلزم تفسير الكلمات المشابهة وفقاً لذلك. والذي بدوره يتميز عن التنقيح والذي يتعلق بالمظاهر التنظيمية للقانون كالتنسيق والاسلوب والمصطلحات .

وصيغة التشريعات تعني القواعد القانونية وبنائها على هيئة مخصوصة وفقاً لقواعد تلبية الحاجات تستدعي التنظيم في السلوك. وان صياغة التشريع تنطوي على اهمية في تحسين النظام القانوني في الدولة

وتخليصه من حالة عدم الاستقرار. فللتشريع جوهر ومظهر، فالمادة الاولية هي الجوهر في حين المظهر ينصرف الى الشكل الذي يظهر فيه الجوهر بحيث تكون قاعدة قانونية صالحة للتطبيق (سلطان، م.س).

وحيث ان الصياغة التشريعية هي وسيلة انشاء النصوص الرصينة لتكون قابلة للتطبيق العملي فلهذا تعتبر علما مستقرا له اصول وضوابط وقواعد والتي تطورت بشكل كامل لتواكب التطور وموجات التقدم وتكون ذات اثر ملموس، ولضمان تحقيق الغاية المرجوة الصياغة باعتبارها الوعاء القانوني، اذ يتم اخذ المادة والتي هي جوهر القاعدة القانونية وانشاءها في قالب من الفاظ بمصطلحات قانونية على وفق معايير محددة لاضفاء خاصية على النص (مرن او جامد او يتراوح بينهما) والتي يكون اثرها واضح في تنظيم كافة وظاهر الحياة في المجتمع. (تناغو، سمير عبد الرسول، النظرية العامة للقانون، الاسكندرية، ١٩٧٤. صبرة، محمود احمد علي، اصول الصياغة القانونية، دار النهضة، ٢٠٠٤).

وحيث ان فكرة الاستقرار القانوني هو الهدف الاساسي عند الصياغة للنصوص التشريعية، فعليه يجب ان تكون الصياغة سليمة موضوعية محددة وواضحة من خلال توظيف الافكار بلغة سليمة متكاملة خالية من النقص والغموض وعدم تعارضها مع نصوص تشريعية اخرى والذي من خلالها تحقق التوازن الاجتماعي (صبرة، م.س. البهادلي، رافد خلف هاشم وآخرون، التشريع بين الصناعة والصياغة، بغداد). فضلا عن ان ارتباط نجاح عملية الصياغة التشريعية بحجم كل من عمل الصانع والمشرع والمتمثلة بمجموعة من المبادئ والاخلاق المهنية التي تهدف الى حل المشاكل والصعوبات في فترة التشريع وقراره. ويستحسن ان يتم تفضيل التعبير الايجابي مع استخدام صيغة الاثبات والتي تمكن القاريء من فهم المعنى بسهولة والتأكيد على الجمل المكتوبة بصيغة المستقبل في مجال الالزام. اي ان يتم الالتزام بالدقة والثبات في استخدام الكلمات والمصطلحات في مواد التشريع وعدم ترك مسؤولية تعريف الكلمة للقاريء اذ يتم التأكد ن استخدام النص الذي يغطي المعنى المطلوب بالكامل (نصراوين، ليث كمال، متطلبات الصياغة التشريعية الجيدة، ٢٠١٧)، اما ما يخص دور المشرع في العملية فهي متمثلة في النظر الى المشروع من زوايا مختلفة لتحقيق التوازن لاطراف المعنية، ولا يخل بمبدأ المساواة والعدل والموضوعية والحيادية داعما الامن الاجتماعي والاستقرار، فالصياغة التشريعية الجيدة من شأنها ان تؤثر ايجابيا على عملية الاصلاح القانوني وان تكريس الصياغة الجيدة ومسلك الجهة المختصة بالتشريع نحو تطبيق سياستها العامة من خلال التشريعات التي تضعها والتي يتميز بقواعده القانونية التي تجعل من التشريع المكتوب هو اداة التطبيق لهذه

السياسة في كافة المجالات. لذا فإن اصلاح النظام القانوني هو اول شروط النهضة التي بها الرقي الفكري والعمق الثقافي للانتقال بالفرد ومن ثم المجتمع والدولة من التخلف والانحطاط الى التقدم والرفاهية والازدهار.

المطلب الثاني: القاعدة القانونية للعدالة الاجتماعية واثار تخلقها

ان القاعدة القانونية هي مجموعة من القواعد القانونية والتي تهدف الى تنظيم السلوك لكل فرد بطريقة تحافظ على النظام الاجتماعي داخل المجتمع الواحد (ذنون، حسن علي، فلسفة القانون، ١٩٧٥). وعليه توصف بانها قواعد تقويمية وليست تقريرية اذ تقوم سلوك الفرد حسبما ترسمه القواعد له، وتتوجه على سبيل الامر والتكليف باتباع امر ما دون ان تعطي للأفراد حرية مخالفة هذا الامر. وهذا هو التكليف الذي استنتج من مضمون القاعدة القانونية. اذن هي قواعد موجهة للأشخاص في صيغة مجردة او خطاب يتضمن حكما تقويميا سلوكيا واجب القيام به كقاعدة وليست محض نصيحة او توصية يحسن بالأشخاص ان يتبعوها اذ هي تنظم السلوك وتوجهه مباشرة او غير مباشرة على ان يتم الشعور بانها واجبة الاتباع والاحترام بمعنى الالزام في القاعدة القانونية.

وتتضمن القاعدة القانونية عدة خصائص واول هذه الخصائص ان تكون ملزمة التطبيق لتنظيم السلوك الاجتماعي (خليل، مجدي حسن اخرون، المدخل لدراسة القانون، ٢٠٠٨)، وتكون مطاعة والطاعة لا تتوفر الا بتوفير الجزاء المادي لتكون القاعدة القانونية قوية. وتكون احكامها موضوعية وعامة مجردة اي ان القاعدة عندما تصاغ تستوعب جميع الفروض والاحتمالات وتطبق على الجميع وتخاطب الاشخاص لصفاتهم وليس لذواتهم (الشاوي، م.س)، اذ ان القانون بعموميته وتجريده هو الضمان الحقيقي لحرية الافراد وامنهم اذ انهما صفتان متلازمتان وبالعكس. وبالجدير بالذكر يأتي في مقدمة الخصائص انها تنص على المساواة بين سائر المواطنين داخل المجتمع وعلى الكل احترامها والتقيد بها وتعد هذه الخاصية من المكونات الاساسية للقاعدة القانونية.

وان جوهر القاعدة القانونية في الحكم هو الذي يعطي القاعدة القانونية ميزتها الحقيقية حيث انه قاعدة سلوك اذ ان القاعدة القانونية تتكون من عنصرين اساسيين هما (الفرض بمعنى الواقعة او السلوك) و (الحكم اي الحل بمعنى حكم القانون في الواقعة) ومنها تتكون الصياغة النموذجية للقاعدة (الشاوي، م.س).

وحيث ان القاعدة القانونية ترتبط بالحياة الاجتماعية بشكل مباشر بسبب الدور المهم الذي يقوم فيه المجتمع بتنظيم العلاقات بين الافراد وبالتالي لا يمكن ان تطبق القاعدة القانونية دون وجود نظام اجتكاعي يساهم في تطبيق النصوص القانونية، الا انها تختلف عن قواعد العدالة والتي هي مجموعة من القواعد تهدف الى خير الانسانية والمجتمع ولا تنصرف الى اشخاص محددين وتعني الشعور بالانصاف وهي متغيرة لا توصف بالثبات لانها رد فعل لاحداث اجتماعية، ورغم انها مقترنة بجزء يلحق مخالفتها().

والقانون كضرورة تفرضها الحياة في المجتمع لذلك فالانسان كائن اجتماعي لا يستطيع العيش بمعزل عن الجماعة لانه لا يمكن ان تستقيم حياة الفرد منعزل ووحد عن بقية الافراد الاخرين لانه بذلك يفقد انسانيته لذلك فالقانون ضرورة حيوية لاستقرار واستمرار حياة الافراد داخل الجماعة تحقيقا للعدل والسير بالمجتمع نحو التقدم والازدهار.

الخاتمة: العدل ميزان الله في الارض وقيمة مطلقة ربانية، والعدالة مفهوم اساسي في فلسفة الاخلاق والسياسة والحقوق وقاعدة اجتماعية اساسية لاستمرار حياة البشر مع بعضهم البعض، فالانسان لا يقوى على تحقيق اهدافه بمعزل عن الاخرين. فالعدالة محور اساسي للاخلاق وهي قاعدة تنطلق منها البحوث ايجاد المعايير الاخلاقية والقانونية.

والعدالة الاجتماعية مفهوم عام يشمل كل مجالات الحياة، وتعني نوعاً من المساواة له اهميته في تحقيق الصالح العام. وانها كل انسان يجب ان يأخذ صفة من الحياة بشكل متلائم مع شخصيته الانسانية، ومع وجود حكومة عادلة تعطي الروح للاجتماع الانساني وتجسد العدل يكون الحرص على تحقيق اعلى مستوى من الانصاف حيث يزول كل شكل من لشكال الظلم الاجتماعي . والاسلام حقق العدالة الاجتماعية وحارب شتى انواع الظلم ولم يميز في ذلك بين المسلمين وغير المسلمين. والعدالة الاجتماعية منظومة فكرية اقتصادية اجتماعية تتضمن في الانظمة السياسية عن طريق القوانين والدساتير واستكمال التشريعات الضامنة للديمقراطية والحريات لسد العوز التشريعي .

وان السياسة التشريعية تعتبر حجر الاساس في عملية الصياغة التشريعية للقوانين بما يتوافق هذه السياسة التي تسعى الى تحقيقها للوصول الى تطبيق الدولة القانونية، وان النهوض باصلاح متكامل يأخذ بالاعتبار كافة المتطلبات للوصول اليها ويتطلب دراسة ومراجعة شمولية للتشريعات وضمن مصفوفات تؤدي الى ازالة اي تشوهات تشريعية وذلك كخطوة في الطريق نحو الى اصلاح تشريعي يحقق المزيد من الانصاف والعدالة تثبيتاً لدولة الحق والقانون. فالعدالة الاجتماعية مقصد شرعي وقيمة اخلاقية مهمة في نهضة المجتمعات وبناء الدول الرشيدة، والايمان بضرورة الاسس السليمة لاي عمل ومسعى للوصول الى نتائج سليمة يحتم على اي عمل قانوني ليس الوقوف على هذه الاسس ببالغ التركيز والدقة لبناء الانسان القانوني السليم كمنطلق لتحقيق ما نصبو اليه كغاية العدالة من العدل فحسب، وانما معرفة ما خلف تلك القوانين وروحها وغايتها ليكون ناحجاً فيهما حين احقاق العدل في سن القوانين واحقاق العدالة في تطبيقها. ومن المعروف ان سيادة القانون هي الاساس في تطبيق العدالة بحيث يقف الناس امامه لا فرق بين فرد واخر، والقانون يصدر عن سلطة تشريعية مختصة والذي يتجلى بمجموعة قواعد قانونية تفرض على الناس بغية تحقيق النظام واقامة العدل بين الناس .

ويجب ان لا يكون الاصلاح القانوني مجرد موضوع للحوار وانما يجب ان يشمل كل الاطراف ذات المصلحة واجراء حوار عام، على ان ينال المجتمع المدني والاعلام صوتا اكبر في مناقشة حماية الحقوق ونوع طبيعة التشريعات المطلوبة اي تكون عملية استشارية لتأمين حقوق الانسان في التشريعات. لذا فإن اصلاح النظام القانوني هو اول شروط النهضة التي بها الرقي الفكري والعمق الثقافي للانتقال بالفرد ومن ثم المجتمع والدولة من التخلف والانحطاط الى التقدم والرفاهية والازدهار.

قائمة المراجع والمصادر :

١. الابشيهي، شهاب الدين، المستطرف في كل فن مستظرف، ج ١، ص ١٨١.
٢. الصلابي، علي محمد محمد، العدالة من المنظور الاسلامي، لبنان، ص ١١.
٣. الفيروز ابادي، مجد الدين ابو طاهر محمد بن يعقوب (ت: ٨١٧هـ)، القاموس المحيط، تحقيق: مكتبة تحقيق التراث في مسسة الرسالة، بيروت، ط ٨، ٢٠٠٥، ج ٣، ص ١٣١٧.
٤. الفيومي، ابو العباس احمد بن محمد بن علي (ت: ٧٧٠هـ)، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، بيروت، ج ٢، ص ٧٤٥.
٥. الجوهري، ابو نصر اسماعيل بن حماد (ت: ٣٩٣هـ)، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، تحقيق: احمد عبد الغفور، بيروت، ط ٤، ١٩٨٧، ج ٥، ص ١٧٦٠. ابن منظور، جمال الدين محمد بن مكرم (ت: ٥١١هـ)، لسان العرب، دار المعارف، ٢٠١٦، ج ١١، ص ٤٣٠.
٦. الجرجاني، علي بن محمد، التعريفات، القاهرة، ١٩٣٨، ص ١٢٨.
٧. القرآن الكريم، سورة الطلاق، اية: ٢.
٨. الغزالي، ابو حامد محمد بن محمد (ت: ٥٠٥هـ)، المستصفى في علم الاصول، تحقيق: محمد بن عبد السلام، ٢٠٠٧، ج ١، ص ١٥٧.
٩. ابن الحاجب، جمال الدين ابو عمرو عثمان بن عمر (ت: ٦٤٦هـ)، مختصر منتهى السؤل والامل في علمي الاصول والجدل، دراسة وتحقيق وتعليق: د. نذير حمادو، دار ابن حزم، بيروت، ط ١، ٢٠٠٦.
١٠. المرادوي، علاء الدين ابو الحسن علي بن سليمان (ت: ٨٨٥هـ)، الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف، قدمه واعتنى به: رائد بن صبري، بيت الافكار الدولية، ٢٠٠٩، ج ١٢، ص ٤٣.
١١. ستون، ديفيد جون، مختصر تاريخ العدالة، ترجمة: مصطفى ناصر، الكويت، ٢٠١٢، ص ٩.
١٢. مصطفى، ابراهيم واخرون، المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية بالقاهرة، ط ٤، ٢٠١١، ص ٥٤٤.
١٣. الشاوي، د. منذر، دولة القانون، بغداد، ٢٠١٣، ص ٥١.
١٤. الميالي، احمد عدنان، العدالة الاجتماعية عند الامام علي (ع). رسالة ماجستير، جامعة بغداد / كلية العلوم السياسية، ٢٠٠٧، ص ٢٣.
١٥. قطب، سيد، العدالة الاجتماعية في الاسلام، القاهرة، ١٩٩٣، ص ٢٣.
١٦. صالح، مظهر محمد، الطبقة الرثة والاستبداد الشرقي في العراق، بغداد، ٢٠١٥، ص ١٨.
١٧. القرآن الكريم، سورة النحل، اية: ٩٠.
١٨. القاسم بن سلام، ابو عبيد (ت: ٢٢٤هـ)، الاموال، تحقيق: محمد خليل هراس، بيروت، ١٩٨٦، ص ١٣.
١٩. السمالوطي، نبيل، بناء المجتمع الاسلامي، ص ٢٤٥.

١٩. سليمان، عامر واخرون، محاضرات في التاريخ القديم، ١٩٧٨، ص ٩٣.
٢٠. النيسابوري، ابي الحسن مسلم بن الحجاج القشيري(ت: ٢٦١هـ)، صحيح مسلم، دار احياء الكتب العربية، بيروت، ١٩٩١، ط ١، ص ١٦٨٨.
٢١. المودودي، ابو علي، الحكومة الاسلامية، نقله: احمد ادريس، القاهرة، ط ١، ١٩٧٧، ص ١٩٢.
٢٢. صالح، غانم محمد، مفهوم الحرية في الفكر السياسي، عمان، ٢٠١٤، ص ٩.
٢٣. امين، ابو بكر علي محمد، العدالة مفهومها ومنطلقاتها (دراسة في ضوء الفكر القانوني والسياسي الغربي والاسلامي)، ٢٠١٠، ص ١٨٢. الصلابي، م.س، ص ٢٢٨.
٢٤. فهمي، محمد سيد، العدالة الاجتماعية استراتيجيات وآليات، الاسكندرية، ط ١، ٢٠١٤، ص ٦٧.
٢٥. الهيتي، هادي نعمان، اشكالية المستقبل في الوعي العربي، ط ١، بيروت، ٢٠٠٣، ص ١٤٧.
٢٦. العبيدي، عواد حسين (دراسة موازنة بالفقه الاسلامي معززة بالتطبيقات القضائية)، ط ١، القاهرة، ٢٠١٩، ص ٨٣.
٢٧. ابن فارس، ابي الحسن زكريا، مقاييس اللغة، مراجعة: انس الشامي، القاهرة، ص ٤٩١.
٢٨. مختار، احمد عبد الحميد، معجم اللغة العربية المعاصرة، ط ١، ٢٠٠٨، ج ٢، ص ١٣١٢.
٢٩. القرآن الكريم، سورة ال عمران، اية: ٤٦.
٣٠. الورتى، احمد ابراهيم، مشاريع الاصلاح في الشرق الاوسط، سوريا، ٢٠١٠، ص ٢٩.
٣١. الفيروز ابادي / م.س، ص ٩٤٦.
٣٢. الزبيدي، محمد مرتضى الحسيني، تاج العروس من جوهر القاموس، ترجمة: حسين نصار، الكويت، ١٩٦٩، ج ٢١، ص ٢٦٧.
٣٣. العكيلي، علي مجيد، العدالة التشريعية ودورها في حماية الحقوق المكتسبة، ٢٠٢٠، ص ٣.
٣٤. الزجيلي، محمد- الاعجاز القراني في التشريع الاسلامي، ط ١، ١٤٣٦ هـ، بيروت، ج ١، ص ٨١.
٣٥. الربيع، فائز، مفهوم الاصلاح في القرآن الكريم، مقالة منشورة على موقع الراي، alrai.com.
٣٦. بكر، عصمت عبد المجيد، مشكلات التشريع، بيروت، ط ١، ٢٠١٤، ص ٥٥.
٣٧. نية، بشرى، المدخل لدراسة العلوم القانونية، المغرب، ٢٠١٧، ص ٥.
٣٨. بسيوني، مجموعة قوانين ولوائح السلطة التشريعية في بعض النظم القانونية العربي، ٢٠٠٥، ص ١١-١٢.
٣٩. نية، م.س، ص ٧-٨.

٤٠. الشيرازي، السيد المرتضى الحسيني، المرجعيات العامة للاصلاح التشريعي، مقال منشور annabaa.org/Arabic/studies/15055.
٤١. سلطان، انور، المبادئ القانونية العامة، مصر، ٢٠٠٢، ص ٩٤.
٤٢. كورنو، جيرار، معجم المصطلحات القانونية، ترجمة: منصور القاضي، بيروت، ١٩٩٨، ص ١٠١٣.
٤٣. فرج، توفيق حسن، المدخل للعلوم القانونية، بيروت، ١٩٩٣، القسم الاول، ص ١٦٤.
٤٤. سلطان، م.س، ص ٧٧.
٤٥. تناغو، سمير عبد الرسول، النظرية العامة للقانون، الاسكندرية، ١٩٧٤، ص ٣٦٢.
٤٦. صبرة، محمود احمد علي، اصول الصياغة القانونية، دار النهضة، ٢٠٠٤، ص ٦٥.
٤٧. تناغو، م.س. ص ١٨.
٤٨. البهادلي، رافد خلف هاشم واخرون، التشريع بين الصناعة والصياغة، ط ١، بغداد، ٢٠٠٩، ص ٣٤.
٤٩. نصر اوين، ليث كمال، متطلبات الصياغة التشريعية الجيدة، ٢٠١٧، ص ٤٥-٤٦.
٥٠. ذنون، حسن علي، فلسفة القانون، ط ١، بغداد، ١٩٧٥، ص ١٨١.
٥١. الشاوي، م.س، ص ١٥٧.
٥٢. خليل، مجدي حسن اخرون، المدخل لدراسة القانون، ٢٠٠٨، ط ١، ص ٣٥.
٥٣. الشاوي، م.س، ص ٢٣٥.

تقنيات المعلومات ودورها في جودة التعليم المحاسبي في العراق

Information Technologies and Their Role in the Quality of Accounting Education in Iraq

أ.م.د. حيدر عبدالحسين حميد المستوفي

مركز المستنصرية للدراسات العربية والدولية

Email : dr.haider.almustawfi@uomustansiriyah.edu.iq

المستخلص ...

ان امكانيات استعمال تقنيات المعلومات في عملية التعليم هائلة ولكنها تتوقف على نمط الاستعمال المناسب والذي يعتمد على الاستاذ الجامعي وموضوع الدراسة وادواتها مثل البرمجيات التعليمية والمستلزمات الاخرى والطلبة وبالتالي فان البحث يهدف الى معرفة دور التطور التكنولوجي المستمر في تحسين جودة التعليم المحاسبي في العراق ومواكبة احتياجات سوق العمل ، وضرورة التعرف على طبيعة العلاقة بين تكنولوجيا المعلومات وادارة المعرفة والتاهيل المحاسبي ومدى توفر المنهج الذي يحقق التاهيل المحاسبي باستخدام تكنولوجيا المعلومات . واعتمد البحث الى بيان دور ممارسة التعليم الدولي رقم ٢ للاسترشاد به في تطوير مهارات وانماط جودة التعليم المحاسبي في العراق وبيان تاثير تقنية المعلومات في طبيعة التعليم المحاسبي ، حيث توصل البحث الى مجموعة من الاستنتاجات كان اهمها ضرورة الاستفادة من التطورات الهائلة في مجال تكنولوجيا المعلومات في تطوير التعليم المحاسبي وكذلك يوجد اهتمام مستمر من قبل القائمين على التعليم المحاسبي بتضييق الفجوة بين التعليم المحاسبي ومتطلبات سوق العمل لا سيما تحديث مناهج المحاسبة ، كما اوصى البحث الى ضرورة اعطاء المزيد من الاهتمام لتبني التطورات الهائلة بتقنيات المعلومات لتطوير التعليم المحاسبي ليتوافق مع ما تنص معايير التعليم المحاسبي الدولية من خلال تنمية مهارات الطلاب ودعمهم وتاهيلهم للتعامل مع سوق العمل وتدريب اعضاء هيئة التدريس على استعمال وسائل تقنيات المعلومات .

الكلمات المفتاحية: جودة التعليم المحاسبي، تقنيات المعلومات، التعليم المحاسبي في العراق .

Abstract...

The possibilities of using information technologies in the education process are enormous, but they depend on the appropriate use pattern, which depends on the university professor, the subject of the study, and its tools such as educational software, other requirements, and students. Therefore, the research aims to know the role of continuous technological development in improving the quality of

accounting education in Iraq and keeping pace with the needs of the labor market. And the need to identify the nature of the relationship between information technology, knowledge management and accounting qualification, and the availability of a curriculum that achieves accounting qualification using information technology. The research relied on a statement of the role of the practice of international education No. 2 to guide it in developing the skills and patterns of quality accounting education in Iraq and to indicate the impact of information technology on the nature of accounting education. Accounting education, as well as there is a constant interest by those in charge of accounting education in narrowing the gap between accounting education and the requirements of the labor market, especially the modernization of accounting curricula. International education through developing students' skills, supporting them, and qualifying them to deal with the labor market, and training faculty members to use information technology.

Keywords: The quality of Accounting Education, Information Technology, Accounting Education in Iraq.

المقدمة ...

بدأت تقنية المعلومات تحتل موقع الصدارة بسبب الدور الاستراتيجي الذي تلعبه في عدد كبير من القطاعات ولا سيما في مجال التعليم والتي اسهمت بدرجة كبيرة في التأثير على نوعية المخرجات وكميتها ، فقد تطورت العملية التعليمية الى درجة تتطلب فيها استعمال قدرات تقنية كبيرة ومتداخلة للتخصصات ، ولغرض استمرار الجامعات والمعاهد في تحقيق اهدافها لا بد لها من مواكبة هذا التطور عن طريق استعمالها ادوات تقنيات المعلومات ، والمتمثلة بالانظمة والاجهزة الحديثة في مجال الحاسوب والبرمجيات والشبكات اذ اصبح ذلك وسيلة الاتصال الضرورية اللازمة لتطوير ورفع من جودة التعليم المحاسبي بدلا من الوسائل التقليدية وسيكون مصدرا جيدا للحصول على البيانات والمعلومات المطلوبة . ولغرض تطوير مهنة المحاسبة وجعلها قادرة على مواجهة تلك التحديات والتطورات السريعة لا بد من تزويدها بمحاسبين مؤهلين علميا وعمليا لممارسة مسؤولياتهم من خلال الاعداد الجيد لهم وتزويدهم بالمهارات التي توازي هذا التطور بمهنة المحاسبة وذلك عن طريق ادخال ادوات تقنيات المعلومات في مناهج الاقسام المحاسبية .

وتضمن البحث ثلاث محاور تناول المحور الاول منهجية البحث ، اما المحور الثاني فقد تطرق الى المدخل المفاهيمي للعناصر الاساسية لفقرات البحث والمحور الثالث استعرض لاهم الاستنتاجات والتوصيات .

المحور الاول .. منهجية البحث ..

اولا : مشكلة البحث ..

تتمحور مشكلة البحث حول دور استخدام التطورات في تقنيات المعلومات السريعة في التعليم المحاسبي في العراق لتحسين جودته وذلك من خلال مساهمة تلك التطورات في تنمية مهارات اعضاء هيئة التدريس والطلبة لتقبل ومواكبة هذه التطورات التكنولوجية ، ومن هنا فان مشكلة البحث تاتي من التساؤلات التالية :

- 1- هل تمتلك الهيئات التدريسية في اقسام المحاسبة الكفاءة اللازمة ويتضمن محتوى المناهج المحاسبية في العراق لمفردات لتحقيق ورفع جودة التعليم المحاسبي ؟
- 2- هل هناك دور للتطورات السريعة في تقنيات المعلومات لتحسين جودة التعليم المحاسبي في العراق ؟

ثانيا : اهمية البحث ..

في ضوء التطورات التكنولوجية المتسارعة في العالم واشتداد حدة المنافسة العالمية وانفتاح العالم على بعضه البعض ووجوب زيادة القدرة التنافسية والاهتمام الكبير والمتنامي بضمان الجودة فقد اصبح من الضروري على الاقسام العلمية في الجامعات والمعاهد العراقية السعي نحو تحسين مستوى ادائها لامتلاك القدرة التنافسية على البقاء والاستمرار وامتلاك سمات التطور التي تتناسب وحجم التجديبات المستقبلية .

ثالثا : اهداف البحث ..

يهدف البحث الى تحقيق لاهداف التالية :

- 1- التعرف على مفهوم واهمية التعليم المحاسبي وجودته ،
- 2- بيان مدى اهمية مواكبة التطورات التقنية للتعليم المحاسبي الاكاديمي والمهني في العراق
- 3- بيان دور واهمية التطور التكنولوجي والتقني المستمر في تحسين جودة التعليم المحاسبي في العراق ومدى مواكبته لاحتياجات سوق العمل .

رابعا : فرضية البحث ..

يستند البحث الى الفرضيتين الاتيتين :

- 1- تتضمن المناهج المحاسبية في العراق برامج تعليمية مناسبة تحافظ على جودة التعليم المحاسبي .
- 2- تتوفر في الجامعات العراقية بنى تحتية تمكنها من رفع جودة التعليم المحاسبي .

المحور الثاني : مدخل مفاهيمي ...

اولا : مفهوم واهمية تقنية المعلومات ..

تحتاج الوحدات الاقتصادية التي تهتم بالمسير قدما مع التطورات المتسارعة ولاسيما في هذه المرحلة والتي احدثت فيها المنافسة التقنية الى عمليات متلاحقة من ادخال واستعمال التقنيات الحديثة والمتطورة بمستوى لا يقل عما هو سائد في البيئة المحيطة بالوحدة الاقتصادية ونتيجة لذلك انتشر مصطلح تقنية المعلومات في عالمنا اليوم واصبحنا نسمع بهذا المصطلح في مجالات الحياة جميعها والكل يسعى جاهدا

الى الاستفادة القصوى من استعمال هذه التقنيات المتطورة ، حيث عرف البعض لفظ التقنية على كونها تشير الى امكانية التطبيق العملي للوسائل العلمية المتطورة والحديثة لان هذه الوسائل غالبا ما تتعلق بالتطورات الجديدة للعمليات او الانتاج فضلا عن التقدم العلمي المؤثر في مختلف الأنشطة التي يمكن استعمالها فيها (كحيط، واحمد، ٢٠١٦ : ١١٤) ، كما يشير لفظ التقنية الى مدى المعرفة بالاساليب والادوات والأنشطة المستعملة في تحويل المدخلات الى مخرجات من المنتجات . اما (Laudon , 2002 : 55) فقد مثلها بمجموعة المكونات المادية والبشرية والفكرية الى جانب البرمجيات والقدرات التقنية العالية التي تستثمر في الاتصالات بانواعها كافة لتحقيق اهداف المنظمة للامدين القريب والبعيد .

وتشير لفظة التقنية ايضا الى الوسائل والاجهزة التي يستعملها الانسان في توجيه شؤون الحياة فهي بشكل عام الاستعمال المفيد لمختلف مجالات المعرفة ، وبناء على ما تقدم فان الباحث يستنتج ان مفهوم التقانة اداة فاعلة وكفوءة مكونة من وسائل الكترونية ضرورية لاداء الاعمال والمهام المختلفة سواء على المستوى الوظيفي او الشخصي من خلال حسن استثمار الحاسوب لجمع البيانات ومعالجتها وخرن المعلومات وتحديثها واسترجاعها ونقلها من مكان لآخر لتسهيل مهام المستفيدين لاتخاذهم القرارات المختلفة المناسبة . واصبح مصطلح تقنية المعلومات والاتصالات شائعا اذ ان اهمية التكامل بين تقنية المعلومات والاتصالات تاتي من خلال امكانية الاستفادة من نظم المعلومات بشكل افضل عندما يتم دعمها بوسائل متطورة تتمثل بوسائل نقل سريعة ام معالجة سريعة وبهذا فان الاتصالات تعد جزءا مهما من تقنية المعلومات لانها تساعد على نقل وتوزيع المعلومات من مكان لآخر بهدف توفيرها لمتخذي القرار بالوقت المناسب ، كما يشير مصطلح تقنية المعلومات والاتصالات الى جميع انواع الاجهزة والمعدات المستعملة في تشغيل وتخزين البيانات في شكل الكتروني وتشمل على الحاسبات الالية ووسائل الاتصال وشبكات الربط واجهزة الفاكس وغيرها من المعدات (حيدر ، ٢٠٠٢ : ٢٥٣) ، كما انها التقنية التي تربط او تدمج بين الحاسبات وخطوط الاتصالات ذات السرعة العالية والتي تحمل البيانات بالصوت والصورة وهي مهمة بسبب انها تحدث اندماجا بين عدد مهم من المعاملات مع الحواسيب والهواتف والتلفزيونات واجهزة مختلفة اخرى.

كما يعد التقدم الحاصل في الجوانب التقنية والتطور السريع الذي تحدثه في الاعمال من عامل السرعة في التأقلم مع التغيير من اهم العوامل الاقتصادية التي تعمل على زيادة الانتاج فالمجتمع والانسان الذي يسعى الى مواكبة التطور العلمي والتقني سرعان ما يجد نفسه عاجزا عن ولوج العصر الجديد والاسهام فيه ، وتعد تقنية المعلومات من الحقول العلمية التي تسعى الى استعمال نظم واساليب متقدمة من مختلف جوانب الحياة وذلك لضمان تحقيق افضل اداء بتوظيف هذه التقنيات في اعداد البرامج والتطبيقات لممارسة مستويات اكبر وافضل من الاعمال . ومما يميز هذا العصر الجديد هو وجود اجهزة الحاسوب في كل مكان وشبكات الاتصالات العالمية والنشر الالكتروني والمكتبات الرقمية واصبح عصر المعلومات واقعا حقيقيا

وهذا الواقع يترجم الى فرص عمل غير مسبوقة لمحترفي المعلومات الذين يعرفون كيف ينظمون ويستعملون الاصول المعلوماتية والذين يمتلكون المهارات التحليلية والتقنية لمعرفة الاستراتيجية للمعلومات لجميع المنظمات (5 : 2000 , Elliot) . وتشير الوقائع الميدانية الى ان تقنية المعلومات قد اسهمت في (Turban,2002:4)

- * تحسين الانتاج في ٥١% من الشركات الامريكية .
- * تخفيض الكلف بنسبة ٣٩% .
- * تعزيز علاقة الزبون بنسبة ٣٣% .
- * تحسين صناعة القرار بنسبة ٣٦% .
- * تطوير استعمال استراتيجية جديدة بنسبة ٣٣% .

وقد زادت الاسهامات السابقة من قدرة تقنيات المعلومات في الاداء العالي المتمثل بالسرعة والدقة في معالجة البيانات وامكانية الوصول اسريع الى البيانات المخزنة ومن تطوير القدرات البشرية وزيادة كفاءة العمل واستخلاص وعرض المعلومات بسرعة فائقة وبوقت وكلفة اقل .

ثانيا : استخدامات تقنيات المعلومات :

ادى استخدام تقنيات المعلومات في منظمات الاعمال الى تحقيق العديد من المزايا (بلقيدوم ، ٢٠١٣ : ١٣٥) :

- ١- زيادة المبيعات والارباح : تعمل تقنيات المعلومات على زيادة المبيعات من خلال مساعدتها الوحدات الاقتصادية في اشباع حاجات ورغبات المستهلكين و يترتب على زيادة المبيعات تحسين الربحية لا سيما في ظل تخفيض التكاليف والذي يتحقق ايضا باستخدام تقنيات المعلومات والاتصالات .
- ٢- الحصول على مزايا تنافسية : اذ تستخدم العديد من المنظمات تقنيات المعلومات لتحسين وضعها في البيئة التنافسية ، والحصول على مزايا تنافسية من خلال تصميم برامج وتطبيقات مبتكرة تسمح لتلك المنظمات بالمنافسة بصورة اكثر فاعلية .
- ٣- تخفيض التكاليف : ان تخفيض التكاليف يعتد من اهم الفوائد التي تجنيها منظمات الاعمال جراء استخدامها لتقنيات المعلومات والاتصالات في عدة مجالات اهمها تادية الاعمال والمهام الكتابية بطريقة الية كذلك استخدام الحاسبات الالية في رقابة الانتاج والمخزون كما تستخدم في تنفيذ الانتاج حسب الطلب .
- ٤- تحسين الجودة : ان احد اهم استخدام تقنيات المعلومات والاتصالات تحسين جودة المخرجات والتصميم بمساعدة الحاسب الالي ، مثال ذلك فالمهندس يستخدم محطات العمل او مايعرف بالوحدات الطرفية للحاسب الالي لعمل رسومات هندسية ويقوم بتخزينها واسترجاعها عند الحاجة لاجراء تعديلات عليها بسهولة من اجل تحسين جودتها ، كما يمكن استخدام تقنيات المعلومات والاتصالات في تحسين الجودة فيما يعرف بالتبادل الالكتروني للبيانات اذ تستخدمه المنظمات للاتصال بالمنظمات الاخرى الكترونيا كاصدار اوامر الكترونية للمورد ثم تتم

اجراءات الصفقة باستخدام الاتصال الالكتروني وبالتالي تقليل فرص الخطا بسبب تخفيض واختصار اجراءات عقد الصفقات .

ثالثا : مفهوم تقنيات المعلومات للتعليم :

لقد شاع استعمال تكنولوجيا المعلومات في العقدين الاخيرين بشكل كبير وفي مختلف مجالات الحياة ، وبعد ازدهار حركة الاهداف السلوكية والتعليم المبرمج واستعمال اسلوب النظم ظهر مصطلح تقنيات المعلومات في التعليم لم يركز فقط على عمليات الانتاج او ادارة الافراد بل اهتم بعمليات الانتاج ، التطوير ، الاستعمال، التقويم ، والادارة على انها عناصر تتفاعل مع بعضها البعض ، بينما عرفت جمعية التكنولوجيا والاتصال الامريكية تكنولوجيا التعليم بانها النظرية والتطبيق في تصميم العمليات والمصادر وتطويرها واستعمالها وادارتها وتقويمها من اجل التعلم (غزاوي ، ٢٠٠٧ : ٤) .

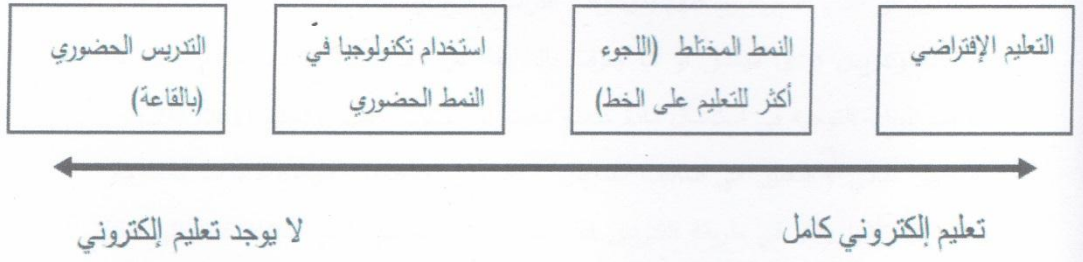
يتضح من خلال ذلك ان تقنيات المعلومات لا تسمح فقط للطلبة وللساتذة بعرض المعرفة والحصول عليها في اشكال مختلفة من الوسائط بل تسمح ايضا بالبحث ، الانتاج ، التواصل ، التحليل ، وتحويل المعارف ، ويمكن تصنيف انماط التعليم بحسب الوسائل التقنية التي يمكن استعمالها في التعليم كما يأتي :

١- التعليم المعتمد (بمساعدة) على جهاز الحاسوب : يمثل الحاسوب الركيزة الاساسية في تقنيات المعلومات والاتصال ، اذ يمكن الاستفادة من الحاسوب في اعداد وتهيئة وعرض الدروس والتطبيقات ونماذج المحاكاة على الطلبة (Valentina Arkorful & Nelly Abaidoo , 2014 : 399) . كما يمكن الاستفادة باستعمال الحاسوب العديد من البرامج التطبيقية سواء كانت تلك شائعة الاستعمال مثل (Word , Excel) وتلك البرامج المتخصصة في ميادين الطب او الهندسة او المحاسبة وتوفر بيئة التعلم بمساعدة الحاسوب التفاعل بين المتعلم والحاسوب ويكون دور الاستاذ هو تجهيز بيئة التعلم والتأكد من ان كل متعلم لديه المهارات اللازمة لاداء نشاط معين كما ان الاستاذ يكيف ويعدل نشاطات التعليم لتلائم حاجات المتعلمين .

٢- التعليم المعتمد على شبكة الانترنت : او ما يسمى بالتعليم الالكتروني (E-Learning) او التعليم الافتراضي (Virtual Learning) والذي اخذ يشق طريقه في مختلف نظم التعليم بمعظم دول العالم ، خصوصا مع سهولة التعامل مع شبكة الانترنت من قبل مختلف المستويات التعليمية ، اضافة الى ذلك توفر المادة العلمية الحديثة والمتجددة وامكانية الحصول عليها بسرعة ، فضلا عن الكثير من الخدمات المفيدة التي توفرها مواقع الانترنت لمستخدميها ، ومن ثم يعد التعليم القائم على الانترنت تحسينا اضافيا للتعليم القائم على الحاسوب من المتفق عليه ان شبكة الانترنت تسببت في الانتشار الواسع للتعليم عن بعد ومن ذلك المحاضرات المتلفزة التي تلقى من قبل استاذ او خبير لطلبته وهم في مكانين مختلفين ويوضح الشكل (١) طبيعة التعليم الالكتروني في مقابل التعليم الحضوري او التقليدي :

الشكل (١)

طبيعة التعليم الإلكتروني مقابل التعليم الحضوري



Source : Mohd Foued Salleh, E-Learning issues in Malaysia higher Education , Technology University of Malaysia , 2008 , P.5.

ويمكن ان يكون التعليم عبر الانترنت متزامن او غير متزامن من خلال التطبيق التفاعل الاختياري يتضمن نمط التوقيت المتزامن تواملا مباشرا عبر الانترنت بين المعلمين والمتعلمين ، ويتيح هذا النوع للمتعلمين المناقشة فيما بينهم ومع المعلمين عبر الانترنت في نفس الوقت باستعمال تقنية المحاضرات المتفزة وغرف الدردشة ، اما النمط الغير متزامن فيتم التفاعل بين المشتركين عبر الانترنت في اوقات مختلفة باستعمال ادوات مثل مواضيع المناقشة ورسائل البريد الإلكتروني وبالتالي عدم تلقي المتعلمين ملاحظات فورية من زملائهم او من المعلمين (Valentina Arkorful & Nelly Abaidoo , 2014 : 400).

٣- التعليم المعتمد على وسائل تكنولوجية اخرى : يمكن استعمال وسائل اخرى في العملية التعليمية مثل الصور الفوتوغرافية او الاجهزة السمعية خصوصا في تعلم اللغات او الاجهزة السمعية البصرية وذلك باستعمال الشاشة لمشاهدة فيديوات لقنوات تعليمية مثلا .

رابعا : تأثير تقنيات المعلومات والاتصال في طبيعة التعليم الجامعي :

يمكن بيان هذا التأثير على المستويين التاليين :

١- المستوى الاول : التحول في دور الاستاذ : يعتقد بعض الباحثين انه نتيجة للزيادة في اعداد الطلاب فان الاساتذة بحاجة الى التكيف مع هذا الوضع الجديد فبمجرد استعمال المادة العلمية لمرة واحدة فانها تصبح متاحة لاي شخص وبالتالي تضمحل قيمتها ويقل الحضور ويقتصر لقاء الطلاب بالمرشدين لهم فقط على حل مسائل غامضة او غير مفهومة وتتطلب حلا انيا ، وبالتالي فان الاستاذ الذي يقتصر دوره على نقل المعلومة شفويا يقدم قيمة اضافية ،ويمكن للطلاب دراسة وتعلم المنهاج باستعمال الكتب المنهجية وبناءا على ذلك يتحرر الاساتذة من الطباشير او اقلام السبورة ويمكنهم بذل وقت افتراضي مع اولئك الطلاب الذين هم بحاجة الى مساعدة وتدريب فردي مباشر او ما يعرف بالمرافقة عن بعد اذ يقدم المرشد للطلبة التوجيه في استعمال مادة علمية معينة او مكاتبات علمية (طعيلي ، ٢٠١١ : ٢٩٨) .

٢- المستوى الثاني : التغيير في اساليب التدريس : لقد كان للاستعمال الواسع لتقنيات المعلومات والاتصال تأثيرا بالغاً في طريقة التدريس فقد تبدل التعليم التقليدي الذي اعتدنا عليه الى تبادل للأفكار والمعلومات بشكل مختلف والذي يكون بواسطة التواصل عبر شبكة الانترنت ، وهذا لايعني ان هذه التقنيات تهدد بازالة الاستاذ وتدل على امكانية الاستغناء عنه ولكن تقنية المعلومات تحفز الابداع وتجعل المتعلم هو الخبير المطلق ، كما انه لا توجد سلطة للاستاذة لايقاف سيل المعلومات امام الطلاب وبالتالي تصبح علاقة الطالب بالمعلم علاقة تكافؤية وسوف يستفيد الطلاب من التحول من ثقافة المطبوعات التقليدية الى ثقافة اكثر حسية والتي تساعد لطلاب على التعامل مع وصلات للمعلومات ذات صور يمكن رؤيتها وتذكرها ، وقد تجعل شبكة الانترنت محتوى المحاضرات اكثر حيوية فتحفز الذاكرة وتوفر المزيد من الارتباط بالموضوع (طعيلي ، ٢٠١١ : ٢٩٩) ، وفي سياق مناقشة الفرق بين " التعليم " و " التعلم " ان المصطلح الاكثر قبولا في بيئة تقنيات المعلومات هو مصطلح التعلم وسبب ذلك ان الرقابة او السيطرة على العملية التعليمية نفسها قد انتقلت من ايدي المدرسين والقائمين على التعليم الى ايدي المتعلمين او الطلاب الذين يحصلون على المعرفة بجهودهم الخاصة دون مساعدة من مزودها الا في حدود ضيقة جدا (العلاق ، وبشير ، ٢٠٠٩ : ٥) ، وهذا يعني ان المتعلم سوف يستخدم الوسائل الالكترونية بمختلف انواعها من اجل الحصول على المادة العلمية وفهمها .

خامسا : الحاجة الى استعمال تكنولوجيا المعلومات والاتصال في التعليم المحاسبي

ان التعليم المحاسبي اكتسب اهمية كبيرة في مختلف المجتمعات وتاتي هذه الاهمية من خصوصية ومكانة المحاسبة والحاجة المستمرة والدائمة اليها في اي مجتمع وترتبط جودة مهنة المحاسبة في الايفاء بمتطلبات سوق العمل بجودة التعليم المحاسبي فالعلاقة بينهم متبادلة وطالما ان المتغيرات البيئية فرضت الحاجة الى تغييرات بمتطلبات سوق العمل من التركيز على عنصر الكم الى التركيز على عنصر الكيف الذي امتدت تأثيراته الى مجموعة المعارف والثقافات والمهارات المطلوبة توافرها في المحاسبين العاملين بتلك الاسواق لتصبح غير محددة بالجوانب الفنية فقط بل تتجاوز ذلك الى التركيز على جوانب التفكير والابداع ليتمكن بالتالي السيطرة على تلك الاسواق الجديدة لذا فان التعليم المحاسبي الجامعي يعد لبنة مهمة في هذا البناء لبلوغ تلك الاهداف وينبغي ان يوجه نحو تلبية الاحتياجات الانية والمستقبلية في تثقيف وتاهيل الطلبة ليعملوا بفاعلية عند التخرج وفي مجالات واسعة من سوق العمل (امين ، وعبدالوهاب ، ٢٠٠٨ : ١٤٠) . تقع مسؤولية اعداد محاسبين مؤهلين بالمهارات المهنية على عاتق عدة جهات تاتي في مقدمتها مؤسسات التعليم العالي وذلك من خلال وضعها ومواكبتها لاساليب التعليم التي تركز على اكتساب المتعلم القدرات والمهارات المهنية التي اوصت بها المنظمات المهنية وبرزها الاتحاد الدولي للمحاسبين (IFAC) مما يعني انه ينبغي العمل على تاهيل الطلبة والمتدربين المتخصصين بالعمل المحاسبي بما يضمن استفادتهم من دراستهم عند ممارستهم عملهم فيما بعد في ظل الحاجة المتزايدة الى استعمال تقنيات

المعلومات والاتصال في العمل الوظيفي ومن هنا فان التطور السريع في مجالات تقنية المعلومات واستعمالاتها المتعددة في العمل المحاسبي يتطلب التفكير بكيفية تكييف وسائل واساليب التعليم الالكتروني بما يتلائم مع طبيعة التعليم المحاسبي لا سيما بعد ازدياد الحاجة الى العمل المحاسبي في بيئة تقنيات المعلومات والاتصال الامر الذي تطلب ان يكون المحاسب مهيا للتعامل مع هذه التقنيات ابتداء من مرحلة التعليم الى حين ممارسة العمل المحاسبي فضلا عن ضرورة التعلم المستمر بعد ذلك لكي يتمكن من التعامل مع المستجدات التي يمكن ان تحدث في التقنيات التي تستخدم في العمل المحاسبي فيما بعد وهذا لا يعني ان استعمال تقنيات المعلومات والاتصال في ميدان التعليم المحاسبي يحل محل نظام التعليم التقليدي بل يكمله ويدعمه (السقا ، والحمداني ، ٢٠١٢ : ٤٩) .

واستنادا لما تقدم يمكن الاستفادة من تقنيات المعلومات الحديثة في التعليم المحاسبي في المجالات الآتية :

١- استعمال التقنيات الحديثة من قبل الاساتذة في توصيل المادة العلمية المحاسبية بصورة افضل لنشوء التفاعل مع الطلبة وجذب اهتمامهم وبالتالي تسهيل فهمها وذلك بالمقارنة بالطرائق التقليدية التي كثيرا ما تسبب الملل للاستاذ والطالب معا ، وتجعل عملية تدريس مواد المحاسبة مبنية على التلقين . وقد ثبت بالدراسات انه بوسع الاستاذ الذي يستخدم وسيلة تعليمية سمعية بصرية ان يوفر ٥٠% من وقت المحاضرة مع امكانية الحصول على مستوى تعليمي افضل (مجيد ، وجيليل ، ٢٠٠٦ ، ٢١) .

٢- استعمال التقنيات الحديثة من قبل الطلبة في الحصول على المادة العلمية المحاسبية في شكلها الالكتروني بدلا من الحصول عليها فقط بصورتها الورقية ، وما تتطلبه من جهد ووقت الامر الذي يمكن ان يسهم ايضا في حث الطلبة وترغيبهم في التعامل مع هذه الوسائل ، ومن ثم تهيئتهم للتعامل معها في ممارسة العمل المحاسبي من خلالها مستقبلا .

٣- استعمال تقنيات المعلومات من قبل الطلبة في المجالات العلمية للمحاسبة اثناء مسارهم الدراسي وتدريبهم على التحكم فيها من اجل ضمان نجاحهم في الحياة المهنية بعد التخرج ، وان عمل المحاسب في بيئة تقنيات المعلومات يتطلب منه التحكم في استعمال الحاسوب في عمليات التسجيل المحاسبي للعمليات وتحليلها وتخزين البيانات المحاسبية واظهارها ، فضلا عن الاستعمال الصحيح للبرامج المحاسبية اللازمة لاداء العمل المحاسبي وكذلك تطوير وتصميم نظم المعلومات المحاسبية (Rim Khemiri & Maryam ben Chehida , 2009 : 67) .

سادسا : قواعد استعمال تقنيات المعلومات في جودة التعليم المحاسبي :

يعد التعليم المحاسبي نظام متكامل ، تتوقف جودته على نوعية العناصر التي يتكون منها وعليه يمكن تحديد مجموعة من الضوابط او القواعد التي ينبغي مراعاتها للاستفادة من تقنيات المعلومات في مجال التعليم المحاسبي يمكن تلخيصها بالاتي :

١- الاختيار المناسب للتقنية العلمية : ان اي استاذ وقبل ان يواجه طلابه من البديهي ان يقوم بتحضير الموقف التعليمي قبل حدوثه وهذا التحضير يتطلب من الاستاذ تحضير التقنية التي يستعملها والتي يختارها بناء على عدة قواعد نذكر اهمها :

*** الهدف من التقنية المستعملة :** لا بد ان تكون التقنية التعليمية التي تم اختيارها مناسبة للهدف الذي نريد تحقيقه ، مثلا الهدف الذي اريد تحقيقه هو تعليم الطلاب تطبيق مسار العمل المحاسبي من التسجيل في اليومية الى اعداد القوائم المالية الختامية ، يمكن استعمال الحاسوب يحتوي على برنامج محاسبي مخصص لهذا الغرض .

*** قواعد تتعلق بالمتعلمين :** لا بد ان تكون التقنية التعليمية المستعملة مناسبة للمستوى العلمي ، الاجتماعي ، والاقتصادي للطلاب . وقد اشار Trabelssi الى ان اختيار التقنية التعليمية يمكن ان يكون على اساس مدى قدرة الطالب على التفاعل مع هذه التقنية والتاثير على محتوياتها المعرفية ، فاذا كان الطالب يملك تلك القدرة فيمكن للاستاذ اختيار تقنيات التعليم عن بعد ، والانترنت ، اما اذا كان الطالب غير مؤهل لاستعمال هذه التقنيات فيمكن استعمال تقنيات اخرى بسيطة مثل : الفيديوهات ، شاشة العرض ، المهم انه ينبغي مراعاة ان تثير التقنية المختارة انتباه الطلاب وتبعث فيهم التحفيز وروح التعلم . كما هناك قواعد تتعلق بالتقنية ذاتها : لا بد عند اختيار التقنية التعليمية ان نطرح السؤال التالي هل تسمح التقنيات المتاحة بالتقديم المتزامن للدروس والتطبيقات ام لا ؟ فاذا كان المحتوى العلمي المراد تعليمه يتطلب العرض المتزامن فاننا نختار التقنيات الحديثة للمعلومات والاتصال مثل : التعليم عن بعد ، والانترنت ، اما اذا لم تكن بحاجة الى ذلك فيمكن اختيار التقنيات التقليدية مثل الفيديوهات ، الاشرطة المسموعة ، شاشات العرض (Samir Trabelssi,2001:7).

٢- قواعد تتعلق بنمط التعليم : فالتعليم قد يكون في مجموعات كبيرة او صغيرة او قد يكون تعليما فرديا ولا بد ان تكون الوسيلة مناسبة لذلك ، كما ينبغي ان تكون مناسبة للنشاطات التي ينوي الاستاذ ان يقوم بها طلابه فاذا كان التعليم فرديا فيمكن استعمال الحاسوب الذي يتولى عملية التعليم والتدريب والتقييم بشكل كامل ، اي انه يحل محل الاستاذ في هذه الحالة (السقا ، والحمداني ، ٢٠١٢ : ٥١) .

نستنتج من ذلك انه ينبغي على الاستاذ مراعاة مجموعة من القواعد عند استعمال تقنيات المعلومات في التعليم المحاسبي من اجل الوصول الى نتائج مرضية ومن تلك القواعد نجد :

- * قواعد اثناء عملية التحضير : وتشمل تجريب الوسيلة ، اختيار المكان المناسب ، تحديد النشاطات والخبرات التي سينظمها للطلاب .
- * قواعد اثناء عملية الاستعمال وتشمل :
 - التأكد من المشاركة الايجابية للطلاب .
 - التخطيط لاستعمال التقنية بشكل يثير الاهتمام ويبعث التساؤل عند الطلاب .
 - التقديم للتقنية قبل استعمالها .
 - التأكد من وضوح التقنية المستعملة لجميع الطلاب اثناء الاستعمال .

- الاستفادة من التقنية كوسيلة للتعلم .
*قواعد بعد عملية الاستعمال وتشمل: النقاش بعد الاستعمال، تقييم التقنية المستعملة ، والمتابعة .

سابعاً : دور بيان ممارسة التعليم الدولي رقم ٢ (IEPS2) :

ادراكا لاهمية مهنة المحاسبة ركز الاتحاد الدولي للمحاسبين IFAC على اهمية عنصرى المعرفة والمهارات فى تكنولوجيا المعلومات للمحاسبين منذ عام ١٩٩٥ ولذلك اصدر الاتحاد الدولي للمحاسبين اول دليل ارشادي حول ادماج التكنولوجيا فى المناهج المحاسبية والذي يسمى ارشادات التعليم الدولي ١١ (IEG11) ، وتتضمن هذه الارشادات : المعرفة بانظمة معالجة العمليات ، وبنية التكنولوجيا ، واستراتيجية التكنولوجيا ، وتنظيم البيانات ، والرقابة الداخلية للتكنولوجيا ، وادارة امن التكنولوجيا وتطويرها وتنفيذها ، واكتساب انظمة التكنولوجيا ، وادارة التكنولوجيا للمحاسبين المحترفين (IFAC,2013) . وكذلك يسلط الدليل الضوء على التحديات والفرص المستمدة من الاهمية المتزايدة للتكنولوجيا للمحاسبين المحترفين ، كما انه يحدد المتطلبات التعليمية للتكنولوجيا للمحاسبين تحت خمس عناوين رئيسية :

- ١- المتطلبات العامة لتعليم تكنولوجيا المعلومات .
- ٢- المحاسب كمستخدم لتكنولوجيا المعلومات .
- ٣- المحاسب كمدير لانظمة المعلومات (المدير المالي ، المراقب المالي) .
- ٤- المحاسب كمصمم انظمة اعمال (فريق تصميم النظام ، المحلل المالي) .
- ٥- المحاسب كمقيم لنظم المعلومات (المدقق ، المستشار الضريبي) .

اثار طلب مؤسسات الاعمال على المحاسبين اسئلة كثيرة حول درجة كفاءة المحاسبين فى استعمال التكنولوجيا ويعود ذلك الى ان مفتاح الاداء الناجح فى الانشطة المختلفة هو توفر الكفاءة العالية فى استعمال تقنيات المعلومات لذلك يشجع الاتحاد الدولي للمحاسبين من خلال الدليل الدولي للتعليم (IEG11) المحاسبين المحترفين على امتلاك الكفاءات اللازمة فى التكنولوجيا الا ان هذا الدليل لا يحدد ماهية الكفاءات والمهارات المطلوبة بدقة ووضوح ، ولا يقدم نهجا محددا حول كيفية تطوير هذه المهارات والكفاءات (Bahador et.al,2012 : 775) ، ومن ناحية اخرى ركز الاتحاد الدولي للمحاسبين على ان المحاسب ينبغي ان يتوفر لديه مهارات كالمهارات الادارية ومهارات التعامل مع ، وخبرة مع التكنولوجيا (IFAC,2013) وهذه المهارات مهمة للغاية لانها توفر الدعم اللازم للمحاسبين المحترفين .

عرف الدليل الدولي الصادر عن الاتحاد الدولي للمحاسبين تكنولوجيا المعلومات بانها " الاجهزة والبرامج وعمليات نظم المعلومات ، وعمليات الادارة والموارد البشرية ، والمهارات اللازمة لتشغيل هذه المنتجات ، والعمل على انتاج المعلومات وتطوير نظم المعلومات وتشغيلها وادارتها " ، وقد اقر الاتحاد الدولي للمحاسبين بان قسم المحاسبة بحاجة الى استراتيجية فاعلة قبل محاولة ادماج التكنولوجيا ضمن مقررات المحاسبة ، اذ ينبغي ان تعالج اي استراتيجية القضايا الاربع التالية :

- ١- من المهم المعرفة بان الوسائل والادوات التقنية والبرمجيات دائمة التغير والتطور ، وبالتالي ينبغي على الجامعات تعليم الطلاب ان مسؤوليتهم كمحترفين في المحاسبة تتمثل في تحسين فهمهم للتكنولوجيا والبقاء على علم بمصادر التكنولوجيا المتجددة طوال حياتهم المهنية .
- ٢- ينبغي ان يدرك الطلاب ان المهارات الشخصية لديهم في استعمال التكنولوجيا ضرورية لمحترفي اليوم في المحاسبة ، اذ ينبغي ان يكون لديهم الكفاءة في استعمال التطبيقات والبرمجيات المهمة مثل : تطبيقات جداول البيانات ، Applications Spreadsheet ، ومعالجة النصوص Processors Word ، والعروض التقديمية Presentation Graphics ، وقواعد البيانات Databases وغيرها من البرمجيات الحديثة .
- ٣- ينبغي تشجيع الطلاب على دراسة المواضيع المتعلقة بالتكنولوجيا من منظور فائدها ، وتطبيقها ، وتأثيرها ، والية استعمالها ، بدلا من التركيز على ادوات التكنولوجيا المستخدمة كغاية في حد ذاتها .
- ٤- ينبغي العمل على دمج موضوع التكنولوجيا ضمن المراحل الدراسية لقسم المحاسبة ، وعدم التعامل معها بشكل منفصل ، لتشجيع الممارسات عالية الجودة من قبل المحاسبين ، قام IFAC بتشكيل مجالس ولجان مختلفة احدها مجلس معايير تعليم المحاسبة الدولية (IAESB) (IFAC,2013) ، اذ يقوم هذا المجلس بتطوير واصدار المطبوعات بغرض تحقيق اهداف الجامعات في ايجاد مخرجات محاسبية مؤهلة وتشمل هذه المنشورات معايير تعليم المحاسبة الدولية (IESs) ، وبيانات الممارسات التعليمية الدولية (IEPS2) والمواد الداعمة الاخرى (Aleqab & Adel , 2015 3) . وتوفر معايير المحاسبة الدولية اطارا تعليميا لاكتساب المعرفة ، وتطوير المهارات واكتساب الخبرة العملية في المحاسبة ، وقد صدرت المعايير الستة الاولى في عام ٢٠٠٣ ، تلاها المعيار السابع في عام ٢٠٠٤ ، والمعيار الثامن عام ٢٠٠٦ ، حيث يعد المعيار (IES2) واحدا من اهم المعايير المتعلقة بتدريس المحاسبة اذ يصف المعيار المحتوى المعرفي للمسابقات الدراسية في برنامج المحاسبة ، مما يساعد الطالب للتأهيل الى سوق العمل كمحاسب محترف .
- واعتمادا على الدليل الدولي للتعليم ١١ (IEG11) فقد تم تطوير بيان ممارسة التعليم الدولي رقم ٢ (IEPS2) للمساعدة في اعداد المحاسبين المحترفين للعمل في بيئة التكنولوجيا ونذكر هنا اهم ما يتعلق بهذا البيان :
- ١- يوفر IEPS2 ارشادات الممارسة الجيدة للهيئات الاعضاء في IFAC حول تقييم وتدريس التكنولوجيا قبل التأهيل ، وهذا مهم جدا في تحسين مستوى تعليم المحاسبة في البلدان النامية
- ٢- يوفر IEPS2 ارشادات لمساعدة الهيئات الاعضاء على اعداد المحاسبين المحترفين القادرين على العمل في بيئة التكنولوجيا .
- ٣- لا يصف IEPS2 بشكل دقيق المعارف والكفاءات المتعلقة بتكنولوجيا المعلومات التي قد يحتاجها المحاسبون بشكل كامل ، لكنه يحدد المعارف والمهارات التي قد

- يحتاجها المحاسبون من اجل صياغة الاسئلة الدقيقة للاجابة عليها من المتخصصين في التكنولوجيا ، ومن اجل فهم نتائج أنشطة هؤلاء المتخصصين .
- ٤- يحدد IEPS2 الحد الأدنى لمستوى الكفاءة اللازم من اجل تلبية متطلبات التاهيل كمحاسب محترف .
- ٥- فيما يتعلق بتدريس او تقييم المعرفة او الكفاءة في التكنولوجيا ، يركز IEPS2 على :
- ١- اهمية دمج التكنولوجيا في جميع المناهج المحاسبية .
- ب- تحديد افضل طريقة لتطوير المعرفة والمهارات في مجال تكنولوجيا المعلومات .
- ج- تقييم المعارف والمهارات في مجال تكنولوجيا المعلومات ، مع ابراز اهمية الخبرة العملية والتعلم في مكان العمل .
- ٦- عند تنفيذ متطلبات المعيار ٢ (IES2) ينبغي على الجامعات ادخال الامور التالية في المساقات الدراسية : المعرفة العامة بالتكنولوجيا ، والمعرفة بادوات الرقابة على التكنولوجيا ، ومتطلبات الكفاءة اللازمة ، كما هو موضح في الجدول التالي (3 : Aleqab and Nasser , 2014) :

جدول (١) متطلبات تقنيات المعلومات في التعليم المحاسبي

| متطلبات الكفاءة اللازمة في التكنولوجيا | المعرفة بادوات الرقابة على التكنولوجيا | المعرفة العامة بالتكنولوجيا |
|---|---|---|
| <ul style="list-style-type: none"> كفاءات مستخدمي تكنولوجيا المعلومات الكفاءات المتعلقة بالرقابة على التكنولوجيا واحد أو مزيج من الكفاءات المتعلقة بدور مدير أو مقيّم أو مصمم نظام المعلومات | <ul style="list-style-type: none"> الرقابة الداخلية على التكنولوجيا أهداف التكنولوجيا المخاطر المحتملة في التكنولوجيا تقييمات مخاطر التكنولوجيا الاستجابة لمخاطر التكنولوجيا أنشطة ضبط التكنولوجيا المعلومات والاتصالات التي تتعلق بالتكنولوجيا المراقبة المنتظمة على أنشطة التكنولوجيا | <ul style="list-style-type: none"> إستراتيجية التكنولوجيا هندسة التكنولوجيا التمكن من عمليات الأعمال عملية تطوير وحيازة الأنظمة إدارة التكنولوجيا الاتصالات و التكنولوجيا |

تم اعداد الجدول استنادا الى بيان ممارسات التعليم الدولي ٢ (International Accounting Education Standards Board , October , 2007)

ثامنا : المهارات والكفاءات المطلوبة للمحاسبين في مجال التكنولوجيا :

يعد توفر الكفاءات والمهارات في التكنولوجيا امرا ضروريا للمحاسبين لاداء مهامهم وتشمل هذه الكفاءات : مهارات التكنولوجيا، والخبرة العملية في التكنولوجيا ، والمهارات الادارية ، ومهارات التعامل مع الاخرين اذ تساعد هذه المهارات المحاسبين على ايجاد بيئة مناسبة تعمل فيها التقنيات والتطبيقات المحاسبية على المستوى الامثل لتحقيق الميزة الاسـتراتـيجية للاعمال . (Bahadoret.al,2012:776)

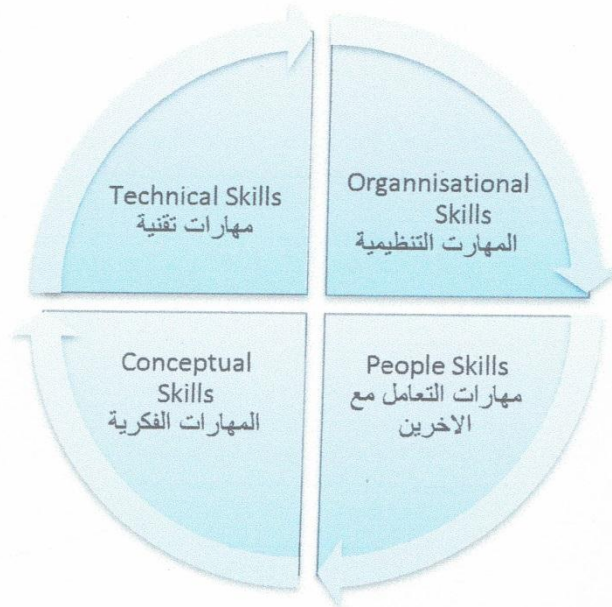
كما بين الاتحاد الدولي للمحاسبين (IFAC,2013) انه من المفترض ان يمتلك المحاسبون المحترفون الكفاءات اللازمة في مجال التكنولوجيا ، اذ تعتمد مصداقية مهنة المحاسبة على نجاحهم في الوفاء بهذا الالتزام ، وهنا ينبغي ان نوضح اهمية هذه المهارات للمحاسب المحترف ، اذ يعمل المحاسب المهني كمستخدم او مصمم او مدير او مخطط او مقيم لنظم المعلومات او يقوم مجموعة من هذه الادوار . (Wessel,2008:48)

ولايجاد المحاسب المحترف تم تطوير مزيج من المهارات السابقة من خلال اطار محدد هو Topc Framework ووفقا لهذا الاطار تتضمن هذه المهارات (Bahador et.al,2012:77)

- ١- المهارات التقنية Technical Skills : وتتضمن المعرفة التخصصية بالاساليب والعمليات والتقنيات المصممة للقيام بنشاط متخصص .
 - ٢- المهارات التنظيمية Organizational Skills : وتتضمن تمكين الموظفين من التخطيط للانشطة وتنفيذها على نحو فاعل .
 - ٣- مهارات التعامل مع الاخرين People Skills : وتتضمن كيفية التعامل مع السلوك البشري خلال العمل .
 - ٤- المهارات الفكرية Conceptual Skills : وتشمل هذه المهارات القدرة التحليلية والابداعية في حل المشكلات والقدرة على التعرف على الفرص والمشكلات المحتملة كمدخل لمعالجتها .
- ويمكن بيان تلك المهارات من خلال الشكل التالي :

شكل (٢)

The TOPC Framework



المصدر : بتصريف من قبل الباحث (Bahador et.al,2012)

تدعم المهارات المذكورة اعلاه المحاسبين في كل ما يقومون به اثناء العمليات المحاسبية مثل تسجيل المعاملات المالية اليومية والمراجعة ، واعداد البيانات المالية واتخاذ القرارات لهذا السبب فان المعهد الامريكي للمحاسبين القانونيين (AICPA) اعتمد على الاطار السابق في تحديد المهارات اللازمة للمحاسبين وركز على مهارات الاتصال والقيادة والتفاوض وحل المشكلات والتفكير النقدي وتحسين الشخصية (2 : Dillon and Kruck,2004) .

المحور الثالث : الاستنتاجات والتوصيات ..

اولا : الاستنتاجات ...

- ١- غياب وجود نظام للجودة في اقسام المحاسبة يقوم على اساس التخطيط والتقييم والمتابعة اسوة بالجامعات العربية والعالمية كون التعليم المحاسبي واحد من بين اهم المجالات التي تهتم بها اغلب الدول العربية والعالمية كمجال اختصاص أكاديمي مستقل .
- ٢- يحقق استعمال تقنيات المعلومات في طرائق التدريس العرض الجيد وتبسيط المقررات الدراسية وتطوير مستمر لمهارات اعضاء هيئة التدريس مما يسهم في تحقيق جودة التعليم المحاسبي .
- ٣- ان تبني اساليب تكنولوجيا المعلومات والاتصالات في تطوير التعليم المحاسبي كما نصت معايير التعليم المحاسبي الدولية على تنمية واكساب الطلاب مهارات جديدة ودعمهم وتاهيلهم للتعامل مع سوق العمل وذلك من خلال دعم مهارات التعلم الذاتي لدى الطلاب وكذلك حثهم على البحث وتطوير الذات واثارة التفكير والتعلم .
- ٤- تعد نسبة جودة التعليم المحاسبي في الجامعات العراقية متوسطة ومتفاوتة من جامعة لاخرى في بعض مكونات الجودة ويمكن الاستفادة من التطورات الهائلة في مجال تكنولوجيا المعلومات في تطوير التعليم المحاسبي في العراق .
- ٥- يوجد اهتمام مستمر من قبل القائمين على التعليم المحاسبي بتضييق الفجوة بين التعليم المحاسبي ومتطلبات سوق العمل لا سيما تحديث مناهج المحاسبة وتطوير مكوناته لاسيما الهيئات التدريسية لتسهم بشكل فاعل في زيادة جودة التعليم المحاسبي .

ثانياً : التوصيات ...

- ١- الاستفادة من التقدم الهائل في مجال تقنيات المعلومات في تطوير اساليب التعليم المحاسبي وذلك بغرض تنمية مهارات الطلاب للتعلم الذاتي والتعامل مع المشكلات والبحث عن مصادر مختلفة للمعلومات بدلا من الاعتماد على الاساليب التقليدية التي تجعل من الطالب متلقي فقط وغير متفاعل .
- ٢- العمل على تبني التطورات الهائلة بتقنيات المعلومات لتطوير التعليم المحاسبي ليتوافق مع ما تنص معايير التعليم المحاسبي الدولية من خلال تنمية مهارات الطلاب ودعمهم وتأهيلهم للتعامل مع سوق العمل .
- ٣- ضرورة التكامل بين التعليم المحاسبي ووسائل تكنولوجيا المعلومات لتحقيق التطوير المأمول لمهارات الطلاب وامكانياتهم بما يتناسب مع المستوى العالمي لنظراهم وكذلك لتحقيق متطلبات معايير التعليم المحاسبي الدولية التي يصعب تحقيقها في ظل الزيادة المفرطة في اعداد الطلاب في الكليات .
- ٤- تطوير وتحديث برامج التعليم المحاسبي لتدريس المحاسبة في الجامعات العراقية وربط الموضوعات المحاسبية فيما بينها لتصبح المناهج والمقررات واحدا مكمل للثاني ليتلائم مع معايير التعليم المحاسبي الدولي .
- ٥- العمل على تمكين اعضاء الهيئات التدريسية في الجامعات من تطوير اساليبهم التعليمية من خلال توفير البنى التحتية لذلك مثل وسائل العرض وتمكينهم من الالتحاق بالدورات التدريبية والمؤتمرات العلمية في المجال المحاسبي مما يسهم في تطوير معلوماتهم باستمرار ورفع جودة التعليم المحاسبي في العراق .

المصادر والمراجع

اولا : العربية ..

ا- الكتب:

- ١- حيدر ، معالي فهمي (٢٠٠٢) ، " نظم المعلومات – مدخل لتحقيق الميزة التنافسية " ، الدار الجامعية للنشر ، الاسكندرية ، مصر .
- ب- البحوث المنشورة والدوريات :
 - ٢- السقا ، زياد هاشم ، والحمداني ، خليل ابراهيم (٢٠١٢) ، " دور التعليم الالكتروني في زيادة كفاءة وفاعلية التعليم المحاسبي " ، مجلة اداء المؤسسات الجزائرية ، العدد (٢) ، جامعة قاصدي مرباح – ورقلة ، الجزائر .
 - ٣- طعبللي ، محمد طاهر (٢٠١١) ، " تأثير تكنولوجيا المعلومات في التعليم العالي " ، مجلة العلوم الانسانية والاجتماعية (عدد خاص : الحاسوب وتكنولوجيا المعلومات في التعليم العالي) ، جامعة قاصدي مرباح – ورقلة ، الجزائر .
 - ٤- امين ، عبدالفتاح ، وعبدالوهاب ، بشرى (٢٠٠٨) ، " التعليم المحاسبي – الفرص والتحديات " ، مجلة العلوم الاقتصادية والادارية ، جامعة بغداد ، المجلد (١٤) ، العدد (٤٩) ، العراق .

ج- الرسائل والاطاريح الجامعية :

- ٥- بلقيدوم ، صباح (٢٠١٣) ، " اثر تكنولوجيا المعلومات والاتصالات الحيثة (NTIC) على التسيير الاستراتيجي للمؤسسات الاقتصادية " ، اطروحة دكتوراه غير منشورة ، جامعة قسطنطينة ، الجزائر .
- ٦- العلاق ، بشير عباس (٢٠٠٩) ، " استثمار اساليب وتقنيات المعلومات والاتصالات في بيئة التعليم الالكتروني - تجربة التعلم الالكتروني - دراسة اولية وصفية " ، بحث منشور في وقائع المؤتمر العلمي الدولي السنوي التاسع ، كلية الاقتصاد والعلوم الادارية ، جامعة الزيتونة ، الاردن .
- ٧- مجيد ، هلال ، وجليل ، تغريد (٢٠٠٦) ، " تكنولوجيا المعلومات واثرها على التنمية البشرية " ، بحث منشور في المؤتمر العلمي الثاني لكلية الاقتصاد والعلوم الادارية ، جامعة العلوم التطبيقية ، الاردن .

ثانيا : الاجنبية

A-Government Document and Reports :

- 8-International Federation of Accountants Education Committee (IFAC)(2013)" Information Technology for Professional Accountants " .

B-Books :

- 9-Laudon , K.C.,& Laudon , J.P.(2002),Management 14 gersy.

C-Published Research and Periodicals :

- 10-Aleqab,M.M.A.,Nurunnabi,M.,& Ade;,D.(2015)" Mind the Gap:Accounting Information Systems Curricula Development in Compliance with IFAC Standards in a Developing Country Journal of Education for Business, 90(7), 349-358.
- 11-Dillon,T.W.,& Kruck,S.E. (2004) "The Emergence of Accounting Information Systems Programs Management Accounting Quarterly , 5(3),29.
- 12-Elliot,Geoffry &Striking Susan ,(2000),Business Information Technology , System Theory and Practice, Longman Modular Texts in Business and Economic , London .
- 13-Rim Khemiri & Maryam Ben Chehida ,(2009) " Introduction of the Teaching of Information Technology, and of Communication in Accounting Sciences Following the LMD Tunisia Reform : Towards a Market Orientation ? " , The Accounting and Financial Review,N4,Tunisia.
- 14-Samir Trabelssi,(2001)" ICT and Accounting Education : an Overview of the Literature,OIPG Research Paper No 2001-

004, School of Commercial High Studies (HEC),Montreal, Canada , P.4.

15-Turban ,E.,King,D.,Lee,J.,&Viehland , D.(2002)" Electronic Commerce : A Managerial Perspective", Prentice Hall: (4).

16-Valentina Arkorful & Nelly Abaidoo(2014),The Role of E-Learning , the Advantages and Disadvantages of its doption in Higher Education , International Journal of Education and Research Vol.2No.,P399.

17-Wessels,P.L.(2008)" The Identification and Discussion of Strategies for Implementing an IT Skills Framework in the Education of Professional Accountants " South African Journal of Accounting Research , 22(1),pp147-180.

D-Thesis :

18-Bahador,M.K.,Haider,A.,&Saman,W.(2012)."Information Technology and Accountants What Skills and Comperencies are Required ?(Doctoral Dissertation , Information Systems .

نحو إصلاح تشريعي للوساطة التأمينية في مصر والعراق

م.د. عمرو سيد مرعي شلقامي
كلية الحقوق – جامعة أسيوط

مقدمة

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله (سبحانك اللهم لا علم لنا إلا ما علمتنا إنك أنت العليم الحكيم) (ربنا افتح بيننا وبين قومنا بالحق وأنت خير الفاتحين) وبعد ،،،،،

تعاني العديد من التشريعات المصرية والعراقية من القصور والنقصان والعيور البين في مجالات عديدة التي تحد من فاعليتها وقوة التأثير التي يفترض أن تؤديها ، لا سيما أن من أهم تلك المجالات الأنشطة المالية غير المصرفية والتي من بينها نشاط التأمين بكافة فروعها المقررة قانوناً في مصر والعراق .

ولقد أجاز المشرع المصري والعراقي مزاوله مهنة الوساطة في التأمين بين وسطاء التأمين وعمالئهم الراغبين في الإشتراك في منظومة التأمين بكافة فروعها والتي من بينها التأمين على الحياة والتأمين ضد أخطار الحريق وغير ذلك . ومن الجدير بالذكر أن الأنشطة المالية غير المصرفية كثيرة ومتنوعة ومنها (التأمين – التمويل العقاري – التمويل الإستهلاكي – تمويل المشروعات المتوسطة والصغيرة ومتناهية الصغر – التأجير التمويلي – أسواق المال) وغيرها من الأنشطة المتصلة بالمجالات غير المصرفية .

لذا تقتضي الحماية القانونية لوسطاء التأمين وشركات التأمين وعمالئهم معالجة أوجه القصور التشريعي الخاصة بالضوابط المنظمة لأعمالهم ومسئولتهم حال إخلالهم بالتزاماتهم الملقاه على عاتقهم قانوناً أو إتفاقاً بموجب العقود المبرمة بينهم وبين عملائهم.

ومن هنا جاءت هذه الدراسة بعنوان (نحو إصلاح تشريعي لوسطاء التأمين في مصر والعراق).

مشكلة البحث

غداً لنا جلياً أن هذا البحث يثير العديد من المشكلات القانونية التي ينبغي معالجتها تشريعياً والتي تحتاج إلى إصلاح تشريعي من أجل الحفاظ على وسطاء التأمين وعمالئهم ، وذلك على النحو التالي :

١- معالجة أوجه القصور التشريعي في تحديد العلاقة القانونية بين وسطاء التأمين وشركات التأمين وعمالئها .

٢- معالجة القصور التشريعي في القواعد المنظمة لمزاولة نشاط الوساطة التأمينية .

٣- مدى تطوير قواعد المسؤولية القانونية لوسطاء التأمين حال إخلالهم بالإلتزامات الملقاة على عاتقهم .

منهج البحث

يتخذ الباحث في كتابته لهذا البحث التأصيل والتحليل والمقارنة منهجاً له من أجل إخراجها إلى النور والوقوف على النظام القانوني السليم لوسطاء التأمين وذلك على النحو التالي:

- المنهج التأصيلي: العمل على تأصيل القواعد المنظمة للوساطة التأمينية وذلك بتوثيق كافة النصوص القانونية والأراء التي كتبها فقهاء القانون في هذا المجال ولا يتحقق ذلك إلا بالرجوع لمصادر ومؤلفات هؤلاء الفقهاء.
- المنهج التحليلي: شرح وتحليل كافة النصوص القانونية المتعلقة بتنظيم للوساطة التأمينية .

المنهج المقارن :- إنتهج الباحث المقارنة بين قانون الإشراف والرقابة على التأمين في مصر الصادر بالقانون رقم ١٠ لسنة ١٩٨١ ولائحته التنفيذية والقرارات الصادر تنفيذاً له وبين قانون تنظيم أعمال التأمين العراقي الصادر بالأمر رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٥ والتعليمات الصادرة تنفيذاً له وذلك من أجل التعرف على أوجه القصور التشريعي للتنظيم القانوني للوساطة التأمينية وكيفية معالجتها والعمل على إزالتها أو تلافيتها ، وكذا التعرف على الإيجابيات التي تضمنتها هذه التشريعات ومدى إمكانية الأخذ بها وتطبيقها في مصر والعراق ومدى تهيئة المناخ المصري والعراقي لتطبيق تلك الإيجابيات من عدمه.

أهمية البحث

تتجسد أهمية هذا البحث في وضع الحماية القانونية اللازمة لعملاء شركات التأمين من أجل العمل على تحقيق الأهداف التي تسعى الدولة إلى تحقيقها ومن بين هذه الأهداف دعم وتنمية الإقتصاد القومي والحفاظ على السوق المالية غير المصرفية ، والعمل على إزالة كافة الصعوبات والعراقيل التي قد تواجه أصحاب هذه الشركات وعمالها ، وبث الثقة وزرع الضمائية في نفوسهم ، كما أن هذا البحث يساعد على توعية ونشر الثقافة المتعلقة بمزاولة نشاط الوساطة التأمينية ، كما تتبلور الأهمية الكبرى لهذا البحث في مدى مساعدة الجهات القضائية المختصة بنظر هذه المنازعات ومعاونتهم على الفصل فيها من أجل الحفاظ على حقوق أصحاب هذه الشركات وعمالها والفصل في تلك المنازعات بكل سهولة ويسر.

نطاق البحث

يتصل موضوع البحث بالإصلاح التشريعي لعمل وسطاء التأمين وبيان الضوابط المنظمة لمزاولة النشاط والالتزامات الملقاه على عاتقهم، وكذا التعرف على الأحكام المنظمة لمسؤولية هؤلاء سواء كانت مدنية أو تأديبية .

أهداف البحث

نسعى في إطار هذه الدراسة نحو تحقيق الأهداف التالية :

- ١- حوكمة الوساطة التأمينية والحفاظ على السوق المالية غير المصرفية وكذا الحفاظ على حقوق العملاء المتعاملين مع هؤلاء الوسطاء.

٢- بيان الإطار القانوني السليم للوساطة التأمينية يساعد على تشجيع الإستثمارات المحلية والأجنبية للعمل في السوق المالية غير المصرفية بحسبان أن نشاط التأمين يعد من الأنشطة المالية غير المصرفية وهو ما تسعى الدولة إلى تحقيقه .

خطة البحث

قسمت هذه الخطة إلى ثلاثة مباحث وذلك على النحو التالي :-

المبحث الأول :- ماهية الإصلاح التشريعي والوساطة التأمينية

المطلب الأول :- ماهية الإصلاح التشريعي.

المطلب الثاني :- ماهية الوساطة التأمينية وعلاقتها بشركات التأمين وعمالها .

المبحث الثاني :- الإصلاح التشريعي للقواعد المنظمة لمزاولة نشاط الوساطة التأمينية

المطلب الأول :- ضوابط مزاولة نشاط الوساطة التأمينية

المطلب الثاني :- الإلتزامات الملقاة على عاتق وسطاء التأمين.

المبحث الثالث :- الإصلاح التشريعي للمسؤولية القانونية لوسطاء التأمين

المطلب الأول :- المسؤولية المدنية لوسطاء التأمين.

المطلب الثاني :- المسؤولية التأديبية لوسطاء التأمين.

المبحث الأول :- ماهية الإصلاح التشريعي والوساطة التأمينية

تعاني العديد من التشريعات بوجود بعض مواطن القصور التي ينبغي معالجتها وإزالة كافة المشكلات والمعوقات التي تواجه القائمين على تنفيذ القانون أو التي لا تتلائم من المستجدات العصرية لذا يتعين إزالة هذه المواطن والعمل على معالجتها ، ومن هنا يدعونا الحديث عن الإصلاح التشريعي بالنسبة للقواعد المنظمة لمهنة الوساطة التأمينية وسوف نتحدث في هذا المبحث عن ماهية الإصلاح التشريعي في مطلب أول ، ثم نعقبه بالحديث عن ماهية الوساطة التأمينية وعلاقتها بشركات التأمين وعمالها في مطلب ثان وذلك على النحو التالي :

المطلب الأول :- ماهية الإصلاح التشريعي.

يرى البعض أنه من الصعوبة بمكان تحديد تعريف جامع مانع للإصلاح التشريعي حيث أنه يحمل أكثر من معنى وذلك بحسب الزاوية التي يتم الإستناد إليها إلا أن هناك حد أدنى متفق عليه في تعريف الإصلاح التشريعي وهو تحسين مادة أو مضمون التشريع ، فالهدف الأسمى من الإصلاح التشريعي هو أن نرتقي بجودة التشريعات الأمر الذي يتطلب مراجعة التشريعات الحالية وبلورة موضوعها في فلسفة واحدة ودمج المرتبط منها مع بعضها البعض . (٥٠٢)

بينما يرى البعض الآخر أن الإصلاح التشريعي هو عبارة عن حركة إصلاح وتحديث جذري مرتبطة بالسياسات التشريعية ، ومن هنا يمكن القول بأن الإصلاح التشريعي لا يقف عند حد التعديل التشريعي مهما كان حجم التعديل بل إنه أبعد

(٥٠٢) - المستشار / محمد عبد الفتاح عبد البر -إطالة مقارنة على مسار جهود الإصلاح التشريعي - مقال

منشور بتاريخ ٢٠٢٣ / ٢ / ٩ على موقع الإنترنت (منشورات قانونية) WWW.

وأعمق من التعديلات التشريعية حيث أن التعديل التشريعي يرد على النصوص التشريعية فقط في حين أن الإصلاح التشريعي يرتبط بالسياسات والأهداف المرجوة. (٥٠٣)

وعرفه آخرون بأنه عبارة عن تعبير خاص بالقانون أو أحد فروعها الأساسية وذلك بتطويره أو تدوينه مشتملاً على تبسيطه وتحديثه والدمج والتفقيح بين التشريعات الأصلية. (٥٠٤)

ويمكننا تعريف الإصلاح التشريعي بأنه (النظر في التشريع نحو الإلغاء أو التحديث أو التطوير أو الإضافة أو الدمج ، وذلك بما يتماشى مع الأهداف والسياسات والغايات المرجوة والفلسفة المبتغاة من وراء ذلك، ومواكبة العصر وتلبية إحتياجات الدولة أو الأفراد أو المؤسسات ، والحماية الإجتماعية والدينية والأمنية .

ونحن نرى من جانبنا إذا جاز لنا ذلك ضرورة توافر الشروط والمعايير العلمية والفنية الكافية في من يقوم بعملية الإصلاح التشريعي في البلاد بأن يكون مؤهلاً لإجراء الإصلاحات التشريعية ولديه الخبرة العلمية أو الفنية أو الأمنية الكافية للقيام بهذه المهام ، ولقد أحسن النظام المصري صنعاً عندما أوكل مهمة الإصلاح التشريعي في البلاد لنخبة من رجال القانون وغيرهم ونستعرض فيما يلي تشكيل وإختصاصات اللجنة المشكلة للإصلاح التشريعي في مصر وذلك على النحو التالي :

أولاً :- تشكيل اللجنة العليا للإصلاح التشريعي

تشكل هذه اللجنة من رئيس مجلس الوزراء رئيساً وعضوية كل من وزير العدل ووزير شئون مجلس النواب ورئيس مجلس الدولة ومفتي الجمهورية ووكيل الأزهر الشريف ورئيس قسم التشريع بمجلس الدولة ومساعد وزير العدل لقطاع التشريع ورئيس أمانة الشئون التشريعية بمجلس الوزراء وإثنان من رجال القضاء وإثنان من المحامين وأربعة أساتذة من كليات الحقوق بالجامعات المصرية وخمسة من رجال القانون من الشخصيات العامة وممثل عن وزارة الدفاع والداخلية وهيئة الرقابة الإدارية. (٥٠٥)

ونحن نرى أن هذا التشكيل قد تضمن كافة العناصر المشار إليها في تعريفنا للإصلاح التشريعي سالف البيان حيث إشتتمل على عناصر قانونية وأمنية ودينية ورقابية وهذا ما يتطلبه الإصلاح التشريعي في البلاد .

ثانياً:- إختصاصات اللجنة العليا للإصلاح التشريعي

تختص اللجنة العليا للإصلاح التشريعي في مصر بالآتي : (٥٠٦)

(٥٠٣) - أ/ محمود أبوزيد - الإصلاح التشريعي كضلع في مشروع مصر التنموي - مقال منشور على موقع

نقابة المحامين المصرية بتاريخ ٢٥/٥/٢٠٢٢ - WWW. EGYLS . COM

(٥٠٤) - د/ أنيس سعد مسعود الزير - مفهوم الإصلاح التشريعي من منظور الشريعة الإسلامية والقانون

دراسة فقهية معاصرة - بحث منشور في مجلة كليات التربية - العدد الثامن عشر - أغسطس

٢٠٢٠ - جامعة عمر المختار / درنة ليبيا ص ٨

(٥٠٥) - أنظر نص المادة الأولى من قرار رئيس الجمهورية رقم ٢٠٩ لسنة ٢٠١٧ بشأن إعادة تنظيم

وتشكيل اللجنة العليا للإصلاح التشريعي - المنشور في الجريدة الرسمية - العدد ١٧ مكرر (٥)

بتاريخ ٢٠١٧/٥/٣ .

(٥٠٦) - أنظر نص المادة الثانية من قرار رئيس الجمهورية رقم ٢٠٩ لسنة ٢٠١٧ المشار إليه .

- ١- المساعدة في رسم السياسة العامة التشريعية للحكومة ، وإقتراح الخطط التشريعية وذلك بالتنسيق مع الوزارات المعنية .
- ٢- بحث ودراسة وإعداد مشروعات القوانين والقرارات الصادرة عن رئيس الجمهورية وكذا القرارات الصادرة عن رئيس مجلس الوزراء .
- ٣- تتولى اللجنة أيضاً دراسة ومراجعة كافة مشروعات القوانين واللوائح التنفيذية التي تقوم الوزارات المعنية بإعدادها .
- ٤- كما تتولى اللجنة دراسة وبحث ومراجعة مشروعات القوانين الرئيسية والمكملة للدستور وذلك من أجل تطوير وتجديد التشريعات وتوحيد وتجميع التشريعات بما يتناسب مع الدستور ويلائم حركة المجتمع وإزالة كافة المعوقات .
- ٥- تقوم اللجنة أيضاً بدراسة كافة الموضوعات التي يرى رئيس اللجنة عرضها عليها وتقديم توصيات بشأنها .

ونحن نرى من وجهة نظرنا أن النظام العراقي قد خلا من إصدار قرارات تنظم عملية الإصلاح التشريعي كما فعل النظام المصري سالف البيان لذا يتعين على النظام العراقي أن يسير على غرار النظام المصري في هذا الشأن بالنص على تشكيل لجنة علمية متخصصة للإصلاح التشريعي في العراق حتى يتم تنقيح كافة التشريعات الواجب إصلاحها في الوقت المناسب من أجل الحفاظ على مصالح الأفراد أو المؤسسات في البلاد ومواكبة العصر .

المطلب الثاني :- ماهية الوساطة التأمينية وعلاقتها بشركات التأمين وعمالها .
تحتاج الوساطة التأمينية في مصر والعراق لبذل الجهود الفائقة من أجل نجاحها ومن ثم تنمية الإقتصاد ورفع معدلات البطالة ، ولا يتأتى ذلك إلا بعد إجراء الإصلاح التشريعي لها، لذا يتعين علينا أن نسلط الضوء أولاً على مفهوم الوساطة التأمينية ، وعلاقتها بشركات التأمين وعمالها .

أولاً :- مفهوم الوساطة التأمينية

عرف المشرع المصري الوسيط التأميني بأنه(كل من يتوسط في عقد عمليات تأمين أو إعادة تأمين) .^(٥٠٧)

كما عرفت اللائحة التنفيذية لقانون الإشراف والرقابة على التأمين في مصر الوسيط التأميني بأنه(كل من يتوسط بأية صورة في عقد عمليات تأمين أو إعادة تأمين مقابل مرتب أو مكافأة أو عمولة) .^(٥٠٨)

وعرف المشرع المصري أيضاً الوسيط التأميني بأنه (كل شخص طبيعي أو اعتباري يتوسط في عقد عمليات تأمين أو إعادة تأمين) .^(٥٠٩)

وعرف الوسيط التأميني بأنه (كل شخص طبيعي أو اعتباري يتوسط بأي صورة في عقد عمليات تأمين أو إعادة تأمين سواء أكان من أعضاء الجهاز الإنتاجي

(٥٠٧)- أنظر نص المادة (٧١) من قانون رقم ١٠ لسنة ١٩٨١ بشأن الإشراف والرقابة على التأمين في مصر - المنشور في الجريدة الرسمية - العدد ١٠ (ب) في ٥ مارس ١٩٨١ .

(٥٠٨)- أنظر نص المادة (١٢٦) من اللائحة التنفيذية لقانون الإشراف والرقابة على التأمين في مصر

(٥٠٩)- أنظر نص المادة (٧١) من ذات القانون المشار إليه والمعدلة بالقانون رقم ١١٨ لسنة ٢٠٠٨ - المنشور في الجريدة الرسمية - العدد رقم ١٩ مكرر في ١١ مايو ٢٠٠٨ .

بشركة التأمين أم سمساراً حراً أو شركة وساطة لحساب شركة تأمين أو إعادة تأمين مقابل مرتب أو مكافأة أو عمولة) .^(٥١٠)

عرف المشرع العراقي وسيط إعادة التأمين بأنه (الشخص المجاز من الديوان ليمارس الوساطة بين شركة التأمين وشركة إعادة التأمين) .^(٥١١)

ويمكننا تعريف الوسيط التأميني بأنه (كل شخص طبيعي أو اعتباري يمارس مهنة التوسط بين شركة التأمين أو شركة إعادة التأمين وبين عملائها وذلك بموجب عقد يتم إبرامه بينهما لقاء أجر أو عمولة) .

ونحن نرى من وجهة نظرنا أننا إذا كنا نتحدث عن إصلاح تشريعي للوساطة التأمينية في مصر والعراق أن المشرع المصري جاء أوفر حظاً من المشرع العراقي عند قيامه بتعريف الوسيط التأميني حيث إشمئلت تعريف المشرع المصري للوسيط التأميني على كافة العناصر اللازمة لممارسة مهنة الوساطة التأمينية ، في حين خلا التشريع العراقي من النص على تلك العناصر والتي من أهمها عدم الإشارة إلى طبيعة العلاقة بين الوسيط التأميني وعملاء شركات التأمين ، وكذا عدم الإشارة إلى طبيعة المقابل المالي الذي يتقاضاه الوسيط التأميني ، فضلاً عن عدم قيامه بتعريف الوسيط التأميني بشكل صريح وإن كان قد عرف وسيط إعادة التأمين ، فكان يتعين على المشرع العراقي النص على تعريف وسيط التأمين ليشمل بطبيعة الحال وساطة إعادة التأمين ، فجاءت عبارة المشرع العراقي في نص البند (ثامناً) من المادة رقم (٢) من قانون تنظيم أعمال التأمين العراقي الصادر بالأمر رقم (١) لسنة ٢٠٠٥ بقوله يقصد بوسيط إعادة التأمين غير دقيقة .

ثانياً :- العلاقة القانونية التي تربط الوسيط التأميني بشركة التأمين وعملائها فيما يتعلق بالتكليف القانوني لعلاقة الوسيط التأميني بالعميل المستأمن والمؤمن يذهب بعض الفقه إلى أن هذه العلاقة قد تكون عقد وكالة حيث أن سلطة الوسيط في إبرام عقد التأمين نيابة عن شركة التأمين وهي المؤمن يجعل العقد عقد وكالة ، وقد تكون هذه العلاقة عقد مقاوله كما لو كان الوسيط التأميني يعمل بشكل مستقل في عمله ومن ثم لا يخضع لرقابة وتوجيه شركة التأمين المؤمن ، وقد تكون هذه العلاقة عقد عمل كما لو كان الوسيط خاضعاً لرقابة وتوجيه شركة التأمين وذلك إستناداً لنص المادة (٦٧٦) من القانون المدني المصري والتي تضمنت سريان أحكام عقد العمل على العلاقة التي تربط أصحاب الأعمال والممثلين التجاريين ومندوبي التأمين

(٥١٠) - أنظر المادة الأولى من قرار مجلس إدارة الهيئة العامة للرقابة المالية رقم ٢٣ لسنة ٢٠١٤ - المنشور في الوقائع المصرية - العدد ٤٣ الصادر في ٢٣ فبراير سنة ٢٠١٤ بشأن القواعد الحاكمة لممارسة نشاط وساطة التأمين داخل جمهورية مصر العربية .

(٥١١) - أنظر نص البند (ثامناً) من المادة رقم (٢) من قانون تنظيم أعمال التأمين العراقي الصادر بالأمر رقم (١) لسنة ٢٠٠٥ ، المنشور في الجريدة الرسمية لجمهورية العراق - العدد ٣٩٩٥ في ٣ آذار ٢٠٠٥ .

وغيرهم من الوسطاء حتى لو كانوا يعملون بأجر أو عمولة طالما أنهم يتبعون أصحاب الأعمال ومن ثم يخضعون لرقابتهم وتوجيههم^(٥١٢).
نرى من وجهة نظرنا أنه في حقيقة الأمر تنشأ علاقة قانونية بين الوسيط التأميني والمستأمن العميل حيث يقتصر دور الوسيط التأميني على تقريب وجهات النظر بين العميل المستأمن وبين شركة التأمين تتمثل هذه العلاقة القانونية في شكل إتفاق أو تعاقد يتضمن كافة الحقوق والإلتزامات المترتبة على إبرامه ، وفي المقابل هناك علاقة قانونية بين المستأمن العميل وشركة التأمين يحكمها أو ينظمها عقد التأمين ، إلا أنه لا توجد علاقة تعاقدية بين الوسيط التأميني والمؤمن وهو شركة التأمين .

الإصلاح التشريعي للعلاقة القانونية بين الوسيط التأميني وشركة التأمين

نرى من وجهة نظرنا إذا جاز لنا ذلك أنه سعياً لإصلاح تشريعي في تحديد العلاقة القانونية بين الوسيط التأميني وشركة التأمين ينبغي على كل من المشرعين المصري والعراقي ضرورة النص على تحديد العلاقة التعاقدية التي تربط الوسيط بشركة التأمين حيث خلا كل منهما من النص على هذه العلاقة كأن تكون هذه العلاقة في شكل عقد يلتزم بمقتضاه الوسيط التأميني بجلب العملاء للشركة مقابل أجر أو عمولة، ومن ثم يترتب على هذه العلاقة العقدية العديد من الإلتزامات والحقوق المتبادلة بين الطرفين وفي حالة الإخلال بتلك الإلتزامات تنعقد المسؤولية العقدية على الطرف المخل بالإلتزامات العقدية ، حيث نرى أن الوسيط التأميني يعد سمساراً عادياً يخضع لأحكام القانون التجاري ويلتزم بالإلتزامات التجار لكن يظهر الجانب القوي بالنسبة له في كونه وكيلاً عن المستأمن العميل بموجب عقد الوساطة المبرم بينهما فتكون العلاقة التعاقدية بينهما واضحة ، لكن في المقابل تصبح العلاقة التعاقدية بين الوسيط التأميني وشركة التأمين غير واضحة يعترها الغموض والإبهام ، ومن ثم يتعين على المشرعين المصري والعراقي إيضاحها نظراً لوجود طرف ثالث في العملية التأمينية وهو وكيل التأمين والذي يعد وكيلاً عن شركة التأمين في إبرام التصرفات القانونية نيابة عنها على خلاف الوسيط التأميني الذي يفتقد لهذا الدور .

المبحث الثاني :- الإصلاح التشريعي للقواعد المنظمة لمزاولة نشاط

الوساطة التأمينية

يتطلب الإصلاح التشريعي بالنسبة لمهنة الوساطة التأمينية النظر في الضوابط القانونية المقررة لمزاولة نشاط الوساطة التأمينية في التشريعين المصري والعراقي، والعمل على معالجة مواطن القصور المتعلقة بهذه الضوابط ، لذا سوف نتحدث في هذا المبحث عن ضوابط مزاولة نشاط الوساطة التأمينية في مصر والعراق في مطلب أول ، ثم نعقبه بالحديث عن الإلتزامات الملقاة على عاتق وسطاء التأمين في مصر والعراق في مطلب ثان .

(٥١٢) - د/ مدحت محمد محمود عبد العال - أحكام الوساطة في إبرام عقد التأمين دراسة مقارنة بين التشريعات المصرية والإماراتية والفرنسية - ٢٠١٨ - دار نشر معهد دبي القضائي - ص ٢٢

المطلب الأول :- ضوابط مزاوله نشاط الوساطة التأمينية في مصر والعراق

من المقرر قانوناً في التشريعين المصري والعراقي أنه لا يجوز لأي شخص مزاوله أي مهنة من المهن إلا إذا كان مرخصاً له في ذلك سواء كان شخصاً طبيعياً أو اعتبارياً ، حيث تضمن قانون الإشراف والرقابة على أعمال التأمين المصري عدم جواز مزاوله مهنة الوساطة التأمينية إلا بعد القيد في سجل الوسطاء الخاص بالهيئة العامة للرقابة المالية^(٥١٣) ، كما تضمن قانون تنظيم أعمال التأمين العراقي بأنه لا يجوز لأي شخص أن يمارس أعمال وسيط التأمين أو وسيط إعادة التأمين إلا بعد حصوله على ترخيص من الديوان وذلك وفق الشروط التي تحددها التعليمات المنظمة لذلك^(٥١٤) ، لذا نستعرض في السطور التالية الضوابط والإشترطات اللازمة لمزاوله مهنة الوساطة التأمينية وفقاً للقانون واللوائح المنظمة لذلك في مصر والعراق وبيان أوجه القصور التشريعي في تلك الضوابط وإمكانية معالجتها وذلك على النحو التالي بيانه :

أولاً :- الضوابط والإشترطات المتطلبة لمزاوله مهنة الوساطة التأمينية في القانون المصري

كما سبق أن ذكرنا أنه يجوز مزاوله نشاط الوساطة التأمينية بواسطة الأشخاص الطبيعيين أو الأشخاص الاعتبارية لكن هناك ضوابط تنظم مزاوله المهنة لكل منهما على حدة وذلك على النحو التالي :

ضوابط مزاوله المهنة للأشخاص الطبيعيين

يشترط لقيد أو تجديد قيد الأشخاص الطبيعيين في سجل وسطاء التأمين أو إعادة التأمين مايلي :^(٥١٥)

- ١- ألا يكون قد حكم على طالب القيد بعقوبة جنائية أو بعقوبة مقيدة للحرية في جريمة تمس الأمانة أو الشرف ما لم يكن قد رد إليه إعتباره .
- ٢- ألا يكون قد حكم على طالب القيد بإفلاسه ما لم يكن قد رد إليه إعتباره .
- ٣- ألا يقوم به عارض من عوارض الأهلية كالجنون أو العته أو السفه أو الغفلة .
- ٤- ألا يكون قد تم فصله من عمله بحكم أو بقرار تأديبي نهائي أو صدر قرار بشطب إسمه من سجل المهن التي تنظمها القوانين أو اللوائح لأمر تمس الأمانة والشرف ما لم تمض على صدور الحكم أو القرار ثلاثة أعوام على الأقل .
- ٥- أن يكون حاصلاً على أحد المؤهلات أو الخبرات التالية :
 - مؤهل عال
 - مؤهل فوق متوسط تخصص تأمين .

(٥١٣)- أنظر نص المادة (٧٢) من قانون الإشراف والرقابة على التأمين المصري رقم ١٠ لسنة ١٩٨١ .

(٥١٤)- أنظر نص المادة (٧١) من قانون تنظيم أعمال التأمين العراقي رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٥ .

(٥١٥)- أنظر نص المادة (٧٣) من قانون الإشراف والرقابة على التأمين في مصر رقم ١ لسنة ١٩٨١ والمعدل بالقانون رقم ٢٠٠٨/١١٨ ، ويراجع أيضاً نص المادة ١٢٧ من اللائحة التنفيذية للقانون المشار إليه المعدلة بقرار وزير الإستثمار رقم ٢٤٥ لسنة ٢٠٠٨ ، كما يراجع أيضاً نص المادة رقم (٤) من قرار مجلس إدارة الهيئة العامة للرقابة المالية رقم ٢٣ الصادر في ٢٠١٤/٢/٩ .

- مؤهل فوق متوسط مع خبرة عملية في مجال التأمين أو إعادة التأمين لا تقل عن سنة .
- ٦- أن يكون قد اجتاز خلال الثلاث سنوات السابقة على تقديم طلب القيد أو تجديده إحدى الدورات التدريبية المعترف بها من الهيئة .
- ٧- أن يكون قد اجتاز الإختبار الذي تعده الهيئة العامة للرقابة المالية والمقرر لقيد أو تجديد قيد وسطاء التأمين في السجل .
- ضوابط مزاوله المهنة للأشخاص الإعتبارية**
- يشترط لقيد أو تجديد قيد الأشخاص الإعتبارية في سجل وسطاء التأمين أو إعادة التأمين مايلي: (٥١٦)

- ١- أن يتخذ الشخص الإعتباري شكل شركة مساهمة لا يقل رأس مالها المصدر على مليوني جنيه ولا يقل المدفوع منه عند التأسيس عن النصف ، كما يجب أن يتم سداد باقي رأس المال المصدر بالكامل خلال مدة لا تجاوز خمس سنوات من تاريخ تسجيل الشركة بالهيئة العامة للرقابة المالية .
- ٢- أن تقدم الشركة بعد التأسيس طلباً للهيئة العامة للرقابة المالية بتسجيلها والترخيص لها بمزاولة النشاط .
- ٣- أن تتوافر كافة الشروط المتطلبة لقيد الأشخاص الطبيعيين في سجل وسطاء التأمين في المسؤول عن الإدارة الفعلية أو العضو المنتدب للشركة .
- ٤- أن يقتصر غرض الشركة على ممارسة مهنة الوساطة التأمينية أو إعادة التأمين .
- ثانياً :- الضوابط والإشترطات المتطلبة لمزاولة مهنة الوساطة التأمينية في القانون العراقي**

يشترط فيمن يرغب في مزاولة نشاط الوساطة التأمينية في القانون العراقي مايلي: (٥١٧)

- ١- أن يكون المتقدم حاصلاً على شهادة الإعدادية على الأقل وله خبرة عملية لا تقل عن ثلاث سنوات بممارسة أعمال التأمين ، أو أن يكون المتقدم قد إلتحق بدورات تدريبية متخصصة في مجال التأمين خلال السنوات الثلاثة السابقة على تقديم الطلب في حال عدم توافر الخبرة العملية لديه .
- ٢- ألا يقل سنه عن ثلاثة وعشرين عاماً ومعروفاً بالإستقامة وحسن السلوك .
- ٣- ألا يكون قد حكم عليه بإفلاسه .
- ٤- ألا يكون قد تقدم سابقاً بطلب لمزاولة المهنة وتم إلغاء طلبه أو رفض طلب الإجازة له في أعمال وساطة التأمين أو وكالة التأمين وذلك قبل صدور وإنفاذ هذا القانون .

(٥١٦)- يراجع نص المادة رقم (٤) من قرار مجلس إدارة الهيئة العامة للرقابة المالية رقم ٢٣ الصادر في ٢٠١٤/٢/٩ .

(٥١٧)- أنظر نص المادة رقم (٢) من تعليمات إجازة وسيط التأمين وتنظيم أعماله وتحديد مسؤولياته الصادرة برقم ١٠ لسنة ٢٠٠٦ والمنشورة في جريدة الوقائع العراقية في العدد ٤٠٣٨ بتاريخ ٢٠٠٧/٣/٢٦ .

٥- لم تتوافر في المتقدم الشروط الواجب توافرها لإعادة الإجازة من الجهة التي أوقفت إجازته أو ألغتها .

٦- أن يجتاز المتقدم أي إختبار يعده ديوان التأمين لهذا الغرض .

٧- أن يكون متفرغاً للعمل في مكتب خاص .

الإصلاح التشريعي للضوابط المنظمة لمهنة الوساطة التأمينية في القانون المصري والعراقي

نحن نرى من وجهة نظرنا إذا جاز لنا ذلك أنه ينبغي على المشرعين المصري والعراقي ضرورة إقتصار مزاوله مهنة الوساطة في مجال التأمين أو إعادة التأمين على الأشخاص الحاصلين على مؤهل عال فقط ويفضل من هو حاصل على شهادة جامعية في مجال التأمين ، وعدم السماح للأشخاص الحاصلين على مؤهل فوق متوسط سواء بمزاوله مهنة الوساطة التأمينية أو إعادة التأمين كما هو وارد في التشريع المصري وكذا عدم السماح للأشخاص الحاصلين على الشهادة الإعدادية كما هو وارد في التشريع العراقي ، وذلك نظراً لأهمية عمل الوسيط التأميني ولكونه يتطلب خبرات عملية وعلمية ودراية واسعة بمجال التأمين حتى يتسنى له إسداء النصح والمشورة للعملاء قبل إبرام عقد التأمين مع شركة التأمين ولا يمكنه القيام بذلك إلا إذا كان مؤهلاً علمياً للقيام بهذا الدور وتقديم التوصيات المناسبة لحالة كل عميل على حده وبما يتناسب مع قدراته المادية ، وإذا كانا المشرعين المصري والعراقي قد سمحا لمن هو حاصل على مؤهل فوق متوسط لمزاوله هذه المهنة وذلك بموجب قانون الإشراف والرقابة على التأمين في مصر الصادرة عام ١٩٨١ ، أو لمن هو حاصل على الشهادة الإعدادية بوجب تعليمات إجازة وسيط التأمين العراقي ففي مثل هذه الأونة لم يكن هناك من هو حاصل على مؤهل عال بشكل كبير في البلاد فكان هذا النص ملائماً لعصره على خلاف العصر الحالي الذي كثرت فيه الشهادات الجامعية فينبغي إجراء التعديل المشار إليه كي يكون مواكباً للتطورات العصرية .

ونرى كذلك من وجهة نظرنا أنه يتعين على المشرعين المصري والعراقي ضرورة إقتصار مزاوله مهنة الوساطة التأمينية على الأشخاص الإعتبارية فقط شريطة أن تكون شركة مساهمة وعدم السماح للأشخاص الطبيعيين بمزاوله مهنة الوساطة التأمينية نظراً للملاءة المالية التي ينبغي توافرها في من يزاول مهنة الوساطة التأمينية وذلك كما فعل المشرع المصري عندما إشرط أن يتخذ الشخص الإعتباري شكل شركة مساهمة لا يقل رأس مالها المصدر على مليوني جنيه ولا يقل المدفوع منه عند التأسيس عن النصف ، لا سيما وأن التشريع الحالي لم يرد فيه ما يتضمن توافر الملاءة المالية في من يزوال مهنة الوساطة التأمينية كشخص طبيعي وهو أمر يتطلب النظر فيه حفاظاً على حقوق العملاء الراغبين في الإشتراك في أحد فروع التأمين ، فضلاً عن أن التشريع العراقي قد سمح لأي شخص بمزاوله مهنة وساطة التأمين سواء كان طبيعياً أو إعتبارياً دون تحديد الشكل القانوني للشخص الإعتباري ككونه شركة مساهمة كما فعل المشرع المصري .

كما نرى من وجهة نظرنا ضرورة قيام المشرع العراقي بإعادة النظر في شرط السن لمن يرغب في مزاوله مهنة الوساطة التأمينية والمحدد بثلاثة وعشرين عاماً كما سبقت الإشارة إلى ذلك انفاً ، حيث أن سن الرشد المقرر في القانون المدني العراقي هو ثمانية عشر عاماً وذلك طبقاً لنص المادة (١٠٥) من القانون المشار إليه، وكذا طبقاً لنص المادة (٣) من قانون رعاية القاصرين رقم ٧٨ لسنة ١٩٧٨ ، ومن ثم يحق لمن بلغ سن الثمانية عشر عاماً ممارسة الأعمال التجارية والتي من بينها أعمال الوساطة التأمينية ، وإذا أمعنا النظر في التشريع المصري نجده لم يتضمن هذا الشرط في الأساس لذا ينبغي على المشرع العراقي أن يسير على غرار المشرع المصري في هذا الصدد .

المطلب الثاني :- الإلتزامات الملقاة على عاتق وسطاء التأمين

يقع على عاتق الوسيط التأميني العديد من الإلتزامات المهنية تجاه العميل المستأمن وكذا تجاه شركة التأمين ، ويمكننا إستعراض الإلتزامات الملقاة على عاتق الوسيط التأميني تجاه العميل فقط نظراً لأهميتها .

أولاً :- إلتزام الوسيط التأميني بتمكين العميل المستأمن من إبرام عقد التأمين مع شركة التأمين

يقع على عاتق الوسيط التأميني إلتزاماً مهماً تجاه العميل المستأمن يتمثل في قيامه بإتخاذ كافة الإجراءات اللازمة من أجل إتمام وإبرام عقد التأمين بين الأخير وشركة التأمين ، ومن ثم فإنه إذا ما تسبب الوسيط التأميني في عدم إتمام التعاقد المشار إليه فعندئذ تتعقد مسؤوليته تجاه العميل المستأمن ، فإذا لم يقم بتنبيه العميل بإتخاذ هذه الإجراءات عُد مقصراً في أداء إلتزامه .^(٥١٨)

ويتعين على الوسيط أن يعلم العميل المستأمن بمصلحته في ترشيح إحدى شركات التأمين له والعمولة التي دعتة إلى ترشيح هذه الشركة دون غيرها من شركات التأمين الأخرى ، كما يتعين علي الوسيط أيضاً قبل إبرام العميل عقد التأمين مع شركة التأمين أن يعلمه بأسباب إختياره لوثيقة التأمين التي يقوم بعرضها عليه ، وتثور مسؤولية الوسيط تجاه العميل إذا قام الوسيط بإبلاغ العميل بأنه حصل على موافقة نهائية وغير مشروطة من شركة التأمين في حين أن الظروف السائدة في هذا المكان تستلزم إتخاذ إجراءات إدارية كبيرة قد تمنع إبرام عقد التأمين خلال المدة الزمنية القصيرة التي سبق وأن قام العميل بتحديدتها للوسيط لإبرام عقد التأمين ومن ثم تتعقد مسؤولية الأخير عن عدم إبلاغ العميل بهذه الظروف الأمر الذي يترتب عليه إصابة العميل بأضرار بالغة بسبب عدم إبرام عقد التأمين .^(٥١٩)

موقف التشريعين المصري والعراقي من هذا الإلتزام بالنسبة للتشريع المصري

الناظر والمتأمل في القواعد الحاكمة لممارسة مهنة الوساطة في التأمين يجدها قد تضمنت النص على هذا الإلتزام بشكل أو بآخر حيث أوجبت على الوسيط التأميني

(٥١٨) - د/ مدحت محمود محمد عبد العال - مرجع سابق - ص ٤٥
(٥١٩) - المرجع السابق - ص ٤٦ - ص ٤٩

أن يشرح للعميل المستأمن بالتفصيل المناسب كيفية الإجابة على التساؤلات التي يتضمنها طلب التأمين وأن يؤكد له أن إجابته على هذه التساؤلات تحت مسؤولية العميل الشخصية ، كما يحظر على الوسيط مباشرة أي تأثير على العميل المستأمن عند إستيفاء طلب التأمين ، وأن ينبهه إلى وجوب الإدلاء بالبيانات الصحيحة التي قد تؤثر على قرار الشركة بقبول طلب التأمين أو رفضه أو على تسعير الوثيقة وأثر مخالفة ذلك في حالة تحقق الخطر المؤمن منه ، وإذا تبين للوسيط التأميني أن العميل قد أغفل بعض البيانات المطلوبة منه وجب عليه توجيهه كتابة إلى وجوب إستكمال تلك البيانات .^(٥٢٠)

بالنسبة للتشريع العراقي

بمطالعتنا لكافة التشريعات العراقية المتعلقة بتنظيم أعمال التأمين في العراق لم نجد أي تشريع أو قرارات تنظم هذا الإلتزام لذا نرى ضرورة قيام المشرع العراقي بوضع الضوابط المنظمة لهذا الإلتزام وذلك على غرار المشرع المصري في هذا الشأن .

ثانياً: - إلتزام الوسيط التأميني بالإفصاح للعميل المستأمن

لما كان عقد التأمين يتطلب الخبرة والمهارة في إتخاذ القرار بالنسبة لمجالات التأمين المتعددة الأمر الذي يستوجب من المستأمن حسن إنتقاء الوسيط التأميني عند إبرام عقد الوساطة التأمينية معه بحيث تتوافر لدى الأخير الأمانة والثقة في التعامل، ومما لا شك فيه أن معظم المستأمنين أو طالبي التأمين ليست لهم دراية وعلم بكافة فروع التأمين كالوسطاء المرخص لهم بالعمل باعتبارهم مهنيين الأمر الذي يفهم منه والحال معه ضرورة تعاون الوسطاء التأمينيين مع طالبي التأمين لاسيما تبصيرهم بالحقائق الجوهرية المتعلقة بعقد الوساطة التأمينية ومن ثم يتعين عليهم إبداء المعلومات اللازمة قبل إبرام العقد (عقد التأمين) حيث أن بعض العملاء يكونوا في أمس الحاجة إلى من يبصرهم أو يساعدهم في إتخاذ قراراتهم ، ويمكننا الحديث عن هذا الإلتزام في السطور التالية :-

١- مفهوم الإلتزام بالإعلام

عرف البعض الإلتزام بالإعلام بأنه: هو (أن تتعامل الشركات بتقديم المعلومات وتوصيلها بصفة دورية وكذلك في الحالات الإستثنائية إلى الجهات الرقابية مثل البورصة والهيئة العامة للرقابة المالية وتلتزم أيضاً أن تحملها إلى علم المساهمين وإلى كافة الجمهور كي يستفيد منها حتى المستثمرون المحتملون) .^(٥٢١)

ويمكننا تعريف إلتزام الوسيط التأميني بأنه (قيام الوسيط التأميني بتقديم كل البيانات والمعلومات الجوهرية المتعلقة بعقد التأمين المزمع إنعقاده بين العميل المستأمن وبين شركة التأمين حتى يتمكن هؤلاء من إتخاذ القرار السليم قبل الإقدام على الإشتراك في منظومة التأمين أو أثناء سريان الوثيقة) .

(٥٢٠) - أنظر نص المادة (٢٠) من من قرار مجلس إدارة الهيئة العامة للرقابة المالية رقم ٢٣ الصادر في ٢٠١٤/٢/٩ .

(٥٢١) - د/ محمد أحمد عبد الخالق سلام - الشفافية والإفصاح في سوق الأوراق المالية - ٢٠١٣ - ص ٤٩ - بدون دار نشر - مكتبة الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والإحصاء والتشريع

- المتأمل في هذا التعريف يجده قد تضمن عدة عناصر يمكن ذكرها على النحو التالي :
- ١- حدد هذا التعريف النطاق الموضوعي للإلتزام الوسيط بالإفصاح للعميل وذلك بالنص على تحديد نوع المعلومات التي يتعين على الوسيط التأميني إبدائها للعملاء وهي المعلومات الجوهرية التي تعينه على إتخاذ القرارات السليمة قبل الإشتراك في منظومة التأمين أو أثناء سريان الوثيقة .
 - ٢- حد هذا التعريف أيضاً النطاق الشخصي لهذا الإلتزام وذلك بالإشارة إلى أن الإفصاح يجب أن يتم إبدائه من قبل الوسيط التأميني ، وإذا كان الوسيط شخصاً إعتبارياً (شركة) ففي هذه الحالة يتعين على المدير التنفيذي أو ذوي الخبرة ممن يعملون بالشركة القيام بهذا الإلتزام لكن في النهاية يظل المدير الفعلي للشركة هو المسؤول عن تنفيذ هذا الإلتزام تجاه للعملاء .
 - ٣- بين هذا التعريف الحكمة من هذا الإلتزام والتي تكمن في مساعدة ومعاونة العميل المستأمن على إتخاذالقرار في الوقت المناسب نحو الإشتراك في منظومة التأمين من عدمه حتى لايتعرض لمخاطر بالغة ومن ثم إصابته بأضرار جمة.
 - ٤- موقف القانون المصري والعراقي من هذا الإلتزام

بالنسبة للتشريع المصري

تضمنت القواعد الحاكمة لممارسة نشاط الوساطة في التأمين المصرية على الوسيط التأميني القيام بشرح كافة جوانب وثيقة التأمين التي يعرضها علي العميل وما تتضمنه من شروط وإستثناءات ، وأن يقدم الوسيط للعميل وثائق تأمين متعددة ثم يعقد له مقارنة بين هذه الوثائق جميعها من حيث التغطية التأمينية والأسعار التي تقدمها كل وثيقة حتى يستطيع العميل إختيار أفضل الوثائق من حيث السعر والشروط والتغطية .^(٥٢٢)

كما أوجب المشرع المصري على الوسيط التأميني أن يبطلع العميل على كافة العناصر الأساسية لوثيقة التأمين والتي من بينها مايلي:^(٥٢٣)

- ١- نطاق التغطية التأمينية والشروط والإستثناءات وحالات بطلان الوثيقة أو سقوط الحق .
- ٢- البنود الجوهرية المتعلقة بوثيقة التأمين خاصة ما يتعلق منها بمدة الوثيقة والمدة التي تخضع لها وثيقة التأمين على الحياة للإلغاء دون رد أي جزء من القسط للعميل وقيمة التصفية قبل حلول أجل الإستحقاق أو تحقق الخطر المؤمن منه .
- ٣- نسبة التحمل التي تفرضها الشركة على العميل المستأمن .
- ٤- إشعار المستأمن العميل بوجود سداد قسط التأمين في موعده وإلا تعرضت الوثيقة للإلغاء .
- ٥- قيام الوسيط التأميني بشرح آلية سداد الأقساط المترتبة عليه والخاصة بوثيقة التأمين .^(٥٢٤)

(٥٢٢)- أنظر نص البند رقم (١٠) من المادة (١٩) من قرار مجلس إدارة الهيئة العامة للرقابة المالية رقم ٢٣ الصادر في ٢٠١٤/٢/٩ بشأن القواعد الحاكمة لممارسة نشاط الوساطة في التأمين .

(٥٢٣)- نص البند رقم (١١) من المادة (١٩) من ذات القرار المشار إليه .

(٥٢٤)- أنظر نص البند رقم (١٤) من المادة (١٩) من ذات القرار المشار إليه .

بالنسبة للتشريع العراقي في حقيقة الأمر وبعد مطالعتنا لكافة التشريعات العراقية المتعلقة بتنظيم أعمال التأمين في العراق لم نجد أي تشريع أو قرارات تنظم هذا الالتزام لذا نرى ضرورة قيام المشرع العراقي بوضع الضوابط المنظمة لهذا الالتزام وذلك على غرار المشرع المصري في هذا الشأن

٣- الأساس القانوني لهذا الالتزام

ذهب بعض الفقه إلى أن هذا الالتزام يجد أساسه ومصدره في مبدأ حسن النية في المعاملات وذلك على اعتبار أن عقود التأمين هي من العقود التي تقتضي حسن النية في التعامل بشكل عام كما في عقود الوكالة والشركات حيث أن حسن النية يقتضي من الوكيل أن يتصرف لحساب موكله في تنفيذ عقد الوكالة وأن يبذل العناية الكافية وكذلك لا يتجاوز الوكيل حدود وكالته وكل هذه الأشياء تتطلب حسن النية وإذا كان الأمر كذلك في هذه العقود المشار إليها فإن إلتزام الوسيط التأميني بالإفصاح للعميل يقوم على هذا المبدأ من حيث تنفيذ بنود العقد المبرم بينهما ومن ثم يجب على الوسيط التأميني أن يعمل جاهداً على توجيهه و تبصير العميل بجميع تفاصيل وثيقة التأمين التي يرغب في إبرامها .^(٥٢٥)

ويذهب البعض الآخر من الفقه إلى أن هذا الالتزام يجده أساسه في الصفة الإحترافية التي يتميز بها الوسيط التأميني وخبرته العملية في مجالات التأمين المختلفة ، وكذلك كونه وكيلاً مأجوراً الأمر الذي يجعله خاضعاً لنص المادة ٧٠٥ من القانون المدني والتي مفادها ضرورة أن يوافي الوكيل الموكل بكافة المعلومات الضرورية التي وصل إليها في تنفيذ الوكالة .^(٥٢٦)

ونرى من وجهة نظرنا إذا جاز لنا ذلك أن إلتزام الوسيط التأميني بالإفصاح تجاه العملاء يجد أساسه في النصوص القانونية ولعلنا نجد مايدعم كلامنا هذا مانصت عليه المادة (٤١٩) من القانون المدني المصري والتي تنص في فقرتها الأولى على أنه (يجب أن يكون المشتري عالماً بالمبيع علماً كافياً ويعتبر العلم كافياً إذا إشتمل على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بيانا يمكن معرفته) .

من هذا النص يتبين لنا أنه إذا كان المشرع قد إشتراط أن يكون المشتري عالماً بالشئ المبيع علماً كافياً وهذا لا يتحقق إلا بقيام البائع بالإفصاح للمشتري عن الأوصاف الرئيسية والعيوب والمزايا الخاصة بالشئ المبيع وذلك قبل إبرام عقد البيع، فكذلك أيضاً يجب على الوسيط التأميني الإفصاح عن البيانات والمعلومات الخاصة بوثيقة التأمين قبل إبرام العقد أو أثناء سريان الوثيقة وتبصير العميل بالمخاطر التي قد يتعرض لها الأخير أثناء سريان الوثيقة^(٥٢٧) إذا كان هذا النص الوارد بالمادة (٤١٩) مدني هو نص له خصوصية لعقد البيع إلا أن يمكن القياس عليه بغيره من العقود حيث أن الهدف أو النتيجة المبتغاه واحدة لأن الهدف الأساسي

(٥٢٥)- د/ أحمد باز متولي- الإلتزام بالشفافية والإفصاح عن المعلومات في بورصة الأوراق المالية - دار الجامعة الجديدة - ٢٠١٥ - ص ١٥٠ ومابعدها-د/ علي طلال هادي - مسنولية الوسيط في سوق المال العراقي - رسالة ماجستير - ٢٠٠٩ - ص ١٤٨

(٥٢٦)- د/ مدحت محمد عبد العال- أحكام إبرام عقد الوساطة في التأمين - مرجع سابق - ص ٥٠

(٥٢٧)- د/ خالد جمال أحمد - الإلتزام بالإعلام قبل التعاقد - دار النهضة العربية - بدون سنة نشرص ٢٦٠ ومابعدها

من هذا الإلتزام في جميع العقود هو العمل على تحقيق الرضا الكامل والوعي المستنير لدى الدائن بالإلتزام، ومن ثم يمكن تطبيق هذا النص على عقد الوساطة التأمينية حيث أن هذا العقد يُعد من العقود الملزمة للجانبين كعقد البيع أي من شأنه أن يرتب الإلتزامات وحقوق على عاتق طرفيه .

ثانياً :- الإلتزام الوسيط التأميني بمساعدة ومعاونة العميل المستأمن

يقع على عاتق الوسيط التأميني الإلتزاما نحو مساعدة العميل المستأمن ومعاونته من أجل تنفيذ عقد التأمين بما يحقق مصالح الطرفين وتبرز مواضع تلك المساعدة في الحالات الآتية : (٥٢٨)

- ١- قيام الوسيط التأميني بتقديم شهادة تفيد بأن نظام الإنذار ضد السرقات مطابق لما إستلزم لتغطية مخاطر السوق وذلك في مرحلة ما قبل التعاقد عندما تقوم شركة التأمين بتكليف العميل المستأمن بتنفيذ بعض الإجراءات التأمينية ومن ثم يتعين على الوسيط مساعدة العميل بهذه المهام .
- ٢- عندما يقوم المستأمن بتبليغ المؤمن بمعلومات عن حدوث الخطر المؤمن منه ففي هذه الحالة يتعين على الوسيط التأميني مساعدة المستأمن العميل حتى تصبح تلك المعلومات دقيقة منعاً لتخفيض مبالغ التأمين المدفوعة للعميل المستأمن .
- ٣- قيام الوسيط التأميني بمساعدة العميل المستأمن أيضاً وذلك بقيامه بإبلاغ المؤمن بكل المعلومات الصحيحة المتعلقة بالحوادث السابقة التي حدثت للعميل المستأمن حتى يتفادى تحمل مسؤولية إلغاء وثيقة التأمين نتيجة التقصير في هذا الواجب .
- ٤- تكمن مساعدة الوسيط التأميني للعميل المستأمن في مشاركته للمستأمن في إستيعاب الشروط الواردة بوثيقة التأمين وبالتالي يستطيع الوسيط توجيه المستأمن بعدم الموافقة على الشروط الواردة في الوثيقة والمتضمنة تقليل مزايا التغطية التأمينية والموافقة على الشروط التي تحقق مصالحه.
- ٥- لمساعدة في المفاوضات التي تتم بين شركة التأمين والعميل المستأمن بشأن المطالبات التي تنتج عن تحقق الخطر المؤمن منه .

موقف التشريع المصري والعراقي من هذا الإلتزام

بالنسبة للتشريع المصري

تضمنت القواعد الحاكمة لممارسة نشاط الوساطة في التأمين المصرية ضرورة الإلتزام الوسيط التأميني بمعاونة العميل المستأمن في حل أي مشكلة قد يواجهها وذلك بما لا يتعارض مع الشروط الواردة في عقد التأمين ، وأن يوجه العميل إلى أهمية الإستعانة بإستشاري متخصص في مجال التأمين متى عجز عن إيضاح الإستفسارات التي يطلبها العميل . (٥٢٩)

بالنسبة للتشريع العراقي

في حقيقة الأمر وبعد مطالعتنا لكافة التشريعات العراقية المتعلقة بتنظيم أعمال التأمين في العراق لم نجد أي تشريع أو قرارات تنظم هذا الإلتزام لذا نرى ضرورة

(٥٢٨)- د/ مدحت محمد عبد العال- أحكام إبرام عقد الوساطة في التأمين - مرجع سابق - ص ٦١

(٥٢٩)- أنظر نص المادة (١٩) من قرار مجلس إدارة الهيئة العامة للرقابة المالية رقم ٢٣ الصادر في ٢٠١٤/٢/٩ بشأن القواعد الحاكمة لممارسة نشاط الوساطة في التأمين .

قيام المشرع العراقي بوضع الضوابط المنظمة لهذا الإلتزام وذلك على غرار المشرع المصري في هذ الشأن ومن ثم فإن هذا يعد قصوراً تشريعياً يتعين معالجته .

ثالثاً :- الإلتزام الوسيط التأميني بالحفاظ على أسرار العميل المستأمن

تستوجب مبادئ الأمانة والإخلاص وأخلاقيات المهنة أن لايفشى الوسيط التأمينيسراً من أسرار تعاملاته مع عملائه المؤتمن عليها بحكم القانون والعرف وقواعد العدالة لذ كان لزاما علينا أن نخوض في غمار هذه المسألة وذلك على النحو التالي :-

١- المقصود بسر المهنة:-

عرف البعض سر المهنة بأنه:(صفة تخلع على موقف أو مركز أوخبر أو عمل ممايؤدي إلى وجود رابطة تتصل بهذا الموقف أو المركز أو الخبر بالنسبة لمن له حق العلم به وبالنسبة لمن يقع عليه الإلتزام بعدم إذاعته) .^(٥٣٠)

ويمكننا تعريف السر المهني للوسيط التأميني بأنه (هو عدم قيام الوسيط التأمينيينشر أو إذاعة أية معلومات أو بيانات تتعلق بالعميل المستأمن وعدم السماح للغير بالإطلاع على هذه المعلومات أو البيانات إلا لمن له حق الإطلاع أو التعرف على البيانات الخاصة بالعملاء مع عدم الإخلال بمسئولية الوسيط التأمينيعند إذاعة أو نشر المعلومات بدون مسوغ قانوني يسمح له بذلك) .

٢- موقف القانون المصري والعراقي من هذا الإلتزام:-

لبالغ الأسف لم تتضمن التشريعات المصرية وكذا التشريعات العراقية المتعلقة بنشاط التأمين أو وساطة التأمين وإعادة التأمين الإشارة إلى تنظيم إلتزام الوسيط التأميني بالحفاظ على أسرار عملائه وهو ما يعد قصوراً تشريعياً ينبغي معالجته بالنص عليه ووضع الضوابط المنظمة له .

ونحن نقترح من جانبنا ضرورة النص على الضوابط التالية :

١- تحديد نطاق الشخصي والموضوعي والزماني للإلتزام بالسرية على النحو التالي:-

يقتصر النطاق الشخصي لهذا الإلتزام على المديرين العاملين بشركات الوساطة التأمينية والعاملين في هذه الشركات سواء كانوا مساعدين أو تابعين للوسيط التأميني وجميع العاملين الذين تربطهم بشركات الوساطة التأمينية عقد عمل سواء كانوا موظفين أو عمالاً على إختلاف تخصصاتهم الوظيفة وليس المقصود بمدير الشركة هو المدير العام لها فقط بل يمتد هذا المفهوم ليشمل المدير التنفيذي والعضو المنتدب وأعضاء مجلس إدارة الشركة ومديري الأقسام المختلفة داخل الشركة هذا في حالة كون الوسيط التأميني شخص إعتباري ، أما في حالة كون الوسيط شخص طبييعي فيكمن النطاق الشخص لهذا الإلتزام على الوسيط نفسه وكافة مساعديه من الأشخاص الطبييعيين .

ويقتصر النطاق الموضوعي لهذا الإلتزام على كافة البيانات والمعلومات المتعلقة بعقد التأمين لا سيما ما يتعلق منها بمصلحة العميل المستأمن فلا يقتصر النطاق

(٥٣٠)- د/ عادل جبرى محمد حبيب - مدى المسئولية المدنية عن الإخلال بالإلتزام بالسر المهني أو الوظيفي - ٢٠٠٣ - دار الفكر الجامعي - ص ١٦ ومابعدھا

الموضوعي لهذا الإلتزام على المعلومات الجوهرية فقط كالنطاق الموضوعي للإلتزام بالإعلام وإنما يمتد ليشمل كافة المعلومات الخاصة بالوثيقة .
وفيما يتعلق بالنطاق الزمني لهذا الإلتزام :- يقصد بالنطاق الزمني هو الفترة التي يحظر على الوسيط التأميني بموجبها إفشاء أسرار عملائه المستأمنين .
ونحن نرى أن إلتزام الوسيط التأميني بالحفاظ على أسرار العملاء المستأمنين شأنه كشأن باقي المهن يمتد حتى بعد زوال العلاقة العقدية بين الوسيط والعميل وشركة التأمين وذلك لأن هذه المهنة قائمة على الثقة والأمانة وحسن النية وأخلاقيات المهنة وهذه المسائل غير مقيدة بوقت أو زمن معين قياسا على مهنة المحاماة والطب وغيرها من المهن الأخرى التي تتطلب الحفاظ على السرية على وجه الدوام والإستمرار وذلك وفقاً لنص المادة (٦٦) من قانون الإثبات المصري والتي تنص على أنه (لايجوز لمن علم من المحامين أو الوكلاء أو الأطباء أو غيرهم ،،،،،، عن طريق مهنته أو صنعته بواقعة أو معلومات أن يفشيها ولو بعد إنتهاء خدمته أو زوال صنعته،،،،،،)

٢- تحديد الإستثناءات الواردة على هذا الإلتزام كإفشاء الوسيط التأميني البيانات والمعلومات المتعلقة بالعملاء للجهات الرقابية كالهيئة العامة للرقابة المالية في مصر والجهة الرقابية العراقية على أعمال وساطة التأمين ،والجهات القضائية ومصالحة الضرائب والموافقة الكتابية المسبقة من العميل المستأمن .

رابعاً :- إلتزام الوسيط التأميني بعدم الإتيان بما يمثل حدوث تعارض في المصالح في حقيقة الأمر أن مبادئ وأصول مهنة الوساطة التأمينية تفرض على الوسيط التأميني أن يعمل على تحقيق مصالح العملاء المستأمنين بأمانه وإخلاص وإتقان ولايحابي عميلاً عن عميل بل يعمل من أجل مصالحهم جميعاً ولايفرض المشرع مثل هذا الإلتزام على عاتق الوسيط التأمينيهاً منثوراً بل فرضه مقابل حصوله على عمولة يتقاضاها من شركات التأمين الذين يتعاملون معه ، والحديث عن هذا الإلتزام يدعونا إلى إستعراض النقاط التالية :

١- المقصود بتعارض المصالح

كما عرفه بعض الفقه بأنه(أن يبذل مقدم الخدمة في علاقته بعملائه منتهي حسن النية عند مزاولته لنشاطه المهني بحيث يكون أميناً ونزيهاً ومخلصاً معهم فلايغلب مصلحته الخاصة على مصالحهم ولايغلب مصلحة عميل على حساب عميل آخر)((٥٣١))

ويمكننا تعريف تعارض المصالح بأنه (قيام الوسيط التأميني بتفضيل مصلحته الشخصية على مصلحة العملاء المستأمنين أو تفضيل مصلحة عميل على مصلحة عميل آخر يتعاقد معه) .

((٥٣١)) د/ محمد سامي عبدالصديق - المسؤولية المدنية في مجال خدمات الإستثمار دراسة تطبيقية على أنشطة الوساطة وإدارة محافظ الأوراق المالية في البورصة (القسم الأول والثاني) - مجلة الحقوق الكويتية - العدد ٣ - ٢٠١٢ - ص ١٤١

٢- موقف القانون المصري والعراقي من هذا الإلتزام بالنسبة للتشريع المصري

حظر المشرع المصري على العاملين بشركات الوساطة التأمينية مزاوله أعمال الوساطة في التأمين أو إعادة التأمين أو المشاركة في تأسيس أو إدارة شركات الوساطة التأمينية وذلك منعاً لتضارب المصالح. (٥٣٢)

كما حظر المشرع المصري على وسطاء التأمين القيام بأية أعمال تنطوي على وجود تعارض في المصالح والتي من بينها ما يلي: (٥٣٣)

- ١- العمل في مجال أعمال المعاينة وتقدير الأضرار أو الخبرة الإلكترونية .
- ٢- يحظر على الوسيط التأميني القيام بأي عمل يتضمن الإساءة إلى غيره من الوسطاء أو مهنة الوساطة التأمينية عموماً .
- ٣- إذا تبين للوسيط وجود تضارب في المصالح بين عميلين من عملائه ففي هذه الحالة يتعين عليه الإلتزام بتمثيل مصالح كل منهما تمثيلاً عادلاً .
- ٤- كما إذا وجد الوسيط التأميني نفسه في موقف تتعارض فيه مصلحته مع مصلحة العميل فعليه الإنسحاب من هذه العملية مع إخطار العميل بذلك كتابة .

بالنسبة للتشريع العراقي

بمطالعتنا لكافة التشريعات العراقية المتعلقة بتنظيم أعمال التأمين في العراق لم نجد أي تشريع أو قرارات تنظم هذا الإلتزام لذا نرى ضرورة قيام المشرع العراقي بوضع الضوابط المنظمة لهذا الإلتزام وذلك على غرار المشرع المصري في هذا الشأن ومن ثم فإن هذا يعد قصوراً تشريعياً يتعين معالجته .

المبحث الثالث :- الإصلاح التشريعي للمسؤولية القانونية لوسطاء

التأمين

من البديهي أنه إذا كانت هناك إلتزامات مفروضة على وسطاء التأمين بمناسبة عمليات التوسط في إبرام عقد التأمين بين العميل وشركة التأمين فإن ذلك قد يؤدي إلى قيام المسؤولية القانونية لهؤلاء الوسطاء حال إخلالهم بتلك الإلتزامات ، لذا سوف نتحدث في هذا المبحث عن المسؤولية المدنية لوسطاء التأمين في مصر والعراق في مطلب أول ، ثم بعد ذلك نتحدث عن المسؤولية التأديبية لهؤلاء الوسطاء في مصر والعراق في مطلب ثان وذلك على النحو التالي :

المطلب الأول :- المسؤولية المدنية لوسطاء التأمين.

هذا المطلب يدعونا إلى الحديث عن الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية لهؤلاء الوسطاء في فرع أول ، ثم نعقبه بالحديث عن أركان تلك المسؤولية في فرع ثان ، ونختتم حديثنا عن مدى تأمين مسؤولية الوسيط التأميني المهنية في مصر والعراق في فرع ثالث وذلك على النحو التالي :-

(٥٣٢)- أنظر نص الفقرة الأخيرة من نص المادة (١٢٦) من اللائحة التنفيذية لقانون الإشراف والرقابة على التأمين في مصر المعدلة بالقانون رقم ٢٤٥ لسنة ٢٠٠٨ .

(٥٣٣)- أنظر نص المادة رقم (٩) من قرار مجلس إدارة الهيئة العامة للرقابة المالية رقم ٢٣ الصادر في ٢٠١٤/٢/٩ بشأن القواعد الحاكمة لممارسة نشاط الوساطة في التأمين .

الفرع الأول :- الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية لوسطاء التأمين.

قد تكون مسؤولية وسطاء التأمين مسؤولية عقدية ، وقد تكون مسؤولية تقصيرية، وذلك على النحو التالي :

أولاً :- المسؤولية العقدية لوسطاء التأمين

من المقرر قانوناً أن كما سبق أن ذكرنا أن تعاملات وسطاء التأمين مع العملاء تستلزم وجود علاقة عقدية بينهما ، وبناء عليه إذا ما تم إبرام العقد بينهم وبين عملائهم فإنه يترتب إلتزامات تقع على عاتق الطرفين وينشئ عن الإخلال بهذه الإلتزامات مسؤولية تعاقدية .

وتعني المسؤولية العقدية هي جزاء عدم تنفيذ العقد أو تنفيذه بشكل معيب ويكون تنفيذ العقد عينياً ولكن بشروط أهمها أن يكون التنفيذ العيني ممكناً وغير مرهق للمدين وغير ذلك من الشروط الواجب توافرها للتنفيذ الجبري على المدين. (٥٣٤)

وبناءً على ماتقدم يمكن القول بأن شركة الوساطة تقوم بإبرام عقد الوساطة التأمينية مع العميل المستأمن ثم بعد ذلك يقوم العميل بإبرام عقد التأمين مع شركة التأمين ومن ثم فإننا نكون بصدد علاقيتين قانونيتين وهما :

العلاقة الأولى : تكون بين الوسيط التأميني والعميل المستأمن وينظمها عقد الوساطة التأمينية .

العلاقة الثانية : تكون بين العميل وشركة التأمين وينظمها عقد التأمين ذاته وإن كان للوسيط دور في تنفيذ عقد التأمين إلا أنه ليست هناك علاقة عقدية رسمية بينه وبين شركة التأمين على الرغم من أنه يتقاضى عمولة من شركة التأمين نظير وساطته .

ما يهتما في هذا المقام هي العلاقة العقدية الأولى التي تربط الوسيط التأميني بعميله المستأمن، لذا كان لزاماً علينا أن نسلط الضوء على المسؤولية العقدية الناجمة عن هذه العلاقة وذلك على النحو التالي بيانه :

١- شروط المسؤولية العقدية لوسطاء التأمين

الشرط الأول :- ضرورة تحرير عقد الوساطة التأمينية بين الوسيط والعميل المستأمن تقتضي المسؤولية العقدية ضرورة إبرام عقد وساطة تأمينية فلا قيام للمسؤولية العقدية بدون إبرام العقد فالمسؤولية هنا تنشأ منذ إبرام العقد ومن ثم فإن الأضرار التي تلحق بالعميل في مرحلة التفاوض وقبل إبرام العقد لا يكون التعويض فيها طبقاً لقواعد المسؤولية العقدية وإنما يكون التعويض طبقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية حيث أن العقد لم يولد بعد . (٥٣٥)

((٥٣٤)) - د/ محمد حسن عبد الرحمن - د/ أبو الحسن إبراهيم علي - أحكام الإلتزام في القانون المدني المصري - ٢٠٠٧ / ٢٠٠٨ ص ١٠٠

((٥٣٥)) - د/ حمدي عبد الرحمن - الوسيط في النظرية العامة للإلتزام - الطبعة الأولى - ١٩٩٩ - دار النهضة العربية - ص ٤٩٩ - د/ نبيل إبراهيم سعد - النظرية العامة للإلتزام - الجزء الأول - ٢٠٠٤ - دار الجامعة الجديدة - ص ٣٧٧

الشرط الثاني : أن يكون العقد صحيحاً

يشترط لقيام المسؤولية العقدية لوسطاء التأمين أن يكون العقد الذي أبرمه مع العميل المستأمن صحيح قانوناً ومن ثم فلا يكفي فقط وجود العقد لقيام تلك المسؤولية بل لا بد من أن يكون هذا العقد صحيحاً ، وبالتالي إذا أبرم العقد وشابه البطلان أو كان قابلاً للإبطال وتقرر بطلانه فلا قيام لتلك المسؤولية العقدية وعندئذ تقوم المسؤولية التقصيرية فإذا حدث غش أو تدليس أو إحتيال في العلاقة العقدية ترتب على ذلك بطلان العقد .

الشرط الثالث : أن يكون الوسيط التأميني أو أحد تابعيه قد ارتكب خطأ ترتب عليه الإخلال بتنفيذ العقد المبرم بينه وبين عميله وإلحاق الضرر بالأخير

لا يكفي لقيام المسؤولية العقدية لوسطاء التأمين وجود عقد صحيح قانوناً فقط بل لا بد من أن يكون الوسيط التأميني قد ارتكب خطأ ترتب عليه إصابة العميل المستأمن بأضرار بالغة ، فإذا كان عدم تنفيذ الإلتزام العقدي راجعاً إلى سبب أجنبي كالقوة القاهرة والحادث الفجائي أو خطأ العميل أو خطأ

الشرط الرابع : أن تكون هناك ثمة علاقة قانونية تربط الوسيط التأميني بممثليه

من المتعارف عليهنه إذا كان الوسيط التأميني شخصية اعتبارية فعندما يقوم بإبرام العقد مع العملاء فإنه يكلف أحد ممثليه أو تابعيه بتنفيذ هذا العقد تجاه العميل المستأمن ومن ثم فإن الأخطاء التي يرتكبها هؤلاء التابعين أو المندوبين أثناء تنفيذ العقد والتي من شأنها إصابة العميل بأضرار بالغة تسأل عنها الشركة مسؤولية عقدية عن فعل الغير من عمالها وتابعيها وبالتالي يحق للعميل المستأمن الرجوع على الشركة بدعوى المسؤولية العقدية عن فعلاغير .^(٥٣٦)

ونحن نقترح من جانبنا ضرورة قيام المشرع المصري وكذا العراقيانص على تحديد العلاقة القانونية التي تربط الشركة بمثليها أو تابعيها كأن تكون في شكل عقد عمل أو وكالة وذلك حفاظاً على حقوق المضرورين من العملاء طالبي التأمين .

٢- طبيعة الإلتزام العقدي لوسطاء التأمين

خلصنا فيما سبق إلى أن هناك مسؤولية عقدية تقع على عاتق وسطاء التأمين عند إخلالهم بأحد الإلتزامات المنصوص عليها في العقد ومن ثم يتعين علينا أن نسلط الضوء على الطبيعة القانونية لهذا الإلتزام وذلك على النحو التالي:

من جانبنا نرى أن طبيعة الإلتزام العقدي لوسطاء التأمين تختلف بحسب نوع الإلتزام وبيان ذلك كالتالي :

١- بالنسبة للإلتزام بإعلام المستأمن بكافة المعلومات المتعلقة بعقد التأمين ، وكذا إلتزام الوسيط التأميني بمساعدة العميل المستأمن هما إلتزامان ببذل عناية لا بتحقيق نتيجة حيث يستطيع المستأمن أن يثبت أن الوسيط قد أهمل أو قصر في القيام بهذه الإلتزامات كأن يثبت أن الوسيط قدم له معلومات غير صحيحة عن شركة التأميني أو مركزها المالي أو قدم له معلومات صحيحة لكنها منقوصة

((٥٣٦)) - د/ عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - نظرية الإلتزام بوجه عام (مصادر الإلتزام) دار إحياء التراث العربي - بيروت لبنان - ص ٦٦٦ ومابعدها .

وليست كاملة ومن ترتب على ذلك عدم تمكين المستأمن من إبرام عقد التأمين مع شركة التأمين .

٢- بالنسبة لإلتزام الوسيط التأميني بالحفاظ على أسرار عملائها هو إلتزام بتحقيق نتيجة لا ببذل عناية حيث أن الوسيط هو الذي بيدهم فاتيح كل شئ وأن أسرار العملاء مودعة إليه ومؤتمن عليها إلا ما إستثنى بنص خاص فلا يكفيها الإدعاء بأنه يجب عليها بذل الجهد من أجل الحفاظ على السرية المتعلقة بمحل عقد التأمين والوساطة التأمينية بل لا بد وأن يضمن تحقيق النتيجة المرجوة وهي عدم تمكين الغير من الإطلاع على مثل هذه الأسرار.

ثانياً : - المسؤولية التقصيرية لوسطاء التأمين

خلصنا فيما سبق إلى تحديد المسؤولية العقدية لوسطاء التأمين وتحدثنا عن الشروط اللازمة لقيام تلك المسؤولية والإلتزامات الملقاه على عاتق الوسطاء وطبيعة الإلتزام العقدي لهم فقد تكون مسؤولية الوسطاء أيضا مسؤولية تقصيرية (عن أفعال تابعيهم) نتيجة الأخطاء التي قد تحدث من هؤلاء في مرحلة ما قبل التعاقد وكذا الأخطاء التي تحدث بالمخالفة لأحكام القانون حيث تنص المادة (١٧٣) من القانون المدني على أنه (١- يكون المتبوع مسئولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه غير المشروع متى كان واقعا منه في حال تأدية وظيفته أو بسببها ٢- وتقوم رابطة التبعية ولو لم يكن المتبوع حرا في إختيار تابعه متى كانت له السلطة الفعلية في رقابته وتوجيهه)

في ضوء هذا النص يمكن القول بأن الوسيط التأميني يعد مسؤول عن الأعمال التي يقوم بها ممثليه ولكن وفق شروط معينة نص عليها المشرع وذلك على النحو التالي :

١- ضرورة توافر علاقة تبعية بين الممثل أو المندوب وبين الوسيط التأميني هذا الشرط يتطلب توافر عناصر هامة لإثبات علاقة التبعية بين الوسيط وعماله وهي توافر السلطة الفعلية والرقابة والتوجيه بمعنى أن يكون الوسيط التأميني له السلطة الفعلية والرقابة والتوجيه على ممثليه أو أو مندوبيه وبدون ذلك لا قيام للمسؤولية التقصيرية (المتبوع عن أعمال تابعه) (٥٣٧)

٢- أن يرتكب الممثل عن الوسيط التأميني خطأ أثناء تأدية وظيفته أو بسببها . حتى تتعدد مسؤولية الوسيط التأميني ينبغي أن يكون تابعه قد ارتكب خطأ أثناء قيامه بأداء مهامه الوظيفية أو بسببها . (٥٣٨)

ونحن نرى من جانبنا إذا جاز لنا ذلك ضرورة قيام المشرع المصري والمشرع العراقي بالنص على الشروط الواجب توافرها فيمن يمثل الوسيط التأميني كأن تكون لديهم خبرة عملية مناسبة في مجالات التأمين ، وأن يكون كل أعضاء مجلس إدارة شركة الوساطة التأمينية حال كون الوسيط شخصية اعتبارية حاصلون على مؤهل جامعي من إحدى الجامعات المعترف بها .وإذا كان قد صدر ضدهم أحكام جنائية في جنحة أو جنحة مخلة بالشرف والأمانة وغير ذلك من

((٥٣٧)) - د/ أنور سلطان - الموجز في مصادر الإلتزام - ١٩٩٦ - منشأة المعارف - ص ٣٩٨ وما بعدها
 ((٥٣٨)) - د/ نبيل إبراهيم سعد - النظرية العامة للإلتزام - الجزء الأول - مصادر الإلتزام - ٢٠٠٤ - دار الجامعة الجديدة - ص ١٦ وما بعدها .

الإشتراطات الأخرى ، كما هو مقرر قانوناً بالنسبة للشروط الواجب توافرها في الوسيط التأميني ذاته كما سبق أن ذكرنا من قبل .

- إلتزامات وسطاء التأمين في الإطار التقصيري

هناك العديد من الإلتزامات الملقاه على عاتق وسطاء التأمين والتي تتعقد بموجبها المسؤولية التقصيرية للوسيط (المتبوع عن أعمال تابعه) حال الإخلال بها وذلك على النحو التالي :

- ١- إلتزام الوسيط التأميني بإعلام العميل المستأمن عن المعلومات الخاصة بالعقد قبل إبرامه مع الطرف الآخر .
- ٢- الإلتزام بعدم الإتيان بما يمثل تعارضا في المصالح بين عملاء الوسيط التأميني أو بين مصالحهم ومصالح عملائه.
- ٣- إلتزام وسطاء التأمين بعدم إبرام عقود تنطوي على غسل الأموال أو تمويل الإرهاب .

الفرع الثاني:- أركان المسؤولية المدنية لوسطاء التأمين

يمكن القول بأن إخلال وسطاء التأمين بتنفيذ الإلتزامات الملقاه على عاتقهم تجاه العملاء المستأمنين يستوجب قيام مسئوليتهم المدنية ، ولكي تتعقد مسؤولية هؤلاء الوسطاء لا بد من الوقوف على تحديد أركان تلك المسؤولية المدنية لذا سنتحدث عن ركن الخطأ وصوره ، ثم بعد ذلك نتحدث عن ركني الضرر وعلاقة السببية بإيجاز شديد .

أولاً :- ركن الخطأ وصوره

تتنوع صور الخطأ الذي قد يقع من وسطاء التأمين ومنها على سبيل المثال لا الحصر ما يلي :

- ١- إخلال الوسيط التأميني بإلتزامه المتعلق بإعلام العميل المستأمن عن المعلومات المتعلقة بعقد التأمين .
- ٢- إخلال الوسيط التأميني بإلتزامه نحو مساعدة العميل ومعاونته من أجل إبرام وتنفيذ عقد التأمين على النحو المطلوب .
- ٣- إخلال الوسيط التأميني بإلتزامه بالحفاظ على أسرار عملائه.
- ٤- إتيان الوسيط التأميني بما يمثل تعارض في المصالح بينه وبين مصالح عملائه .
- ٥- قيام الوسيط التأميني حال تكليفه من جانب العميل بتحديد نوعا معينا من أنواع التأمين وكان هذا النوع لا يكفي لإحتياجات العميل المستأمن .
- ٦- إذا قام الوسيط التأميني بترشيح شركة تأمين معينة للعميل وتبين أن المركز المالي لهذه الشركة ضعيف وفي حالة سيئة .
- ٧- تسبب الوسيط التأميني في عدم إبرام عقد التأمين بين العميل المستأمن وشركة التأمين .

ثانياً : - ركني الضرر وعلاقة السببية

١- ركن الضرر

لايكفي لإنعقاد مسؤولية وسيط التأمين إرتكابه خطأ معين أثناء تنفيذ العقد أو قبل أو بعد إبرامه بل لابد من أن يصيب العميل المستأمن أضراراً جراء هذه الخطأ، وفيما يلي نستعرض الحديث عن ركن الضرر في المسؤولية وذلك على النحو التالي: قد يكن الضرر مادياً: وهو عبارة عن (كل إخلال بمصلحة ذات قيمة مالية للمضرور سواء كان ذلك في شكل إخلال بمصلحة مالية للمضرور أو حق له).^(٥٣٩) وقد يكون الضرر أدبياً وهو الذي لا يصيب الشخص في ماله وإنما يصيب مصلحة غير مالية كخدش الشرف والإعتداء على السمعة أو العرض أو الكرامة، والضرر الأدبي بصفة عامة هو كل ما يؤذي شعور الشخص أو عاطفته فيسبب له ألماً أو حزناً. (٥٤٠)

ومن الأضرار التي قد تلحق العميل المستأمن نتيجة خطأ الوسيط التأميني

مايلي: (٥٤١)

- عدم إبرام عقد التأمين بين العميل المستأمن وشركة التأمين بسبب خطأ الوسيط التأميني .
- أن العقد الذي تم إبرامه بين العميل وشركة التأمين لا يغطي جميع المخاطر التي إتفق العميل على تغطيتها مع الوسيط التأميني .
- تقويت الوسيط الفرصة على العميل عندما يثبت العميل أن الوسيط لو قام بعمله على النحو المطلوب لتم إبرام عقد التأمين ومن ثم تغطية المخاطر .

٢- علاقة السببية بين الخطأ والضرر

بداية يمكن القول بأنه لا يكفي لقيام مسؤولية ووسطاء التأمين إرتكابهم لأخطاء معينة وإصابة العميل بأضرار جراء ذلك بل لابد من أن تكون هناك علاقة أو رابطة السببية بين هذا الخطأ الذي إرتكبه الوسيط التأميني وبين الضرر الذي أصاب العميل.

يقصد بعلاقة السببية:- أن تكون هناك علاقة مباشرة ما بين الخطأ الذي إرتكبه الوسيط التأميني والضرر الذي أصاب العميل المستأمن، وبمعنى آخر أن يكون الضرر ناشئاً عن الخطأ مباشرة.

وبإنزال ماتقدم على مسؤولية الوسيط التأميني يمكن القول بأنه لابد من أن يكون الخطأ الذي إرتكبه الوسيط هو الذي تسبب مباشرة في إحداث الضرر بالعميل ومن ثم وجب تعويض العميل عما لحقه من أضرار، ولا يكفي أن يخطئ المدين وأن يضار الدائن بل يجب أن يكون الخطأ هو المتسبب في حدوث الضرر حيث أنه بغير توافر رابطة السببية لا يتصور قيام المسؤولية المدنية، فالسببية ركن جوهري في

((٥٣٩)) د/عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - نظرية الإلتزام بوجه عام

(مصادر الإلتزام) دار إحياء التراث العربي - بيروت لبنان - ص ١١٩٧ - د/ سليمان مرقس -

شرح القانون المدني في الإلتزامات - ١٩٦٤ - بدون دار نشر - ص ١٣٧

((٥٤٠)) - د/ نبيل إبراهيم سعد - النظرية العامة للإلتزام - مرجع سابق - ص ٤٤٦

(٥٤١) - د/ مدحت عبد العال - مرجع سابق - ص ١٠٩ وما بعدها .

كافة صور المسؤولية تفرضه بدهاء المنطق ومقتضيات العدالة وعبء إثبات رابطة السببية تقع على عاتق الدائن وذلك طبقاً للأصل العام في تحميل المدعي عبء إثبات ما يدعيه، بينما خالف في ذلك بعض الفقهاء حيث يرون أن المشرع قد افترض قيام علاقة السببية بين الخطأ والضرر فلا يكلف الدائن بإثباتها بل أن المدين هو الذي يكلف بنفيها أن ادعى أنها غير موجودة، وقد استند أصحاب هذا الرأي إلى نص المادة (٢١٥) من التقنين المدني والتي تقضي بتكليف المدين بعبء إثبات السبب الأجنبي الذي يترتب عليه استحالة التنفيذ^(٥٤٢).

ونرى من جانبنا إذات جاز لنا ذلك أن علاقة السببية قد تنقطع بين الخطأ الذي ارتكبه الوسيط وبين الضرر الذي أصاب العميل بعد إبرام عقد التأمين في الحالات التالية :-
١- حدوث خطأ من جانب العميل كقيامه بالإدلاء ببيانات خاطئة للوسيط مما أدى إلى إبرام العقد .

٢- حدوث إختلاف بين العميل وشركة التأمين على تحديد مبلغ القسط .

٣- تسبب شركة التأمين في إلحاق الضرر بالعميل .

٤- القوة القاهرة أو الحادث الفجائي .

الفرع الرابع :- التأمين من مسؤولية الوسيط التأميني في التشريعين المصري والعراقي

لما كان عقد الوساطة التأمينية يوجب على الوسيط التأميني القيام بالعديد من الإلتزامات المتعلقة بوثيقة التأمين لصالح العميل المستأمن ، فقد يخطأ الوسيط التأميني في تنفيذ الإلتزامات العقد على نحو يخل بمصلحة العميل المستأمن ، لذا يتعين وضع الضمانات التي تحقق مصالح الطرفين الوسيط والعميل ، ويمكننا أن نتحدث في السطور التالية عن مدى التأمين من المسؤولية المدنية للوسيط التأميني عن الأخطاء التي قد يرتكبها والتي تسبب ضرراً للعميل في التشريعين المصري والعراقي .

بالنسبة للتشريع المصري

حرصاً من المشرع المصري على مصالح كل من الوسيط التأميني والعميل المستأمن أوجب على الوسيط سواء كان شخصاً طبيعياً أو اعتبارياً عند قيامه بتقديم طلب القيد في سجل وسطاء التأمين أو إعادة التأمين أن يرفق به العديد من المستندات المطلوبة والتي من أهمها ضرورة تقديمه وثيقة تأمين مسؤولية مهنية معتمدة من الهيئة العامة للرقابة المالية على أن يعفى العاملون بالجهاز الإنتاجي بشركات التأمين وإعادة التأمين من تقديم هذه الوثيقة^(٥٤٣).

وحددت القواعد الحاكمة لممارسة مهنة الوساطة التأمينية في مصر الضوابط الخاصة بتحديد مبلغ تأمين تغطية المسؤولية المهنية لوسطاء التأمين وذلك على النحو التالي :

((٥٤٢)) د/ عبدالله مبروك النجار - مصادر الإلتزام الإرادية وغير الإرادية - الطبعة الثانية - دار النهضة العربية - ٢٠٠٢ - ص ٢٥٦ وما بعدها .

((٥٤٣)) - أنظر نص المادة (١٢٨) من اللائحة التنفيذية لقانون الإشراف والرقابة على التأمين في مصر المعدلة بقرار وزير الإستثمار رقم ٢٤٥ لسنة ٢٠٠٨ .

١- إذا كان الوسيط التأميني شخصاً طبيعياً فيلتزم بتقديم وثيقة تأمين مسؤولية مهنية يتم تحديد قيمتها على النحو التالي: (٥٤٤)^٥
 أ- إذا كان الوسيط مقيدا لأول مرة في سجل الوسطاء فيتم تحديد قيمة ثابتة بحدود مسؤولية قدرها خمسون ألف جنيه لدى إحدى شركات التأمين .
 ب- وفي حالة قيام الوسيط بتجديد قيده أو إعادة القيد بعد شطبه فيتم تحديد القيمة بواقع ٥٠% من من حجم تعاملاته خلال الثلاث سنوات الأخيرة وبحد أدنى خمسون ألف جنيه .

ويقصد بحجم تعاملات الوسيط التأميني بأنه عبارة عن إجمالي ما يحصل عليه الوسيط من شركة التأمين من عمولة أصلية وإضافية وتشجيعية وتحصيل حافز تكبير للسداد ، مع قيام الوسيط بإرفاق إفادة معتمدة من جميع شركات التأمين بحجم تعاملاته خلال الثلاث سنوات الأخيرة .

- إذا كان الوسيط التأميني شخصاً اعتبارياً فيلتزم بتقديم وثيقة تأمين مسؤولية مهنية يتم تحديد قيمتها على النحو التالي: (٥٤٥)^٥

أ- إذا كان الوسيط مقيدا لأول مرة في سجل الوسطاء فيتم تحديد قيمة ثابتة لكل الشركات بحدود مسؤولية قدرها إثنتان مليون للسنة الواحدة ولمدة ثلاث سنوات خلال مدة الترخيص وذلك بالنسبة لشركة الوساطة في التأمين .

أما بالنسبة لشركة الوساطة في إعادة التأمين فيتم تحديد وثيقة بحدود مسؤولية قدرها عشرة ملايين جنيه للسنة الواحدة ولمدة ثلاث سنوات خلال مدة الترخيص .

ب- وفي حالة قيام الوسيط بتجديد قيده أو إعادة القيد بعد شطبه فيتم تحديد القيمة بواقع ٥٠% من من متوسط حجم تعاملاته خلال الثلاث سنوات الأخيرة وبحد أدنى إثنتين مليون ونصف بالنسبة لشركة الوساطة في التأمين وعشرة ملايين بالنسبة لشركة الوساطة في إعادة التأمين .

بالنسبة للتشريع العراقي

أوجب المشرع العراقي على الوسيط التأميني عند قيامه بتقديم طلب تجديد الترخيص أن يرفق به العديد من المستندات المطلوبة والتي من أهمها تقديم وثيقة تأمين نافذة تغطي مسؤولية الوسيط التأميني خلال فترة نفاذ الإجازة أو الترخيص بمزاولة النشاط. (٥٤٦)^٥

الإصلاح التشريعي المأمول بالنسبة لتأمين مسؤولية الوسيط التأميني المهنية
 نرى من وجهة نظرنا إذا جاز لنا ذلك أنه ينبغي على المشرع المصري وكذا المشرع العراقي ضرورة إتساع تأمين مسؤولية الوسيط المهنية حفاظاً على مصالح شركات التأمين والعملاء المستأمنين لا لتقتصر فقط على تقديم وثيقة تأمين مهنية بل تمتد لتشمل أيضاً إلزام الأخير بتقديم خطاب ضمان بنكي صادر من أحد المصارف

(٥٤٤)- أنظر البند رقم (١) من المادة (١٢) من قرار رئيس مجلس إدارة الهيئة العامة للرقابة المالية رقم ٢٣ الصادر في ٢٠١٤/٢/٩ بشأن القواعد الحاكمة لممارسة نشاط الوساطة في التأمين .

(٥٤٥)- أنظر البند رقم (٢) من المادة (١٢) من ذات القرار المشار إليه .

(٥٤٦)- أنظر نص المادة (٦) من تعليمات إجازة وسيط التأمين العراقية وتنظيم أعماله وتحديد مسؤولياته رقم (١٠) لسنة ٢٠٠٦ .

المعتمدة لصالح شركة التأمين وألا يكون مقرون بقيد او شرط ، وأن يكون ضامناً لتعاملات الوسيط التأميني الناجمة عن عقد التأمين المبرم بين شركة التأمين والعميل المستأمن ، وأن يكون لشركة التأمين الحق في تسهيل خطاب الضمان من البنك الصادر منه حال إخلال الوسيط أحد الإلتزامات المتعلقة بعقد الوساطة أو التأمين ضماناً لحقول كل من شركة التأمين أو العملاء المستأمنين ، وأن تكون قيمة خطاب الضمان بنسبة معينة من حجم تعاملات الوسيط ، أو بمبلغ مقطوع حال منحه الترخيص لأول مرة وذلك على غرار بعض التشريعات العربية والأجنبية الأخرى .
كما نرى من جانبنا ضرورة قيام المشرع العراقي بتعديل نص المادة رقم (٦) من تعليمات إجازة وسيط التأمين وتنظيم أعماله وتحديد مسؤولياته رقم (١٠) لسنة ٢٠٠٦ بحيث يتم النص على الضوابط المنظمة لوثيقة تأمين مسؤولية الوسيط المهنية وذلك على غرار التشريع المصري حيث خلا التشريع العراقي من النص على تلك الضوابط لا سيما النص على تحديد مبلغ الوثيقة وهو ما يعد قصوراً تشريعياً ينبغي معالجته .

المطلب الثاني :- المسؤولية التأديبية لوسطاء التأمين

إذا كنا قد تحدثنا عن قيام المسؤولية المدنية لوسطاء التأمين حال ارتكابهم لأخطاء تؤدي إلى إصابة العملاء بأضرار بالغة ، كذلك الحال هناك مسؤولية تأديبية لهؤلاء الوسطاء حال مخالفتهم للقواعد القانونية المتعلقة بمزاولة نشاط وساطة التأمين ، لذا سنتحدث في السطور التالية عن بيان تلك المسؤولية التأديبية لهؤلاء الوسطاء .

أولاً :- المسؤولية التأديبية لوسطاء التأمين في التشريع المصري

إذا أخل الوسيط التأميني بأحد الإلتزامات الملقاة على عاتقه بموجب القانون والقرارات واللوائح المنظمة لمزاولة المهنة فعندئذ تتعدد مسؤوليته التأديبية . لذا نظمت القواعد الحاكمة لممارسة نشاط الوساطة التأمينية المسؤولية التأديبية لوسطاء التأمين وذلك على النحو التالي :-

- ١- شطب الوسيط التأميني وإلغاء الترخيص الممنوح له بمزاولة النشاط : ويكون ذلك بقرار من مجلس إدارة الهيئة العامة للرقابة التأمينية وذلك على النحو التالي :
 - بالنسبة للوسيط التأميني الذي يمارس نشاطه بإعتباره شخصاً طبيعياً يتم شطبه وإلغاء الترخيص الممنوح له في الحالات التالية : (٥٤٧)
 - حالة فقد الوسيط أحد شروط القيد أو تقدم بطلب بذلك .
 - حالة عدم قيام الوسيط بتجديد قيده .
 - إذا ثبت أنه قام بتقديم بيانات أو معلومات تنطوي على غش أو خطأ جسيم .
 - حالة عدم إلتزامه بالقواعد المنظمة لمزاولة المهنة .
 - بالنسبة للوسيط التأميني الذي يمارس نشاطه بإعتباره شخصاً اعتبارياً يتم شطبه وإلغاء الترخيص الممنوح له في الحالات التالية : (٥٤٨)

(٥٤٧)- أنظر نص البند أولاً من المادة ٢٣ من قرار رئيس مجلس إدارة الهيئة العامة للرقابة المالية رقم ٢٣ الصادر في ٢٠١٤/٢/٩ بشأن القواعد الحاكمة لممارسة نشاط الوساطة في التأمين .

- حالة ما إذا فقد المسؤول عن الإدارة الفعلية للشركة أو العضو المنتدب أحد شروط القيد أو التجديد دون أن يتم إستبداله بأخر خلال مدة تجاوز ثلاثة أشهر من تاريخ تحقق السبب .

- إذا تكرر قيام الشركة بمخالفة أحكام قانون الرقابة والإشراف على التأمين ولائحته التنفيذية أو القرارات الصادرة من الهيئة العامة للرقابة المالية .

- إذا صدر حكم قضائي نهائي بإفلاس الشركة .

-حالة مخالفة الشركة لأحد شروط الترخيص الممنوح لها بمزاولة النشاط .

٢- يتم توقيع الجزاءات التأديبية التالية على الوسيط التأميني حال مخالفته لقرار

رئيس مجلس إدارة الهيئة العامة للرقابة المالية رقم ٢٣ الصادر في ٢٠١٤/٢/٩

بشأن القواعد الحاكمة لممارسة نشاط الوساطة في التأمين ومرفقاته: (٥٤٩)

- الإنذار .

- الإيقاف عن العمل مدة لا تجاوز سنة .

- الشطب من سجل الوسطاء .

٣- كما تجدر الإشارة إلى أنه إذا ارتكب الوسيط التأميني أفعالاً تخالف أحكام قانون

الإشراف والرقابة على أعمال التأمين رقم ١٠ لسنة ١٩٨١ أو لائحته التنفيذية أو

القواعد المبينة في القرار المشار إليه أو ارتكب أعمالاً تنطوي على الغش أو

الخطأ الجسيم أو خرج على مقتضيات الواجب في الأعمال الموكلة إليه يتم

التحقيق معه بمعرفة الهيئة العامة للرقابة المالية ويجوز لرئيس الهيئة المشار

إليها أو من يفوضه وقف إجراءات قيد أو تجديد قيد الوسيط لحين الإنتهاء من

التحقيقات على ألا تتجاوز مدة الوقف ثلاثة شهور . (٥٥٠)

ثانياً :- المسؤولية التأديبية لوسطاء التأمين في التشريع العراقي

لبالغ الأسف بمطالعنا لكافة التشريعات العراقية المتعلقة بتنظيم أعمال التأمين

في العراق لم نجد أي تشريع أو قرارات أو تعليمات تنظم هذه المسؤولية لذا نرى

ضرورة قيام المشرع العراقي بوضع الضوابط المنظمة لتلك المسؤولية وذلك على

غرار المشرع المصري في هذ الشأن ومن ثم فإن هذا يعد قصوراً تشريعياً يتعين

معالجته .

الخاتمة

لا شك أن هناك كثير من التشريعات الوطنية التي تحتاج إلى إعادة النظر فيها

وإجراء إصلاح تشريعي يتناسب مع مستجدات العصر ومواكبة التطورات التي

تطراً على بعض المجالات لا سيما المجالات المالية والإستثمارية التي تعمل على

تنمية الإقتصاد القومي والقضاء على البطالة ومنها مجال التأمين بكافة فروعها ، لذا

تحدثنا في هذا البحث عن الإصلاح التشريعي المأمول للوساطة التأمينية في

جمهورية مصر العربية والجمهورية العراقية وذلك بدراسة الجوانب التشريعي

(٥٤٨)- أنظر نص البند ثانياً من المادة ٢٣ من ذات المشار إليه .

(٥٤٩)- أنظر نص المادة (٢٦) من ذات القرار المشار إليه .

(٥٥٠)- أنظر نص المادة (٢٥) من ذات القرار المشار إليه .

للساطة التأمينية في البلدين ومعالجة القصور التشريعي الذي يعتري هذه التشريعات ، وقسمت خطة هذا البحث إلى ثلاثة مباحث تحدثت في المبحث الأول عن ماهية الإصلاح التشريعي والوساطة التأمينية مبيناً مفهوم الإصلاح التشريعي والعلاقة القانونية التي تربط الوسيط التأميني بشركة التأمين وعملائها ، وتحدثت في المبحث الثاني عن الإصلاح التشريعي للضوابط المنظمة لمزاولة مهنة الوساطة التأمينية مبيناً تلك الضوابط والإلتزامات الملقة على عاتق وسطاء التأمين وتحدثت في المبحث الثالث عن الإصلاح التشريعي للمسؤولية القانونية لوسطاء التأمين مبيناً المسؤولية المدنية والتأديبية لوسطاء التأمين ، وتوصلنا إلى العديد من النتائج والتوصيات وذلك على النحو التالي :

أولاً :- النتائج

١- أن العلاقة القانونية بين الوسيط التأميني والعملاء تكمن في عقد الوساطة التأمينية، كما أن العلاقة بين العميل وشركة التأمين تكمن في عقد التأمين ، ولا توجد علاقة رسمية تعاقدية بين الوسيط التأميني وشركات التأمين وإنما يكون للوسيط دوراً مهماً في إبرام عقد التأمين ومن ثم يتعين على شركة التأمين الإشارة إلى الوسيط التأميني في عقد التأمين المبرم بينها وبين العميل طالب التأمين .

٢- أن الوسيط التأميني في كل من جمهورية مصر العربية والجمهورية العراقية قد يكون شخصاً طبيعياً وقد يكون شخصاً اعتبارياً ولا يجوز للوسيط مزاولة المهنة بغير ترخيص من الجهات المعنية في كل من البلدين .

٣- توجب العلاقة التعاقدية بين الوسيط التأميني والعميل المستأمن العديد من الإلتزامات ومن أهمها إلتزامه بالإفصاح للعميل عن المعلومات الجوهرية التي تعينه على إتخاذ القرارات السليمة قبل الإشتراك في منظومة التأمين أو أثناء سريان الوثيقة ، ومساعدته في الإجراءات المطلوبة لعملية التأمين والتعريف بالمخاطر المرتبطة بالتأمين ، وإبلاغ العميل بالتغطية التأمينية ، وكذا قيام الوسيط بإحضار أكثر من وثيقة تأمين من أكثر من شركة وتقديمها للعميل من أجل إختيار أفضلها من حيث الشروط والأسعار ، ويتعين على الوسيط أيضاً بذل الجهد من أجل إبرام عقد التأمين بين العميل وشركة التأمين .

٤- أن التكييف القانوني للوسيط التأميني كونه سمساراً عادياً يخضع لأحكام القانون التجاري ويلتزم بالإلتزامات التجار حيث يقتصر دوره على تقريب وجهات نظر طرفي عقد التأمين ، لكن يظهر الجانب القوي بالنسبة له في كونه وكيلاً عن المستأمن العميل بموجب عقد الوساطة المبرم بينهما .

٥- أن الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية لوسطاء التأمين تكون مسؤولية مسؤولية عقدية حال إخلاله بأحد الإلتزامات التعاقدية ، وقد تكون مسؤولية تقصيرية حال إخلاله بأحد الإلتزامات المقررة قانوناً أو التي تلحق ضرراً بالغير .

٦- حرصاً على مصالح شركات التأمين وعملائها أوجب المشرع المصري وكذا المشرع العراقي على عاتق الوسيط التأميني ضرورة تقديم وثيقة تأمين من

مسؤوليته المهنية وذلك عند قيامه بطلب القيد أو تجديده في سجل وسطاء التأمين من أجل تغطية كافة المخاطر أو الأخطاء التي قد يأتيها الوسيط التأميني .
٧- أن المشرع المصري نظم الضوابط المتعلقة بمسؤولية الوسيط التأميني التأديبية حال خروجه على مقتضيات واجبه المهني وذلك على خلاف المشرع العراقي الذي خلا من تنظيم تلك المسؤولية .

ثانياً :- التوصيات

١- سعياً لإصلاح تشريعي في تحديد العلاقة القانونية بين الوسيط التأميني وشركة التأمين ينبغي على كل من المشرعين المصري والعراقي ضرورة النص على تحديد العلاقة التعاقدية التي تربط الوسيط بشركة التأمين حيث خلا كلا منهما من النص على ذلك كأن تكون هذه العلاقة في شكل عقد أياً كان نوعه يلتزم بمقتضاه الوسيط التأميني بجلب العملاء للشركة مقابل عمولة ، ومن ثم يترتب على هذه العلاقة العقدية العديد من الإلتزامات والحقوق المتبادلة بين الطرفين فتصبح العلاقة التعاقدية بين الوسيط التأميني وشركة التأمين غير واضحة يعترئها الغموض والإبهام ، ومن ثم يتعين على المشرعين المصري والعراقي إيضاحها نظراً لوجود طرف ثالث في العملية التأمينية وهو وكيل التأمين والذي يعد وكيلاً عن شركة التأمين في إبرام التصرفات القانونية نيابة عنها على خلاف الوسيط التأميني الذي يفتقد لهذا الدور .

٢- نأمل من المشرعين المصري والعراقي ضرورة إصدار تعديل تشريعي يتضمن النص على تحديد نسبة العمولة التي يتقاضاها الوسيط التأميني من شركة التأمين على أن يتم تحديد تلك العمولة وفقاً لنوع التأمين المراد التعاقد عليه حيث خلا التشريع المصري وكذا التشريع العراقي من تنظيم مثل هذه المسألة .

٣- ينبغي على المشرعين المصري والعراقي ضرورة إصدار تعديل تشريعي يتضمن إقتصار مزاولة مهنة الوساطة في مجال التأمين أو إعادة التأمين على الأشخاص الاعتبارية فقط شريطة أن تكون في شكل شركة مساهمة فقط نظراً لملائتها المالية ، ويكون الشخص الطبيعي للشركة من الحاصلين على مؤهل عال فقط ويفضل من هو حاصل على شهادة جامعية في مجال التأمين ، وعدم السماح للأشخاص الحاصلين الطبيعيين بمزاولة المهنة وذلك نظراً لأهمية عمل الوسيط التأميني ولكونه يتطلب خبرات عملية وعلمية ودراية واسعة بمجال التأمين وحفاظاً على مصالح العملاء .

٤- ينبغي على المشرع المصري وكذا المشرع العراقي ضرورة إتساع نطاق تأمين مسؤولية الوسيط المهنية حفاظاً على مصالح شركات التأمين والعملاء المستأمنين لا لتقتصر فقط على تقديم وثيقة تأمين مهنية بل تمتد لتشمل أيضاً إلزام الأخير بتقديم خطاب ضمان بنكي صادر من أحد المصارف المعتمدة لصالح شركة التأمين وألا يكون مقرون بقيد او شرط ، وأن يكون ضامناً لتعاملات الوسيط التأميني الناجمة عن عقد التأمين المبرم بين شركة التأمين والعمل المستأمن ، وأن يكون لشركة التأمين الحق في تسهيل خطاب الضمان من البنك الصادر منه حال إخلال الوسيط أحد الإلتزامات المتعلقة بعقد الوساطة

أو التأمين ضماناً لحقول كل من شركة التأمين أو العملاء المستأمنين ، وأن تكون قيمة خطاب الضمان بنسبة معينة من حجم تعاملات الوسيط ، أو بمبلغ مقطوع حال منحه الترخيص لأول مرة وذلك على غرار بعض التشريعات العربية والأجنبية الأخرى.

كما نرى من جانبنا ضرورة قيام المشرع العراقي بتعديل نص المادة رقم (٦) من تعليمات إجازة وسيط التأمين وتنظيم أعماله وتحديد مسؤولياته رقم (١٠) لسنة ٢٠٠٦ بحيث يتم النص على الضوابط المنظمة لوثيقة تأمين مسؤولية الوسيط المهنية وذلك على غرار التشريع المصري حيث خلا التشريع العراقي من النص على تلك الضوابط لا سيما النص على تحديد مبلغ الوثيقة وهو ما يعد قصوراً تشريعياً ينبغي معالجته .

٥- نأمل من المشرع العراقي ضرورة النص على الإلتزامات الملقاة على عاتق الوسيط التأميني تجاه العميل المستأمن وشركات التأمين وذلك على غرار المشرع المصري حيث خلا قانون تنظيم أعمال التأمين العراقي وكذا تعليمات إجازة وسيط التأمين وتنظيم أعماله وتحديد مسؤولياته رقم (١٠) لسنة ٢٠٠٦ من النص على تلك الضوابط وهو ما يعد قصوراً تشريعياً ينبغي معالجته .

٦- ضرورة قيام المشرع العراقي بالنص على الضوابط المنظمة للمسؤولية التأديبية للوسيط التأميني حال خروجه على مقتضيات واجبه المهني وذلك على غرار المشرع المصري حيث خلت التشريعات العراقية الخاصة بالتأمين من تنظيم مثل هذه المسألة وهو ما يعد قصوراً تشريعياً ينبغي معالجته .

قائمة المصادر والمراجع

أولاً:- المراجع العامة

- ١- د/ أحمد باز متولي - الإلتزام بالشفافية والإفصاح عن المعلومات في بورصة الأوراق المالية - دار الجامعة الجديدة - ٢٠١٥ .
- ٢- د/أنور سلطان - الموجز في مصادر الإلتزام - ١٩٩٦ - منشأة المعارف .
- ٣- د/حمدي عبد الرحمن - الوسيط في النظرية العامة للإلتزام - الطبعة الأولى - ١٩٩٩ - دار النهضة العربية .
- ٤- د/ خالد جمال أحمد - الإلتزام بالإعلام قبل التعاقد - دار النهضة العربية - بدون سنة نشر
- ٥- د/ سليمان مرقس- شرح القانون المدني في الإلتزامات- ١٩٦٤- بدون دار نشر .
- ٦- د/عادل جبري محمد حبيب - مدى المسؤولية المدنية عن الإخلال بالإلتزام بالسر المهني أو الوظيفي - ٢٠٠٣- دار الفكر الجامعي .
- ٧- د/عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - نظرية الإلتزام بوجه عام (مصادر الإلتزام) دار إحياء التراث العربي - بيروت لبنان .
- ٨- د/ عبدالله مبروك النجار - مصادر الإلتزام الإرادية وغير الإرادية - الطبعة الثانية - دار النهضة العربية - ٢٠٠٢ .
- ٩- د/محمد أحمد عبد الخالق سلام - الشفافية والإفصاح في سوق الأوراق المالية - ٢٠١٣- بدون دار نشر - مكتبة الجمعية المصرية للإقتصاد السياسي والإحصاء والتشريع .
- ١٠- د/محمد حسن عبد الرحمن - د/ أبو الحسن إبراهيم علي - أحكام الإلتزام في القانون المدني المصري - ٢٠٠٧/ ٢٠٠٨ .
- ١١- د/ نبيل إبراهيم سعد - النظرية العامة للإلتزام - الجزء الأول- مصادر الإلتزام - ٢٠٠٤ - دار الجامعة الجديدة .

ثانياً :- المراجع المتخصصة

- ١- د/ مدحت محمد محمود عبد العال - أحكام الوساطة في إبرام عقد التأمين دراسة مقارنة بين التشريعات المصرية والإماراتية والفرنسية - ٢٠١٨ - دار نشر معهد دبي القضائي .
- ثالثاً :- الرسائل العلمية
- ١- أ/على طلال هادي - مسؤولية الوسيط في سوق المال العراقي -رسالة ماجستير - ٢٠٠٩ .

رابعاً :- الدوريات والمقالات

- ١- د/ أنيس سعد مسعود الزبير - مفهوم الإصلاح التشريعي من منظور الشريعة الإسلامية والقانون دراسة فقهية معاصرة - بحث منشور في مجلة كليات التربية - العدد الثامن عشر - أغسطس ٢٠٢٠ - جامعة عمر المختار / درنة ليبيا .

٢- المستشار / محمد عبد الفتاح عبد البر - إطلالة مقارنة على مسار جهود الإصلاح التشريعي - مقال منشور بتاريخ ٩ / ٢ / ٢٠٢٣ على موقع الإنترنت (منشورات قانونية) .

٣- د/محمد سامي عبدالصديق - المسؤولية المدنية في مجال خدمات الإستثمار دراسة تطبيقية على أنشطة الوساطة وإدارة محافظ الأوراق المالية في البورصة (القسم الأول والثاني) - مجلة الحقوق الكويتية - العدد ٣ - ٢٠١٢ .

٤ - أ/ محمود أبوزيد - الإصلاح التشريعي كضلع في مشروع مصر التنموي - مقال منشور على موقع نقابة المحامين المصرية بتاريخ ٢٥/٥/٢٠٢٢ .

خامساً:- القوانين واللوائح والقرارات ذات الصلة

١- القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٨١ بشأن الإشراف والرقابة على التأمين في مصر - المنشور في الجريدة الرسمية - العدد ١٠ (ب) في ٥ مارس ١٩٨١ .

٢- القانون رقم ١١٨ لسنة ٢٠٠٨ المعدل للقانون رقم ١٠ لسنة ١٩٨١ - المنشور في الجريدة الرسمية - العدد رقم ١٩ مكرر في ١١ مايو ٢٠٠٨ .

٣- اللائحة التنفيذية لقانون الإشراف والرقابة على التأمين في مصر رقم ١٠ لسنة ١٩٨١ .

٤- اللائحة التنفيذية للقانون المشار إليه المعدلة بقرار وزير الإستثمار رقم ٢٤٥ لسنة ٢٠٠٨ .

٥- قانون تنظيم أعمال التأمين العراقي الصادر بالأمر رقم (١) لسنة ٢٠٠٥ ، المنشور في الجريدة الرسمية لجمهورية العراق - العدد ٣٩٩٥ في ٣ آذار ٢٠٠٥ .

٦- تعليمات إجازة وسيط التأمين وتنظيم أعماله وتحديد مسؤولياته الصادرة برقم ١٠ لسنة ٢٠٠٦ والمنشورة في جريدة الوقائع العراقية في العدد ٤٠٣٨ بتاريخ ٢٦/٣/٢٠٠٧ .

٧- قرار رئيس الجمهورية رقم ٢٠٩ لسنة ٢٠١٧ بشأن إعادة تنظيم وتشكيل اللجنة العليا للإصلاح التشريعي - المنشور في الجريدة الرسمية - العدد ١٧ مكرر (٥) بتاريخ ٣/٥/٢٠١٧ .

٨- قرار مجلس إدارة الهيئة العامة للرقابة المالية رقم ٢٣ لسنة ٢٠١٤ - المنشور في الوقائع المصرية - العدد ٤٣ الصادر في ٢٣ فبراير سنة ٢٠١٤ بشأن القواعد الحاكمة لممارسة نشاط وساطة التأمين داخل جمهورية مصر العربية .

سادساً:- مواقع الإنترنت

١- WWW.MANSHURAT.ORG.COM

٢- WWW.EGYLS.COM

الرقابة القضائية لحماية المال العام كأحد عناصر الإصلاح التشريعي دراسة مقارنة بين القانون المصري والكويتي

م.د. إبراهيم أحمد المسلماني

دكتوراه القانون المدني/كلية الحقوق جامعة طنطا

تمهيد

تعد الرقابة القضائية نوع من أنواع الرقابة المالية حيث يقوم بها جهاز متخصص يكتسب الطابع القضائي في كل ما يتضمنه هذا الطابع من سمات سواء من حيث الإجراءات أو النطق بالحكم كما هو متبع في المحاكم العادية. ويعد هذا النوع من الرقابة من أهم نتائج التطور الذي طرأ على مفهوم الرقابة المالية ونظرا لأن موظفي الجهات الإدارية ربما يفتقدون إلي الخبرات والوقت الكافي للقيام بعملية الرقابة لهذا أسندت هذه المهمة إلي أجهزه متخصصة تطورت إلي أن اكتسبت الطابع القضائي.

والجديد بالذكر أن الرقابة المالية القضائية تختلف في فحواها عن الرقابة القضائية على أعمال الإدارة التي تمارسها المحاكم الإدارية في مصر والكويت وفي مصر يمكن القول أن القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٠ والمعدل بالقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٧٦ بشأن إنشاء مجلس الدولة المصري قد أعتبر أن القضاء الإداري يختص بنظر كافة المنازعات الإدارية كما يختص مجلس الدولة المصري بعملية الإفتاء وصياغة مشروعات القوانين واللوائح وقد نص قانون مجلس الدولة على أن يتكون المجلس من قسمين هما القسم القضائي والقسم الاستشاري ونص على أن القسم القضائي يؤلف من ثلاث محاكم هي المحكمة الإدارية العليا محكمة القضاء الإداري المحاكم الإدارية^(٥٥١).

أما بشأن الوضع في دولة الكويت فيمكن القول أن دولة الكويت قد أخذت بنظام القضاء الموحد بمعنى وجود جهة قضائية واحدة في الدولة وهي جهة القضاء العادي تكون مهمته الفصل في كافة المنازعات الإدارية والعادية على حد سواء. أما بشأن الرقابة المالية القضائية فهي تكون من اختصاص أجهزة إدارية ذات طابع قضائي حيث تتبع عادة السلطة التشريعية وينحصر هذا الاختصاص القضائي لأجهزة الرقابة المالية القضائية في مراقبه الحسابات العامة والحكم بالغرامة على المخالفين في التصرفات المالية الخاصة بالأموال العامة ولهذا يطلق عليها في الكويت اسم محكمة الحسابات أو ديوان الحسابات.

والرقابة المالية القضائية هي رقابة لاحقه أي أنها تحكم على الأعمال المالية بعد انتهائها فهي لا تكون سابقة أو معاصرة ويتسع نطاق سلطه قاضي الحسابات إلي لرقابة القضائية المالية على جميع الأموال التي تدخل في إطار الأموال العامة ما لم

(٥٥١) انظر نص المادة ٤ من قانون مجلس الدولة المصري.

يرد نص يستثنيها من هذا الشمول فالرقابة المالية القضائية بذلك يتم ممارستها عن طريق هيئة قضائية متخصصة حيث تعد من أفضل أنواع الرقابة المالية لكونها تمارس من قبل قضاة يتمتعون بمزايا وحصانات القضاة العاديين حيث يتوخون العدالة في حكمهم من أجل المحافظة على المال العام^(٥٥٢).

وتعد الرقابة القضائية هي بالاساس رقابه مطابقه والتزام واداء وتقييم حيث اوكل المشرع للقضاء المالي ممثلا في دائره المحاسبات مهمه القيام بهذه الرقابة ، وهذه المهمه تناولها الدستور ونظم اركانها القانون وحاك مبادئها فقه القضاء المالي ونسجت اهميتها اراء واجتهادات فقهاء القانون من اهل الاختصاص.

فالرقابة القضائية هي تلك الرقابة التي تمارسها هيئة قضائية مختصة للرقابة علي مدى ملائمة القوانين لاحكام الدستور ، وضمان احترام النظام العام المحاسبي. وتهدف هذه الرقابة الى التاكيد من ان العمليات الماليه تم تنفيذها وفق احكام القانون ، هذا وتمارس دائره المحاسبات باعتبارها قضاء مالي مؤسسه دستوريه الرقابة العليا على الأموال العامه.

وعلاوة على ذلك يمكن القول أن الأموال العامة تحظى بحماية قضائية مدنية وجنائية فهذه الحماية تهدف إلي صون المال والمحافظة عليه من الهلاك وإستمراريته في أداء وظائفه بانتظام واضطراد حتى تتحقق المصلحة العامة للدولة وكذلك الأفراد.

هذا ويلاحظ أن الرقابة القضائية إما أن تكون رقابة قضائية على الأموال العامة وإما تكون الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة وفي ضوء ذلك سوف تدور محتويات هذا البحث في مطلبين نتناول في المطلب الأول الرقابة القضائية المالية ثم نعرض في المطلب الثاني للرقابة القضائية على أعمال الإدارة وذلك على النحو الآتي.

المطلب الأول :- الرقابة القضائية المالية .

المطلب الثاني :- الرقابة القضائية على أعمال الإدارة .

المطلب الأول : الرقابة القضائية المالية

تعد الرقابة القضائية عملاً قانونياً يتم بواسطة هيئة قضائية تتسم بالكفاية القانونية والخبرة الواسعة ومؤهلات علمية تجعلهم قادرين على التصدي لأي عمل قضائي يواجههم، وتتم الرقابة القضائية على أعمال الإدارة وقراراتها ودستورية القوانين وحماية المال العام وكيفية ادارته، وهذا يؤكد مبدأ التعاون فيما بين السلطات الثلاث التشريعية والتنفيذية والقضائية ، ولا بد من وجود نوع من الرقابة والتعاون في الدولة وخاصة بين السلطات حتى يتم تحقيق أهدافها وغاياتها التي وجدت من أجله.

والرقابة القضائية أيضاً تعني أنها الرقابة التي تمارسها هيئة قضائية مختصة بالرقابة على مدى مشروعية تصرفات وقرارات الإدارة ، كما أنها تفرض رقابتها

(٥٥٢) د. احمد زهير شاميه ، د. خالد الخطيب ، المالية العامة ، دار زهران ، عمان ، ١٩٩٧ . ص ٣٠٤ .

على مدى ملائمة القوانين لأحكام الدستور، وفي جانب آخر وهي تمارس الرقابة على حماية المال العام والحفاظ عليها من الانحرافات والسلوك غير القانوني^(٥٥٣).

وينص قانون ديوان الرقابة المالية في الكويت على قواعد تقتضيها أعمال الرقابة المنوطة بالديوان وذلك من خلال تقديم السجلات والبيانات الصحيحة التي تتعلق بالجانب الإداري والمالي إلى ديوان المحاسبة وكذلك تنصب على قيام ديوان المحاسبة بالرقابة عليها من خلال التدقيق والفحص والتفتيش على المستندات والوثائق والمعاملات المالية والإدارية بصورة عامة، وكذلك زيارة المؤسسات العمومية والخصوصية في الدولة حفاظاً على أموال وأملاك الدولة من جهة ومحاربة الفساد والحد من الانحرافات غير القانونية من جهة أخرى سواء تتعلق بالقطاع العام أو القطاع الخاص^(٥٥٤).

فرقابة السلطة القضائية من أكثر أنواع الرقابة فاعلية ويحظى بدور مهم باعتبار القضاء جهة مستقلة لا سلطان عليه لغير القانون، وتهدف إلى حماية المال العام من تعسف الإدارة أو سوء تطبيقها للقوانين التي تنظم أعمالها مما يترتب عليه انحرافات أو مخالفات تسبب الضرر للدولة والأفراد، حيث تقوم هذه الرقابة بوضع السلوك الإداري داخل الإطار الذي يحدده القانون ومعاقبة المسؤولين عن الانحرافات والمخالفات التي تصدر عن هذا السلوك بسلطة الجزاءات التأديبية والمخالفات القانونية التي تقوم المحاكم بتوقيعها^(٥٥٥).

ويلاحظ أن المخالفة المالية قد ترتبط بجريمة من جرائم الاعتداء على المال العام، وفي هذه الحالة تتناول النيابة العامة دون غيرها الشق الجنائي من خلال التحقيق، والتصرف، والادعاء في الجنايات والجنح المنصوص عليها في المادة الخامسة من قانون حماية المال العام رقم (١ لسنة ١٩٩٣)، حيث لا يخل توقيع أحد الجزاءات المنصوص عليها في هذا القانون بحق إقامة الدعوى المدنية أو التأديبية ضد الموظف المتهم عند الاقتضاء، وهذا ما ورد النص عليه في المادة التاسعة من قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية رقم (١٧ لسنة ١٩٦٠) نص على أنه: (تتولى النيابة العامة سلطة التحقيق والتصرف والادعاء في الجنايات ويتولى سلطة التحقيق والتصرف والادعاء في الجنح محققون يعينون لهذا الغرض في دائرة الشرطة والأمن العام وتثبت صفة المحقق أيضاً لضباط الشرطة الذين يعينهم النظام الداخلي المنصوص عليه في المادة (٣٨)).

مع هذا فإن للنياحة العامة إن تحيل أية جنائية على المحققين أو الضباط في دائرة الشرطة لتحقيقها كما أن لرئيس دائرة الشرطة والأمن العام أن يعهد للنياحة العامة بالتحقيق والتصرف في أية جنحة إذا رأي من ظروفها أو أهميتها ما يتطلب

(٥٥٣) د. سامي جمال الدين، الرقابة على أعمال الإدارة، منشاه المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٢، ص

٢٥٧. د. عبد الله حنفي، مسئولية الدولة عن أعمالها غير التعاقدية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠، ص ٤٠.

(٥٥٤) د. سليمان محمد الطماوي، الوجيز في القانون الإداري، مطبعة عين شمس، القاهرة، ١٩٨٩، ص ٧٨٣.

(٥٥٥) د. مصطفى محمود عفيفي، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، أحكام وقواعد المسئولية العامة

للدولة، مطبعة كلية الحقوق جامعة طنطا، ٢٠١٠، د. عمرو أحمد حسبو، القضاء الإداري، دار

النهضة العربية، ٢٠٠٣، ص ٢٦٥.

ذلك، وذلك تأكيداً على أن دور ديوان المحاسبة يقتصر على الرقابة دون التحقيق ويكون معاون لهذه الجهة القضائية ، وذلك بحكم طبيعة عمله من الفحص والاطلاع على كافة المستندات في الجهات الخاضعة لرقابته، وإعداد تقارير شاملة توضح المخالفات التي تقع فيها الجهات والتي يترتب عليها في بعض الأحيان جرائم جنائية تقدم للنيابة في حال طلبها وتساعد النائب العام في هذه الحالة في وضع الحكم المناسب لها، وبعد صدور حكم جنائي بات يتولى الديوان التحقق من استرداد المبالغ التي صرفت دون وجه حق وجبر الضرر الناتج عن الجريمة ، والمشرع لم ينص صراحة في قانون إنشاء الديوان على إبلاغ هذه الجرائم إلى النيابة العامة ، ولكن يمكن الاستناد إلى نصوص المواد الواردة في كل من الدستور وتحديداً في المادة (١٧) نص على أنه: ((بأن للأموال العامة حرمة وحمايتها واجب على كل مواطن)).

وكذلك في قانون حماية الأموال العامة رقم (١ لسنة ١٩٩٣) وتحديداً في المادة الأولى رقم (١) نص على أنه: ((للأموال العامة حرمة ، وحمايتها ودعمها والذود عنها واجب على كل مواطن)) ونصت المادة (١٨) من القانون نفسه بشأن حماية المال العام على: ((كل من علم بوجود مشروع لارتكاب جريمة مما نص عليه في هذا القانون أو علم بوقوعها بالفعل وامتنع عن إبلاغ ذلك إلى النيابة العامة أو ديوان المحاسبة يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات وبغرامة لا تزيد على عشرة آلاف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين ...)).

وفي نفس السياق وتحديداً في المادة (١٤) من قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية رقم (١٧ لسنة ١٩٦٠) حيث أوجبت على ((كل شخص شهد ارتكاب جريمة ، وعلم بوقوعها، عليه أن يبلغ بذلك فوراً اقرب جهة من جهات الشرطة أو التحقيق، يعاقب من امتنع عن التبليغ))، ونلاحظ هنا أن على أي شخص علم بوجود جريمة أو حتى مشروع ارتكاب جريمة أن يبلغ النيابة العامة أو ديوان المحاسبة^(٥٥٦).

ومن خلال ما سبق يمكن القول أنه إذا كان إبلاغ النيابة العامة وجوبياً على كل من علم بوقوع جريمة من جرائم المال العام، فمن باب أولى يعطى هذا الحق لأعضاء الديوان وهم الرقباء على المال العام، غير أن مدقق الديوان حين قيامه بأعمال الفحص والمراجعة في الجهات الخاضعة للرقابة إذا ما تكشف له من الدلائل ما يشير بوقوع جريمة من جرائم المال العام ليس له أن يجزم بوقوعها أو يتدخل في يتكيفها أو وصفها بأنها جريمة جنائية أو يتهم أشخاص محددين فإن ذلك ليس من سلطته واختصاصه وإنما من سلطة واختصاص النيابة العامة .

ونلاحظ أيضاً بأنه إذا ظهر للديوان أثناء قيامه بالمهام المنصوص عليها في قانون إنشائه ما يشير إلى شبهة جريمة جنائية أن يرفع الأمر لرئيس الديوان للنظر في إمكانية إبلاغه النيابة العامة إذا ما ظهر إليه من الدلائل والمستندات ما يشير إلى

(٥٥٦) د.ابو بكر مصطفى بغيره، الرقابة الادارية في المنظمات مفاهيم أساسية ، المنظمة العربية للعلوم الادارية ، جامعة الدول العربية ، القاهرة ، ، العدد ٢٧٣ ، ص ٦٠ ، د. خالد عبد العزيز عريم، القانون الإداري الليبي، دار صادر للنشر، بيروت، ١٩٧١ ، ص ٣٠٢ .

وقوع جريمة جزائية ، وللدیوان الحق في إبلاغ النيابة العامة لما له من سلطة رقابية على المال العام وليس إحالة الجرائم إلى النيابة ، هذا لما تتطلبه الإحالة من اختصاصات معهودة إلى مأموري الضبط القضائي وهذا ما يخالف قانون الديوان، ولكن هناك ثمة علاقة أخرى بالنيابة العامة والمحاكم تحكمها القوانين العامة الأخرى المتمثلة في قانون الإجراءات الجزائية رقم (١٧) لسنة ١٩٦٠، والمرسوم بالقانون رقم (٤٠ لسنة ١٩٨٠) بشأن تنظيم الخبرة ، حيث أن النيابة العامة تباشر التحقيق الابتدائي وفقاً لأحكام قانون الإجراءات الجزائية باعتبارها الأمانة على الدعوى العمومية وتختص دون غيرها بالتحقيق والتصرف والادعاء في الجنايات والجنح المتعلقة بجرائم الاعتداء على الأموال العامة وفقاً للمادة الخامسة من أحكام القانون رقم (١ لسنة ١٩٩٣) بشأن حماية الأموال العامة .

كما تختص المحاكم الجزائية بالدعوى الجزائية وفقاً لأحكام قانون الإجراءات الجزائية ومنها الدعوى المتعلقة بجرائم الاعتداء على الأموال العامة . وقد منح قانون الإجراءات الجزائية رقم (١٧ لسنة ١٩٦٠) للنيابة العامة والمحاكم سلطة استدعاء من يرون لزوماً لسماع أقوالهم، كما منحهم هذا القانون وقانون تنظيم الخبرة الصادر بالمرسوم رقم (٤٠ لسنة ١٩٨٠) صلاحية الاستعانة فيمن ترى السلطات القضائية الاستعانة بهم كأهل خبرة في بعض الجرائم الماسة بالمال العام، وفي هذا المجال تتكون علاقة أخرى بين الديوان والمؤسسات والأجهزة ذات العلاقة بجرائم الاعتداء على الأموال العامة عن طريق الاستدعاء والاستعانة^(٥٥٧) .

وبشأن الوضع في مصر يمكن القول أن قواعد العامة في قانون الإجراءات الجنائية المعدل رقم ١٤٥ لسنة ٢٠٠٦ قد نصت في المادة ٢٠٦ مقرر على سلطة النيابة العامة في تحقيق دعاوى المال العام وخاصة جرائم الباب الرابع من الكتاب الثاني من قانون العقوبات لمن هو في درجة رئيس نيابة على الأقل، حيث تعتبر النيابة العامة هي السلطة الأصلية المختصة بتحريك الدعوى الجنائية ومباشرتها والتصرف فيها^(٥٥٨) .

وإذا كانت النيابة العامة هي صاحبة الاختصاص الأصيل بتحريك الدعوى الجنائية بصفتها ممثلة عن المجتمع وتنوب عنه في هذا الشأن، إلا أنها غير ملزمة بتحريك الدعوى الجنائية تجاه كل جريمة تصل إلى علمها فمن حقها أن تستخدم سلطاتها التقديرية في الموازنة بين مصلحة المجتمع الذي تمثله وبين تحريك الدعوى الجنائية على مرتكب الجريمة ، فقد تقدر النيابة العامة أنه قد يعود على المجتمع ضرر ما من تحريك الدعوى الجنائية في هذه الحالة ، وهو ما يسمى بحق النيابة العامة في الموائمة مثل حالات التصالح في دعاوى المال العام، ومن أهم الدول التي تعمل بمبدأ الموائمة مصر وفرنسا^(٥٥٩) .

(٥٥٧) د.احمد الدورين، الرقابة القضائية على المال العام، دار القلم للنشر، بغداد، ٢٠١٦، ص١٢٣.
 (٥٥٨) د.محمود محمود مصطفى، الجرائم الاقتصادية في القانون المقارن، الجزء الأول، الأحكام العامة والإجراءات الجنائية ، الطبعة الثانية ، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، ١٩٧٩ ، ص ٢٤٢ .
 (٥٥٩) د.محمد زكي أبو عامر، الإجراءات الجنائية ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، ٢٠١٣ ، ص٢٤٩ .

وجاء المشرع في المادة ١١٨ مكرر من قانون الإجراءات الجنائية ليضع قيوداً على تحريك الدعوى الجنائية بالنسبة للجرائم المنصوص عليها في المادة ١١٦ مكرر (أ) من قانون العقوبات، فقد نص على " لا يجوز رفع الدعوى الجنائية في الجرائم المنصوص عليها في المادة ١١٦ مكرر (أ) من قانون العقوبات إلا من النائب العام أو المحامي العام."

وتعتبر الجريمة الواردة بالمادة ١١٦ مكرر (أ) من قانون العقوبات جريمة إهمال الموظف العام وتسببه في إلحاق ضرر جسيم بالمال العام.

ووفقاً للمادة ١١٨ مكرر من قانون الإجراءات الجنائية فإن إذا ارتكب الموظف العام الجريمة المنصوص عليها في المادة ١١٦ مكرر (أ) من قانون العقوبات، فإنه لا يجوز للنيابة العامة أن تحرك الدعوى الجنائية ضده، إلا من النائب العام، أو المحامي العام، مما يعني أن من دون النائب العام أو المحامي العام، لا يجوز لهم تحريك الدعوى الجنائية، وإذا حركها غيرهم بالمخالفة لنص المادة ٨ من قانون الإجراءات الجنائية، فإنه يجب على المحكمة أن تقضي بعدم قبول الدعوى الجنائية، فإنه يجب على المحكمة أن تقضي بعدم قبول الدعوى الجنائية لرفعها ممن لا يملك ذلك.

وعلى ذلك فقد قضت محكمة النقض بأنه " لما كانت المادة ٨ مكرر من قانون الإجراءات الجنائية لا تجيز رفع الدعوى الجنائية في الجريمة المنصوص عليها في المادة ١١٦ مكرر (أ) من قانون العقوبات وهي جريمة التسبب بالخطأ في إلحاق ضرر جسيم بالأموال والمصالح، إلا من النائب العام أو المحامي العام وكان المشرع في البند (هـ) من المادة ١١٩ من قانون العقوبات قد اعتبر رؤساء مجالس الإدارة والمديرين وسائر العاملين في الجهات التي اعتبرت أموالها أموالاً عامة وفقاً للمادة ١١٩ من ذات القانون ومنها وحدات القطاع العام، موظفين عامين في تطبيق أحكام الجرائم المنصوص عليها في الباب الرابع من الكتاب الثاني من قانون العقوبات المتضمن للمادة ١١٦ مكرر منه المنطبقة على واقعة الدعوى وأراد معاقبة جميع فئات العاملين بالحكومة والجهات التابعة لها فعلاً أو الملحقة بها حكماً، مهما تنوعت أشكالها، وأياً كانت درجة الموظف العام أو من في حكمه وأياً كان نوع العمل المكلف به، واذ كان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه أن الطاعن يعمل رئيساً للقطاع المالي بشركة، وهي إحدى وحدات القطاع العام المملوكة للدولة فإنه يدخل في عداد الموظفين العاملين في تطبيق أحكام جريمة التسبب بالخطأ في إلحاق ضرر جسيم بالأموال وترتيباً على ذلك تنعطف عليه الحماية المنصوص عليها في المادة ٨ مكرر من قانون الإجراءات الجنائية، ومن ثم فإن محكمة ثاني درجة إذا لم تفتن لذلك، وألغيت الحكم المستأنف الذي قضى، وبحق، بعدم قبول الدعوى لرفعها على خلال ما تقضي به هذه المادة تكون قد أخطأت في تطبيق القانون، واذ كان حكمها المطعون فيه منهيًا للخصومة على خلاف ظاهرة اعتبار بأن محكمة أول درجة سوف تحكم حتماً بعد جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها، فإن الطعن في هذا الحكم يكون جائزاً، وقد استوفي الشكل المقرر في القانون، لما كان ما تقدم، وكانت المحكمة قد أخطأت بقضائها سالف الذكر، فإنه يتعين نقض الحكم المطعون فيه وتصحيحه

بالقضاء بتأييد الحكم المستأنف الصادر بعدم قبول الدعوى لرفعها بغير الطريق القانوني إعمالاً لنص الفقرة الثانية من المادة ٣٩ من قانون حالات وإجراءات الطعن أمام محكمة النقض الصادر بالقانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩. (٥٦٠)

إلا أن المشرع في العديد من التشريعات الجنائية الخاصة قد نهج ذات النهج الوارد في قانون الإجراءات الجنائية ، فأورد الحظر على رفع الدعوى الجنائية في بعض لتشريعات الجنائية الخاصة ، مثل ما تناوله المشرع في القانون رقم ٨٨ لسنة ٢٠٠٣ بشأن البنك المركزي الجهاز المصرفي والنقد، ونص على قيد خاص بتحريك الدعوى الجنائية بالنسبة لبعض الجرائم الواردة في جرائم اختلاس المال العام والعدوان عليه، فقد نصت المادة ١٣١ من ذات القانون على " لا يجوز رفع الدعوى الجنائية أو اتخاذ أي إجراءات من إجراءات التحقيق في الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون والقرارات الصادرة تنفيذاً له، وفي المادتين ١١٦ مكرر و ١١٦ مكرر (أ) من قانون العقوبات في نطاق تطبيق أحكام هذا القانون، إلا بناء على طلب من محافظ البنك المركزي أو طلب من رئيس مجلس الوزراء."

كما تضمنت المادة ٥٣ من القانون رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١ النص على أنه " لا يجوز إحالة الدعوى الجنائية إلي المحاكم في الجرائم المشار إليها في المواد ١١٦ مكرر ، ١١٦(أ)، ١١٦ مكرر (ب) من قانون العقوبات بالنسبة إلي أعضاء مجلس إدارة الشركات الخاضعة لأحكام القانون إلا بناء على أمر من النائب العام أو من النائب العام مساعد أو من المحامي العام الأول (٥٦١).

ونصت المادة السابعة من القانون رقم ١٥٥ لسنة ٢٠٠٢ على أنه " في تطبيق حكم الفقرة الأولى من المادة ١١٦ مكرر (أ) من قانون العقوبات، يكون الحد الأدنى لعقوبة الغرامة ألف جنية والحد الأقصى خمسة آلاف جنية (٥٦٢). وفي تطبيق الفقرة الثانية من المادة ذاتها، يكون الحد الأدنى لعقوبة الغرامة ألفي جنية والحد الأقصى عشرين ألف جنية ، وذلك إذا أصاب الضرر المصالح أو الأموال المتعلقة بنشاط التصدير.

ولا يجوز تحريك الدعوى الجنائية أو اتخاذ أي إجراء فيها، إلا بناء على إذن من الوزير المختص بالتجارة الخارجية . "كما جعل المشرع للنيابة العامة في جنايات الرشوة سلطة قاضي التحقيق في كافة الأوامر التي تصدرها فيما عدا الحبس الاحتياطي الذي أعاده المشرع للقواعد العامة ، ومن ثم فإن لا يجوز للنيابة أن تأمر بحبس المتهم في جناية رشوة إلا أربعة أيام فقط طبقاً للقواعد العامة ، غير أنه يجوز لها أن تأمر بتسجيل المحادثات وضبط المراسلات وتفتيش غير المتهم وغيرها من إجراءات مخولة أصلاً لقاضي التحقيق (المادة ٢٠٦ مكرر إجراءات).

(٥٦٠) هشام عبد الحميد الجميلي، موسوعة الجرائم المضرة بالمصلحة العمومية ، شرح جرائم الأموال العامة والتزيف والتزوير وتقليد الأختام والمسكوكات المزورة في ضوء مختلف الآراء وأحكام محكمة النقض، طبعة ٢٠١١ ، ص ٣٩٩ وما بعدها.

(٥٦١) المادة ٥٣ من القانون رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١.

(٥٦٢) المادة السابعة من قانون تنمية التصدير رقم ١١٥ لسنة ٢٠٠٢.

كما يحبز سرعة المحاكمة وذلك استجابة لمقتضيات المصلحة العامة في جرائم الفساد على وجه الخصوص التي تقتضى سرعة الفصل في الدعاوى الجنائية وتوقيع العقاب الملائم في حالة الإدانة تحقيقاً للردع العام وهو من أهم وسائل مكافحة الفساد وإعمال مبدأ علانية إجراءات المحاكم على ألا يخل ذلك بالمبادئ الأساسية في مجال حقوق الإنسان، لاسيما حقوق المتهم في مرحلته التحقيق والمحاكمة وحماية الضحايا والشهود.

وتتحقق حماية المصلحة العامة ، من خلال إسناد وظيفة التجريم والعقاب والإجراءات الجنائية إلي المشرع وحده ، تطبيقاً لمبدأ إنفراد المشرع بالاختصاص في مسائل الحقوق والحريات، باعتبار أن القيم والمصالح التي يحميها قانون العقوبات لا يمكن تحديدها إلا بواسطة ممثلي الشعب. وهو ما عبرت عنه المحكمة الدستورية العليا في قولها بأن القيم الجوهرية التي يصدر القانون الجنائي لحمايتها، لا يمكن بلورتها من خلال السلطة التشريعية التي انتخبها المواطنون لتمثيلهم، وأن تعبيرها عن إرادتهم يقتضيها أن تكون بيدها سلطة التقرير في شأن تحديد الأفعال التي يجوز تأنيبها وعقوباتها، لضمان مشروعيتها^(٥٦٣).

وعلي هذا النحو يعرف المواطنون سلفا القيم والمصالح التي ينبني عليها المجتمع والتي يحميها قانون العقوبات مما يسهم في تنمية الروح الاجتماعية ويحقق التماسك الاجتماعي ويحافظ على الثقة بين الشعب والدولة ، ويحقق الاستقرار في المجتمع الذي يقوم عليه الأمن القانوني^(٥٦٤).

المطلب الثاني : الرقابة القضائية علي أعمال الإدارة

عندما تعبت الإدارة بحقوق وحريات الأفراد وتبتعد عن أحكام القانون ، فإن الأفراد لا يكون بوسعهم إزاء حجية القرارات الإدارية إلا ان يلجأوا الى القضاء الإداري وعلى ذلك لا تتحرك الرقابة القضائية إلا بناء على رفع دعوى من ذوى الشأن ضد تصرف الإدارة المعيب.

فإذا قضت المحكمة في موضوع دعوى الإلغاء وصدر فيها حكماً قضائياً باتاً ترتب على ذلك أثر هام ، وهو إنهاء الخلافات القائمة بين الإدارة والأفراد أو بين الأفراد والأشخاص الاعتبارية العامة ، وحجية الأحكام تتضمن قرينتين هما قرينة الحقيقة وقرينة الصحة ، فقرينة الحقيقة هي ان يصبح الحكم عنوان الحقيقة فيما قضى به ، بينما قرينة الصحة تعنى ان الحكم قد صدر بناء على إجراءات سليمة ، وعلى ذلك لا يجوز المجادلة مرة ثانية بدعوى أصلية بل ان الأسس التي استند اليها هذا الحكم تصبح سوابق قضائية بغرض إرساء المبادئ القانونية التي ابتدعها مجلس الدولة في علاج المنازعات التي تثور في المخالفات الإدارية .

ويثور التساؤل في هذا الشأن حول صور الرقابة القضائية على أعمال الإدارة غير المشروعة وما هي نظم الرقابة القضائية التي اعتنقتها الدول.

(٥٦٣) دستورية عليا في ٢٢ فبراير عام ١٩٩٧ في القضية رقم ٤٨ لسنة ١٧ قضائية ، الجريدة الرسمية ، العدد ١٠ في ٦ مارس سنة ١٩٩٧.

(٥٦٤) أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات، (القسم العام)، طبعة ١٩٩٦ ، ص ٣٢.

سوف نتناول الإجابة على هذا السؤال من خلال البندين التاليين.

أولا :- صور الرقابة القضائية علي أعمال الإدارة .

قد توجد العديد من القضايا التي يتم عرضها على المحاكم الإدارية ومنها قضايا منازعات تتعلق بالمال العام حيث ترتكب الكثير من الأخطاء في مرافق الدولة وذلك من خلال الموظفين القائمين بالعمل في هذا المرفق ولاريب أن هذه الأخطاء تكلف الميزانية العامة للدولة خسارة باهظة لهذا تعد نظرية الأموال العامة من النظريات الهامة في القانون الإداري إذ الأموال العامة من أهم مقاومات الدولة وهي من المسائل والوسائل التي تساعد الإدارة على تحقيق النفع العام وإشباع الحاجات العامة للأفراد لذلك يطبق القضاء الإداري بشأن المنازعات المتعلقة بالأموال العامة^(٥٦٥).

ومن الجدير بالذكر أن الدستور المصري الحالي الصادر عام ٢٠١٤ قد نص على اختصاص مجلس الدولة على اعتباره جهة إدارية بالفصل في المنازعات الإدارية وأيضا يقوم بمراجعة العقود التي تكون الدولة أو أي من الهيئات العامة طرف فيها^(٥٦٦).

وقد يطلب من القاضى الإدارى فى الدعوى المرفوعة اليه وقف تنفيذ أو إلغاء قرار إدارى ، أو الحكم بفحص مشروعية التصرف الإدارى ، أو الحكم بالتعويض نظير ما فات الأفراد من كسب أو ما لحقهم من خسارة ، وعلى ذلك تصبح صور الرقابة القضائية أربع صور هي قضاء الإلغاء ، قضاء المشروعية ، قضاء التعويض ورقابة القضاء الجنائى

١ - بالنسبة لقضاء الإلغاء :-

وهو ما يلجأ الأفراد المتضررين من تصرف الإدارة المعيب بالطعن عليه أمام القضاء الإدارى طالبا الحكم بوقف تنفيذ أو بإلغاء القرار الإدارى المعيب ، وعندما يتبين للمحكمة صحة الطعن تحكم بالإلغاء تصرف الإدارة ، وهذا الحكم يحوز حجية الشئ المقضى واثر هذا الحكم يكون مطلقا ، أى ان حجيته عامة ومطلقة وليست حجية نسبية تقتصر على طرفى الدعوى^(٥٦٧).

ففى دعوى الإلغاء المختص فيها القرار الإدارى المعيب الذى يلغيه القاضى بالنسبة للمدعى وبالنسبة للجميع ، كما يختص قضاء الإلغاء بسلطة وقف تنفيذ القرار الإدارى إذا توفرت فيه مبررات الأستعجال وفقا لنص المادة ٤٩ من قانون مجلس الدولة المصرى رقم ٧٨ لسنة ١٩٧٢م^(٥٦٨).

(٥٦٥) د. احمد كامل حسن حسين ، النظام القانوني لأموال الدولة العامة (الدومين العام) رسالة دكتوراه كليه حقوق جامعه القاهرة ، ١٩٩٠.

(٥٦٦) المادة ١٩٠ من دستور جمهورية مصر العربية لعام ٢٠١٤.

(٥٦٧) د. محسن خليل ، قضايا الإلغاء ، دار المطبوعات الجامعيه ، ١٩٨٩. ص ٥. د. عبد الغنى بسيونى ، القضاء الإدارى ، الدار الجامعيه ، ١٩٩٢. ص ١٠٠.

(٥٦٨) د. طعيمة الجرف ، رقابه القضاء لاعمال الإدارة العامة ، قضاء الالغاء ، دار النهضة العربيه ، ١٩٩٤ ، ص ٢٩.

٢- قضاء التعويض :-

هي الدعاوى التي يحركها الأفراد ضد الإدارة إذا ما أصيبوا باضرار من جراء سير المرافق العامة في الدولة أو إخلال الإدارة بالتزاماتها في عقد مبرم بينها وبين الأفراد أو بين تصرفات العاملين بالقطاع العام (الجهاز الحكومي في الدولة) ويختص بهذا النوع القضاء الإداري ، وقد يختص به القضاء العادي وقد يشتركان معا في الأختصاص^(٥٦٩).

٣- قضاء فحص المشروعية :-

عندما يدفع الأفراد بعدم مشروعية القرار الإداري ، فلمحكمة ان تفحص جدية هذا الدفع ، فإذا تبين لها صحته استبعد القرار ، والاستيعاب هنا لا يعنى الإلغاء ، وانما يجوز إعادة إصداره على الوجه الصحيح بخلاف الحال في حكم الإلغاء الذي يعدم القرار وما ترتب عليه من آثار وما بنى عليه من قرارات إدارية فرعية بأثر رجعي من تاريخ صدور القرار أو التصرف ، ذلك لأن عدم المشروعية رافقت القرار منذ ميلاده وحتى لحظة إلغائه أمام قاضي المشروعية والأصل في فرنسا هو ان المحاكم الإدارية تختص دون غيرها بالفصل في كافة المنازعات الإدارية التي تصدر عن جهة الإدارة بشكل يخالف مبدأ المشروعية (سيادة القانون)^(٥٧٠).

٤- رقابة القضاء الجنائي :-

يراقب القضاء الجنائي اعمل وتصرفات الموظفين داخل كافة الإدارات والمصالح الحكومية ، فإذا ما صدر من أحد موظفي المصالح الحكومية أحد الجرائم المنصوص عليها في التشريع الجنائي فإن القضاء الجنائي هنا يبسط رقابته على موظفي الإدارة الذين قاموا بارتكاب جريمة من الجرائم الواقعة من الموظفين في حدود وظائفهم ومداهم ونطاقها وما يتعلق بالحماية الجنائية لموظفي الدولة أثناء تأدية أعمالهم.

ورقابة القضاء على الإدارة تنحصر في نطاق المشروعية دون التدخل في عمل الإدارة إذ لا يجوز للقضاء ان يحل محل الإدارة في مباشرة أختصاصاتها الإدارية ، وقد أتسعت رقابة القضاء الإداري لتشمل الرقابة على مدى ملائمة التصرف الإداري ، ورقابة الملائمة تمتد الى القرارات الإدارية والعقود الإدارية أيضا أى على التصرفات القانونية التي تجريها جهة الإدارة سواء في صورة قرار أو عقد إداري^(٥٧١).

(٥٦٩) د. جورجى شفيق ساري ، قضاء التعويض ، دراسته مقارنة ، الطبعة الثالثة ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٠.

(٥٧٠) د. توفيق شحاته ، مبادئ القانون الإداري، الجزء الاول ، ١٩٥٤ ١٩٥٥ . د. عثمان خليل ، القضاء الإداري ومجلس الدولة ، ١٩٥٦ .

(٥٧١) د. امين مصطفى محمد ، قانون الاجراءات الجنائية (التحقيق الابتدائي والمحاكمة)، دار مطبوعات الجامعية ، ٢٠١٢ ، ص ١٥٥ .

ثانياً :- نظم الرقابة القضائية علي أعمال الإدارة .

(١) نظام القضاء الموحد " النظام الانجلوسكسونى " :-

نعنى بنظام القضاء الموحد وجود جهة قضائية واحدة فى الدولة هى جهة القضاء العادى ، التى تفصل فى كافة المنازعات الإدارية والعادية على حد سواء ، وهذا النظام يتميز بوحدة القانون ، اى ان القواعد القانونية التى تطبق على الإدارة هى ذاتها التى تطبق على الأفراد ، وعليه فإن هناك وحدة فى القانون ووحدة فى التقاضى حيث يفصل الأخير فى المنازعات بناء على الأول الذى يحكم به المنازعات، ويوجد هذا النظام فى الدول الانجلوسكسونية ، أو الانجلوأمريكية ، كما فى دولة إنجلترا والولايات المتحدة الأمريكية ومن سلك دربها فى الدول العربية كالكويت والسعودية والعراق والاردن والسودان ، وفى ظل ها النظام تكاد تغلب المصلحة الخاصة على المصلحة العامة^(٥٧٢) .

ففى إنجلترا تتولى المحاكم العادية الرقابة على أعمال الإدارة وتسمى بمحاكم الشريعة التى تعنى السوابق القضائية بناء على عادات وتقاليدها المستقر عليها المجتمع وتتمثل فى مجلس اللوردات ومحكمة الإستئناف (محكمة أول درجة فى النظام الانجليزى) .

ونوع الرقابة هنا سابقة وقائية تعمل على منع الخطأ قبل وقوعه وحتى تحقق هذه الوظيفة تصدر للإدارة الاوامر التالية :-

- إلغاء التصرف ، وامر المنع من التصرف ، وأمر القيام بعمل اى الأمتثال ومع ذلك فإن هذه المحاكم لا ترقى الى درجة المحاكم الادارية فى النظام المدوج^(٥٧٣)

- ويتسم نظام القضاء الموحد بعدة سمات هى^(٥٧٤) :-

لا تعتبر النظم الانجلوسكسونية القانون الإدارى صاحب السيادة فى مجال المنازعات الادارية ، ففى إنجلترا نجد ان القواعد العرفية غير المدونة هى الشريعة العامة بجواز القواعد المكتوبة التى تحتل الدرجة الثانية أو المرتبة الثانية .

- يسود فى ها النظام مبدأ عام مسئولية الدولة ، فلا تسأل وفقاً للقاعدة القديمة فى إنجلترا التى فحواها (ان الملك لا يخطئ، والدولة ممثلة السيادة ، ومن ثم تستعصى طبيعتها المحاكمة الا بإرادتها المنفردة) .

ويقوم هذا النظام على أساس وحدة القانون ووحدة القضاء وتبسط المحاكم العادية رقابتها على أعمال الإدارة والأفراد معا .
ويتميز هذا النظام بما يلى^(٥٧٥) :-

نظام بسيط يخلو من الصعوبات الناشئة عن توزيع الاختصاص بين جهتى القضاء فى الدول التى تأخذ بنظام ثنائية الجهة القضائية .

(٥٧٢) د. سامي جمال الدين ، القضاء الإدارى، منشاه المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٣ ، ص ٣٠٦ .

(٥٧٣) د/ عبد المحسن ريان : دروس فى قانون القضاء الإدارى ، ط ١ ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٤م ، ص ٣٠ .

(٥٧٤) د. داوود الباز ، القضاء الإدارى مقارنة بالشريعة الاسلاميه ، طبعه ١٩٩٥ ، ص ١٧٠ .

(٥٧٥) د. داوود الباز ، القضاء الإدارى مقارن بالشريعة الاسلاميه ، المرجع السابق ، ص ١٧١ .

يعمل على إرساء قواعد العدالة وكفائتها حيث تخضع الإدارة والأفراد لقانون واحد وقاضى واحد.

ويعاب بتجاهله حاجات الإدارة ومقتضيات الصالح العام مع ان الإدارة تحتاج الى سلطات وامتيازات تجعلها فى مركز أقوى ممن يدخل معها فى علاقة ومع ذلك لا يعترف هذا النظام بهذه الامتيازات.

هذا النظام يهدر مبدأ الفصل بين السلطات حيث يسمح لجهة القضاء بالتدخل فى عمل السلطة التنفيذية .

تقلت الإدارة من الرقابة القضائية لتمتعها بسلطات واسعة فى مواجهة الموظفين وبالتالي لا يكفل هذا النظام الحماية الكافية لحقوق الأفراد .

(٢) نظام القضاء المزدوج

يقوم هذا النظام على اساس وجود قضاء إدارى متخصص فى المنازعات الإدارية بحيث يبسط رقابته عليها وبالتالي يوجد نوعين من المحاكم : العادية ويتربع على قمتها محكمة النقض ، والثانى المحاكم الإدارية ويتربع على قمتها المحكمة الإدارية العليا على ان تختص المحاكم العادية بالفصل فى المنازعات التى تنشأ بين الأفراد مع بعضهم البعض أو بينهم وبين الإدارة عندما تتعال معاملته الأفراد وليس معاملته سلطة ، ويحكم هذا النوع من القضايا القانون الخاص^(٥٧٦) .

وتختص المحاكم الإدارية بالفصل فى المنازعات التى تكون الإدارة طرفاً فيها باعتبارها صاحبة سلطة ويحكم هذه المنازعات القانون العام .

وهذا النظام (القضاء المزدوج) يعرف بالنظام اللاتينى وتعتبر فرنسا مهدده ، كما أخذت به عدة دول أخرى فى أوروبا وبلجيكا ومصر ولبنان وإيطالي واليونان .

واهم ما يميز هذا النظام هو مراعاة مبدأ الفصل بين السلطات بحيث يتم الفصل من الناحية العضوية وكذلك من الناحية الوظيفية وتكمن مهمة القضاء فى هذا النظام فى الفصل فى المنازعات الإدارية عن طريق البحث والتحرى فى مدى مطابقة تصرف الإدارة مع مبدأ المشروعية ولا يملك ان يحل محلها^(٥٧٧) .

فرقابة القضاء الإدارى فى هذا النظام رقابة فعالة على اعمال الإدارة تكمن فى مراقبة احترام مبدأ المشروعية وحماية حقوق وحرىات الافراد ضد تعسف الإدارة فى إستخدام سلطاتها ويتمتع القضاء الإدارى بسلطة إلغاء القرارات الإدارية غير المشروعة كما ان له ان يقضى بالتعويض لمن تضرر من اعمال الادارة غير المشروعة او نتيجة لمسئولية الإدارة عن عقودها المبرمة مع الأفراد^(٥٧٨) .

وفي رأيي أن نظام القضاء المزدوج أفضل من نظام القضاء الموحد بشأن الرقابة على أعمال الإدارة حيث ثبت بالتجربة نجاح هذا النظام وفاعليته فى صيانة الحقوق الفردية ، كما ان رقابة الإلغاء التى يباشرها القضاء الإدارى تعد من الوسائل التى تحد من تحكم الإدارة وتعسفها أو أستبدادها تجاه الأفراد. كما إن طبيعة العلاقات الادارية ومنازعاتها تستلزم قانون يتفق معها وينطبق عليها .

(٥٧٦) د. السيد ابو عيطه ، القضاء الإدارى ، منشاه المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠١٥ ، ص ١١٠ .

(٥٧٧) د. مصطفى ابو زيد فهمي ، القضاء الإدارى ومجلس الدولة ، الطبعة الثانية ، ٢٠٠٧ ، ص ١٣ .

وانظر مؤلفه ايضا ، النظام الدستوري المصري ، الطبعة التاسعة ، مطابع السعدني ، ١٩٩٦ .

(٥٧٨) د/ ذكى النجار : الوجيز فى القضاء الإدارى ، ٢٠١١/١٩٩٩ م ، ص ٦٢ .

الإصلاح التشريعي في ضوء لغة القانون وقانون اللغة.

Legislative reform in light of language of law and law of language

م.د. مولاي عبد الرحمن قاسمي

أستاذ مؤهل

جامعة ابن زهر المغرب

kassimimarcain@gmail.com

ملخص:

الواقع أثبت أهمية لغة القانون في كل إصلاح تشريعي، لتحقيق الأمن القانوني، من حيث صياغة التشريعات، ليسهل فهمها ويتوحد تطبيقها، ويبرز الخطأ القضائي كوسيلة آمنة للأمان القضائي، عامة، ثم الأمان والحماية من تقصير السلطات، أو تعسفها، أو خطئها، أو غلط صادر عن مستخدميها، أو مجرد ضرر ناتج عن نشاطاتها، خاصة، كسند معنوي قوي يحمل الناس على القبول بالقانون وطاعته، لذلك ستكون صياغة قواعد قانون اللغة محل دراسة في هذه الورقة، لكشف دورها في الرقي بلغة القانون، لتحقيق الأمن القانوني والقضائي، بألية الأمن اللغوي.

الكلمات المفتاحية: الإصلاح التشريعي، لغة القانون، قانون اللغة، صياغة، الأمن القانوني.

Abstract :

Reality proved the importance of the language of law in legislative reform to achieve legal security (legal in terms of its formulation or law making, drafting of text) and make legislation easy to grasp and unify its application. Therefore, judicial error emerges as a safe means of judicial security in general. Then safety and protection from the authorities (failure, abuse or their wrongdoing issued from their staff or mere harm resulting from their activities especially), as a strong moral support that leads people to accept and obey the law. Therefore, the drafting of the rules of language law will be The studied in this paper to reveal its role in advancing the language of law, and to achieve legal and judicial security through the mechanism of linguistic security.

Keywords : Legislative reform, language of law, law of language, drafting, legal security.

مقدمة:

قد يبدو العنوان جمعا لحقلين بحثيين منفصلين، لكن يصعب الفصل بين القصد ووسيلته، ولأن الأهمية النظرية والواقعية للجمع، حفزتني من داخل الحقل القانوني ومن زاويته للمشاركة في هذا المؤتمر المبارك، لإثارة الانتباه إلى حاجة الإصلاح التشريعي لإصلاح لغة القانون، وحاجة كل ذلك للدراسات القانونية المتخصصة مدعمة بالدراسات اللغوية، لأن كل من اللغة والقانون وسيلة لتحقيق المقاصد العليا لكل دولة ديمقراطية، ولأن الأمن اللغوي سبيل للأمن القانوني^{٥٧٩}، وهذا الأخير مدخل للأمن من كل النواحي.

ذلك أن اللغة جوهر هوية الأمم، عنوان حضارتها ووجودها، وعنوان مسيرتها التنموية، وسبب مهم من أسباب وحدتها، ووسيلتها لإحراز التقدم في كل المجالات؛ لذلك فالعناية بها نهج الدول المتقدمة، ونهج كل من يجعل الإصلاح والتنمية غايتها، يعتز ويفتخر بها، ويعمل على حمايتها، وتنميتها، وتعلمها، وتعليمها، وتنمية استعمالها في كل المجالات وخاصة القانونية منها.

وهو ما تؤكدته مختلف الدساتير، ومنها دستور المملكة المغربية^{٥٨٠}، في الفقرات الأولى من الفصل ٥ منه، الذي جاء فيه أنه: "تظل العربية اللغة الرسمية للدولة".

وتعمل الدولة على حمايتها وتطويرها، وتنمية استعمالها.
تعد الأمازيغية أيضا لغة رسمية للدولة، باعتبارها رصيدا مشتركا لجميع المغاربة بدون استثناء."

إلا أن إشكالية الاختلاف القضائي، المبني على اللغة، بشأن مجموعة من المقترضات، ينتج عنها إشكالية أخرى تتعلق بخلق أوضاع شاذة غير منصفة بين المتقاضين، فيتهدد الأمن القضائي نتيجة غياب الأمن القانوني، كما ينتج عنها ضرورة البحث عن الأجوبة الممكنة لبعض الأسئلة المتعلقة بها ومنها:

ما الذي يقتضيه الطابع الرسمي للغة، في كل إصلاح تشريعي؟ وكيف يمكن للدولة أن تحمي الأمن التشريعي، بحماية اللغة وتطورها، وتنمية استعمالها؟ ما أهميتها في صياغة القوانين؟ وهل يمكن فصل لغة القانون عن اللغة العامة؟ ودون

٥٧٩ - الأمن القانوني لم تعرفه معظم التشريعات، واعتمد الفقه في تحديد مفهومه على مبادئ أهمها: القوة الملزمة للعقد الصحيح واستقرار المراكز القانونية، التفسير الضيق للنص الجنائي، المساواة، وضوح القاعدة القانونية، عدم تناقض النصوص القانونية، استقرار العلاقات التعاقدية، الطابع التوقيعي للقانون، احترام الحقوق المكتسبة، احترام المراكز القانونية، عدم رجعية القوانين، احترام مبدأ الثقة المشروعة، وقد أكدت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان أن القانون يجب أن يكون توقعيا وسهل الولوج، وهو ذات المبدأ الذي أكد عليه مجلس الدولة الفرنسي في تقريره لسنة ٢٠٠٦، وكذا المجلس الدستوري الفرنسي في قراره بتاريخ ٢٩-١٢-٢٠٠٥ تحت عدد DC ٤٧١-٩٩ الذي أعاد التأكيد على أهمية الولوجية والوضوح في القواعد القانونية. ومن أهم المفاهيم التي تتقاطع مع هي: الثقة القانونية، اليقين القانوني، السلم القانوني، انظر: Thomas PIAZZON, La sécurité juridique, édition Alpha, 2010, p : 17 à 73.

٥٨٠ - ظهير شريف رقم ١.١١.٩١ صادر في ٢٧ من شعبان ١٤٣٢ (٢٩ يوليو ٢٠١١) بتنفيذ نص الدستور، الجريدة الرسمية عدد ٥٩٦٤ مكرر بتاريخ ٢٨ شعبان ١٤٣٢ (٣٠ يوليو ٢٠١١)، ص ٣٦٠٠.

الحاجة لثنائية المعيار والاستعمال؟ أم أن الدراسات القانونية تقتضي حماية لغة القانون وجعلها معيارية واعتبارها لغة ضمن لغة؟ وما الفرضية التي ستساهم في تحقيق الأمن اللغوي والقانوني؟ وما أهمية قانون اللغة في ذلك؟

ذلك ما سأحاول مناقشته من خلال الحديث عن أهمية اللغة القانونية وقانون اللغة، في كل إصلاح تشريعي، (بعد أن تتبعت الاختلاف القضائي في تطبيق بعض المقترضات القانوني نتيجة ضعف الضبط اللغوي لها،^{٥٨١}) بشكل يتيح للقارئ أن يستنتج تلقائياً، الحلول الممكنة لما تطرحه صياغة التشريع من إشكالات، وذلك حسب التقسيم الآتي:

المبحث الأول: لغة القانون، وأهميتها في الإصلاح التشريعي (تحقيق الأمن القانوني).

الفقرة الأولى: التعريف بلغة القانون، وطبيعتها.
الفقرة الثانية: أهمية لغة القانون، في تحقيق الإصلاح التشريعي.
المبحث الثاني: قانون اللغة التشريعية، وأهميته في تجويد التشريع، والرقي بلغة القانون.

الفقرة الأولى: التعريف بقانون اللغة التشريعية.
الفقرة الثانية: أهمية قانون اللغة التشريعية، في تجويد التشريع والرقي بلغة القانون.

المبحث الأول: لغة القانون، وأهميتها في الإصلاح التشريعي (تحقيق الأمن القانوني).

الأمن القانوني غاية الدول الديمقراطية في كل صياغة لقوانينها، وهو يرتبط بالأمن اللغوي الذي ينتظر أن تساهم فيه لغة القانون التي سأعرف بها وبطبيعتها، (الفقرة الأولى) لتجلية الصلة بينها وبين الأمنين وخاصة القانوني، الذي هو هدف أي إصلاح تشريعي (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: التعريف بلغة القانون، وطبيعتها.
اللغة هي تراكيب لعبارات أو إشارات ورموز أو أصوات منضبطة بقواعد عامة ومتفق عليها^{٥٨٢}، وأداة من أدوات تداول المعارف، وأهم وسيلة للتفاهم والتعايش بين أفراد المجتمع في جميع ميادين الحياة، وبها تسن القوانين وعلى وفق ضوابطها، إلا أنها تختلف باختلاف الناطقين بها، وباختلاف الحقول المعرفية^{٥٨٣}، ومن بينها لغة مجال القانون، وهي من لغات الاختصاص^{٥٨٤}؛ الحاملة للخطاب

^{٥٨١} - وهو الجزء الأول من هذه الدراسة، تم حذفه للاختصار، مع ترجمة خلاصته في الإشكالية أعلاه.

^{٥٨٢} - في تعريف اللغة تراجع المراجع المتخصصة، فقد استحضرت فقط ما يصلح في سياق الدراسة حسب فهمي.

^{٥٨٣} - مرتضى جبار كاظم، اللسانيات التداولية في الخطاب القانوني، منشورات ضفاف بيروت لبنان ودار الأمان بالرباط، الطبعة الأولى ٢٠١٥، ص: ٣٣.

^{٥٨٤} - لغة التخصص *langue de spécialité* أو اللغة المتخصصة *langue spécialisée* أو لغة خاصة *langue spéciale*، أو في الاستعمال الإنجليزي LSP بمعنى اللغة ذات الغرض الخاص (language for special purpose) هي كما يعرفها بعض الباحثين المتخصصين فيها من أمثال دوبوا Dubois

القانوني الوظيفي العام والاجتماعي، حيث يكتسب طبيعتها وتتأثر هي بتطور القانون.

لذلك فاللغة، أو لغة القانون، هي اللغة العامة تستعمل استعمالاً خاصاً، وتأخذ دلالات خاصة، في سياقات خاصة، لأنها توظف لإنتاج وتداول معلومات ذات طابع تخصصي، ولا تعرف على أنها لغة ذات خصائص نحوية أو لسانية، وإنما ذات شروط استعمال محددة؛ لأنها تنسج بمصطلحات ومفردات أو مجموعة مفردات وكلمات ذات أصل اللغة العامة^{٥٨٥}، أو يتم توليدها منها، وتكتسب معان مرتبطة بمجال الاختصاص؛ غير أنها قد تأخذ دلالة اصطلاحية قانونية، فيتشكل الخطاب القانوني المتخصص الذي يندرج ضمن اللغة الطبيعية التي تحمله^{٥٨٦}؛ وهي ليست لغة معزولة، ولكن مجرد استعمال فريد ومختص ومحدد للغة العامة؛ رغم أن العموم والتجريد من خصائص القاعدة القانونية المعبر عنها بهذه اللغة المتخصصة.

ومن حيث مدى اعتبار لغة القانون لغة تقنية، فهناك من يرى أنها لغة واحدة، إلا أنها تستخدم خطابيين: الأول عام يتيح للجميع فهم حقوقهم، والثاني تقني متخصص يتكون من مصطلحات، لا يدركها سوى من تخصص في علم القانون^{٥٨٧}؛ فتبدو، بذلك، أنها جزء لا يتجزأ عن اللغة العامة، رغم اختلاف نوع الخطاب؛ وأما اعتبارها لغة تقنية ومستقلة، فيتم ربطه بصعوبة فهمها من طرف القارئ العادي، وتستخدم مصطلحات دقيقة وخاصة، تجعل من لغة صياغة النص القانوني مستقلة تماماً عن اللغة الطبيعية، معنى وليس مبنى^{٥٨٨}؛ أو أن "اللغة القانونية هي الاستعمال الخاص بالقانون للغة العادية، ومن هذا الاستعمال تستقي طابعها المركب"^{٥٨٩} أو أن القانون قد أصبح علماً له لغة خاصة به، تشتمل على مصطلحات ومفردات ينفرد بها^{٥٩٠}.

لورا: "Lerat : خليط بين المصطلحات و وسائل لسانية أخرى تهدف إلى إزالة الغموض عن عملية التواصل في ميدان معين " ، أو " لغة تبني خطاباً مختصاً يتصف بمكوناته المفهومية و اللسانية و السياقية تعكس نظاماً متصورياً و مفهومياً و معجمياً مختصاً هدفه التواصل بالمعرفة المختصة بين الجماعات العلمية المختصة."

٥٨٥ - عبد القادر الشخلي، فن الصياغة القانونية تشريعاً وفقها وقضاء، الطبعة الأولى ١٩٩٥، مطبعة دار الثقافة للنشر والكتاب عمان الأردن، ص: ١٠٤.

586 - Gérard Cornu; Linguistique juridique; Edition Delta 2001 Diff; Librairie le Point jdeidet el Metn; Beyrouth Liban; 2^m édition; Domat droit privé; p: 319.

٥٨٧ - سعد الله زهرة وصفور أحلام، بنية النص القانوني، وهران، دار الغرب للنشر والتوزيع، ٢٠٠٦ ص: ٣٥.

٥٨٨ - د.محمد شليح، دور الميتودولوجية القانونية في تحسين اللغة القانونية من خلال بعض النماذج الاصطلاحية في القانون المغربي للالتزامات والعقود، مجلة القانون والاقتصاد عدد مزدوج ٢١، ٢٢، يناير ٢٠٠٦ ص ١٦ و ١٧.

٥٨٩ - محمد شليح، تأويل العقود في قانون الالتزامات والعقود المغربي، نشر مختبر قانون الالتزامات والعقود المغربي بكلية الحقوق فاس، طبع SIPAMA FES، الطبعة الأولى ٢٠١٧، ص: ٢٥٣.

٥٩٠ - عاطف سعدي محمد على (نائب رئيس مجلس الدولة جمهورية مصر العربية)، مهارات استخدام اللغة القانونية في مجالي التشريع والإفتاء القانوني، المجلة العربية للفقهاء والقضاء، العدد ٥١ سنة ٢٠١٧، بحوث ودراسات، ص: ٤٩.

وتزداد صعوبة وابتعادا عن اللغة العامة، عند من ميز بين لغة التشريع، ولغة القضاء، ولغة المحاماة^{٥٩١}، ولغة العقود ولغة التقاضي ثم اللغة الأكاديمية^{٥٩٢}، ثم لغة أو الخطاب العرفي والخطاب الإداري، وكلها تشكل الرصيد المشترك للخطاب التشريعي^{٥٩٣}، حيث إن تعدد المجالات والجهات قد يفيد عندهم تعدد الخصوصيات والتقنيات التي تجعلها مستقلة.

والرأي فيما يبدو، أن لغة القانون، وإن كانت صعبة ومتعددة مجالات الاستعمال، فهي واحدة وغير مستقلة وترتبط بأصل الوضع، ومصادرها هي نفسها مصادر القانون، أي أن أصلها واحد، كان تشريعا أو فقها أو قضاء وغيرها، ولو اختلفت القوالب باختلاف الجهة المستخدمة لها، وتوعدت استعمالاتها ومجالاتها، كما أنها لغة التخصص دون أن تكون مستقلة ولا تقنية، لكونها مرتبطة ارتباطا وثيقا باللغة الطبيعية، أو يجب أن تكون كذلك، لأن اللغة السليمة والصحيحة هي التي لا تقطع الصلة باللغة الأم؛ وتحقق التوافق بين المصطلح والمفهوم، حيث لا يمكن أن تتحقق جودة النصوص القانونية، وسلامة فهمها وإفهامها وتداولها، وصحة التفسير القضائي والفقهى للأحكام المعبر عنها، إلا بالتقيد بأصل الوضع بقواعد اللغة العادية المألوفة، لكون نظامها الأساسي لا يتغير أبدا؛ وأكثر من ذلك فكون اللغة رسمية هو ما يلزم الجميع باستعمالها، وعلى وفق نظامها الثابت، ولو تغير مجال الاستعمال ومصطلحاته، أي أن لغة القانون غير مستقلة، بل تابعة للغة العامة ومقيدة بقواعدها، وهي الواجب الاحتكام إليها في كل اختلاف بينهما.

وأما كون النصوص القانونية يصعب فهمها تلقائيا، من طرف غير المتخصص، فلأن القانون ومواضيع التنظيم القانوني هي التي لها الطبيعة التقنية، وليس اللغة الحاملة لها؛ بالإضافة إلى أن لغة القانون رغم أنها تتأثر بالتوجه العالمي لتدويل القاعدة القانونية، فتستعمل الدول في قوانينها كلمات لا تنتسب إلى اللغة الرسمية لها، وإنما مستوردة من نظام قانوني آخر له لغة أخرى، ولا نجد لها استعمالا إلا في لغة القانون، إلا أنها بمعان تنتسب إلى اللغة العامة للدولة المستوردة ولنظامها القانوني^{٥٩٤}، على اعتبار أن لغة الاختصاص تتميز باحتوائها كما هائلا من مصطلحات ومفردات قد تخرج عن إطار اللغة العامة الأصلية فور دخولها مجال

^{٥٩١} - عز الدين عبد الله - لغة القانون في مصر - مجلة مصر المعاصرة، العدد ٣٨٤ لسنة ١٩٨١، ص: ٢٠١.

^{٥٩٢} - محمد إقبال ياسين المشهداني، لغة القانون، مقال منشور بمجلة جامعة الأنبار للغات والآداب، العدد ١ لسنة ٢٠٠٩، ص: ٦٧٣.

^{٥٩٣} - Gérard Cornu; Linguistique juridique; Edition Delta 2001 Diff; Librairie le Point jdeidet el Metn; Beyrouth Liban; 2^{ème} édition; Domat droit privé; p:18.

^{٥٩٤} - وهي كثيرة كالشيك والسنديك...وكالمركب التمييزي " الحق العيني " كمصطلح قانوني، والذي لم يستعمله الفقه الإسلامي إلا حديثا جريا على اصطلاح الفقه الغربي، حيث يعرف بأنه: " سلطة يعطيها القانون لشخص على عين بالذات " أنظر عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالفقه الغربي، مطابع دار المعارف بمصر ١٩٦٧، نشر جامعة الدول العربية معهد البحوث والدراسات العربية، من الصفحة ١٣ إلى ٣٠.

الاختصاص^{٥٥}، ولو بقيت الصلة بينهما، وهو من بين ما يصعب على غير المتخصص فهمها؛ ومع كل ذلك فالأصل في اللغة القانونية أنها لغة تفريرية مباشرة^{٥٦}، كما أنها لغة يفترض أن يندم فيها الترادف بين الألفاظ والمصطلحات، وتتوحد دلالاتها في السياق الواحد، وتبتعد عن التعابير العامة والغامضة والملتبسة، أي أنها لغة لها ما يميزها عن غيرها^{٥٧}، وليس بلغة عفوية، بل مرتبطة بالتخصص، والمتخصصين، وهي بالنسبة لهم لغة مرئية Visual language^{٥٨}، كتبت لا للتواصل العام، وإنما وسيلة لبلورة مختلف الأحكام؛ فهل تستطيع بذلك أن تضمن الأمن القانوني للمتخصص وغيره؟ أم هي لغة تفتح باب التسلط والتحكم؟

الفقرة الثانية: أهمية لغة القانون، في تحقيق الإصلاح التشريعي.

إذا ثبت فيما سبق أن لغة القانون ينبغي أن تكون مضبوطة، بنظام خاص ويخضع لنظام عام، فقد ثبتت معه الأهمية القصوى لها، ليس فقط من الناحية الثقافية والتواصلية، لكونها وسيلة لنقل الأفكار والمعارف والأحكام وحفظ الذاكرة التشريعية للشعوب، بل لكونها أيضا أداة للحكمة التشريعية، تمكن من وضع وصياغة القواعد القانونية بأقل العبارات لتحقيق أجود النتائج، الضامنة للتطبيق السليم الذي يكسب الثقة بالقانون والقضاء.

ولأن الصياغة القانونية هي نقطة التقاء بين اللغة والقانون^{٥٩}، فإنها إن لم تكن في اللغة والشكليات المضبوطة والواضحة، جاءت المعاني متداخلة، وتجعل قارئ النص القانوني والمخاطب به ومطبقه في حيرة وخط، ومن أخطر تجليات ذلك الاختلاف السلبي للقضاء في كثير من القضايا إلى حد التناقض^{٦٠}، ولا يليق بثبوت ذلك أن تتعت بالصياغة، لأن هذه الأخيرة تعني السبك والحك، وترصيف الكلام ثم تهذيبه وتزيينه وتخليصه مما يشينه عند الفصحاء^{٦١}.

^{٥٥} - نجاة سعدون وجمال بوتشاشة، البناء اللغوي للنص القانوني ما بين العربية والفرنسية في ظل لغة الاختصاص، مقال منشور بمجلة الأثر الجزائرية، العدد ٢٨ جوان ٢٠١٧، ص: ٣٩.

^{٥٦} - وأن كل كلمة لها معناها العام أو الاصطلاحي الخاص يقصد لذاته، حتى ولو أدى ذلك إلى عيب في الأسلوب وبلاغته، لأن اللغة القانونية لا تستعمل المحسنات البديعية والبلاغية، وتبتعد عن الخيال والإبداع البلاغي الذي يميز الأعمال الأدبية الفنية كالمشعر والقصة والمسرح... لكنه يضيف الغموض على لغة القانون.

^{٥٧} - ينظر عبد الإله فونتير، اللغة العربية والنص التشريعي، تأملات وإشكالات، مقال منشور في مطبوعات أكاديمية المملكة المغربية، سلسلة الندوات، اللغة العربية في الخطاب التشريعي والإداري والإعلامي بالمغرب، مطبعة المعارف الجديدة الرباط، ٢٠١١، ص: من ٦١ إلى ٦٣.

⁵⁹⁸ - David Crystal and derek Davy, investigating English style, Hong Kong ; Longman Group LTD 1986, P:194

^{٥٩} - حسنية أبو هلال، تقنيات الصياغة القانونية مطلب الجودة التشريعية، مقال منشور بمجلة المتوسط للدراسات القانونية والقضائية، العدد الثالث، ص: ٢٦١.

^{٦٠} - لمعرفة الأمثلة عن ذلك في التشريع المغربي وتطبيقاته، أنظر مثلا الطيب بن لمقدم، القرارات القضائية المتناقضة لمحكمة النقض، الطبعة الأولى ٢٠١٩، في كتابين، مطبعة الأمنية الرباط.

^{٦١} - عبد الحافظ عبد العزيز، الصياغة التشريعية، دار الجيل، بيروت، طبعة ١٩٩١، ص: ١١.

بل إنه إذا جاءت الصياغة معيبة فقد تخرق مبادئ الديمقراطية وحقوق الإنسان، ليس من القانون نفسه بل من صياغته^{٦٠٢}؛ لذلك يعد الاعتناء بلغة النصوص القانونية عاملاً أساسياً في الأنظمة الديمقراطية، لما له من تأثير على صدق الإصلاحات التشريعية، وعلى تطبيقاتها بكيفية سليمة، بعيداً عن كل تأويل أو تعسف أو شطط أو خطأ في استعمال السلطة التقديرية^{٦٠٣}؛ ذلك أن المتقاضين يجب أن يكونوا متساوين أمام القانون حسب المادة السادسة من الشريعة الدولية لحقوق الإنسان^{٦٠٤}، وهو ما يقتضي تساويهم في فهمه بلغتهم وإدراك تطبيقاته باللغة التي يفهمونها، ليأخذ الخطاب القانوني بعده الطبيعي، كاللغة التي صيغ بها، باعتبارها عامان ومجردان، وليكون للمبدأ الروماني: "لا عذر لأحد في جهل القانون" معنى حقوقي، وليس تسلطي قهري.

وارتباطاً بذلك فإن: "من شرط تعلق الخطاب بإمكان فهمه لأنه إلزام يقتضي التزاماً"^{٦٠٥} لذلك فضمان المشروعية وتفادي التعسف اللغوي^{٦٠٦}، يستوجب العناية بالصياغة ولغة القانون أساساً، حيث إنه من بين أصول ومبادئ الصياغة القانونية أن تستعمل لغة المخاطبين به، لأنها وعاء فكرهم ومكون أساسي لهويتهم، وأن استعمال غيرها يؤدي إلى عدم الدقة^{٦٠٧}، وغياب الوضوح والبيان ومن تم تعذر تحقيق القانون لأهدافه، فيكون وجوده كعدمه؛ بل غيابه خير من وجوده، لأنه قد يخلق أوضاعاً شاذة غير منصفة بين المخاطبين به، فيتهدد الأمن القضائي، نتيجة غياب الأمن القانوني المرتبط بغياب الأمن اللغوي.

ومما يمكن أن يجنب التشريع عدم المشروعية وعدم الدستورية، أن يعتمد اللغة الرسمية للبلاد، فمثلاً، إن اللغة المعتمدة، حالياً، في التشريع المغربي هي اللغة العربية، إلا أن الأمازيغية تعد أيضاً لغة رسمية للدولة، باعتبارها رصيماً مشتركاً لجميع المغاربة بدون استثناء (الفصل الخامس من الدستور)، ومظهر من مظاهر سيادة الدولة، فوجب اعتمادها أيضاً في صياغة النصوص التشريعية والتنظيمية^{٦٠٨}،

٦٠٢- انطوان مسره، استعادة أصول الصياغة التشريعية في لبنان، ضمن عمل أربع ندوات وورقات عمل عقدتها المؤسسة اللبنانية للسلم الأهلي الدائم، منشورات نفس المؤسسة المكتبة الشرقية، ٢٠٠٦، ص ١٢٩.

٦٠٣- ميلود بلقاضي "العناية بالنصوص القانونية تساهم في ديمقراطية المغرب" مقال نشرته هيسبريس يوم ١٢ أبريل ٢٠١٤.

٦٠٤- منشورات الأمم المتحدة سنة ٢٠٠٦، مفوضية الأمم المتحدة السامية لحقوق الإنسان ص ٢.

٦٠٥- الإمام الشاطبي في الموافقات، الجزء الأول، الطبعة التجارية، ص: ٢٨٥.

٦٠٦- كما هو الأمر عند فرض التحرير بلغة غير رسمية، والإقرار القضائي بذلك، حيث: "يبقى الدفع ببطلان محضر المعاينة لكونه محرراً باللغة الفرنسية، دفعا مردوداً، لكون محضر المعاينة لا يدخل ضمن الوثائق التي تطلب القانون تحريرها باللغة العربية"، في قرار لمحكمة الاستئناف بالدار البيضاء عدد ٤٥٨٤، بتاريخ ٢٠١٩/٦/١٩، في الملف الجنحي التليسي عدد ٢٠١٩/٢٦٠١/٦٣١، منشور بمجلة رئاسة النيابة العامة، العدد الأول، يونيو ٢٠٢٠، ص: ٢٧٢.

٦٠٧- يراد بالدقة في الصياغة عامة: ضبط النص باستعمال أقل الكلمات وأوضحها عند المخاطب، لتفادي الغموض والتأويلات.

٦٠٨- وفي هذا السياق قرر حكم للمحكمة الإدارية بالرباط، المغرب، رقم ٣٧٩٢، بتاريخ ٢٠١٧/١٠/٢٠، ملف عدد ٢٠١٧/٧١١٠/٨٤٥ أن: "إصدار وزير الصحة لمحضر باللغة الفرنسية مؤثر في المركز القانوني للطاعنة يعد عملاً مخالفاً لقواعد الدستور، وهو بذلك مشوب بغيب المخالفة الجسيمة للقانون."

رغم ما سيطرته ذلك من عيوب الازدواجية اللغوية، والمرتبطة باختلاف الدلالات بين اللغتين في منظومة قانونية واحدة، لأن اختلاف المباني سينعكس سلبا على المعاني وتعددها داخل نفس المنظومة، فتزداد الإشكالية موضوع الدراسة عمقا. ويبقى الأساس في لغة القانون أن توحد وتؤمن مقاصد القانون، لتحقيق الفهم والإفهام بحياد واستقلال وبالذقة الكفيلة بضمان الشرعية وفصل السلط، وقد ترقى إلى لغة التخصص لفئة متخصصة، إلا أنها لا يجب أن تصل إلى حد الغموض عند عامة الناس، أو تعدد التفسيرات نتيجة تعدد لغات الصياغة، بل ينبغي التوفيق بين كونها متميزة بدقتها وصرامتها، وكونها بسيطة يفهمها عموم المجتمع الذي يحترم فيه التعدد اللغوي، دون إمكانية تطويعها والوقوع في التحكم.

لأن الأمن المفترض من القاعدة القانونية، يقترن باللغة التي حرر بها، حيث إن ضبط سلوك الإنسان رهين بضبط لغته، أولا، والانضباط بقواعدها، ثانيا، بعد توحيد لغة الصياغة التشريعية، لأن أي تجاوز لفنونها وقواعدها في بناء النص القانوني، يترتب عنه التباس وغموض، ينعكسان على هدفه في رعاية المصالح العامة والخاصة.

خاصة أن كل كلمة في لغة القانون، وخاصة المادة الزجرية، تعني شيئا محددا بالذات، ولا مكان للمشترك اللفظي فيها^{٦٠٩}، وإلا سيفسر على أساس اختلاف المبني دليل على اختلاف المعنى؛ فيفتح باب عدم الثقة في القانون والقضاء؛ فوجب بناء الثقة في اللغة القانونية، لتجد السياسات طريقها للنفاذ وتحقيق مقاصدها، بما يفرضه ذلك من مراعاة التبسيط والوحدة في الخطاب القانوني، بعيدا عن التعقيد اللفظي والمعنوي، دون جعلها لغة عامية ولا متعددة، ودون إهدار الضوابط اللغوية الثابتة، كي لا توصف اللغة القانونية بأنها أصل الاختلاف في فهم النصوص التشريعية، بدل الإقرار بصعوبتها المرتبطة بتخصص وتعقد مجالات القانون.

لذلك، فإن عملية الصياغة هي من أعقد العمليات لما تتطلبه من المهارات والخبرات، وراقي المستوى اللغوي والفكري والقانوني، وما تقتضيه من جمع معطيات مختلفة تستمد من مجالات كبرى، خدمة لسياسة رسمية، وحماية للحقوق والحريات^{٦١٠}، وتسهيلا للأمن القضائي، المبني أيضا على أساس لغة رسمية واحدة.^{٦١١}

٦٠٩ - عادل يوسف الشكري، فن صياغة النص العقابي، مطبعة زين الحقوقية، الطبعة الأولى ٢٠١٧، ص: ٢٣٠.

٦١٠ - نوال بنعمي الوهابي، صياغة النصوص القانونية، مقال منشور بمجلة دراسات وقائع دستورية، العدد ١٠، ٢٠١٠، ص: ٨٩.

٦١١ - تنص المادة ١٤ من القانون رقم ١٥.٣٨ المتعلق بالتنظيم القضائي المغربي، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم ٣٨.٢٢.١ صادر في ٣٠ من ذي القعدة ١٤٤٣ (٣٠ يونيو ٢٠٢٢)، المنشور بالجريدة الرسمية عدد ٧١٠٨، ١٤ ذو الحجة ١٤٤٣ (١٤ يوليو ٢٠٢٢)، ص: ٤٥٦٨، على أنه: "تظل اللغة العربية لغة التقاضي والمرافعات وصياغة الأحكام القضائية أمام المحاكم، مع تفعيل الطابع الرسمي للأمازيغية طبقا لأحكام المادة ٣٠ من القانون التنظيمي رقم ٢٦.١٦ المتعلق بتحديد مراحل تفعيل الطابع الرسمي للأمازيغية وكيفية إدماجها في مجال التعليم وفي مجالات الحياة العامة ذات الأولوية.

تقدم الوثائق والمستندات للمحكمة باللغة العربية، وفي حالة الإدلاء بها بلغة أجنبية، يمكن للمحكمة، تلقائيا أو بناء على طلب الأطراف أو الدفاع، أن تطلب تقديم ترجمة لها إلى اللغة العربية مصادق على صحتها من

وعموما، فإن الأمن اللغوي في المجال التشريعي، هو سلامة وموثوقية أهم وسيلة لبناء القواعد القانونية، وهي لغة القانون، وذلك رهين بوحدتها والاهتمام بها، بحمايتها وضبطها وحسن استعمالها، تحت طائلة جزاءات يفترض أن يفرضها قانون اللغة التشريعية الذي هو موضوع المبحث الآتي.

المبحث الثاني: قانون اللغة التشريعية، وأهميته في تجويد التشريع، والرقي بلغة القانون.

الرقي بلغة القانون رقي بالقانون، عامة، وتجويد للتشريع، خاصة، بل ورقي بالمجتمع في كل المجالات التي تنتظم به، لأنها الوسيلة التي يسن بها التشريع ويفرض ويتداول في المجالات المختلفة، لذلك فالارتباط قائم بين التشريع ووسيلة سنه جودة وريادة؛ فوجب ضبط هذه اللغة بقانون خاص بها، بالموازاة مع ضبط التشريع، وعليه سأحدد المقصود بقانون اللغة التشريعية في سياق الدراسة، (الفقرة الأولى) لإبراز أهميته في تجويد لغة القانون كشرط لجودة القانون (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: التعريف بقانون اللغة التشريعية.

إذا كانت لغة القانون، الحاملة للخطاب القانوني، هي اللغة العامة تستعمل استعمالاً خاصاً، وتأخذ دلالات خاصة، في سياقات خاصة، فإن قانون اللغة التشريعية هو مجموعة من القواعد القانونية التي يجب أن تحمي هذه الخصوصية، بأن تنظم كل ما يحمي لغة التشريع، من حيث هو المصدر الرسمي للقانون، وهي قواعد قانونية تشمل المبادئ التي تنظم عملية صياغة التشريعات، وقواعد اللغة العامة وكيفية استعمالها في التشريع، وكل ما يوحد ويضبط عملية الصياغة التشريعية، بانسجام مع السياسة اللغوية للبلد^{٦١٢}؛ وهو القانون بمثابة التعبير الصادق عن الإرادة السياسية في تفعيل مقتضى دستورية اللغة، وتطوير استعمالات اللغة الرسمية، بما يجعلها تحقق الأمن القانوني داخل المجتمع.

ولما كان قانون اللغة التشريعية في معظم البلدان، مطلب لم يتحقق بعد، فإننا نعرف به بالإشارة إلى بعض القواعد التي ينتظر أن يتضمنها، كإلزام أصحاب القرار (صانع القرار وصانعه) بالإلمام بقضايا اللغة، وخاصة القانون المنظم لها، قبل التشريع في أي مجال^{٦١٣}؛ والتفكير في الأتمتة الإلكترونية للمؤسسات التي تتولى صناعة النصوص التشريعية والتنظيمية^{٦١٤}.

ثم إلزام كل من له علاقة بالمبادرة التشريعية، وتحرير الوثائق الرسمية، أو الإدارية، أو القضائية، أو الإعلامية، بمستوى لغوي يناسب موقعه وسلطته، وإلزام

^{٦١٢} - والسياسة اللغوية كمركب بياني وصفي قد استعمله الدستور المغربي في فصله الخامس، ومن تعريفاته أنه: "مجموع الخيارات المتخذة في مجال العلاقات بين اللغة والحياة الاجتماعية وبالتحديد بين اللغة والحياة في الوطن" وهو ل: Louis Jean Calvet, La Guerre des Langues et les politiques Linguistiques; hachette littératures; France 1999, p: 154.

^{٦١٣} - بعد التخلي في المغرب عن شرط المعرفة: "باللغة العربية قراءة وكتابة حق المعرفة" وهو من الشروط الواجب توفرها في كل من ينتخب نائبا في مجلس الأمة، والمنصوص عليها في المادة ٤٤ من مشروع الوثيقة الدستورية المرفوع إلى السلطان المغربي المولى عبد الحفيظ سنة ١٩٠٨. كما وضحه عباس الجراري في مداخلة له بعنوان معنى دستورية اللغة، منشورة في مطبوعات أكاديمية المملكة المغربية، سلسلة الندوات، اللغة العربية في الخطاب التشريعي والإداري والإعلامي بالمغرب، مطبعة المعارف الجديدة الرباط، ٢٠١١، ص: ٣٤.

^{٦١٤} - أحمد طلال عبد الحميد ومازن ليو راضي، استراتيجية الحوكمة التشريعية المؤسسية، مقال منشور بمجلة المستنصرية للدراسات العربية والدولية، العدد ٧، ص ٧.

جميع الجهات، الحكومية وغير الحكومية، بحماية ودعم اللغة الرسمية في كافة الأنشطة والفعاليات التي تقوم بها، وفي جميع ما يصدر عنها من قرارات، وعرائض، وتعليمات، ووثائق، وعقود، ونقود، وطوابع، وأختام، ومراسلات، وتسميات، وبرامج، ومنشورات، وإعلانات مرئية أو مسموعة أو مقروءة، وغير ذلك من المعاملات والإجراءات^{٦١٥}، لإبراز السند القانوني لاستبعاد الاعتماد على الوثائق غير المحررة باللغة الرسمية أو غير المترجمة لها؛ كما أن قانون اللغة هو الذي يجب أن يفرض إحداث جهاز التدقيق اللغوي يستقطب الكفاءات اللغوية، في كل من المؤسسة التشريعية، وأقسام التشريع بكل القطاعات الحكومية، بما فيها الأمانة العامة للحكومة، والمحكمة الدستورية، يعهد إليه بتقييم وضع اللغة الرسمية في جميع النصوص، وتقديم التقارير للتوجيه واتخاذ ما يلزم من قرارات^{٦١٦}؛ كما يعهد لها بتدقيق كل النصوص، بما يضمن سلامتها، وسهولتها، ودقتها، وانضباطها للقواعد المتفق عليها بين أهل التخصص؛ وفي هذا السياق يقول الفقيه ميكائيل زاندر: "من واقع خبرتي، لا تكفي الكفاءة القانونية العامة وحدها لأن توهل المرء لأن يكون صائغا جيدا، ..."^{٦١٧}.

وعليه، فإن قانون اللغة ينبغي أن يلزم الجهات الرسمية بربط التوظيف والكفاءة المهنية وكل تكليف بإنجاز مهمة رسمية بإتقان اللغة الرسمية، بل حتى الترقية ينبغي أن تؤخذ الكفاءة فيها بعين الاعتبار للتحفيز على إتقانها وضمان سلامة استعمالها؛ ومن القواعد التي ينبغي أن ينضبط بها التشريع وينظمها قانون اللغة المنتظر هو الاعتماد على معجم موحد ومتخصص ومستمر التحيين^{٦١٨}، تشرف عليه سلطة لغوية توكل لها مهمة الإشراف على احترام ضوابط اللغة المستعملة، مع الاعتماد على المفردات والاصطلاحات^{٦١٩} المعجمية والمتعارف عليها والتي ثبت

^{٦١٥} - وهو ما سيصحح توجه المحاكم في مثل هذه القضايا، والتي تقضي بأن الدفع ببطلان محضر المعاينة لكونه محررا باللغة الفرنسية هو دفع مردود، لأنه ليس من الوثائق التي تطلب القانون تحريرها باللغة العربية، في قرار استئنافية الدار البيضاء عدد ٤٥٨٤، في الملف الجنحي تلبسي عدد ٢٣١/٢٦٠١/٢٠١٩، بتاريخ ١٦-٠٦-٢٠١٩، غ.م. وكما في قرار سابق للمجلس الأعلى رقم ٢٣٠٣ بتاريخ ١٣-١١-٢٠٠١ في الملف ٠١٦-٢٠٠١-٦ الذي أكد أنه: "طبقا للفصل الخامس من القانون ٣٠٦٤ الصادر بتاريخ ٢٦-٠١-١٩٦٥ المتعلق بتوحيد المحاكم فإن اللغة العربية وحدها لغة المداولات والمرافعات والأحكام، ولم يتعرض الظهير المذكور إلى أن تكون الوثائق والمستندات المثبتة للحقوق باللغة العربية وأن المحكمة أنست من نفسها القدرة على فهم مضمونها دون الاستعانة بمترجم." وهو نفس ما قرره قرار آخر لنفس المجلس برقم ١٥٧٩، في ملف ٤٤٢٥/١٩٩٠، بتاريخ ١٧/٠٦/١٩٩٢.

^{٦١٦} - وهو ما سيعزز ويؤكد، في بلادنا، أهمية أدوار المؤسسات التي تعنى باللغة، كالهيات المنصوص عليها في القانون التنظيمي ١٦-٠٤ المتعلق بالمجلس الوطني للغات والثقافة المغربية، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم ١٢٠٣٤ بتاريخ ٠٥ شعبان ١٤٤١ (٣٠ مارس ٢٠٢٠) منشور بالجريدة الرسمية عدد ٦٨٧٠ بتاريخ ٠٨ شعبان ١٤٤١ (٢ أبريل ٢٠٢٠) ص: ١٨٢٣.

⁶¹⁷ - Michel Zander ; The law-Making processe, 5th ed. London Butterworths, 1999, p: 41.

^{٦١٨} - انظر المادة ١٢ من القانون التنظيمي ١٦-٠٤ المتعلق بالمجلس الوطني للغات والثقافة المغربية، م.س. ^{٦١٩} - عرف البعض المصطلح بأنه "اللفظ الذي يضعه أهل عرف أو اختصاص معين ليبدل على معنى معين يتبادر إلى الذهن عند إطلاق ذلك اللفظ" ذ. سعيد بيومي، لغة القانون في ضوء لغة النص، دراسة في التماسك النصي، دار الكتب القانونية، مصر، الطبعة ١، ٢٠١٠، ص: ٢٣.

وضوح معناها^{٦٢٠}، حيث إنه إذا كان القانون القائم قد استقرت فيه اصطلاحات معينة، وأصبح لها مدلول محدد ومنضبط، فإنه يحسن بالمشروع الذي يعالج جوانب أخرى من نفس موضوع القانون القائم، أن يلتزم بتلك العبارات الاصطلاحية المستقرة^{٦٢١}، ويتم اعتمادها في المعجم الموحد الذي يفترض أن يفرضه قانون اللغة؛ أي أن قانون اللغة ينبغي أن يفرض استخدام الكلمة الواحدة للتعبير عن المعنى الواحد، وأن يكون للكلمات المختارة معنى ثابت في الاستعمالات المختلفة، بالانضباط لقواعد الكتابة، أو فرض معنى إجباري واحد حتى في حالة توليد كلمات جديدة^{٦٢٢}، وإدراجها في معجم موحد، كي لا تكون اللغة تعسفية وتؤدي إلى التحكم. وعموماً، فإن قانون اللغة هو عماد المنهجية الموحدة للصياغة، ينبغي أن يحتوي كل القواعد القانونية، والمبادئ التي تحكم فن الصياغة القانونية، التي ينبغي أن تلتزم جهات المبادرة التشريعية والتدقيق اللغوي، وجهات التحرير الرسمي عامة، كأهم مداخل تحقيق أغراض دولة الحق والقانون؛ ولعل الأولى من ذلك أن يفرض قانون اللغة إدراج لغة القانون ضمن مكونات التكوين العلمي الأكاديمي^{٦٢٣}، لجعلها قواعد معتمدة موحدة وميسرة ومؤدية لغرض الدول الديمقراطية من التشريع، ولتجاوز صعوبتها على العوام والمتخصصين على حد سواء، فتضبط التشريعات، كما تفهم من طرف المخاطبين بها، وهو ما يضمن نفاذه الآمن والطوعي، ووحدة تصورات المتقاضين والسلطة القضائية تجاهه، كمكون أساسي للأمن القانوني والقضائي، وهو موضوع الفقرة الآتية.

والمصطلح هو أهم الطرق الموصلة إلى العلم، بل هو مدار كل علم، به يبدأ وإليه ينتهي، أنظر المرحوم فريد الأنصاري، المصطلح الأصولي عند الشاطبي، سلسلة الرسائل الجامعية، نشر معهد الدراسات المصطلحية باتفاق مع المعهد العالي للفكر الإسلامي، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، الطبعة الأولى ٢٠٠٤، ص: ١١.

٦٢٠ En ce sens traité de légistique formelle 1982 ;par les services du premier ministre en Belgique :voy Précis de méthodologie juridique 2eme éd ;2000 ; Avel de thux ;Imre kovolovszky ; et Nicolas Bernart ; Publication des faculté universitaires Saint-Louis ; Bruxelles;;règle 3 ; énonce que :les mêmes notions doivent être exprimées par les mêmes têmes . des têmes identiques ne doivent pas être utilisés dans des acceptions différentes.

٦٢١ - الملف رقم ٣٦٠ لسنة ١٩٧٠، جلسة ١٥/١٠/١٩٧١م، مجموعة المبادئ القانونية المستخلصة من المراجعة التشريعية لقسم التشريع بمجلس الدولة المصري الجزء الثاني، المكتب الفني لقسم التشريع ص: ١٥.

٦٢٢ - إفو بيترو، المشترك المعنوي في اللغة القانونية، ترجمة الدكتور محمد همام، مقال منشور بمجلة الرقيب العدد السابع، أبريل ٢٠١٩، ص: ٨٧ و٨٨.

٦٢٣ - لأنه إذا أجاد المشتغل بالقانون لغته الرسمية أصبحت لغة القانون محمية وحامية في نفس الآن، لأنها ستستعمل في إحقاق الحق باللسان القويم، وسيتعلم الدارس للقانون القواعد القانونية والقواعد اللغوية في تكوينه الأكاديمي وفي نفس الآن فتصان الحقوق الخاصة والعامة.

الفقرة الثانية: أهمية قانون اللغة التشريعية، في تجويد التشريع، والرقي بلغة القانون.

تستفاد أهمية قانون اللغة التشريعية من قاعدة هي أن: "الضوابط اللغوية أحكام تشريعية"، لأن الأحكام مضبوطة ومقيدة باللغة الحاملة لها، كما تستفاد من التعريف السابق بقانون اللغة التشريعية، وأهم ما ينبغي أن يتضمنه من قواعد، حيث تبين أن من أهم مقاصده تجويد الصياغة التشريعية، بتجويد لغتها، وسلامة استعمالها، وتوحيد القواعد الضابطة لها وللصياغة بها، وهو ما يلتقي فيه التشريع ووسيلة صياغته، لأن جودة التشريع ترتبط بجودة لغة صياغته، وهو ما يفترض في قانون لغة التشريع أن يضمنه.

ولما كان التشريع هو وسيلة الدول لتحقيق سياساتها في مختلف المجالات، فهو بذلك يعتبر الدعامه الخلاقه للسياسة اللغوية، ولأي تنمية لغوية، وبالموازاة مع أي إصلاح تشريعي، فيتحقق الأمن اللغوي والقانوني، ويتعزز الاستعمال الآمن للغة الرسمية في الحياة العامة، انطلاقاً مما يتبناه المشرع من فلسفة وقائية حامية، تعتمد ضبط وضع اللغة القانونية، تحت طائلة جزاءات كفيلة بتأكيد تلك الفلسفة، وبمعالجة الخروقات الدستورية والتنظيمية والقانونية المحتملة.

ولعل تدخل المشرع لتنظيم لغة التشريع، هو المنطلق الأساسي لتفعيل الإرادة الدستورية والسياسة اللغوية للبلدان، وهو نهج مجموعة من الدول التي لم تكتمف بالتنصيص على رسمية اللغة في دساتيرها، بل قامت بالإضافة إلى ذلك بإصدار تشريعات خاصة تتعلق باستعمال اللغة أو اللغات الرسمية في بلدانها^{٦٢٤}؛ وهو أيضا نهج دولة قطر التي أصدرت قانون بشأن حماية اللغة العربية^{٦٢٥}، والذي له القوة العقابية والإجرائية، ويعمل على إنقاذ اللغة العربية وحمايتها وصونها مما هي فيه؛ مستندا على المادة الأولى للدستور القطري، والذي هو مرجع في كل المجالات، التي ترتبط مشروعاتها بمشروع اللغة المستعملة.

لكن مشروعاتها ترتبط أيضا بسلامة استعمالها، وهو ما يقتضي تفعيل المبادئ الدستورية في شكل نصوص تشريعية وتنظيمية، وخاصة في مجال يفترض فيه أنه وسيلة لحماية الحقوق والحريات وهو القانون، وفي مصدره الرسمي الذي هو التشريع، فيكون هو المجال الأحوج إلى التنظيم بسن قانون اللغة الخاص به؛ عوض الاقتصار على القرارات الموسمية، لأن: "الأمر يجاوز منطق المناشير الوزارية في تفعيل المقتضى الدستوري الذي يعتبر اللغة العربية لغة رسمية، إذ الحاجة ماسة إلى إرادة سياسية حقيقية صادقة"^{٦٢٦}.

^{٦٢٤} - عبد الإله فونتير، اللغة العربية والنص التشريعي، تأملات وإشكالات، م س، ص: ٦٨.

^{٦٢٥} - قانون رقم ٧ لسنة ٢٠١٩، صدر في الديوان الأميري: ١٤٤٠/٥/٨ هـ، الموافق: ١٤/١٠/٢٠١٩ م

^{٦٢٦} - عبد الإله فونتير، اللغة العربية والنص التشريعي، تأملات وإشكالات، م س، ص: ٧٣.

ذلك أنه لا يمكن إدراك الغاية من القاعدة القانونية، إلا بصياغتها وفق قواعد محددة^{٦٢٧}، لتساهم في بناء النص القانوني المحكم، يصلح لترتيب الآثار المقصودة منه، وعلى أساسه تستحق الصياغة أن توصف بالقانونية، حيث إن من تعريفاتها أنها: "وضع الأحكام المراد النص عليها بأفضل طريقة ممكنة وفي أفضل صيغة ممكنة"^{٦٢٨}.

وتجويد التشريع ولغته، بفرض قانون اللغة التشريعية، هو مما تستلزمه سيادة الدولة على مكوناتها، وسيادة هويتها ولغتها الرسمية، كواجب دستوري وقانوني، وهو ما سيتعزز مؤسسيا في المغرب ب: "مجلس وطني للغات والثقافة المغربية، مهمته، على وجه الخصوص، حماية وتنمية اللغتين العربية والأمازيغية، ومختلف التعبيرات الثقافية المغربية..."^{٦٢٩}؛ لأنه من شأن قانون اللغة التشريعية، والمؤسسات التي تعنى باللغة الرسمية للبلاد، تفعيل السياسة اللغوية التي من مكوناتها تجويد الصياغة التشريعية والرقي بلغة القانون، لتكون هي الوسيلة الصحيحة التي تضمن الغاية الصحيحة، فبقدر أهمية المقصود تقدر أهمية الوسيلة، التي تحمل الدلالة القانونية في تراكيب تعبر بها على معانيها المشهورة في استعمال أهل اللغة وأهل التخصص، أي القدر المشترك بين أصحاب اللغة والمتفاهمين بها^{٦٣٠}، رغم أن الدلالة قد تختلف بين المتكلم وإرادته، وفهم المتلقي وإدراكه، مهما بلغ التشريع اللغوي والتشريع عامة من الدقة في صياغته، لكن ما لا يدرك كله لا يترك كله.

ذلك، مما يقتضي سن قانون اللغة التشريعية، وهو ما يندرج أيضا ضمن "ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب". باعتبار الرقي بالتشريع ولغته واجب وسبيل لتحقيق الأمن القانوني كجوهر دولة القانون، ولأن الفوضى اللغوية تهدد المصالح الاستراتيجية للدولة، كالوحدة الوطنية والسيادة والأمن القضائي والسلم الاجتماعي....، فهي مقاصد وقيم في ذاتها تبقى ثابتة، إلا أن التعبير عنها يتغير، فوجب ضبط آلية التعبير للتقليل من فوضى التغيير.

فكان من اللازم فرض قانون اللغة التشريعية، كتمهيد للرقي اللغوي في التشريعات، كي تعبر عن الحقائق الواقعية، والحدود المناسبة، ويتجنب الظلم، وضياح الحقوق، نتيجة القصور في ضبط اللغة، كما هي مستعملة أو كما يجب أن تستعمل في الحقل القانوني، وهو ما يسهل على كل العاملين بالنصوص التشريعية فهم حقائقها لتكون كل صياغة قانونية مبنية عليها سليمة ومنسجمة وأمنة، فنقل فرص الحيل والمكر من كل طرف ألحن بحجته من خصمه، وعارف بأسرار اللغة، أكثر من صانع القانون وصائغته ومنفذه.

كما أن تحقيق الرقي القانوني، والرقي اللغوي، داخل المجتمع بكل مكوناته، يفتضي تجويد لغة القانون بكل قوانينها وقواعدها، لتجويد المضمون القانوني الذي

٦٢٧ - سعيد احمد بيومي، لغة القانون في ضوء لغة النص، دراسة في التماسك النصي، دار الكتب القانونية، مصر، الطبعة ١، ٢٠١٠، ص: ٥٦، وص: ٨٧.

٦٢٨ - عبد الحافظ عبد العزيز، الصياغة التشريعية، دار الجيل، بيروت، الطبعة ١، ١٩٩٩، ص: ١٨٠.

٦٢٩ - الفقرة الأخيرة من الفصل ٥ من الدستور المغربي م س..

٦٣٠ - بدوي طبانة، معاني الكلام، مقال منشور بمجلة القضاة، العدد ٢، فبراير ١٩٨٧، ص: ٣٣.

تعبّر عنه، وهو ما لا يمكن أن يحققه أحدها دون الآخر، وهو ما ينتظر أن يجمعه قانون اللغة التشريعية؛ وكما ينتظر من هذا الأخير تجويد التشريع ولغته، ينتظر منه أيضا تحقيق الأمن القضائي، لما سيحققه من توحيد الفهم القضائي للنصوص، بما له من آثار على ضمان احترام مبدأي الشرعية وفصل السلط، خاصة إذا استبعدت الصياغة المرنة والمعنوية، ما أمكن، التي يعتمد فيها على مصطلحات وألفاظ تغطي وتستوعب كل الفرضيات التي يمكن توقعها، فيترتب عن ذلك التقدير الواسع والتحكم الممكن، لأن المعنى ليس متأسلا في الألفاظ وحدها، ولا مرتبطا بمستعملها وحده، ولا المخاطب وحده.

وعليه، فقانون اللغة التشريعية كما في سياق البحث، من شأنه تحقيق الأمن القانوني والقضائي والرقعي بلغة التشريع، بالتأكيد على وجوب اعتماد اللغة الرسمية، خاصة في السلط التشريعية والتنفيذية والقضائية^{٦٣١}، وفرض ترجمة رسمية في إعداد النصوص التشريعية لتكون: "...هي الواجبة التطبيق، ولا يعيها أن تحرر أول الأمر بغير العربية (اللغة الرسمية)، وبالتالي فلا يقبل القول بالأخذ بالنص الفرنسي وإعطائه الطابع التشريعي بدعوى وجود غلط في الترجمة طالما أنه من الممكن إدخال تعديل أو تغيير لتلك النصوص، بنصوص تشريعية لاحقة"^{٦٣٢}، رغم أن الترجمة السيئة قد تعرض المعنى بالقاعدة القانونية للعقاب أو لضياع حقوق وحرياته أو لتفويت فرصة عليه^{٦٣٣}، حماية لمبدأي الشرعية وفصل السلط^{٦٣٤}، بعد ضمان لغة قانونية، وترجمة رسمية راقية، محققة للعدالة والأمنين القانوني والقضائي، ووجوب التدخل الفوري للمشروع لإصلاح كل خلل أو عيب فيها، عوض التدخلات القضائية فيما يعد من اختصاص السلطة التشريعية^{٦٣٥}.

٦٣١ - لتفادي الأحكام والقرارات التي تفرض التحرير بلغة غير اللغة الرسمية للبلاد، كالتي ذهبت إلى: "أنه من الثابت من بطاقة المستأنفة أنها فرنسية، ولما كان الأمر كذلك وجب تحرير الإنذار باللغة الفرنسية، وتحريره باللغة العربية يجعله غير منتج لأي أثر في مواجهة الموجه إليها، مما يجعل دفعها بالأمية بخصوص لغة تحرير الإنذار قائم على أساس...وبذلك يكون الإنذار المذكور غير صحيح، منعدم الأثر، وكانت بذلك الدعوى المؤسسة عليه غير مقبولة..." قرار استئنافية الرباط رقم ٧٨، في الملف رقم ١٦٣-١٣٠٢-٢٠٢٠ بتاريخ ٠٦-٠٤-٢٠٢١، غ م.

٦٣٢ - قرار محكمة النقض المغربية (المجلس الأعلى سابقا) عدد ٣٢١ بتاريخ ١٢-٠١-١٩٨٤، في الجنائي عدد ١٠٦١٥، الغرفة الجنائية، منشور بمجلة المحاكم المغربية عدد ٦٣، ص: ١٢٩.

٦٣٣ - حسن حلوي، الشرعية وأخواتها، إن المصطلح تشابه علينا، مقال منشور في موقع اجتهادات قضائية مغربية ومقارنة على الفايسبوك، اطلاق يوم ٠٤-١٠-٢٠٢١.

٦٣٤ - وقد أورد الأستاذ الطيب بن لمقدم في الكتاب الثاني من القرارات القضائية المتناقضة لمحكمة النقض (المغربية)، الطبعة الأولى ٢٠١٩، مطبعة الأمنية الرباط، ص: ٣٣، وفي الكتاب الأول ص: ٢٥ و ٣٠، بعض القرارات المتناقضة بشأن لغة النصوص التشريعية، منها التي ترى استعمال اللغة الأجنبية في حالة الضرورة لأن الدستور لا يمنع (قرار عدد ٢٦٣ بتاريخ ١١/٢٥/١٩٨٣، ملف إداري عدد ٦٨٧٠)، ومنها التي تقضي بأن النصوص التشريعية الصادرة باللغة العربية هي الواجبة التطبيق رغم إمكانية وجود غلط في الترجمة (قرار عدد ٣٢١ بتاريخ يناير ١٩٨٤، ملف جنائي عدد ١٠٦١٥) (وعدد ٦٠٠ تاريخ ١٢/٣/١٩٨٤).

٦٣٥ - كما في قرار لمحكمة النقض، المغربية، عدد ١٠٩٥ بتاريخ ٢٢/٠٦/٢٠١٧ ملف عدد ١٩١٧/١٠/١٠ من ظهير ١٠/١٠/١٩١٧ بدلا من الصيغة العربية الخاطئة التي استلزمت تحرير محاضر المخالفات الغابوية بخط اليد، ونقضت بذلك القرار الاستئنافي المعتمد على الدلالة اللفظية والسطحية للصياغة العربية.

لأن مثل هذه التدخلات، من شأنها المساس بمبدأ فصل السلط، المؤدي إلى التحكم القضائي، بأن يشرع القاضي ويطبق ما شرعه، بدرية سلطة التفسير، أو أعمال النص المزعوم أنه: الأصلي والصحيح وإهمال النص المترجم الخاطئ^{٦٣٦}، إلا أن النص باللغة الأجنبية كان أصلا، ولكن في سياق الاستعمار، فكان إنتاجا استعماريًا، أما النص العربي فرغم أنه ترجمة غير رسمية، ولم ينشر في الجريدة الرسمية، إلا أنه إنتاج عربي مغربي صحيح، وهو الأصل في سياقه، ويكون متعارفا عليه، ومنشورا بالمواقع الرسمية، ومنها الموقع الرسمي لوزارة العدل المغربية، بالإضافة إلى أن المشرع قادر على أن يتدخل ويمارس وظيفته، إن رأى فيه ما يخل بالأمن القانوني، كما يتدخل، مثلا، في التعديلات المتوالية في ظهير الالتزامات والعقود المغربية، دون أن يصح ما قد يعتبر إغفالا أو خطأ أو عيبا في الترجمة، وعليه يتعين اعتبار سكوته إقرارا لما هو متداول، تفاديا للتحكم، وللاضطراب وعدم الضبط، وإن كان من غير المستساغ عدم إعطاء الرسمية للترجمة، ثم نشر النصوص المترجمة بأكملها في الجريدة الرسمية، لحسم النقاش، وهو المأمول في قانون اللغة أن يلزم به.

ذلك لأن رسمية الترجمة، جزء من التعريب الذي: "ليس معناه الترجمة فقط، ولكن التعريب هو، قبل كل شيء، تحضير القوانين أولا، ثم ثانيا طبعا بالطابع العربي في اللغة، وبالطابع العربي في تأويل القانون"^{٦٣٧}، وهو ما يؤكد الإدراك الفكري العميق لمبدأ التعريب، وحقيقة الترجمة الرسمية.

وصفوة القول إن تجويد القاعدة القانونية، بإحكام مبنائها ومعناها، مبني على تجويد لغتها، لارتباطها بالتفكير القانوني والصياغة التشريعية ارتباطا وثيقا؛ حيث هي الوسيلة التي يعبر بها عن الحكم القانوني ووجوده الواقعي؛ وحيث إن انضباطه وتحقيقه لغرضه في العدل والمساواة بين المخاطبين به، رهين بسنه على وفق قواعد اللغة الحاملة له، التي لا تختلف عن قواعد اللغة العامة، إلا من حيث بعض خصوصيات القانون وموضوع التنظيم القانوني، وهو ما يقتضي من الدول الديمقراطية وضع قاعدة قانونية ضابطة للغة القانون، قبل أية قاعدة قانونية أخرى يراد تجويدها.

^{٦٣٦} - رضى بلحسين، حقيقة الفصل ١٩ من قانون الالتزامات والعقود، مقال منشور بمجلة القصر، المغرب، عدد ٢٤، ص: ١١٥.

^{٦٣٧} - الخطاب الملكي المؤرخ في ٢٨ أبريل ١٩٦٥ بمناسبة استقبال اللجان المكلفة بتعريب القوانين، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة نصوص ووثائق "القضاء والقانون في الخطاب الملكي" العدد ١٦ ط: ١، ١٩٩٧.

خاتمة

إذا ثبتت الإجابات المستنتجة، من هذه الورقة، للإشكالات المطروحة، ثبت معه وجوب البدء، في مسلسل الإصلاحات التشريعية، بسن قانون خاص بلغة التشريع، يؤكد رسمية اللغة، بما تقتضيه من قواعد تضمن تجويد صياغة القوانين، ويبين أنها استعمال خاص ومعيارى، كفيل بتحقيق الأمنين اللغوي والقانوني.

أيضا، ينبغي الاهتمام بقانون اللغة، وبلغة القانون، واللغة الرسمية للبلدان، انطلاقا من أهم مرحلة في تشكيل الهوية الوطنية، وهو التعليم بمختلف أسلاكه، بتدريسها وجعلها محورا أساسيا في بناء الإنسان، في كل أطوار تكوينه، وفي كل توجهاته وتخصصاته، وبالأولوية في كليات العلوم القانونية والسياسية^{٦٣٨}، التي تخرج منها الأطر القانونية دون أي تكوين لغوي دقيق، يناسب دقة وحجم المسؤوليات والتحديات.

لأن الدولة التي تتجاهل ذلك، تقصر في حماية لغتها الرسمية وتنميتها وإكسابها لرعاياها، فيسلط عليهم مبدأ لا يعذر أحد بجهله للقانون، المحمول باللغة المجهولة وغير المحمية وبالأحرى أن تكون حامية أو وسيلة لحماية الحقوق.

نظرا للتداخل الثابت بين المعرفة القانونية، والمعرفة اللسانية والحقوق المرتبطة بها، صناعة وصياغة وفهما وتطبيقا أو تأويلا وتفسيرا، من حيث وحدة الضوابط، رغم ما قد تتميز به الأولى في بعض ألفاظها ومصطلحاتها وتراكيبها ومبادئها، وهو ما يؤكد ضرورة سن قانون خاص باللغة التشريعية، يشمل كل القواعد العامة والخاصة.

وفي انتظار ذلك، ينبغي على حكومات الدول، التي لها سياسة لغوية وإرادة سياسية حقيقية لتنفيذها، إصدار مراسيم وقرارات (نصوص تنظيمية أو لوائح) تلزم بإشراك تخصصات علمية لغوية متعددة في الصياغة التشريعية، وتكليف المؤسسات التي تعنى باللغة بمهمة التدقيق اللغوي، لكل مبادرة تشريعية صادرة من متخصصين في مجال التشريع؛ ومنها النصوص المترجمة، لضمان سلامتها في التعبير عن إرادة المشرع.

تفعيلا للطابع الرسمي للغة، الذي يقتضي حماية لغة القانون، كأساس لدولة الحق والقانون، ولأن اللغة وعاء علم القانون، وأن من لم يجد اللغة، لن يجيد العلم المحمول بها، ولأن اللغة هي الحاملة، والناقلة للعلوم والمعارف والأحكام من الصانع والصانع إلى مستهلك مستعمل أو مطور لها، فإن كل تقصير في حمايتها، سينعكس على تحصين وتحصيل وتطوير هذه العلوم، وسيفتح باب الآثار السلبية على الدارس والممارس وعلى البلاد والعباد.

وهو ما ينسجم مع ما صدر عن مجمع اللغة العربية، وأنا في مرحلة ختم هذه الدراسة، من توصيات في مؤتمره السنوي الدولي المنعقد يوم الأحد الماضي بالقاهرة (٢١ ماي ٢٠٢٣م في دورته ٨٩)، وأهمها توصية إلى البرلمانات العربية للإسراع باستصدار قوانين حماية اللغة العربية والتمكين لها.

^{٦٣٨} - كما هي مسماة في المغرب بالمرسوم رقم ٧٢٢.١٩.٢ صادر في ٧ صفر ١٤٤٢ (٢٥ سبتمبر ٢٠٢٠) بتغيير وتتميم المرسوم رقم ٨٩.٠٤.٢ الصادر في ١٨ من ربيع الآخر ١٤٢٥ (٧ يونيو ٢٠٠٤) بتحديد اختصاص المؤسسات الجامعية وأسلاك الدراسات العليا وكذا الشهادات الوطنية المطابقة؛ الجريدة الرسمية عدد ٦٩٢٤ بتاريخ ٢٠ صفر ١٤٤٢ (٨ أكتوبر ٢٠٢٠) ص: ٦٠٤٦.

تقبل قواعد القانون المدني للتقدم التكنولوجي في مجال العلاج بالخلايا

م. د. حسين عمار الكراي

قسم القانون \ كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة ديالى

المخلص:

إن حيوية القانون الدائمة وتطور نصوصه لمواكبة كل ما يحدث في المجتمع من تكنولوجيا مبتكرة لانهاية لها تُكمن من خلال التطورات الجذرية المنصبة عليه، والهيمنة على مواصلة كل جديد يحدث بالمجتمع من أجل تحقيق قانون موازٍ للتكنولوجيا المستحدثة فإن ما ابتكرته التكنولوجيا من اكتشاف واعد يخدم البشرية وهو: العلاج بالخلايا في زراعة الجلد أو إنشاء صمامات القلب التعويضية البيولوجية والأوعية الدموية والكبد والقصبة الهوائية، وكذلك عالجت العديد من الأمراض المُستعصية مثل مرض سرطان الدم، وداء السكري والزهايمر والشلل الرعاشي ... إلخ من الاستخدامات. فإنه في ظلّ هذا التقدّم المذهل للمعارف البشرية في مجال العلوم الطبيّة، ووفقاً لما تقتضي المصلحة الاجتماعيّة من توفير العلاج والحق بالتداوي بوصفه ضرورةً لحفظ النفس؛ وبين تنظيم هذا الاكتشاف المستجد بالقانون وملائمة قواعده له ينبغي تحقيق التوازن بين ما تقتضي القيمة العلميّة بتوفير العلاج والتداوي، وما تقتضي القيمة القانونية بحماية جسد الإنسان وتوفير له الأمان، وقد أثار التعامل في تلك الخلايا جدلاً علمياً عميقاً بين علماء الطب وفقهاء الشريعة والقانون، فحتمية التطور التكنولوجي الطبي بالخلايا محل البحث يقابله تطور تشريعي بالقانون، فلا بد للقانون إذاً من ربط تكنولوجيا العلاج بالخلايا بمبادئ قانونية وقيم روحية وأخلاقية بوضع ضوابط تحكمها. فإن بسبب حداثة التطبيقات التكنولوجية للعلاج بالخلايا بالطرق المستحدثة يقابلها استقرار القاعدة القانونية بظهور فروع قانونية جديدة تجنبا للفراغ التشريعي.

الكلمات المفتاحية: تقبل قواعد القانون، العلاج بالخلايا، حتمية القانون للتقدم التكنولوجي.

Accept the civil law norms of technological progress in cell therapy

M. Dr.. Hussein Ammar Al-Krady

Department of Law \ College of Law and Political Science, University of Diyala

Summary:

The permanent vitality of the law and the development of its texts to keep pace with everything that happens in society in terms of endless innovative technology lies through the radical developments focused on it, and the dominance of continuing everything new that happens in society in order to achieve a law parallel to the emerging technology. The promising discovery that technology has created serves humanity, which is: Cell therapy in skin transplantation or the establishment of biological prosthetic heart valves, blood vessels, liver and trachea, as well as treatment of many incurable diseases such as leukemia, diabetes, Alzheimer's and Parkinson's disease...etc. It is in light of this amazing progress of human knowledge in the field of medical sciences, and in accordance with what is required by the social interest in providing treatment and the right to medication as a necessity for self-preservation; And between organizing this new discovery by law and the suitability of its rules to it, a balance should be achieved between what the scientific value requires to provide treatment and medication, and what the legal value requires to protect the human body and provide it with safety, and dealing in those cells has sparked a deep scientific debate among medical scientists and jurists of Sharia and law, The inevitability of medical technological development with the cells in question is matched by a legislative development with the law. Therefore, the law must link the technology of cell therapy to legal principles and spiritual and moral values by setting controls that govern them. Because of the novelty of technological applications for cell therapy with the new methods, the stability of the legal base is matched by the emergence of new legal branches in order to avoid the legislative vacuum.

Keywords: acceptance of the rules of law, cell therapy , inevitability of the law to technological progress.

المقدمة

أولاً: موضوع البحث: تقبل القانون المدني للتقدم التكنولوجي للعلاج بالخلايا. إن الاكتشافات الحديثة التي يشهدها عالمنا الحالي والمعاصر باتت حقيقة علمية حتمية لكل زمان ومكان فهي على وتيرة من التطور والابتكار بالتكنولوجيا المستحدثة فلكل شخص في المجتمع معرض بأن تقابله هذا الاكتشافات كونه بعالم متجدد وحادثة تكاد تتسابق باشواط كبيرة جداً عن ما كان سائد في الماضي من علوم ومعرفة تقليدية ليصبح معها المستحيل جائز، والصعب يسير، ولاسيما فيما يخص الاكتشافات أو التقدم في مجال العلوم الطبية للعلاج بالخلايا الجذعية، التي باتت في طور الاكتشاف إلى الآن بانها تستخدم للترميمات البشرية- أن صح التعبير- فقد تشد الجلد المجعد وتجعله صفاًء، أو تعيد نشاط البنكرياس لإفراز الانسولين بانتظام من جديد، أو لعلاج امراض الشلل الرعاشي أو أمراض الدم ... الخ من الاستخدامات التي تعود بالنفع على البشرية إلى جانب بعض السلبيات التي ممكن أن تنتج عن سوء استخدامها أو بعدم وضع نظام أو أطر تحد وتنظم العمل بها وفق اخلاقيات المهنة وضمن قواعد قانون المعاملات؛ لحسن التعامل ولتحقيق مشروعية الاستفادة منها بالطرق القانونية.

ثانياً: أهمية البحث:

إن جسم الإنسان وما يحتاجه من امور للحفاظ عليه أو على الأقل لضمان ديمومة الصحة والمحافظة عليها يتطلب الاعتناء بها بشكل صحي، إلا أن ما يطرأ عليها من أمراض قد تكون مزمنة أو حصلت بالصدفة تحتاج إلى علاج إلا أن هناك من الامراض التي يستحيل مواجهتها وعلاجها بعد أن تستنفذ كل طرق العلاج المعروفة، ولكن بفضل البحوث العلمية الطبية توصل بعض العلماء في عالمنا المعاصرة من وجود ما يسمى بالعلاج الخلوي(الخلايا الجذعية)لعلاج العديد من الامراض المستعصية وانتهاء الالام التي تنتج عنها وعمما تسببه من اوجاع أو نقص أو تشوه أو عيب في الإنسان المصاب لتشافيه منها وتجعل منه إنسان مشافا معافا أسوة بأقرانه فإن حادثة هذه التكنولوجيا تتطلب أدراك وتنقيف المجتمع حول هذا العلاج للعيش بمجتمع سليم مشافا معافا، اضافةً إلى تأطيره بنظام قانوني ينظم كيفية التعامل به لضمان مشروعيته بأمان واطمئنان من غير تجاوز وانتهاكات مما يؤدي ذلك في النهاية إلى تعزيز الثقة بهذه التكنولوجيا المستحدثة بدلاً من تزعرعها،فما للطبّ بالتكنولوجيا المستحدثة سوى الابتكار وزرع الأمل،وما للقانون سوى الحماية والتنظيم.

ثالثاً: مشكلة البحث:

إن ما ينتج من استخدامات سلبية بجانب الاستخدامات الإيجابية لتكنولوجيا العلاج بالخلايا تطرح إشكالية خضوعها للقوانين والتشريعات، مما يلزم الحاجة لضبطها وتنظيمها بالقانون وعدم تركها هباء؛ بحيث يسمح لها من المساس بالمبادئ القانونية الثابتة والتي اعتاد المجتمع على احترامها والزامية تطبيقها عند الخطأ والتقصير، فالتساؤل هنا يكون حول: كيف تتحقق المعادلة بين القانون وتكنولوجيا العلاج المستحدثة بالخلايا بما يحقق قدرة القانون على استيعاب تطورات العلاج الخلوي

بالتكنولوجيا الطبية وتنظيمها والحد من مخاطرها دون أن يؤدي ذلك إلى عرقلة وتقيد التطور التكنولوجي الإيجابي للعلاج الخلوي ليقف حجر عثرة أمام التقدم والاكتشافات؟.

رابعاً: أهداف البحث:

تهدف هذه الدراسة إلى بحث الجوانب القانونية للمواءمة بين القواعد العامة للقانون المدني وما تنتجه تكنولوجيا العلاج بالخلايا، ومدى حاجة القانون إلى تعديلات تتوافق مع المستجدات وغيرها من الإشكاليات المتصلة بعمليات زرع الخلايا بالطرق الحديثة بحيث تؤدي معها وبشكل كبير في تطور القوانين ومواكبتها لما يطرأ في العصر الراهن من قضايا حديثة خاصة في مجال العلاج بالخلايا غاية ومراد اصحاب الامراض المزمنة ولاسيما المجتمع كافة للعيش بمجتمع سليم أمن ومشافا ومعافا.

خامساً: نطاق البحث:

يقتصر بحثنا هنا على بيان موافقة وملائمة القانون ومرونة قواعده لمسايرة العمليات التي تتم بزرع الخلايا الإنسانية بتقنيات حديثة لم تكاد تعرف من قبل؛ لبيان ضرورة وحتمية الدور الذي يلعبه القانون في تنظيم أي شيء يطرأ في المجتمع؛ وذلك لضمان عدم حصول أي تجاوز أو خروج عن التعاملات المألوفة في القوانين المدنية، متجاوزين بذلك الاحكام الشرعية التي تخص الموضوع كون هذا الموضوع يعدُّ من المستجدات التي تحتاج إلى اجتهاد وتعمق لبيان حكمها في الفقه الإسلامي، إلا أنَّ ما يهمننا هنا- حتى لانخرج عن نطاق البحث- هو بيان الارتباط بين هذا التكنولوجيا المُتعلِّقة بالعلاج بالخلايا، وعلاقتها بالقانون عامّة وبالقانون المدني بصفة خاصة.

منهجية البحث:

تعتمد هذه الدراسة على المنهج الوصفي التحليلي الذي تم من خلاله تحديد معنى تكنولوجيا العلاج بالخلايا مع بيان مصادرها الاساسية، وأبعاد العلاقة بين القانون المدني وتحليل وملاءمة قواعده العامة مع التقدم الطبي بتكنولوجيا العلاج الخلوي من غير المساس بالمبادئ الأساسية الحاكمة للمساس بالجسد الإنساني امتثالاً واستناداً لمبدأ الكرامة الإنسانية وعدم الخروج عنه بكل الأحوال.

سادساً: خطة البحث:

بناءً على ما سبق ولاحتواء كافة جوانب الدراسة، وتوافقاً مع الإشكالية المطروحة والأهداف والأهمية المحددة، ارتأينا بأن نقسم هذه الدراسة إلى مبحثين أساسيين، يتفرع من كل مبحث مطلبين وذلك كما في النحو الآتي:

المبحث الأول: مفهوم التكنولوجيا للعلاج بالخلايا الجذعية محل البحث.

المطلب الأول: المقصود بالتكنولوجيا والعلاج بالخلايا الجذعية.

المطلب الثاني: أهم مصادر الخلايا وطرق استخدامها في العلاج.

المبحث الثاني: حتمية وجود القانون لمجارة تكنولوجيا العلاج بالخلايا.

المطلب الأول: ضرورة القانون لمواجهة مخاطر تكنولوجيا العلاج بالخلايا وتنظيمه.

المطلب الثاني: تقبل قواعد القانون المدني للتقدم التكنولوجي المرتبط بالعلاج

الخلوي.

المبحث الأول : مفهوم التكنولوجيا للعلاج بالخلايا الجذعية محل البحث

تمهيد وتقسيم:

تتضمن تكنولوجيا العلاج والتداوي جميع التقنيات الحالية والمتوقعة للتكنولوجيا لخدمة العنصر البشري، بما فيها التقنية للعلاج بالخلايا وغيرها. ويُطلق عليها التقنية للعلاج بالخلايا الجذعية، فهي تستلزم مجموعة من الأجهزة والإجراءات لأجراء العملية التي تمكن من تحقيق العلاج لخلايا جسم الإنسان التالف أو لبناء خلايا جديدة تعيد النشاط الحيوي للإنسان المصاب فهي اشبه بما يسمى بالترميمات البشرية- أن صح التعبير- لتجعل معها حياة الإنسان وجسمه في الأمن والامان الصحي، إلا أنه ممكن أن ينتج عن هذا العمليات من مخاطر وتجاوزات لربما تذهب بنا بعيداً عن الهدف المقصود والمرجو من العملية (العلاج بالخلايا الجذعية لاستعادة حيوية الجسم)؛ فقد تتعدد مصادر الحصول على هذه الخلايا كذلك تتعدد طرق استخداماتها بعد ما اثبت العلم بان هذه الخلايا لها خاصية وميزة تميزها عن أي اكتشاف آخر ممكن ان يحدث طفرة للبشرية جمعاء خصوصاً فهي إلى الآن باقية في طور التجارب والاكتشاف مما ينتج عن ذلك من تعدد الابتكارات والاستخدامات، وبالتالي ممكن معها أن تخرج عن الهدف المرجو منها (معالجة البشرية)، ولهذا التعدد بمصادرها واستخداماتها لزم علينا بأن نبين أهم وأفضل مصدر لها بحسب رأي الطب في ذلك في الحال، وكذلك بيان طرق الاستخدامات لتحقيق العلاج بها، ناهيك من أن هذا كله يستدعي وجود قانون لمواجهة هذه التقنيات المستحدثة التي غيرت المفاهيم التقليدية التي كانت سائدة فحسب؛ وذلك لمرونة قواعده لينسجم معها ليرسم الإجراءات لها بتنظيم قانوني جدير بالاحترام ليخرج هذا التقدم بالتكنولوجيا للعلاج الخلوي للجسم بصورة لا يشوبها عيبٌ وبطريقة منظمة ومُعْتَبَرة يراعى فيها مصلحة الفرد ومصلحة المجتمع مع مراعاة الحرمات الشرعية التي أقرتها الشريعة الإسلامية، وبناءً عليه قمنا بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين وذلك كما في النحو الآتي:

المطلب الأول: المقصود بالتكنولوجيا والعلاج بالخلايا الجذعية.
المطلب الثاني: أهم مصادر الخلايا وطرق استخدامها في العلاج.

المطلب الأول : المقصود بالتكنولوجيا والعلاج بالخلايا الجذعية

الفرع الأول : معنى التكنولوجيا وأهميتها

أولاً: تعريف التكنولوجيا:

١- تُعرف التكنولوجيا في المعاجم العربية بأنها: تعني التقنيات، وتُعرف بأنها أسلوب إنجاز العمل، وهي جملة الوسائل والأساليب والطرائق، وكلمة تكنولوجيا في الأصل كلمة يونانية مشتقة من كلمتين: (تكنو) (Techno) بمعنى حرفة أو صناعة، وكلمة لوجي (Logy) بمعنى فن أو علم.
ومن هنا يتضح لنا أن معنى هذه الكلمة المركبة (التكنولوجيا) هو فن الحرفة أو علم الحرفة أو فن الصناعة، فكلمة تكنولوجيا إذن هي الاستفادة من نظريات وثيقة، ومن

هذا المعنى أنّ كلمة تكنولوجيا ترتبط ارتباطاً بنتائج البحوث في مجالات العلوم المختلفة من أجل أغراض عملية لخدمة البشرية.^(٦٣٩)

٢- تعريف التكنولوجيا اصطلاحاً: فقد أورد العلماء تعريفات أخرى عديدة لكلمة التكنولوجيا تتقارب من بعضها أكثر مما تتباعد، ومنها: أنّ التكنولوجيا هي: عملية شاملة تقوم بتطبيق العلوم والمعارف بشكل منظم في ميادين عدة لتحقيق أغراض ذات قيمة علمية للمجتمع، وبأنها الاستخدام الأمثل للمعرفة العلمية وتطبيقاتها وتطويعها لخدمة الإنسان ورفاهيته.^(٦٤٠)

ويعرف بعض العلماء التكنولوجيا بشقيها المادي والفكري اللذين يتكاملان ويمتزجان؛ بحيث يؤديان لمعنى متكامل لمفهوم التكنولوجيا؛ حيث يشمل الشق المادي جميع المعدات والآلات، ويشمل الجانب الفكري القواعد والأسس المعرفية التي تقود للإنتاج.^(٦٤١)

٣- ومما تقدم يمكن أن نستخلص معنى محدد لتكنولوجيا العلاج بالخلايا بأنها : مجموعة من المعارف والخبرات والمهارات المترجمة لدى الأطباء حاصلة نتاجهم الذهني، والوسائل والأدوات المادية التي تم توظيفها وتطويعها لخدمة الإنسان بغرض تحقق العلاج بالخلايا للقضاء على الأمراض المستعصية بالطرق والتكنولوجيا المستحدثة .

ثانياً: أهمية التكنولوجيا والتقدم الطبي على القانون:

شاع القول طويلاً بأن التكنولوجيا محايدة^(٦٤٢) لا تأثير لها على القانون، بل على العكس، فقد يتأثر القانون بفعل الزمن فيصداً ويخفت دوره، لتأتي التكنولوجيا لتزيل الغبار الذي عليه - إن صحّ التعبير - لتطور قواعده بما يتناسب مع الزمان والمكان، ومن هذه الأهمية للتكنولوجيا على القانون يمكن أن نبين الآتي:^(٦٤٣)

١- إنّ التكنولوجيا أصبحت قوة أو طاقة، ومصدرًا لإفراز أو خلق أو توليد القانون؛ وذلك لأنّ الهيمنة العنيفة للعلوم والتكنولوجيا تؤثر بمختلف التشريعات^(٦٤٤)، خصوصاً فيما إذا كانت التكنولوجيا متعلقة بالطب المسؤول عن حياة الإنسان وصحته وشفائه، فلا غرابة في سريان نطاق القانون إلى هذه الميادين بسبب ما تنطوي عليه أو تحتمله من مخاطر على حياة وصحة وسلامة الإنسان.^(٦٤٥)

^{٦٣٩} عادل إبراهيم خليل، محاضرات أقيمت على الدراسات العليا، في دورة طرائق التدريس السابعة، بمركز التعليم المستمر جامعة ديالى، ٢٠١٩/٤/١١.

^{٦٤٠} ريم عقاب، أثر تطور المعالجة الإلكترونية للبيانات على أنظمة الرقابة الداخلية في البنوك التجارية في الأردن، رسالة ماجستير، كلية الاقتصاد والعلوم الإدارية، جامعة الزرقاء الأهلية، ٢٠٠٢م، ص ٤٢، أيضاً د. أحمد السيد البهي الشوبري: المسؤولية المدنية عن الخطر التكنولوجي والتأمين عليها، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٦، ص ٦٩-٧٠.

^{٦٤١} أحمد أبو اليزيد الرسول: التنمية المتواصلة الأبعاد والمنهج، مكتبة بستان المعرفة - الاسكندرية، ٢٠٠٧، ص ١٨٥.

^{٦٤٢} Christian Godier, op. Cit. P. 54.

^{٦٤٣} محمد الإدريسي العلمي المشيشي: لهث القانون وراء تهافت العلم والتكنولوجيا، الرباط، ١٤ فبراير ٢٠١٣.
^{٦٤٤} محمد الإدريسي العلمي المشيشي: خمسون سنة من القانون الخاص، مجلة البحوث، عدد ٩، سنة ٢٠٠٩، ص ١٩.

^{٦٤٥} Dominique Lecourt, Humain et posthumain, PUF 2003, p. 14.

٢- من البدهي أن تنظيم استعمالات وآثار التكنولوجيا يُساعد على عولمة القانون المفروضة بعولمتها ذاتها. وهذا ما يخلق ضرورة تصوّر أدوات ومناهج جديدة لوضع القانون، فبهذا تفتح التكنولوجيا ميادين جديدة بالبحث والمناقشة القانونية للمفاهيم والمبادئ والفلسفة.

٣- إذا كان المناخ التكنولوجي يُزعزع استقرار القانون ويزعج العقول القانونية المحافظة، فمما لا جدال فيه أنه عاملٌ فعالٌ في تقدّم القانون.

وخلاصة القول... أن القانون غني بما يفيد العلوم والتكنولوجيا المُستحدثة، وهذه الأخيرة قادرةٌ على المساهمة في ابتكار قانون جديد وفقهاء مناسبين للحياة الراهنة^(٦٤٦)، فإنّ ما تُنتجه هذه التكنولوجيا من منجزات وحسنات قد ينشأ معها بالوقت نفسه مساوئ عديدة، وبصورة خاصة بالنسبة إلى الإنسان، الأمر الذي كان لا بدّ معه من وضع أداة ضبط عليه وموازنة لعمله لتحصيل واكتساب الفائدة ودرء المخاطر، هذا كله بالقانون الأداة التنظيمية، فضلاً عن أهمية وفائدة هذه التكنولوجيا للقانون فهي تأتي بالدور الرئيسي والأول فهي تأتي بمرحلة سابقة قبل القانون فهي التي تبتكر ليأتي بعد ذلك دور القانون بمرحلة لاحقة بوظيفته لينظم، إذاً فالقانون هو: المدخل الرئيس لحسن سير العمل الطبي لتحقيق الضمانات بانتظام واطّراد...^(٦٤٧)

الفرع الثاني : المقصود بالخلايا الجذعية وأهميتها

اصبح العلاج بالخلايا الجذعية في المجتمع يشكل أهمية بالغة، وفجوة كبيره توصل إليها العلماء لتحقيق العلاج وعبر اشواط من الزمن ليتمكن من القضاء على الامراض الذي عجوز عن مواجهتها بالطرق الطبية المعروفة، ولما كان نتيجة هذه الاكتشاف من أهمية وخاصة يتميز بها عن باقي الاكتشافات، ولتعدد مصادر الحصول عليه، تحتم علينا بأن نبين هنا تعريف الخلايا الجذعية، مع بيان أهمية العلاج بها والخصائص التي تتسم بها ومصادرها الحصول عليها، واخيراً امكانية استخدامها لعلاج عدد من الامراض، وذلك كما في الآتي:

أولاً: تُعرّف الخلايا الجذعية (خلايا المنشأ) وأهميتها:

١- تعريف الخلايا الجذعية باصطلاح الفقهاء: إن الخلايا التي نقصدها هنا وأين ما وجدت وعلى مدار البحث هي الخلايا الجذعية- ابتكار العصر وغاية العلماء والتي شغلت الساحة البحثية إلى الآن وستستمر. فهي إذاً غاية الطب وأمله في تحقيق العلاج للعديد من الامراض المستعصية والمزمنة. وعليه تُعرف الخلايا الجذعية بأنها: "مجموعة من الخلايا غير المُتمايزة، لها القدرة على التكاثر والتحوّل إلى أنواع مُختلفة من خلايا الجسم مثل خلايا الكبد أو الجلد أو الخلايا العصبية وغيرها."^(٦٤٨)

646. Jean Frayssinet, Droit, Droits et nouvelles technologies.

^{٦٤٧} د. أحمد محمود سعد: تغيير الجنس بين الحظر والإباحة، ط١، دار النهضة العربية، ١٩٩٣، ص٥٣٣.
^{٦٤٨} د. فواز صالح: الجوانب الأخلاقية والدينية والقانونية لإجراء الأبحاث على الخلايا الجذعية (خلايا المنشأ)، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، تصدر عن كلية الحقوق جامعة الإمارات، العدد الخامس والعشرون، ٢٠٠٦، ص٣٧٨.

وتُعرَّف أيضًا بأنها: "خلايا غير مُميزة يمكن أن تتحوَّل إلى خلايا مُتخصِّصة أخرى يزيد عدد أنواعها على (٢٠٠) نوع، مثل خلايا القلب والعضلات والخلايا العصبية وغير ذلك، وبذلك يمكنها أن تعمل على إصلاح جسم الإنسان باستبدال العضو المريض أو المعطوب بهذه الخلايا الجذعية".^(٦٤٩)

كما عرَّفها جانب من الطبِّ بأنها: "خلايا بدائية غير متميزة تستطيع أن تتجدَّد ذاتياً وتتمايز إلى جميع أنواع الخلايا في جسم الإنسان مثل الخلايا العصبية أو خلايا الجلد أو خلايا العضلات وغيرها، وتعدُّ هذه الخلايا بمثابة البذرة التي تنشأ منها جميع الأنسجة والخلايا الأخرى والتي تؤدي إلى تكوين الكائن الحي".^(٦٥٠)

كما عرِّفت بأنها: "خلايا غير مُتميزة قادرة على إنتاج كلِّ الأنماط الخلوية للجسم أو عدة أنماط، ويمكن أن تقدِّم تطبيقاتٍ علاجيةً عدة بسبب قدرتها على تجديد أنسجة الجسم"،^(٦٥١)

٢- تعريف القانون للخلايا الجذعية: لم يردَّ تعريف الخلايا الجذعية في القانون العراقي محل البحث ولا في القوانين العربية الأخرى على قدر علم الباحث؛ لأنهما لم ينظِّما هذا الموضوع بتشريع خاص، وإنما وجد على انفراد ورود تعريفها في القانون الأردني، باعتبار أن الأردن هي صاحبة التشريع الأول بالشرق الأوسط التي نظمت العلاج بالخلايا الجذعية من خلال نظام الخلايا الجذعية رقم (١٠) لسنة ٢٠١٤ والتعليمات اللاحقة له، إذ عرِّف الخلية الجذعية بأنها: "خلية مُتعدِّدة المصادر غير مُتميزة ولا مُتخصِّصة تستطيع في ظروفٍ مُعيَّنة ومُحدَّدة أن تُوالي الانقسام وأن تتمايز إلى خلايا مُتخصِّصة تكوِّن لبناتٍ في بناء أنسجة وأعضاء".^(٦٥٢)

ثانياً: أهمية العلاج بالخلايا الجذعية:

يعدُّ العلاج الخلوي اتجاهاً مبتكراً في الطب، استناداً إلى استخدام الإمكانات التجديدية للجسم البالغ من أجل علاج عدد من الأمراض الخطيرة، وإعادة تأهيل المرضى بعد الإصابات المؤلمة، ومكافحة علامات الشيخوخة المبكرة.^(٦٥٣) ففي السنوات الأخيرة، في العالم تمَّ إجراء عدد مُتزايد من حالات العلاج الناجح للمرضى باستخدام الخلايا الجذعية: الجنينية، المعزولة من المشيمة، الأنسجة الدهنية، أنسجة الحبل السري وغيرها من المصادر.^(٦٥٤)

وتتمتع الخلايا الجذعية بقدرة فريدة على التحوُّل إلى خلايا الدم أو الكبد أو عضلة القلب أو العظام أو الغضاريف أو الأنسجة العصبية، وبالتالي استعادة الأعضاء التالفة ووظائفها،^(٦٥٥)

^{٦٤٩} فراس جرجيس: الخلايا الجذعية، بحث منشور على الموقع الإلكتروني: <http://www.sehha.com> ، تاريخ الزيارة (٢٠٢١/٣/٥)، بتمام الساعة ١٥:١٠ ليلاً.

^{٦٥٠} أمّنة نعمة النويني وعباس هادي العبيدي: الهندسة الوراثية والتقنيات، جامعة بغداد، ص ٣.

^{٦٥١} د. فواز صالح: المسؤولية المدنية للطبيب، مطبعة جامعة دمشق، ٢٠٠٥، ص ٣٨٠.

^{٦٥٢} المادة (٢) من نظام الخلايا الجذعية الأردني رقم (١٠) لسنة ٢٠١٤، والذي صدر بعده تعليمات بالتعاقب تنظّم العلاج بالخلايا الجذعية رقم (٨) لسنة ٢٠١٦، وبعدها أيضاً صدرت تعليمات ترخيص مراكز العلاج المُتخصِّصة بالخلايا الجذعية البالغة رقم (٩) لسنة ٢٠١٦.

^{٦٥٣} د. شعبان خلف الله: العلاج بالخلايا الجذعية (ثورة في الطب الحديث)، دار الكتب العلمية، ٢٠١١، ص ٦٩.

^{٦٥٤} سارة سعد البوسطن: استعمال ومشروعية الأجنة الفائضة من عمليات الحقن المجهرية بوصفها خزيناً للخلايا الجذعية، المرجع السابق نفسه، ص ٢٣.

وكما تعدُّ أيضاً العلاج بالخلايا الجذعية كمادّة حيويّة واعدة لزراعة الجلد، وإنشاء صمامات القلب التعويضيّة البيولوجيّة والأوعية الدمويّة والكبد والقصبة الهوائيّة، وتُستخدم كمواد حشو حيويّة فريدة من نوعها لإصلاح العيوب في الجراحة التجميليّة والترميميّة. وقد أحدث العلاج بالخلايا الجذعيّة ثورةً في مجال الطب التجديدي؛ لما تملكه تلك الخلايا من قدرات وأسرار تعدُّ من مظاهر تجليات قدرة الباري - عزّ وجلّ - وإتقانه في الصنع، حيث أودع فيها قابليّة التكاثّر والتجدّد والتمايز إلى خلايا متخصصة

المطلب الثاني : أهم مصادر الخلايا وطرق استخدامها في العلاج

الفرع الأول : مصادر الحصول على الخلايا الجذعيّة وأفضلها علمياً وعملياً
أولاً: تعدد مصادر الحصول على الخلايا الجذعية:

إنّ عمق الجدل القائم بين تأييد الأطباء للعلاج بالخلايا الجذعيّة من جهة وبين آراء فقهاء الشريعة الإسلاميّة والقانون من جهة أخرى يركّز على أساس تعدّد مصادر تلك الخلايا؛ لما له من تأثير بالغ على مدى مشروعيّة العلاج بها، ومع أنّ بعض التشريعات حسمت الأمر بتنظيم هذا الموضوع بقانون خاصّ، ولكنّ الجدل بقي قائماً؛ لأنّ القانون لم يشمل جميع الفروض في مصادر تلك الخلايا، ففي الوقت الذي يعدّ التداوي والشفاء من الحقوق الطبيعيّة للمريض، إلّا أنه قد يشكّل تعدياً على حرمة إنسانٍ آخر، ومن مصاديق ذلك هو إهلاك الأجنّة البشريّة عند استخلاص الخلايا الجذعيّة منها لغرض العلاج؛ لأنّ الأجنّة تعدُّ من أهمّ وأغنى مصادر الخلايا الجذعيّة، فضلاً عن أنّ الخلايا الجذعيّة الجنينيّة هي من أفضل أنواع الخلايا كما سيأتي ذكره.

وقد تعدّدت تقسيمات الخلايا الجذعيّة تبعاً لمصادرها في السابق، وعلى أساس حداثة الموضوع وتطوّره فقد وُجدت تقسيمات حديثة بناءً على مُعطيات واكتشافات الطبّ الحديث، وفي الوقت الذي لم ينظّم المُشرّع العراقيّ وأغلب القوانين العربيّة بل جميعها-على قدر علم الباحث- هذا الموضوع بخلاف المُشرّع الأردنيّ قد نظّمه بقانون خاصّ، وقسم الخلايا الجذعيّة من حيث مصدرها إلى:

أ - خلايا جذعيّة بشريّة جنينيّة تُستخرج من بويضة بشريّة مُخصّبة خارج الرحم خلال مدة زمنيّة تبدأ من تاريخ التلقيح وتنتهي بمرور خمسة أيام من بدء الانقسامات المُتتالية.

ب - خلايا جذعيّة بشريّة بالغة يتمّ الحصول عليها من المصادر التالية:

- ١- دم الحبل السريّ المُستخلص مباشرةً بعد عمليّة الولادة.
- ٢- الأسنان اللبنيّة.
- ٣- الأنسجة المُختلفة للإنسان بعد ولادته.

^{٦٥٥} وهذه الصفات لا توجد في أيّ خليةٍ أخرى، وأثارت مصادر الحصول على تلك الخلايا جدلاً علمياً عميقاً بين علماء الطب وفقهاء الشريعة والقانون، إذ تعدّ الخلايا الجذعيّة الجنينيّة (Embryonic stem cells) من أهمّ أنواع الخلايا الجذعيّة وأفضلها والتي يتمّ الحصول عليها من أجنّة بشريّة لم يتجاوز عمرها الأربعة أو الخمسة أيام أو أكثر من ذلك؛ بشرط عدم العلق في جدار الرحم، ويقتضي ذلك إهلاك تلك الأجنّة لغرض العلاج بها، علماً أنها تعالج العديد من الأمراض المُستعصية مثل مرض سرطان الدم (Leukemia) وداء السكري والزهايمر والشلل الرعاشي ... إلخ.

- ٤- أجنة الإجهاض المشروع أو التلقائي وأنسجة الأجنة المنغرسه داخل الرحم أو الحبل السُّرِّي أو المشيمة وأغشيتها والسائل الأمينوسي سواء كانت داخل الرحم أم خارجه.
 - ٥- الخلايا الجذعيّة البشريّة المحفّزة، وهي الخلايا الجسمانيّة البالغة التي تحفز بتقنيّة البرمجة الجينيّة لتصبح خلايا جذعيّة، شريطة أن لا تتمّ زراعتها في رحم المرأة، وأن لا تُستخدم لأغراض التكاثر البشري.
 - ٦- الخلايا الجذعيّة الناتجة بواسطة تقنيّة نقل نواة الخليّة الجسديّة إلى بويضة غير مُخصّبة، شريطة أن لا تتمّ زراعتها في رحم المرأة، وأن لا تُستخدم لأغراض التكاثر البشري.
 - ٧- الخلايا الجذعيّة المهجنة والناتجة من دمج الحامض النوويّ الديوكسي رايبوزي (DNA) البشري مع خلية غير بشريّة، شريطة أن لا تتمّ زراعتها في رحم المرأة، وأن لا تُستخدم لأغراض التكاثر). (٦٥٦).
- ونكتفي بالتقسيم الوارد في القانون الأردني لمصادر الخلايا الجذعيّة؛ منعاً للتكرار.

ثانياً: أهم وأفضل مصدر للخلايا يتحقق معه العلاج والمشروعية:

- تعتبر الخلايا الجذعية الجنينية هي أفضل وأهم مصادر للخلايا التي أثبت العلم أنّ لها كفاءةً عاليةً في العلاج؛ لما تملكه من قدرات وإمكانيات على التكاثر والتمايز أكثر من غيرها، ويرى بعض الباحثين^(٦٥٧) أنّ لهذه الخلايا عدداً من الخصائص تميّزها عن غيرها من الخلايا الجذعيّة، ومن أهمّ تلك الخصائص:
- ١- تتواجد في الكيسة الأريميّة المكوّنة للجنين في مراحلها الأولى قبل العلق.
 - ٢- تحتوي على ٤٦ كروموسوماً كما هو في الخلايا البالغة.
 - ٣- لها القدرة على إنتاج أنواع متعدّدة من الخلايا المُتخصّصة.
 - ٤- لها القدرة على إنتاج الخلايا التناسليّة، أي زراعتها في جسم جنين آخر يمكن أن تنمو له أعضاء تناسليّة بشكل طبيعيّ.
 - ٥- خلايا متعدّدة القدرات؛ أي لها القدرة على إنتاج كلّ أنواع الخلايا في مُختلف أنسجة الجسم.
 - ٦- القدرة على التكاثر والتجديد الذاتي لتنتج أعداداً من الخلايا لا حدود لها من دون أن تتمايز.
 - ٧- تكون خاليةً من الفايروسات عادة.
 - ٨- تمتلك إمكانيّة إنتاج مستعمرات من الخلايا المُماثلة لها وبنفس الخصائص.
 - ٩- تبدأ بالانقسام وتكاثر الحمض النوويّ (DNA) من دون الحاجة إلى مُحفّز خارجي.
 - ١٠- لا يرفضها الجهاز المناعيّ لدى المتلقّي إلا في حالاتٍ نادرة.

^{٦٥٦} المادّة (٣) من نظام الخلايا الجذعيّة الأردني.
^{٦٥٧} د. فواز صالح: المسؤولية المدنيّة الطبيب، المرجع السابق نفسه، ص ٣٨٣. وأمنة نعمة الثويني وعباس هادي حمادي العبيدي: المرجع السابق نفسه، ص ٩، وكذلك وحيد خليل إبراهيم الصافي: التنظيم القانوني للعلاج بالخلايا الجذعيّة، رسالة ماجستير، كلية القانون - جامعة كربلاء، ٢٠١٣، ص ٣٤ - ٣٥.

١١- لا تقتصرُ وظيفتها على إنتاج خلايا مُعيَّنة، بل لها القدرة على بناء الكائن الحيِّ بأكمله.

١٢- يستطيع الباحثون عبرها دراسة تطورات خلق الإنسان بوصفها خلايا المراحل الأولى لتكوُّن الجنين البشري.

١٣- تُفرز موادَّ تُسمى عوامل النموِّ التي لا توجد في غيرها من الخلايا.

١٤- يتِمَّ عزلها وتنقيتها بسهولة وبكميات كبيرة.

وخلاصة القول تعتبر الخلايا الجذعية الجنينية صاحبة هذه الصفات التي لا توجد في أيِّ خليةٍ أخرى، من أهم وافضل الخلايا تحقيقاً للعلاج، وأن من غير الخوض في مسألة مشروعيتها لأنها تتطلب البحث الكثير وبعمق أكثر ربما لا يتسع هنا قوله ولكن يجب القول بأنه: أثار مصدر الحصول على تلك الخلايا جدلاً علمياً عميقاً بين علماء الطب وفقهاء الشريعة والقانون، ولعل ابرز سؤال يتبادر للذهن حول طريقة حصولها يتمثل في انه هل يمكن الحصول على تلك الخلايا أو الأعضاء منها وهي في بطن الأم؟ أم يجب إجهاضها ومن ثمَّ قتلها للحصول على ذلك؟! فلا نريد الخوض بهذه المسألة لان الكلام بها يطول، وحتى لا نخرج عن نطاق البحث أيضاً الذي نريد به بان نبين مدى قابلية تقبل أو انسجام قواعد القانون المدني للتقدم الذي يحصل في تكنولوجيا العلاج بزرع الخلايا الحاصل في المجتمع في الآونة الاخيرة.

وعليه تعدُّ الخلايا الجذعية الجنينية (Embryonic stem cells) من أهم أنواع الخلايا الجذعية وأفضلها والتي يتم الحصول عليها من أجنة بشرية لم يتجاوز عمرها الأربعة أو الخمسة أيام أو أكثر من ذلك؛ بشرط عدم العلوق في جدار الرحم، ويقتضي ذلك إهلاك تلك الأجنة لغرض العلاج بها، مما يدخل ذلك في منظره شرعي وقانوني واخلاقي. وعليه فأنا نرى حلَّ لتجنب الوقوع في المحذور فبجانب أهم وافضل مصدر للحصول على الخلايا الجذعية هناك أيضاً مصدر للحصول على الخلايا الجذعية يتحقق به العلاج من جهة وتتحقق به المشروعية من جهة اخرى ايضاً، وهو حصولها من المشيمة ومن دم الحبل السري المتصل بها بعد ولادة الجنين مباشرة؛ لان بكل الاحوال وكما يحصل بأنه لا يتم الاستفادة من المشيمة والحبل السري بعد الولادة وانما يتم رميه في النفايات واتلافه، فبدلاً عن ذلك يمكن اخذه وجعله مصدر مهم للخلايا تحقيقاً للعلاج المستقبلي للجنين هو نفسه أو لغيره سواء كان من افراد اسرته لحصول التطابق عند اجراء عملية الزرع؛ كون هذه الخلايا (خلايا المريض الذي يرد العلاج بالزرع) لا تحتوي على مواد تؤدي إلى رفضها من جسم المريض المعالج أو تهاجم من الجهاز المناعي للمريض، أو من الغير أيضاً وحسب تقدير نسبة التطابق.

**الفرع الثاني : استخدامات الخلايا الجذعية والتميز بينها
اولاً: تعدد طرق استخدامات الخلايا الجذعية:**

لقد ظهر في الآونة الأخيرة تقارير إعلامية عن استعمال الخلايا الجذعية لعلاج الأمراض المزمنة، وكذلك تصليح الأنسجة التالفة في الجسم الحي، وأهم هذه العلاجات هي تصليح الوظائف للحبل الشوكي بعد الإصابة، وعلاج السكري بعد

استبدال الخلايا المنتجة للأنسولين في البنكرياس إلى جانب العلاجات الأخرى لعدد من الأمراض التي لاتزال في طور البحث والاكتشاف.

ويعتبر العلاج بواسطة هذه الخلايا للأمراض من أنجح العلاجات؛ لأن خلايا المريض الجذعية لا تهاجم من الجهاز المناعي للمريض، لكونها لا تحتوي على المواد التي تؤدي إلى رفضها من جسم المريض المعالج^(٦٥٨). ومن أهمّ الاستخدامات للخلايا الجذعية في علاج الأمراض العديدة التي تم تشخيصها وتطبيق العلاج عليها بجانب الاستخدامات الأخرى التي لاتزال في طور البحث والاكتشاف هي الاستخدامات الآتية:

- ١- استخدام الخلايا في معالجة المرضى المصابين بأنواع مختلفة من الأمراض المستعصية مثل داء السكري، إذ يرى بعض العلماء إمكانية إنتاج خلايا البنكرياس لعلاج السكري من حقن غدة البنكرياس بالخلايا الجذعية.
- ٢- إنتاج أنماط خلوية كالأرومة الليفية الجلدية لعلاج الحروق والجروح والخلايا الغضروفية التالفة عند التهاب المفاصل بغية تجديدها.
- ٣- علاج تصلب الشرايين من إنتاج الخلايا المبطنة للأوعية الدموية.
- ٤- كما أنها تُستخدم في علاج أمراض القلب وإصابات الحبل الشوكي وضمور العضلات.

٥- استخدام الخلايا في علاج أنواع السرطان مثل سرطان الدم وسرطان الكلى، وأمراض الكبد والروماتيزم^(٦٥٩).

ثانياً: التمييز بين أنواع الخلايا:

ان الخلايا الجذعية هي المواد الخام بالجسم، فهي الخلايا التي تتولد منها جميع الخلايا الأخرى ذات الوظائف المتخصصة. وفي ظل الظروف المناسبة في الجسم أو المختبر، تنقسم الخلايا الجذعية لتكوّن مزيداً من الخلايا تُسمّى الخلايا الوليدة. وهذه الخلايا الوليدة إما أن تُصبح خلايا جذعية جديدة (ذاتية التجديد) أو خلايا متخصصة (متميزة) ذات وظيفة متخصصة أخرى مثل خلايا الدم أو خلايا الدماغ أو خلايا عضلة القلب أو الخلايا العظمية. لا توجد خلايا أخرى في الجسم لها هذه القدرة الطبيعية على توليد أنواع خلايا جديدة وبناء على هذا المفهوم وجب أن نبين التمييز بين أنواع الخلايا وكما في النحو الآتي:

فلابدّ إذاً من التمييز بين الخلايا الجذعية الجنينية وخلايا الجنين الأصلية، وكذلك الخلايا الجذعية البالغة، فالخلايا الجذعية الجنينية تؤخذ عادةً من جنين في طور المضغة لم يتجاوز مرحلة الكيسة الأريمية (Blast cyst) ومن ثمّ تزرع في المختبر، أمّا خلايا الجنين الأصلية فهي غير الجذعية وتأتي من السلالة المنشئة للجنين، وتختلف في خصائصها عن الجذعية، أمّا الخلايا الجذعية البالغة فهي توجد فيما بعد في الأنسجة البالغة للجسم، وقابليتها محدودة في توليد الأنماط الخلوية، ومن الأمثلة النموذجية للخلايا الجذعية الجنينية هي البويضة المخصبة (Zygote) والتي

^{٦٥٨} د. أنس محمد عبد الغفار: الأطر القانونية لاستخدام الخلايا الجزعية، دار الكتب القانونية، ص ١٧١.
^{٦٥٩} الخلايا الجذعية، بحث منشور على الموقع الإلكتروني: <http://www.new70b.com>، تاريخ الزيارة ٥/٨/٢٠٢٠، بتمام الساعة ٩:٣٠ صباحاً.

تعدُّ أساساً لجميع خلايا الجسم؛ إذ تتغيَّر تلك الخلايا بسرعة هائلة في أطوار نموِّ الجنين وتتجه نحو التمايز لتكوِّن الأجهزة والأعضاء والأنسجة المختلفة للجنين.^(٦٦٠)
المبحث الثاني : حتمية وجود القانون المدني لمجاراتة تكنولوجيا العلاج بالخلايا تمهيد وتقسيم:

إن التقدم التكنولوجي في مجال العلاج بالخلايا الجذعية منذ ظهوره على الساحة في المجتمع في الآونة الأخيرة وإلى الآن وهو يثير جدلاً كبيراً بين أهل العلم والمعرفة سواء في المجال الطبي أو الديني أو الأخلاقي أو القانوني، وحققت أن ما يزيد من شدة هذا الجدل هو الفراغ التشريعي الذي ما زال يحيط هذا الاكتشاف، وبالطبع تترتب مشروعية العلاج بتلك الخلايا على مشروعية استخدامها وجعلها في أطر قانونية تجيز الاستخدام لها بالوجه المشروع الذي يحقق الغاية من وجودها إلا وهي تحقيق العلاج للتخلص من الأمراض المستعصية، ويعد القانون ضرورة حتمية لكل المجتمعات أياً كانت درجة تحضرها، كما يعد ضرورة حتمية لكل فرد من أفرادها أيضاً، بتالي ما من تقنية جديدة تظهر للنور أو شيء يستحدث إلا ولا بد من تنظيمه بالقانون؛ حتى لا تتعارض المصالح الناتجة عن التعاملات الجارية من خلاله، خاصة إذا تعلقت هذه التعاملات بجسم الإنسان ولخدمته، لذا سوف نتكلم في هذا البحث عن ضرورة وأهمية وجود القانون ك إحدى الوسائل التنظيمية لأي عمل أو اكتشاف جديد يظهر على الساحة لمجانبة ما ينتج عنه من إيجابيات، ومواجهة ما ينجم عنه من سلبيات أي المخاطر الناجمة عنه بدون تنظيم، وهذا كله في مطلب أول، وكما نبحت في مدى ملاءمة قواعد القانون المدني بوجه خاص لتنظيم نتائج التقدُّم التكنولوجي الطبي المرتبط بالعلاج بالخلايا، وذلك في مطلب ثاني، وكما في النحو الآتي:

المطلب الأول: ضرورة القانون لمواجهة مخاطر تكنولوجيا العلاج بالخلايا وتنظيمه.

المطلب الثاني: تقبل قواعد القانون المدني مع التقدُّم التكنولوجي المرتبط بالعلاج الخلوي.

المطلب الأول : ضرورة القانون لمواجهة مخاطر تكنولوجيا العلاج بالخلايا وتنظيمه

الفرع الأول : مخاطر تكنولوجيا العلاج بالخلايا الجذعية

أنه وعلى الرغم من مزايا تكنولوجيا العلاج بالخلايا الجذعية من خلال التصرُّف بها واستخدامها، والتي يمكن معها أن تحقق رغبات الأفراد المشروعة (كاستخدامها للتجميل أو لعلاج العديد من الامراض المستعصية) كما تقدّم ذكره من أهمية لها، فهي بالوقت نفسه يمكن أن تكون هذه الاستخدامات بالخلايا جانحة وغير مقبولة ممّا تفتح آفاقاً أوسع بهذه التصرُّفات، وذلك وفقاً لرغبات أهل الطب والعلم البيولوجي وللمطامع الإنسانية للاكتشاف والبحوث، ممّا تُنشئ معها الفوضى والمخاطر خصوصاً وأنّ هذا العمل الطبيّ يتعلق بعناصر أو اجزاء أو مكونات الإنسان أي في الخلايا الإنسانية فهو إذاً ليس كأبي عمل طبيّ علمي آخر يقبل كافة

^{٦٦٠} د. فواز صالح: المسؤولية المدنية الطبيب، المرجع السابق نفسه، ص ٣٨٠.

التصرّفات به بما يتناسب مع طبيعته الخاصة، ممّا يؤثّر ذلك في المبادئ الراسخة في المجتمع: عدم التلاعب بالجينات والحفاظ على النسل وصيانة مكونات الإنسان والتكامل الإنساني^(٦٦١)،

وبناءً على هذه الأهمية التي يُحقّقها الأطباء بتكنولوجيا العلاج بالخلايا بتصرّفاتهم بالخلايا فقد يُحقّقون أيضاً مخاطر وعدم أهمية ببعض التصرفات التي تؤدّي إلى الفوضى والعبث العلمي، ومما تقدّم يتضح أنّ هذه التكنولوجيا الحديثة والتقدّم الطبي لتكنولوجيا العلاج بالخلايا الجذعية قد تنتج عنه أهمية ومنافع وقد تُحدث مخاطر ومفاسد (ضرراً ومنفعة)، فهي كالعلة النقدية لها وجهان بعملة واحدة، فهي بالرغم من منجزاتها وحسناتها، فهي لها أيضاً مساوئ عديدة^(٦٦٢).

فما من طريق أو أداة يمكن اللجوء إليها لتضمن لنا الاستفادة من هذا التقدّم العلمي بهذه التكنولوجيا للعلاج بالخلايا من جهة، وكذلك لدرء ودفع المخاطر لهذه التكنولوجيا من جهة أخرى لتحقيق الاستفادة، غير وجود القانون- الأداة التنظيمية التي ترسم الأطر وتحدد السقف الذي لا ينبغي الخروج عليه لمشروعية أي تكنولوجيا تطرأ في المجتمع، بحيث يكون أداة موازنة لتحقيق المصالح ودفع المفاسد، وكما هو معروف فإنّ كلّ ما يؤدّي إلى ضرر يُمنع، وكل ما يؤدّي إلى جلب مصلحة يُطلب^(٦٦٣).

لذا لزم وجود القانون لتنظيم هذه التكنولوجيا المستحدثة بالعلاج الخلوي بكافة صورته؛ لصحة كل ما هو نافع ومنع كل ما هو شاذ ومنحرف يتنافى مع طبيعة محل هذه العملية (زرع الخلايا الجذعية) وتقرير المسؤولية؛ كونه الأداة التي تنظّم السلوك المجتمعي وتحمي الإنسان وتقييه من المخاطر المجتمعية وتنظّم علاقاته.

الفرع الثاني : القانون اداة موازنة لتكنولوجيا العلاج بالخلايا

إن الأهمية العظمى التي يشكلها القانون في المجتمع وما يحتاجه كل شيء جديد يطرأ في المجتمع سواء كان من نتاج الإنسان او من نتاج الطبيعة خصوصاً في مجال التطورات العلمية في مجال البيولوجيا والعلاج بالخلايا الجذعية والتلاعب بالجينات محل بحثنا وغيرها فهي تحتاج لتقرير المسؤولية والتنظيم من قبل القانون للضرورة؛ لأنه وكما معروف أن الإنسان هو المحرّك للعملية التشريعية ومصدر وغاية التنظيم التشريعي في المجتمع^(٦٦٤)، فالإنسان والمجتمع هما مصدر القانون، وبالتالي فأينما وُجد الإنسان وُجد المجتمع، وأينما وُجد المجتمع وُجد القانون (الإنسان + مجتمع = قانون)، وعليه فإنّ حياة الإنسان وسلامة جسده والمساعدة على سلامة

^{٦٦١} .د. أحمد شرف الدين: حماية حقوق الإنسان المرتبطة بمعطيات الوراثة وعناصر الإيجاب، بحث منشور في كتاب: وقائع الندوة المصرية عن أخلاقيات الممارسات البيولوجية - إسهامها في حماية حقوق الإنسان ودعمها للتنمية المتواصلة، المنعقدة في القاهرة فيما بين ٣٠ - ٢٧ سبتمبر ١٩٩٧، مطابع الطوبجي التجارية، القاهرة ١٩٩٨، ص ٣٠٧ وما بعدها.

^{٦٦٢} .د. عبد العزيز أحمد عبد العزيز: الأخلاقيات الطبية والحيوية، الطبعة الأولى، المصرية للنشر والتوزيع، ٢٠١٨، ص ٢.

^{٦٦٣} . وهذا هو الإطار العام لمقاصد التشريع، فإن الله - سبحانه وتعالى - لا يأمر إلا بما يُحقق مصلحة، ولا ينهى إلا عما يُحقق ضرراً، وإذا لا بدّ من السير في هذا الإطار العام لمقاصد التشريع، د. شوقي إبراهيم عبد الكريم علاء: تحديد الجنس وتغييره بين الحظر والمشروعية، مكتبة الوفاء القانونية، ٢٠١٣، ص ٤.

^{٦٦٤} .د. محمد سعد خليفة: أحكام قانون نقل وزراعة الأعضاء البشرية رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ في مصر، دار النهضة العربية - القاهرة، ص ٥.

جسده بالطرق التكنولوجية الحديثة للعلاج بالخلايا، كما هي غاية هذه التكنولوجيا الطبية، فهي غاية هذا القانون أيضاً والتي ترتقي لتعدُّ من الأمور المُتعلِّقة بالنظام العام^(٦٦٥)، وهي أيضاً محورُ اهتمام الشرائع الدينية، والاتفاقيات الدولية المعنية بحقوق الإنسان^(٦٦٦).

فإنَّ ما تُحدثه هذه التكنولوجيا من تجاوزات وانتهاكات بالخلايا، أفرزت معها مشاكل عدة، وبصفة خاصة في نطاق العلاقة بين فروع علمي الطب والأحياء (البيولوجيا) من ناحية، وعلمي الشريعة والقانون من ناحية أخرى^(٦٦٧)، إذ إنَّ ما تنتجه هذه التكنولوجيا من مخاطر قد تتنافى مع مبادئها، وفي كلِّ الأحوال يجب أن يتدخَّل القانون كأداة فعالة وضرورية لوضع القواعد وتقرير المسؤولية التي تحكم هذه التكنولوجيا وترسم لها الضوابط للسير بانتظام واطِّراد؛ وذلك بفرض القانون مسؤولياته (المدنية والجزائية) على هذه التصرفات الطبية بالتكنولوجيا لاعتبارها جزءاً من الإنسان وذات طبيعة خاصة؛ بهدف الحماية القانونية التي وفرها القانون لحرمة جسد الإنسان بصورة عامَّة، وحقِّه في الحياة وسلامة جسده بصفة خاصة، فالمسؤولية المدنية تتمثل بفرض التعويض عمَّا يُصيب الشخص من ضرر جراء هذه التصرفات سواء أكان الضرر مادياً أم أدبياً في القانون المدني، وأمَّا الجزائية فتتمثل بتجريم أفعال القتل والضرب والجرح والإجهاض التي تقع على الأشخاص^(٦٦٨).

واخيراً ومما لا شكَّ في أنَّ هذا التلازم بين وجود التكنولوجيا المستحدثة للعلاج بالخلايا الجذعية وحاجة القانون إليها يتطلب اصطفاً بين علمي القانون والطب، خصوصاً وان الطب بالتكنولوجيا الحديثة يفرز لنا أهمية قصوى لتحقيق الاستفادة من هذا التقدُّم العلمي ومن دون أن يشوبها أيُّ شيء، وكذلك لما تقوم بدورها أيضاً بتقديم الاستفادة للقانون لمرونته وإزالة الغبار -ان صح التعبير- الذي عليه لمواكبة التطوُّر بحدثة التشريع وصدور قوانين جديدة، ممَّا يتضح أنه كما للقانون قواعد التي تعود بالفائدة على تنظيم التكنولوجيا الطبية الحديثة، فإنَّ هذه التكنولوجيا لها فائدة عليه؛ أي استفادة متبادلة وتعاون مشترك بين العلمين وهذا كفيل لاصطفاً أو لموائمة قواعد القانون المدني في المعاملات مع التكنولوجيا الطبية الحديثة بصفة عامة وتكنولوجيا العلاج بالخلايا بصفة خاصة، فما للطب سوى الابتكار للعلاج والشفاء؛ وما للقانون سواء الإدارة والتنظيم، فليس كل ما هو ممكن علمياً وطبياً ممكن شرعاً وقانوناً.

^{٦٦٥} لكل إنسان حقوق مقدسة على جسمه لا يجوز المساس بها بغير رضانه، وكلُّ اعتداء على هذه الحقوق يرتب مسؤولية من ارتكبه، ولو كان الدافع إليه مصلحة المريض". د. محمود مصطفى: مسؤولية الأطباء والجراحين الجنائية، مجلة القانون والاقتصاد، السنة ١٨، ص ٢٧٩، خاصة، ص ٢٨٣.

^{٦٦٦} المادة (٢٥) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في ١٠ كانون الأول ١٩٤٨. والمادة (١٢) من العهد الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية في ١٦ كانون الأول ١٩٦٦. والمادة (٣-١٥) من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية في ١٦ كانون الأول ١٩٦٦. وأيضاً، راجع: وحيد رافت، القانون الدولي وحقوق الإنسان، المجلة المصرية للقانون الدولي، ١٩٧٧، ص ٥٥، وعبد العظيم الجنزوري، الحماية الدولية لحقوق الإنسان وتطوير القانون الدولي، مجلة مصر المعاصرة، السنة ٧، العدد ٢٧٧، يوليو ١٩٧٩. وراجع مجموعة الأعمال المقدمة لمؤتمر حقوق الإنسان في الأنظمة الدستورية العربية الواقع والمأمول ١٤-١٦ مارس ٢٠٠٦، الجزء الأول والثاني، جامعة أسيوط، بمركز دراسات وبحوث حقوق الإنسان، المؤتمر السنوي الأول، كلية الحقوق.

^{٦٦٧} د. أحمد شرف الدين: الأحكام الشرعية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، ١٩٨٧، ص ١١.

^{٦٦٨} د. أمير طالب هادي التميمي: المسؤولية المدنية الناشئة عن التدخلات الطبية في الجنين، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين شمس، ٢٠١٥، ص ٥١.

المطلب الثاني : تقبل قواعد القانون المدني لتنظيم نتائج التقدم التكنولوجي المرتبط بالعلاج الخلوي

أثبتت تكنولوجيا العلاج بالخلايا الجذعية نتائج علمية متطورة للغاية، بحدثة تسبق الزمان بأشواط تكاد تكون كبيرة، مما أدت إلى معالجة كثير من الأمراض المستعصية بطرق علاجية حديثة، فإن ما أحدثته هذه التكنولوجيا من تقدم يفيد البشرية بالمجتمع، لكنها بالوقت نفسه قد تتجاوز حدود التصرفات الطبية التقليدية، مما تثير معها حدوث مشكلات قانونية وإنسانية لم تكن معروفة من قبل^(٦٦٩)، حول مدى مشروعية التصرف بالخلايا الجذعية، خصوصاً إزاء النجاح الذي توصلت إليه عمليات تكنولوجيا زراعة الخلايا وما زالت قيد التطور والاكتشاف.

وبما انا تحدثنا فيما سبق بأهمية تدخل القانون بصفة عامة وتقريره للمسؤولية حتى لا تخرج هذه العمليات بتصرفات منحرفة وغير مشروعة تضر بالمجتمع بأسره، إلا إنه وبصفة خاصة نبين هنا أيضاً ما هو مطلوب محل البحث، موقف أو مدى تدخل القانون المدني وملاءمة قواعده العامة لتنظيم نتائج التقدم التكنولوجي للعلاج بالخلايا الجذعية.

وبما أن هذه التكنولوجيا (تكنولوجيا العلاج بالخلايا الجذعية) تتعلق بالبيولوجيا فإنها سوف تمس بشكل أو بآخر كيان الإنسان وجسده أو جزء من اجزائه التي لا مناص بأن هذا لا دخل للقانون المدني وقواعده به لتعلقها بجسد الإنسان أو احد عناصره؛ كون هذه العمليات خارج موضوعاته التي ينظمها، فإن التساؤل البحثي الذي يطرح هنا حول: هل ما يحققه التقدم العلمي بهذه التكنولوجيا من مصالح متعارضة -مصلحة الاستفادة من التقدم الطبي بالتكنولوجيا ومصلحة المحافظة وعدم الاعتداء على الكيان الجسدي كقيل بأن يبرر دخول القانون المدني به ليخرج عن أصله (تنظيم المعاملات) وفقاً لمقتضيات التطور وتغيير الأزمان بضم أشياء خارجة عن دائرة التعامل؟، وفي حال قابلية قواعد القانون المدني للتدخل بتنظيم عمليات زراعة الخلايا الجذعية بالطرق الحديثة هل يعتبر هذا التدخل هو الخروج عن المبادئ الأساسية للقانون المدني الذي حظر التعامل خلافها وفق قواعد القانون المدني واحكامه؟ وهذا ما نبيته من خلال الفرعين وكما في النحو الآتي:

الفرع الأول: التطور التكنولوجي للعلاج بالخلايا يبرر دخول القانون المدني لتنظيمه.

الفرع الثاني: تنظيم القانون المدني لتكنولوجيا العلاج بالخلايا لا يمثل خروج عن مبادئه.

^{٦٦٩} د. خالد حمدي عبد الرحمن: معصومية الجسد، بدون مكان طبع، ١٩٨٠، ص ٣.

الفرع الأول : التطور التكنولوجي للعلاج بالخلايا يبرر دخول القانون المدني لتنظيمه

إن بالنسبة لما ينتج عن التقدم العلمي (تكنولوجيا العلاج بالخلايا): فإن ما يُنتجه التقدم العلمي هو وجود مصلحتين متعارضتين^(٦٧٠) وهي: مصلحة تعود بالنفع والاستفادة من هذه التكنولوجيا بالتقدم الطبي لزرع الخلايا للعلاج، كون هذه العملية تؤدي إلى معالجة وتحسين الجسم البشري مما يعود على المجتمع بصحة افراده للعيش بمجتمع مشافها معافا، فهي أساس بقاء للمجتمع وضمان زيادته- بإرادة الله تعالى-، وكذلك ما تُحدثه هذه التصرفات من مشاكل قانونية وإنسانية بما يتعارض مع الخلايا الجذعية خلايا التكوين الإنساني والضامنة لصحته، وهذا يعني التصرف بالكيان الجسدي ومخالفة مبدأ معصوميته، وبناءً على هذا التعارض الذي ينتج عن هذا التقدم العلمي بتكنولوجيا زراعة الخلايا فإنه يلزم تحقيق الموازنة بين هذه المصالح المتعارضة (مصلحة الاستفادة من التقدم الطبي بالتكنولوجيا ومصلحة المحافظة وعدم الاعتداء على الكيان الجسدي) وتغليب أحدها على الأخرى، بما لا يتعارض والمبادئ القانونية المستقرة، ومنها وعلى رأسها مبدأ حرمة الكيان الجسدي^(٦٧١).

وحقيقة أن ما يبرر دخول هذا المفهوم بالقانون الوضعي والقانون المدني خاصة لترجيح الكفة بين المصالح؛ للتوفيق بين حرمة الكيان الجسدي للإنسان وبين مقتضيات التقدم العلمي، بالرغم من أن القانون المدني لا يدخل في مواضيعه أي شيء خارج المعاملات المالية وخصوصاً الإنسان أو أجزاءه؛ لأنه لا يصح أن يكوناً محلاً للتعاقد، وهذا ما نصت عليه المادة ١٣٠ ١١ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١، تقابلها المادة (١١٢٨) من القانون المدني الفرنسي المعدل لسنة ٢٠١٦، والقضاء يسلم منذ وقت طويل بأن الجسم الإنساني خارج دائرة التعامل^(٦٧٢)؛ لأن الإنسان ليس مالا لا في الشرع، ولا في الطبع، ولا في العقل، حيث إن الشرع يأبى أن يُعامل الإنسان الذي كرمه الله معاملة الأموال^(٦٧٣)، ومن حيث تعامل القانون المدني أيضاً بالشيء فهو أيضاً يتعامل بهذا الشيء من حيث اعتباره مالا، وإن من المستقر فقهاً أن الشيء لا يعد مالا إلا إذا كانت له قيمة في السوق، وأن ذلك لا يصدق في حق خلايا الإنسان كونها جزءاً من أجزاء الإنسان؛ لعدم توافر شروط صحة التعاقد فيها، وأيضاً اعتبار الخلايا الإنسانية مالا يُخالف العقل؛ لأنه باعتبارها مالا يقتضي أن تكون خارج جسد الإنسان، في حين أن

^{٦٧٠}. نزار محمد سرحان: المسؤولية المدنية الناشئة عن التجارب الطبية، دار الجامعة الجديد - لإسكندرية، ٢٠١٨، ص ١٠٨.

^{٦٧١}. د. محمد زكي أبو عامر: قانون العقوبات القسم الخاص، دار المطبوعات الجامعية - الإسكندرية، ٢٠١٧، ص ٥٣٩.

^{٦٧٢} حكم مدني مصري: رقم ٥١٠٦ لسنة ٦٤ ق، جلسة بتاريخ ١٢٨ / ٥ / ٢٠٠٦. منشور على موقع محكمة النقض المصرية.

^{٦٧٣}. أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين القرطبي: الجامع لأحكام القرآن = تفسير القرطبي، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، دار الكتب المصرية - القاهرة، ط ٢، ج ٩، ١٣٨٤ هـ / ١٩٦٤ م، ص ١٥٤ - الفتاوى الهندية، ج ٥، ص ٣٥٤.

الخلايا ليست خارجاً عنه^(٦٧٤)، ويقصد بالخروج هنا أن يكون هذا الشيء من غير الإنسان ومن غير أعضائه أو أجزائه ولا يمت له بأي صلة من صلبه، وبالتالي فإنّ الإنسان لا يُقوّم بالمال في مجموعه، أي جسمه وحياته وجثته ونتاجه -الخلايا الجذعية^(٦٧٥).

الفرع الثاني : تنظيم القانون المدني لتكنولوجيا العلاج الخلوي لا يمثل خروج عن مبادئه

أنه وفي كل الأحوال - كما تقدّم ذكره اعلاه- يلزم من تحقيق الموازنة بما تُحدثه هذه التكنولوجيا بالطب البيولوجي للإنجاب من استفادة بالتقدّم العلمي، ومن مشاكل قانونية تمسّ حرمة الإنسان وكيانه الجسدي، فلا بدّ من تدخّل القانون المدني بها بما يُناسب هذا الزمن والتطور ليحقّق الفائدة منه حتى وإن خرج بعض الشيء عن مواضعه (تنظيم المعاملات الماليّة) أو شكل استثناءً عليها؛ لأنه أمام هذا التقدّم العلمي لم يعد الأصل هو الحظر لكافة هذه الأشكال؛ أي التصرفات التي تمسّ بمادة الجسم البشري، بل على العكس أصبح هذا الأصل استثناءً أمام هذا التقدّم، والسؤال أيضاً تغير، فبعد أن كان السؤال هو عن صحة أو جواز المساس بكيان الإنسان من عدمه، ففي ظلّ هذه التكنولوجيا والتقدّم العلمي أصبح السؤال هو عن مدى أو كيفية أو حدود المساس بها.

وخلاصة القول: أنه بالرغم من هذا التدخّل للقانون المدني بالتصرّف بجسد الإنسان فيجب إلا يخرج بكلّ الأحوال عن المبادئ القانونية الحاكمة للمساس بالجسد البشري، وهذه المبادئ هي^(٦٧٦): حق الحياة والسّلامة ومعصوميّة الجسد والحق في سلامة الجسد وخروج جسم الإنسان عن دائرة التعامل ومبدأ تحريم كلّ اتّفاق يكون محله المساس بجسد الإنسان، وهذه كلها تقع تحت سقف مبدأ الكرامة الإنسانيّة.

الخاتمة

وفي ختام هذا البحث الموسوم ب: (تقبل قواعد القانون المدني للتقدم التكنولوجي في مجال العلاج بالخلايا) توصلنا إلى مجموعة من النتائج والتوصيات، نبينها كما في الآتي:
النتائج:

١- إن العلاج بالخلايا الجذعية كمادّة حيويّة واعدة تخدم البشرية مستقبلاً فبعد الاكتشافات والتجارب ظهر بأنها تعالج العديد من الأمراض المستعصية وتصلح العديد من خلايا الجسم التالفة أو القابلة للتلف فهي تستخدم لزراعة الجلد، وإنشاء صمامات القلب التعويضيّة البيولوجيّة والأوعية الدمويّة والكبد والقصبة الهوائية،

^{٦٧٤} محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي: المبسوط، ج ٥، دار المعرفة - بيروت، بدون سنة طبع، ص ١٢٥؛ و البخاري، ج ١، المرجع السابق نفسه، ص ١٧١ - ١٧٥ - ١٧٦.

^{٦٧٥} وتاريخياً؛ لم يغفل كذلك القانون الروماني هذا الأمر، حيث عدّ جسم الإنسان أسمى من الأموال، حيث جاء في مدونة (جستنيان) ما يلي: "لا يعدّ أحد مالكاً لجسده أو لأعضاء جسمه"، وبالتالي فإنّ جسم الإنسان لا يدخل في دائرة المعاملات الماليّة، ويجد مصدره في القانون الطبيعي. د. أحمد فتحي سرور: الشرعيّة والإجراءات الجنائيّة، دار النهضة العربيّة، ١٩٧٧، ص ٢٦؛ و د. أنس محمد عبد الغفار: الأطر القانونيّة لاستخدام الخلايا الجذعية، دار الكتب القانونيّة - القاهرة، ٢٠١٤، ص ٥٣.

^{٦٧٦} د. أنس محمد عبد الغفار: الأطر القانونيّة لاستخدام الخلايا الجذعية، المرجع السابق اعلاه نفسه، ص ٤٥ وما بعدها.

- وتستخدم كمواد حشو حيوية فريدة من نوعها لإصلاح العيوب في الجراحة التجميلية والترميمية وغيرها العديد من الاستخدامات قيد التجارب والبحوث.
- ٢- هناك علاقة قبول وتقابل بين ما تنتجه تكنولوجيا العلاج بالخلايا والقانون كون هذا التداخل بين العلوم القانونية مع العلوم الطبية بالتكنولوجيا الحديثة يشكل وحدة العمل المشترك والغاية المشتركة؛ لضمان الحياة والكرامة وسلامة الجسد بما يرجع بالفائدة للإنسان، فالعمل الطبي التكنولوجي من شأنه توفير الراحة للمريض والمجتمع، أمّا مهمّة القانون فهي توفير أو تأمين الانسجام الاجتماعي.
- ٣- إن مصادر الخلايا الجذعية لا تقتصر على مصدر واحد وإنما تتعدد بحسب طبيعتها كون الخلايا لها القابلية على التمايز والنمو في أي مكان بجسم الإنسان، إلا ان أهم مصدر للخلايا هو الخلايا الجذعية الجنينة بعد ما أثبت العلم أنّ لها كفاءةً عاليةً في العلاج؛ لما تملكه من قدرات وإمكانيات على التكاثر والتمايز أكثر من غيرها، ولكن يجب الرجوع لأحكام للشرعية عن الحصول عليها لضمان صحة مشروعاتها من عدمه، ولتجنب الوقوع بالمحظور ولصحة اجراء العملية بما يحقق هدفها المقصود فتعتبر المشيمة ودم الحبل السري من أهم المصادر، فبدلاً من رميها بعد الولادة ممكن اخذها والاستفادة منها للغرض المقصود لتعم الفائدة.
- ٤- حتمية وجود القانون المدني وضرورة وجوده قواعد ما ينظم سير المعاملات لمواجهة التطور التكنولوجي الحاصل في زراعة الخلايا الجذعية التي تتم بين الطبيب المعالج وبين المتبرع صاحب الخلية و بين المتلقي للزرع، كقيلة بأن تنظم العلاقة التي تنشأ بينهم لما يضع من ضوابط وقيود لصحة التعامل بما لا يجوز الخروج عليها لصحة وجواز العملية بأتم وجه وبالشكل القانوني المنظم لضمان عدم الانتهاكات والتجاوزات وحسن سير العملية بانتظام واضطراد.
- ٥- إن تنظيم القانون المدني لعمليات تكنولوجيا العلاج بالخلايا وفق ما تقتضي التطورات بالتقدم التكنولوجي الطبي للعلاج بالخلايا الجذعية أو لأسباب تقتضي المصلحة العامة ومصلحة الفرد ذاته لا يتعارض مع المبادئ القانونية الأساسية المستقرة، ومنها وعلى رأسها مبدأ الكرامة الإنسانية.

التوصيات:

- ١- مواكبة المشرع العراقي لكافة المسائل التي تطرأ على الساحة البحثية بما يعود بالنفع على المجتمع، وبالتالي عدم الاقتصار على المبادئ العامة في كافة المسائل التي تطرأ وإنما العمل على إمكانية تطويرها مستقبلاً لمسايرة وتيرة التطور التكنولوجي العلمي وذلك بالمراجعة والملاءمة الدورية على فعالية تطبيق القانون.
- ٢- يتعين على رجال القانون في العراق أن يبذلوا ما بوسعهم لاستحداث قوانين جديدة بدراسات معاصرة لتقديمها للتشريع أسوة بالمشرع الاردني الذي نظم هذه المسألة محل البحث بقانون خاص لمواجهة ما يمكن أن ينشأ من تطورات لحل المشكلات الناشئة على هذا النوع من الظواهر وهو تكنولوجيا العلاج بالخلايا مما يجعلها أكثر نفعاً وأقل مضاراً وسلبية؛ بإصدار قانون خاص ينظم العلاج

بالخلايا نظراً لأهمية هذا النوع من العلاج وأهمية تلك الخلايا في البحث العلمي والعديد من المجالات الأخرى.

٣- انسجام منظومة القانون المدني الوضعية التقليدية وتطبيقها، أو تطويرها لكي تصبح قابلة للتطبيق على هذا النوع من الظواهر الجديدة وقابلة للإحاطة بكل جوانبها، من خلال إضافة المواد اللازمة لوضع الضوابط القانونية والشرعية لترشيد استخدام الخلايا في العلاج، حيث أنها ستكون البديل في المستقبل لنقل الأعضاء.

٤- نهيب بالباحثين في المجال الطبي لمواكبة كل جديد يطرأ، بجانب الباحثين بالمجال والقانوني لتنظيم وضبط هذا الجديد، والعمل على تثقيف المجتمع بثقافة المعرفة والدراسة بكل اكتشاف غايته خدمة للبشرية في المجتمع وذلك من خلال عقد الندوات والمؤتمرات حول ذلك، ففي معظم ما يأتينا من العالم الغربي أو من دول أخرى والتي لربما لا نشترك معها في العقيدة أو المفاهيم والثوابت الأخلاقية يمكن أن نأخذ منها ما ينفعاً ونكيفه على مجتمعاتنا ونستبعد ما يخالف مبادئنا.

٥- نوصي وزارة الصحة والجهات المعنية للاهتمام بهذه التكنولوجيا بما يخدم البشرية للعلاج والتخلص من الامراض وعدم الابتعاد عن هذا الهدف، فإن المعدلات التي تتوارد بها هذه المستجدات معدلات مرتفعة للغاية وآخذة في الارتفاع بسرعة كبيرة وأن نظام الطب في عالمنا الحاضر تكاد تكون موحدة في الوقت الذي تتباين فيه المجتمعات أخلاقياً وعقائدياً لذا وفي ظل هذه المستجدات فإن من الضروري للطبيب في عالمنا الإسلامي من وجود منهج واضح المعالم للتعامل مع أخلاقيات المستجدات الطبية مستمدة من المنظور الإسلامي ليحدد المسار الأخلاقي تجاه هذه المستجدات الآن وفي المستقبل ليزيل الغموض ويبعد الشكوك حولها بتالي يوفر الاطمئنان لمن يريد العلاج بها ويكون ذلك بتشكيل لجان أخلاقية من قبل وزارة الصحة للأشراف ومراقبة عمليات زراعة الخلايا وعلى بنوك حفظها.

إصلاح حق النقض "الفيتو" لمجلس الأمن الدولي ضرورة لحفظ السلم والامن الدوليين

م.د مروة إبراهيم محمد

الجامعة التقنية الوسطى / الكلية التقنية الهندسية الكهربائية

Safa7030@gmail.com

المخلص

بينت المادة (٢٧) من ميثاق الأمم المتحدة نظام التصويت في مجلس الأمن وعلى الرغم من ان الفقرة الاولى من هذه المادة اكدت على مبدأ المساواة بين الدول، الا ان الفقرتين اللاحقتين وضعت شروطاً تناقض مبدأ المساواة الذي نادى به في البداية اذ ميزت بين المسائل الموضوعية عن الاجرائية وجعلت حق للدول الاعضاء الخمس دائمي العضوية في نقض مشروع القرار في المسائل الموضوعية، فأعطت لهذه الدول حق نقض مشروع القرار مما جعل هذه الدول في مركز اعلى من غيرها وهذا يعد مخالفاً للمساواة بين الدول كما انه يهدد حفظ السلم والامن الدوليين لان هذه الدول انحرفت عن الهدف الاساسي الذي يهدف الجميع الى الوصول اليه، وباتت تسعى لتحقيق مصالحها وان كلف ذلك حصول عدم استقرار في الامن والسلم الدوليين.

الكلمات المفتاحية : ١-مجلس ٢- الامن ٣- النقض ٤- الفيتو ٥- اصلاح.

Abstracts

Article (27) of the Charter of the United Nations clarified the voting system in the Security Council. Although the first paragraph of this article stressed the principle of equality between states, the two subsequent paragraphs set conditions that contradict the principle of equality that it called for at the beginning, as it distinguished between substantive issues from procedural issues. And it gave the five permanent members the right to veto the draft resolution on substantive issues, so it gave these countries the right to veto the draft resolution, which put these countries in a higher position than others, and this is considered a violation of equality between countries and it also threatens the maintenance of international peace and security because these countries have deviated from the main goal Which everyone aims to reach, and it is now seeking to achieve its interests, even if that costs instability in international peace and security

المقدمة

يعد مجلس الأمن الجهاز التنفيذي الأول في منظمة الأمم المتحدة إذ يتم اتخاذ القرارات الدولية التي يتم التصويت عليها من قبل الأعضاء الدائمين وغير الدائمين وهذه القرارات على نوعين منها قرارات موضوعية وقرارات اجرائية، فالنوع الأول يتطلب موافقة الدول الخمس دائمة العضوية مجتمعين دون أي اعتراض وان اغلب هذه القرارات تكون ضمن الفصل السابع اما النوع الثاني فلا يشترط فيها الإجماع وإنما فقط موافقة الاغلبية، وعليه فان هذا الشرط عرقل اتخاذ العديد من القرارات المؤثرة على الساحة الدولية والمتعلقة بحفظ السلم والامن الدوليين إذ لو لا هذا الحق للدول الدائمة العضوية لتم اتخاذ العديد من القرارات التي لها دور فعال ومؤثر في ممارسة مجلس الأمن اهم اختصاصاته التي وجدت من أجله الأمم المتحدة، كما أن نظام التصويت هذا يعد من المسائل التي تتعارض مع مبدأ المساواة بين الدول الذي اقرته الفقرة الثانية من المادة الأولى والفقرة الأولى من المادة ٢٧ من ميثاق الأمم المتحدة، إذ اكدت على مبدأ المساواة بين الدول بأن يكون صوت واحد لكل عضو من أعضاء المجلس الا ان الفقرتين الثانية والثالثة ميزت بين القرارات الصادرة من مجلس الأمن في المسائل الموضوعية وفي المسائل الاجرائية التي لا تتطلب موافقة الدول الدائمة العضوية، عكس النوع الأول التي تشترط موافقة الدول الخمس دائمة العضوية اي استخدام حق الفيتو وهذه المسألة خطيرة للغاية وساهمت في تعريض السلم والامن الدوليين للخطر في العديد من الحالات التي لم يوفق مجلس الأمن فيها باتخاذ قرار كان لو اتخذ لساهم بتعزيز حماية وحفظ السلم والامن الدوليين، وأن هذا الأمر يحتاج إلى أن تتكاتف الدول لإصلاح عمل مجلس لامن ليؤدي دوره بالشكل الصحيح .

أهمية البحث: إن موضوع ((إصلاح حق النقض الفيتو لمجلس الأمن الدولي ضرورة لحفظ السلم والامن الدوليين)) من المواضيع المهمة كونه:

- ١- يتعلق موضوع الدراسة بحفظ السلم والامن الدوليين الذي يعد أهم الاختصاصات التي يقوم بها مجلس الأمن .
 - ٢- يحقق الإصلاح في نظام التصويت داخل مجلس الأمن استقرار الأوضاع الدولية، واتخاذ القرارات الهامة بشكل يخدم تحقيق السلم كمان انه يحقق المساواة بين الدول .
 - ٣- تم استخدام هذا الحق في الكثير من الحالات التي تتطلب اتخاذ قرار بشأنها مما جعلها محور اهتمام الدراسات الدولية.
- أسباب اختياري موضوع البحث: يعود سبب اختياري لموضوع البحث إلى:
- ١- ان تكرار لجوء الدول دائمة العضوية لهذا الحق باستمرار خدمة لمصالح خاصة وبشكل يتنافى مع أهداف الأمم المتحدة أمر يجب تسليط الضوء عليه ليتم إصلاح هذا المنعطف الخطير .
 - ٢- يعد موضوع البحث من المواضيع المتجدد بكل مرة يتم فيها اتخاذ هذا الحق لعرقلة اتخاذ قرار دولي يساهم في حفظ السلم والامن الدوليين .

إشكالية البحث: يثير موضوع بحثنا العديد من التساؤلات التي تعد مشاكل في حد ذاتها تحتاج إلى إجابات فهل يحقق استخدام حق النقض حفظ السلم والامن الدوليين؟ هل يوجد معيار يميز المسائل الاجرائية عن الموضوعية؟ وما الذي يتحقق فيما لو تم الغاء او تعديل نظام التصويت في مجلس الأمن الخاص باستخدام هذا الحق؟ .
منهجية البحث: اتبعنا في بحثنا المنهج التحليلي والمنهج المقارن، فالمنهج التحليلي من خلال تحليل آراء الفقهاء في الكتب القانونية، وتحليل النصوص القانونية أما المنهج المقارن فمن خلال إجراء مقارنة بين النصوص القانونية المختلفة.
خطة البحث: لقد قمنا بتقسيم البحث إلى مبحثين تناولنا في المبحث الأول الإطار المفاهيمي لحق النقض، أما المبحث الثاني فعن الاساس القانوني لحق النقض وضرورة الإصلاح.

المبحث الأول: الإطار المفاهيمي لحق النقض

لا بد لنا ان نبين حق النقض من حيث بيان تعريفه لان ذلك يكون من ضرورات الاحاطة بجميع جوانب البحث، ومن ثم التطرق لأنواع هذا الحق فهل يقتصر على انواع نألفها أم ان هناك انواع لحق النقض تعد غير مألوفة ، هذا ما سيتم التطرق اليه في مطلبين اذ خصصنا المطلب الاول لتعريف حق النقض اما المطلب الثاني فعن أنواع حق النقض ليتسنى لنا التعرف على هذه الانواع.

المطلب الأول : تعريف حق النقض (Veto)

لبيان المقصود بحق النقض (الفيتو) أهمية كبيرة للتعرب على مضمون هذا الحق، اذ سيتم مناقشة ذلك في فرعين، سيخصص الفرع الاول للتعريف الاصطلاحي لمعرفة أصل المصطلح مدار بحثنا، أما الفرع الثاني فسيكون عن البحث في الجانب القانوني من خلال بيان التعريف القانوني لحق النقض.

الفرع الاول : التعريف الاصطلاحي

ان كلمة (Veto) أصلها لاتيني من فعل (Vetare) ومعناه (يمنع، يعارض) والاصح تسميته في العربية (حق الاعتراض أو حق الرفض الناقض) بدلاً من حق النقض كما هو شائع، وذلك لان النقض يتم على القرار الكامل القابل للتنفيذ، لكن الامر في مثل هذه الحالة (الفيتو) يكون على مشروع القرار، اذ لا يكون قراراً كاملاً الا بعد ان تجيزه تسعة من أعضائه على الاقل على ان يكون من ضمنهم الاعضاء الخمس الدائمون ويتم اعلانه من قبل رئيس المجلس قراراً رسمياً^(٦٧٧).
وعليه فان الفيتو يعني عدم تمرير اي مشروع او قانون او قرار مقترح. علماً أن حق الاعتراض (الفيتو)^(٦٧٨) قد كان مطبقاً في مدينة روما في العهد

^{٦٧٧} . النقض-حق-الفيتو، الموسوعة العربية، مقال منشور في الانترنت على الرابط الالكتروني التالي:

<https://www.arabi-ency.com.Sy/ency/details/7253/20>

^{٦٧٨} . محمد حسين كاظم العيساوي، حق النقض (الفيتو (Veto) في مجلس الامن دراسة من منظور القانون الدولي، مجلة أهل البيت عليهم السلام ، مجلد(١)، عدد(١١)، جامعة أهل البيت، ٢٠١١، ص ٢٣٦.

القنصلي، اذ كان يحكمها قنصلان يحق لكل منهما ان يمتنع عن توقيع أحد الاوامر التي اصدرها القنصل الاخر اذا اراد ذلك، فيمتنع تنفيذها.^(٦٧٩) ومما يجدر ذكره أن الاستاذ (بادفان) عرف حق الفيتو بقوله: " هو سلطة ممنوحة للدول ذات المركز الدائم في مجلس الامن، تخولهم منع المجلس عن طريق التصويت السلبي أو الامتناع عن التصويت من اتخاذ اي قرار وتؤدي من حيث النتيجة الى ايقاف صدور القرارات الخطيرة التي تجنح الامم المتحدة الى اتخاذها".^(٦٨٠)

وعليه فان اصل كلمة الفيتو لاتيني كما تعني (انا لا اسمح او انا امتنع).^(٦٨١) فهي تعني بالإنجليزية النقض اي حق الاعتراض على اي قرار يقدم لمجلس الامن من دون ابداء الاسباب.^(٦٨٢)

الفرع الثاني : التعريف القانوني

يمكن استخلاص التعريف القانوني لحق النقض (الفيتو) من خلال الرجوع الى المادة (٢٧) من ميثاق الامم المتحدة لعام ١٩٤٥ الفقرة (٣) فيعرف بأنه: " حق الاعتراض الذي تستخدمه احدى الدول الدائمة العضوية في مجلس الامن عند التصويت على اي مشروع قرار يتعلق بالمسائل الموضوعية المهمة دون المسائل الاجرائية التي تعرض امام مجلس الامن من دون ابداء الاسباب".^(٦٨٣) مما يجدر بيانه ان لفظ "نقض" لم يرد في ميثاق الأمم المتحدة، بل ورد لفظ "حق الاعتراض" وهو في واقع الأمر "حق إجهاض" للقرار وليس مجرد اعتراض. إذ يكفي اعتراض أي من الدول الخمس الدائمة العضوية في مجلس الأمن ليرفض القرار ولا يمرر نهائياً، وإن كان مقبولاً للدول الأربعة عشر الأخرى، فهنا تكمن

^{٦٧٩} . لم تكن فكرة امتلاك حق النقض على تصرفات المنظمات الدولية بالشيء الجديد في عام ١٩٤٥ . فقد كان لكل عضو في مجلس العصبة حقاً للنقض فيما يتعلق بالمسائل الغير إجرائية. عند تأسيس العصبة، كان هناك أربعة أعضاء دائمين وأربعة غير دائمين. وتوسع المجلس بحلول عام ١٩٣٦ ليضم أربعة أعضاء دائمين وإحدى عشر عضواً غير دائم، مما يعني أن هناك خمسة عشر دولة تتمتع بحق النقض. ووجود هذا العدد الكبير من أصحاب الكلمة جعل من الإتفاق على أي أمرٍ يطرح صعباً للغاية.

وظهور حق النقض "الفيتو الحالي" كان نتيجةً لمناقشاتٍ مستفيضةٍ خلال المفاوضات لتشكيل الأمم المتحدة في مؤتمر ديمبارتون أوكس Dumbarton Oaks Conference - في عام ١٩٤٤ وبالطأ عام ١٩٤٥. والدليل على ذلك هو أن الولايات المتحدة والاتحاد السوفييتي والمملكة المتحدة والصين أيّدوا جميعاً مبدأ الإجماع، ليس لرغبتهم كقوى كبرى في العمل معاً، ولكن أيضاً لحماية حقوقها السيادية ومصالحها الوطنية. وقد أوضحت الدول العظمى في سان فرانسيسكو San Francisco - بأنه في حال لم يتم منحهم حق النقض فإنه لن يكون هناك أمم متحدة.

- سائدة الشيخ عبد الله، النقض (الفيتو) Veto، الموسوعة السياسية، مقال منشور في الانترنت على الرابط الالكتروني التالي:

<https://www.political-encyclopedia.org/dictionary>

- ^{٦٨٠} . النقض حق -الفيتو، مصدر سابق
- ^{٦٨١} . سموحي فوق العادة، القانون الدولي العام، الناشر لايوجد، دمشق، ١٩٦٠، ص ٦٩٤.
- ^{٦٨٢} . محمد حسين كاظم العيساوي، مصدر سابق، ص ٢٣٦.
- ^{٦٨٣} . حق النقض في مجلس الامن التابع للامم المتحدة، موسوعة ويكيبيديا، مقالة منشورة في الانترنت على الرابط الالكتروني التالي:

<http://www.wikipedia.org> - <http://www.wikipedia.org> في مجلس الأمن التابع للأمم المتحدة - ويكيبيديا

خطورة هذا الحق ناهيك عن اثاره السلبية العديدة علماً ان هذا الحق بات يشكل تهديداً لحفظ السلم والامن الدوليين الهدف الرئيس والاساسي للأمم المتحدة ومجلس الامن بالتحديد.

اذ ان هذا الحق بات يحقق مصالح الدول الدائمة العضوية في مجلس الامن الدولي وهم روسيا، الولايات الأمريكية المتحدة، بريطانيا، فرنسا والصين اي انه يعبر عن مصلحة دول معينة دون اهتمام لمصالح الدول الاخرى مما أضعف من دور مجلس الان في تحقيق دوره كما اصبحت قراراته تتهم بعدم النزاهة والتحيز للدول المذكورة ومن يحالفها مما ادى الى ان ينادى بإصلاح هذا الخلل ووضوح ضوابط تمنع اساءة اللجوء اليه.

المطلب الثاني : أنواع حق النقض

لو تم التدقيق في معنى حق الفيتو من خلال الرجوع لميثاق الامم المتحدة وللتطبيق العملي له لوجد ان للفيتو انواع عدة، منها ما هو مألوف ما هو غير مألوف وهذا ما سيتم توضيحه في فرعين اذ سيكون الفرع الاول مخصص لأنواع المؤلفوة لحق الفيتو والفرع الثاني سيكون عن الانواع غير المؤلفوة لهذا الحق.

الفرع الاول : الانواع المؤلفوة لحق النقض (الفيتو)

هناك عدة انواع لحق النقض (الفيتو) تعد من الانواع المؤلفوة استخدامها على

صعيد التطبيق العملي وهي ما سنقوم بالتطرق اليه في الفقرات الاتية^(٦٨٤):-

أولاً:- الفيتو الحقيقي : يكون بتصويت اي دولة من الدول الاعضاء الدائمي العضوية بالرفض لاي قرار مقترح يتعلق بالمسائل الموضوعية، فان القرار لا يمكن ان يصدر وهذا يعد من الانواع المؤلفوة لحق النقض الفيتو.

ثانياً:- الفيتو المزدوج: يكون بتكليف مسألة ما بأنها موضوعية وليست اجرائية فموضوع تحديد المسألة كونها اجرائية ، فموضوع تحديد المسألة كونها اجرائية أو موضوعية لم ترد على سبيل الحصر وانما يعرض الموضوع على مجلس الامن للتصويت لبيان طبيعتها هل هي اجرائية أم موضوعية وفي أثناء التصويت، يقوم العضو الدائم بالحيلولة دون صدور قرار معين من مجلس الامن لصالح تلك المسألة كيفها على أساس انها موضوعية وليست اجرائية وذلك باستخدام حق النقض بقصد تحويل المسألة المعروضة المراد تكليفها من اجرائية الى موضوعية، ولقد ظهر الاعتراض المزدوج استناداً الى اعتبار مسألة التكليف القانونية مسألة موضوعية حيث تستطيع الدول الدائمة العضوية في مجلس الامن استعمال حق النقض سواء عند البحث في موضوع التكليف او عند دراسته.

ثالثاً:- الفيتو بالوكالة : يكون عن طريق قيام العضو الدائم بمجلس الامن بإنابة عضو اخر دائم العضوية كذلك كونه طرفاً في النزاع المعروض على المجلس، فيكون العضو الدائم الذي يكون طرفاً في النزاع المعروض امام المجلس بين خيارين، اما الامتناع عن التصويت او انابة عضو دائم اخر باستخدام حق الفيتو بدلاً عنه.

^{٦٨٤} . محمد حسين كاظم العيساوي، مصدر سابق، ص ٢٣٦.

الفرع الثاني : الانواع غير المألوفة

هناك بعض الانواع لاستخدام حق الفيتو لا تكون مألوفة وانما يكشف عنها واقع العمل اي تكون مستمرة اي واقعية، وهناك من الانواع ما هو نادر الحصول وعليه سنتناول في هذا الفرع نوعين من انواع حق الفيتو تعد غير مألوفة هي:-
أولاً:- الفيتو المستتر (الواقعي): ان هذا النوع من انواع حق الفيتو تكشف عنه طبيعة العمل وواقع العمل في مجلس الامن الدولي، اذ ان احد الدول دائمة العضوية تقوم بدفع ثلث الاعضاء للامتناع عن التصويت او التصويت ضد مشروع القرار المعروف أمام مجلس الامن، بمعنى ان تقوم هذه الدولة بالسيطرة على عدد كافي من الاصوات داخل مجلس الامن لمنع صدور اي قرار من المجلس يتعارض مع مصالحها.^(٦٨٥)

ثانياً:- الفيتو الجماعي: يكون برفض اكثر من ستة اعضاء مجلس الامن غير الدائمين لمشروع القرار اثناء التصويت عليه، وان الاغلبية المطلوبة هي تسعة اصوات فلا يمكن ان يتحقق ذلك حتى لو وافق كل الاعضاء الدائمين لصالح مشروع القرار، وهذا حسب ما ورد في ميثاق الامم المتحدة وان هذا النوع من حق النقض لم يألفه التطبيق العملي لهذا الحق الا ان اساسه موجود في ميثاق الامم المتحدة، وبالتحديد في نص المادة (٢٧) المتعلقة بنظام التصويت داخل مجلس الامن، الا ان كثرة اللجوء لحق الفيتو المألوف الذي يكون عن طريق عضو من الاعضاء الدائمين لمجلس الامن، جعل ان يضمن بأن هذا الحق مقتصر فقط للدول الخمس دائمة العضوية.^(٦٨٦)

المبحث الثاني : الاساس القانوني لحق النقض وضرورة الإصلاح

الهدف من التطرق للأساس القانوني لحق النقض هو لبيان المسائل التي يجوز فيها اللجوء لهذا الحق، وهذا ما ورد في ميثاق الامم المتحدة في النص الذي تطرق لهذا الحق وان ذلك يقودنا وبعد بيان هذه المسائل بشيء من التفصيل الى ان اللجوء للفيتو يساهم بدرجة كبيرة في زعزعة السلم والامن الدوليين، وبذلك يجب ان يتم اصلاح هذا الخلل والا يحصل ما لا يحمد عقباه، وعليه فإننا سنقوم بتقسيم هذا المبحث الى مطلبين خصص المطلب الاول للأساس القانوني لحق النقض اما المطلب الثاني فسيكون عن مسوغات اصلاح حق النقض.

المطلب الاول : الاساس القانوني لحق النقض

تضمنت المادة (٢٧) من ميثاق الامم المتحدة لقواعد التصويت في مجلس الامن، اذ نص على انه: " لكل عضو من أعضاء مجلس الامن صوت واحد ".^(٦٨٧)

^{٦٨٥} . محمد حسين كاظم العيساوي، مصدر سابق، ص ٢٤٠ .

^{٦٨٦} . هذه هي انواع حق الفيتو والدول التي تمتلكه ، المشهد، ٢٠٢٣، مقال منشور في الانترنت على الرابط الالكتروني

- <https://almashhad.com/article/773112298002792-News>

^{٦٨٧} . المادة (٢٧) الفقرة (٣) من ميثاق الامم المتحدة لعام ١٩٤٥ .

كما فرقت بين المسائل الاجرائية والمسائل الموضوعية من حيث الاغلبية المشترطة لصدور القرار في كل نوع من هذين النوعين اذ نصت على ان: "تصدر قرارات مجلس الامن في المسائل الاجرائية بموافقة تسعة من أعضاءه"^(٦٨٨). كما أنها نصت على أن: "تصدر قرارات مجلس الامن في المسائل الاخرى كافة بموافقة تسعة من أعضائه يكون من بينها أصوات الاعضاء الدائمين متفقة"^(٦٨٩). وبناءً على ذلك فلا بد من ان نتطرق لهذا الاساس للسبب الذي ذكرناه اعلاه ليتسنى لنا بيان المسائل التي يجوز النقض فيهل في الفرع الاول، ومن ثم وعلى النقيض من ذلك سنتطرق للمسائل التي لا يجوز النقض فيها في الفرع الثاني.

الفرع الاول : المسائل التي يجوز النقض فيها

بالرجوع الى المادة (٢٧) من نظام الامم المتحدة في فقرتها الثالثة بأن تصدر قرارات مجلس الامن في المسائل الاخرى كافة بموافقة تسعة من أعضائه يكون من بينها الأعضاء الدائمين متفقة، يتضح من ذلك أن المسائل التي يجوز استخدام حق الاعتراض النقض فيها هي المسائل الاخرى غير المسائل الاجرائية التي ذكرتها الفقرة الثانية من المادة ذاتها والمقصود بها هي المسائل الموضوعية، اذ يجوز ان يتم نقضها من قبل اعضاء مجلس الامن، اذ تصدر قرارات مجلس الامن في المسائل الموضوعية بأغلبية تسعة أصوات بشرط أن يكون من بينها أصوات الدول الخمس دائمة العضوية في المجلس.^(٦٩٠) ومعنى ذلك أنه وفي حالة قيام احد الدول الاعتراض على نظر مسألة تعد من المسائل الموضوعية حسب تكييفهم لها يؤدي الى عدم التعرض للمسألة المذكورة، وكذلك اذا كان الاعتراض بعد البدء في الاقتراح لانعدام السند القانوني اي عدم صدور قرار عن مجلس الامن. الا ان هناك اربع استثناءات ترد على هذا النظام حددها ميثاق الامم المتحدة هي:^(٦٩١)

- ١- نص الفقرة (٢) من المادة (١٠) من النظام الاساسي لمحكمة العدل الدولية بخصوص انتخاب قضاة المحكمة.
- ٢- الفقرة (١) من المادة (١٠٩) الخاصة بالدعوة الى عقد مؤتمر لتعديل الميثاق
- ٣- ما تنص عليه الفقرة (٣) من المادة (٢٧) من ميثاق الامم المتحدة بخصوص الحلول السلمية طبقاً لأحكام الفصل السادس من الميثاق
- ٤- تطبيق الفقرة (٣) من المادة (٥٢) من الميثاق الخاصة بامتناع العضو الدائم العضوية في مجلس الامن الذي يكون طرف في النزاع من التصويت اذا كان طرفاً في النزاع.

الفرع الثاني : المسائل التي لا يجوز استخدام حق النقض فيها

ان المقصود بهذه المسائل هي المسائل الاجرائية أو الشكلية بحسب ما ورد في المادة (٢٧) من ميثاق الامم المتحدة السابق ذكرها ومن الواضح من مضمون هذه المادة في فقرتها الثانية انها لم تشترط موافقة الاعضاء الخمسة دائمي العضوية

^{٦٨٨} . الفقرة (١) من المادة (٢٧) من ميثاق الامم المتحدة لعام ١٩٤٥.

^{٦٨٩} . الفقرة (٢) من المادة (٢٧) من ميثاق الامم المتحدة لعام ١٩٤٥.

^{٦٩٠} . الفقرة (٣) من المادة (٢٧) من ميثاق الامم المتحدة لعام ١٩٤٥.

^{٦٩١} . هادي نعيم المالكي، المنظمات الدولية، الطبعة ٣، دار المسلة، بغداد، ٢٠٢٣، ص ٢٥٦.

وعليه فان هذه المسائل لا يجوز استخدام حق النقض فيها. الا أن ما يثير مشكلة أن الميثاق لم يحدد ما لمقصود بالمسائل الاجرائية لتمييزها عن ماهو موضوعي ، الا انه في العادة تحدد المسائل الاجرائية حسب ما ورد في مذكرة الدول الكبرى بتاريخ ١٩٤٥/٦/٧ اذ اوضحت ان المسائل الواردة في المواد (٢٨، ٢٩، ٣٠، ٣١، ٣٢) من الميثاق تعد من المسائل الاجرائية، وعليه فان موضوع تمثيل اعضاء مجلس الامن تمثيلاً دائماً في مقر المنظمة، وجوب عقد اجتماعات دورية للمجلس، وجواز عقد الاجتماعات للمجلس في غير مقر المنظمة، وانشاء فروع ثانوية لمجلس الامن، وقيام المجلس بوضع لائحة اجراءاته.^(٦٩٢)

كما ان قيام احد اعضاء الامم المتحد من غير اعضاء مجلس الامن بالاشتراك في مناقشة اي مسألة تعرض على مجلس الامن ان رأى المجلس ان مصلحة هذا العضو تتأثر بصورة خاصة ، كما ان دعوة دولة تكون طرفاً في نزاع الى مجلس الامن والاشتراك في المناقشات الخاصة بهذا النزاع وكذلك تقرير ما اذا كان نزاع او موقف ما محلاً للنقاش في مجلس الامن، هذه المسائل هي من المسائل الاجرائية وفقاً للمذكرة المذكورة في اعلاه ومما يجدر بيانه ان العمل بها داخل مجلس الامن والسير وفقاً لما جاء فيها.^(٦٩٣)

المطلب الثاني : مسوغات اصلاح حق النقض

لبيان الاهمية والضرورة التي تقتضي أن يتم الالتفاف لهذا الحق يجب أن نقف أولاً عند سلبيات حق النقض، وهذا ما سنتطرق اليه في الفرع الاول من هذا المطلب ومن ثم بيان تأثير حق النقض على حفص السلم والامن الدوليين، وذلك ما سنقوم بتوضيحه في الفرع الثاني.

الفرع الاول : سلبيات حق النقض

من المهم ان نقف عند السلبيات التي يثيرها ممارسة حق النقض من قبل الدول الأعضاء في مجلس الامن سواء أكان من قبل الدول الخمس دائمة العضوية، او من الدول الاعضاء غير الدائمين في حال اتفق أكثر من ستة أعضاء غير دائمين على رفض مشروع القرار كما سبق وان وضحنا ذلك عندما تطرقنا لموضوع انواع حق النقض في الصفحات السابقة من هذا البحث،

عند الاطلاع على الحالات العديدة التي تم اللجوء فيها الى حق النقض (الفيتو) من قبل أعضاء مجلس الامن وبالتحديد من قبل الاعضاء الخمس دائمي العضوية في مجلس الامن نلاحظ بأن هذا اللجوء استخدم بصورة واسعة جداً الى اضعاف مصداقية مجلس الامن كجهاز رئيسي من أجهزة الامم المتحدة مهمته الرئيسية هي حفظ السلم والامن الدوليين.^(٦٩٤)

كما أن لجوء الدول دائمة العضوية لهذا الحق بصورة دائماً ما يعبر عن مصالح شخصية للدولة المستخدمة لحق النقض، اذ اصبح هذا الحق يخدم مصالح دولة دون

^{٦٩٢} . عادل مطشر حسن، النظام القانوني للتصويت في مجلس الامن، مجلة جامعة تكريت للحقوق، السنة

^{٦٩٣} . المجلد (٦)، العدد (٢)، الجزء (١)، كلية الحقوق/جامعة تكريت، ٢٠٢٢، ص ٣٠٤.

^{٦٩٤} . حسن الجلبى، مبادئ الامم المتحدة وخصائصها التنظيمية، مطبع الجيلاوي، القاهرة، ١٩٧٠، ص ١٣٧.

أخرى مما أثر ذلك في تحقيق المساواة بين الدول، وجعل هناك فوارق بين الدول دائمة العضوية والدول الضعيفة والفقيرة لا بل أصبح اي قرار يصدر من مجلس الامن يعبر عن مصلحة أحد الدول دائمة العضوية حق في موضوع قبول الدول الجديدة في الامم المتحدة وان هذا يعد انتهاكاً لما جاء به ميثاق الأمم المتحدة.^(٦٩٥)

وعليه فان السلبات العديدة لاستخدام هذا الحق ومن دون ضابط أو حدود ادى الى ان يصاب مجلس الامن بالشلل، وبالأخص خلال فترة الحرب الباردة والفترة التي جاءت بعدها وذلك بسبب كثرة اللجوء الى استخدامه من قبل الاتحاد السوفيتي ابان الحرب الباردة، ومن قبل الولايات المتحدة في الفترة اللاحقة فبعد الغياب السوفيتي اتخذت الولايات الامريكية المتحدة قرارات دولية تخدم مصلحتها، وكانت اغلب القرارات تحت طائلة الفصل السابع الامر الذي اربك العمل في مجلس الامن لا بل سبب تعطيله عن اداء مهامه، وبصورة خاصة الالتزام الالهم لمجلس الامن وهو حفظ السلم والامن الدوليين وهذا بسبب ان ميثاق الامم المتحدة يشير الى ان قرارات الفصل السابع لا تتم الا بتصويت الاغلبية المطلقة من أعضاء مجلس الامن بضمنهم الدول الخمس دائمي العضوية، على ان يكونوا جميعهم متفقين دون استخدام حق النقض بالتالي فان هاتين القوتين هما من قاما بالتجاوز على المنظومة الدولية عبر مصادرة قرارات مجلس الامن وتجيرها لمصلحتها، الامر الذي جعل من منظمة الامم المتحدة عبارة عن مؤسسة شكلية تحركها الارادات الكبرى وفق ما ترتأيه.^(٦٩٦)

الفرع الثاني : تأثير حق النقض على حفظ السلم والامن الدوليين

بعد الاحداث التي شهدتها العالم تعرضت الامم المتحدة الى هيمنة وسيطرة لم تتعرض لها من قبل وهذا ما عرض المجتمع الدولي الى عدم الاستقرار وازدياد الحروب الاستباقية لا سيما على الارهاب، فبعد سبعة عقود ونصف على تأسيس منظمة الامم المتحدة ونتيجة لغياب التوازن الدولي تعرضت الاخيرة الى غياب حقيقي لممارسة دورها في حفظ السلم والامن الدوليين الامر الذي جعل عدد كبير من الدول والمهتمين والباحثين للمطالبة بإصلاح المنظمة لخروجها من عقدة الازمات، ووضع اسس جديدة لها تمارس دورها الطبيعي في المجتمع الدولي لرسم ملامح جديدة لمستقبل المنظمة.^(٦٩٧)

فان حفظ السلم والامن الدوليين هو أهم ما تقصد الامم المتحدة تحقيقه فهو يستوعب غيره من الاهداف الاخرى لا بل يطغى عليها. فميثاق الامم المتحدة جعله مقصداً من مقاصدها اذ تصدرت ديباجة الميثاق ومادته الاولى التي نصت في الفقرة الاولى على ان الامم المتحدة تتخذ في سبيل حفظ السلم والامن الدوليين : " التدابير المشتركة الفعالة لمنع الاسباب التي تهدد السلم وإزالتها وتقمع اعمال العدوان

^{٦٩٥} . ابراهيم احمد الشلبي، التنظيم الدولي-النظرية العامة للأمم المتحدة، الدار الجامعية، القاهرة، ١٩٨٦، ص ٢٣٢.

^{٦٩٦} . محمد حسين كاظم العيساوي، مصدر سابق، ص ٢٣٨.

^{٦٩٧} . نصت الفقرة (١) من المادة (٢) من ميثاق الامم المتحدة لعام ١٩٤٥ على ان : " تقوم الهيئة على مبدأ المساواة في السيادة بين جميع أعضائها.

وغيرها من وجوه الاخلال بالسلم، وتتذرع بالوسائل السلمية وفقاً لمبادئ العدل والقانون الدولي، لحل المنازعات الدولية التي قد تؤدي الى الاخلال بالسلم او لتسويتها " لاشك في ان ميثاق الامم المتحدة بمقتضى نص هذه المادة المذكورة قد ارسى نظاماً للأمن الجماعي، وانتدب لهذه الغاية مجلس الامن بصفة خاصة بوصفه الجهاز الرئيسي المكلف بالنهوض بتبعات هذه المسؤولية الاساسية.^(٦٩٨)

فاذا كان استخدام القوة امراً محرماً على الدول الاعضاء الا انه، واستناداً الى ميثاق الامم المتحدة وخصوصاً في الفصل السابع فان مجلس الامن يستطيع استخدام القوة في حالة تهديد السلم أو خرقه او وقوع العدوان، ويتخذ الاجراءات الكفيلة بحفظ السلم والامن الدوليين ومعاقبة المعتدي، الا ان الاشكالية التي ادت الى فشل واخفاق مجلس الامن في معالجة المشاكل المهمة والخطيرة على الرغم من الصلاحيات التي منحت له وذلك لان الميثاق منح الدول العظمى حق الفيتو مما اثر ذلك بشكل سلبي على حفظ السلم والامن الدوليين.^(٦٩٩)

وعليه فان الاستمرار في اللجوء لحق الفيتو سيؤدي الى ان تصل الامم المتحدة للانهايار، وذلك كونها فقدت دورها في حفظ السلم والامن الدوليين لان ذلك جعلها اداة في خدمة عدد محدود ممن الدول وذلك يتناقض جذرياً مع مبادئها واهدافها.^(٧٠٠)

الخاتمة

بعد ان انتهينا من موضوع بحثنا خلصنا الى عدة نتائج وتوصيات هي :

اولاً: النتائج

- ١- يتمتع مجلس الامن بأهمية خاصة في الامم المتحدة انطلاقاً من الدور الذي يسعى الى تحقيقه في حفظ السلم والامن الدوليين .
- ٢- لا يقتصر حق النقض الفيتو على الدول الخمس دائمة العضوية في مجلس الامن فقط وانما هذا الحق ممكن ان تلجا اليه الدول الاعضاء غير الدائمة في مجلس الامن اذا رفضت مشروع القرار اكثر ستة منم.
- ٣- يسمح حق النقض حقوق الدول الضعيفة ويخل بمبدأ المساواة الذي ورد في ميثاق الامم المتحدة كما انه دائماً ما يعبر اللجوء اليه عن مصالح الدولة الراضة لمشروع القرار على حساب بقية الدول.
- ٤- يجد هذا الحق اساسه القانوني في المادة (٢٧) الفقرة الثالثة من ميثاق الامم المتحدة

ثانياً: التوصيات

- ١- من الضروري اعادة النظر في منح دول بعينها دون غيرها حق تعطيل العديد من القرارات لمجرد كونها لا تخدم مصالح هذه الدول لان استمرار ذلك

^{٦٩٨} . فاضل عبد علي حسن وجواد كاظم كطان، منظمة الامم المتحدة وضرورة الإصلاح، مجلة كلية التربية للعلوم الانسانية، مجلد (١٢)، عدد(٣)، جامعة ذي قار، ٢٠٢٢، ص٥٧.

^{٦٩٩} . المصدر نفسه، ص ٦٩.

^{٧٠٠} . حامد محمد علي البلداوي ، التنظيم القانوني لاستخدام القوة في حفظ السلم والامن الدوليين والقيود الواردة عليها، مجلة جامعة تكريت للحقوق، السنة (٥)، المجلد(٥)، العدد(٣)، كلية الحقوق-جامعة تكريت، ٢٠٢١، ص ٣٤٦.

سيؤدي الى انهيار المنظمة العالمية كونها اخفت في تحقيق مقاصدها واهدافها وعليه ندعو الى اصلاح طريقة التصويت في مجلس الامن وعدم جعلها بيد دول معينة على حساب بقية الدول.

٢- اصلاح نظام التمثيل في مجلس الامن لكي يكون متاحا لجميع الدول تحقيقا للمساواة بين جميع الدول .

المصادر

اولاً:-الكتب

- ١- ابراهيم احمد الشلبي، التنظيم الدولي-النظرية العامة للأمم المتحدة، الدار الجامعية، القاهرة، ١٩٨٦،
- ٢- حسن الجليبي، مبادئ الامم المتحدة وخصائصها التنظيمية، مطبع الجيلاوي، القاهرة، ١٩٧٠
- ٣- سموحي فوق العادة، القانون الدولي العام، الناشر لايوجد، دمشق، ١٩٦٠ .
- ٤- هادي نعيم المالكي، المنظمات الدولية ، الطبعة ٣، دار المسلة، بغداد، ٢٠٢٣

ثانياً: البحوث العلمية

- ١- حامد محمد علي البلداوي ، التنظيم القانوني لاستخدام القوة في حفظ السلم والامن الدوليين والقيود الواردة عليها، مجلة جامعة تكريت للحقوق، السنة (٥)، المجلد(٥)، العدد(٣)، كلية الحقوق-جامعة تكريت، ٢٠٢١ .
- ٢- خضير ابراهيم سلمان، الامم المتحدة ومشاريع الاصلاح، المجلة السياسية والدولية، المجلد ٣١ ، العدد٣١-٣٢، كلية العلوم السياسية/الجامعة المستنصرية، ٢٠١٦ .
- ٣- عادل مطشر حسن، النظام القانوني للتصويت في مجلس الامن، مجلة جامعة تكريت للحقوق، السنة (٦)، المجلد (٦)، العدد (٢)، الجزء (١)، كلية الحقوق/جامعة تكريت، ٢٠٢٢
- ٤- فاضل عبد علي حسن وجواد كاظم كطان، منظمة الامم المتحدة وضرورة الاصلاح، مجلة كلية التربية للعلوم الانسانية، مجلد (١٢)، عدد(٣)، جامعة ذي قار، ٢٠٢٢ .
- ٥- محمد حسين كاظم العيساوي، حق النقض (الفيتو Veto) في مجلس الامن دراسة من منظور القانون الدولي، مجلة أهل البيت عليهم السلام ، مجلد(١)، عدد(١١)، جامعة اهل البيت، ٢٠١١ .

ثالثاً: مصادر الانترنت

- ١- النقض-حق-الفيتو، الموسوعة العربية، مقال منشور في الانترنت على الرابط الالكتروني التالي:
<https://www.arabi-ency.com.Sy/ency/details/7253/20>
- ٢- حق النقض في مجلس الامن التابع للأمم المتحدة، موسوعة ويكيبيديا، مقالة منشورة في الانترنت على الرابط الالكتروني التالي:
<http://www.wikipedia.org> - ويكيبيديا

٣- سائدة الشيخ عبد الله، النقض (الفيتو) Veto، الموسوعة السياسية، مقال منشور في الانترنت على الرابط الالكتروني التالي:

<https://www.political-encyclopedia.org/dictionary->

٤- هذه هي انواع حق الفيتو والدول التي تمتلكه ، المشهد، ٢٠٢٣، مقال منشور في الانترنت على الرابط الالكتروني

<https://almashhad.com/article/773112298002792-News->

رابعاً: المواثيق الدولية

١- ميثاق الأمم المتحدة لعام ١٩٤٥.

المسؤولية الجزائية لمكاتب انجاز الرسائل الجامعية في القانون العراقي

م. حسين خليل مطر

مركز دراسات البصرة والخليج العربي/جامعة البصرة/ العراق

hussenkh7@gmail.com

المخلص:

تناولنا في هذا البحث دراسة موضوع المسؤولية الجزائية لمكاتب انجاز الرسائل الجامعية ، إذ تعتبر هذه المكاتب من المظاهر الخطيرة التي تمس حسن سير المسيرة الأكاديمية وتنقص من القيمة العلمية للرسائل والأطاريح الجامعية ، ولكن في مقابل ذلك لاحظنا وجود قصور في القوانين العراقية فيما يخص الوصف الجزائي الخاص بعمل هذه المكاتب فضلاً عن ضعف أداء الجهات التنفيذية في التصدي لهذه الظاهرة. **الكلمات المفتاحية:** مكاتب انجاز الرسائل الجامعية ، الانتحال ، الإتفاق الجنائي.

Abstract:

In this research, we dealt with the study of the issue of criminal responsibility for theses completion offices, as these offices are considered one of the dangerous manifestations affecting the good conduct of the academic process and detracting from the scientific value of theses and university dissertations. These offices, in addition to the poor performance of the executive authorities in dealing with this phenomenon.

Key words: theses completion offices, Plagiarism, criminal agreement.

المقدمة

اولاً : موضوع البحث وأهميته :

ان البحث العلمي لا يتسنى له القيام بوظائفه المفصلية في شتى القطاعات الاقتصادية و الثقافية و الصناعية والصحية ما لم يتسم بالنزاهة و الأمانة العلمية ، وعلى وجه الخصوص في الميدان الأكاديمي، إذ يعد الالتزام بالأمانة العلمية في نقل المعلومة وتوظيفها بصورة سليمة أحد أهم مقومات الإنتاج المعرفي الناجح التي لا يقتصر أثرها الايجابي على مجتمع معين بل تتعداه إلى العالم بأسره و ذلك لسيره على النهج السليم ، وهنا تكمن أهمية الدراسة في كون الأمانة العلمية تلبي الأهداف الأساسية للعلم وهي المعرفة المتاحة للجميع بالإضافة إلى الإسهام في الإرث الثقافي والحضاري العام الذي يبنيه أفراد المجتمع من حرفيين ورجال القانون والسياسة و أكاديميين وغيرهم فضلاً عما تنطوي عليه الأمانة العلمية من مسالك و محاذير تُشكل انتهاكاً و سوء سلوك علمي .

ثانياً : مشكلة البحث:

على هذا الأساس تعد مسألة الاهتمام بالانتهاكات المخلة بالأمانة العلمية من الجوانب الرئيسية التي تسعى الجهات المعنية بالبحث العلمي و المسؤولية عن الانتاج المعرفي في الدول لمجابهتها بأساليب مختلفة نظراً لما تنطوي عليه من محاذير تمس كيان البحث العلمي ، وعلى هذا الأساس لا بد من وجود نظام قانوني متكامل يوفر الحماية للأمانة العلمية ، ويمثل عمل مكاتب انجاز الرسائل الجامعية أحد ابرز وأخطر مظاهر الإخلال بالأمانة العلمية و ذلك في ظل تشتت و قصور نصوص منظومة القانون العراقي سواء أكانت خاصة أم عامة ، فضلاً عن إيجاد الوصف القانوني الإجرامي الملائم لعمل هذه المكاتب علاوةً على طرح تساؤل مهم : هل المسؤولية تقع على تلك المكاتب أم الباحث ؟ أم هي مسؤولية مشتركة ؟ هذا ما سنحاول الإجابة عنه في ثنايا هذه الدراسة .

ثالثاً : منهجية البحث :

سنتناول في هذا البحث دراسة موضوع المسؤولية الجزائية لمكاتب انجاز الرسائل الجامعية في القانون العراقي مستنديين في ذلك إلى عرض وتحليل النصوص القانونية في منظومة التشريع العراقي .

رابعاً: خطة البحث:

المطلب الأول : السمات الخاصة بمرتكبي جرائم الإخلال بالأمانة العلمية .
المطلب الثاني: البيان الوصفي الجزائي لمكاتب انجاز الرسائل الجامعية والباحثين باعتباره أساس للمسؤولية الجزائية .
المطلب الثالث : النتيجة الجرمية المحتملة لعمل مكاتب انجاز الرسائل الجامعية.
المطلب الرابع : دور الجهات التنفيذية في مواجهة ظاهرة مكاتب انجاز الرسائل الجامعية .

المطلب الأول : السمات الخاصة بمرتكبي جرائم انتهاكات الأمانة العلمية

يمتاز مرتكبي الجرائم المخلة بالأمانة العلمية بكونهم على درجة من الذكاء والخبرة ، ذلك نابع من كون أغلب مرتكبي هذه الجرائم من الباحثين ، فهؤلاء يمتلكون مؤهلات علمية تميزهم عن غيرهم من المجرمين العاديين ، وهذه المهارات تُمكنهم من ارتكاب الجرائم بصورة أسهل وأقل مجهود ، هذه الصفات التي لا تُمكن غير الداخلين في مجال البحث العلمي والتجربة من ارتكاب مثل هكذا جرائم ، إلا إن هذه الصفات لا تمنع غيرهم من الدخول معهم كشركاء في مثل هذه الجرائم ، إذ كثيراً ما تُرتكب هذه الجرائم من قبل عدد من الجناة يزيد عن شخص أو شخصين ، خصوصاً إذا ما أُريد لنتائج البحث أن تُوظف لصالح إحدى الجهات ، فقد يرتكب الجاني الذي يعمل في هذه المكاتب الجريمة لحسابه الخاص وذلك لأجل الحصول على منفعة أو ميزة معينة أو إرضاء لشعور معين ، وغالباً ما يكون الهدف من وراء ذلك هو الحصول على مقابل مادي (٧٠١).

وهذه الخصوصية أو السمات التي يتمتع بها مرتكبو الجرائم المخلة بالأمانة العلمية الذين يعملون في مكاتب انجاز الرسائل الجامعية دفعت البعض للدعوة إلى تشديد العقاب على مرتكبيها ،ذلك على أساس إمكانية إيجاد العذر لمن يرتكب الجريمة العادية الذي قد تدفعه ظروف معينة إلى ارتكابها وعدم إمكان إيجاد مثل هذا العذر للباقيين سواء كانوا أساتذة جامعات أو علماء بشكل عام سولت لهم أنفسهم الإخلال بالأمانة العلمية ومن ثم الخضوع للقانون سواء العقابي أم كانت أفعالهم مخالفات لا تستوجب سوى العقوبات التأديبية لمرتكبيها .

ومما يتسم به المجرمون في هذا النطاق أيضاً هو ان اغلبهم لا يشعرون بالمسؤولية عن أفعالهم الإجرامية فهم يُعدونها مباحة ومن ثم فهم لا يستحقون العقاب عليها ، فالجاني عندما يرتكب إحدى الجرائم المخلة بالأمانة العلمية فهو لا يتصور إن سلوكه إجرامي ومن ثم يرتكب هذه الجرائم دون مبالاة^(٧٠٢)، وما يدل على هذا القول هو انتشار الإعلانات التي تُروج لعمل هذه المكاتب على مواقع الانترنت والتواصل الاجتماعي .

المطلب الثاني : البيان الوصفي الجزائي لعمل مكاتب انجاز الرسائل الجامعية

والباحثين باعتباره أساس المسؤولية الجزائية

يُقصد بالوصف الجزائي (وسيلة تحديد الواقعة المستوجبة للعقاب وهي الثوب القانوني الملائم لها بلا ضيق أو إتساع)^(٧٠٣).

وينبغي أن يكون السلوك قيد التهمة هو الذي يتوافق معه هذا الوصف ،بمعنى إنه النتيجة النهائية لعملية التكييف القانوني الجنائي بعد تحديد العناصر المكونة لهذا التكييف ، بعبارة أخرى إنه تحديد النموذج القانوني لجريمة معينة وإعطائها اسماً معيناً في إطار نص عقابي محدد من قبل المشرع يُوضح فيه إن الفعل إذا توافرت فيه أركان جريمة معينة فإنه يُوصف بذلك الوصف القانوني^(٧٠٤).

وتكمن أهمية الوصف القانوني للسلوك الإجرامي في إنه يشد الانتباه إلى كل خصوصية يجب توافرها في السلوك الإنساني كي يُضفي عليه وصف التجريم فلا يُفوت المشتغل في تطبيق القانون إدراك خصوصية من الخصوصيات اللازمة لذلك والافانه يتزايد خطر نعت السلوك بوصف الجريمة ، حيث يكون قد تخلف فيه شرط أو أكثر من شروط هذا الوصف^(٧٠٥).

٧٣٠) رشاد توام / الأمانة العلمية في البحث الأكاديمي ارتباطاً بحق المؤلف / ص٧-٨.
 ٧٣١) فرقد عبود العارضي / الوصف القانوني للجريمة / بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية / كلية القانون / جامعة بابل / المجلد ٣ / العدد ١ / ٢٠١١ / ص١٧٤.
 ٧٣٢) حسين خليل مطر / الوصف القانوني لعلاقة نشر فيروس كورونا بالأمن السيبراني في التشريع العراقي / وقائع المؤتمر العلمي الدولي المدمج الثاني (دور البحث العلمي في خدمة المجتمع وحل الازمات) الذي أقامته كلية الامام الكاظم أقسام الديوانية / ٢٠٢٢ / ص٣٩١.
 ٧٣٣) محمد حسين الحمداني ، خالد عوني خطاب المختار / الوصف القانوني للسلوك الاجرامي / بحث منشور في مجلة الرافيدين للحقوق / كلية الحقوق / جامعة الموصل / المجلد ١٨ / العدد ٦٤ / ٢٠١٨ / ص٣٣٩-٣٤٠.

ويرتبط الوصف القانوني بالتحديد الذي يقوم به المشرع والذي بموجبه تعد بعض الافعال جرائم يترتب على ارتكابها عقوبات محددة في النص القانوني وفقاً للمبدأ السائد في القوانين الجنائية وهو مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات . وفي ضوء ما تقدم قد يتبادر الى الذهن تساؤل يتمثل بـ :

- (ماهو الوصف القانوني الجزائي المناسب الذي يمكن ان يوصف به عمل مكاتب انجاز الرسائل الجامعية؟).

- (ماهو البيان الوصفي الجزائي للباحث صاحب الرسالة؟).
هذا ما سنحاول بيانه في الفروع الآتية :

الفرع الأول : الوصف القانوني الجزائي لعمل مكاتب انجاز الرسائل الجامعية

إذا كانت جرائم الفساد المالي والاداري من أكثر الجرائم خطورة في الوقت الحاضر كونها تمس كيان المجتمع برمته وتخر أسسه السياسية والاجتماعية والإقتصادية ، فإن هناك من الجرائم التي لا تقل خطورة منها بسبب ما ينتج عنها من آثار سلبية على عموم المجتمع ، وتمس حسن سير العملية التعليمية في الجامعات العراقية وتقلل من القيمة العلمية والأكاديمية للرسائل والأطاريح الجامعية وهي جرائم الفساد العلمي بأشكالها المختلفة وتسمياتها المتعددة ومنها جريمة الانتحال الأكاديمي او العلمي والتي تتمثل بقيام مكاتب انجاز الرسائل الجامعية بكتابة الرسائل والأطاريح بمقابل مادي والظهور بمظهر صاحب الرسالة او الأطروحة ، بعبارة أخرى ينتحلون لقباً علمياً أو صفة علمية بدل صاحب الرسالة او الأطروحة الأصلي (الباحث)، ولكن الأمر مختلف هنا كونه يتم باتفاق ورضا الباحث ، والوصف الجزائي الملائم لهذا الفعل هو ما أشارت إليه المادة (٢٦٠) من قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة (١٩٦٩)، وقد أورد المشرع لهذه الجريمة أربعة صور على سبيل الحصر الأولى هي جريمة انتحال وظيفة من الوظائف العامة ، والثانية هي انتحال لقباً من الألقاب العلمية ، أما الثالثة فهي إنتحال الاسم الكاذب أو الشخصية الكاذبة ، أما الصورة الرابعة فهي انتحال شخص صفة عامة ، والذي يهمننا من هذه الصور هي (الصورة الثانية والمتمثلة بانتحال لقباً من الألقاب العلمية).

لقد عاقب المشرع بالحبس مدة لا تزيد عن سنة وبغرامة لا تقل عن (٢٠٠٠٠١) مئتي الف دينار وواحد ولا تزيد عن (١٠٠٠٠٠٠) مليون دينار كل من انتحل لقباً من الألقاب العلمية أو الجامعية ، ويجب الإنتباه إنه لا يكفي لتحقق هذه الصورة تحقق القصد الجنائي لدى الجاني بل يكفي لوقوعها تحقق العلانية وحدها^(٧٠٦).

إذ تُعد هذه الافعال من جرائم الفساد العلمي ، إذ لوحظ بأن هناك إنتشاراً واسعاً لهذه المكاتب والإعلان عنها على مواقع التواصل الاجتماعي المختلفة حول قيام بعض المكاتب بكتابة الرسائل والأطاريح الجامعية صراحة او ضمناً من خلال الادعاء بتقديم المساعدة للطلبة اثناء الكتابة ، كما ان هنالك العديد من هذه المكاتب

التي تدعي بتقديم خدماتها لهذا الغرض لقاء مبالغ مادية تُدفع مسبقاً من قبل الطلبة بحيث يستلم الطالب رسالته أو أطروحته دون أن يسيطر أي حرف منها على أن يتكفل بحفظها والدفاع عنها أثناء المناقشة ، ويلجأ بعض الطلبة إلى اتباع الأسلوب المذكور لعدة أسباب من أهمها غياب ثقافة البحث العلمي لديه أو عدم معرفته بأصول وقواعد البحث العلمي أو لضيق الوقت لديه لكثرة التزاماته أو الرغبة في الحصول على الألقاب العلمية دون بذل الجهود العملية والعلمية لتحقيق مكاسب مالية ، إضافة لتهاون المراجع الإدارية مع حالات الغش في الكتابة وضعف الوازع الديني والاخلاقي سيما عندما يكون الحصول على المكاسب هو السبب الرئيسي لكاتب الرسالة أو الأطروحة^(٧٠٧).

إضافة إلى العقوبة التي نصت عليها المادة (٢٦٠) أعلاه ، يجب ضرورة تطبيق تدبير احترازي يتمثل بـ(غلق المحل) وذلك على وفق ما جاء في نص المادة (٢٢١) من قانون العقوبات : (... يجوز للمحكمة عند الحكم على شخص بجناية أو جنحة أن تأمر بغلق المحل الذي أستخدم في ارتكاب الجريمة لمدة لا تقل عن شهر ولا تزيد عن سنة ويستتبع الغلق حظر مباشرة العمل أو التجارة أو الصناعة نفسها في المحل ذاته سواء كان ذلك بواسطة المحكوم عليه أو أحد أفراد أسرته أو أي شخص آخر يكون المحكوم عليه قد أجر له المحل أو نزل له عنه بعد وقوع الجريمة...).

الفرع الثاني : الوصف الجزائي لفعل صاحب الرسالة الجامعية (الباحث)

بالنظر لطبيعة الفعل الذي يرتكبه الباحث صاحب الرسالة فإن الوصف الجزائي الملائم لفعله هو ما نصت عليه المادة (٥٥) من قانون العقوبات العراقي ، إذ نصت على (يُعد إتفاقاً جنائياً اتفاق شخصين أو أكثر على ارتكاب جناية أو جنحة من جنح السرقة أو الإحتيال أو التزوير سواء كانت معينة أو غير معينة أو على الأفعال المجهزة أو المسهلة لارتكابها متى كان الاتفاق منظماً ولو في مبدأ تكوينه ، مستمراً ولو لمدة قصيرة ، ويُعد الاتفاق جنائياً سواء كان الغرض النهائي منه ارتكاب الجرائم واتخاذها وسيلة للوصول إلى غرض مشروع).

ويُعاقب القانون على الاتفاق كجريمة قائمة بذاتها مستقلة عن الجريمة المتفق عليها ، ولجريمة الاتفاق الجنائي ثلاث أركان :

أ/ فكرة الإتفاق : ويُقصد به (التقاء ارادات المتفقين وانعقاد عزمهم على ما أضمروه ، وعليه لا يكفي التوافق لوقوع هذه الجريمة)^(٧٠٨).

إن المشرع يستلزم أن يكون الاتفاق مستمراً ولو لمدة قصيرة من الزمن ، وهذا ما ينطبق تماماً على موضوع البحث ، إذ إن الإتفاق يكون مستمراً وينتهي بانتهاء كتابة الرسالة أو الأطروحة وتسليمها إلى الباحث من قبل مكاتب انجاز الرسائل

(٧٣٥) حبيب ابراهيم حمادة / جرائم الفساد العلمي كتابة الرسائل والأطاريح الجامعية أنموذجاً / مقال منشور على الموقع الآتي :

<http://www.sjc.iq/view.70720/>

(٧٣٦) فخري عبد الرزاق صليبي الحديثي / شرح قانون العقوبات القسم العام / شركة العاتك لصناعة الكتاب / القاهرة / ٢٠١٠ / ص ٢٦٦ .

الجامعية ، وكما يستلزم ان يكون منظماً ولو كان في بداية تكوينه، وهذا ما يسري أيضاً على محل البحث إذ يتم الاتفاق على المدة التي تستلزم لإتمام الكتابة والمبلغ الذي سيتم دفعه لقاء ذلك ، وليس بشرط أن يفرغ الاتفاق في شكل معين ، فكما يكون كتابة قد يكون شفاهة ، وغالباً ما يتم الاتفاق بين مكاتب انجاز الرسائل والباحث بشكل شفاهي وغايتهم في ذلك هو تجنب الوقوع تحت طائلة المسؤولية ، ويتوافر الاتفاق كما ظاهر من النص من شخص كحد أدنى ، أي يتم بين المكتب والباحث ، والمهم أن تكون الإرادات المتقابلة جادة ومعتبرة قانوناً لأنه يقوم بها الاتفاق ، وهنا يقتضي الأمر بطبيعة الحال أن يعلم كل طرف بجميع الظروف التي تحيط بارادة الطرف الآخر .

ب/ موضوع الاتفاق: على مقتضى نص المادة (٥٥) يكون الاتفاق على ارتكاب جنائية أو جنحة أو على الأعمال المجهزة او المسهلة لارتكابها ، وبذلك تخرج المخالفات من نطاق الاتفاق الجنائي، ويكفي أن ينصب الاتفاق على جنائية واحدة أو على جنحة عمدية واحدة ، وهو ما تفيد به عبارة النص ، انما يشترط أن تكون الجنحة عمدية ، إذ لا يتصور الاتفاق على ارتكاب جنحة غير عمدية أو على الاعمال المجهزة أو المسهلة لارتكابها ، وكذلك الحال بالنسبة للجرائم التي تجاوز قصد الجاني ، إذ لا يتصور ارتكابها غرضاً للمتفقين .

والنص عام بالنسبة للجنائية، إذ هو يتسع لجميع الجنائيات السياسية منها والعادية، أما الجنحة فقد عينها النص بأن تكون من جنح السرقة أو الاحتيال أو التزوير ، والنص صريح في إن القانون يُعاقب على الاتفاق الجنائي بصرف النظر عما إذا كانت الجريمة المتفق عليها غاية في ذاتها أو إنها مجرد وسيلة للوصول إلى غاية مشروعة أو غير مشروعة ، تفيد بذلك جملة (يُعد الإتفاق جنائياً سواء كان الغرض النهائي منه ارتكاب الجرائم أو اتخاذها وسيلة للوصول الى غرض مشروع، فعندما يتفق الباحث مع مكتب انجاز الرسائل الجامعية لإعداد وكتابة رسالته فإن الغاية تكون مشروعة من وجهة نظر الباحث وهي اتمام جميع مراحل الدراسات والحصول على الشهادة العليا، والجنحة التي ينصب عليها الإتفاق الجنائي بين الباحث والمكتب من الممكن ان تدخل ضمن نطاق الاحتيال أي الاحتيال على القوانين والتعليمات وارتكاب فعل يُعاقب عليه القانون بحد ذاته.

ويكون الاتفاق جنائياً سواء كانت الجرائم المتفق عليها معينة او غير معينة ، أي إن الباحث لا يدخل ضمن اهتماماته الأساليب والطرق التي تلجأ اليها المكاتب في اعداد رسالته او اطروحته ، فغالباً ما تلجأ هذه المكاتب الى استخدام السرقات العلمية أو الغش العلمي أو الخداع العلمي لاتمام رسالة او اطروحة الباحث ، ولا يشترط أن يتم تنفيذ الجنائية أو الجنحة موضوع الاتفاق في الاقليم العراقي طالما ان القانون العراقي يسري عليها تطبيقاً لمبدأي الاختصاص العيني أو الاختصاص الشامل، لأن هذه المكاتب أي مكاتب انجاز الرسائل الجامعية لا يقتصر وجودها على العراق فقط بل هي منتشرة في الكثير من الدول وخاصة في مصر والأردن .

ج/ الركن المعنوي : الاتفاق الجنائي جريمة عمدية ومن ثم يتخذ الركن المعنوي فيها صورة القصد الجنائي، وهو يقوم على عنصرَي العلم والإرادة ، فالعلم يتعين

أن يحيط بموضوع الاتفاق ، أي يجب أن يعلم الجاني بأنه يدخل في اتفاق على ارتكاب جريمة أو على الأعمال المجهزة أو المسهلة لارتكابها، بمعنى ان الباحث يجب أن يعلم إنه يدخل في اتفاق مع مكتب انجاز الرسائل الجامعية على اعداد رسالته أو اطروحته .

أما الإرادة فالمراد بها ارادة الدخول جدياً في الاتفاق بحيث يُمكن القول إن ارادة المتفق اتحدت مع ارادات الآخرين على تحقيق موضوع الاتفاق ، أي إن إرادة الباحث قد اتجهت نحو ارادة مكتب انجاز الرسائل الجامعية واتحدت معها على اعداد واتمام الرسالة او الاطروحة بصورة مخالفة للقانون ، أي ليس هدفه من ذلك هو الحصول منهم على مصادر معينة للبحث العلمي بل لكتابة رسالته او اطروحته دون ان يبذل جهداً في تكوين هيكلها العلمي ، وإذا توافرت العلم والإرادة قام القصد لدى المتفقين أي الباحث والمكتب ولا عبرة بعد ذلك بالعرض النهائي منه فسيان ارتكاب الجرائم او اتخاذها وسيلة للوصول الى غرض مشروع .

المطلب الثالث : النتيجة الجرمية المحتملة لعمل مكاتب انجاز الرسائل الجامعية

يُقصد بالنتيجة الجرمية المحتملة للنشاط الاجرامي بأنها تلك النتيجة التي يُحتمل عقلاً وبحكم المجرى العادي للأمر أن تتسبب عن النشاط الإجرامي إذا كان باستطاعته توقعها بحسب التسلسل الطبيعي للأحداث ولو لم يكن قد توقعها فعلاً^(٧٠٩) . فالنتيجة المحتملة لعمل مكاتب انجاز الرسائل الجامعية وبحسب طبيعة هذا العمل هو حصول انتهاكات لمنظومة الأمانة العلمية والتي تأخذ أشكال ومظاهر عدة لعل من أبرزها السرقة العلمية والتضليل والخداع العلمي والغش العلمي ، وهذا ما سيتم بيانه في الفروع الآتية :

الفرع الأول : السرقة العلمية

سنبين في هذا النطاق تعريف السرقة العلمية وبيان الأشكال التي تظهر بها وذلك على حسب النقاط الآتية :

أولاً : تعريف السرقة العلمية :

للسرقة العلمية عدة مسميات كالسرقة الفكرية أو الأدبية ، أو السطو الأكاديمي، كلها مسميات لجريمة علمية اخلاقية تُنتهك فيها الأمانة العلمية ، إذ يتم فيها نقل أو استغلال غير قانوني وانتهاك الانتاج الفكري العلمي بدون نسبته إلى صاحبه ، ولقد عرفت وكالة عمادة تطوير المهارات لجامعة سعود السرقة العلمية على انها تحدث عندما يقوم الكاتب متعمداً باستخدام كلمات أو أفكار أو معلومات ليست عامة بل خاصة بشخص آخر دون تعريف أو ذكر هذا الشخص أو مصدر هذه الكلمات أو المعلومات ناسبها إلى نفسه^(٧١٠) .

(٧٣٧) عمر الفاروق الحسيني /شرح قانون العقوبات ،القسم الخاص في جرائم الاعتداء على الاشخاص والاموال/دار النهضة العربية/القاهرة /٢٠٠٩/ص.١٤

(٧٣٨) السيد أحمد عبد الخالق /حماية حقوق الملكية الفكرية في ظل اتفاقية التريبس والتشريعات الاقتصادية /دار الفكر والقانون/المنصورة / ٢٠١١ / ص٣٩-٤٠.

وقد عرفتھا جامعة أكسفورد بانھا تقديم عمل او افكار شخص آخر كأنھا عملك أو أفكارك بشكل متعمد أو غير متعمد من خلال ادراجه الى عملك بشكل غير معترف به (٧١١).

وكما عرفھا البعض الآخر على إنها اقتباس كتابات الغير أو معانيھا جزئياً أو كلياً ونسبتها لشخص الناقل (٧١٢).

وعلى ضوء ما تقدم لا يُعد سرقة علمية في الواقع محاولة تقليد أو اتباع مفكر أو عالم معين طالما أقر المقلد بإعجابه وتأثره بالمفكر الذي يحتذي فكرته أو طريقته ، وغالباً ما يكون هذا الاتباع في المجال العلمي من جانب الباحث الجديد حديث العهد بطرق البحث العلمي وأصوله ، وليس هناك ما يمنع المبتدئين من ذلك ، على أن يرسموا لأنفسهم خطة طموحة لتدرجهم العلمي وإنماء شخصياتهم ، حيث يجب أن تبرز سماتها في أبحاثهم شيئاً فشيئاً إلى أن يتخلصوا تماماً من تأثير شخصية الغير الذي احتذوا حذوه واعجبوا بفكره ، والباحث الذي يتمكن من الوصول إلى الاستقلال الفكري تدريجياً هو الباحث الذي يتوقع أن نحصل منه على فكر أصيل متميز (٧١٣).

ثانياً : أشكال السرقة العلمية :

تعددت أشكال السرقة العلمية وتصنيفاتها ، ويُمكن تقسيمها حسب الأشكال الآتية :

(أ) السرقة العلمية الناتجة عن النسخ واللصق : وتكون عند استخدام جملة أو تعبير إستخداماً حرفياً كما ورد في مصدره الأصلي دون استخدام لعلامات التنصيص والإشارة للمصدر .

(ب) السرقة العلمية باستبدال الكلمات : وهي اقتباس جملة من أحد المصادر وتغيير بعض كلماتها لتبدو مبتكرة .

(ج) السرقة العلمية للأسلوب : وتكون باتباع نفس طريقة كتابة البحث الأصلية رغم ان المكتوب لا يتطابق مع ما ورد في النص الأصلي ، فهي في الواقع سرقة للتفكير الذي اتبعه المؤلف الأصلي في إنجاز عمله .

(د) السرقة العلمية باستخدام الاستعارة : ويُقصد بها استخدام استعارات من أجل توضيح لمعنى أو فكرة تكون لاستعارات مستوحاة من بحوث أخرى لكن لا يتم الإشارة إليها من قبل الباحث خلال كتابته لبحثه .

(هـ) السرقة العلمية للأفكار: هو إستعانة الباحث بفكرة وردت في بحث أصيل ، وتعتبر من إبداعه ثم تتم الاستعانة بها في بحثه ، هنا لا يجب الخلط بين الأفكار والمفاهيم

(٧٣٩) نوزاد أحمد ياسين الشواني ، عامر عاشور عبدالله ، كاسترو سالم أكرم /السرقة العلمية والعقاب عليها /بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للحقوق /العدد ٢/٢٠١٩/ص.١٤٥
(٧٤٠) أجدود سعاد /السرقة العلمية وطرق مكافحتها /بحث منشور في مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية /العدد (٨) / ٢٠١٧ /ص.٥٦٧
(٧٤١) عبد الفتاح خضر / أزمة البحث العلمي في العالم العربي / سلسلة دراسات تصدر من مكتب صلاح الحجليات للمحاماة والاستشارات القانونية /الرياض / ١٩٩٩ /ص.٣٣

الخاصة والمسلمات المعرفية التي لا يحتاج الباحث إلى نسبتها لأحد وتدخل ضمن المعارف العامة^(٧١٤).

ويجد هذا الفعل أساسه القانوني في نص المادة (٤٥) من قانون حماية حق المؤلف رقم ٣ لسنة ١٩٧١ إذ جاء في نصها (يعتبر مكوناً لجريمة التقليد ١/ من اعتدى على حقوق المؤلف المنصوص عليها في المواد الخامسة والسابعة والثامنة والتاسعة والعاشر) ، وبالرجوع الى المادة (١٠) التي نصت على (للمؤلف وحده الحق بأن ينتسب إليه مصنفه وله أو لمن يقوم مقامه أن يدفع أي إعتداء على هذا الحق وله كذلك أن يمنع أي حذف أو تغيير في ترجمة المصنف مع ذكر ذلك ، فلا يكون للمؤلف الحق في منعه إلا إذا أغفل المترجم الإشارة إلى مواطن الحذف أو التغيير أو ترتب على الترجمة المساس بسمعة المؤلف ومكانته الثقافية أو الفنية) نلاحظ بأنها قد أشارت إلى السرقة العلمية من خلال ربطها فيما ذكرته المادة (٤٥) ، ولكن عند قراءة نص المادة أعلاه نجد بأن المشرع قد أدرج السرقة العلمية تحت عنوان التقليد بينما كان من المفترض أن يضع لها مادة مستقلة وخاصة بعيداً عن خلطها بغيرها من حالات الاعتداء على الملكية الفكرية .

الفرع الثاني : التضليل والخداع العلمي

ويُمكن تصنيف مظهر آخر من مظاهر انتهاك الأمانة العلمية وهو التضليل والخداع ويُقصد به الإدعاء بأن المعطيات التجريبية متوفرة على الرغم من انتفاء ذلك، أو تطبيق أساليب التحليل أو النتائج الإحصائية بطرق خاطئة عن سابق قصد ، أو اختيار عينات البحث بطريقة ذات تأثير غير مقبول على نتائج البحث ، أو لا تسمح بالوصول إلى استنتاجات عامة^(٧١٥).

بمعنى آخر يُقصد بالتضليل الانتهاك المتعمد لقوانين التحليل المنهجي السليم ومعالجة البيانات ، ومن الأمثلة على ذلك التصريح بأن البيانات التجريبية متوفرة في حين إن ذلك غير صحيح ، والإهمال الفاضح في أخذ العينات ، والإنتقاء المقصود لأساليب تحليل غير مناسبة ولكن (مواتية) ، والصياغة غير الصحيحة أو الإنتقائية لنتائج واستنتاجات أبحاث أخرى^(٧١٦).

كما عرفت جريمة التضليل والخداع العلمي بأنها انتهاك قواعد البحث التجريبي وترويج نتائج مغايرة لما عليه الواقع^(٧١٧).

وذلك على اعتبار إنه من أهم قواعد البحث العلمي هي الدقة والمصادقية وهي سمة يجب أن تُلازم البحث العلمي ابتداءً مع الباحث منذ بدء التفكير بالبحث ، وما يميز البحث العلمي عن غيره من أنماط البحث هي الدقة ، إذ إن تحديد مشكلة البحث

٧٤٢) عبد الجليل طواهرير / آليات الوقاية من السرقة العلمية على ضوء القرار الوزاري رقم ١٠٨٢ / بحث منشور في مجلة آفاق للابحاث السياسية والقانونية / العدد ٧ / ٢٠٢١ / ٢٣١ ص.

٧٤٣) بيتر درنث / الأمانة العلمية التحديات في سبيل احقاقها وكيفية التصدي لها / الجمعية الملكية العلمية / عمان / الأردن / ٢٠٠٥ / ص ٢٥.

٧٤٤) مصطفى محمد صاحب / الحماية الجنائية للأمانة العلمية / رسالة ماجستير / كلية الحقوق والعلوم السياسية / الجامعة الإسلامية في لبنان / ٢٠٢٣ / ص ٧٦ - ٧٧.

٧٤٥) طه عيساني / دور الممارسات الأكاديمية الصحيحة في الحد من السرقة العلمية / بحث منشور في مجلة آفاق للدراسات والبحوث / العدد (١) / ٢٠١٨ / ص ٤٣.

والقيام بالإجراءات وبيان النتائج واحتمالية الوصول إليها والتعميم ، كل ذلك يجب أن يتم بدقة ، لهذا نعطي هذه السمة صفة الشمول لكل ما يقوله الباحث أو يُدونه أو يتوصل إليه من خلال بحثه^(٧١٨).

وعلى ضوء ما سبق يظهر الفرق واضحاً بين جريمة السرقة العلمية وجريمة التضليل والخداع العلمي على أساس إن السرقة العلمية تُعنى بعمليات التعدي على حقوق الملكية الفكرية والاستيلاء على الجهد الفكري للآخرين ، أما التضليل والخداع العلمي فتقوم على أساس تشويه وتزييف الحقائق التجريبية التي يقوم عليها البحث العلمي وصولاً إلى إيهام الآخرين بنتائج لا صلة لها بالبحث ، بالإضافة إلى إن السرقة العلمية تقع عند كتابة الباحث واستعانتته بالمصادر ، أي إنها تقع أثناء عرض الباحث لموضوعه ، أما التضليل والخداع العلمي فإنها تقوم عند اختيار الباحث عينات البحث القائم على تجربة معينة وذلك بالتلاعب بها^(٧١٩).

الفرع الثالث : الغش العلمي

يُعد الغش بشكل عام سلوكاً منحرفاً متعارضاً مع القيم التي تسعى المؤسسات التعليمية إلى ترسيخها في منتسبيها كالإخلاص والأمانة والصدق ، فضلاً عن عدم انسجامه مع التعاليم الدينية ، إذ يهدف إلى تزييف الواقع لأجل الحصول على كسب غير مشروع مادياً كان أم معنوياً أو إرضاء لحاجة نفسية أياً كان الشكل أو النمط أو المرحلة العمرية التي يُمارس بها الغش فإن له آثار سلبية ليس على مستوى التربية والتعليم ونفسية مرتكب الغش فحسب بل تتعدى آثاره لتشمل المجتمع بأسره ، ويعرف الغش من منظور عام بأنه نوع من أنواع التحايل التي يلجأ إليها المتعلم أثناء الإختبارات والفروض والمسابقات لأجل الإجابة على الأسئلة التي طُرحت عليه للحصول على نتائج جيدة وضمن النجاح^(٧٢٠).

فالغش هو سلوك مخالف للقيم يتم عن طريق عدة وسائل وأساليب سواء كانت قديمة أو حديثة .

أما الغش العلمي فيُقصد به المساس بسلامة البيانات ودقتها وتزييفها^(٧٢١)، وبعبارة أخرى هو أي عمل يُنفذ لتفريق بحوث أو تزييفها أو انتحال نتائجها أو بياناتها العلمية ، أو إدعاء القيام ببحوث لم تُنفذ أصلاً^(٧٢٢)، ومن ثم فإن الغش العلمي يُعد مخالفاً للقوانين والأنظمة المعتمدة من قبل الهيئات العلمية والقانونية ، ولا يُعد غشاً علمياً الأخطاء غير المتعمدة في تنفيذ البحوث أو التفسير الخاطئ غير المتعمد لنتائجها .

(٧٤٦) حسين خليل مطر /التنظيم القانوني لمراكز البحث العلمي في العراق /بحث منشور في مجلة دراسات البصرة والخليج العربي /العدد ٣٦/٢٠٢٠/ص.٣١٨

(٧٤٧) علياء يونس علي /مصدر سابق / ص.٧٩

(٧٤٨) اسراء حسين محمد علي /الحماية الجنائية للامتحانات الدراسية /رسالة ماجستير /كلية القانون / جامعة كربلاء /٢٠١٩/ص.١١٤

(٧٤٩) طه عيساني /مصدر سابق /ص.٤٢

(٧٥٠) فاطمة بحري، نسيم بن طيفور/النظام الوطني للتوثيق على الانترنت (SNDL) كآلية للحد من السرقات العلمية /بحث منشور في مجلة الفقه القانوني والسياسي /العدد ١ /ص.٢٥٢

يُفترض أن يلتزم العلماء بالأخلاقيات العلمية ، فالأخلاقيات البيولوجية مثلاً تعني تطبيق المبادئ الأخلاقية في البحوث والأعمال المرتبطة بعلوم الحياة والتميز بين ما هو صحيح وما هو خطأ ومن ثم ينبع التزام تنفيذ الأعمال الصحيحة من الضمير ، ولأن ما يتوصلون إليه من نتائج وتصنيفات وما قد يُبنى عليها من قرارات سيؤثر في حياة البشر وفي التجارة والثقافة والصحة والزراعة والبيئة وغيرها من الأمور .

لا شك إن بعض الأخطاء تحدث في أثناء تنفيذ البحوث العلمية والكثير من النتائج غير الدقيقة منها يتم نشرها ، وقد يعود ذلك إلى أخطاء غير مقصودة أو الشروع في إعلان نتائج تنقصها الدقة أو يعوزها التفسير السليم لبيانات التجربة ، إلا إن حالات عدة من الغش العلمي المتعمد ترجع إلى أن يُعين كثير من الباحثين في البلدان الغربية لفترات قصيرة نسبياً ، ومع تزايد تمويل البحوث العلمية وتنافس الباحثين للحصول على المشروعات البحثية ، فإن بعضهم يسعى للحصول على نتائج عاجلة وجيدة تشجع المسؤولين على الاستمرار في تمويل البحوث العلمية ومن ثم قد يلجأ بعضهم إلى وسائل مختلفة من الزيف العلمي أو تلفيق نتائج واكتشافات قد تبدو من الوهلة الأولى بأنها حقيقية وان كانت غير صحيحة لتحقيق ما يرمون إليه ولكن سرعان ما يكشف زيفها عند محاولة تكرارها في مختبرات ومراكز بحثية أخرى.

ومن الأمثلة على الغش العلمي ما حدث في أيلول عام ٢٠٠٢ ، حيث تأكدت اللجنة العلمية في مختبرات (Bell) الأمريكية من ان عدداً من الاكتشافات الجديدة المهمة قد بني على بيانات زائفة وإن نتائج أكثر من ١٢ بحث نُشر عدداً منها في مجالات علمية بارزة كانت ملفقة ، وأكدت اللجنة إن عالماً ألمانياً بارزاً في مجالات الالكترونيات القانونية اسمه (Jan Henrick Schon) قد زور وحدة البيانات التجريبية التي استخدمت في إعداد البحوث من دون معرفة أي من العلماء المشاركين معه في البحث ، وقد نبغ الشك في نتائج تلك التجارب عندما لم يتمكن بعض العلماء من تكرارها (٧٢٣).

بما ان الغش العلمي يتصل بالمرحلة التي يقوم بها الباحث بجمع البيانات وتدوينها فيقوم بتغيير حقيقة المادة العلمية والتضليل والخداع العلمي على اعتبار ان السرقة العلمية تنصب بمعناها على الاستيلاء على جهد الآخرين ونسبته إلى غير صاحب الفكرة الأصلي، أما الغش العلمي فإنه يُوجه إلى البيانات والمعلومات التي تكون تحت يد الباحث بموجب ما توصل له غيره الى أن ينقلها بشكل محرف بالاضافة أو التعديل أو الحذف ، أما عن اختلافها عن التضليل والخداع العلمي فذلك يكون الأخير يتعلق بالأبحاث العلمية القائمة على التجربة والملاحظة لظواهر معينة فيتم الاخلال بالامانة العلمية من خلال التضليل والخداع في المعطيات التجريبية ،

(٧٥١) الغش العلمي /الموسوعة العربية ، بحث منشور على الموقع التالي :

<http:// arab-ensy.com.sy/ensy/details/7665>.

على خلاف الغش العلمي القائم على تزيف وتلفيق البيانات سواء كان البحث العلمي قائم على التجربة أم لا (٧٢٤).

ويجد الغش العلمي أساسه القانوني في نص المادة (٣٨٦) من قانون العقوبات رقم (١١١) لسنة (١٩٦٩) والتي جاء فيها (التزوير هو تغيير الحقيقة بقصد الغش في سند أو وثيقة أو أي مصدر آخر بإحدى الطرق المادية والمعنوية التي بينها القانون تغييراً من شأنه إحداث ضرر بالمصلحة العامة أو شخص من الأشخاص) ، ووفق هذا المعنى الوارد في نص المادة الآنف الذكر فإنه من الممكن تكيف الغش العلمي على التزوير على اعتبار ان الغش العلمي هو في جوهره تغيير في حقيقة الشيء محل الفعل إذا ما قارنا التزوير الذي هو عبارة عن كذب مكتوب وهو في جوهره تغيير في الحقيقة وهو لا يكون متصوراً بغير إبدال الحقيقة بما يُخالفها ، فالغش العلمي على وفق المعنى الذي بيناه سلفاً فإنه من الممكن ربط فعل الغش العلمي بنص المادة (٣٨٦) من قانون العقوبات إلى إنه لا بُد من وضع نص خاص للغش العلمي مع بقية مظاهر الإخلال بالأمانة العلمية لكي تكون الصورة واضحة بعيداً عن اختلاف الآراء في التكييفات القانونية ، فضلاً عن إن هذه المسألة على مستوى عال من الأهمية لارتباطها بالعلم والمعرفة والتي تُشكل في جوهرها قوام كافة المرافق في الدولة ، والتكيف آنف الذكر ينطبق في ذات الوقت على التضليل والخداع العلمي لكونها يجتمعان في عامل مشترك واحد وهو تغيير الحقيقة .

المطلب الرابع : دور الجهات التنفيذية في مواجهة ظاهرة مكاتب انجاز الرسائل الجامعية

إن إرتكاب أي فعل والذي يُشكل إنتهاكاً أو إخلالاً بالأمانة العلمية يترتب عليه جزاء ، والجزاء أما أن يكون جنائي أو مدني أو إداري ، بيد إن دور الجهات التنفيذية يقتصر فقط على فرض الجزاءات الادارية باعتبارها أثراً مترتباً على انتهاك الأمانة العلمية ولكونها تتعلق بشكل كبير في المجال الأكاديمي وهي الجزاءات التي تفرضها الهيئات الجامعية ومؤسسات البحث العلمي على الأشخاص التابعين لها نتيجة لمخالفتهم لقواعد البحث العلمي وضوابطه والتي تنطوي في مضمونها على إيلاء مادي وأدبي يلحق بالمخالف الذي يؤدي إلى حرمانه من بعض الحقوق والمزايا التي يتمتع بها ، ويكون أساس فرض هذه الجزاءات هو مخالفة تأديبية والتي تعني الإخلال بالقوانين والأنظمة والتعليمات التي تُنظم عمل المؤسسة التعليمية ، وهي التصرف الذي يصدر من شخص يخضع لهيئة معينة والذي يُمثل خروجاً عن القوانين والأنظمة التي تحددها تلك الجهة والتي يُقصد بها تلك القوانين والأنظمة والتعليمات الخاصة بتنظيم عملية البحث العلمي والتأليف ، وفي حالة إرتكاب الباحثين (طلبة الدراسات العليا) إخلالاً بالأمانة العلمية على درجة تُوجب العقاب ،

(٧٥٢) علياء يونس علي /مصدر سابق /ص ٩١ - ٩٤ .

لأن إنتهاك الأمانة العلمية لا يكون مُحاسباً عليه إلا إذا كان على درجة من الجسامَة (٧٢٥).

ويقتصر الجزاء التأديبي على الحالات التي يكون فيها الفاعل من طلبة العلم الذين يخضعون إلى التعليمات الصادرة من الوزارة والمؤسسات التي يخضعون لها، أما غير ذلك من حالات إنتهاك الأمانة العلمية فإن الفاعل فيها يخضع للجزاء الجنائي المترتب على فعله، فضلاً على الجزاء المدني، بمعنى إن الحالات التي لا يكون فيها الجاني طالباً فإنه لا يُسأل عن فعله مسؤولية تأديبية وإنما تقتصر مسؤوليته على المسؤولية الجنائية والمدنية فقط، وهذا ما ينطبق على مكاتب انجاز الرسائل والأطاريح الجامعية .

وتتكفل تنظيم عمليات البحث العلمي وضوابط كتابة البحوث العلمية الوزارات المختصة بالتعليم والبحث العلمي بما تصدره من أنظمة وتعليمات ذات علاقة بالبحث العلمي والأكاديمي من حيث الحقوق والالتزامات الخاصة بالباحثين في جميع مراحل إعداد البحث العلمي والجزاءات التي تفرض في حالة المخالفة، ويتمثل الجزاء التأديبي بمجموعة من العقوبات توقعها المؤسسة العلمية في حق من يُمارس الإخلال بالأمانة العلمية، تلك الأمانة التي يجب أن تتوافر في الأبحاث العلمية والتي يقع على عاتق المؤسسات العلمية واجب إطلاع الباحثين عليها، إضافة إلى واجب إطلاع الباحثين أنفسهم على تلك التعليمات والإلتزام بمضمونها، ويتم تحديد المخالفة الحاصلة من قبل الباحثين عن طريق لجان مختصة بذلك في المؤسسة العلمية، وفيما يتعلق بالعقوبة فقد أصدرت وزارة التعليم العالي والبحث العلمي تعليمات بشأن معايير ونسب الاستتال العلمي رقم ٥٨٦٨ في ٢٧/٧/٢٠١٥ والتي حددت نسب الاستتال العلمي بـ ١٥% وعلى أن لا تزيد عن ٥% من المصدر الواحد وبخلاف ذلك إذا تجاوز الباحث هذه النسب أو ثبت للجان المركزية أو العلمية في الجامعات أو المقوم العلمي تعمد انتحال الطالب لجهد غيره مُدعياً إنه جهده العلمي في أجزاء معينة من الرسالة أو الأطروحة وخاصة في فصول التطبيقات العملية، النتائج العملية، التوصيات، الخلاصة، فإنه سيتم ترفيق قيده وما دون ذلك تعاد الرسالة أو الأطروحة إلى الطالب لإعادة الكتابة والصياغة، إضافة إلى أن تُرفع الأطروحة أو الرسالة بعد التصحيحات وبعد المناقشة وتوقيع المشرف ولجنة المناقشة تُحفظ في برنامج الانتحال لغرض حفظ حقوق الملكية .

خلاصة القول ان سلطة الجهات التنفيذية المتمثلة بوزارة التعليم العالي والبحث العلمي في فضاء انتهاكات الامانة العلمية لا تطل مكاتب انجاز الرسائل الجامعية بل تنحصر سلطتها فيما يخص الباحث صاحب الرسالة او الاطروحة، ولذلك يجب أن تقف الجهات التنفيذية المتمثلة بدائرة البحث العلمي والتطوير بالوقوف وقفة جادة وحقيقية للحد من هذه الظاهرة الخطيرة من خلال اصدار التعليمات الخاصة بذلك للحد من تفاقم هذه الأزمة .

(٧٥٣) سرى حارث عبد الكريم /النظام القانوني لخدمة موظفي الخدمة الجامعية /رسالة ماجستير /كلية الحقوق /جامعة النهرين /٢٠١٢/ص ١٣١.

الخاتمة

- (١) لاحظنا بأن الأمانة العلمية تعتبر الأساس الذي يقوم عليه صرح العلم والمعرفة والركيزة التي تدور حولها رحي التطور المعرفي في شتى المجالات ، فمن دونها لا يكون لأي إنجاز علمي أي قيمة لكونه قد فرغ من محتواه .
- (٢) لاحظنا عدم وجود إمام كافي بما يعنيه هذا الاصطلاح وما يشمله من محاذير ، وهذا أحد الأسباب البارزة التي تُفسر العديد من الانتهاكات للامانة العلمية .
- (٣) كذلك لاحظنا عدم وجود نصوص قانونية صريحة تنص بشكل واضح ليعتريه الغموض على مظاهر انتهاك الأمانة العلمية ، الأمر الذي أدى إلى تطويع بعض النصوص العامة وتكييفها على مثل هذه المظاهر .
- (٤) كما لاحظنا بأن المعالجات القانونية المطروحة خجولة لاترقى الى المستوى المطلوب الذي يتناسب مع حجم الخطر الذي يترتب على انتهاك مفهوم الامانة العلمية .
- (٥) إن هناك من الجرائم لا تقل خطورة عن جرائم الفساد المالي والإداري وهي جرائم الفساد العلمي المتمثلة بأعمال مكاتب انجاز الرسائل الجامعية لما ينتج عنها من مساس بحسن سير العملية التعليمية في الجامعات ، وتقلل من القيمة العلمية والاكاديمية للرسائل والاطاريح الجامعية .
- (٦) لاحظنا عدم وجود نصوص واضحة وصريحة تعالج الوصف الجزائي المناسب لعمل مكاتب انجاز الرسائل الجامعية خاصة ولا تقبل التأويل .
- (٧) لا بُد من إجراء دورات علمية مكثفة للباحثين وخصوصاً طلبة الدراسات العليا حول الأمانة العلمية والتركيز على مراعاة ضوابطها بدقة .
- (٨) معالجة النصوص القانونية الخاصة بأحكام وقواعد الأمانة العلمية ومظاهر انتهاكها بشكل صريح أما في صلب القوانين الخاصة أو تشريع قوانين أو تعليمات عن طريق الجهات المتخصصة ذات العلاقة وذلك لتجنب الوقوع في التفسيرات والتأويلات الغامضة .
- (٩) يجب أن تكون النصوص القانونية صريحة وواضحة من حيث النص على الوصف الجزائي لأعمال مكاتب انجاز الرسائل الجامعية تبين التكييف القانوني لها والآثار القانونية المترتبة عليها .
- (١٠) وجوب الاستعانة ببرامج كشف الانتهاكات والسعي لتطويرها بصورة تتناسب مع التطور العلمي ويشمل هذا الأمر تخصيص الأموال الكافية لتغطية هذه النفقات من قبل الهيئات العلمية والأكاديمية .
- (١١) تشكيل لجان أو مجالس لأخلاقيات البحث العلمي داخل كل مؤسسة علمية لمراقبة سير عملية البحث العلمي .
- (١٢) ضرورة فرض تدبير احترازي بحق مكاتب انجاز الرسائل الجامعية يتمثل بغلق المحل وذلك بموجب ما نصت عليه المادة (١٢١) من قانون العقوبات .
- (١٣) ان سلطة الجهات التنفيذية المتمثلة بوزارة التعليم العالي والبحث العلمي في فضاء انتهاكات الامانة العلمية لا تظل مكاتب انجاز الرسائل الجامعية بل تنحصر سلطتها فيما يخص الباحث صاحب الرسالة او الاطروحة ، ولذلك يجب أن تقف الجهات التنفيذية المتمثلة بدائرة البحث العلمي والتطوير بالوقوف وقفة جادة وحقيقية للحد من هذه الظاهرة الخطيرة من خلال اصدار التعليمات الخاصة بذلك للحد من تفاقم هذه الأزمة .

المصادر :

أولاً : الكتب :

- (١) السيد أحمد عبد الخالق /حماية حقوق الملكية الفكرية في ظل اتفاقية الترس والتشريعات الاقتصادية /دار الفكر والقانون/المنصورة / ٢٠١١.
- (٢) بيتر درنث / الأمانة العلمية التحديات في سبيل احقاقها وكيفية التصدي لها / الجمعية الملكية العلمية /عمان /الأردن / ٢٠٠٥.
- (٣) سعد الأعظمي / موسوعة مصطلحات القانون الجنائي/ج١/دار الشؤون الثقافية العامة /بغداد/٢٠٠٢.
- (٤) فخري عبد الرزاق صليبي الحديثي /شرح قانون العقوبات القسم العام / شركة العاتك لصناعة الكتاب /القاهرة / ٢٠١٠.
- (٥) عمر الفاروق الحسيني /شرح قانون العقوبات ،القسم الخاص في جرائم الاعتداء على الأشخاص والاموال/دار النهضة العربية/القاهرة /٢٠٠٩.

ثانياً : الرسائل والأطاريح الجامعية :

- (١) اسراء حسين محمد علي /الحماية الجنائية لامتحانات الدراسية /رسالة ماجستير /كلية القانون / جامعة كربلاء /٢٠١٩.
- (٢) سري حارث عبد الكريم /النظام القانوني لخدمة موظفي الخدمة الجامعية /رسالة ماجستير /كلية الحقوق /جامعة النهدين /٢٠١٢.
- (٣) علياء يونس علي/الجرائم المخلة بالأمانة العلمية /رسالة ماجستير / كلية القانون / جامعة بغداد/٢٠١٨.
- (٤) مصطفى محمد صاحب /الحماية الجنائية للأمانة العلمية /رسالة ماجستير /كلية الحقوق والعلوم السياسية /الجامعة الاسلامية في لبنان /٢٠٢٣.

ثالثاً: المجالات العلمية :

- (١) أجعود سعاد /السرقة العلمية وطرق مكافحتها /بحث منشور في مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية /العدد (٨) / ٢٠١٧.
- (٢) حسين خليل مطر /الوصف القانوني لعلاقة نشر فايروس كورونا بالأمن السيبراني في التشريع العراقي /وقائع المؤتمر العلمي الدولي المدمج الثاني (دور البحث العلمي في خدمة المجتمع وحل الازمات) الذي أقامته كلية الامام الكاظم أقسام الديوانية /٢٠٢٢.
- (٣) حسين خليل مطر /التنظيم القانوني لمراكز البحث العلمي في العراق /بحث منشور في مجلة دراسات البصرة والخليج العربي /العدد ٣٦/٢٠٢٠.
- (٤) رشاد توام /الأمانة العلمية في البحث الأكاديمي ارتباطاً بحق المؤلف.
- (٥) طه عيساني /دور الممارسات الأكاديمية الصحيحة في الحد من السرقة العلمية /بحث منشور في مجلة آفاق للدراسات والبحوث/العدد (١) /٢٠١٨.
- (٦) عبد الجليل طواهرير / آليات الوقاية من السرقة العلمية على ضوء القرار الوزاري رقم ١٠٨٢ /بحث منشور في مجلة آفاق للأبحاث السياسية والقانونية /العدد ٧ /٢٠٢١.

(٧) عبد الفتاح خضر / أزمة البحث العلمي في العالم العربي / سلسلة دراسات تصدر من مكتب صلاح الحجيلات للمحاماة والاستشارات القانونية/الرياض / ١٩٩٩ .
(٨) فاطمة بحري، نسيم بن طيفور/النظام الوطني للتوثيق على الانترنت (SNDL) كآلية للحد من السرقات العلمية /بحث منشور في مجلة الفقه القانوني والسياسي /العدد ١ .

(٩) فرقد عبود العارضي /الوصف القانوني للجريمة /بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية /كلية القانون / جامعة بابل/المجلد ٣/العدد ٢٠١١/١

(١٠) محمد حسين الحمداني ، خالد عوني خطاب المختار / الوصف القانوني للسلوك الاجرامي /بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق / كلية الحقوق / جامعة الموصل / المجلد ١٨ / العدد ٦٤ / ٢٠١٨ .

(١٢) نوزاد أحمد ياسين الشواني ، عامر عاشور عبدالله ، كاسترو سالم أكرم /السرقة العلمية والعقاب عليها /بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للحقوق /العدد ٢٠١٩/٢ .

خامساً : القوانين :

- (١) قانون العقوبات رقم (١١١) لسنة (١٩٦٩) .
- (٢) قانون حماية حق المؤلف رقم (٣) لسنة (١٩٧١) .
- (٣) قانون تعديل الغرامات في قانون العقوبات والقوانين الأخرى رقم (٦) لسنة (٢٠٠٨) .

رابعاً : المواقع الالكترونية :

- (١) حبيب ابراهيم حمادة /جرائم الفساد العلمي كتابة الرسائل والأطاريح الجامعية أنموذجاً / مقال منشور على الموقع الآتي :

<http://www.sjc.iq/view.70720/>

- (٢) الغش العلمي /الموسوعة العربية ، بحث منشور على الموقع التالي :
<http://arab-ensy.com.sy/ensy/details/7665>.

التناسب في القرار الإداري

م. سلمى غضبان حسين

salma_law@uomustansiriyah.edu.iq

الجامعة المستنصرية / كلية الإدارة والاقتصاد

م. علا سامح لطفي

جامعة ديالى / كلية القانون والعلوم السياسية

Ola_84@law.uodiyala.edu.iq

المخلص

تعتبر الرقابة القضائية من اهم صور الرقابة على اعمال الإدارة لما يهدف اليه القضاء دائما من حماية مبدأ المشروعية ، ولا ريب ان الإدارة تتمتع بامتياز يخولها ان تضع في بعض الأحيان قبضتها على حقوق الافراد وحررياتهم، اذ من شأن ذلك ان يلحق ضررا بهم على النحو الذي يتعارض مع مهمتها في تحقيق الصالح العام ويعد ذلك خروجا على مبدأ المشروعية مما يستوجب معه ضرورة خضوعها لرقابة القضاء لصيانة تلك الحقوق ، اذ لطالما رمى القضاء الإداري منذ نشأته مساعي نحو زيادة نطاق اختصاص عبر توسعه في مجال الرقابة على اعمال الإدارة من اجل التضييق لنطاق سلطتها التقديرية ، ومن اجل ذلك ولغرض المحافظة على الحقوق والحرريات من ان تنتهك فقد لجأ القضاء الى أساليب عديدة ومنها مبدأ التناسب.

والتناسب هو التوازن بين الشئ والآخر او التوافق في اطار العلاقات المعتادة ومن المفترض ان تكون صلة التوازن او الصلة التوافقية بين واقعة معينة وأخرى تقابلها فتناسب القرار الإداري هو عبارة عن جوهر السلطة التقديرية التي يكمن في سلطتها تقدير ملائمة الإجراءات، والتناسب بين الاجراء وسبب القرار الإداري هو مكمل للسلطة التقديرية ، اذ يعتمد على التناسب في تقدير أهمية السبب ومدى توافقه مع محل القرار الإداري باعتباره احد ملائمتات القرار الإداري .

مما تقدم يمكن القول ان التناسب في القرار الإداري من الأمور الجوهرية لمحافظة الإدارة على تمتعها بالسلطة التقديرية من خلال تناسب الوقائع التي أدت الى اتخاذ الإدارة قرارها مع ذلك القرار وبعبكسه يتعرض قرارها للإلغاء.

Abstract

Judicial oversight is considered one of the most important forms of oversight over the work of the administration, as the judiciary always aims to protect the principle of legality. With its mission to achieve the public interest, and this is a departure from the principle of legality, which necessitates the necessity of being subject to judicial oversight to preserve those rights, as the administrative judiciary has always aimed, since its inception, towards increasing the

scope of competence through its expansion in the field of oversight of the work of the administration in order to narrow the scope of its discretionary authority. For this and for preserving rights and freedoms from being violated, the judiciary has resorted to many methods, including the principle of proportionality.

Proportionality is the balance between one thing and the other, or compatibility within the framework of usual relations, and it is assumed that the link of balance or consensual link between a specific incident and another corresponding to it, so the proportionality of the administrative decision is the essence of the discretionary authority that lies in its power to estimate the appropriateness of procedures, and the proportionality between the procedure and the reason for the administrative decision is It is complementary to the discretionary authority, as it relies on proportionality in estimating the importance of the reason and its compatibility with the place of the administrative decision as one of the conveniences of the administrative decision.

المقدمة

يعد مبدأ الفصل بين السلطات من المبادئ الدستورية الواجب تقديمها ؛ إذ يقتضي ذلك المبدأ أن يكون هناك ثلاث سلطات تختص كل منها بوظيفة مستقلة عن الأخرى و يناط بالسلطة القضائية مهمة الفصل في المنازعات المعروضة أمامها، والتي تنشأ بين الأفراد بعضهم البعض، أو بينهم وبين الجهات الإدارية الأخرى في الدولة بموجب ما تصدره من أحكام قضائية، وعلى الرغم من استقلالية كل سلطة عن الأخرى نجد أن تلك الاستقلالية ليست مطلقة وتامة وإنما نسبية، بحيث قد نلاحظ تداخل في الاختصاصات فيما بينها بغية تحقيق المنفعة العامة.

ومبدأ المشروعية الذي يعني امتثال الأعمال القائمة في الدولة مع القانون بمفهومه الواسع. إن هذا المبدأ يعتبر بمثابة ضمانة أساسية تطابق جميع الحقوق الأفراد وحررياتهم، والذي تركز فيه صفة الحماية الإيجابية لتلك الحقوق والحرريات، بحيث يجب أن يترتب جزاء على مخالفة الإدارة لهذا المبدأ هذا الجزاء يتمثل في إلغاء العمل المخالف لمبدأ المشروعية للقانون، ولا لأشخاص الحكم، فيسمو القانون باعتباره تعبيراً عن وإعمالاً بهذا المبدأ، تغدو الإرادة العامة والسلطات العامة في الدولة أياً كان دورها في وضعه وإقراره وإصداره. ولا شك أن خضوع السلطة الإدارية على وجه الخصوص للقانون، يمثل إحدى أهم نتائج مبدأ المشروعية ومقتضياته، وخصوصاً عند إصدار القرارات الإدارية التي تعد المظهر الرئيسي والأساسي لوسائل الإدارة في مباشرة جميع أوجه نشاطها من هنا بدت ضرورة

العمل على تنظيم الرقابة المجدية والفعالة وفرضها على عدم خروجها على أحكام القانون المنظمة لاختصاصاتها وأعمالها، وحتى لا يكون هذا الاتساع اعتداء على أعمال الإدارة، خاصة قراراتها الإدارية الصادرة عن سلطتها التقديرية، ذلك لضمان في الأفراد وممتلكاته.

أهمية الدراسة

يعد التناسب على القرارات الإدارية من المواضيع المستحدثة، ولا سيما بالقرارات المتعلقة بتأديب الموظفين ونزع الملكية للمنفعة العامة، بحيث ينبغي على الإدارة عند إصدارها لقراراتها أن تكون متفقة واحكام القانون من جانب أول، ومتناسبة مع الحالة الواقعية من جانب ثانٍ إذ يجب ألا تتعسف الإدارة باستخدام السلطة التقديرية التي تتمتع بها، والممنوحة لها بموجب القانون. وتأسيساً لذلك، يعد هذا الموضوع من المواضيع التي تتطلب بحثاً لمعرفة موقف القضاء إزاء تلك الرقابة.

أهداف الدراسة

تباشر الإدارة اختصاصاتها في سبيل تحقيق المصلحة العامة، وهذا من الأمور المسلم بها في القانون الإداري، وعليه فإن لها سلطة تقديرية واسعة متى ترك لها المشرع تلك السلطة وأقرها، لها، ولما كانت الإدارة على اتصال مستمر بالأفراد، الأمر الذي قد يترتب عليه ارتكاب الإدارة أخطاء تضر بمصلحة الأفراد الخاصة والاعتداء على حقوقهم وحررياتهم؛ لذلك يهدف البحث إلى الآتي:

١- توضيح مبدأ مفاده أن الإدارة عندما تمارس سلطتها التقديرية والتي تعد أحد امتيازاتها العامة التي منحها لها القانون، فلا بُدَّ أن تكون ممارستها تدرج ضمن تحقيق مبدأ المشروعية.

٢- إرساء مبدأ التناسب في القرار الإداري، وتفعيل دوره من أجل تنظيم رقابة قضائية فعالة على ما تباشره الإدارة من أعمال .

إشكالية الدراسة

يواجه البحث مشكلة جمة منسبة في كون أن المعالجات الفقهية لنظرية التناسب خاضت بها بشكل تفصيلي وشامل في أغلب الدول ، إلا أن هذه النظرية لا زالت تتسم بالغموض في بعض جوانبها، مما يصعب معه تحديد مفهومها ومجالها وتقنياتها. وانطلاقاً من ذلك، فإننا نسعى في هذا البحث في إطار محاولة متواضعة لوضع إطار عام لمبدأ التناسب، والكشف عن عناصرها وأساسها القانوني خطة البحث:- من أجل التوصل إلى تحقيق أهداف بحثنا فقد ارتأينا تقسيمه إلى ثلاث مباحث نبحت في المبحث الأول ماهية التناسب في القرار الإداري ونخصص الثاني لمبحث تمييز التناسب عن بعض المصطلحات المشابهة ونتطرق في المبحث الثالث إلى الرقابة القضائية على مبدأ التناسب في القرار الإداري

المبحث الأول : ماهية التناسب في القرار الإداري

تعتبر الرقابة القضائية من أهم صور الرقابة على أعمال الإدارة نتيجة لما يهدف إليه القضاء دائماً من حماية مبدأ المشروعية، ولا ريب أن الإدارة تتمتع بامتياز يخولها أن تضع قبضتها على حقوق الأفراد وحررياتهم، إذ من شأن ذلك أن

يُلحق ضرراً بهم على النحو الذي يتعارض مع مهمتها في تحقيق الصالح العام، وهذا يعد خروجاً عن مبدأ المشروعية، مما يستوجب معه ضرورة تحريك رقابة قضائية كضمانة أساسية لصون حقوق الأفراد وحررياتهم من ناحية، وإخضاع الإدارة للقانون، والذي يعد من أهم مقتضيات مبدأ المشروعية من ناحية أخرى.

يجمع فقهاء القانون الإداري على حسم موضوع التناسب بشكل نهائي بل هناك اختلاف بينهم حول هذا المبدأ بخصوص تعريف دقيق أو حتى تحديد مفهوم دقيق له وهو ما موجود على صعيد القضاء الإداري والتشريع فلم يصل إلى مفهوم دقيق وتعريف شامل لهذا الموضوع الجدلي، وهذا ما دفع الفقه ببذل محاولات وجهود حثيثة لحسم هذا الموضوع ووضع تعريف شامل له باعتبار هذا المبدأ هو من المبادئ العامة للقانون، ويعتبر ضمانة من ضمانات حقوق وحرريات الأفراد في المجتمع.^(٧٢٦)

المطلب الأول : مفهوم التناسب

لطالما رمى القضاء الإداري منذ نشأته مساعي نحو زيادة نطاق اختصاصه عبر توسعه في مجال الرقابة على أعمال الإدارة هادفاً من وراء ذلك التضييق من مجال السلطة التقديرية التي عرفت بها الإدارة بغية تحقيق توازن بين حماية حريات الأفراد وصون حقوقهم من جانب، وتمكين الإدارة من تحقيق أهدافها من جانب آخر، لا سيما وأن تلك الأغراض تندرج تحت مفهوم المصلحة العامة^(٧٢٧)، ويزداد الأمر تعقيداً كلما أطلقنا مصطلح "الدولة الحديثة عليها. وانطلاقاً من ذلك الأساس، بدأ القضاء الإداري بابتداع تقنيات تهدف للحد من سلطة الإدارة التقديرية وسد عجز القوانين ومن أبرز تلك المبادئ القانونية مبدأ التناسب.^(٧٢٧)

التناسب لغة

يعرف التناسب اصطلاحاً في إطاره العام بأنه: "التوازن بين الشيء والآخر"، أو التوافق في إطار العلاقات المعتادة، والتي من المفترض أن تكون عليها صلة التوازن، أو "الصلة التوافقية بين واقعة معينة وأخرى تقابلها، كما نجد تعريفاً اصطلاحاً آخر لكلمة (التناسب)؛ فهي تعبير عن الصلة التي تتسم بالتوافق والتوازن بين حالة معينة وأخرى مقابلة لها، نتيجتها توازن معقول بينهما، مفاد ذلك أن التناسب يتحقق بوجود علاقة متوازنة ومنطقية ومتكافئة بين شيئين، فمفهوم التناسب يعود إلى معادلة رياضية، كعنصر في علم لا يحلل سوى القيم المجردة، ويقترب من أفكار العقل والمنطق مستدعياً تصوراً أخلاقياً ذا طابع فلسفي. وسنتطرق إلى التعريفات الفقهية فقط على نحو الآتي:

حيث عرفه الفقه العراقي البعض بأنه (الملاءمة. هي اختيار الإجراء الملائم الذي يتفق ويتناسب أهمية الوقائع).

^{٧٢٦} ا.د. سامي جمال الدين، الوسيط في دعوى الغاء القرارات الإدارية، منشأة المعارف الاسكندرية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٤، ص ٦٣.

^{٧٢٧} محمد فريد سيد سليمان، مدرسة الرقابة في التناسب في القرار الإداري، رسالة دكتوراه حقوق، المنصورة، ١٩٨٩، ص ٢٨

ويعرفه الفقيه الفرنسي (هوريو) هو (عبارة عن جوهر السلطة التقديرية التي يكمن في سلطتها في تقدير ملاءمة الإجراءات، فالتناسب بين الإجراء وسبب القرار الإداري هو مكمل السلطة التقديرية، والتناسب موضوع حيوي وله أهميه كبرى في القضاء الإداري).^(٧٢٨)

ويعرفه جانب من الفقه المصري بأنه (التوافق بين سبب القرار ومحلّه)، أو انه (الصلة بين سبب القرار ومحلّه أو موضوعه) ويرى آخرون أيضاً بأنه (تقدير أهمية السبب ومدى توافق هذا السبب مع محل القرار باعتباره أحد ملائمتات القرار الإداري).^(٧٢٩)

ان تعريف الفقه المصري له أكثر دقة من بين الآخرين وهو تقدير أهمية السبب ومدى توافق هذا السبب مع محل القرار باعتباره أحد ملائمتات القرار الإداري لأنه ميز بين التناسب والملائمة بشكل صريح، ولم يخلط هذين المصطلحين. اما على صعيد القضاء وبالرغم من أن القضاء الإداري قضاء إنشائي إلا أنه لم يضع تعريفاً واضحاً وصريحاً بشأن مفهوم التناسب، ولربما يرجع ذلك لما هو مستقر عليه من عدم وضع تعريفات للمبادئ القانونية؛ إذ من شأن ذلك أن يطال تلك المبادئ الجمود وينال من تطورها، الأمر الذي من المنطقي أن يتعارض مع طبيعة القانون بوجه عام والقضاء الإداري بوجه خاص، بحيث يتميز بأنه مرّن يتغير بمرور الزمان وبتغير المكان^(٧٣٠). وتجدر بنا الإشارة إلى أن القضاء المصري كان سابقاً في التنبيه لمبدأ التناسب في ميدان التأديب من خلال نظرية الغلو في استعمال السلطة من خلال رقابة القضاء على القرارات الإدارية للتعرف على مدى مشروعية تلك القرارات من حيث مطابقتها للقانون من عدمه وغني عن القول: إن نشاط القضاء الإداري في نطاق رقابته على القرارات الإدارية ينبغي أن يقف عند حد المشروعية فلا يتجاوزها إلى وزن المناسبات والاعتبارات التي دعت الإدارة إلى إصدار قرارها والتي تدخل في نطاق جهة الإدارة في الملاءمة؛ بمعنى أن السلطة التقديرية لجهة الإدارة لا تخضع عناصر التقدير فيها لرقابة القضاء، وإلا انقلبت رقابة القضاء إلى مشاركة.^(٧٣١)

المطلب الثاني : مفهوم القرار الإداري

اجتهد الفقه في تعريف القرار الإداري لخلو التشريع من تعريف محدد له. ويطلق الفقه الفرنسي على القرار الإداري القرار التنفيذي وهو (عمل قانوني تصدره الإدارة بإرادة منفردة بقصد تعديل الحالة القانونية القائمة بالالتزامات التي تعرضها أو الحقوق التي تمنحها)، وعرفه آخر بأنه كل عمل إداري يحدث تغييراً في الأوضاع القانونية القائمة أما الفقه العربي فقد جاء في تعريفه للقرار الإداري بأن

٧٢٨- ا.د. حمدي عطية مصطفى عامر، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى ٢٠١٥، ص ٢١.
٧٢٩- محمد ناصر راشد، الرقابة القضائية في التماسك من دار النهضة العربية، ٢٠١٦، ص ٢٦٤.
٧٣٠- د. يانية، عبد القادر، الرقابة على النشاط الإداري، دار القلم، المغرب، ٢٠١٠، ص ٣٠٢.
٧٣١- د. بوضياف، عمار، دعوى الإلغاء جسور النشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الجزائر، ٢٠٠٩.

القرار الإداري هو (افصاح عن ارادة منفردة يصدر من سلطة ادارية ويرتب اثارا قانونية).^(٧٣٢)

كما عرف القرار الإداري بأنه عمل قانوني من جانب واحد يصدر بإرادة احدى السلطات الادارية في الدولة ويحدث اثارا قانونية بأنشاء وضع قانوني جديد او تعديل او الغاء وضع قانوني (قائم)، ويظهر من التعاريف السابقة للقرار الإداري انها اجتمعت على أن القرار عمل قانوني نهائي يصدر عن سلطة ادارية مختصة ويحدث اثراً قانونياً نهائياً.^(٧٣٣)

اما على صعيد القضاء فلم يضع مجلس الدولة الفرنسي تعريفا عاما مستقرا في شأن القرار الإداري خلافا لنظيره المصري وانما يبحث كل حالة على حدة فيما اذا كان القرار المطروح امامه ذو طبيعة ادارية ام لا، فغاية الامر لديه هي مشكلة تحديد الاختصاص ومن ثم جاء قضاء المجلس متمشيا مع التطورات الادارية ويمكن استخلاص ما وضعه المجلس للقرار من تعريف (ذلك القرار المنفرد بمقتضى امتيازات السلطة العامة) استقر القضاء الحديث لمجلس الدولة في مصر في تعريفه للقرار الإداري، فقد عرفته المحكمة الادارية العليا بأنه^(٧٣٤) (افصاح الجهة الادارية عن ارادتها الملزمة بما لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح بقصد احداث مركز قانوني معين بأنشاء او تعديل او الغاء متى كان ذلك ممكنا وجائزا وكان الباعث عليه تحقيق مصلحة عامة ويكون الحكم على توافر أركانه او عدم توافرها او صحته شكلا وقانونا أو غاية من اختصاص الاداري دون القضاء المدني).

مما يعني ومن اجل تمييز القرار الإداري الذي يختص بنظر الطعون فيه قضاء مجلس الدولة عن غيره من القرارات والاعمال الأخرى التي لا تدخل في اختصاصه ، قضت المحكمة الدستورية العليا (بان القرار الإداري الذي تختص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بنظر المنازعات المتعلقة به هو افصاح جهة الادارة عن ارادتها الملزمة بما لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح وذلك بقصد احداث مركز قانوني معين متى كان ذلك ممكناً وجائزاً قانوناً).

وفي العراق فقد ذهبت المحكمة الادارية العليا بأحدي قراراتها بان (التوصية لا تمثل القرار النهائي بالتضمنين وانما يتطلب صدور قرار بالتضمنين اما توصيات اللجان التحقيقية فلا تصلح ان تكون بذاتها محلا للطعن أمام القضاء لأنها ليست قرارات ادارية نهائية)، وبذلك فقد اشترطت المحكمة لكي يكون القرار محل للطعن ان يكون نهائياً، وقرارها ان الكتاب المطعون فيه لم ينتج اثرا قانونيا كونه أكد على مركز قانوني قائم وبذلك لا يمكن تكييفه على انه قرار اداري قابل للطعن فيه امام محكمة قضاء الموظفين لأنها محكمة الغاء تختص بالفصل في مشروعية القرارات الادارية النهائية التي تتضمن افصاح الادارة عن ارادتها الملزمة لأحداث اثر قانوني

٧٣٢. عادل السعيد محمد أبو الخير، الضبط الإداري ، وحدوده مطابع الطوبجي التجارية، القاهرة، ١٩٩٦. ص ٩١

٧٣٣. الحسن بن الشيخ، دروس في المنازعات الإدارية وسائل المشروعية الطبعة الرابعة، دار هومه ٢٠١٤، ص ٢١٤.

٧٣٤. مراد بدران، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة في ظل الظروف الاستثنائية أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة سيدي بلعباس ، ٢٠٠٥، ص ١٣٩.

حال ومباشر) وعرفت القرار الإداري بقرارها ان القرار الإداري القابل للطعن هو كل قرار إداري نهائي صادر عن سلطة إدارية ومنتج لأثر قانوني.^(٧٣٥)

المبحث الثاني : تمييز التناسب عن بعض المصطلحات المشابهة له

يعني مبدأ التناسب التوافق والتوازن بين سبب القرار من جانب ومحل القرار من جانب آخر، إذ يستهدف مبدأ التناسب التيقن من وجود توافق بين ما ثبت من وقائع والإجراءات المتخذة بصدده من قبل الإدارة. وإزاء ذلك التعريف نتج خلط بين مبدأ التناسب ومبادئ أخرى لذا قمنا بتقسيم هذا المبحث لتمييز التناسب عن الملائمة في المطلب الأول وخصصنا المطلب الثاني لتمييزه عن السلطة التقديرية .

المطلب الأول : التناسب والملائمة

ان عدد من الفقهاء يجمعون بين مصطلحي التناسب والملائمة. فقد أصبح القاضي الإداري له اختصاص في مراقبة تقدير الإدارة لخطورة وأهمية ما بنت عليه قرارها من أسباب^(٧٣٦)، دون أن يعد ذلك تدخلا منه في أعمال الإدارة، ومن المستقر عليه أن القاضي الإداري هو قاضي مشروعية فقط، وعليه فإنه يقضي ولا يدي، استنادا إلى الأساس الأول الذي يحكم القاضي الإداري هو مبدأ الفصل بين السلطات؛ بمعنى أنه حين يطلب من القاضي أن يفصل في نزاع معين عرض عليه فإنه لا يكون له سوى أن ينطق في القانون، فلا يناقش العمل الإداري سند التداعي، إلا من حيث مدى مخالفة تلك الأعمال للمشروعية ؛ لذا يتوجب على الإدارة احترام قواعد الاختصاص، والشكل، والإجراءات وحتى في نطاق السلطة التقديرية مما يجعل السلطة التقديرية التي تتمتع بها الإدارة تخضع إلى رقابة القاضي الإداري من خلال رقابة الملائمة، والتي قد تتداخل بطريقة ما أو بأخرى برقابة التناسب على الرغم من استقلال كل واحد منهم عن الآخر؛ إذ إن لكل منهم أصوله وجذوره وأسس تطبيقه، الأمر الذي يدفعنا للمعرج خلال هذا الفرع إلى توضيح عدد من النقاط وهي :^(٧٣٧)

أولا - مفهوم الملائمة:

تعني الملائمة توافق التشريع مع وقت صدوره والظروف المختلفة؛ كالظروف السياسية والاجتماعية والاقتصادية للدولة^(٧٣٨) إذ إن المختص في إصدار التشريع يتمتع بالسلطة التقديرية في هذا المجال؛ بمعنى آخر هو الذي يقرر فعلا مدى ملائمة إصداره أو عدم إصداره على الإطلاق، نستقي من ذلك أنه في حديثنا عن الملائمة لا بد من التطرق إلى مدى حق القاضي الإداري في فرض رقابته على الأعمال الإدارية التي تمارسها الإدارة ، فيقال: إن

^{٧٣٥} . محمد سليمان الطماوي ، القضاء الإداري الكتاب الأول وقضاء الإلغاء، دار الفكر العربي ١٩٨٦ ، ص ٧٣.

^{٧٣٦} .د.محمود فؤاد مهنا، مبادئ واحكام القانون الإداري في ظل الاتجاهات الحديثة، دراسة مقارنة، دار المعارف، ١٩٨٧ ، ص ٦٥٨.

^{٧٣٧} .د. نكتل ابراهيم عبد الرحمن، التناسب في القرار الإداري، دار الكتب القانونية لا ص ٢٩٢.

^{٧٣٨} .د. ساري جورج شفيق، رقابة التناسب في نطاق القانون الدستوري، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، ١٩٩٨ ، ص ٢٤.

قاضي تجاوز السلطة يباشر الرقابة على مدى مشروعية القرارات الصادرة عن الإدارة ولا يبحث في مدى ملاءمتها

ويتجه جانب من الفقه في تعريف مصطلح الملاءمة للقول: إن الملاءمة صفة للقرار الإداري بتوافر ضوابط وشروط معينة تراعيها الإدارة في القرار الإداري . إذ أنّ الملاءمة فكرة مادية يتم من خلالها النظر إلى مدى توافق هذا التصرف الصادر من الإدارة لمركز معين أو حالة معينة، وبالنظر إلى ما يحيط ذلك المركز أو الحالة من ظروف محيطية.^(٧٣٩)

ثانياً:- تمييز التناسب والملائمة

يعد التناسب مصطلحا مرادفا عند الإشارة إلى الملاءمة، ويتعين التمييز بين المصطلحين نظرا لاختلاف مدلول كل منهما من ناحية، واختلاف الآثار المسفرة عن كل منهما من ناحية أخرى.^(٧٤٠)

ويعرف التناسب بأنه عبارة عن علاقة بين السبب والمحل في الأداة القانونية المنصبة في حوزة الإدارة ويستوي في ذلك أن تكون تلك الأداة قراراً إدارياً أو تشريعياً ، وبالتالي يقتضي التناسب وجود توافق وتواءم بين ركني المحل والسبب . أما الملائمة تعني صفة ما هو مناسب، ونقيضها يعني ما هو غير محله.

تدخل التناسب والملاءمة في مجال السلطة التقديرية التي تتمتع بها الإدارة؛ إذ إنّ القاعدة العامة التي تحكم هذا المجال أنّ الإدارة تتمتع بسلطة تقديرية واسعة، إلا إذا جاء القانون وفرض عليها حالة معينة أو وقتاً معيناً. فقد خلط البعض بين هذين المصطلحين واعتبر جانب من الفقه أن التناسب هو مصطلح آخر للملاءمة^(٧٤١)

إلا أننا بدورنا ندحض هذا الاتجاه بقولنا : إنّ على الرغم من وجود تقارب بين اللفظين إلا أن ذلك لا يجعلهما يرادفان بعضهما البعض ؛ فإنّ التناسب له معنى خاص، وإن كان مجرد فكرة مادية عند جانب من الفقه تختلف فكرة الملاءمة من شخص إلى آخر مما يجعلها ذات طابع نسبي؛ فقد يكون القرار الإداري ملائماً من جهة من اتخذه خلال وقت معين أو بكيفية معينة، إلا أنّ البعض الآخر قد يراه غير ملائم . . وذلك على نقيض التناسب الذي يشترط وجود مفارقة صارخة لحقت القرار الإداري بين السبب والمحل، إذ يمكن للشخص العادي أن يكشف عدم التوازن ذلك، مما يجعل من المنطقي القول: إنّ عدم التناسب قد يكون إشارة إلى عدم ملائمة القرار بعد البحث في ظروف إصداره ، والوقت الذي أصدر فيه

فالملاءمة أشمل وأعم من التناسب، ويستغرق التناسب ويستوعبه نظراً لأنه يندرج في أحد أجزائه، فهما لا يتطابقان ولا يمكن اعتبار أحدهما مرادفاً للآخر^(٧٤٢)

^{١-} د. محمود فؤاد مهنا- مصدر سابق - ص ٧٥

^{٧٤٠} . د. حمدي عطية مصطفى عامر، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى ٢٠١٥، ص ٤٧ .

^{٧٤١} . د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، الاسس العامة للقرارات الادارية المكتب الجامعي الحديث، ٢٠١١،

ص ٧١

^{٧٤٢} . د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الامس العامة للقرارات الادارية / المكتب الجامعي الحديث، ٢٠١٢،

ص ١٤٣ .

أن السلطة التقديرية والملاءمة يفترقان عن التناسب، فالأخيرة تعد قيدياً على الأولى؛ فإذا انتفى التناسب بين السبب والمحل في القرار الإداري عند مباشرة الإدارة للسلطة التقديرية وكان عدم التناسب جلياً وواضحاً فإن قرار الإدارة يعد معيناً يتوجب إلغاؤه، كذلك تدخل في مجال الملاءمة لتدخلها وتضحى مع ذلك أحد عناصرها نظراً إلى أن الملاءمة تشمل كافة أركان القرار الإداري، في حين أن التناسب يقتصر على عنصر المحل والسبب.

المطلب الثاني: التناسب والسلطة التقديرية

خلط بعض الفقهاء بين مفهوم السلطة التقديرية من جانب، ومفهوم التناسب من جانب آخر، معتبرين أنهما مصطلحان مترادفان. وتجدر بنا الإشارة إلى أنه لربما يرجع ذلك الخلط بين هذين المصطلحين إلى تفسير الفقيه الفرنسي هاريو خلال تعليقه على حكم كريزيت أن جوهر السلطة التقديرية يكمن في تقدير ملاءمة الإجراءات، ويقرر القانون للإدارة حرية كبيرة في التقدير وتسمى بـ "السلطة التقديرية".^(٧٤٣)

أولاً:- تعريف السلطة التقديرية

عرفها بعض الفقه بأنها تمتع الإدارة بقسط من حرية التصرف عندما تمارس اختصاصاتها القانونية في حين عرفها آخرون بأنها (ترك المشرع للإدارة قدراً من الحرية للتصرف وفقاً لظروف دون معقب عليها، وتترخص في ذلك، فتكون لها الكلمة الأخيرة دون منازع)^(٧٤٤)

مما يعني أنه يكون للإدارة تقدير اتخاذ التصرف، أو الامتناع عن اتخاذه، أو اتخاذه على نحو معين، أو اختيار الوقت الذي تراه مناسباً، أو السبب الملائم له، أو في تحديد محله، وبالتالي تمتع الإدارة بحرية إجراء التناسب بين سبب القرار المعتمد وأثره القانوني المتمثل بمحله، وبالتالي تكون تلك الحرية التي تتمتع بها الإدارة في مواجهة الأفراد والقضاء لتختار في حدود الصالح العام وقت تدخلها ووسيلة التدخل.

وفي ذات الاتجاه أضاف عدد من الفقه تعريفاً للسلطة التقديرية فقالوا: هي الحرية التي يمنحها القانون للإدارة في تقدير الظروف، وتكييف الوقائع المعروضة أمامها، ولا يلزمها لإصدارها قرار محدد بمضمون معين خلال مدة معينة، أي الحرية التي تتمتع بها الإدارة العامة حينما تمارس اختصاصها، وصلاحياتها المناطة بها قانوناً، وبهذا تظهر السلطة التقديرية على أنها عبارة عن نوع من حرية التصرف المسموح بها للإدارة العامة.^(٧٤٥)

ثانياً:- موجبات السلطة التقديرية

^{٧٤٣} د. محمد طه حسين الحسيني / الوسيط في القضاء الإداري، ج ٢، مكتبة ابن الحوقية والأدبية، الطبعة الأولى ٢٠١٨، ص ١٤١

^{٧٤٤} د. عصام عبد الوهاب البرزنجي، السلطة التقديرية للإدارة والرقابة الفضائية، رسالة دكتوراه، دار النهضة العربية، ١٩٧١، ص ٢٢١.

^{٧٤٥} د. محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري، بلا دار نشر سنة ٢٠٠٠، ص ١٥٠.

لا تخلو فكرة السلطة التقديرية من الأسس العملية والمنطقية التي توجب وجودها عند اضطلاعها بوظائفها، فمهما بلغ المشرع من خبرة وسعة خيال وقدرة على التصور فإنه من المستحيل عليه توقع الاحتمالات التي قد تقع في المستقبل، فهو يكتفي بوضع قواعد عامة مجردة تعكس تصوره العام؛ ليترك التطبيق والتكييف على ما هو واقع بيد القانونيين القائمين على التطبيق والتنفيذ. ونتيجة لأن الإدارة هي من تتحكم بذلك الواقع العملي، وتتعامل المواقف الفعلية المتعددة فإن ظروف الحياة تضطلع بها يوميًا، بما في ذلك من ضرورة توفير مع خدمات متنوعة للمواطنين والمتعاملين معها. ويمكن اجمال مبررات السلطة التقديرية في النقاط الآتية^(٧٤٦)

١- الكفاءة الإدارية:

تركز إدارة السلطة التقديرية على أن المشرع لا يتمتع بقدر كاف من الخبرة الإدارية التي تمكنه من استنباط الضوابط الإدارية الحاكمة لسير العمل الإداري وفقاً لما هو مناسب من ظروف، وذلك على خلاف رجل الإدارة الذي يتمتع بخبرة كافية تجعله أكثر تناسباً وقدرة على حسن تقدير الأمور، واتخاذ القرار المناسب بكل حالة على حدة. لذلك كان من الواجب منح الإدارة قسطاً من الحرية بحكم ما تتمتع به من موقف حركي ومواجهة الجانب الملموس^(٧٤٧).

٢- حماية الحقوق الفردية

ان الفكرة الراسخة في عقول الأفراد أنه من شأن تمتع الإدارة بحرية من التقدير فإن من شأن ذلك أن ينال من حقوق الأفراد وحررياتهم، سيما وأن الإدارة لا تخضع قراراتها دائماً لرقابة القضاء على خلاف السلطة المقيدة والتي من شأن إطلاقها حماية الحقوق والحرريات، وعدم مساس الإدارة بمراكزهم القانونية، إلا أن هذا الجانب من الفقه قد تعرض للانتقاد استناداً إلى أنه لا يعني إطلاق السلطة التقديرية دائماً إطلاق سلطة تعسفية في مزولة الإدارة لنشاطها، فإذا تجاوزت الإدارة حدود سلطتها التقديرية فإن قراراتها تخضع للقضاء ويتم إبطالها وإلغاءها^(٧٤٨).

ثالثاً:- العلاقة بين التناسب والسلطة التقديرية

ان العلاقة بين التناسب ولسلطة التقديرية للإدارة تتلخص بالاتي:^(٧٤٩)

١ - جاءت مبادئ القانون الإداري وقضت أن للإدارة وبمجرد مباشرتها لوظيفتها الحق في التعبير عن إرادتها بموجب قرارات تصدرها بناءً على سلطتها التقديرية؛ إذ يأتي القانون ويمنح الإدارة صلاحية التدخل أو الامتناع عن التدخل علاوة على ذلك، يترك القانون للإدارة المجال والمساحة الكافية في تقدير الظرف الزماني المناسب للتدخل وكيفية التدخل وفحوى القرار الإداري الذي تتخذ، ويتعين بموجب ذلك أن يكون قرارها بمناسبة السلطة التقديرية

^{٧٤٦}. مجلة الديوان العراقية / العدد الأول والياني سنة ١٩٦٤ ، ص ١٥٨

^{٧٤٧}. د. نكتل ابراهيم عبد الرحمن، التناسب في القرار الإداري مصدر سابق ص ٢٩٨

^{٧٤٨}. د. حمدي عطية مصطفى عامر الاعمال القانونية للسلطة الإدارية دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى ٢٠١٥، ص ١١٣.

^{٧٤٩}. د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة الموسوعة الادارية الشاملة في الغاء القرار الاداري وتأديب الموظف العام، الجزء الأول، ص ٢٥٦ .

بمثابة تصرف منشئ مركزا قانونيا، وليس مجرد قرار تنفيذي يقرر الحق الذي يستمده الفرد من القانون.

٢ - بتسليط الضوء على بعض النتائج التي خلص إليها الفقه في تعريفهم للسلطة التقديرية للإدارة، نلاحظ أنهم لم يخرجوا عن كون السلطة التقديرية للإدارة حرية يقررها المشرع للإدارة في التصرف أو عدم التصرف، وفي الطرف المكاني والزمني الذي تراه الإدارة ملائما لاتخاذ قرارها، على أن يتم ذلك وفقاً للإطار الذي حدده القانون. وقد يرجع الغرض من وراء السلطة التقديرية التي يمنحها المشرع للإدارة إلى غرس روح الإبداع، وفتح المجال لها للابتكار، لا سيما وأن ذلك من شأنه أن يساهم في تعزيز وتحسين ممارسة الوظيفة الإدارية.

٣ - في الحقيقة إن إطلاق حرية الإدارة أو إهدارها على نحو مطلق أمر لا يتحقق وجوده؛ إذ لا توجد سلطة تقديرية مطلقة، ولا سلطة مقيدة، فمن ناحية أولى، نجد أن الإدارة تتمتع إزاء الأعمال الإدارية بقسط من السلطة التقديرية، حتى في الحالات التي يكون فيها اختصاص الإدارة مقيدا. ومن ناحية ثانية لا يمكن أن نقر للإدارة بسلطة تقديرية مطلقة، من دون أي قيد، فهي - السلطة التقديرية لا تعني بأي حال من الأحوال ارتكاب مخالفة للمشروعية، مما يشير بوضوح إلى توافق السلطة التقديرية مع مبدأ المشروعية بدون تعارض.^(٧٥٠)

٤ - يرجع الخلط بين السلطة التقديرية والتناسب إلى أن العلاقة التي تجمعهما تتمثل في أن الثانية تدور فلك الأولى كأحد مجالاتها، مفاده أن التناسب يعد جزءاً لا يتجزأ من السلطة التقديرية التي تتمتع بها الإدارة، وإن كانت الأخيرة لا تخضع لرقابة القضاء، إلا أن مبدأ التناسب والذي يعد جزءاً من السلطة التقديرية يخضع لرقابة القضاء.

المبحث الثالث : الرقابة القضائية على مبدأ التناسب في القرار الإداري

الرقابة القضائية هي إحدى الضمانات الأساسية التي يلجأ إليها الموظف الذي مست مصالحه وحقوقه الوظيفية، وغير الوظيفية قرارات إدارية غير مشروعة، ومعيبة من الرؤساء الإداريين إذا لم تسعفه الضمانات الأخرى المقررة قانوناً، فهي تعتبر ضماناً مهماً بالنسبة للموظف حيث يستطيع اللجوء إلى القضاء الإداري المختص ليقوم بدوره في أعمال رقابته على القرارات الصادرة في مجال الوظيفة العامة، عن السلطات الرئاسية، وذلك إما بإلغاء أو التعويض، وهي كونها أكثر أنواع الرقابة تحقيقاً لمبدأ المشروعية، فهي تعتبر أهم صور الرقابة على أعمال الإدارة.

المطلب الأول : التكيف القانوني للرقابة القضائية على التناسب وعلاقته بعيب

إساءة استعمال السلطة

^{٧٥٠} . د. نكتل إبراهيم عبد الرحمن، التناسب في القرار الإداري مصدر سابق ص ٢٨٧

عيب الإساءة استعمال السلطة يصيب القرارات الإدارية إذا إساءة استعمال الموظف الذي أصدرها عن الهدف الذي حدده القانون لكل منها هذا العيب هو نفسه الذي يسميه قانون مجلس الدولة بعيب إساءة استعمال السلطة^(٧٥١)

ويرى الدكتور مصطفى أبو زيد فهمي أن تسمية الإساءة استعمال السلطة أكثر دقة وشمولاً؛ وذلك لأن الإساءة استعمال السلطة ينطوي على حالتين: أحدهما فقط إساءة السلطة، فهناك إساءة استعمال السلطة إذا أساء الموظف استعمال السلطة، فقصدها بها هدفاً جانبياً للمصلحة العامة، كأن يقصد مثلاً تحقيق نفع خاص له أو محاباة شخص بذاته أو الانتقام من خصمه في الرأي مثلاً في مثل هذه الحالة يمكن أن يقال إن هنالك إساءة لاستعمال السلطة. وهناك حالة أخرى تظهر عندما يهدف الموظف إلى مراعاة المصلحة العامة فعلاً ولكنه يخدم هدفاً غير الهدف الذي أراده القانون.^(٧٥٢)

وعيب الغاية أو إساءة استعمال السلطة كما أطلقت عليه قوانين الدول هو أن يمارس مصدر القرار السلطة التي خولها له القانون لتحقيق أهداف غير تلك التي حددها له، فعلى رجل الإدارة أن يسعى بما يصدر من قرارات إلى تحقيق الهدف الذي قصد المشرع تحقيقه بهذه القرارات فإذا لم يحدد القانون هدفاً معيناً للقرار الإداري وجب على رجل الإدارة أن يهدف بإصداره إلى تحقيق الصالح العام بصفة عامة، فإذا حاد عن ذلك وقصد بتصرفه تحقيق هدف آخر وقع قراره باطلاً مستحق الإلغاء^(٧٥٣)

اذ ان السلطة التي منحها القانون لرجال الإدارة لا تجد لها أساس يبررها سوى تحقيق المصلحة العامة أو إحدى صورها التي بينها القانون على وجه التحديد وتزداد فرصة انحراف السلطة أمام مصدر القرار في مجال السلطة التقديرية؛ حيث يكون لرجل الإدارة أن يتدخل أو يمتنع وأن يحدد نوع تدخله إذا هو قدر التدخل غير أن ذلك لا يمنع من إمكان وجود هذا العيب حتى في مجال الاختصاص المقيد، فإذا كان القانون في هذا المجال يحدد شروطاً معينة على رجل الإدارة إصدار القرار عند توافرها، فإن هذا الأخير يستطيع مع ذلك أن يؤول عمداً نص القانون فيصرفه عن المعنى الذي قصده المشرع، كما يستطيع أن يدعى عدم توافر الشروط التي حددها القانون أو يسيئ تكييفها، إلا أن عيب انحراف السلطة في حالة الاختصاص المقيد عادة ما يكون مقترناً إما بعيب المحل وإما بعيب السبب، ففي حالة تعمد التفسير غير الصحيح للقانون يتوافر بالإضافة إلى انحراف السلطة عيب مخالفة القانون بالمعنى الضيق، وفي حالة إنكار الشروط اللازمة لإصدار القرار الإداري أو سوء تكييفها يصاحب عيب الغاية عيب السبب غير أنه يمكن تصور وجود عيب إساءة استعمال

٧٥١. عبد الواحد القرشي - القضاء الإداري ودوله الحق والقانون بالمغرب - نشر الشركة المغربية لتوزيع الكتاب الطبعة الأولى ٢٠٠٩ ص ٢٢١.

٧٥٢. د. محمود محمد حافظ القضاء الإداري في القانون المصري والمقارن دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣، ص ٦٥٣

٧٥٣. د. طعيمة الجرف، رقابة القضاء لأعمال الإدارة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٤، ص ٢٦

السلطة منفرداً في مجال الاختصاص المقيد ؛ فيستطيع رجل الإدارة أن يؤخر إصدار القرار ليضر بمن تعلقت مصالحته بالقرار أو ليفوت عليه مراده .^(٧٥٤)

المطلب الثاني : خصائص عيب الإساءة في استعمال السلطة

في ضوء مفهوم عيب إساءة استعمال السلطة يمكن أن نحدد خصائص هذا العيب فيما يلي:

١. عيب إساءة استعمال السلطة يتعلق بعنصر الغاية في القرار الإداري، فهو يتحقق إذا انحرفت الإدارة مصدره القرار عن غاية المصلحة العامة المعينة بالذات بنص القانون، فهذا العيب هو إذن تعبير عن الانحراف عن القرار الإداري.^(٧٥٥)
- ارتباط عيب إساءة استعمال السلطة بغاية القرار يجعله عيبا متصلا بنفسية مصدر القرار ونواياه وما أراد تحقيقه في النهاية بإصدار القرار، فهو يتصل إذن بعناصر ذاتية وشخصية بالموظف مصدر القرار. وهذا من شأنه أن يجعل رقابة القاضي على العيب أكثر صعوبة من رقبته لسائر العيوب الأخرى للقرار الإداري، فمن السهل على القاضي رقابة عيب عدم الاختصاص وعيب الشكل بالرجوع إلى النصوص والمبادئ العامة المحددة للاختصاصات والأشكال الجوهرية للقرار ، أما عيب إساءة استعمال السلطة فهو يتصل بنوايا مصدر القرار ورقابة النوايا لا شك تعتبر رقابة صعبة سيما أن الأمر يتعلق بنوايا الإدارة التي يفترض أنها تسعى أصلا لتحقيق المصلحة العامة.^(٧٥٦)
٢. عيب إساءة استعمال السلطة عيب قصدي بمعنى أن الموظف مصدر القرار يجب أن يكون سيئ النية يعلم بأنه يسعى لغاية بعيدة عن المصلحة العامة أو يسعى لغاية مخالفة لما حدده القانون، وأن يكون قصده قد اتجه لذلك فعلى حد تعبير المحكمة الإدارية العليا في أحد أحكامها " إساءة استعمال السلطة أو الانحراف بها هو من العيوب القصدية في السلوك الإداري قوامه أن يكون لدى الإدارة قصد إساءة استعمال السلطة أو الانحراف بها ". ومن ثم إذا لم يتوافر لمصدر القرار هذا القصد العمدي، فلا يتحقق هذا العيب مهما كانت الأضرار التي أصابت الأفراد من القرار.^(٧٥٧)
٣. عيب إساءة استعمال السلطة يعتبره القضاء الإداري عيبا احتياظيا بمعنى أن القاضي يبدأ ببحث العيوب الأخرى للقرار الإداري قبل التطرق لعيب إساءة استعمال السلطة، فإذا تحقق أى عيب آخر حكم بإلغاء القرار، .^(٧٥٨)
٤. يقترن عيب الانحراف باستعمال السلطة بالسلطة التقديرية للجهة الإدارية والتي تمنح عادة لتحقيق المصلحة العامة، وهذه السلطة لا يمكن ان تكون مطلقة، وبالتالي يمكن ان يشوب عيب الانحراف تصرف الجهة الإدارية متى ما انحرفت

^{٧٥٥} د. ماجد الحلو ، القضاء الإداري - دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية - طبعة ١٩٩٦ ص ٩٩ .

^{٧٥٦} أرسطو ، السياسة ، نقلا عن د. سمير تناغو ، مبادئ القانون ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، سنة

١٩٧٤م، ص ١٣ .

^{٧٥٧} د. عبد العزيز خليفة ، الانحراف بالسلطة كسبب لا إلغاء القرار الإداري دراسة تحليلية في ضوء قضاء

مجلس الدولة، دار محمود للنشر والتوزيع ، سنة ٢٠١٥، ص ١٠١

^{٧٥٨} درأفت فودة ، مصادر المشروعية الإدارية ومنحنياتها، دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية ، سنة

١٩٦٠ ، ص ١٧٤ .

عن تحقيق المصلحة العامة أو تمثلت بغاية تختلف عن الغاية المحددة بنص القانون.^(٧٥٩)

ويظهر الارتباط الحاصل بين عيب إساءة السلطة والسلطة التقديرية للإدارة، في حالة تمتع الجهة الإدارية بقدر من حرية التصرف الذي تقوم به، إذ أن مثل تلك الحرية إنما تفسح المجال أمامها في إمكانية استخدام الوسائل المتاحة قانوناً لتحقيق هدف غير المصلحة العامة أو غير الهدف المحدد قانوناً، لذا يقال عادة بأن عيب الانحراف باستعمال السلطة هو عيب ملازم للسلطة التقديرية". أما في حالة السلطة المقيدة للإدارة، فلا يمكن أن يظهر عيب الانحراف باستعمال السلطة، ذلك أن الجهة الإدارية لا تتمتع بحرية التصرف في هذه الحالة، كونها تكون ملزمة بإصدار القرار عند توافر حالات محددة من الواقع أو القانون

٥- وأخيراً عيب إساءة استعمال السلطة ليس من النظام العام، فلا يجوز للقاضي الإداري بحثه من تلقاء نفسه، وإنما بناء على طلب الطاعن وهو في هذا يشبه سائر العيوب الأخرى للقرار فيما عدا عيب عدم الاختصاص الذي يعتبر وحده من النظام العام^(٧٦٠)

الخاتمة

توصلنا خلال هذه الدراسة إلى جملة من النتائج والمقترحات التي سنبينها تباعاً.
أولاً - النتائج:

١- خلصنا في هذه الدراسة إلى أن الإدارة تتمتع بامتيازات تمكنها من وضع قبضتها على حقوق والأفراد وحررياتهم على الذي قد يعود بالضرر عليهم في سبيل تحقيقها المصلحة العامة، الأمر الذي دفع القضاء في سبيل التحقق من مدى صحة تلك القرارات الصادرة عن الإدارة ببسط رقابته عليها، حفاظاً وصوناً لحقوق الأفراد وحررياتهم، وإلزام الإدارة للخضوع إلى القانون في سبيل إعلاء مبدأ المشروعية، فنلاحظ اتساع رقابة القاضي الإداري بشكل تدريجي لتشتمل بعد ذلك الرقابة على أهمية الوقائع وخطورتها، إلى أن أصبحنا أمام الرقابة على التناسب

٢- على الرغم من تعدد التعريفات الفقهية والقضائية لمبدأ التناسب في القرارات الإدارية، إلا أن جُلها يرتكز ولا يخرج عن أنه التناسب بين الإجراء المتخذ مع سبب القرار الإداري، وهو تناسب أحد جوانب القرار الإداري، وليس جميعها؛ إذ ربطوا بين عنصرين وهما: المحل والسبب، واتفقوا على ضرورة وجود توازن بين عنصري السبب والمحل في القرار الإداري.

٣- إن الرقابة على التناسب ضرورة حتمية، فقد أضحت على القضاء الإداري أن يتصدى لأعمال الإدارة المخالفة لمبدأ المشروعية، ومن المسلم به أن حماية حقوق الأفراد وحررياتهم لن تأتي إلا من خلال توسيع رقابة القضاء.

^{٧٥٩} محكمة القضاء الإداري، قضية رقم ٥٦٥ لسنة ٢٠ ق، جلسة ١٩٦٩/٧/٣م، مجموعة أحكام

المحكمة ثلاث سنوات، ص ٨٧٠.

^{٧٦٠} د. سامي جمال الدين الدعوى الإدارية، الإجراءات أمام القضاء الإداري دعوى الإلغاء، منشأة المعارف، سنة ١٩٦٠ ص ٨٧٠.

٤- أن الأساس القانوني لرقابة التناسب يرتبط ارتباطاً وطيداً بوجود قرار إداري مخالف للقانون، حيث تصدى الفقه سواء أكان مؤيداً أو معارضاً لمسألة البحث عن الأساس القانوني لتلك الرقابة، وكان حصيلة تلك الاجتهادات حصر الأساس القانوني في ثلاثة أسس؛ وهي: ١- التدرج في الجزاءات التأديبية - ٢- المبادئ العامة للقانون. ٣- اعتبار مبدأ التناسب تطبيقاً لمبدأ المشروعية.

ثانياً : التوصيات

- ١- ضرورة التدخل التشريعي للمساهمة في إعلاء وتوحيد كلمة القضاء الإداري، خصوصاً في المنازعات التي تتطلب اجتهادات لإنشاء قواعد قانونية جديدة، حيث إن الوضع الراهن يتمثل بوجود دوائر إدارية (ابتدائية - استئنافية) في المحاكم المدنية من شأنها ان تفقد و تجرد القضاء الإداري ما عرفه من خصائص تميزه عن غيره.
- ٢- ننادي بضرورة توسيع اختصاصات القضاء الإداري بحيث تشمل كافة القرارات الصادرة عن الإدارة، وخصوصاً التي تمس حريات الأفراد، وإلزام الإدارة بتسبب قراراتها، بحيث يتمكن القضاء الإداري من بسط رقابته عليها، إذ يمثل التسبب في هذا الصدد إجراء شكلي ضمانة مهمة للأفراد ؛ لأنها تسمح لهم وللقضاء بمراقبة مشروعية القرار .

المصادر

أولاً: الكتب

١. ابن منصور - معجم لسان العرب دار لسان العرب، بيروت، لبنان.
٢. د. يانية، عبد القادر، الرقابة على النشاط الإداري، دار القلم، المغرب، ٢٠١٠.
٣. د. بو ضياف، عمار، دعوى الإلغاء، جسور النشر و التوزيع، الطبعة الأولى، الجزائر، ٢٠٠٩.
٤. د. حمدي عطية مصطفى عامر الاعمال القانونية للسلطة الادارية دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، ٢٠١٥.
٥. د. رأفت فودة ، مصادر المشروعية الإدارية ومنحنياتها، دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية ، سنة ١٩٦٠.
٦. د. ساري، جورج شفيق رقابة التناسب في نطاق القانون الدستوري، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، ١٩٩٨.
٧. د. سامي جمال الدين، الوسيط في دعوى الغاء القرارات الإدارية، منشأة المعارف، الطبعة الأولى، ٢٠٠٤.
٨. د. طعيمة الجرف: رقابة القضاء لأعمال الإدارة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٤.
٩. د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة - الاسس العامة للقرارات الادارية المكتب الجامعي الحديث، ٢٠١١.
١٠. د. ماجد راغب الحلو دعاوى القضاء الإداري وسائل القضاء الإداري دار الجامعة الجديدة بالإسكندرية ، سنة ٢٠١٠.

١١. د. محمد رفعت عبد الوهاب ، القضاء الإداري ، بلا دار نشر سنة ٢٠٠٠ .
١٢. د. نكتل ابراهيم عبد الرحمن، التناسب في القرار الإداري، دار الكتب القانونية، ط١.
١٣. عادل السعيد محمد أبو الخير ، الضبط الإداري ، وحدوده مطابع الطوبجي التجارية، القاهرة، ١٩٩٦.
١٤. مايا محمد نزار أبو دان الرقابة القضائية على التناسب في القرار الإداري دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان ٢٠١١ .
١٥. محمد سليمان الطماوي - القضاء الإداري الكتاب الأول وقضاء الإلغاء، دار الفكر العربي ١٩٨٦.
١٦. محمد ناصر راشد الرقابة القضائية في التماسك من دار النهضة العربية، ٢٠١٦.
١٧. معجم الوجيز، مجمع اللغة العربية، طبعة وزارة التربية والتعليم ١٩٩٩.

ثانياً: الرسائل الجامعية و الاطاريح

١. د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الاسس العامة للقرارات الادارية / المكتب الجامعي الحديث، ٢٠١٢.
٢. د. عصام عبد الوهاب البرزنجي، السلطة التقديرية للادارة والرقابة القضائية رسالة دكتوراه، دار النهضة العربية، ١٩٧١.
٣. محمد فريد سيد سليمان مدرسة الرقابة في التناسب في القرار الإداري - رسالة دكتوراه حقوق المنصورة، ١٩٨٩.
٤. مراد بدران، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة في ظل الظروف الاستثنائية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة سيدي بلعباس، ٢٠٠٥.

ثالثاً: البحوث المنشورة والدوريات والمجلات

١. الحسن بن الشيخ، دروس في المنازعات الإدارية وسائل المشروعية الطبعة الرابعة، دار هومه، ٢٠١٤.
٢. د. سامي جمال الدين الدعوى الإدارية ، الإجراءات أمام القضاء الإداري دعوى الإلغاء ، منشأة المعارف ، سنة ١٩٦٠ .
٣. د. عبد العزيز خليفة ، الانحراف بالسلطة كسبب لا لغاء القرار الإداري دراسة تحليلية في ضوء قضاء مجلس الدولة، دار محمود للنشر والتوزيع، سنة ٢٠١٥ .
٤. د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة الموسوعة الادارية الشاملة الغاء القرار الاداري وتأديب الموظف العام، الجزء الأول.
٥. د. محمد طه حسين الحسيني / الوسيط في القضاء الاداري ، ج ٢ ، مكتبة ابن الحوقية والادبية، الطبعة الأولى ٢٠١٨ .
٦. د. محمود فؤاد مهنا، مبادئ واحكام القانون الاداري في ظل الاتجاهات الحديثة، دراسة مقارنة، دار المعارف، ١٩٨٧.
٧. د. محمود فؤاد مهنا، مبادئ و احكام القانون الإداري في ظل الاتجاهات الحديثة، دراسة مقارنة، دار المعارف، ١٩٨٧.
٨. د. محمود محمد حافظ: القضاء الإداري في القانون المصري والمقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣.

شرط الثبات التشريعي في عقد الاستثمار الدولي

م.م. هيثم صالح عبد
م.أنس احسان شاكر
الجامعة التقنية الوسطى

المستخلص :

إن شرط الثبات التشريعي في عقد الاستثمار يعبد الطريق أمام الاستثمار الدولي في البلد ويحقق تقدم اقتصادي ويعطي رغبة للشركات الأجنبية بالاستثمار في الدول التي يكون لها أمن قانوني يحفظ الحقوق التي اكتسبها المستثمر الأجنبي ، وعلى العكس يمكن أن يؤدي إلى الإخلال بالتوازن العقدي والذي يسبب بدوره ضررا جسيما، ولتلافي هذا الضرر المحتمل يشترط المستثمر بعدم الغاء او تعديل القوانين الواجبة التطبيق على العقد ، وعليه فيجب على الدولة المضيفة أن تتعامل بدقة وحذر لان هذا الشرط يحد من صلاحية الدولة بحقها بتغيير قوانينها .

المقدمة

يعد عقد الاستثمار من العقود الدولية التي تبرمها الدول السائرة في طريق النمو مع الشركات الأجنبية لتحقيق تقدمها الاقتصادي، والتقني، والعلمي غير أن رغبة الدول بإبرام هذه العقود غالبا ما تصطدم بتخوف المستثمر الأجنبي من السلطة السيادية للدولة، وقيامها بتعديل القوانين، مما يمكن أن يؤدي إلى الإخلال بالتوازن العقدي، ويلحق الضرر البالغ به. ولتلافي هذا الوضع يشترط المستثمر الأجنبي تضمين عقد الاستثمار شرطا يطلق عليه شرط الثبات التشريعي.

• مشكلة البحث:

تتمحور مشكلة البحث الرئيسية حول (شرط الثبات التشريعي) ويتفرع عن هذه المشكلة الأسئلة الفرعية التالية:

أولا - ما تعريف شرط الثبات التشريعي، و ما هو تكييفه القانوني ؟

ثانيا - ما هي أنواع شرط الثبات التشريعي ؟

• أهمية البحث:

تتبع أهمية البحث من الدور الكبير الذي يلعبه شرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار الدولية، وما يؤدي إليه من نتائج وأثار قانونية على العقد.

• أهداف البحث:

أولا - الوقوف على تعريف شرط الثبات التشريعي، وتكييفه القانوني.

ثانيا - تسليط الضوء على أنواع شرط الثبات التشريعي.

• منهج البحث:

تعتمد دراستنا على المنهج الاستقرائي، و التحليلي لشرط الثبات التشريعي وتطبيقاته العملية في عقود الاستثمار الدولية، وأحكام المحكمين بغية الوصول إلى تحديد مفهوم شرط الثبات التشريعي، وتكييفه القانوني وأنواعه.

• خطة البحث:

المقدمة:

المبحث الأول: تعريف شرط الثبات التشريعي وتكييفه القانوني.

المطلب الأول: تعريف شرط الثبات التشريعي.

المطلب الثاني: التكييف القانوني لشرط الثبات التشريعي.

المبحث الثاني: أنواع شرط الثبات التشريعي.

المطلب الأول: الشرط التعاقدي.

المطلب الثاني: الشرط التشريعي.

الخاتمة: النتائج / التوصيات.

المبحث الأول : تعريف شرط الثبات التشريعي وتكييفه القانوني

يعد شرط الثبات التشريعي من أهم الشروط التي يتضمنها عقد الاستثمار الذي تبرمه الدول المضيفة للاستثمار مع المستثمر الأجنبي، وللوقوف على ماهية هذا الشرط وتكييفه القانوني فإن تناولنا له سيكون من خلال:

المطلب الأول: تعريف شرط الثبات التشريعي.

المطلب الثاني: التكييف القانوني لشرط الثبات التشريعي.

المطلب الأول : تعريف شرط الثبات التشريعي

يعتبر شرط الثبات التشريعي من الشروط التي تتضمنها عقود الاستثمار الدولية التي تبرمها المشروعات العامة الوطنية مع الشركات الأجنبية بغرض إنشاء أو صيانة أو إدارة المرافق العامة للدولة، أو إدخال التقنية الحديثة والمتطورة إليها^(٧٦١)، والتي تتضمن " ممارسة مستثمر أجنبي لنشاط اقتصادي في الدولة المضيفة مع احتفاظه بالسيطرة على أنشطة المشروع سواء من خلال الملكية الكاملة أو الجزئية لرأس مال المشروع"^(٧٦٢)، وبموجبه تنتقل رؤوس الأموال الاستثمارية وشنتي الموارد الاقتصادية بين البلدان المختلفة بهدف جني الأرباح وتعظيم المنافع المتحققة من جراء تلك الاستثمارات"^(٧٦٣)، وقد عرف المحكم دبيي في تحكيم Texaco ضد الحكومة الليبية عقود الاستثمار بأنها عقود تنمية طويلة لها أهمية بالنسبة للدولة المضيفة وتخلق نوعاً من التعاون بين الدولة المتعاقدة والطرف الأجنبي وتتضمن نصوصاً تهدف إلى تحقيق الثبات التشريعي وعدم المساس بالعقد وإخضاعه لنظم خاصة وللقانون الدولي

^{٧٦١} - حفيفة الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأطراف الأجنبية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦، ص ١٤.

^{٧٦٢} - عبد الله عبد الله، ضمانات الاستثمار في الدول العربية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٨، ص ٢٠.

^{٧٦٣} - طلال محمد ماضي بطاينة، تأثيرات الاستثمارات الأجنبية على التغيرات الهيكلية في الاقتصاد الأردني خلال عقدي الثمانينات والتسعينات رسالة دكتوراه، كلية الإدارة والاقتصاد، الجامعة المستنصرية، بغداد، ٢٠٠٠، ص ١٧.

حماية للطرف الخاص المتعاقد مع الدولة في أعمالها لسيادتها التي تستخدمها لتعديل العقد أو إنهائه بإرادتها المنفردة^(٧٦٤)، وعادة ما يتم الاتفاق على شروط الثبات التشريعية في العقود الزمنية الطويلة، وعقود الاستثمار الدولية التي تخشى فيها الشركات الأجنبية المستثمرة من تأثر وضعها القانوني والمالي في البلد المضيف بتعديلات تشريعية لم تكن في الحسبان عند التعاقد، فقد يتم الاتفاق في العقد على شروط ثبات تتعلق بالتزامات قانونية معينة (مثل تثبيت نسبة الضريبة المدفوعة، أو التزامات تتعلق بمعايير السلامة البيئية) كما قد يرد هذا الشرط بشكل عام ليشمل أية تعديلات تشريعية لاحقة تؤثر على التزام الشركات الأجنبية^(٧٦٥)، وقد تعددت تعريفات الفقه لشرط الثبات التشريعي حيث عرفه البعض بأنه " الشرط الهادف إلى تجميد دور الدولة كسلطة تشريعية وطرف في العقد في تعديل القواعد القانونية النافذة بينها وبين المستثمر الأجنبي وقت إبرام هذا العقد على نحو قد يخل بالتوازن العقدي أو الاقتصادي بين طرفي الرابطة العقدية"^(٧٦٦)، أو هو " الأداة القانونية التي تتم من خلالها حماية المستثمر الأجنبي من مخاطر التشريع التي تهدف إلى تجميد دور الدولة كسلطة تشريعية وطرف في العقد في نفس الوقت وذلك من خلال منعها من تغيير القواعد القانونية النافذة أي بمعنى آخر تطبيق القانون الواجب التطبيق على العقد وقت إبرامه"^(٧٦٧)، أو هو " شرط تتعهد الدولة المتعاقدة بموجبه بوصفها سلطة تشريعية في ذات الوقت بعدم إصدار أية تشريعات جديدة تسري على العقد المبرم بينها وبين الطرف الأجنبي المتعاقد معها على نحو يؤدي إلى الإخلال بالتوازن الاقتصادي للعقد والإضرار بالطرف الأجنبي المتعاقد معها"^(٧٦٨).

نخلص مما تقدم إلى أن الهدف من شرط الثبات التشريعي إخضاع عقد الاستثمار للقانون الذي أبرم في ظله، واستثنائه من تطبيق أية تشريعات جديدة عليه.

- ^{٧٦٤} - رنا السيد بيومي، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة النيلين، ٢٠٠٨، ص ٤٥.
- ^{٧٦٥} - محمود فياض، دور شرط الثبات التشريعي في حماية المستثمر الأجنبي في عقود الطاقة بين فرضيات وإشكاليات التطبيق، المؤتمر السنوي الحادي والعشرين الطاقة بين القانون والاقتصاد، يومي ٢٠ و ٢١ سنة ٢٠١٣ ص ٦٠٦.
- ^{٧٦٦} - غسان المعموري، شرط الثبات التشريعي ودوره في التحكيم في عقود البترول، مجلة رسالة الحقوق، المجلد ١، العدد ٢ لسنة ٢٠٠٩، ص ١٧٣.
- ^{٧٦٧} - بو خالفة عبد الكريم و خويلدي السعيد، دور الإرادة الاستباقية في تجنب منازعات عقود الاستثمار، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد ١٦، ٢٠١٧، ص ١٨٧.
- ^{٧٦٨} - حفيظة الحداد، المرجع السابق، ص ٣٢٤.

المطلب الثاني : التكيف القانوني لشرط الثبات التشريعي

انقسم الفقه في موقفه من التكيف القانوني لشرط الثبات التشريعي إلى اتجاهين: **الاتجاه الأول:** شروط الثبات التشريعي هي استثناء من سريان مبدأ الأثر الفوري والمباشر للقانون الجديد:

يرى أنصار هذا الاتجاه أنه من المعروف في إطار القانون الداخلي أن القانون الذي تصدره الدولة يتمتع بأثر فوري ومباشر سواء تعلق الأمر بالقانون العام، أو الخاص طالما كان القانون الجديد يتعلق بالقواعد القانونية الآمرة غير أن اتفاق الأطراف على سريان القواعد القانونية النافذة وقت إبرام العقد دون تلك التي تطرأ بعد ذلك يؤدي إلى وقف سريان القواعد الجديدة عليه وذلك احتراماً لمبدأ قدسية العقود، وعدم المساس بها أو لمبدأ القوة الملزمة للعقد، ومراعاة لقواعد الإسناد التي تتيح للأطراف الاتفاق على القانون الواجب التطبيق على العقد وبناء عليه فقد ذهب أنصار هذا الرأي إلى اعتبار أن التأميم يقع باطلاً إذا خالف معاهدة، أو عقد ينص على شرط الثبات ولا يتم لأجل مصلحة^(٧٦٩). كما اعتبر بعض الفقه أن شروط الثبات التشريعي علاوة على كونها شروطاً توقف من اثر القانون الفوري فهي شروط تؤدي الدور نفسه الذي تؤديه فكرة الشرط الجزائي في القانون المدني^(٧٧٠)، حيث تضع شروطاً على الدولة تتضمن التزامها بعدم تعديل أو إلغاء تشريعاتها وعند الإخلال بهذا الالتزام تلتزم الدولة بتعويض المستثمر المتعاقد على أن يكون هذا التعويض كافياً يعوض المستثمر عما لحق به من خسارة وما فاتته من كسب^(٧٧١).

وقد تعرض رأي هذا الاتجاه للانتقاد كونه يؤدي إلى تجميد العقد ويجبر الدولة على الخضوع لمجموعة من النظم القانونية لسنوات طويلة الأمر الذي لا يتناسب مع دورها في تطوير قوانينها بما يتلاءم مع أوضاعها الاقتصادية^(٧٧٢).

الاتجاه الثاني: شروط الثبات التشريعي تؤدي إلى اندماج القانون في العقد:

يرى أنصار هذا الاتجاه أن قيام الأطراف باختيار القانون الواجب التطبيق الذي يحكم علاقتهم التعاقدية يفقد هذا القانون تعبيره عن إرادة المشرع ويجعل منه شرط تعاقدية يندمج في العقد^(٧٧٣)، فشروط الثبات التشريعي تعمل على تغيير طبيعة القانون المختار وتجعله عبارة عن شرط

- ٧٦٩ - عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، ٢٠١٠، ص ١٥٦.
- ٧٧٠ - حفيظة الحداد، المرجع السابق، ص ٢٩١.
- ٧٧١ - جابر عمران، الاستثمارات الأجنبية في منظمة التجارة العالمية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٣، ص ٤١٢.
- ٧٧٢ - محمد موسى خلف الجبوري، النظام القانوني لعقد الاستثمار في تصفية النفط الخام دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٣، ص ٦٠.
- ٧٧٣ - وفاء مزيد فلحوط، المشاكل القانونية في عقود نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٨، ص ٧٦٥.

تعاقدي مثل أي شرط آخر، والأطراف يستطيعون تفسير عدم سريان التعديلات الجديدة على عقدهم بأنها عبارة عن شروط اتفاقية مدمجة في العقد^(٧٧٤)، وهذه الشروط تحل محل التفاوض في العقد وتحصن المستثمر ضد ما تتمتع به الدولة الطرف معها في العقد وتطمئنه على أن القوانين واللوائح التي سوف تقرر الدولة إصدارها في تاريخ لاحق على إبرام العقد لن تطبق عليه ويطلق البعض على هذه الشروط تسمية شروط عدم النفاذ أو الاحتجاج ويعتبر أن هذه الشروط تؤدي إلى اندماج القانون الوطني للدولة المتعاقدة في العقد في اللحظة التي علم الطرف المتعاقد معها بمضمون هذا القانون الساري^(٧٧٥).

كما ذهب بعض الفقه إلى تكييف شرط الثبات التشريعي على أنه شرط تحويلي لطبيعة القانون^(٧٧٦)، وأن القانون عندما يندمج في العقد يفقد صفته كقاعدة قانونية ولا يبقى منه سوى اسمه^(٧٧٧)، وإن من آثار اندماج قانون الإرادة في العقد أن يكون من حق المتعاقدين استبعاد بعض أحكام القانون المختار الأمرة والاتفاق على شروط أخرى في العقد وإن كانت مخالفة لنص أمر في القانون المختار^(٧٧٨). وقد تعرض هذا الرأي للانتقاد بالقول أن بالقول أن " فكرة الاندماج تناهض صحيح القانون كما تصطدم بطبيعة قاعدة التنازع المقررة لاختصاص قانون الإرادة فاندماج قانون الإرادة في العقد ينطوي على تجاهل لحقيقة الطابع الملزم لقواعده الأمرة وهو ما لا يمكن قبوله لأن اندماج تلك القواعد لن يغير من طبيعتها القانونية"^(٧٧٩).

أما الباحث فيؤيد الرأي الأول ويرى أن حق الدولة في تطوير قوانينها لا يتعارض مع شرط الثبات التعاقدي لأن هذا الشرط لا يسري إلا على العقد الذي إبرم في ظل قانون معين. فالشرط التعاقدي هو استثناء من سريان مبدأ الأثر الفوري والمباشر للقانون الجديد.

نخلص مما تقدم إلى أن الفقه انقسم في موقفه من مسألة التكييف القانوني لشرط الثبات التشريعي إلى رأيين الأول ويرى أن هذا الشرط بمثابة استثناء من سريان مبدأ الأثر الفوري والمباشر للقانون الجديد أما الرأي الثاني فيرى أن شروط الثبات التشريعي تؤدي إلى اندماج القانون في العقد.

^{٧٧٤} - أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨، ص ٣١٩

^{٧٧٥} - حفيفة الحداد، المرجع السابق، ص ٣٤٠.

^{٧٧٦} - أحمد عبد الكريم سلامة، مدونة أبحاث في القانون الدولي الخاص شروط التوقيف التشريعي في عقود الاستثمار والتجارة الدولية ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٢، ص ٦٧٨.

^{٧٧٧} - سامية كسال، دور شرط الثبات التشريعي المدرج في عقود الاستثمارات في حماية المستثمر الأجنبي، مجلة الحقوق والحريات، ٢٠١٦، ١٨٣.

^{٧٧٨} - بشار الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٦، ص ١٨٩.

^{٧٧٩} - بشار الأسعد، نفس المرجع السابق، ص ٩١.

المبحث الثاني : أنواع شرط الثبات التشريعي

يتخذ شرط الثبات التشريعي في العقود التجارية الدولية وعلى رأسها عقد الاستثمار صورتين الأولى يرد فيها كشرط تعاقدى ضمن بنود العقد، والثانية يكون فيها بصورة شرط تشريعي ولتسليط الضوء على هاتين الصورتين فإن تناولنا لهما سيكون من خلال هذين المحورين .

المطلب الأول : الشرط التعاقدى

يكون شرط الثبات التشريعي تعاقديا عندما يرد كبنء من بنود عقد الاستثمار حيث ينص العقد صراحة على أن القانون الذي يحكم العقد هو القانون النافذ وقت إبرام العقد وان أية تعديلات أو تغييرات قد تطرأ عليه لا تأثير قانوني لها على العقد^(٧٨٠).

ومن الأمثلة على شرط الثبات التشريعي الذي يرد كبنء في العقد ما تضمنه العقد المبرم بين تونس وإحدى شركات البترول الأمريكية عام ١٩٧٨ الذي نص على أن " القانون الواجب التطبيق على العقد هو القانون المطبق وقت توقيع العقد ويفصل في النزاع المتولد عنه على أساس العدالة والتشريع التونسي المعمول به وقت الاتفاق " ، وأيضا ما نصت عليه المادة ١/٤ من العقد المبرم بين موريتانيا وشركة Texaco Mauritania Inc بالقول " تضمن الحكومة الموريتانية للشركة ثبات الشروط العامة والقانونية والاقتصادية والضرائب تلك الشروط الناجمة عن القوانين واللوائح السارية في تاريخ التوقيع على هذا الاتفاق، وكذلك نصوص الاتفاقية وذلك طول مدة سريان هذا الاتفاق"^(٧٨١). وأيضا نص المادة ١٥ من عقد الامتياز النفطي بين دولة الكامبيرون وإحدى شركات الاستثمار الأجنبية التي نصت على أنه " لا يمكن أن تطبق على الشركة بدون موافقتها التعديلات التي تطرأ على أحكام النصوص المذكورة فيما بعد خلال مدة الاستحقاق"^(٧٨٢).

وقد انقسم الفقه في موقفه من مسألة شرط الثبات التشريعي التعاقدى إلى عدة آراء:

الرأي الأول:

ويرى أن شرط الثبات التشريعي المدرج في عقد الاستثمار شرط صحيح ومنتج لكافة آثاره القانونية، وأهمها عدم جواز تعديل الدولة المتعاقدة للعقد أو إنهاؤه بإرادتها المنفردة وأن هذه الشروط هي بمثابة قواعد موضوعية ذاتية التطبيق، وقد استند أنصار هذا الرأي في دعم وجهة نظرهم إلى شرط التحكيم الذي يعتبر مستقلا عن العقد الذي يتضمنه، ومن

٧٨٠ - طالب برايم سليمان، الضمانات التشريعية لحماية الاستثمار الأجنبي دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٦، ص ٤١٦.

٧٨١ - محمد عبد العزيز علي بكر، فكرة العقد الإداري عبر الحدود، ط ١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠ ص ٣٢٢.

٧٨٢ - أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص ٣٠٧.

الأمثلة على ذلك ما ذهب إليه حكم التحكيم في العقد المبرم بين المؤسسة السعودية العامة وشركة Agip بالقول " أن ... الشروط التي وافقت عليها الحكومة بحرية تامة لا تمس من حيث المبدأ سيادتها التشريعية واللائحية مادام أن الحكومة تحتفظ بهذه السيادة في مواجهة المواطنين أو الأجانب الذين لم تتعهد قبلهم بمثل هذه التعهدات وما دام أن دور هذه الشروط تنحصر في القضية الحالية في عدم الاحتجاج بالتعديلات التشريعية واللائحية المشار إليها في الاتفاق"^(٧٨٣).

الرأي الثاني:

ويرى أن شروط الثبات المدرجة في عقود الاستثمار ما هي إلا مجرد شروط تعاقدية شأنها في ذلك شأن بقية الشروط الأخرى ومن ثم ليس لها قوة ملزمة أكثر من العقد الذي يتضمنها وبالتالي تخضع للسلطة السيادية للدولة، هذا بالإضافة إلى أن الدولة لا يجوز لها أن تتنازل عن امتيازات السلطة العامة التي تتمتع بها والتي لا غنى عنها لقيامها بالمهام المكلفة بها وعليه وفقا لهذا الاتجاه من حق الدولة التدخل لإنهاء العقد أو تعديله بإرادتها المنفردة إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك على اعتبار إن هذه الشروط لا تشكل قيودا على سيادة الدولة في إنهاء العقود أو تعديلها^(٧٨٤).

الرأي الثالث:

ويرى أن شروط الثبات تعتبر صحيحة وجائزة قانونا من حيث المبدأ حيث يجوز للدولة بما لها من سيادة إراجها في العقد ، ولكن إذا تغيرت الظروف فعليها مراجعة العقد من خلال دعوة الطرف المتعاقد معها للتفاوض ولا يحق للأخير أن يرفض ذلك بحجة أن هذه الشروط تحصن العقد من أي تدخل من قبل الدولة فإذا رفض الطرف المتعاقد معها التفاوض كان للدولة أن تمارس سلطتها السيادية من أجل تحقيق التوازن العقدي أو إنهاء العقد ولا يحق للطرف الآخر سوى الحصول على التعويض المناسب عن الأضرار التي لحقت به^(٧٨٥)، وقد ذهب قانون الاستثمار المصري رقم ٧٢ لسنة ٢٠١٧ في المادة ٨٢ منه إلى القول " مع عدم الإخلال بالحق في التقاضي تجوز تسوية أي نزاع ينشأ بين المستثمر وأي جهة أو أكثر من الجهات الحكومية يتعلق برأس مال المستثمر أو بتفسير أحكام هذا القانون أو تطبيقه وديا دون تأخير من خلال المفاوضات بين الأطراف المتنازعة".

الرأي الشخصي:

يعارض الباحث الرأي الأول لأن تجريد الدولة من سلطتها التشريعية يجعلها تتساوى مع المستثمر الأجنبي المتعاقد معها، كما يختلف مع الرأي الثاني لأن التسليم به يدفع إلى التساؤل عن الغاية من إيراد شرط الثبات

^{٧٨٣} - مجدي الدسوقي، تدويل الحلول في منازعات البترول، ط١، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١٠، ص ٦٩ وما بعدها.

^{٧٨٤} - غسان عبيد محمد المعموري، المرجع السابق، ص ١٧٤.

^{٧٨٥} - أنظر عرض هذا الرأي عند مجدي دسوقي، المرجع السابق، ص ٨٠.

التشريعي طالما لا قيمة قانونية له وعليه يؤيد الباحث ما أورده أصحاب الرأي الثالث من حق الدولة في دعوة المستثمر للتفاوض عند اختلال التوازن العقدي وفي حال رفضه لذلك يحق لها إنهاء العقد.

نخلص مما تقدم إلى أن شرط الثبات التشريعي يكون تعاقديا عندما يرد كبنود من بنود عقد الاستثمار حيث ينص العقد صراحة على أن القانون الذي يحكم العقد هو القانون النافذ وقت إبرام العقد وان أية تعديلات أو تغييرات قد تطرأ عليه لا تؤثر قانوني لها عليه.

المطلب الثاني : الشرط التشريعي

الأصل أن الدولة تتمتع بصورة عامة بسلطة إصدار التشريعات داخل إقليمها بما يمكنها من تعديل أو إلغاء التشريعات التي تتعلق بالاستثمار مما قد يدفع العديد من الشركات الأجنبية إلى الإحجام عن الاستثمار خوفا على مصالحها ولتشجيع هذه الشركات على الاستثمار تلجأ العديد من الدول إلى تضمين نصوصها القانونية شرطا تتعهد بموجبه أن لا تلغي أو تعدل القانون الواجب التطبيق على عقد الاستثمار^(٧٨٦)، وقد يمتد التثبيت التشريعي ليشمل العقد بمجمله، أو يقتصر على جزء منه دون الآخر كأن يقتصر التثبيت مثلا على النظام الضريبي للمشروع الاستثماري بحيث لا يجوز تعديل قواعد تحديد وعاء الضريبة، وتحصيلها، ومعدلها بعد إبرام العقد، كما قد يقرر عدم إخضاع المشروع للضرائب والرسوم التي تستحدث أثناء سير عقد الاستثمار وتنفيذ عقد المشروع الاستثماري، ويمكن أن يقتصر التثبيت على تصدير رأس المال^(٧٨٧). ومن التشريعات العربية التي تبنت شرط الثبات التشريعي قانون الاستثمار الجزائري لسنة ٢٠٠٣ الذي نص في المادة ١٥ منه على أنه " لا تطبق المراجعات والإلغاءات التي قد تطرأ في المستقبل على الاستثمارات المنجزة في إطار هذا الأمر إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة". ويعتبر الشرط التشريعي أكثر ضمانا للمستثمر الأجنبي من الشرط التعاقدي كون الأخير يمكن للقضاء الحكم بعدم دستوريته لمخالفته قواعد أمرة لاحقة قد يقرها المشرع الوطني، والسؤال الذي يطرح نفسه هنا إلى أي مدى يمكن الحكم بعدم دستورية أي إجراء تشريعي لاحق يتعارض مع مثل هذه النصوص على أساس قاعدة من يملك التشريع يملك الإلغاء^{(٧٨٨)؟}

يرى الفقه القانوني أن لا ضمانا دستورية تحول دون قيام الدولة المضيفة بإجراء مثل هذه التعديلات وبالتالي سنجد أنفسنا أمام ذات المخاطر الناتجة عن استخدام شروط الثبات التعاقدية وهنا تستطيع الدولة المضيفة تعديل نظامها القانوني متى شاءت وكيفما شاءت دون الالتفات إلى مصالح

^{٧٨٦} - طالب برايم سليمان، المرجع السابق، ص ٤١٦.

^{٧٨٧} - رمضان علي، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية المباشرة ودور التحكيم في تسوية المنازعات الخاصة بها، المركز القومي للإصدارات، ط١، ٢٠١١ ص ١٧١.

^{٧٨٨} - محمود فياض، المرجع السابق، ص ٦٢١.

بعض المؤسسات الخاصة مع التزامها بتعويض كل من تضرر جراء هذا التعديلات إضافة إلى ذلك قد يكون من السهل على الدولة المضيفة تفسير هذه النصوص التشريعية في اتجاه خدمة مصالحها الوطنية على نحو قد يتعارض مع الغرض الذي وجدت من أجله شروط الثبات التشريعية ومن الأمثلة على ذلك قيام حكومة بيرو بتعديل قيمة ضريبة الدخل المفروضة على شركات الاستثمار العاملة في أراضيها على الرغم من وجود تشريع سابق يثبت هذه القيمة على المشروعات الاستثمارية العاملة وقت نفاذه، وقد دفعت حكومة بيرو بعدم التمييز في تعديل قيمة الضريبة المفروضة وبحاجة الاقتصاد الوطني إلى تنمية موارده المحلية ولم تنكر هيئة التحكيم الدولية هذا الدفع وقضت بحق شركة الاستثمار في التعويض^(٧٨٩).

نخلص مما تقدم إلى أن الشرط التشريعي عبارة عن تعهد تتضمنه النصوص القانونية الناظمة لعقود الاستثمار بعدم تعديل أو إلغاء القانون الواجب التطبيق على عقد الاستثمار بغية جلب الاستثمارات الأجنبية، وطمأنة المستثمر الأجنبي بأن الدولة المضيفة للاستثمار لن تستعمل سلطاتها السيادية للإخلال بالتوازن المالي للعقد.

^{٧٨٩} - محمود فياض، نفس المرجع السابق، ٦٢٢.

الخاتمة

أولا - النتائج:

- ١ - يعرف شرط الثبات التشريعي في عقد الاستثمار بأنه الشرط الهادف إلى تجميد دور الدولة كسلطة تشريعية وطرف في العقد في تعديل القواعد القانونية النافذة بينها وبين المستثمر الأجنبي وقت إبرام هذا العقد على نحو قد يخل بالتوازن العقدي أو الاقتصادي بين طرفي الرابطة العقدية.
- ٢ - انقسم الفقه في موقفه من مسألة التكييف القانوني لشرط الثبات التشريعي إلى رأيين الأول ويرى أن هذا الشرط بمثابة استثناء من سريان مبدأ الأثر الفوري والمباشر للقانون الجديد أما الرأي الثاني فيرى أن شروط الثبات التشريعي تؤدي إلى اندماج القانون في العقد.
- ٣ - شرط الثبات التشريعي يكون تعاقديا عندما يرد كبنود من بنود عقد الاستثمار حيث ينص العقد صراحة على أن القانون الذي يحكم العقد هو القانون النافذ وقت إبرام العقد وان أية تعديلات أو تغييرات قد تطرأ عليه لا تؤثر قانوني لها عليه.
- ٤ - شرط الثبات التشريعي يكون تشريعيًا عندما تضمن الدولة قانون الاستثمار النافذ لديها نصًا قانونيًا يقضي بعدم تعديل أو إلغاء القانون الواجب التطبيق على عقد الاستثمار.

ثانيا - التوصيات:

- ١ - أهمية توخي الدول المضيفة للاستثمار الدقة والحذر في التعامل مع شرط الثبات التشريعي لما يشكله ذلك من الحد من السلطة السيادية التي تتمتع بها الدولة، والحد من مخاطره.
- ٢ - ضرورة تنظيم دورات التدريبية وتأهيل المحكمين والهيئات التحكيمية في التعامل مع شرط الثبات التشريعي في القضايا التحكيمية.

المصادر

أولا - الكتب والمؤلفات القانونية:

- ١- أحمد عبد الكريم سلامة، مدونة أبحاث في القانون الدولي الخاص شروط التوقيف التشريعي في عقود الاستثمار والتجارة الدولية ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٢.
- ٢- أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨.
- ٣- بشار الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٦.

- ٤- جابر عمران، الاستثمارات الأجنبية في منظمة التجارة العالمية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٣.
- ٥- حفيظة الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأطراف الأجنبية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦.
- ٦- رمضان علي، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية المباشرة ودور التحكيم في تسوية المنازعات الخاصة بها، المركز القومي للإصدارات، ط١، ٢٠١١.
- ٧- طالب برايم سليمان، الضمانات التشريعية لحماية الاستثمار الأجنبي دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٦.
- ٨- عبد الله عبد الله، ضمانات الاستثمار في الدول العربية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٨.
- ٩- مجدي الدسوقي، تدويل الطول في منازعات البترول، ط١، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١٠.
- ١٠- حمد عبد العزيز علي بكر، فكرة العقد الإداري عبر الحدود، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠.
- ١١- - حمد موسى خلف الجبوري، النظام القانوني لعقد الاستثمار في تصفية النفط الخام دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٣.
- ١١- وفاء مزيد فلهوط، المشاكل القانونية في عقود نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٨.

ثانيا - الرسائل الجامعية:

- ١- رنا السيد بيومي، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة النيلين، ٢٠٠٨.
 - ٢- طلال محمد مفضي بطاينة، تأثيرات الاستثمارات الأجنبية على التغيرات الهيكلية في الاقتصاد الأردني خلال عقدي الثمانينات والتسعينات رسالة دكتوراه، كلية الإدارة والاقتصاد، الجامعة المستنصرية، بغداد، ٢٠٠٠.
 - ٣- عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، ٢٠١٠.
- ثالثا - الأبحاث والمقالات المنشورة في المجالات والمقدمة إلى المؤتمرات العلمية:

- ١- بو خالفة عبد الكريم و خويلدي السعيد، دور الإرادة الاستباقي في تجنب منازعات عقود الاستثمار، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد ١٦، ٢٠١٧.

٢- سامية كسال، دور شرط الثبات التشريعي المدرج في عقود الاستثمارات في حماية المستثمر الأجنبي، مجلة الحقوق والحريات، ٢٠١٦.

٣- غسان المعموري، شرط الثبات التشريعي ودوره في التحكيم في عقود البترول، مجلة رسالة الحقوق، ٢٠٠٩. المجلد ١، العدد ٢ لسنة ٢٠٠٩.

٤- محمود فياض، دور شرط الثبات التشريعي في حماية المستثمر الأجنبي في عقود الطاقة بين فرضيات وإشكاليات التطبيق، المؤتمر السنوي الحادي والعشرين الطاقة بين القانون والاقتصاد، يومي ٢٠ و ٢١، سنة ٢٠١٣.

رابعا - القوانين:

١- قانون الاستثمار المصري رقم ٧٢ لسنة ٢٠١٧.

٢- قانون الاستثمار الجزائري لسنة ٢٠٠٣.

حق المساطحة على عقارات الدولة

م.م ايمان حمزة حسين

جامعة بغداد / قسم الاعمار والمشاريع / شعبة العقود الحكومية

Iman.h@uobaghdad.edu.i

المخلص

أن الانفتاح الاقتصادي الذي شهدته الدولة العراقية بعد عام ٢٠٠٣ ، والذي ترتب عليه تشجيع الاستثمار في المجالات المختلفة وما تبعه من اصدار العديد من القوانين التي تتيح للعراقي والأجنبي الاستثمار على الاراضي التابعة للدولة ، لاسيما مع امتلاك العراق لمساحات فضاء واسعة ، مما ادى الى بروز حق المساطحة لاستثمار وأستغلال هذه المساحات ، ويعد هذا الحق من الحقوق العينية المتفرعة عن حق الملكية والتي تعني بشكل عام الاستئثار بقيمة معينة يمنحها القانون لشخص معين ويحميها ، أذ يتيح هذا الحق لصاحب الارض بمقتضى عقد مع شخص اخر ان يقيم بناء او انشاءات غير الغراس على ارضه ، ويكون لهذا الأخير تملك هذه المحدثات والتصرف بها بمعزل عن الارض وينظم العقد التزامات الطرفين ، وقد نظم القانون المدني العراقي أحكام حق المساطحة إضافة الى قانون التسجيل العقاري، وكما تمت الاشارة الى هذا الحق في القوانين التي نظمت أستثمار العقارات التابعة للدولة ، كونه حق يرتبط بالعقار ويمكن ان يكون له دور كبير وطريقة فاعلة في تنظيم وأدارة المشاريع ، كونها مشاريع استراتيجية ضخمة ومدتها طويلة ، مما يعود بفوائد اقتصادية جمة ، إضافة لما يتمتع هذا الحق من ميزة إعادة الاراضي للدولة بعد انتهاء المدة المتفق عليها ، الا أن لكل ميزات يقابلها معوقات وصعوبات في التطبيق العملي لاسيما اذا كان محل الحق هو عقار تعود ملكيته للدولة وما يصاحب ذلك من امتيازات السلطة العامة ، وهذه الصعوبات قد تكون اختلاف بالرؤيا بين السياسة العامة والسياسة الخاصة لدوائر الدولة ، أو قانونية مثل تسجيل هذا الحق ومدته وايلولته بعد انتهاء المدة ، والتصرف بهذا الحق الى الغير وهذا ما سنبينه في هذا البحث .

الكلمات المفتاحية : حق المساطحة ، العقار ، العقد ، الاستثمار ، اموال الدولة

Summary

The economic openness witnessed by the Iraqi state after 2003, which resulted in the encouragement of investment in various fields, and the subsequent issuance of many laws that allow Iraqis and foreigners to invest in the lands belonging to the state, especially Iraq's possession of large space areas, which led to the emergence of the musataha right to invest these lands. Spaces, and this right is one of the in-kind rights that branch out from the right of ownership, which generally means exclusivity of a certain value that the law grants to a specific person and protects, as this right allows the owner of the land, according to an agreement with another person, to establish a building or constructions other than planting on his land, and the latter has the right to own this Innovative and disposed of separately from the land and the contract regulates the obligations of the two parties, and the Iraqi civil law has regulated the provisions of the musataha right in addition to the real estate registration law, and this right has also been referred to in the laws that regulated the investment of real estate belonging to the state, as it is a right associated with real estate and can have a major role And an effective method in organizing and managing projects, as they are huge and long-term strategic projects, in addition to the advantage of returning lands to the state after the expiration of the agreed period. However, each advantage has problems and difficulties in practical application, especially If the object of the right is real estate owned by the state and the concomitant privileges of the public authority, these difficulties may be A difference in the vision between the general policy and the private policy of state departments, or legal such as registering this right, its duration, and its devolution after the expiry of the period, and disposing of this right to others, and this is what we will show in this research .

key words :Musataha right, real estate, contract, investment, state funds

المقدمة

يعتبر حق المساطحة من الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن حق الملكية ، والذي يمنح صاحبه السلطات الثلاث المقررة بموجب القانون وهي الاستعمال ، والاستغلال ، والتصرف ، ولأهميته القانونية والاقتصادية تم تنظيم أحكامه في القانون المدني العراقي ، واتبعت قانون التسجيل العقاري ، ومن ثم تمت الإشارة إليه في القوانين التي تعنى بعقارات الدولة ، مثل قانون الاستثمار ، وقانون بيع وإيجار اموال الدولة ، ويعد حق المساطحة عنصراً مهماً في أستغلال البيئة العقارية ، ما ينعكس على الأقتصاد الوطني بصورة عامة ، فصاحب الأرض قد لا يملك المال الكافي لأستثمارها أو تشييدها ، مع وجود من يملك الاموال وقادر على توظيفها في هذه الارض ، وينظم هذا الحق عقد بين مالك الارض وبين المساطح يحدد التزامات كلا الطرفين ويتميز بالشكلية القانونية ، ومن هنا قد يشار الى مصطلح العقد تارة والى مصطلح الحق تارة أخرى في طيات البحث كون ان الاول مصدراً للثاني وان اختلف كل منهما عن الاخر الا ان هناك ارتباط وثيق بينهما ، كما قد نطلق مصطلح المساطح مرة ومصطلح المستثمر مرة أخرى وذلك عند منح الاخير اجازة استثمارية بموجب قانون الأستثمار ، وتتأتى أهمية البحث من وجود اراضي ذات مساحات واسعة مملوكة للدولة او احد اشخاصها المعنوية ، وعدم امتلاك هذه الجهات الاموال الكافية لاستغلالها او تطويرها ، الا أن التطبيق العملي لهذا الحق يبرز مميزات له يمكن ملامستها على ارض الواقع ، وفي الوقت ذاته تظهر معوقات تعيق تطبيقه وذلك لتعلقه بعقارات الدولة والمصلحة العامة ، ومن هنا سيكون نطاق البحث بيان مفهوم حق المساطحة ، وخصائصه وتمييزه عما يشته به في نطاق التشريعات العراقية وقرارات مجلس الوزراء الصادرة بهذا الخصوص ، اضافة الى ايراد بعض القرارات القضائية المتعلقة بموضوع البحث ، وايراد اهم المزايا الناتجة عن تطبيقه والمعوقات التي تواجه أطرافه ، ومن هنا ستكون هيكلية البحث عبارة عن مبحثين نوضح في الاول مفهوم حق المساطحة وفي المبحث الثاني ميزاته ومعوقاته عن طريق منهج استقرائي تحليلي للقوانين العراقية ، وفي خاتمة البحث نورد اهم النتائج والتوصيات التي توصلنا لها .

المبحث الاول : مفهوم حق المساطحة

يعتبر حق المساطحة حق عيني اصلي متفرع عن حق الملكية ، يمنح صاحبه السلطات التي يمنحها القانون للحق العيني وهي الاستعمال ، والاستغلال ، والتصرف ، الا انه يقتضي قيام ملكيتين منفصلتين ، ملكية الارض وتعود لمالك الارض ، وملكية المحدثات وتعود لصاحب حق المساطحة^{٧٩} ، ولغرض الوقوف

٧٨٢. عبد الكريم مبارك ، شرح القانون المدني ، الحقوق العينية الاصلية ، ط ١ ، دار الحرية للطباعة ، بغداد ، ١٩٧٣ ، ص ٢٩٤ .

على مفهوم حق المساطحة سنقسم المبحث الى مطلبين نورد في الاول تعريفه وخصائصه ، ونفرد المطلب الثاني لتميزه عما يشتهه معه .

المطلب الاول : تعريف حق المساطحة

أن النشأة التاريخية لحق المساطحة تعود للقانون الروماني ، إذ كان يطلق عليه بالأمفيتوز ، ومن ثم أنتقل الى القانون الفرنسي ، وكان من المقرر أن يكون حقا دائما الا انه تم جعله مؤقتا لمدة اقصاها ٩٩ عاما^{٧٩١} ، ان بداية هذا الحق وأساسه القانوني في القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ ، الذي عرف هذا الحق وأورد العديد من أحكامه ، ولأهميته أفرد قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ المواد (٢٢٩-٢٣٤) لتنظيمه ، وبالرغم من تكون المصطلح من كلمتين كل لها تعريف محدد اذا وردت بصورة منفصلة ، الا اننا سنورد التعريفات التي تناولته كمصطلح قانوني متكامل ، ونبدأ بالتعريف التشريعي ، إذ عرفه المشرع العراقي في المادة ١٢٦٦ من القانون المدني بأنه (حق عيني يخول صاحبه ان يقيم بناء او منشآت أخرى غير الغراس على ارض الغير بمقتضى اتفاق بينه وبين صاحب الارض ويحدد هذا الاتفاق حقوق المساطح والتزاماته) ، وبالرغم من ان التعريف التشريعي تميز بالعمومية ، الا أنه يلحظ عليه انه ساوى بين مالك الرقبة وبين المساطح ، بالرغم من ان حق الملكية هو حق عيني اقوى من حق المساطحة ، وكذلك جعل الاتفاق سبب لانشاء حق المساطحة اي العقد المنشئ لهذا الحق ولم يعالج احكام هذا العقد بالرغم من اختلاف حق المساطحة عن العقد المنظم له^{٧٩٢} ، وقد تقاربت التشريعات العربية من موقف المشرع العراقي في تعريف حق المساطحة في بعض الجوانب ، الا انها اختلفت عنه بأنها وسعت من نطاق هذا الحق فأضافت له الغراس اضافة الى البناء والأنشاءات ، ومنها المشرع الاردني^{٧٩٣} ، والمشرع السوري^{٧٩٤} ، والمشرع الاماراتي^{٧٩٥} ، وحسن فعل المشرع العراقي بأقتصار هذا الحق على البناء والانشاءات دون الغراس^{٧٩٦} ، كون ان المشرع العراقي قد عالج أحكام المغارسة في نصوص قانونية منفصلة تدخل ضمن المجال الزراعي^{٧٩٧} ، اما المشرع المصري فلم ينظم حق المساطحة الا انه أخذ بحق الحكر^{٧٩٨}

^{٧٩١} عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، العقود الواردة على الانتفاع ، ج ٦ ، مجلد الاول ، دار التراث والاحياء العربي للطباعة ، لبنان ، ص ١٤٣٥ .

^{٧٩٢} علي نصرت الأسعدي ، المساطحة بين مفهومي العقد والحق ، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية ، جامعة كركوك ، المجلد ٥ ، العدد ١٩ ، الجزء ٢ ، ص ٣٦ .

^{٧٩٣} عرف القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ حق المساطحة في المادة ١٢٢٥ بأنه (حق المساطحة حق عيني يعطي صاحبه الحق في إقامة بناء او غراس على ارض الغير) واطلق عليه حق القرار .

^{٧٩٤} ينظر المادة ٦٧ من القانون المدني العراقي .

^{٧٩٥} سعيد عبد الكريم مبارك ، مصدر سابق ، ص ٢٩٥ .

^{٧٩٦} تم اضافة نص المادة اعلاه من خلال التعديل الثاني لقانون الاستثمار العراقي النافذ ، منشور في مجلة الوقائع العراقية بالعدد ٤٣٩٣ في ٢٠١٦/١/٤ .

^{٧٩٧} صدر هذا القرار بتاريخ ٢٠١٧/٦/٢٢ استادا الى البند ثالثا من المادة ٨٠ من دستور العراق لسنة ٢٠٠٥ والفقرة أ/خامسا من المادة ١٠ من قانون الاستثمار العراقي النافذ المعدل .

الذي عده حق متفرعاً عن حق الملكية الا انه يكون على ارض موقوفة وفقاً صحيحاً وفي نطاق الضرورة والمصلحة العامة^{٧٩٩} ، ولم يخرج فقهاء القانون كثيراً عن التعريف التشريعي فقد عرفه رأي بأنه (حق عيني عقاري يخول صاحبه بأن يقيم بناء او منشآت غير الغراس على ارض الغير بموجب اتفاق بينه وبين صاحب الارض)^{٨٠٠} ، وعرفه رأي فقهي آخر بأنه (حق عيني عقاري يخول صاحبة البناء في الارض المملوكة للغير ملكاً صرفاً او اراضي موقوفة وفقاً صحيحاً واقامة منشآت اخرى كالمخازن والعمارات السكنية بمقتضى اتفاق بينه وبين المسطح)^{٨٠١} ، ويتبين من التعريفات السابقة بأنها عرفت حق المساطحة على اساس وجود طرفين متساويين بالمركز القانوني ، يبقى ان نذكر تعريفاً يتماشى مع موضوع البحث الذي يقتضي ان تكون عقارات الدولة هي محل المساطحة ، فيمكن تعريفه وفقاً لذلك بأنه (حق يكسب صاحبة اقامة بناءات وانشاءات على ارض مملوكة للدولة متمثلة بأحد اشخاصها المعنوية بمقتضى عقد ينظم حقوق الاطراف) ، إذ أن حق المساطحة في هذه الحالة يخضع للقوانين سابقة الذكر إضافة للقوانين الخاصة التي تنظم عقارات الدولة مثل قانون الاستثمار وقانون بيع وايجار اموال الدولة ، كما أن هناك قرارات قد تصدر من مجلس الوزراء في حال كان موضوع المساطحة ذات مساحة كبيرة وذات صلة بالاستثمارات عالية القيمة^{٨٠٢} ، ومن خلال أستعراض التعريفات السابقة يمكن استخلاص الخصائص التي يختص بها حق المساطحة عن غيره من الحقوق العينية التي نص عليها القانون المدني^{٨٠٣} ، إذ يعتبر حق عيني عقاري يرتبط بالعقار وجوداً وهدماً ، ولانه حق متفرع عن حق الملكية فإن خاصية التأقيت ملازمة له مهما طالته مدته ، وكذلك يعتبر من الحقوق التي يتوجب ان تسجل في دائرة التسجيل العقاري ، ومن ثم يعتبر العقد المنظم له عقداً شكلياً ، وهذا ما سنبينه تباعاً :-

أولاً : حق عيني عقاري :-

يعرف الحق العيني بأنه سلطة مباشرة على شيء يعطيها القانون لشخص معين^{٨٠٤} ، ومن ثم يمتاز هذا الحق بجميع السلطات التي يمنحها القانون للحق العيني

^{٧٩٨} . زمن غازي جعفر ، حق المساطحة دراسة قانونية مقارنة ، رسالة ماجستير قدمت الى كلية القانون ، جامعة النهرين ، ٢٠٠٦ ، ص ١٧ .

^{٧٩٩} . ينظر المادة ١٦ من قانون بيع وايجار اموال الدولة المرقم ٢١ لسنة ٢٠١٣ المعدل .

^{٨٠٠} . عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، ج١، المكتبة القانونية، بغداد، ١٩٧٧ ، ص ٤٣ .

^{٨٠١} . ينظر المادة ٣ من قانون التسجيل العقاري .

^{٨٠٢} . سعد حسين عبد ملحم الحلبوسي، تحول عقد المساطحة الباطل لعدم التسجيل الى عقد ايجار منفعة عقار ، تعليق على قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ٢٢٠٣/٢٠٠٥م/٢٠٠٥ ، منشور في مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية ، العدد السادس ، ص ٣٧ .

^{٨٠٣} . القرار رقم ١٨/٤١٨م/٩٧٦ صادر في ٢٠/١٠/١٩٧٦ ، منشور في مجلة القضاء ، العدد الثالث ، بغداد ، ١٩٧٦ ، ص ٧١ . وفي نفس المعنى القرار رقم ٤٣٤ / هيئة مدنية اولى / ١٩٧٩ صادر في ١٨/٥/١٩٨٠ ، منشور في مجلة الاحكام العدلية ، العدد الثاني ، السنة الحادي عشر ، ١٩٨٠ .

وهي الاستغلال والاستعمال والتصرف ، الا ان السلطة الاخيرة في حق المساطحة تكون مقتصرة على البناءات والانشاءات التي احدثها المساطح في الارض دون رقيتها ، وكذلك التصرف بالحق نفسه حتى قبل احدث اي منشآت² ، واما اُعتبره عقاري فذلك لاستقراره استقرارا ثابتا ، ومن ثم فإن ترتيب هذا الحق على اراضي الدولة يمكنها من استغلال واستثمار هذه الاراضي ، وقد نص على حق المساطحة كوسيلة لاستغلال اراضي او عقارات الدولة قانون بيع وايجار اموال الدولة المرقم ٢١ لسنة ٢٠١٣ المعدل في المادة ١٦ منه التي نصت على (للوزير المختص او رئيس الجهة الغير مرتبطة بوزارة او من يخوله اي منهما صلاحية الاعلان على انشاء حقوق المساطحة على الاموال غير المنقولة لاغراض الأنشطة التجارية والصناعية والاستثمارية بطريق المزايدة العلنية ...) ، وكذلك نص قانون الاستثمار رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦ في المادة ١٠/١ ثالثا على (للمستثمر العراقي او الاجنبي حق استئجار وتأجير العقارات او المساطحة عليها لغرض اقامة مشاريع استثمارية ...)³ ، ومن ثم فإن خضوع الارض لقانون الاستثمار يخرجها من نطاق قانون بيع وايجار اموال الدولة ، وهو اتجاه غي موفق من المشرع كون ان قانون بيع وايجار اموال الدولة هو قانون خاص بعقاراتها ومن ثم استبعاد تطبيقه في المشاريع الاستثمارية يضعف الموقف القانوني لهذه العقارات ، الا ان صدور قرار مجلس الوزراء رقم ٦ لسنة ٢٠١٧ لبيع وايجار عقارات وارياضي اموال الدولة والقطاع العام لاغراض الاستثمار والمساطحة عليها نص على بعض الاجراءات المنظمة لحالة الايجار والمساطحة عقارات الدولة ، الا ان ذلك لا يغني عن الرجوع للقانون الخاص بأيجار اموال الدولة المذكور اعلاه .

ثانيا : حق مؤقت :-

يعتبر حق المساطحة من الحقوق الزمنية اذ يعتبر الزمن عنصرا جوهريا فيه ، ومهما طال مدة هذا الحق الا انه حق مؤقت ينتهي بانتهاء مدته^٤ ، وقد حددت المادة ١٢٧٦ من القانون المدني العراقي مدة هذا الحق أن لا تزيد على ٥٠ سنة ، وكذلك نص قانون التسجيل العقاري وقانون الاستثمار على نفس المدة اعلاه ، الا أن قانون بيع وايجار اموال الدولة رقم ٢١ لسنة ٢٠١٣ حدد هذه المدة منه بأن لا تزيد عن ٢٥ سنة غير قابلة للتجديد^٥ ، وهذا يعني انه جاء قيد على المدة في حال كانت الارض التي ترتب حق المساطحة عليها اراضي تابعة للدولة ، لكن بشرط الا يكون المشروع الذي يبرم حق المساطحة لتنفيذه خاضعا لقانون الاستثمار لان هذا القانون الأخير جعل مدة المساطحة ٥٠ عاماً ، وبما ان هذا الحق هو حق مؤقت ، وان ايلولة المحدثات ستكون للجهة مالكة الأرض ، يجب ان تكون هناك متابعة من قبل الجهة المالكة ، لضمان ان تكون هذه المحدثات تقاوم الزمن بحيث يستفاد منها عند انتهاء عقد المساطحة ، لا سيما اذا كانت هذه البنايات تدخل في نشاطات تعليمية او بحثية ، وتستخدم الإدارة عدة وسائل للمتابعة ، منها على سبيل المثال ان تكون المخططات الهندسية للبنايات من جهات فنية معتمدة ، إضافة الى تشكيل لجان دائمة تتابع تنفيذ

عقد المساطح تقدم تقارير عن نسب انجاز العمل من قبل المساطح ، وبهذا تكون الادارة مطلعة على تفاصيل تنفيذ عقد المساطحة حفاظاً على المال العام .

ثالثاً : حق شكلي :-

أن الشكلية التي يفرضها القانون هي قيда على الرضائية التي تعتبر الأصل العام في العقود ، وان الشكلية المفروضة في عقد المساطحة كون التصرف يرتبط بعقاراً ، ومن خلال الجمع بين نصوص القانون المدني وقانون التسجيل العقاري ، نلاحظ اتصاف حق المساطحة بالشكلية فقد نص القانون المدني في الفقرة الثانية من المادة ١٢٦٦ على (وحق المساطحة يجب تسجيله في دائرة التسجيل العقاري) ونصت المادة ٢٣٠ من قانون التسجيل العقاري على (تسجل عائدة حق المساطحة وشروطها ومدتها في الحقل الخاصة من السجل العقاري) ، كلا النصين أعلاه اشارت بوضوح الى ضرورة تسجيل حق المساطحة ومن ثم فإن عقد المساطحة هو من العقود التي تكون الشكلية ركناً فيها ، الا ان المشرع العراقي لم يذكر الجزاء المترتب على تخلف الشكلية ، الا ان موقف القضاء أخذ باتجاهين مختلفين الاول وهو القديم الذي عد الشكلية للأثبات وليس للأنعقاد وصدرت عدة قرارات قضائية تؤيد هذا الاتجاه فقد قضت محكمة التمييز في أحد قراراتها (ينعقد العقد المتعلق بحق المساطحة باتفاق ارادتي طرفين ويعد التسجيل في دائرة التسجيل العقاري توثيقاً للعقد وليس ركناً من اركانه) ، الا ان المحكمة أعلاه عادت وعدلت عن موقفها وهذا هو الاتجاه الحديث ، فذهبت الى ان التسجيل في دائرة التسجيل العقاري ركناً في العقد ، وبدونه يعد عقد المساطحة باطلاً، وصدر في ذلك عدة قرارات قضائية تؤيد هذا الاتجاه ، ومنه ما قضت به محكمة التمييز العراقية (ان عقد المساطحة من العقود الشكلية التي يجب تسجيلها في دائرة التسجيل العقاري) ^{٨٠٦} ونذهب الى تأييد الاتجاه الحديث لمحكمة التمييز ، لا سيما اذا كان محل المساطحة عقار من عقارات الدولة ، كما ان الشكلية تحمي الطرفين وتساعد في استقرار المعاملات خاصة مع طول مدة هذا العقد ، وفي حال كان محل المساطحة عقارات الدولة فإن الشكلية لا تقتصر على التسجيل في دائرة التسجيل العقاري بل وتتعدى الى الاجراءات التي نص عليها قانون بيع وايجار اموال الدولة النافذ المعدل اذ لا بد من اعلان العقار عن طريق المزايدة العلنية واتخاذ كافة الاجراءات المنصوص عليها في هذا القانون ^{٨٠٧} .

المطلب الثاني : تمييز المساطحة عما يشبه بها

يشته حق المساطحة مع بعض الاشكال التعاقدية القديمة منها والسائدة حالياً ، والتي شاع التعامل بها ، فقد يتداخل مع الاجارة الطويلة التي لم يعالج احكامها المشرع العراقي ، كذلك قد يتداخل مع عقد البوت الذي لم ينظمه القانون العراقي

^{٨٠٦} . القرار المرقم ١٠ / موسوعة اولى / ١٩٩٦ ، صادر في ١٤ / ٥ / ١٩٩٦ ، منشور في الموسوعة العدلية ، مكتبة شركة التأمين الوطنية ، بغداد العدد ٥٦ ، ١٩٩٩ ، ص ٣ .

^{٨٠٧} . تحسين حمد سمايل و محمد رزاق علي ، التكييف القانوني للاجارة في قانون الاستثمار في اقليم كردستان ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية ، جامعة كركوك ، عدد خاص ، ٢٠٢٢ ، ص ٧١ .

لكن جاء لمواكبة التطور الاقتصادي على الصعيد الوطني والعالمي ، ومن هنا سوف نحاول بيان مدى التشابه والاختلاف بين حق المساطحة وكلا النوعين وكالاتي :-
أولا : الإجارة الطويلة :-

أغفل القانون المدني العراقي تنظيم أحكام الإجارة الطويلة ، وكذلك لم تعالج التشريعات اللاحقة مثل قانون التسجيل العقاري هذا الاغفال مما يعتبر نقصاً تشريعياً أدى الى الخلط بين أحكامها وأحكام المساطحة^{٨٠٨} ، كما نصت المادة ٢٢٩ من قانون التسجيل العقاري على خضوع الإجارة الطويلة لأحكام المساطحة ، وبالرغم عدم تعريف المشرع لها الا ان وردت لها تعريفات فقهية ، فقد عرفت بأنها (عبارة عن عقد يعطي لاحد طرفيه احداث الابنية او المنشآت او الغراس على عقار موقوف مقابل بدل معلوم يدفع على شكل اجارة سنوية)^{٨٠٩} ، ومن خلال تعريق حق الإجارة يلاحظ انه قريبا جدا من حق المساطحة ، اذ كلاهما يعدان من الحقوق العينية الاصلية^{٨١٠} ، وكلاهما يعدان من الحقوق المؤقتة وكذلك نص القانون على تمتعهم بالشكلية ، ويمكن من خلال كلا الحقين إقامة المنشآت والمحدثات على ارض الغير ، ومع هذا التشابه الا انه يوجد بعض الاختلافات بين كلا الحقين وكالاتي :-

- ١- من حيث النطاق : يعتبر حق الأجرة الطويلة اوسع نطاقا ، اذ يمكن في الإجارة الطويلة الاتفاق على اقامة الغراس كون ان القانون لم يحدد نطاقها ، الا ان في المساطحة اقتصر على الانشاءات فقط دون الغراس ، كما ان يمكن ترتيب حق الأجرة على جميع انواع الاراضي بعكس حق المساطحة الذي يقتصر على الاراضي المملوكة والاراضي الموقوفة وفقا صحيحا^{٨١١} .
- ٢- من حيث الأجرة : ففي حق المساطحة يمكن للاتفاق ان يحدد نوع الأجرة المستحقة من المساطح ، اذ يمكن ان يحدد العقد ان يكون أنشاء الحق بدون مقابل مع ايلولة المحدثات الى صاحب الارض عند أنتهاء العقد^{٨١١} ، الا انه فرض لا يمكن تصوره في المساطحة على اراضي الدولة لانه يعتبر هدر للمال العام ، كما ان المادة ١٦/ب من قانون بيع وايجار اموال الدولة المرقم ٢١ لسنة ٢٠١٣ المعدل (يتم أستيفاء بدل المساطحة سنويا على ان تتم مراجعة البديل كل خمس سنوات من تاريخ ابرام عقد المساطحة) وحسن فعل المشرع على ايراد النص اعلاه وذلك بسبب طول مدة العقد إضافة الى تبدل الاوضاع الاقتصادية المستمرة في البلد ، لكن فرض عدم استيفاء اجرة في الإجارة طويلة غير ممكن لانها تعد ركناً بالعقد .

^{٨٠٨} حسن علي ذنون ، الحقوق العينية الأصلية ، شركة الرابط للطبع ، بدون طبعة ، بدون سنة ، ص ٤٢٢ .

^{٨٠٩} ينظر المادة ٦٨ من القانون المدني العراقي .

^{٨١١} قضت محكمة التمييز بموجب قرارها المرقم ١٤٠٠/حقوقية/٩٦٨/في ١٦/٢/١٩٦٩ (عقد المساطحة لا يشترط فيه تسمية الاجرة) قضاء محكمة التمييز ، وزارة العدل ، دار الحرية للطباعة ، المجلد السادس ، مطبعة حكومة بغداد ، ص ٣٥٦ .

٣- من حيث المدة : يتحدد عقد المساطحة بمدة اقصاها ٥٠ عاما، ام ما يخص عقارات الدولة فحدد قانون بيع وايجار اموال الدولة اقصى هذه المدة ب ٢٥ عاما^{٨١٢}، اما في اما الاجارة الطويلة فالاصل ان المشرع العراقي لم يحدد مدة معين ومن ثم فان الاتفاق هو الذي يحدد المدة .

ثانيا : عقد البوت P.O.T :- عرفت قانون الاونيسترال الصادر عن الامم المتحدة عقد البوت بأنه (شكل من اشكال تمويل المشاريع تمنح بمقتضاه حكومة ما لفترة من الزمن احد الاتحادات المالية والتي تسمى شركة المشروع امتيازاً لتنفيذ مشروع معين وعندئذ تقوم شركة المشروع ببناءه وتشغيله وادارته لعدد من السنوات وتسترد تكاليف البناء وتحقق ارباحاً من تشغيل المشروع واستغلاله تجارياً ، وفي نهاية المدة تنتقل حيازة المشروع الى الحكومة) ، ومن التعريف اعلاه نلاحظ تقارب عقد البوت مع المساطحة في بعض الأمور في ان كلاهما من العقود المؤقتة ، وان كلاهما يتضمن البناء على ارض مملوكة للغير ، وغالبا ما تكون الارض تابعة للدولة في عقد البوت ، كما يحق في كليهما استعمال واستغلال المشروع لحين انتهاء العقد ، اما اوجه الاختلاف فيمكن تلخيصها بالآتي :-

١. من حيث النطاق : يعتبر عقد البوت من العقود الادارية على رأي بعض الفقه^{٨١٣}، كون ان الادارة طرفاً في العقد ، الا انه اوسع نطاق من عقد المساطحة ، فهو مجموعة عقود متداخلة فهو يعتبر اسلوب تعاقدى متعدد الاغراض ويؤخذ عليه بهذه العملية المتشابكة والمعقدة .
٢. من حيث السلطات : يمتلك المساطح في حق المساطحة السلطات الثلاثة للملكية ، وهي الاستغلال ، والاستعمال ، والتصرف المحدد بحق المساطحة والانشاءات المنفذة من قبله دون رقبة الارض ، الا انه في عقد البوت يتحدد الطرف المتعاقد مع الادارة بسلطة الاستعمال والاستغلال لغاية انتهاء العقد وتؤول المحدثات والمشاريع الى الدولة في كل الاحوال .
٣. من حيث الأساس القانوني : نظمت المساطحة بموجب نصوص قانونية واضحة وفي اكثر من قانون وهذه من المميزات التي يتفرد بها حق المساطحة ، وتشجع الأطراف المتعاقدة على الاقبال عليها ، الا أن عقد البوت لم يتم تنظيمه في القانون العراقي الا من خلال الإشارة اليه في النظام الخاص ببيع وايجار عقارات الدولة والقطاع العام لاغراض الاستثمار رقم ٦ لسنة ٢٠١٧ ، كما وربطه بأبرام عقد ايجار او عقد مساطحة ، الا انه يمكن ان يكون ترتيب حق المساطحة احد العقود المنفذة في نطاق عقد البوت .

^{٨١٢} ينظر المادة ١/٢٢٩ من قانون التسجيل العقاري العراقي .

^{٨١٣} زعيم ايمان ، الطرق المستحدثة لادارة وتسيير المرافق العامة / عقد البوت نموذجا ، رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة محمد خيضر ، الجزائر ، ٢٠١٤ ، ص ٢٠-٢٥ .

ومما سبق نلاحظ أتفاق وأختلاف المساطحة عن كلا الموضوعين ، الا ان ما يميزها انها ذات نصوص قانونية واضحة ومتعددة ومنظمة في اكثر من قانون ، مما يكسبها الاولوية كوسيلة لأستغلال العقارات والاراضي تمنح الضمان القانوني لكلا الطرفين ، لاسيما اذا كان محلها عقارات تابعة للدولة ، كما أن حق المساطحة حق قابل للتطور ويمكن ملائمته مع المستجدات المعاصرة في جميع الاصعدة ، وما يساندنا في هذا الرأي استخدامها من قبل دول عربية اثبتت نجاحها من الناحية العمرانية والاقتصادية مثل مدينة ابو ظبي في الامارات العربية المتحدة اذ ابرمت عدة اتفاقيات استثمارية عن طريق حق المساطحة في عامي ٢٠١٨-٢٠١٩^{٨١٤}.

المبحث الثاني : امتيازات ومعوقات المساطحة على اموال الدولة

تبين لنا من خلال المبحث الاول الذي وضح تعريف وخصائص حق المساطحة ان لهذا الحق اساساً قانونيا واضحا في التشريعات العراقية ، مما يمنحه قوة ووضوح للمتعاملين فيه ، إضافة الى امتيازات وفوائد تعود على كلا الطرفين ، لاسيما اذا كان العقار محل المساطحة تعود ملكيته للدولة ، الا ان هناك معوقات تواجه تطبيق حق المساطحة على ارض الواقع ، ولغرض الوقوف على امتيازات ومعوقات حق المساطحة سنقسم هذا المبحث الى مطلبين نوضح في الاول الامتيازات من ترتيب هذا الحق على عقارات الدولة ، ونفرد المطلب الثاني للمعوقات التي تواجهه .

المطلب الاول : امتيازات ومعوقات حق المساطحة على عقارات الدولة

أن تطبيق حق المساطحة على عقارات الدولة ، يوفر للدولة العديد من الامتيازات ، وتتمحور هذه الامتيازات في عدة مجالات ، اقتصادية ، واجتماعية ، وأستثمارية ، ومن هنا سنبين مزايا تطبيق هذا الحق على اراضي الدولة تباعا وعلى النحو الآتي :-

اولا : مزايا أقتصادية : تتمثل هذه المزايا من خلال العقارات التي تعجز الدولة عن استغلالها مع الاحتفاظ بملكيتها ، كون ان هذه الاراضي تمثل ثروة قومية لا يمكن التنازل عنها او بيعها مع ضمان عودة هذه الاراضي مع المشيدات الى الجهة مالكة العقار بعد انتهاء المدة المتفق عليها في العقد المنظم لألتزامات الطرفين ، هذا إضافة الى بدل الأيجار السنوي المتفق عليها مع المساطح ، أذ تعتبر واردات للجهة المالكة للارض ، كما ان هذا الأيجار يعاد به النظر به كل خمس سنوات ، لاسيما أن هناك اراضي ذات موقع متميز ومساحتها كبيرة مما يجعلها محط لأنظار المستثمرين العراقيين والأجانب مما يستوجب لاستفادة من امكانياتهم التي تدعم الدولة ووزاراتها المالكة للارض ، وهنا تكون الجهة المالكة استغلت هذه الاراضي عن طريق الاجرة اضافة الى البناء الذي تستغله في المستقبل ، مع امكانية الأستفادة من المشروع الاستثماري المنفذ أثناء التنفيذ بعد تشغيله التجاري .

^{٨١٤} . التفاصيل متوفرة على الموقع الالكتروني [/ https://www.alittihad.ae/article/75390/2019](https://www.alittihad.ae/article/75390/2019)

تاريخ اخر زيارة ٢٠٢٣/٥/٥ .

ثانياً : مزايا الاجتماعية : تتمثل هذه المزايا من خلال تبادل المنفعة ما بين المساطح وصاحب الأرض ، وذلك يكون بحسب أختصاص الجهات المالكة للأرض^{٨١٥} ، فإذا كانت الارض مملوكة لوزارة الصناعة او وزارة التعليم العالي على سبيل المثال ، فإن المشاريع المنفذه بهذا الاسلوب يجب ان تكون ذات علاقة بأختصاص الوزارة ، لاسيما مع عدم قدرة هذه الوزارات على تنفيذ مشاريع ذات تكلفة عالية ، وذلك ليتسنى الاستفادة من خبرات المساطح حتى اثناء تنفيذ المشروع وبعد انتهاء المدة المتفق عليها وتسليم كافة المشيدات الى الجهة المالكة ، مثال على ذلك ان ترصد نسب محددة للجهة المالكة العقار مثل تخفيض اجور استخدام الخدمات او المنتجات المقدمة من خلال المشروع للموظفين التابعين للوزارة او الجهة المالكة ، او تخصيص مقاعد دراسية او شراكات بحثية في حال كون المشروع المنفذ تعليمي او بحثي ، او تخصيص عدد معين من الشقق السكنية لهذه الوزارة او تلك الدائرة ، ومن هنا يكون هناك دعم اجتماعي لشريحة الموظفين التابعين للوزارة صاحبة الأرض بصورة خاصة وللمجتمع بصورة عامة .

ثالثاً: مزايا استثمارية :- للاستثمارات العقارية تأثير كبير وواضح على الحياة الاقتصادية للدولة والمجتمع في زيادة الناتج القومي ، وتشغيل الأيدي الوطنية ، وتحرير الاقتصاد وتحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية وتوفير الموارد المالية اللازمة ، ويمثل حق المساطحة مجالاً خصباً لجذب المستثمرين العراقيين والأجانب من خلال وجود نصوص قانونية ضامنة لهم بالتعامل بالارض والبقاء عليها لمدة طويلة ، تمكنهم الاستفادة القصوى من المشروع المراد تنفيذه على الارض المملوكة للدولة أو أحد أشخاصها المعنوية ، إضافة الى ان هذا الحق يوفر قيمة الارض للمستثمر لانفاقها على المشروع المراد تنفيذه ، كما ان قانون الاستثمار العراقي النافذ اعطى امتيازات للمستثمر تضمن له الاستقرار في المراكز القانونية ، اذ نصت المادة العاشرة من قانون الاستثمار رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦ المعدل استثناء العقارات التي تخصص لاقامة مشاريع استثمارية من احكام العديد من القوانين^٤ .

المطلب الثاني : معوقات حق المساطحة

بالرغم من وضوح النصوص القانونية التي نظمت حق المساطحة الا ان التطبيق العملي يظهر بعض المعوقات التي تواجه اطراف الحق ، لاسيما ان العقار المراد ترتيب الحق عليه يعود للدولة ، وتتمثل هذه المعوقات بأختلاف السياسة العامة للدولة عن السياسة الخاصة لأشخاصها المعنوية ، وعدم تسجيل حق المساطحة ، إضافة الى التصرف بهذا الحق من قبل المساطح ، وسنبين هذه المعوقات تباعاً وعلى النحو الآتي :-

^{٨١٥} ان نظام العقارات في العراق يخضع الى تسجيل بعض الاراضي الى وزارات و جهات عامة معينة تكون هي المالكة لهذه الاراضي مثل ان تكون الارض تابعة الى وزارة التعليم العالي او الى جامعة بغداد على سبيل المثال مما يقتضي ابرام العقود مع الوزارة او الجامعة وهذا ما اشار اليه قانون الاستثمار العراقي في المادة ١٠/رابعاً/أوب على التزام الجهات المالكة للعقار بتوفير العقارات لاقامة المشاريع الاستثمارية عليها والتسيق بينها وبين الهيئة الوطنية للاستثمار .

أولاً : أختلفت السياسة العامة عن السياسة الخاصة : تتمثل السياسة العامة للدولة بأستقطاب الأستثمار وتشجيعه وذلك من خلال عدة خطوات تتخذها الدولة ، أهمها اصدار قوانين تحمي المستثمر وتمنحه ضمانات كافية ، اذ يمثل قانون الاستثمار رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦ المعدل هذه السياسة بأعتباره قانون عام ، الا أنه قد تختلف هذه السياسة العامة للدولة عن السياسة الخاصة لكل وزارة ، اذ لكل وزارة اهداف ورؤيا تسعى لتحقيقها ، وذلك من خلال مشاريع معينة تريد أنشاءها على الاراضي التي تمتلكها وهنا يمكن ان يكون هناك تضارب بين السياسة العامة والخاصة مما يسبب الازباك في العمل ، لا سيما منح القانون للهيئة الوطنية للأستثمار صلاحيات واسعة في تملك الأراضي التابعة الى الوزارات بدون بدل في حال عدم التزامها بتسليم العقارات خلال ٣٠ يوم من تاريخ التخصيص خالياً من الشواغل^{٨١٦} ، ويترتب على ذلك عدم موافقة بعض الوزارات التي تعود ملكية الاراضي لها على المشاريع المراد تنفيذها على هذه الأراضي ، مثال على استثناء الاراضي التابعة الى جامعة بغداد من الفقرة الثانية من قرار مجلس الوزراء رقم ١٧٥ الصادر في ٢٠١٩/٥/١٥ الذي نقل بموجبها ملكية الاراضي المحيطة بالمطار الى الهيئة الوطنية للاستثمار^{٨١٧} واعادة ملكيتها الى جامعة بغداد لتحقيق رؤية الوزارة في انجاز مشاريعها التعليمية والخدمية.

ثانياً : عدم تسجيل حق المساطحة : - قدمنا في ما سبق ان عقد المساطحة من العقود الشكلية ومن ثم يجب تسجيلها في دائرة التسجيل العقاري ، وان ترتيب هذا الحق على مساحات شاسعة وتابعة للدولة يحتاج الى عدة اجراءات من عدة جهات حكومية تسبق هذا التسجيل مثل أفراس الارض ، وتغيير جنسها ، وتحديد الاراضي المراد ترتيب عليها حق المساطحة بصورة واضحة ودقيقة ، وتختلف اجراءات التسجيل فيما اذا كانت الارض خالية من الشواغل او ان هناك ابنية فيها قابلة للتطوير والتحسين ، وكل هذه الاجراءات تتطلب التنسيق بين الجهة مالكة الارض والهيئة الوطنية للاستثمار والمساطح والتي تأخذ الكثير من الوقت ، ولاختصار هذا الوقت يتم التعاقد مع المساطح مبدأياً ويكون هناك عقدين الاول يعقد بين الهيئة الوطنية للاستثمار وبين المستثمر بموجب الاجازة الاستثمارية الممنوحة له ويوضع إشارة عدم تصرف على سند الملكية ، والعقد الثاني بين الجهة مالكة الارض والمساطح ، ومن ثم يبدأ تنفيذ العقد دون ان يكون مسجل في دائرة التسجيل العقاري ، وهو خلل تطبيقي يترتب عليه أهدار حقوق الطرفين ، اذ ان الادارة عند اقبالها على ابرام عقد مساطحة يجب عليها البدء باجراءات تسجيل هذا العقد قبل البدء بتنفيذه ، لا سيما ان العقود الاستثمارية تتم بعدة مراحل قبل بدء التشغيل التجاري لها ، تكون هذه المراحل بناء وتأهيل قبل دخول المشروع الى سوق العمل والانتاج ، ولا تستحق

^{٨١٦} ينظر الفقرة ٣ من المادة ١ من قرار بيع وايجار عقارات واراضي الدولة والقطاع العام لاغراض الاستثمار والمساطحة عليها رقم ١٦ لسنة ٢٠١٧ .

^{٨١٧} لمزيد من التفاصيل عن هذا القرار على الموقع الالكتروني <https://www.ina.iq/89867--.html>

تاريخ اخر زيارة ٢٠٢٣/٥/١٥ .

الجهة مالكة الارض الاجرة السنوية الا بعد تشغيل المشروع تجاريا ، مما يلاحظ على عقود المساطحة المبرمة انها تبدأ وتنفذ ومن ثم يتبعها اجراءات التسجيل وهذا ما يسبب اهدار للقيمة القانونية لحق المساطحة ومخالفة القواعد القانونية الأمرة ، وعدم إمكانية المساطح من القيام بأي تصرفات قانونية تترتب على تسجيل الحق مثل رهنه او أخذ تسهيلات وقروض مصرفية استنادا الى هذا الحق ، كذلك لا تستطيع الجهة المالكة الاحتجاج عليه بالاحكام الخاصة بحق المساطحة مثل الاجرة والمدة وباقي الاحكام ، وفي حال النزاع تطبق المحكمة نظرية انتقاص العقد او تحول العقد^{٨١٨} .

ثالثا : التصرف بحق المساطحة :- يستتبع اعتبار المساطحة من الحقوق العينية الاصلية الأقرار للمساطح بموجب القانون التصرف بحق المساطحة بجميع انواع التصرفات القانونية ، فقد نصت الفقرة ١ من المادة ٢٣٢ من قانون التسجيل العقاري على (يملك المساطح ملكاً خالصاً الأبنية والمنشآت المقامة من قبله وتسري عليها جميع التصرفات القانونية مقترنة بحق المساطحة دون موافقة صاحب الأرض ، كما وله التصرف بحق المساطحة قبل البناء وكل ذلك ما لم يوجد اتفاق بخلافه) ويترتب على هذا النص امكانية التصرف بحق المساطحة حتى قبل قيام البناء على الارض المساطح عليها ، وهذا ما لا يمكن قبوله عندما تكون الارض تابعة للدولة وان كان حق اقره القانون لا سيما عند يكون نطاق المساطحة قانون بيع وايجار اموال الدولة رقم ٢١ لسنة ٢٠١٣ المعدل اذ اشارت المادة ١٦ منه الى ان تكون المساطحة عن طريق المزايدة العلنية ومن ثم فإن اختيار المساطح وفقا لهذا القانون يكون وفقا ل ضمانات قدمت من قبل المتقدم للمزايدة العلنية ، ومن ثم التصرف بهذا الحق يجب ان يقترن بموافقة الدائرة مالكة العقار ، لذا يتوجب على الجهة مالكة الأرض ايراد بند في العقد المنظم عدم جواز التنازل عن حق المساطحة الا بموافقة الطرف الاول الذي تمثله الدولة في العقود التي تبرم في دوائرها ، أما اذا كانت المساطحة في نطاق قانون الاستثمار فإن التصرف بحق الساطحة يكون أخطر كون ان المشاريع الاستثمارية تكون على مساحات واسعة وفي مناطق استراتيجية ، لذا لا يمكن التصرف بهذا الحق الا بعد اخذ موافقة الهيئة الوطنية للاستثمار والجهة المالكة للعقار .

^{٨١٨} قررت محكمة التمييز الاتحادية بقرارها المرقم ٢٢٠٣/٢م/٢٠٠٥ الى (تحول عقد المساطحة الباطل الى عقد منفعة عقار) استنادا الى المادة ١٤٠ و ١٤٦ من القانون المدني العراقي ، سعد حسين عيد ملحم الحليوسي ، مصدر سابق ، ص ٣ .

الخاتمة

- في نهاية هذا البحث نصل الى خاتمة الموضوع من خلال تسطير ابرز النتائج التي توصلنا لها تتبعها بعض التوصيات وعلى النحو الآتي :-
- ١- أن حق المساطحة من الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن حق الملكية ، والتي تعطي لصاحبه السلطات الثلاثة وهي الأستعمال والأستغلال والتصرف ، وقد تم تنظيم هذا الحق بموجب القانون المدني و أتبعه قانون التسجيل العقاري بأيراد بعض التفاصيل والأجراءات لتسجيل هذا الحق ، ولأهميته الأقتصادية تم الإشارة اليه في قانون الأستثمار وقانون بيع وإيجار اموال الدولة كوسيلة لأستغلال الاراضي المملوكة للدولة .
 - ٢- يمتاز حق المساطحة بأنه حق يرد على العقارات فقط وانه حق مؤقت مهما طال مدته اضافة الى انه من التصرفات الشكلية التي يجب تسجيلها في دائرة التسجيل العقاري ، كما انه يمتاز عن بعض الاوضاع التي تتقارب معه مثل الاجارة الطويلة وعقد البوت بل قد يدخل في نطاق المجموعة العقدية لتنفيذ عقد البوت .
 - ٣- ان تطبيق حق المساطحة على ارض الواقع ينتج عنه فوائد اقتصادية واجتماعية لكلا اطرافه اضافة الى الاقتصاد الوطني ككل ويعتبر احد الوسائل التي تستثمر الارض من خلالها لانها تضمن رجوع الارض الى الدولة التي تعتبر ثروة قومية لا يمكن التفريط بها .
 - ٤- بالرغم من الوضوح التشريعي للنصوص المنظمة لحق المساطحة الا ان تطور الوضع الاقتصادي والاستثماري في البلد ادى الى وجود معوقات تطبيقية تعوق سلاسة هذا الحق ومنها اختلاف السياسة العامة للدولة عن السياسة الخاصة لأشخاصها المعنوية ، وكذلك ابرام العقد والمضي بتنفيذه قبل تسجيله في دائرة التسجيل العقاري مما يسبب اهدار للقيمة القانونية لحق المساطحة اضافة الى اهدار حقوق الطرفين كما ان التصرف بحق المساطحة يمثل خطورة وارباك في حال كانت الاراضي محل المساطحة تابعة للدولة .

التوصيات :-

- ١- تعديل المادة ١٠ من قانون الاستثمار رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦ اضافة الى المادة ١/ثالثا من النظام رقم ٦ لسنة ٢٠١٧ اللتان نصت على نقل العقارات المملوكة للوزارات الى الهيئة الوطنية للاستثمار .
- ٢- عدم ابرام عقود المساطحة وتنفيذها الا بعد اكمال تسجيلها في دائرة التسجيل العقاري لا سيما اذا كانت المشاريع المراد تنفيذها استثمارية وتشغل مساحات واسعة داخل التصميم الاساس للمدن .
- ٣- النص في عقود المساطحة بعدم إمكانية التصرف بحق المساطحة الا بعد موافقة الطرف الأول الذي يمثل الطرف الحكومي وفي حال وجود الهيئة الوطنية للاستثمار طرفا في العملية العقدية فيكون بموافقة الجهة مالكة الارض والهيئة الوطنية للاستثمار للحفاظ على استقرار المراكز القانونية .

قائمة المصادر والمراجع

الكتب :-

- ١- جليل الساعدي ولبنى عبد الحسين ، ماهية عقد البوت في القانون العراقي والمقارن ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، ٢٠١٦ .
- ٢- سعيد عبد الكريم مبارك ، شرح القانون المدني / الحقوق العينية الاصلية ، ط ١ ، دار الحرية للطباعة ، بغداد ، ١٩٧٣ .
- ٣- عبد الباقي البكري وزهير البشير، المدخل لدراسة القانون ، ط ٣ ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ٢٠١١ .
- ٤- عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني / العقود الواردة على الانتفاع ، ج ٦ ، مجلد الاول ، دار التراث الاحياء العربي للطباعة ، لبنان ، بدون سنة .
- ٥- عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني ، مصادر الالتزام ، ج ١ ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ١٩٧٧ .
- ٦- عبد المنعم البدر اوي ، شرح القانون المدني في الحقوق العينية الاصلية ، ط ٢ ، مطبعة دار الكتاب العربي ، القاهرة ، ١٩٥٦ ، ص ٢٩٢ .
- ٧- محمد طه البشير و غني حسون طه، الحقوق العينية العينية ، ج ١ ، مطبعة العاتك ، القاهرة ، بدون سنة .

رسائل الماجستير :-

- ١- زمن غازي جعفر ، حق المساطحة دراسة قانونية مقارنة ، رسالة ماجستير قدمت الى كلية القانون ، جامعة النهرين ، ٢٠٠٦ .
- ٢- زعيم ايمان ، الطرق المستحدثة لادارة وتسيير المرافق العامة / عقد البوت نموذجاً ، رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة محمد خيضر ، الجزائر ، ٢٠١٤ .
- ٣- لبنى عبد الحسين عيسى ، النظام القانوني لعقد البوت ، رسالة ماجستير ، جامعة بغداد ، كلية القانون ، ٢٠١٣ .

البحوث :-

- ١- تحسين حمد سمايل و محمد رزاق علي ، التكييف القانوني للاجارة في قانون الاستثمار في اقليم كردستان ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية ، جامعة كركوك ، عدد خاص بوقائع مؤتمر ، ٢٠٢٢ .
- ٢- حنان عوض و عدنان محمود العساف (حق المساطحة مشروع عيته وتكييفه الفقهي واثاره المستقبلية) مقالة منشورة على الانترنت .
- ٣- جاسم كاظم كباشي ، عقد البوت طبيعته القانونية وافاق تطبيقه في العراق والتشغيل ، بحث منشور في مجلة الجامعة، العدد ٤٦ ، ج ١ .
- ٤- ريباز اردلان بكر ، حق المساطحة واشكاله ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية ، جامعة ديالى ، المجلد السابع ، العدد الاول ، ٢٠١٨ .
- ٥- ريبوار محمد حسن يوسف ، عقد المساطحة في القانون العراقي ، بحث مقدم الى مجلس القضاء لاقليم كردستان ، ٢٠١٧ .

- ٦- سعد حسين عبد ملحم الحلبوسي، تحول عقد المساطحة الباطل لعدم التسجيل الى عقد ايجار منفعة عقار ، تعليق على قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ٢٢٠٣/٢م/٢٠٠٥ ، منشور في مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية ، العدد السادس .
- ٧- علي نصرت الأسعدي ، المساطحة بين مفهومي العقد والحق، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية ، جامعة كركوك ، المجلد ٥ ، العدد ١٩ ، الجزء ٢ .
- ٨- علي نصرت الأسعدي ، المساطحة والمغارسة ، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية ، السنة ٧ ، العدد ٢٦ ، ٢٠١٥ .
- ٩- عمار محمود مخلف ، المساطحة في الشريعة الإسلامية والقانون العراقي ، بحث منشور في مجلة كلية المعارف الجامعة ، المجلد ٣٠ ، العدد ١ ، ٢٠٢٠ .
- مواقع الانترنت :-

- 1- https://www.researchgate.net/publication/358078636_hq_a_lmsatht_mshrwyth_wtkyyfh_alfqhy_wafaqh_almstqblty
تاريخ اخر زيارة في ٢٠٢٣/٥/٥
- 2- https://drive.google.com/file/d/1VrQvH89qsEYDBcOx5p_hgCNwsaadPCpHA/view
تاريخ اخر زيارة في ٢٠٢٣/٥/٥
٢٠٢٣/٥/١٧
- 3- <https://www.alittihad.ae/article/75390/2019/>
تاريخ اخر زيارة
٢٠٢٣/٥/٥

متون القوانين :-

- ١- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ .
- ٢- قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ .
- ٣- قانون الاستثمار رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦ المعدل .
- ٤- القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٩ .
- ٥- القانون المدني السوري رقم ٨٤ لسنة ١٩٤٨ .
- ٦- القانون المدني الاردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ .
- ٧- قانون المعاملات الاماراتي رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ .
- ٨- النظام رقم ٦ لسنة ٢٠١٧ .
- قرارات مجلس الوزراء :-
- ١- القرار رقم ٢٥٦ الصادر ٢٠١٨/٧/٣ .
- ٢- القرار رقم ١٧٥ الصادر في ٢٠١٩/٥/١٥ .
- ٣- القرار مرقم ١٨٥ الصادر في ٢٠٢١/٦/٩ .

مسؤولية الحكومة عن التدخل المبكر في حالة انخفاض إيرادات الدولة أثناء سريان قانون الموازنة العامة الاتحادية

م.م. لقاء عبد السادة جالي وحيلي
والباحث بلال سعد قاسم

المخلص

بات من المسلم به أن الموازنة العامة ما هي إلا وثيقة تتضمن الإيرادات والنفقات المتوقعة لفترة زمنية مقبلة غالباً ما تكون سنة ، ولما كانت الإيرادات التي تبنى عليها تقديرات الموازنة هي إيرادات متوقعة قد تزيد وقد تنقص تبعاً لتغيرات السوق في العالم وتتأثر بأحوال التجارة الدولية فإن من الواجب مراقبة أحوال حركة الإقتصاد العالمي ومتابعة مدى تأثير إيرادات الموازنة به ، ومن هنا ينطلق التساؤل عن ما هو واجب الحكومة بوصفها السلطة التنفيذية المسؤولة عن أعداد وتنفيذ الموازنة أتجاه انخفاض الإيرادات ؟ وهل ينبغي عليها أن تتدخل لمعالجة هذه الانخفاضات قبل حدوثها ؟ وتتمثل الإجابة عن هذا التساؤل بالإيجاب ، إذ أن من واجبات الحكومة أن تعمل بشكل عاجل للتدخل من أجل معالجة أي انخفاض من شأنه أن يؤثر على تقديرات الموازنة وذلك من خلال مجموعة من الوسائل التي أتاح القانون أن تستعين بها عند الحاجة ، فان امتنعت الحكومة عن التدخل لأي سبب نهضت تجاهها المسؤولية بشقيها السياسية والقانونية ، وكان من واجب السلطات المختصة مسألتها وإيقاع الجزاء المقرر أن ثبت التقصير او الإهمال سواء من قبل أعضاء الحكومة بصفتهم التضامنية او من احدهم بصفته الشخصية .

Abstract

It is widely accepted that the general budget is a document that outlines the expected revenues and expenditures for a future period, usually a year. Since the revenues upon which budget estimates are based are expected revenues that may increase or decrease depending on changes in the global market and are affected by the conditions of international trade, it is necessary to monitor the state of the global economy and the extent to which budget revenues are affected by it. This raises the question of what the government's responsibilities as the executive authority responsible for preparing and implementing the budget are when revenues decrease. Should it intervene to address these decreases before they occur? The answer to this question is yes. It is the government's duty to act urgently to

intervene in order to address any decrease that may affect budget estimates through a range of legal means available when necessary. If the government refrains from intervening for any reason, it will bear political and legal responsibility. The competent authorities should hold it accountable and impose the appropriate penalties in the event of negligence or failure on the part of government members collectively or individually.

المقدمة

أولاً : التعريف بموضوع البحث

إن مما لا شك فيه أن الموازنة العامة ما هي إلا وثيقة احتمالية تتضمن تقدير لإيرادات الدولة ونفقاتها لفترة زمنية مقبلة غالباً ما تكون سنة ، هذا ولما كانت الإيرادات التي تبنى عليها تقديرات الموازنة هي إيرادات متوقعة قد تزيد وقد تنقص تبعاً لتغيرات السوق في العالم وتتأثر بأحوال التجارة الدولية فإن من الواجب مراقبة أحوال حركة الإقتصاد العالمي ومتابعة مدى تأثير إيرادات الموازنة به ، ومن هنا ينطلق التساؤل عن ما هو واجب الحكومة بوصفها السلطة التنفيذية المسؤولة عن أعداد وتنفيذ الموازنة أتجاه انخفاض الإيرادات ؟ وهل ينبغي عليها أن تتدخل لمعالجة هذه الانخفاضات قبل حدوثها ؟ وتتمثل الإجابة عن هذا التساؤل بالإيجاب ، إذ أن من واجبات الحكومة أن تعمل بشكل عاجل للتدخل من أجل معالجة أي انخفاض من شأنه أن يؤثر على تقديرات الموازنة ، وذلك من خلال مجموعة من الوسائل التي أتاح القانون أن تستعين بها عند الحاجة ، فان امتنعت الحكومة عن التدخل لأي سبب نهضت تجاهها المسؤولية بشقيها السياسية والقانونية ، وكان من واجب السلطات المختصة مسألتها وإيقاع الجزاء المقرر أن ثبت التقصير أو الإهمال سواء من قبل أعضاء الحكومة بصفتهم التضامنية أو من ادهم بصفته المنفردة .

ثانياً : إشكالية البحث

تتمثل إشكالية البحث في طرح التساؤل الآتي : كيف يتم اتخاذ الانخفاض غير المتوقع في الإيرادات العامة أثناء سريان قانون الموازنة العامة الاتحادية كأساس لتقرير مسؤولية الحكومة السياسية والقانونية ؟

ثالثاً : منهجية البحث

تم الاعتماد على المنهج التحليلي الوصفي للوصول إلى طرح قيم لموضوع البحث .

رابعاً : أهمية البحث

تكمن أهمية البحث من أهمية الموازنة العامة كونها لم تعد مجرد وثيقة تقديرية لإيرادات الدولة ونفقاتها ، بل باتت تشكل محوراً أساسياً للنهوض بسياسات الدولة واقتصاداتها المهمة هذا ولما كانت الموازنة تتضمن مجمل الإيرادات المتوقع تحصيلها ، والمبالغ المتوقع صرفها فإن أي اختلال يحدث بأحد هذين الشقين المهمين يؤدي إلى أرباك الوضع داخل الدولة لا سيما في حالة انخفاض الإيرادات ، الأمر الذي يتطلب معالجة سريعة ومدرسة للسيطرة على مثل هذه الحالة هذا ولما كانت الحكومة هي المسؤولة عن اعداد مشروع الموازنة العامة وتنفيذ قانونها فضلاً عن اختصاصها بتقديم التقارير الدورية عنها ، جاء بحثنا ليبين ما هي مسؤولية الحكومة في حالة علمها بوجود خلل بأحد شقي الموازنة العامة من دون ان تعمل على أتباع إجراءات عاجلة وسريعة لمواجهة مثل هذه الحالات .

خامساً : خطة البحث

سنقسم بحثنا على مطلبين ، نتناول في المطلب الأول التعريف بالتدخل المبكر وحالاته ، في حين نتولى في المطلب الثاني بيان صور مسؤولية الحكومة عن عدم التدخل المبكر .

المطلب الأول : التعريف بالتدخل المبكر وحالاته

قبل التعرف على مسؤولية الحكومة عن التدخل المبكر لمواجهة الانخفاض المتوقع بإيرادات الموازنة العامة ، لا بد من التعرف على مفهوم التدخل المبكر وبيان خصائصه الأساسية (الفرع الأول)، ثم العزوف على بيان حالات التدخل المبكر (الفرع الثاني).

الفرع الأول : مفهوم التدخل المبكر

قبل التطرق إلى التعريف الاصطلاحي للتدخل المبكر سوف نبين التعريف اللغوي له إذ يراد بالتدخل من حيث الدلالة اللغوية ، هو من الفعل دخل ، والدخل خلاف الخرج وتداخل الأمور تشابهها والتباسها ودخول بعضها في بعض . والمداخلة دخول الأشياء بعضها في بعض^(٨١٩) . اما المبكر فهي من الفعل بَكَرَ ، وأبْتَكِرَ بمعنى إدراك الشيء من أوله وهو من الباكورة ، وأول كل شيء ، وكل من أسرع إلى شيء ، فقد بكر إليه ، والباكور من كل شيء ، هو المبكر أي السريع الإدراك .

(٨١٩) ابن منظور ، لسان العرب ، المجلد الحادي عشر ، ١٩٩٧ ، دار الفكر ، بيروت ،

ويقال بَكَرَ عَلَى الشَّيْءِ وَإِلَيْهِ يَبْكَرُ بُكُوراً وَبَكَرَ تَبْكَيراً أَوْ ابْتَكَرَ وَأَبْكَرَ وَبَاكَرَهُ: أَتَاهُ بُكَرَةٌ، وَيُقَالُ: بَاكَرْتُ الشَّيْءَ إِذَا بَكَرْتُ لَهُ (٨٢٠).

أما عن المعنى الاصطلاحي للتدخل المبكر فعلى الرغم من أننا لم نجد في ما أطلعنا عليه من مصادر تعريف قانوني للتدخل المبكر، إلا أننا نرى أن المقصود به في نطاق هذا البحث هو ما تبادر الحكومة إلى اتخاذه من إجراءات في ضوء ما يتوافر لديها من أدلة ومؤشرات بغية تجنب الآثار السلبية التي قد تحدثها انخفاض الإيرادات على موازنة الدولة.

وفي ضوء التعريف المذكور آنفاً يكون لذلك التدخل بعض الخصائص نوجز أهمها في ما يأتي:

١ - إنه مبكر (٨٢١): بمعنى إنه مستعجل وسابق على حدوث ما استقرت عقيدة الحكومة على أنه سيقع لاحقاً من أحداث أو وقائع، ودرجة إبتكار ذلك التدخل يختلف باختلاف ما تأكد حدوثه أو وقوعه، فقد يكفي في بعض الأحيان أن يكون التدخل قبل حدوث الواقعة بوقت يسير في حين قد تقتضي بعض الأحداث التدخل قبلها بوقت أكبر نسبياً والمعيار في كل ذلك هو تفادي الآثار السلبية لتلك الأحداث أو الوقائع.

٢ - إن يكون التدخل في حدود الحدث أو الواقعة المراد تجنب آثارها: فلا تتخذ الحكومة تلك الأحداث والوقائع ذريعة لاتخاذ إجراءات أو فرض تدابير من شأنها إلحاق أضرار تفوق ما كان يمكن أن تحدثه الوقائع أو الأحداث التي أريد من تلك الإجراءات تجنب آثارها السلبية يضاف إلى ذلك أن لا تتخذ الحكومة تلك الإجراءات كوسيلة لمخالفة القانون أو تقييد حرية الأفراد ... الخ.

٣ - إن يكون التدخل مدروس (٨٢٢): بمعنى أن تستند إجراءات الحكومة إلى بيانات ومؤشرات واضحة ودقيقة ومبنية على أسس علمية رصينة وعملية وواقعية بعيداً عن التهويل في الآثار أو التهوين منها، فضلاً عن أن تكون ذات الإجراءات

(٨٢٠) محمد مرتضى الحسيني الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، الكويت، ٢٠٠١، ص ١٠٩.

(٨٢١) د. إبراهيم سالم و د. مدى محمد احمد الشحات و د. احمد عبد الرحيم العمري، التدخل المبكر، مكتبة الرشيد، الرياض، بلا سنة نشر، ص ٢٩.

(٨٢٢) د. يمينة فالج، خدمات التدخل المبكر الوقائية كما يدركها طلبة علم النفس وعلوم التربية بجامعة الشهيد حمه لخضر الوادي، بحث منشور في مجلة الدراسات والبحوث الاجتماعية - جامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي، الجزائر، العدد (٢٨)، ٢٠١٨، ص ٢٠١.

مدرسة وقائمة على هدف دقيق وفكرة واضحة معدة من قبل أشخاص من ذوي الخبرة ومعتمدة من قبل جهات مختصة .

٤ - إن تبادر الحكومة اليه : ويراد بذلك أن تأخذ الحكومة بكافة أجهزتها وتشكيلاتها زمام المبادرة للتصدي لمثل تلك الأحداث ومواجهة هذه الوقائع بوصف أن ذلك هو من أبرز واجباتها وأهم التزاماتها ، بالإضافة الى السعي الى التنسيق مع السلطة التشريعية والهيئات والأجهزة المستقلة بغية ان تأخذ كل منها دورها وتصدر ما يجب من قرارات وتتخذ ما يلزم من إجراءات في نطاق اختصاصها وبما يضمن الغاية المقصودة والهدف المنشود .

٥ - ان تطرأ الأحداث او تقع الوقائع اثناء سريان قانون الموازنة العامة للدولة : فلا تقع او يتم توقع وقوعها أثناء إعداد تقديرات الموازنة او أثناء صياغة قانونها لكون التدخل في هذه المرحلة يكون بتعديل إيرادات الموازنة ونفقاتها من دون الحاجة إلى إجراءات خاصة تتخذ من قبل الحكومة بغية تحقيق فكرة التدخل المبكر فالسبيل واضح ومحدد في هذه الحالة .

وفي الحقيقة فان الأحداث والوقائع التي قد تنعكس سلباً على الإيرادات التي من المخطط أن تتمكن الحكومة من تحصيلها تنفيذاً لقانون الموازنة العامة ، لا يمكن أن تحصر او تعد فهي قد تكون محلية مثل حدوث عصيان مدني او اضراب في قطاعات تلعب دور في إيجاد تلك الإيرادات او تحصيلها ، كما إنها قد تكون دولية مثل الاغلاق العام بسبب انتشار جائحة او وباء ، وقد تكون تلك الظروف سياسية مثل قيام الدول بفرض حصار على الدولة او تقييد تجارتها الخارجية او اقتصادية كانهخفاض الاسعار العالمية للسلعة التي تشكل مصدر مهم لإيرادات الدولة وقد تكون عسكرية مثل حالة نشوب حرب بين دولتين ... الخ ، بيد ان السمة التي تجمع كل تلك الأحداث والوقائع في صعيد واحد هو أثرها على الإيرادات كما سبق وأن اوضحنا ، وبالتالي ضرورة تدخل الحكومة لإيجاد الحلول الكفيلة بالتصدي لها .

الفرع الثاني : حالات التدخل الحكومي المبكر

بعد أن تعرفنا على مفهوم التدخل المبكر وبيننا خصائصه الأساسية ، سننولى في هذا الفرع بيان حالات التدخل المبكر وذلك من خلال الآتي :

أولاً : المساهمة في فرض الضرائب والرسوم

تعرف الضرائب على إنها : " كل فريضة نقدية يدفعها الفرد جبراً إلى الدولة أو إحدى هيئاتها العامة بصفة نهائية مساهمة منه في تحمل الابعاء والتكاليف العامة من دون الحصول على

مقابل أو منفعة خاصة " (٨٢٣) . أما الرسم فيقصد بها : " مبلغ نقدي جبري يدفعه الأفراد للدولة مقابل نفع خاص يتم الحصول عليه منها ، ويقترن النفع الخاص الذي يحققه الأفراد بالنفع العام الذي يحصل عليه المجتمع من خلال تنظيم العلاقة بين الهيئات والأفراد فيما يتعلق بإداء الخدمات العامة (٨٢٤) .

ومن المهم الإشارة إلى أن الضرائب والرسوم في العراق لا تفرض إلا بقانون ، وهذا ما أشار إليه دستور جمهورية العراق النافذ بنصه على أن : " لا تفرض الضرائب والرسوم ولا تعدل ولا تجبى ولا يعفى منها إلا بقانون " (٨٢٥) . وهذا يعني أن السلطة التشريعية في العراق هي الجهة الوحيدة المختصة بإصدار القوانين الضريبية ، وكذلك إصدار قوانين تتضمن فرض أو تعديل الرسوم ، ومن ثم فإن قيام أية سلطة غير السلطة التشريعية أو جهة بتعديل أو فرض ضرائب ورسوم يعد عملاً غير دستوري ويستوجب الإلغاء .

وفيما يتعلق بدور الحكومة من فرض الضرائب والرسوم فيتمثل دورها من خلال تقديم مقترح قانون (٨٢٦) إلى السلطة التشريعية يتضمن تعديل أو فرض ضرائب ورسوم جديدة وذلك لتمويل العجز المتوقع في الموازنة العامة الاتحادية في حالة وجود مؤشرات قوية على وقوع أحداث من شأنها أن تؤثر بالسلب على إيرادات الموازنة وهو ما سيؤدي إلى حدوث عجز في تلك الإيرادات .

ثانياً : الإصدار النقدي الجديد

إن صدور قانون البنك المركزي العراقي رقم (٥٦) لسنة ٢٠٠٤ منح البنك المركزي العراقي (السلطة النقدية) الاستقلالية الكاملة بما يقوم به من مساعي لتحقيق أهدافه في المرحلة الجديدة والتي تمثلت في التصدي للتضخم والسيطرة على مناسيب السيولة النقدية والحفاظ على استقرار سعر الصرف والمساهمة في تحقيق معدلات مرتفعة من النمو الاقتصادي ، فضلاً عن العمل على استقرار النظام المصرفي ، بالإضافة إلى تعميق السوق المالية

(٨٢٣) د. راند ناجي احمد ، علم المالية العامة والتشريع المالي في العراق ، العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة دون سنة نشر ، ص ٧٤ .

(٨٢٤) د. طاهر الجناحي ، علم المالية العامة والتشريع المالي ، الطبعة الرابعة ، العاتك لصناعة الكتاب القاهرة ، ٢٠١١ ، ص ٥٩ .

(٨٢٥) الفقرة أولاً من المادة (٢٨) من دستور جمهورية العراق النافذ لسنة ٢٠٠٥ .

(٨٢٦) تنظر : المادة (٨٠) من دستور جمهورية العراق النافذ لسنة ٢٠٠٥ .

وتقوية سبل الوساطة فيها وتمكينها من الاندماج في النظام المالي العالمي^(٨٢٧).

فاحترام استقلالية البنك المركزي تتمثل بعد تلقي أي تعليمات من أي شخص أو جهة بما في ذلك الجهات الحكومية كما أشار إلى ذلك قانون البنك المركزي العراقي النافذ ، وإن هذه الاستقلالية تعني في جوهرها أن السلطة النقدية باتت مستقلة بأدواتها عن الحكومة ، إلا أن هذه الاستقلالية لا تعفيه من مبدأ رئيس من مبادئ الحوكمة وهو مبدأ المشاركة الذي يعني التشاور والحوار مع الحكومة والقيام بأعمال بالإنابة عنها بوصفه الوكيل المالي للحكومة ومستشارها^(٨٢٨).

كما أن قوة العلاقة بين البنك المركزي العراقي والحكومة تبتدأ من قوة علاقته مع وزارة المالية ، وهي العلاقة التي تتطلع إلى رسم أطار مستقر لاقتصاد الدولة الكلي عبر التشاور مع السياسة المالية بشأن معالجة العجز المتوقع في الموازنة العامة الاتحادية وذلك من خلال ابراز الدور المهم للحكومة في المعالجة المبكرة لتمويل العجز المتوقع عن طريق الإيعاز للبنك المركزي بإصدار نقدي جديد (الذي يتم اللجوء إليه في حالة عجز الدولة عن الاقتراض أو زيادة حصيلة الضرائب) وذلك لمواجهة ذلك العجز ومحاولة إيجاد الحلول قبل وقوع الاضرار المتوقعة^(٨٢٩).

وإذا كان من الضروري اللجوء إلى الإصدار النقدي الجديد في تمويل الإنفاق العام والتنمية الاقتصادية ، فإنه يشترط لنجاح وسيلة الإصدار النقدي أن يخصص الإصدار النقدي الجديد لإقامة استثمارات تؤدي إلى توسيع في إنتاج سلع الاستهلاك ، وأن تحقق هذه الاستثمارات سريعة العائد دخلاً سريعاً يمكن به الاستغناء عن الإصدار النقدي الجديد فيما بعد . إذ يجب أن يستخدم الإصدار الجديد بجرعات صغيرة وغير متقاربة ، ولا بد أن يتميز الجهاز الإنتاجي في الدولة بالمرونة وعدم الجمود . ومن الضروري أيضاً

(٨٢٧) د. مازن صباح احمد ومجموعة من الباحثين ، سياسة البنوك المركزية في مواجهة صدمة اسعار النفط

(٢٠١٤) : العراق والجزائر حالتان دراسيتان ، بحث منشور في مجلة الدراسات النقدية والمالية عدد

خاص ، المؤتمر السنوي الرابع تحت عنوان : الدور التنموي للبنك المركزي العراقي (المعطيات

والاتجاهات) ، ٢٠١٩ ، ص ١٢ .

(٨٢٨) تنظر : المادة (٢٤) من قانون البنك المركزي العراقي

(٨٢٩) د. مظهر محمد صالح قاسم ، السياسة النقدية والمالية والسيطرة على متغيرات

التضخم واسعار الصرف ، بحث منشور في مركز حمورابي للبحوث والدراسات

الاستراتيجية ، ٢٠١١ ، ص ٣ - ٤ .

أن يتم التنسيق بين السياسات الأخرى مثل سياسات الاستثمار وسعر الفائدة ، والضرائب ، لضمان السيطرة على الآثار التضخمية الناتجة عن الإصدار النقدي الجديد ^(٨٣٠) .

ثالثاً : تعديل قانون الموازنة العامة الاتحادي

أشار دستور جمهورية العراق النافذ بأن : " يقدم مجلس الوزراء مشروع قانون الموازنة العامة والحساب الختامي إلى مجلس النواب لإقراره " ^(٨٣١) ، يلاحظ من مضمون نص المادة اعلاه إن المشرع العراقي عد الموازنة العامة من حيث الشكل على إنها قانون لا يختلف عن غيره من القوانين التي يصدرها المجلس وتخضع لمناقشات في كل فقراتها قبل إقرارها ، ولمجلس النواب بموجب البند ثانياً من المادة نفسها إجراء المناقشة بين أبواب وفصول الموازنة العامة ، وتخفيض مجمل مبالغها ، وله عند الضرورة أن يقترح على مجلس الوزراء زيادة إجمالي مبالغ النفقات .

حري بالإشارة إليه إلى أن للحكومة دور مهم وفعال ليس في إعداد وتنفيذ الموازنة العامة فحسب بل حتى في إجراء التعديلات عليها بعد نفاذ قانونها إن وجدت حاجة ملحة لذلك ، وذلك من خلال إجراء التعديل على الإيرادات أو إضافة مصادر إيرادات جديدة (وهذا كله يدخل ضمن الحلول المقترحة من قبل الحكومة لغرض معالجة العجز في قانون الموازنة النافذ) ، نذكر على سبيل المثال قانون تعديل قانون الموازنة العامة الاتحادية رقم (٤٤) لسنة ٢٠١٧ ^(٨٣٢) ، وكانت الأسباب الموجبة لهذا القانون هي لسد النقص الحاصل في رواتب موظفي الدولة والقطاع العام ومنتسبي الحشد الشعبي ولضمان تسديد المكافآت التقاعدية وتأمين احتياجات النازحين ولصرف مستحقات المقاولين المدققة من ديون الرقابة المالية الاتحادي ومستحقات المزارعين وتأمين احتياجات وزارات الكهرباء والنفط والصحة .

رابعاً : المساهمة في سياسة الاقتراض

تكاد تتفق آراء الفقهاء حول أهمية موضوع إصدار القرض العام وما ينبغي أن يحاط به من إجراءات أولها اتخاذ الجانب التشريعي بإصدار قانون يحتوي على أسبابه من قبل السلطة

^(٨٣٠) د. خديجة الأعسر ، اقتصاديات المالية العامة ، ص ٢١٧ - ٢١٩ .

^(٨٣١) الفقرة أولاً من المادة (٦٢) من دستور جمهورية العراق النافذ لسنة ٢٠٠٥ .

^(٨٣٢) نشر هذا القانون في جريدة الوقائع العراقية بالعدد (٤٤٦٠) في ١١/٩/٢٠١٧ .

التشريعية في الدولة^(٨٣٣) ، وذلك لخطورة عقد القرض وما يترتب به من تبعات سياسية واقتصادية واجتماعية على الدولة المقترضة لان مبلغ القرض سيكون عبئاً على الأجيال القادمة لأنهم سيسددون أصل القرض وما يحمله من فوائد خصوصاً إذا لم يتم الاستفادة من القرض بصورة صحيحة ، ويلاحظ أن دستور جمهورية العراق النافذ لسنة ٢٠٠٥ لم ينص صراحة على الجهة أو الكيفية التي يتم بها عقد القروض العامة ، ولم يشر إليها ضمن اختصاصات مجلس النواب بوصفه السلطة التشريعية الممثلة للشعب ، ولو انتقلنا إلى النصوص المتعلقة بالسلطة التنفيذية كذلك لم تشر النصوص بشكل صريح بما يتعلق بعقد القروض العامة . فقط تم النص ضمن اختصاصات السلطات الاتحادية على أن السلطات الاتحادية تختص بالاختصاصات الحصرية الآتية : " (اولاً) رسم السياسة الخارجية والتمثيل الدبلوماسي والتفاوض بشأن المعاهدات والاتفاقيات الدولية وسياسات الاقتراض والتوقيع عليها و إبرامها ورسم السياسة الاقتصادية والتجارية الخارجية السيادية " ^(٨٣٤) . إلا أن على البرلمان أن يدرس الأسباب التي تدعو الحكومة إلى إبرام عقد القرض (والواردة في مشروع القانون المقدم من قبل الحكومة)^(٨٣٥) والوقوف على آثاره المستقبلية على الدولة خصوصاً وأن العقد أصبح يعقد باسم الدولة لا باسم رئيسها . فالقرض وأن اختلفت صورته وأنواعه فإنه يعد من أحد الوسائل لسد عجز الموازنة وحاجة الدولة للأموال ، لذا يشترط في إبرامه الحصول على إذن السلطة التشريعية ، فالأذن القانوني بالاقتراض أصبح اليوم مثله مثل مبدأ قانونية الضريبة ، مبدأ دستورياً ، وواحداً من الأصول المعهودة في مالية الدولة التي يجب على الإدارة احترامها وإن لم ينص عليها الدستور صراحة^(٨٣٦) .

^(٨٣٣) د. بان صلاح عب القادر ، اصدار القرض العام ، بحث منشور في كلية التراث الجامعة ، العدد (١٧) ، ٢٠١٥ ، ص ١٤٧ .

^(٨٣٤) الفقرة أولاً من المادة (١١٠) من دستور جمهورية العراق النافذ لسنة ٢٠٠٥ .

^(٨٣٥) تنص الفقرة أولاً من المادة (٦٠) من دستور جمهورية العراق النافذ لسنة ٢٠٠٥ بأن : " مشروعات القوانين تقدم من رئيس الجمهورية ومجلس الوزراء مجتمعين " .

^(٨٣٦) عذراء كاطع حنون ، الاساس القانوني لعقد القرض العام ، بحث منشور في مجلة لأرك للفلسفة واللسانيات والعلوم الاجتماعية ، المجلد (١) ، العدد (٢٢) ، ٢٠١٦ ، ص ٢٧٧ .

المطلب الثاني : صور مسؤولية الحكومة عن عدم التدخل المبكر

سنتولى في هذا المطلب بيان أنواع مسؤولية الحكومة نتيجة عدم اتخاذها الإجراءات اللازمة في حالة التوقع بانخفاض الإيرادات في الموازنة العامة الاتحادية وحسب التفصيل الآتي :

الفرع الأول : مسؤولية الحكومة القانونية

مما لا شك فيه أن هناك ثلاث أنواع للمسؤولية بصورة عامة وهي المسؤولية الجنائية والمسؤولية الإدارية، والمسؤولية المدنية ، وبما أنه لا يوجد رئيس إداري أعلى لإيقاع المسؤولية الإدارية وفي حالة عدم تحريك دعوى إدارية أمام القضاء الإداري ، فيمكننا القول بأن مسؤولية الحكومة هنا تتحول من المسؤولية الإدارية إلى المسؤولية السياسية ، هذا فضلاً عن مسؤوليتها الجنائية و المدنية ، وسوف نتناول في هذا الفرع بيان المسؤولية القانونية بنوعيتها الجزائية والمدنية وحسب التفصيل الآتي :

أولاً : مسؤولية الحكومة الجنائية

لم تحض المسؤولية الجنائية بتعريف في قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ (المعدل) او أي قانون ذو طابع جزائي في العراق ، إذ سار المشرع العراقي في ذلك على نهج معظم القوانين المقارنة وهو دون أدنى شك توجه سليم ، إذ أن أي تعريف ينبغي أن يمتاز بصفتين أساسيتين اولهما : أن يكون ذلك التعريف جامع ، والثاني : أن يكون مانع ، وهذا ما لا يستطيع المشرع تحقيقه نظراً إلى التطور الذي يسود المجتمعات بين فترة وأخرى^(٨٣٧) .

أما الفقه فقد عرف المسؤولية الجنائية بأنها : (صلاحية الشخص لتحمل الجزاء الجنائي المقرر للجريمة التي ارتكبتها) أو أن (يتحمل الإنسان نتائج الأفعال المحرمة التي يأتيها مختاراً وهو مدرك لمعانيها ونتائجها)^(٨٣٨) .

وبناء على ما سبق ثمة سؤال ينبغي التصدي للإجابة عنه ونحن بصدد البحث في المسؤولية الجنائية للحكومة عن عدم اتخاذها إجراءات عاجلة من أجل معالجة الأنخفاض المتوقع في إيرادات الموازنة العامة وهو : هل يتم مساءلة أعضاء الحكومة إضافة إلى وظيفتهم ومن ثم عكس آثار تلك المسؤولية على

(٨٣٧) أبو المجد على درغام ، افشاء السر المصرفي كجريمة تأديبية ، المصرية للنشر و التوزيع ، القاهرة ، ٢٠٢٠ ، ص ٢٨ .

(٨٣٨) عبد العزيز بن محمد العبيد ، المسؤولية الجنائية في الإعلانات التجارية: دراسة تأصيلية مقارنة ، ٢٠١٦ ، ص ٢٧٩ .

المؤسسة التي يعملون بها ام أنهم سيتحملون تلك المسؤولية بشخصهم وبالتالي فانهم سيحاسبون على تقصيرهم ؟
في الحقيقة فإن المادة (٨٠) من قانون العقوبات العراقي قد حسمت هذه المسألة^(٨٣٩) ، إذ منعت مساءلة مصالح الحكومة ودوائرها الرسمية وشبه الرسمية عن الجرائم التي يرتكبها ممثلوها او وكلائها او مديروها ، وبذلك فإن المسؤولية ستقع على أعضاء الحكومة بشخصهم وليس بصفاتهم وأن أساس مسؤولية رئيس وأعضاء الحكومة في هذه الحالة هو امتناعهم عن اتخاذ الإجراءات اللازمة لتفادي الآثار السلبية المتوقع حدوثها كنتيجة لانخفاض إيرادات الموازنة العامة ، بوصف أن ذلك يعد جزء من التزاماتهم الوظيفية وهو خطأ جسيم يشكل مخالفة لنص المادة (٣٤١)^(٨٤٠)

^(٨٣٩) نصت المادة (٨٠) من قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ على أن : (الأشخاص المعنوية ، فيما عدا مصالح الحكومة ودوائرها الرسمية وشبه الرسمية مسؤولة جزائياً عن الجرائم التي يرتكبها ممثلوها او مديروها او وكلاؤها لحسابها او باسمها ولا يجوز الحكم عليها بغير الغرامة والمصادرة والتدابير الاحترازية المقررة للجريمة قانوناً ، فإذا كان القانون يقرر للجريمة عقوبة اصلية غير الغرامة ابدلت بالغرامة ولا يمنع ذلك من معاقبة مرتكب الجريمة شخصياً بالعقوبات المقررة للجريمة في القانون) .

^(٨٤٠) يلاحظ ان القسم (٢) من أمر سلطة الائتلاف المؤقتة المنحلة رقم (٥٥) لسنة ٢٠٠٤ كان يعد الجريمة المنصوص عليها في المادة (٣٤١) من قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ من جرائم الفساد وهو ما يجعلها خاضعة لأحكام المادة (١٣٦) من نفس القانون والمعدلة بموجب القسم (٦) من الأمر المذكور سلفاً وهو ما يترتب عليه فقدان مرتكب جرائم الفساد المنصوص عليها في قانون هيئة النزاهة والتي من ضمنها الجرائم الخاضعة للمادة (٣٤١) اهليته للعمل في وظيفة حكومية ، بيد ان الامر رقم (٥٥) لسنة ٢٠٠٤ قد تم الغائه بموجب المادة (٢٩) من قانون هيئة النزاهة والكسب غير المشروع رقم (٣٠) لسنة ٢٠١١ باستثناء القسم (٦) منه ، وجاء القانون رقم (٣٠) ليعرف جريمة الفساد في المادة (١) منه ويشير الى المواد التي تشمل بأحكامه دون ان يتطرق الى المادة (٣٤١) وهو ما يعني ان الجرائم التي تخضع لأحكام هذه المادة ليست من جرائم الفساد ومن ثم فإنها لا تخضع لأحكام المادة (١٣٦) من قانون العقوبات ، الا ان المشرع حاول تدارك تلك الثغرة وعمد الى تعديل القانون بموجب القانون رقم (٣٠) لسنة ٢٠١٩ وذلك في المادة (٢) والتي عدلت نص المادة (١) من القانون رقم (٣٠) لسنة ٢٠١١ وذلك بإعادة صياغة تعريفه جريمة الفساد والنص على إن الأفعال المشمولة بأحكام المادة (٣٤١) هي من جرائم الفساد ، الا انه التعديل لم يعني ان هذه الجرائم ستشمل بأحكام المادة (١٣٦) من قانون العقوبات لكون ذلك يقتضي تعديل هذه المادة بما يتلاءم مع نصوص قانون هيئة النزاهة والكسب غير المشروع

من قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ والتي نصت بأن : (يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات او بغرامة لا تزيد على ثلاثمائة دينار كل موظف او مكلف بخدمة عامة تسبب بخطئه الجسيم في الحاق ضرر جسيم بأموال او مصالح الجهة التي يعمل بها او يتصل بها بحكم وظيفته او بأموال او مصالح الاشخاص المعهود بها اليه ان كان ذلك ناشئاً عن اهمال جسيم بأداء وظيفته او عن اساءة استعمال السلطة او عن اخلال جسيم بواجبات وظيفته) .

إن الحكومة بوصفها الجزء الأهم والأكثر فعالية والأوسع صلاحية في السلطة التنفيذية يجعلها ملزمة بأن تتولى أعداد ودراسة جملة من التقارير المتعلقة بإيرادات ونفقات الموازنة فضلاً عن تقارير السياسة المالية للدولة ، وهي في هذا السياق تتخذ الإجراءات الضرورية لمعالجة أي طارئ قد تشير تلك التقارير إليه او تتوقع حدوثه ، ومن أجل ذلك جاء قانون الادارة المالية الاتحادية رقم (٦) لسنة ٢٠١٩ لينظم موضوع اعداد التقارير والجهات التي تتولى مراجعتها ودراستها ، ومن اهم الجهات التي اسند اليها القانون مهمة اعداد التقارير (وزارة المالية ، وزارة التخطيط ، والبنك المركزي العراقي) ، ومن ثم يأتي دور لجنة الشؤون الاقتصادية لدراسة التقارير واتخاذ التوصيات المناسبة بشأنها ومن ثم عرضها امام انظار مجلس الوزراء ان كان لذلك مقتضى^(٨٤١) .

ولما كانت المسؤولية الجنائية هي مسؤولية شخصية تقتصر على من يثبت عليه الخطأ فإن الواجب هو التحقيق في من كان السبب في عدم قيام الحكومة بدورها في التدخل المبكر للتصدي لانخفاض إيرادات الموازنة العامة ، فإن كان الخلل في جهة أعداد التقارير بحيث أنها لم تضع المؤشرات العلمية الصحيحة او أنها تعمدت تجاهل تلك المؤشرات كان عليها مسؤولية عدم التدخل ، اما أن تم وضع المؤشرات بشكل دقيق وصحيح وبيان ما هي المخاطر التي من المتوقع أن تواجه الإيرادات ولم يتم اخذها بعين الاعتبار من قبل لجنة الشؤون الاقتصادية او من قبل مجلس الوزراء فان عبء المسؤولية يقع على تلك الجهات كلا حسب خطئه ، وفي جميع الأحوال فإن البت في تقدير ذلك يخضع للمحكمة المختصة وفق لما يتوافر لديها من وثائق وادلة .

(المعدل) لكون النص الحالي قد افرغ من مضمونه بإلغاء القسم (٢) من امر سلطة الائتلاف رقم (٥٥) لسنة ٢٠٠٤ .

^(٨٤١) تنظر المواد المادة (١٠) من قانون الادارة المالية الاتحادية رقم (٦) لسنة ٢٠١٩ المعدل النافذ .

أما عن الجهة التي تتولى تحريك الدعوى الجزائية في هذا الموضوع ، فإن المادة (٥/أولاً) من قانون الادعاء العام رقم (٤٩) لسنة ٢٠١٧ قد خولت الادعاء العام إقامة الدعوى بالحق العام في قضايا الفساد المالي والإداري ومتابعتها ، وهو ما يعني أن جهاز الادعاء العام هو الجهة المختصة بتحريك الدعوى الناشئة عن مخالفة احكام المادة (٣٤١) من قانون العقوبات بوصفها من قضايا الفساد استناداً إلى احكام المادة (١) من قانون هيئة النزاهة والكسب غير المشروع رقم (٣٠) لسنة ٢٠١١ المعدل ، كما وأن المادة (١) من قانون اصول المحاكمات الجزائية رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١ قد اجازت تحريك الدعوى الجزائية بشكوى شفوية او تحريرية من المتضرر من الجريمة او من أي شخص يقوم مقامه كما انها اجازت لكل من علم بوقوع الجريمة ان يقوم بتحريك الدعوى الجزائية .

ثانياً :- المسؤولية المدنية للحكومة عن التدخل المبكر

تعرف المسؤولية المدنية بأنها (الالتزام بتعويض الضرر الناشئ عن الإخلال بالالتزام سابق) أو بعبارة أخرى أشمل وأكثر دقة هي (إلزام الشخص بتعويض الضرر الذي سببه للغير) (٨٤٢) . وتنقسم المسؤولية المدنية إلى قسمين رئيسيين ، الأول : المسؤولية العقدية والتي تنشأ حينما يخل أحد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته العقدية تجاه المتعاقد الآخر ، أما القسم الثاني فيتمثل بالمسؤولية التقصيرية وهي تقوم على الإخلال بالالتزام القانوني العام والذي يقضي بعدم جواز الإضرار بالغير ، ولكي تقوم المسؤولية بنوعيتها فلا بد ان تتوافر ثلاث اركان وهي الخطأ والضرر والعلاقة السببية بين الخطأ والضرر (٨٤٣) .

إن مسؤولية الحكومة يحتمل أن تكون عقدية كما ويمكن ان تكون تقصيرية حسب طبيعة الالتزام ولان الالتزام بالتدخل المبكر عند توقع انخفاض إيرادات الموازنة لا يرتبط بأي عقد او اتفاق بين الحكومة وبين أي شخص آخر ، وإنما هو التزام يفرضه القانون كما سبق وإن بينا ، ومن ثم فإنه التزام يقوم على أساس المسؤولية التقصيرية في حالة وقوعه لكون الحكومة ستخالف التزام قانوني على إنه من الجدير بالذكر أن مناط تلك المسؤولية هي اجتماع اركانها الثلاثة وهي خطأ الحكومة المتمثل بعدم اتخاذ الإجراءات العاجلة لمواجهة انخفاض إيرادات الموازنة ، والضرر الذي سيقع

(٨٤٢) د. انور يوسف حسين ، ركن الخطأ في المسؤولية المدنية للطبيب: دراسة مقارنة في القانونين اليمني

والمصري ، دار الفكر والقانون المنصورة ، ٢٠١٤ ، ص ١٢ .

(٨٤٣) اشواق عبد الرسول عبد الامير ، المسؤولية العقدية عن فعل الغير في القانون المدني العراقي : دراسة مقارنة ، مجلة رسالة الحقوق المجلد ١٤ ، العدد ٤ ، ٢٠٢٢ ، ص ١١٨ .

على أي شخص طبيعي كان ام معنوي والعلاقة السببية بين ذلك الخطأ وهذا الضرر .

وفي حقيقة الأمر هناك سؤال جوهري يجب أن يطرح في هذا الصدد وهو على من تقع المسؤولية المدنية في هذه الحالة ومن هو الذي سيتحمل اعبائها؟ هل هي الحكومة بصفتها المعنوية ام هم أعضاء الحكومة بصفتهم الشخصية؟

وللإجابة عن هذا السؤال ينبغي علينا ابتداءً أن نبين مسألة نراها على قدر كبير من الأهمية وهي أن القانون الإداري قد تضمن فكرة لم نجد لها مثيل في القانون المدني ، وقد يكون من الصواب أن تطرح في هذا الميدان لكونها تتضمن معالجة تمتاز بالواقعية والعدالة من وجهة نظرنا ، ومؤدى تلك الفكرة هو أن المسؤولية بالنسبة لأعمال الإدارة ترتبط بالخطأ الذي يوجب نشوء المسؤولية والخطأ المتعلق بالإدارة يقسم الى قسمين اساسيين وهما:

١ - الخطأ المرفقي : وهو ذلك الخطأ الذي له علاقة مباشرة بالمرفق ويتصل به اتصالاً وثيقاً فهو خطأ ينتج عن السير العادي للأمر داخل المرفق ،^(٨٤٤) او بعبارة أخرى هو خطأ كان سيحدث نتيجة لسير الأعمال في المرفق على النحو الحالي بغض النظر عن الشخص الذي ارتكبه ، بحيث يمكن القول بأن ذلك الخطأ كان سيحدث لو أن أي شخص آخر قام بالعمل الذي قام به الشخص مرتكب الخطأ ، وعند اذن تقع المسؤولية المدنية على المرفق ذاته وهو من يتحمل نتيجة ذلك الخطأ .

٢ - الخطأ الشخصي : ويقصد به ذلك الخطأ الذي ينسب إلى الموظف في معرض تأديته لواجبه الوظيفي ، وتكون المسؤولية في هذه الحالة على عاتق الموظف شخصياً بوصفه مرتكب الخطأ^(٨٤٥) بمعنى ان الخطأ الذي ارتكبه ذلك الموظف لم يكن نتيجة لسير العمل في المرفق او سبب لوقوعه وإنما كان التصرف الخاطئ للموظف هو سبب وقوعه ، وعند اذن يكون الموظف هو المسؤول عن ذلك الخطأ وهو من يتحمل تبعاته .

إن تطبيق ذلك على الحكومة بالنسبة لعدم قيامها بواجبها المتمثل بالتدخل المبكر للتصدي لانخفاض إيرادات الموازنة العامة

(٨٤٤) علي كحلون ، التعليق على مجلة المرافعات المدنية والتجارية ، مجمع الاطرش للطباعة والنشر ، تونس ، ٢٠١٦ ، ص ٣٧٢ .

(٨٤٥) خالد خليل الظاهر ، القضاء الإداري ديوان المظالم في المملكة العربية السعودية قضاء الإلغاء قضاء التعويض دراسة مقارنة مكتبة القانون والاقتصاد ، الرياض ، ٢٠١٤ ، ص ٣١٥ .

بوصفه خطأ يوجب المسؤولية ، يخضع لما سبق بيانه فان كان عدم التدخل هو نتيجة خطأ شخصي من احد اعضاء الحكومة او جميعهم فإن ذلك يكون خطأ شخصي يوجب على مرتكبه تحمل المسؤولية المتمثلة هنا بالتعويض لمن اصابه ضرر نتيجة ذلك الخطأ شرط ان يرتبط ذلك الضرر بهذا الخطأ بعلاقة سببية ، اما ان كان ذلك نتيجة خطأ مرفقي فتعكس المسؤولية على الحكومة وهي من ستتحمل تعويض كل من يثبت تضرره نتيجة لذلك الخطأ من الموازنة العامة للدولة ، مع التأكيد على أن القضاء هو من سيحدد مسألة تكييف الخطأ أن كان شخصي او مرفقي وفق لما يتوافر لديه من قناعة .

اما عن صاحب الحق في إقامة الدعوى والمطالبة بالتعويض عن عدم قيام الحكومة بالتدخل المبكر للتصدي للانخفاض المتوقع في إيرادات الموازنة العامة ، فهو كل صاحب مصلحة لحقه ضرر نتيجة لعدم قيام الحكومة بواجبها سالف الذكر على أن تتوافر فيه شروط اقامة الدعوى المدنية .

الفرع الثاني :مسؤولية الحكومة السياسية

كما هو معروف أن النظام البرلماني يقوم على اساس مبدأ الفصل النسبي بين السلطتين التشريعية والتنفيذية لضمان عدم استبداد احدى تلك السلطات على الأخرى ، وهذا ما يؤدي إلى وجود علاقة تعاون و مشاركة في الاختصاصات بين تلك السلطتين اثناء ممارسة وظائفها هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى يسمح هذا المبدأ بممارسة نوع من الرقابة أتجاه بعضها البعض واستناداً لذلك فإن البرلمان قد منح وسائل عديدة لفرض رقابته على أعمال الحكومة وتحريك مسؤوليتها السياسية . ومن أجل التعرف على المسؤولية السياسية للحكومة فقد عزمنا على بيانها وذلك من خلال الآتي :

اولاً : التعريف بمسؤولية الحكومة السياسية

يقصد بالمسؤولية السياسية : هي مسؤولية رئيس الوزراء والوزراء عن سياساتهم في إدارة الشؤون العامة للدولة ويختص البرلمان في تقدير هذه المسؤولية ، وبما أن هذه المسؤولية سياسية فالجزء المترتب عليها هو جزاء سياسي يتمثل في الاقالة للوزير أو الوزارة برمتها ^(٨٤٦) .

وذهب البعض الآخر الى تعريفها بأنها : " مسؤولية أعضاء الحكومة أمام البرلمان عن كافة اعمالهم وتصرفاتهم الإيجابية والسلبية ، فالبرلمان يراقب السياسة العامة للحكومة ويبحث مدى

^(٨٤٦) د. احمد يحيى الزهيري ، الدور الرقابي للبرلمان العراقي بعد ام ٢٠٠٣ ، الطبعة الأولى ، مكتبة

السنهوري ، بغداد ، ٢٠١٦ ، ص ٦٣ .

سلامة الإجراءات والقرارات الوزارية المختلفة من حيث مطابقتها للقانون ومدى ملاءمتها للظروف الواقعية التي صدرت فيها وتوافقها مع الصالح العام " (٨٤٧)

إن المسؤولية السياسية تكون خلافاً للمسؤولية القانونية لا يمكن فرضها من قبل المحاكم لذلك توصف بأنها سياسية ، ولأن النتائج المترتبة على هذه المسؤولية هي نتائج سياسية تتمثل في ضرورة ترك الحكم بمجرد فقدان ثقة ممثلي الشعب في الحكومة أو أحد أعضائها ، جدير بالإشارة إليه أن المسؤولية السياسية للحكومة أما أن تكون مسؤولية فردية أي موجهة إلى الوزير بذاته ، وقد تمتد لتشمل باقي أعضاء مجلس الوزراء فتكون بالتالي مسؤولية تضامنية بينهم (٨٤٨)

ثانياً: آلية تحريك المسؤولية السياسية للحكومة

تستند الحكومة في النظام البرلماني إلى ثقة البرلمان ، أي وجوب حصول الحكومة المؤلفة بعد الانتخابات على ثقة المجلس النيابي قبل تولي الحكم (٨٤٩) ، وإذا كان الدستور لم يقر بمسؤولية رئيس الجمهورية السياسية أمام البرلمان فقد أقر بالمسؤولية السياسية للحكومة أمامه والتي تعد جزءاً من السلطة التنفيذية ، وتأتي هذه المسؤولية نتيجة للرقابة التي تمارسها السلطة التشريعية على أعمال الحكومة (٨٥٠) ، وتكمن أهمية الرقابة السياسية في أن يقوم البرلمان بمتابعة أعمال السلطة التنفيذية والحرص على عدم خروجها على النصوص التنظيمية من أجل ضمان حسن تطبيق السياسات العامة والبرنامج الحكومي المصادق عليه من طرف البرلمان تطبيقاً لمبدأ الشفافية والمساءلة (٨٥١)

(٨٤٧) د. سمير داود سلمان ود. لمى علي الظاهر و علي مجيد العيلى ، بحوث دستورية

، الطبعة الأولى المركز القومي للإصدارات القانونية ، القاهرة ، ٢٠١٦ ،

(٨٤٨) طعمام ملهدي جابر الخفاجي ، المسؤولية السياسية للوزارة في النظام البرلماني في بعض الأنظمة

الدستورية المعاصرة ، بحث منشور في مجلة العلوم الإنسانية ، كلية التربية للعلوم الإنسانية ، المجلد

(٢٢) ، العدد (الأول) ، ٢٠١٥ ، ص ٣٨٩ .

(٨٤٩) رافع خضر شبر و كريم لفتة مشاري ، إجراءات تقرير المسؤولية السياسية للوزارة وأثارها في النظام

البرلماني (دراسة مقارنة) ، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية ، العدد

(٤) ، السنة (٧) ، ٢٠١٥ ، ص ٩ .

(٨٥٠) حفيظة يونس ، آلية تحريك المسؤولية السياسية لرئيس الجمهورية كقاعدة دستورية ، بحث منشور

في مجلة السياسة العالمية عدد خاص بأشغال الملتقى الوطني ، ٢٠١٩ ، ص ٢١٢ .

(٨٥١) د. حسن فالح الهاشمي ، التنظيم الدستوري للحكم الرشيد (دراسة مقارنة) ، بحث منشور في مجلة

ميسان للدراسات القانونية المقارنة المجلد (١) ، العدد (٥) ، ٢٠٢١ ، ص ٧٥ .

حري بالإشارة إليه أن هناك بعض الأنظمة البرلمانية تتكون من مجلس احادي وهنا لا توجد إشكالية في ثبوت صلاحية المجلس الواحد في تحريك المسؤولية السياسية للحكومة ، لكن السؤال يثار حول من له الحق في تحريك هذه المسؤولية في ظل نظام ثنائية المجلس النيابي ؟ يلاحظ في بعض الدول التي تأخذ بنظام المجلسين أن المسؤولية السياسية تحرك أمام كلا المجلسين وذلك عندما يكونان متساويان من حيث التمثيل ومن حيث الاختصاصات كما هو الحال في هولندا^(٨٥٢) إلا أن هذا الأسلوب تعرض للانتقادات كون من شأن تقرير المسؤولية السياسية للحكومة أمام المجلسين معاً يؤدي إلى تشديد التضييق على الحكومة ويعقد الأمور ويزيد من الازمات الوزارية في الدول التي تأخذ بهذا النظام^(٨٥٣) . وقد تعقد هذه المسؤولية أمام احد المجلسين دون الآخر والغالب يكون هذا المجلس هو المجلس الأدنى وذلك لأن تكوينه يقوم على أساس ديمقراطي وهو الانتخاب ويكون أكثر تمثيلاً للشعب ، هذا فضلاً عن تمتعه باختصاصات واسعة تفوق اختصاصات المجلس الآخر الذي يتكون على أساس التعيين أو الوراثة (كالدول الموحدة ومثالها بريطانيا) ، أو على أساس التمثيل للولايات والأقاليم (كالدول الاتحادية ومثالها العراق) .

وفيما يتعلق بدستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ النافذ فقد تبني النظام الاتحادي^(٨٥٤) القائم على أساس نظام المجلسين ، إذ تتكون السلطة التشريعية من مجلسين^(٨٥٥) مجلس النواب ومجلس

^(٨٥٢) منتظر صبيح داود ، سلطة إقامة المسؤولية السياسية للحكومة في الأنظمة البرلمانية (دراسة مقارنة) بحث منشور في مجلة ميسان للدراسات القانونية المقارنة ، المجلد (١) ، العدد (٧) ، الص ٤٨٩ .

^(٨٥٣) محمد عبد الكاظم عوفي، مسؤولية الحكومة السياسية في دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ ، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون جامعة بغداد، ٢٠١٥ ، ص ٥٥ .

^(٨٥٤) تنظر المادة الأولى من دستور جمهورية العراق النافذ لسنة ٢٠٠٥ .

^(٨٥٥) تنظر المادة (٤٨) من دستور جمهورية العراق النافذ لسنة ٢٠٠٥ .

الاتحاد^(٨٥٦)، إذ يقوم مجلس النواب على أساس الانتخاب ويمثل الشعب العراقي بأكمله^(٨٥٧) ويتمتع باختصاصات واسعة من بينها الرقابة على أداء السلطة التنفيذية وتحريك المسؤولية السياسية للحكومة من خلال العديد من الوسائل منها السؤال الذي يحق لعضو مجلس النواب توجيهه إلى رئيس مجلس الوزراء أو أحد الوزراء ومن ثم الاستيضاح^(٨٥٨) الذي يأتي في مرحلة لاحقة على توجيه السؤال، إذ لا يتم اللجوء لهذا الحق إلا إذا لم يكتف النائب بسؤاله أو إذا أراد المزيد من الاستيضاح بشأن المسألة التي طرح السؤال عنها أو إذا راود المجلس أو بعض أعضائه الشك بإجابة الوزير هنا يتم تقديم طلب الاستيضاح من قبل ما لا يقل عن خمسة وعشرين عضواً ويأتي بعد ذلك حق الاستجواب وهو مساءلة الحكومة أو أحد فروعها عن بعض تصرفاتها أو قراراتها، ويحمل الاستجواب في ثناياه الاتهام للوزارة ويعد هذا الحق الوسيلة الأكثر فاعلية وخطورة في مواجهة رئيس مجلس الوزراء والوزراء كونه قد ينتهي إلى إقالة الحكومة من خلال سحب الثقة من الحكومة بأكملها أو ان تقتصر على أحد الوزراء^(٨٥٩)، وتتجسد آلية تحريك المسؤولية السياسية للحكومة من قبل مجلس النواب من خلال قيام النواب بتوجيه الاستجواب في القضايا التي تخص الوزارة ككل أو التي تخص وزارة بعينها وقد تحرك عن طريق لجان تحقيق

^(٨٥٦) أما بالنسبة لمجلس الاتحاد نجد أن الدستور النافذ افرد لهذا المجلس نصين فقط^(٨٥٦)، ولم تبين تلك النصوص بشكل كاف آلية تشكيل مجلس الاتحاد ولا بيان اختصاصاته وصلاحياته وعلاقته بمجلس النواب بل ترك تنظيمه لقانون يسنه مجلس النواب بأغلبية ثلثي أعضائه ويفهم من ذلك أن مجلس الاتحاد سيكون تابعاً لمجلس النواب وهذا ما يجعله مجلس ضعيف ذو اختصاصات مقيدة، هذا فضلاً عن التأخير والمماطلة غير المبررة في إصدار هذا القانون لغاية الآن. للمزيد من التفاصيل ينظر: د. حميد حنون خالد مبادئ القانون الدستوري وتطور النظام السياسي في العراق، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٥، ص ٢٨٣ - ٢٨٤.

^(٨٥٧) تنظر المادة (٤٩ / أولاً) من دستور جمهورية العراق النافذ لسنة ٢٠٠٥.

^(٨٥٨) لم ترد عبارة الاستيضاح في دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ النافذ وإنما وردت عبارة طرح موضوع عام للمناقشة في المادة (٦١ / سابقاً / ب) وهي تدل على نفس معنى الاستيضاح.

^(٨٥٩) تنظر المادة (٦١ / سابقاً / ثامناً) من دستور جمهورية العراق النافذ لسنة ٢٠٠٥.

برلمانية^(٨٦٠) تعمل على جمع البيانات والادلة لإدانة الوزارة ككل أو الوزير بصورة منفردة^(٨٦١).

أما فيما يتعلق بالمسؤولية التضامنية للحكومة فقد أشار دستور جمهورية العراق النافذ إلى أن " تكون مسؤولية رئيس مجلس الوزراء والوزراء أمام مجلس النواب تضامنية وشخصية"^(٨٦٢).

إن وظيفة الحكومة بوصفها السلطة التنفيذية تلزمها بأن تتخذ كافة الإجراءات الكفيلة بضمان حسن تنفيذ الموازنة التي قامت بإعدادها ووافق عليها مجلس النواب ، وهي في سبيل ذلك تتحمل عبء متابعة إيرادات الموازنة ونفقاتها وعليها أن تتخذ كافة الإجراءات الكفيلة بالمحافظة على إيرادات الدولة المالية كما هو مخطط له كلما كان ذلك ممكن ، فإن لم تقم الحكومة بذلك الدور أو تكلت فيه كان لزاماً على مجلس النواب أن يتصدى لمهامه ويبادر إلى تحريك المسؤولية السياسية للحكومة بشقيها التضامني والفردي حسب الأحوال وذلك من أجل وضع حد للحكومة والزامها للقيام بواجباتها على النحو الذي رسمه القانون .

ولأننا سبق وأن بينا أن القانون قد فرض على الحكومة أن تتدخل بشكل مبكر وعاجل من أجل التصدي لما قد يطرأ على الإيرادات من انخفاض فإن ذلك أدهى بمجلس النواب أن يقوم بتحريك المسؤولية السياسية عن تلك الحكومة عن تنفيذ التزامها المذكور بالتدخل المبكر لانخفاض إيرادات الموازنة أكثر مسؤولية رئيس الحكومة وأعضائها من المسؤولية القانونية إلى المسؤولية السياسية ويحمل البرلمان مسؤولية متابعة أعمال الحكومة ومسائلتها عند إخلالها بالتزامها المذكور اعلاه .

^(٨٦٠) جدير بالإشارة إليه أن دستور جمهورية العراق النافذ لسنة ٢٠٠٥ لم يتطرق إلى موضوع التحقيق ، وأشار إلى ذلك النظام الداخلي لمجلس النواب العراقي وذلك في المادة (٣٢ / ثانياً) منه إذ نصت على : " إجراء التحقيق مع أي من المسؤولين بشأن أي واقعة يرى المجلس أن لها علاقة بالمصلحة العامة أو حق المواطنين " .

^(٨٦١) د. سعاد الشرقاوي ، النظم السياسية في العالم المعاصر ، القاهرة ، ٢٠٠٧ ، ص ١١٩ .

^(٨٦٢) تنظر المادة (٨٣) من دستور جمهورية العراق النافذ لسنة ٢٠٠٥ .

الخاتمة

بات من الواضح أن الأزمات الاقتصادية أصبحت سمة هذا العصر ، وهي دائمة الحدوث سواء اكان ذلك على مستوى العالم بأسره أم على مستوى دولة او دول معينة ، ومما لا شك فيه أن حدوث أي أزمة من تلك الأزمات سيؤدي إلى انخفاض في الإيرادات التي كانت تلك الدولة تخطط للحصول عليها في موازنتها.

لذا كان من الواجب على الحكومة أن تتصدى لتلك الأزمة قبل حدوثها أن كانت هناك مؤشرات علمية موثوقة تشير إلى حدوثها ، وذلك من أجل تجنب الانخفاض المتوقع في إيرادات الموازنة العامة الناتج عن تلك الأزمة ، وهي في سبيل ذلك تستعين بجملته من الوسائل لعل من أهمها فرض الضرائب والرسوم ، والأصدار النقدي الجديد ، وتعديل قانون الموازنة النافذ ، والاقتراض الداخلي والخارجي .

إن امتناع الحكومة عن التدخل او تباطؤها فيه سيرتب عليها مسؤولية قانونية وسياسية ، فأما المسؤولية القانونية فأنها ستقع على الحكومة بشقيها الجنائية والمدنية ، فبالنسبة للمسؤولية الجنائية سيتحملها كل من يثبت عليه التقصير من أعضاء الحكومة دون أن يترتب على ذلك أي آثار على مؤسسات الدولة ، اما المسؤولية المدنية والتي سيتم فرضها على المقصر بناءً على العمل غير المشروع فأنها يحتمل أن تكون مسؤولية عقدية ، كما ويمكن أن تكون مسؤولية تقصيرية حسب طبيعة الالتزام . ولأن الالتزام بالتدخل المبكر عند توقع انخفاض إيرادات الموازنة لا يرتبط بأي عقد او اتفاق بين الحكومة وبين أي شخص آخر ، وإنما هو التزام يفرضه القانون كما سبق وإن بينا ، ومن ثم فإنه التزام يقوم على أساس المسؤولية التقصيرية في حالة وقوعه لكون الحكومة ستخالف التزام قانوني .

إن فرض المسؤولية القانونية لا يعفي الحكومة من تحمل مسؤوليتها السياسية امام مجلس النواب إذ من المفترض ان يقوم هذا المجلس بالتصدي لمهامه والمبادرة لمسائلة الحكومة عن تقصيرها في اتخاذ الاجراءات اللازمة بغية التدخل المبكر لمعالجة الانخفاض المتوقع في إيرادات الموازنة العامة ، وذلك عن طريق الاساليب التي رسمها الدستور والتي من بينها السؤال البرلماني والاستجواب وصولاً إلى سحب الثقة عن الحكومة او من يثبت تقصيره من اعضائها .

وفي ضوء ما تقدم فإن موضوع البحث يحتم علينا طرح التوصيات الآتية :

- ١ - تعديل قانون الإدارة المالية الاتحادية رقم (٦) لسنة ٢٠١٩ ، وذلك بأدراج نصوص تلزم الحكومة بالتدخل المبكر للتصدي للحلات التي يتوقع معها انخفاض إيرادات الموازنة العامة الاتحادية .
- ٢ - تشكيل لجنة تتكون من ممثلي عن وزارة المالية ووزارة التخطيط والبنك المركزي العراقي ووزارة النفط ووزارة التجارة إضافة إلى أعضاء من ذوي الخبرة والاختصاص تتولى دراسة الأوضاع الإقتصادية العالمية ومراجعة المؤشرات الخاصة بها وتقديم المقترحات والتوصيات إلى مجلس الوزراء بشكل دوري ومنتظم .
- ٣ - تعديل نص المادة (١٣٦ / ١) من قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ ، وذلك بما يتلاءم مع نص المادة (١/ ثالثاً) من قانون هيئة النزاهة والكسب غير المشروع رقم (٣٠) لسنة ٢٠١١ (المعدل) .

قائمة المصادر والمراجع

أولاً :- المعاجم اللغوية

- ١- ابن منظور ، لسان العرب ، المجلد الحادي عشر ، دار الفكر ، بيروت ، ١٩٩٧ .
- ٢- محمد مرتضى الحسيني الزبيدي ، تاج العروس من جواهر القاموس ، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب الكويت ، ٢٠٠١ .

ثانياً :- الكتب

- ١- د. احمد يحيى الزهيري ، الدور الرقابي للبرلمان العراقي بعد عام ٢٠٠٣ ، الطبعة الأولى ، مكتبة السنهوري بغداد ، ٢٠١٦ .
- ٢- د. إبراهيم سالم و د. مدى محمد احمد الشحات و د. احمد عبد الرحيم العمري ، التدخل المبكر ، مكتبة الرشيد الرياض ، بلا سنة نشر .
- ٣- أبو المجد على درغام ، افشاء السر المصرفي كجريمة تأديبية ، المصرية للنشر و التوزيع ، القاهرة ، ٢٠٢٠ .
- ٤- د. انور يوسف حسين ، ركن الخطأ في المسؤولية المدنية للطبيب: دراسة مقارنة في القانونين اليمني والمصري دار الفكر والقانون ، المنصورة ، ٢٠١٤ .
- ٥- د. خديجة الأعسر ، اقتصاديات المالية العامة ، طبعة الأولى ، دار الكتب المصرية ، القاهرة ، ٢٠١٦ .
- ٦- د. حميد حنون خالد مبادئ القانون الدستوري وتطور النظام السياسي في العراق ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، ٢٠١٥ .
- ٧- خالد خليل الظاهر ، القضاء الإداري ديوان المظالم في المملكة العربية السعودية قضاء الإلغاء قضاء التعويض دراسة مقارنة مكتبة القانون والاقتصاد ، الرياض ، ٢٠١٤ .

- ٨- د. رائد ناجي احمد ، علم المالية العامة والتشريع المالي في العراق ، العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة دون سنة نشر .
- ٩- د. سعاد الشرقاوي ، النظم السياسية في العالم المعاصر ، القاهرة ، ٢٠٠٧ .
- ١٠- د. سمير داود سلمان ود. لمى علي الظاهر و علي مجيد العكلي ، بحوث دستورية ، الطبعة الأولى المركز القومي للإصدارات القانونية ، القاهرة ، ٢٠١٦ .
- ١١- د. طاهر الجنابي ، علم المالية العامة والتشريع المالي ، الطبعة الرابعة ، العاتك لصناعة الكتاب القاهرة ٢٠١١ .
- ١٢- عبد العزيز بن محمد العبيد ، المسؤولية الجنائية في الإعلانات التجارية: دراسة تأصيلية مقارنة ، مكتبة القانون والاقتصاد للنشر والتوزيع ، الرياض، السعودية ، ٢٠١٦ .
- ١٣- علي كحلون ، التعليق على مجلة المرافعات المدنية والتجارية ، مجمع الاطرش للطباعة والنشر ، تونس ، ٢٠١٦ .

ثالثاً :- الرسائل الجامعية

- ١- محمد عبد الكاظم عوفي، مسؤولية الحكومة السياسية في دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ ، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون - جامعة بغداد، ٢٠١٥ .

رابعاً :- البحوث

- ١- انعام مهدي جابر الخفاجي ، المسؤولية السياسية للوزارة في النظام البرلماني في بعض الانظمة الدستورية المعاصرة ، بحث منشور في مجلة العلوم الإنسانية ، كلية التربية للعلوم الإنسانية ، المجلد (٢٢) ، العدد (الأول) ٢٠١٥ .
- ٢- اشواق عبد الرسول عبد الامير ، المسؤولية العقدية عن فعل الغير في القانون المدني العراقي : دراسة مقارنة مجلة رسالة الحقوق ، المجلد ١٤ ، العدد ٤ ، ٢٠٢٢ .
- ٣- د. بان صلاح عب القادر ، اصدار القرض العام ، بحث منشور في كلية التراث الجامعة ، العدد (١٧) ، ٢٠١٥ .
- ٤- د. حسن فالح الهاشمي ، التنظيم الدستوري للحكم الرشيد (دراسة مقارنة) ، بحث منشور في مجلة ميسان للدراسات القانونية المقارنة ، المجلد (١) ، العدد (٥) ، ٢٠٢١ .
- ٥- حفيظة يونس ، آلية تحريك المسؤولية السياسية لرئيس الجمهورية كقاعدة دستورية ، بحث منشور في مجلة السياسة العالمية عدد خاص بأشغال الملتقى الوطني ، ٢٠١٩ .
- ٦- رافع خضر شبر و كريم لفته مشاري ، إجراءات تقرير المسؤولية السياسية للوزارة وأثارها في النظام البرلماني (دراسة مقارنة) ، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية ، العدد (٤) ، السنة (٧) ٢٠١٥ .

- ٧- عذراء كاطع حنون ، الاساس القانوني لعقد القرض العام ، بحث منشور في مجلة لأرك للفلسفة واللسانيات والعلوم الاجتماعية ، المجلد (١) ، العدد (٢٢) ، ٢٠١٦ .
- ٨- د. مازن صباح احمد ومجموعة من الباحثين ، سياسة البنوك المركزية في مواجهة صدمة اسعار النفط (٢٠١٤) العراق والجزائر حالتان دراسيتان ، بحث منشور في مجلة الدراسات النقدية والمالية عدد خاص ، المؤتمر السنوي الرابع تحت عنوان : الدور التنموي للبنك المركزي العراقي (المعطيات والاتجاهات) ، ٢٠١٩ .
- ٩- د. مظهر محمد صالح قاسم ، السياسة النقدية والمالية والسيطرة على متغيرات التضخم واسعار الصرف ، بحث منشور في مركز حمورابي للبحوث والدراسات الاستراتيجية ، ٢٠١١ .
- ١٠- منتظر صبيح داود ، سلطة إقامة المسؤولية السياسية للحكومة في الأنظمة البرلمانية (دراسة مقارنة) بحث منشور في مجلة ميسان للدراسات القانونية المقارنة ، المجلد (١) ، العدد (٧) .
- ١١- د. يمينة فالح ، خدمات التدخل المبكر الوقائية كما يدركها طلبة علم النفس وعلوم التربية بجامعة الشهيد حمه لخضر الوادي ، بحث منشور في مجلة الدراسات والبحوث الاجتماعية - جامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي الجزائر ، العدد (٢٨) ، ٢٠١٨ .

ساساً :- الدساتير والقوانين

- ١- قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ المعدل النافذ .
- ٢- قانون أصول المحاكمات الجزائية (٢٣) لسنة ١٩٧١ المعدل النافذ .
- ٣- قانون البنك المركزي العراقي رقم (٥٦) لسنة ٢٠٠٤ النافذ .
- ٤- دستور جمهورية العراق النافذ لسنة ٢٠٠٥ .
- ٥- قانون هيئة النزاهة والكسب غير المشروع رقم (٣٠) لسنة ٢٠١١ المعدل النافذ .
- ٦- قانون الادعاء العام رقم (٤٩) لسنة ٢٠١٧ النافذ .
- ٧- قانون رقم (٧٣) لسنة ٢٠١٧ قانون تعديل قانون الموازنة العامة الاتحادية رقم (٤٤) لسنة ٢٠١٧ .
- ٨- قانون الادارة المالية الاتحادية رقم (٦) لسنة ٢٠١٩ المعدل النافذ .
- ٩- قانون رقم (٣٠) لسنة ٢٠١٩ قانون التعديل الأول لقانون هيئة النزاهة رقم (٣٠) لسنة ٢٠١١ .

السلم المتحرك للرواتب والأجور

ضياء احمد حسين الساعدي

باحث دكتوراه في كلية الحقوق جامعة المنصورة

dvi046046aa@gmail.com

المستخلص

أن السلم المتحرك هو طريقة لإعادة تقييم الرواتب آلياً تبعاً لتطور بعض المؤشرات الاقتصادية والغاية المتغية منه تأمين تطور مماثل لمداخل الموظفين والمتقاعدين وكلف المعيشة والمحافظة على الراتب الفعلي والأجور ، هذا ويتفق المختصون بلاشك على ان هناك عدة طرق لإعادة تقييم الرواتب والأجور، وهي تعديل آلي عند كل تغيير يطرأ على المؤشر المعتمد وهذا مطبق في فرنسا اذ يتم تحديد الحد الأدنى اللازم للمعيشة والمسمى بالسلم وربط الرواتب والأجور به ، فاذا ارتفع بنسبة معينة زادت الرواتب بنفس النسبة ، وبهذا تبقى الرواتب محافظة على قوتها الشرائية ، حيث يعد تحديد الحد الأدنى للراتب والأجور من الضمانات المهمة التي يقرها المشرع في قوانين الخدمة المدنية والقوانين المتعلقة بها في ضوء المعايير المعتمدة واهم الاعتبارات التي تدخل في تقرير هذا الحد بحيث يتناسب مع الوضع الاقتصادي العام ومراعاة تطوره من خلال اعادة النظر دورياً في زيادته بما يتلاءم مع تغير وضع الموظف ومركزه العام . كذلك تعديل الرواتب والأجور في فترات ثابتة وعلى وفق التغيرات التي يسجلها المؤشر ، تعديل الرواتب والأجور بمجرد تجاوز المؤشر عتبة معينة . وبالعودة الى قانون رواتب موظفي الدولة والقطاع العام لسنة ٢٠٠٨م المعدل تبين ان المادة (٣/ثانياً) منه قضت بأن (المجلس الوزراء تعديل مبالغ الرواتب المنصوص عليها في جدول الرواتب الملحق بهذا القانون في ضوء ارتفاع نسبة التضخم لتقليل تأثيرها على المستوى المعيشي العام للموظف) ، اما قانون التقاعد الموحد لسنة ٢٠١٤ المعدل فإنه نص في المادة (٣٦) منه على ان(تزداد بقرار من مجلس الوزراء الرواتب التقاعدية كلما زادت نسبة التضخم السنوي على ان لا تكون الزيادة اكثر من نسبة التضخم) مما يعني ان على مجلس الوزراء زيادة الرواتب التقاعدية كلما زادت نسبة التضخم ، غير اننا ندعو المشرع العراقي الى الأخذ بالسلم المتحرك للرواتب وربطه بمعايير علمية سليمة حتى تكون الزيادات في الرواتب استحقاقاً قانونياً وليس منة ، تضمن للموظف والمتقاعد عيشاً هائناً كريماً يليق به إنساناً ومواطناً في بلد منحه الله سبحانه وتعالى من النعم والبركات مالا يحصى عددا .

الكلمات المفتاحية : الحد الأدنى للرواتب والأجور، رواتب الموظفين، أجور العمال ، المستوى المعيشي .

Summary

The escalator is a way to automatically re-evaluate salaries according to the development of some economic indicators, and the purpose of it is to secure a similar development for the incomes of employees and retirees, the cost of living, and to maintain the actual salary and wages. Every change occurs in the approved indicator, and this is applied in France, as the minimum necessary for living is determined, which is called the thickness, and salaries and wages are linked to it. The mission approved by the legislator in the civil service laws and laws related to it in the light of the approved standards and the most important considerations that go into determining this limit so that it is commensurate with the general economic situation and taking into account its development by periodically reviewing its increase in line with the change in the status of the employee and his general position. As well as adjusting salaries and wages at fixed periods and according to the changes recorded in the index, adjusting salaries and wages as soon as the index crosses a certain threshold. Returning to the amended Law of State and Public Sector Employees' Salaries for the year 2008 AD, it was found that Article (3/Second) thereof stipulated that (the Council of Ministers may amend the salary amounts stipulated in the salary scale attached to this law in light of the high rate of inflation to reduce its impact on the general standard of living for the employee), As for the amended Unified Retirement Law of 2014, it stipulates in Article (36) thereof that (by a decision of the Council of Ministers, pension salaries increase whenever the annual inflation rate increases, provided that the increase is not more than the inflation rate), which means that the Council of Ministers must increase pension salaries whenever The rate of inflation has increased, but we call on the Iraqi legislator to adopt the salary scale and link it to sound scientific standards so that increases in salaries are a legal entitlement and not a favour, guaranteeing the employee and the retiree a comfortable and dignified life befitting a human being and a citizen in a country that God Almighty has bestowed countless blessings and blessings.

key words: Minimum salaries and wages, employee salaries, workers' wages,

المقدمة

أولاً :- موضوع البحث :

أن رفع المستوى المعاشي لغالبية سكان المجتمع ، هو الهدف الأساس لكل مجتمع من المجتمعات على اختلاف انظمتها الاقتصادية والسياسية ، ويتم رفع المستوى المعاشي عن طريق الاستخدام العقلاني للمواد الطبيعية والبشرية التي تكون متاحة بهدف تحقيق النمو المتوازن في كافة الطرق والمجالات ، كما وتوزيع ثمرة هذه العملية بالشكل العادل الى اقصى وأبعد حد ممكن ، في الوقت الذي تنتشر فيه التفاوت وتنحسر فيه الفئات الوسطية ، فلا بد من تدخل الحكومة للحد من ذلك والمحاولة من تقليل الفوارق بين الطبقات المجتمعية كلاً حسب استحقاقه ، وفي ضوء تقلبات أسعار الأسهم والسلع والمؤشرات ، حيث يعاني سوق السلع الأساسية مثل قطاعات السوق الاخرى من تقلبات مما يتأثر بشدة بعوامل متعددة مع تغير العرض والطلب على السلع ، مما يؤدي الى التفاوت والتأثر بالمستوى المعيشي الذي يقاس عموماً بمعايير مثل التضخم الحقيقي أي (التضخم المعدل) دخل الفرد ومستوى الفقر مقاييس أخرى ... ، وفكرة المستوى المعيشي يمكن أن تناقض جودة الحياة التي تأخذ بالحسبان ليس فقط المقاييس المادية للعيش بل بعض الجوانب الغير ملموسة التي من شأنها أن تشكل الحياة البشرية مثل الراحة ، الموارد الثقافية ، الحياة الاجتماعية ، الصحة البدنية ، الأمان ، الجودة البيئية الخ ...، معاني اكثر تعقيداً لقياس الرفاهية يجب أن تطلب لاتخاذ هذا الحكم ، حيث تعد الأجور من أهم موضوعات علم الاقتصاد ، حيث ترى المدرسة الاقتصادية التقليدية (دافيد ريكاردو وأدم سميث) تعسى لتقرير حد توازن ثابت يستقر عنده مستوى الأجر في تقلباته في مدة قصيرة ، فقد ظهرت وقد ذهب (دافيد ريكاردو) الى أن مستوى توازن الأجور يتعادل مع الحد الأدنى الضروري للحياة ، فقد ظهرت نظرية الحد الأدنى لمستوى المعيشة ، حيث يرى أنصار هذه النظرية أن مستوى الأجور يتحدد بما يعادل قيمة المواد والحاجات الضرورية لمعيشة العامل في الحد الأدنى ، و بناءً على ما تقدم حيث تعد مسألة السلم المتحرك للرواتب والأجور من المسائل المهمة والضرورية وذلك تماشياً مع التغيرات التي تطرأ على المستوى المعيشي .

ثانياً :- أهمية البحث :

تكمن أهمية البحث في هذا الموضوع في الطريقة لأعاده تقييم الرواتب والأجور ألياً تبعاً لتطور بعض المؤشرات الاقتصادية والغاية المتغية منه تأمين تطور مماثل لمداخل الموظفين والمتقاعدين والعمال وكلف المعيشة والمحافظة على الراتب الفعلي ، حيث تعد هذه الدراسة من الموضوعات المهمة والقضايا الملحة على الساحة الاقتصادية والقانونية.

ثالثاً :- مشكلة البحث :

تكمن مشكلة البحث في عدة تساؤلات :

١- هل هناك معايير وأسس واضحة عند إعادة التقييم للرواتب والأجور في العراق ؟

٢- من هي الجهة المختصة بالتعديل ؟ وهل هو وجوبياً أم جوازي على السلطة المختصة وفق القانون العراقي ؟

٣- هل الزيادة تطراً على الحد الأدنى أم الأعلى أو الحدين معاً ؟

رابعاً :- أهداف البحث :

تهدف هذه الدراسة الى وضع تعريف للسلم المتحرك للرواتب والأجور ، وكيفية تحديده وفقاً للمعايير ، والآثار الناجمة عن عدم تحديده ، بما يتطابق مع معايير حقوق الإنسان وذلك في ظل التطور لمفهوم الحياة الكريمة التي تكلفها المعايير الدولي والدستورية ، كما وأهمية اقتراح أنظمة جديدة لتحديد سياسة تقييم الرواتب والأجور في العراق ، وبيان الحد الأدنى والأعلى العادل للرواتب والأجور سواء كانت اقتصادية أم اجتماعية بين الفئات المستهدفة ، وكيفية الوصول الى نظام قانوني عادل ينظم عملية تقييم الرواتب والأجور وتحديدها تحديداً علمياً يقوم على أسس عادلة من خلال إلقاء الضوء على الأحكام القانونية .

خامساً :- نطاق البحث :

أن نطاق بحثنا لموضوع (السلم المتحرك للرواتب والأجور) سيكون في القانون العراقي من خلال التطرق الى القواعد القانونية في قانون الخدمة المدنية رقم ٢٤ لسنة ١٩٦٠م ، كذلك قانون رواتب موظفي الدولة والقطاع العام رقم ٢٢ لسنة ٢٠٠٨م المعدل ، وقانون العمل رقم ٣٧ لسنة ٢٠١٥م ، فضلاً عن ذلك القوانين الأخرى ذات الصلة بالموضوع .

سادساً :- منهج البحث :

جاء هذا البحث مستند الى عدة مناهج علمية للوصول من خلالها الى مادة البحث والإلمام بجميع تفاصيلها ، فقد اعتمدنا : المنهج التحليلي وذلك من خلال تحليل ما تم استنباطه من مسائل وعرض للنصوص التشريعية في العراق ، وتحليل الآثار المترتبة على عدم تحقيق السلم المتحرك للرواتب والأجور ، كذلك اعتمدنا على المنهج الوصفي وذلك من خلال استعراض ماهية الرواتب والأجور وماهية السلم المتحرك لها ، والمعايير المستخدمة في تحديدها وكيفية تحقيق العدالة فيها .

سابعاً :- خطة البحث :

تطلب دراسة موضوعنا الى تقسيم البحث على مقدمة ومطلب وفي المطلب سنذكر ماهية السلم المتحرك للرواتب والأجور ، كما نقسمه الى فرعين في الفرع الأول سنبين : مفهوم السلم المتحرك للرواتب والأجور وتعريفه ، أما الفرع الثاني فنذكر به: معايير تحديد السلم المتحرك للرواتب والأجور وآثاره .

المطلب الأول : ماهية السلم المتحرك للرواتب والأجور

تسعى الدول النامية في خططها الإنمائية الى تحقيق مستوى معيشة مرتفع ، وأن الارتفاع بمستوى المعيشة يعد من الضرورات المادية للحياة ، فالنتمية الاقتصادية ليست مجرد وسيلة لزيادة الدخل القومي السنوي فحسب ، إنما هو أيضاً وسيلة لزيادة ورفع المستوى المعيشي لسكان تلك الدولة، كما أن مشكلة عدم عدالة توزيع الدخل والثروات هي مشكلة يعاني منها العديد من الدول المتقدمة

والنامية^(٨٦٣). عليه فلا بد أن تكون هنالك عدالة في تقييم الرواتب والأجور لمضاهات المستوى المعيشي مع تقلبات السلع والأسعار، وكان لابد من هناك نظام يقيم الرواتب والأجور وفقاً لمعايير خاصة محكمة وكان الأجدر بنا أن نعرف نظام السلم المتحرك للرواتب والأجور وهذا ما نبينه في الفرع الأول من خلال مفهومه في مطلبنا هذا ، أما في الفرع الثاني فسنبين فيه معايير السلم المتحرك للرواتب والأجور .

الفرع الأول : مفهوم السلم المتحرك للرواتب والأجور

يعتبر سلم الرواتب والأجور بمثابة درجات للأجر ، اذ لكل منها مستوى معين من صعوبات العمل ومستوياته وقيمه المقدرة نقداً وأن الدرجة لها مدى اي اتساع مقسم الى عدد من الفئات الاجرية ويسمى كل منها مربوط^(٨٦٤)، ويرى (Armstrong) أن سلم الرواتب والأجور عبارة عن مستويات عديدة مختلفة مت الأجر للوظائف أو مجموعات وظائف وقيمها الخارجية النسبية المبنية على سعر مسح الأجر البيئي وأحياناً المعدلات التي من الممكن أن يتم التوصل إليها غير المفاوضات^(٨٦٥)، أن المرحلة (المرتبة) الأول وهو الأقل اجر ويليه المرحلة الثانية والذي يزيد عنه بمقدار علاوة دورية ، وهكذا فتعدد المراحل تحدد مدى الدرجة أي كلما كانت المرحلة اكبر عدداً كان المدى اكثر اتساعاً والعكس صحيح ، كما انه سمة من سمات هياكل الرواتب التي يصف المسافة بين الحد الأدنى والحد الأقصى.

ويمكن تعريف السلم المتحرك على أنه طريقة لأعاده تقييم الرواتب آلياً تبعاً لتطور بعض المؤشرات الاقتصادية والغاية المتغاية منه تأمين تطور مماثل لمداخل الموظفين والمتقاعدين وأجور العمال وكلف المعيشة والمحافظة على الراتب الفعلي والأجور ، هذا ويتفق المختصون بلا شذوذ على ان هناك طرقاً ثلاثة لأعاده تقييم الرواتب وهي

١- تعديل آلي عند كل تغيير يطرأ على المؤشر المعتمد وهذا مطبق في فرنسا اذ يتم تحديد الحد الأدنى اللازم للمعيشة والمسمى بالسليك وربط الرواتب به ، فاذا ارتفع بنسبة معينة زادت الرواتب بنفس النسبة ، وبهذا تبقى الرواتب محافظة على قوتها الشرائية.

٢- تعديل الرواتب في فترات ثابتة وعلى وفق التغيرات التي يسجلها المؤشر.

٣- تعديل الرواتب بمجرد تجاوز المؤشر عتبة معينة.

هذا وكما اقترحه ممثل اتحاد خبراء الغرف الأوروبية في بيروت هو برفع نسب مئوية سنوياً مقارنة بنسب غلاء المعيشة ، فهذا يمثل الحل الامثل والاسرع

^{٨٦٣} - م.م. يونس علي حمد ، تحليل وقياس الرفاهية وعلاقتها بعدالة توزيع الدخل في مدينة كركوك

لسنة ٢٠٠٩م ، مقال ، مجلة الادارة والاقتصاد ، ع ٨٣ ، ٢٠١٠م ، ص ٢٨١.

⁸⁶⁴ - Badu, Daniel (2011), " Budgeting and Budgetary control at Ernest Chemist, Accra, Ghana "

،Thesis submitted to gain the degree of master in Business management , Laurea University of

Applied Sciences .

^{٨٦٥} - Armstrong, Michael (2008), "Human Resources Management Practice" 10th Ed, Kogan page, London .

للم عملية التضخم المفرطة والمحافظة على القدرة الشرائية للرواتب^(٨٦٦). وهو نظام يتم فيه تحديد قيمة الرواتب والأجور بناءً على معايير محددة مثل الخبرة والمؤهلات والأداء العام للفرد، ويتم تحديث هذه القيم بشكل دوري. ويهدف السلم المتحرك إلى تحسين المستويات الوظيفية للعاملين وتشجيعهم على العمل بجدية وتحسين أدائهم، كما يتيح للشركات والمؤسسات تحديد رواتبهم وأجورهم بشكل عادل ومتوازن، وبالمقارنة مع السلم الثابت للرواتب والأجور، فإن السلم المتحرك يسمح بتغيير الرواتب والأجور بشكل منتظم، حسب تقدم الموظف في العمل، وما إذا كان قد اكتسب خبرات ومهارات جديدة. كما يسمح النظام بتحديد رواتب وأجور موظفين بناءً على أداء الشركة وتحقيقها للأهداف المرجوة، ويستخدم السلم المتحرك للرواتب والأجور في العديد من الدول حول العالم، ويتم تطبيقه في العديد من المؤسسات والشركات والجهات الحكومية، وذلك لتحسين مستوى الأداء والإنتاجية والتحفيز على العمل الجاد والإبداع.

وبشكل عام، يتم تحديد القيمة الأساسية للراتب أو الأجر لكل وظيفة في الشركة أو المؤسسة، ويتم تحديد المتطلبات اللازمة للترقية إلى مستويات وظيفية أعلى وزيادة الرواتب والأجور بشكل متوازن وفقاً للمعايير المحددة. ويعد السلم المتحرك أحد النظم الأكثر استخداماً في قطاعات الأعمال المختلفة والحكومية والخاصة، ويساعد في جذب والحفاظ على الموظفين المؤهلين والتميزين في العمل.

كما طالب رئيس الاتحاد الوطني لنقابات العمال والمستخدمين كاسترو عبدالله، في بيان تزامنا "مع دعوة لجنة المؤشر للانعقاد مجدداً، بتصحيح الاجور من خلال اقرار السلم المتحرك للأجور وربطه بسعر صرف الدولار بالسوق السوداء اسوة بأصحاب المصانع والشركات والتجار وسواهم، الذين يبيعون مختلف سلعهم ومنتجاتهم الى السوق على سعر دولار السوق السوداء^(٨٦٧). ويعتبر سلم الرواتب والأجور بمثابة درجات كما اقترحت الحكومة المغربية، الاحتكام للسلم المتحرك للأجور، بما يتيح ربط الزيادة فيها بمستوى التضخم في البلاد، حيث ترى ذلك أفضل من الزيادات الدورية التي تطالب بها الاتحادات العمالية^(٨٦٨). وفي عام ١٩٢٨م اعتمدت منظمة العمل الدولية اتفاقية آليات تحديد الحد الأدنى للأجور رقم (٢٦) وفقاً للتفكير السائد في ذلك الوقت شجعت المادة (١) من هذا الصك دول الأعضاء على " إنشاء أو صيانة آليات لتحديد معدلات الحد الأدنى للأجور للعمال المستخدمين في الصناعات أو أجزاء من الصناعات، حيث لا يوجد نظام لتحديد الأجور بالاتفاق الجماعي أو غير ذلك.

في حين أن الرواتب والأجور تمثل أهم عوامل الالتحاق بالوظيفة العامة في وقتنا الحاضر، كما لها دور كبير في تحقيق الرضا الوظيفي وتشجيعاً على الاهتمام بأعمال الوظيفة للقيام بها على أكمل وجه ممكن، وأياً كانت المعايير التي على

^{٨٦٦} - مقترح ممثل اتحاد خبراء الغرف الأوروبية في بيروت د. نبيل بو غنطوس، ينظر الموقع التالي :

<https://www.lebanonfiles.com/articles>

^{٨٦٧} - ينظر الموقع التالي : <https://www.nna-leb.gov.lb/ar/economy>

^{٨٦٨} - ينظر الموقع التالي : <https://www.alaraby.co.uk>

اساسها يتم احتساب الأجر أو المرتب للعامل أو الموظف العام ، فلا بد أن تكون كافية لسد حاجاته وإشباع رغباته ، لكي يقوم بأداء عمله بالإتقان المطلوب ، ومن هنا يمكننا ان نعرف مفهوم الرواتب والأجور كالاتي :

أولاً :- الرواتب :

لم يتفق الفقه الإداري على تعريف معين للراتب ، وذلك بسبب لاختلاف النظرة الى طبيعة الراتب الوظيفي ، فقد كيف البعض هذه الطبيعة على أنها اجر يدفع في مقابل العمل الذي يقوم بتأديته الموظف ، والبعض الآخر يكيهه على أنه وسيلة تحدد فكرة الاحتفاظ بمكانة اجتماعية لتكون نوعاً من النفقة تمنح للموظف لتمكنه من أن يظهر بالمستوى العالي الذي يليق بالمركز الاجتماعي للوظيفة التي يشغلها^(٨٦٩) .

أن المشرع العراقي لم يرد تعريفاً للراتب لا في قانون الخدمة المدنية رقم (٢٤) لسنة ١٩٦٠م المعدل ولا في قانون رواتب موظفي الدولة والقطاع العام رقم (٢٢٢) لسنة ٢٠٠٨م المعدل ، غير أن بالرجوع الى سلطة الانتلاف المؤقتة (الملغي) فقد عرف الراتب بنصه في القسم الأول منه على أنه " تعني عبارة الراتب الاساسي الأجر الاساسي المدفوع للعاملين في القطاع العام ، ولا يشمل هذا الأجر الاساسي أي علاوة أو بدل مالي خاص " ، حيث نجد من التعريف اعلاه أنه يقوم بتحديد ما يستحقه الموظف وفق سلم الرواتب ، غير أن ما يتسلمه الموظف كل شهر ليس فقط ما يحدده المشرع من الراتب لكل درجة في سلم الرواتب ، بل تضاف عليه جميع المخصصات الممنوحة له بالإضافة الى راتبه الشهري^(٨٧٠) .

فقد عد القضاء الإداري العراقي الراتب مقابل العمل ، ومن هذا حكم الهيئة العامة بصفقتها التمييزية في مجلس الدولة العراقي " تتحمل الإدارة مسؤولية عدم احالة الموظف الى التقاعد في الموعد المحدد للإحالة وتكون الرواتب التي تسلمها الموظف بحكم اجر مثل عن العمل الذي قام بتأديته " ^(٨٧١) . وكما ويعرف الراتب على أنه " ما يحصل عليه الموظف ويصرف له شهرياً في الغالب " ^(٨٧٢) .

ثانياً :- الأجور :

الأجر وجمعه أجور ، كما يقصد به في اللغة عوض العمل والانتفاع^(٨٧٣) . ويعرف في الاصطلاح على أنه "المقابل المالي الذي يتقاضاه الموظف لقاء العمل"^(٨٧٤) .

^{٨٦٩} د- محمد فؤاد مهنا ، سياسة الوظائف العامة وتطبيقاتها ، دار المعارف ، القاهرة ، ١٩٦٧م ، ص ٣٨٥ .

^{٨٧٠} -امر سلطة الانتلاف رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٣م الملغي ، منشور في الوقائع العراقية بالعدد ٣٩٧٩ في ٢٠٠٣/٩/٨ .

^{٨٧١} قرار الهيئة العامة بصفقتها التمييزية رقم ٤٠٨/انضباط / تمييز/ ٢٠١٠م في ٢٠١٠/٨/١٩ ، مجموعة قرارات وفتاوى مجلس الدولة العراقي لسنة ٢٠١٠م .

^{٨٧٢} - الشريعة عطاءالله محمد ، وسنجد غالب محمود ، إدارة الموارد البشرية الاتجاهات الحديثة وتحديات الألفية الثالثة ، الدار المنهجية للنشر والتوزيع ، ط١ ، عمان ، ٢٠١٥م . ص ٨٣ .

^{٨٧٣} -المعجم الوسيط ، مكتبة الشروق الدولية ، ٢٠٠٤م ، ص ٧ .

^{٨٧٤} د- صبري جليبي ، الأجور الحافزة ودورها في تحقيق الرضا الوظيفي لدى الموظف العام في النظامين الإداري الوضعي والإسلامي ، مقال ، مجلة كلية الشريعة والقانون جامعة بطنطا ، ج ٣٤ ، ع ٤٤ ، ٢٠١٩م ص ٧٦٢ .

كما يعرف الأجر على أنه " كافة العناصر المالية النقدية والعينية التي يقدمها صاحب العمل للعامل مقابل ما قدمه هذا الأخير من جهد ووقت وما يحققه من نتائج وأهداف لصاحب العمل ، وهو ما يحصل عليه يومياً أو اسبوعياً " (٨٧٥).

والأجر بالمفهوم الاقتصادي يعني " المبلغ الذي يدفع للعامل مقابل القيام بعمل ما أو عند تنفيذ هذا العمل لشخص آخر " ، كما يتسع بعضهم في مفهوم الأجر حتى يشمل جزءاً من دخل صاحب المشروع الذي يقوم بإدارته بنفسه ، وذلك لقاء القيام بالعمل تنظيمياً وإدارياً (٨٧٦).

كما يعرف وفق المفهوم الاجتماعي على أنه " الدخل الذي يحصل عليه الموظف للكفل باحتياجاته المعيشية والاجتماعية ، وذلك جراء قيامه بعمل فهو حاجة ضرورية لضمان معيشة العامل ليشتغل كل ما يقدم له " (٨٧٧).

في حين يعرف الأجر وفق المفهوم القانوني على أنه " كل ما يعطى للموظف في مقابل العمل الذي يؤديه تنفيذاً لعقد العمل بجعله عنصراً أساسياً في علاقة العمل أو عقد العمل ومساوياً أو متناسباً مع الالتزام بالعمل المنجز " . إلا أن المشرع في الوقت المعاصر قد تجاوز هذا المفهوم الضيق ليضفي على الأجر الحماية اللازمة ، بحيث يصبح الأجر يشمل المداخل التي تستجيب أكثر لوضع الموظف وظروف العمل ، لذا نص الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في ١٩٤٨م الذي أصدرته هيئة الأمم المتحدة في نص المادة (٢٣) منه على " لكل فرد يقوم بعمل الحق في أجر عادل يكفل له ولأسرته عيشة لائقة بكرامة وعند اللزوم تضاف وسائل أخرى للحماية الاجتماعية " (٨٧٨).

وقد عرف المشرع العراقي الأجر في نص المادة (١٤/١) من قانون العمل على أنه " كل ما يستحق للعامل على صاحب العمل نقداً أو عيناً لقاء عمل أيا كان نوعه ويلحق به ويعد من متمماته كل ما يمنح للعامل من مخصصات مهما كان نوعها والأجور المستحقة عن العمل الإضافي " (٨٧٩).

الفرع الثاني : معايير تحديد السلم المتحرك للرواتب والأجور

ان طرق ومعايير تحديد الرواتب والأجور تطورت من التحديد الانفرادي الى الاتفاقيات الجماعية أي المساومة الجماعية أو من خلال القانون ، السلم المتحرك للرواتب والأجور هو نظام يستخدم لتحديد الرواتب والأجور في المؤسسات والشركات. ويتميز بأنه يتغير بشكل دوري وفقاً لمؤشرات الاقتصادية والتضخم، مما يضمن أن الرواتب والأجور تتكيف مع التغيرات في الاقتصاد. يعمل السلم المتحرك على تحديد الحد الأدنى والأقصى للرواتب والأجور في المؤسسة، ويتم تحديد الراتب الفعلي للعاملين بناءً على المؤهلات والخبرات والأداء. وعندما يحدث تغير في

٨٧٥- الطائي يوسف حجي والعبادي هاشم فوزي، إدارة الموارد البشرية : قضايا معاصرة في الفكر الإداري ، دار صفاء للنشر والتوزيع ، ط١ ، عمان ، ٢٠١٥م ، ص٨٣ .

٨٧٦- احمد الكردي ، نظام الأجور والحوافز ، مقال ، مجلة كلية التجارة جامعة الازهر ، ٢٠١٠م ، ص٣ .

٨٧٧- حماد محمد شطا ، النظرية العامة للأجور والمرتبات ، دار النشر ، مصر ، ١٩٨٢م ، ص١٨ .

٨٧٨- احمد زكي بدوي ، علاقات العمل في الدول العربية ، دار النهضة العربية للطباعة والنشر ، بيروت ، ١٩٨٥م ، ص١٨٢ .

٨٧٩- قانون العمل العراقي رقم ٣٧ لسنة ٢٠١٥م ، المادة (١) .

الظروف الاقتصادية يتم ضبط السلم المتحرك وتحديد الزيادات اللازمة للرواتب والأجور. ويهدف السلم المتحرك إلى تحسين العدالة في توزيع الرواتب والأجور بين العاملين، وضمان تحقيق العدالة الاجتماعية. وعند تنفيذه بشكل جيد، يمكن للسلم المتحرك أن يزيد من رضا العاملين ويحفزهم على الإنتاجية والابتكار. تختلف معايير السلم المتحرك للرواتب والأجور من بلد إلى آخر، ولكن بشكل عام تشمل هذه المعايير:

١. المؤهلات والخبرة: يتم تحديد الحد الأدنى والأقصى لكل فئة وظيفية بناءً على المؤهلات والخبرة المطلوبة للوظيفة.
 ٢. الأداء العام: يتم تقييم أداء العاملين بشكل دوري وتحديد الزيادات في الرواتب والأجور بناءً على الأداء العام لكل عامل.
 ٣. الزيادات السنوية: يتم تحديد نسبة زيادة في الرواتب والأجور سنويًا، ويتم تحديد هذه النسبة بناءً على المؤشرات الاقتصادية المحلية والعالمية ومعدل التضخم والأداء الاقتصادي العام.
 ٤. الإضافات والحوافز: يتم تقديم بعض الإضافات والحوافز الإضافية للعاملين الذين يحققون أداءً ممتازًا أو يقومون بمهام خاصة أو يتميزون بمهارات معينة.
 ٥. الحد الأدنى للأجور: يتم تحديد الحد الأدنى للأجور الذي لا يمكن لأي عامل أن يحصل عليه، ويتم تحديد هذا الحد الأدنى بناءً على قوانين العمل المحلية والتشريعات الوطنية والدولية.
 ٦. العلاوات الخاصة: يتم تحديد بعض العلاوات الخاصة لفئات وظيفية معينة، مثل الأطباء أو المعلمين أو الموظفين العسكريين أو الشرطيين، ويتم تحديد هذه العلاوات بناءً على المهام الخاصة والظروف العملية لهذه الفئات.
- ويمكننا أن نضع المعايير الأساسية لتحديد الرواتب والأجور بشكل مختصر كالآتي :

تقسيمات الأجور :-

- أ- تبعاً للمعيار المستخدم في التقييم :
 - ١- أجور عينية : تتمثل في الخدمات التي يقدمها صاحب العمل الى الأجراء مثل النقل والسكن .
 - ٢- أجور نقدية : هو المال الذي يدفع للعامل مقابل العمل .
 - ٣- أجور اسمية : هي كمية النقود التي يحصل عليها العامل مقابل العمل الذي يقدمه.
 - ٤- أجور حقيقية : تتمثل بحجم السلع والخدمات التي يمكن للفرد أن يحصل عليها نتيجة انفاقه للأجر الاسمي .
- ب- تبعاً لمعيار الدفع :
 - ١- أجور على اساس الوقت : وتدفع على اساس الوحدات الزمنية المحددة (شهر، يوم، ساعه) .

٢- أجور على اساس القطعة : يدفع للعامل مقابل انجاز جزء من العمل (٨٨٠).

تحديد الأجور :-

ويتم تحديد الأجور بعدة طرق وهي :

أ- الاتفاقيات الجماعية : حيث يمكن للاتفاقية الجماعية أن تعالج وتنظم وتقرر في هذا الشأن ما يلي :

- ١- مقاييس العمل بما فيها ساعات العمل وتوزيعها .
 - ٢- التصنيف المهني .
 - ٣- الأجور الأساسية الدنيا المطابقة .
 - ٤- المكافآت المرتبطة بالإنتاجية ونتائج العمل .
 - ٥- كفاءات مكافأة فئات العمال على المردود أي المنتج .
 - ٦- التعويضات المرتبطة بالأقدمية والساعات الإضافية وظروف العمل بما فيها تعويض المنطقة .
 - ٧- تحديد النفقات المصرفية
 - ٨- فترة التجريب والأشعار المسبق.
 - ٩- مدة العمل الفعلي التي تتضمن مناصب العمل ذات التبعيات الصعبة أو التي تتضمن فترات توقف عن النشاط .
 - ١٠- التغييبات الخاصة مثل زواج العامل ولادة مولود له كذلك زواج احد فروع ووفاته احد الأصول أو الفروع المشاركة في امتحانات اكااديمية أو مهنية .
 - ١١- الحد الأدنى من الخدمة في حالة الإضراب .
 - ١٢- ممارسة الحق النقابي.
 - ١٣- اجراءات المصالحة في حالة وقوع نزاع جماعي في العمل .
 - ١٤- مدة الاتفاقيات وكيفية تحديدها أو مراجعتها ، نقصها (٨٨١).
- ب- الحد الأدنى للأجر : وهو حد الكفاف الذي يحتاجه العامل لسد حاجاته الأساسية ، وهو لذلك اقرب ما يكون الى خط الفقر ومركز المعلومات دعم اتخاذ القرار ، وكما يعرف وفقاً لاتفاقية منظمة العمل الدولية رقم (٢٦) لسنة ١٩٧٠م، على انه " اقل دخل يتم تطبيقه على العمال للتأكد من أنهم يحصلون على حد أدنى من الحماية ، وذلك عند الدفع لهم فهو أقل مستوى مكافئة مسموح به سواء في الواقع العملي أو القانون ، وهذا ما تم تحديده في منظمة العمل الدولية في الاتفاقية رقم (٢٦) الخاصة بألية تثبيت الأجور ، كذلك الاتفاقية رقم (١٣١) الخاصة بالحد الأدنى للأجور ، هذا وتختلف معايير الحد الأدنى للأجور في الدول التي تراعيها ، ففي جنوب افريقيا تقتصر على المستوى العام للأجور وتحقق المستوى المرغوب فيه في التوظيف وتكاليف المعيشة ، في حين أن المجر بالإضافة لهذا المعيار فأنها تراعي معايير اضافية وهي : انتاجية اليد العاملة ، مزايا الضمان الاجتماعي ، احتياجات

٨٨٠- حسين عمر ، الموسوعة الاقتصادية ، دار الفكر العربي ، القاهرة، ١٩٩٢م، ص ٢٤.

٨٨١-د. طهاري خالد ، سياسة الأجور ودافعية المستخدمين ، رسالة ماجستير، جامعة وهران ، كلية العلوم الاقتصادية ، ٢٠٠٧م، ص ٨٢-٨٤.

العمال واسرهم ، أما اليابان فهي تراعي معايير فقط : تكلفة المعيشة ، والمستوى العام للأجور ^(٨٨٢) .

ج- الأجر العادل والأجر المعيشي : الأجر العادل ويمثل أعلى مستوى من الحد الأدنى للأجور ، كما يتحدد وفقاً لإمكانيات وقدرات الصناعة على الدفع والتأثير يتوقف على مستوى الأرباح ، في حين يتحدد الأجر المعيشي عند مستوى أعلى من الأجر العادل ، كما يقصد به " الأجر الكافي لتوفير الرعاية الصحية والحماية من الأمراض والرفاهية والتعليم للأطفال " ، ^(٨٨٣) .

الحد الأدنى للراتب :

ويقصد بالحد الأدنى للراتب على أنه " المبلغ الذي بدونه لا يمكن الوفاء بالحاجات الفردية والاجتماعية التي لا غنى للإنسان عنها " ^(٨٨٤) . ويلاحظ من خلال التعريف أنه قاصر ولم يقوم بتحديد الجهة التي تقوم بحديد هذا المبلغ ، وقد حاولت بعض التشريعات وضع تعريف للحد الأدنى ، منها بلجيكا حيث حاولت اللجنة الملكية الدائمة للرواتب أن تضع حد أدنى عملي لتحقيق الدالة الاجتماعية ، وفي سنة ١٩٢٧م عرفت اللجنة الأجر الأدنى الحيوي على أنه " جملة الموارد المهنية الضرورية للموظف الأعزب لتغطية كل النفقات المناسبة لحالته الاجتماعية " ^(٨٨٥) .

وقد ذهب المشرع المصري في دستور جمهورية مصر لعام ٢٠١٤م في نص المادة (٢٧) على أنه " .. يلزم النظام الاقتصادي اجتماعياً بضمان تكافؤ الفرص والتوزيع العادل لعوائد التنمية وتقليل الفوارق بين الدخل والالتزام بحد أدنى للأجور والمعاشات يضمن الحياة الكريمة و بحد أقصى في أجهزة الدولة لكل من يعمل بأجر وفقاً للقانون " ^(٨٨٦) .

أما المشرع العراقي فقد ذكره في الدستور لعام ٢٠٠٥م النافذ في نص المادة (٢٨) البند ثانياً على أنه " يعفى اصحاب الدخل المنخفضة من الضرائب بما يكفل عدم المساس بالحد الأدنى اللازم للمعيشة وينظم ذلك بقانون " ^(٨٨٧) . حيث نجد أن المشرع العراقي لم يفرد نص صراحة يحدد فيه الالتزام بالحد الأدنى للمعيشة كما فعل المشرع المصري ذلك ، كما لم يرق المشرع العراقي بتنظيم قانون يبين ما هو الحد الأدنى الذي يتعين على الإدارة الالتزام بتحديد الحد الأدنى لمستوى الرواتب والأجور ، فنجد المشرع العراقي في قانون العمل النافذ رقم (٣٧) لسنة ٢٠١٥م ، قام بتحديد الحد الأدنى للأجور في القطاع الخاص في نص المادة (٦٢) البند أولاً

^{٨٨٢} - مركز المعلومات ودعم اتخاذ القرار ، نحو سياسة متكاملة للأجور في مصر ، سلسلة اراء في السياسة العامة ، ١٤ ، ٢٠١١م ، ص ٤ .

^{٨٨٣} - احمد محمد حسين ، علاقة الأجور بالتضخم والإنتاجية في الاقتصاد المصري ، مقال ، مجلة البحوث التجارية ، ج ٣٩ ، ١٤ ، ٢٠١٧م ، ص ١٠ .

^{٨٨٤} -كوثر حازم سلطان ، امتيازات الموظف واثرها على فاعلية الإدارة دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير ، كلية الحقانون ، جامعة بغداد ، ٢٠٠٠م ، ص ٦٥ .

^{٨٨٥} -د. حماد محمد شطا ، النظام القانوني للأجور والمرتبات في الوظيفة العامة ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٧٩م ، ص ٥٤ .

^{٨٨٦} -الدستور المصري لعام ٢٠١٤م ، المادة (٢٧) .

^{٨٨٧} - الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥م ، المادة (٢٨) .

على " ..وفي جميع الأحوال لا يجوز أن يقل اجر العامل عن الحد الأدنى للأجر المقرر قانوناً "

لذا هناك معايير اساسية لغرض تحديد الحد الأدنى وهي :

١- المعيار المادي :

الزيادة في الرواتب و الأجور : هذه الزيادة في كثير من الأحيان تأتي لتعويض الموظف عن قوة أجرته الشرائية ، وذلك نتيجة لارتفاع في مستوى الأسعار ، وهذا الأجراء المتعارف عليه باسم مقياس الرواتب والأجور بالأسعار ، إعادة التقويم هذه غير مرتبطة بموضوع الإنتاجية ، بالتالي لا يرجى من هذه الزيادات في الرواتب والأجور الأسمية أي تأثير ايجابي على مستوى الإنتاجية وزيادة معدلاته .

الزيادة العامل في الأجور غالباً ما تلجأ السلطة اليها لإقرار زيادة عامة للأجور لكل القطاعات نتيجة أما لتدهور مستوى المعيشة أو التحسن المسجل في الدخل الوطني . الزيادة الدورية قياساً لبعض المعطيات ، وعندما لا تسمح الميزانية تحمل الأثر المالي الناجم عن النظام المعتمد ، يقرر إجراء زيادات اجرية بشكل دوري في مواعيد محددة دون ربطها بمؤشرات الإنتاج أو الإنتاجية ، مما يؤدي الى نتائج سلبية، فلا تحقق الفعالية ولا تعد حافزاً^(٨٨٨) .

٢- المعيار الاجتماعي :

يدخل في تحديد مقدار الراتب اعتبارات اجتماعيه ، فليس تحديده مقابل العمل فقط ، وذلك لضمان حصول الموظف على راتب يغطي كل احتياجاته الضرورية بما فيها متطلبات اسرته المكلف برعايتهم واعالتهم ، مما يعني ملائمة الراتب مع الاحتياجات المعيشية^(٨٨٩) ، حيث يعد المعيار الاجتماعي من المعيار الاوسع نطاقاً من المعيار الأول ، وذلك بذهابه الى ضمان الحد الأدنى للراتب اضافة الى تكاليف الوجود ، بالتالي يضمن اشباع المتطلبات التعليمية والثقافية والقدرة على الرفاهية ، على أ، يكون ذلك في اطار المستوى الاقتصادي والاجتماعي للبلد .

تنظيم الحد الأدنى للراتب في التشريع العراقي : في البداية يمكن لنا ان نثير بعض التساؤلات هل أن المشرع العراقي نص على حد ادنى للرواتب في القوانين الخدمة النافذة؟ ، وما الاساس الذي كيف عليه هذا الحد؟، وهل يتناسب ذلك مع الوضع الاقتصادي السائد؟، وهل يمكن سريان هذا على قانون العمل؟.

في البداية لا بد لنا أن نبين أن المشرع العراقي لم يقيم بتشريع قانون للحد الأدنى أو النص على الحد الأدنى للراتب ، كما في قانون العمل رقم (٣٧) لسنة ٢٠١٥م ، اذ نص على الحد الأدنى لأجور العمال في القطاع الخاص . عليه يمكن الاستناد الى المعايير التي أعتمدها المشرع في تحديد الحد الأدنى للأجور في قانون العمل ، لتحديد الحد الأدنى لراتب الموظف في القطاع العام،بالإضافة الى أدراج نظام السلم المتحرك مع معايير له لأعاده تقييم الرواتب والأجور وهي :

^{٨٨٨} -السلمي علي ، إدارة الموارد البشرية ، مكتبة دار الحديث ، القاهرة ، مصر ، ٢٠٠٠م ، ص٣٠٨-٣٠٩ .

^{٨٨٩} -د. يوسف الياس ، الحد الأدنى للأجور (دراسة اقتصادية قانونية ، مؤسسة الثقافة العالمية ، بغداد ، ١٩٨٠م ، ص ٦٠ .

١- تعديل آلي عند كل تغيير يطرأ على المؤشر المعتمد وهذا مطبق في فرنسا إذ يتم تحديد الحد الأدنى اللازم للمعيشة والمسمى بالسّميك وربط الرواتب به، فإذا ارتفع بنسبة معينة زادت الرواتب بنفس النسبة، وبهذا تبقى الرواتب محافظة على قوتها الشرائية.

٢- تعديل الرواتب في فترات ثابتة وعلى وفق التغييرات التي يسجلها المؤشر.

٣- تعديل الرواتب بمجرد تجاوز المؤشر عتبة معينة.

حيث أن الأساس الذي يكيف عليه الحد الأدنى للرواتب في العراق هي الاعتبارات الاقتصادية ونسبة التضخم عند وضع تلك الحدود، حيث بين قانون رواتب موظفي الدولة والقطاع العام في نص المادة (٣/ثانياً) على أنه " لمجلس الوزراء تعديل مبالغ الرواتب المنصوص عليها في جدول الرواتب الملحق بهذا القانون في ضوء ارتفاع نسبة التضخم لتقليل تأثيرها على المستوى المعيشي العام للموظف " ^(٨٩٠) والملاحظ على النص المذكور انه لم يجعل التعديل وجوبياً بل جوازياً خاضعاً للاختصاص التقديري لمجلس الوزراء كما ان التعديل يتعلق بالزيادة حسب لأنها قرينة ارتفاع نسبة التضخم وبالتالي لا يجوز لمجلس الوزراء انقاص الرواتب التي نص عليها الجدول المذكور. اما قانون التقاعد الموحد لسنة ٢٠١٤ المعدل فإنه نص في المادة (٣٦) منه على ان " تزداد بقرار من مجلس الوزراء الرواتب التقاعدية كلما زادت نسبة التضخم السنوي على ان لا تكون الزيادة اكثر من نسبة التضخم" والذي يسجل حسنة للنص المذكور انه جاء بصيغة الأمر فلم يجعل الزيادة جوازيه كما بالنسبة لرواتب الموظفين مما يعني ان على مجلس الوزراء زيادة الرواتب التقاعدية كلما زادت نسبة التضخم الا ان اخذ التضخم مقياساً للزيادة غير دقيق ولهذا فإن الزيادات التي منحت للرواتب التقاعدية اقتصرت على زيادة الحد الأدنى لها ولم تشمل الرواتب التي تزيد عليه وكأنها لم تتأثر بالتضخم السنوي. ان اسلوب زيادة رواتب الموظفين والمتقاعدين والذي اشار اليه القانونان المذكوران ليس دقيقاً ولا يستند على اسس علمية متينة بل تم في بعض الاحيان بشكل عشوائي . وعليه فإنه السلم المتحرك للرواتب والأجور سيضمن العدالة القانونية لجميع الموظفين والعاملين تماشياً مع المعايير الثابتة والمحكمة . يشير السلم المتحرك للرواتب والأجور إلى نظام تحديد الرواتب والأجور يتم فيه تحديث قيم هذه الرواتب والأجور بشكل دوري على أساس عوامل محددة مثل معدل التضخم ومؤشرات الأسعار ومستوى العائد الاقتصادي والتنافسية في السوق. وتترتب على هذا النظام عدة آثار، ومن أهمها:

١- تعزيز الشفافية والعدالة في تحديد الرواتب والأجور: حيث يتم تحديد الرواتب والأجور بشكل دوري وشفاف على أساس عوامل محددة، وبالتالي يمكن للموظفين والعاملين بالشركات أن يعرفوا بدقة قيمة رواتبهم وأجورهم.

^{٨٩٠} قانون رواتب موظفي الدولة والقطاع العام رقم ٢٢ لسنة ٢٠٠٨م، المادة (٣).

- ٢- تحفيز الإنتاجية والجودة: حيث يحصل العاملون على مكافآت وزيادات في الأجر بناءً على أدائهم المتميز وتحقيقهم للأهداف المرجوة، مما يحفزهم على تحسين جودة عملهم وزيادة إنتاجيتهم.
- ٣- تقليل الاختلافات بين الرواتب والأجور: حيث يتم تحديد قيم الرواتب والأجور بشكل موحد ومتساوي على أساس عوامل محددة، وبالتالي يتم تقليل الاختلافات بين الرواتب والأجور في نفس المؤسسة أو القطاع.
- ٤- زيادة الاستقرار وتقليل الانحرافات: حيث يعمل السلم المتحرك للرواتب والأجور على تحفيز العاملين وزيادة دخلهم، مما يؤدي إلى زيادة مستوى الحياة والرفاهية، وبالتالي تقليل احتمالية حدوث الانحرافات الاجتماعية والاقتصادية في المجتمع.
٥. زيادة الإنتاجية: يؤدي السلم المتحرك للرواتب والأجور إلى زيادة الإنتاجية وتحسين جودة العمل، حيث يتم تحفيز العاملين على العمل بجهد أكبر لتحقيق مكافآت مالية أفضل.
٦. تحفيز الإبداع والابتكار: يشجع السلم المتحرك للرواتب والأجور العاملين على العمل بشكل أكثر ابتكاراً وإبداعاً، حيث يمنحهم حافزاً لتحقيق الأهداف بأفضل طريقة ممكنة.
٧. زيادة رضا الموظفين: يشعر الموظفون بالرضا الأكبر عن عملهم عندما يتلقون مكافآت مالية تعكس الجهد الذي يبذلونه. ويؤدي ذلك إلى زيادة الولاء للشركة وتقليل معدل الاستقالات.
٤. تحفيز التعلم والتدريب: يحث السلم المتحرك للرواتب والأجور الموظفين على تحسين مهاراتهم والحصول على تدريب إضافي لتحسين أدائهم وزيادة فرصهم للحصول على مكافآت مالية أفضل.
٨. تحسين الأداء المؤسسي: يؤدي السلم المتحرك للرواتب والأجور إلى تحسين جودة العمل. ويمكن أن يؤدي ذلك إلى زيادة الإنتاجية.
٩. يشير السلم المتحرك للرواتب والأجور إلى نظام يعتمد على تحديث مستمر للرواتب والأجور وفقاً لمؤشرات اقتصادية محددة، مثل معدل التضخم أو معدلات النمو الاقتصادي.

الخاتمة

قمنا بهذا البحث بيان تعريف السلم المتحرك للرواتب والأجور كما وضعنا تعريف الرواتب والأجور كذلك المعايير التي تقيم بها وتوضع على أساسها ، وما هو موقف المشرع العراقي منها مع المقارنة ببعض الدول ، وقد توصلنا الى أهم الاستنتاجات والتوصيات التي يمكن أجمالها لما يلي :

أولاً :- الاستنتاجات :

- ١- يمثل الراتب والأجر المردود المادي الملموس للعمل الوظيفي والأساس الذي يعتمد عليه الموظف والعامل في تسيير اموره واحتياجاته.
- ٢- استنتجت دراستنا أن هناك قصور تشريعي واضح في مسألة تنظيم قانون للحد الأدنى للرواتب .
- ٣- أن معايير تقييم الرواتب والأجور لم تكن محددة .
- ٤- أن المشرع العراقي لم يجعل التعديل للرواتب وجوبياً بل جوازياً خاضعاً للاختصاص التقديري لمجلس الوزراء كما ان التعديل يتعلق بالزيادة حسب لأنها قرينة ارتفاع نسبة التضخم وبالتالي لا يجوز لمجلس الوزراء انقاص الرواتب التي نص عليها في المادة (٣/ثانياً) من قانون رواتب موظفي الدولة والقطاع العام لسنة ٢٠٠٨ المعدل. اما قانون التقاعد الموحد لسنة ٢٠١٤ المعدل فإنه في نص المادة (٣٦) منه جاء بصيغة الأمر فلم يجعل الزيادة جوازيه كما بالنسبة لرواتب الموظفين مما يعني ان على مجلس الوزراء زيادة الرواتب التقاعدية كلما زادت نسبة التضخم الا ان اخذ التضخم مقياساً للزيادة غير دقيق ولهذا فإن الزيادات التي منحت للرواتب التقاعدية اقتصرت على زيادة الحد الأدنى لها ولم تشمل الرواتب التي تزيد عليه وكأنها لم تتأثر بالتضخم السنوي.
- ٥- هنالك معايير اجتماعية يجب أخذ الاعتبار بها عند تحديد الرواتب والأجور وإعادة تقييمها ، مثل احتياجات العمال وأسرهم ونفقات المعيشة وقدرة المؤسسة على الدفع النقدي .

ثانياً :- المقترحات :

- ١- ان الزيادات في رواتب الموظفين والأجور يجب ان لا تكون عشوائية وتحدث في فترات متباعدة بل لا بد من ربطها بمعايير علمية بحيث تقترن بمستوى المعيشة في البلد، فاذا ارتفع المستوى المعيشي بنسبة معينة زادت الرواتب بنفس النسبة وبهذا وليس بغيره يحافظ الموظف على مستواه المعيشي فلا يتأثر بأفة التضخم وارتفاع الاسعار.
- ٢- ندعو المشرع العراقي الى الأخذ بالسلم المتحرك للرواتب والأجور وربطه بمعايير علمية سليمة حتى تكون الزيادات في الرواتب والأجور استحقاقاً قانونياً وليس منة تضمن للموظف والمتقاعد عيشاً هائلاً كريماً يليق به .
- ٣- يفترض ان يكون سلم الرواتب والأجور جزءاً من قانون خدمة مدنية موحد ، اذ ليس مقبولاً عقلاً ومنطقاً ان يكون هناك قانون تقاعد موحد في حين تبقى القواعد المنظمة للوظيفة العامة مبعثرة بين عدة قوانين وأنظمة وتعليمات .

المصادر والمراجع

أولاً :- المعاجم والكتب :

١. احمد زكي بدوي ، علاقات العمل في الدول العربية ، دار النهضة العربية للطباعة والنشر ، بيروت ، ١٩٨٥م.
٢. حسين عمر ، الموسوعة الاقتصادية ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٩٢م .
٣. حماد محمد شطا ، النظرية العامة للأجور والمرتبات ، دار النشر ، مصر ، ١٩٨٢م.
٤. حماد محمد شطا ، النظام القانوني للأجور والمرتبات في الوظيفة العامة ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٧٩م .
٥. السلمي علي ، إدارة الموارد البشرية ، مكتبة دار الحديث ، القاهرة ، مصر ، ٢٠٠٠م.
٦. الشرعة عطاالله محمد ، وسنجد غالب محمود ، إدارة الموارد البشرية الاتجاهات الحديثة وتحديات الألفية الثالثة ، الدار المنهجية للنشر والتوزيع ، ط١ ، عمان ، ٢٠١٥م.
٧. الطائي يوسف حجي والعبادي هاشم فوزي، إدارة الموارد البشرية : قضايا معاصرة في الفكر الإداري ، دار صفاء للنشر والتوزيع ، ط١ ، عمان ، ٢٠١٥م.
٨. محمد فؤاد مهنا ، سياسة الوظائف العامة وتطبيقاتها ، دار المعارف ، القاهرة ، ١٩٦٧م .
٩. المعجم الوسيط ، مكتبة الشروق الدولية ، ٢٠٠٤م.
١٠. يوسف الياس ، الحد الأدنى للأجور (دراسة اقتصادية قانونية ، مؤسسة الثقافة العالمية ، بغداد ، ١٩٨٠م .

ثانياً :- الرسائل والمقالات :

- ١- احمد الكردي ، نظام الأجور والحوافز ، مقال ، مجلة كلية التجارة جامعة الازهر ، ٢٠١٠م .
- ٢- احمد محمد حسين ، علاقة الأجور بالتضخم والإنتاجية في الاقتصاد المصري، مقال ، مجلة البحوث التجارية ، ج٣٩ ، ١٤ ، ٢٠١٧م.
- ٣- طهاري خالد ، سياسة الأجور ودفاعية المستخدمين ، رسالة ماجستير، جامعة وهران ، كلية العلوم الاقتصادية ، ٢٠٠٧م .
- ٤- صبري جلي ، الأجور الحافزة ودورها في تحقيق الرضا الوظيفي لدى الموظف العام في النظامين الإداري الوضعي والإسلامي ، مقال ، مجلة كلية الشريعة والقانون جامعة بطنطا، ج٣٤ ، ٤٤ ، ٢٠١٩م .
- ٥- كوثر حازم سلطان ، امتيازات الموظف واثرها على فاعلية الإدارة دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير، كلية القانون ، جامعة بغداد، ٢٠٠٠م.
- ٦- يونس علي حمد ، تحليل وقياس الرفاهية وعلاقتها بعدالة توزيع الدخل في مدينة كركوك لسنة ٢٠٠٩م ، مقال ، مجلة الادارة والاقتصاد ، ٨٣ع ، ٢٠١٠م.

ثالثاً :- الدساتير والقوانين والأوامر والقرارات :

- ١- الدستور المصري لعام ٢٠١٤ م .
- ٢- الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ م.
- ٣- قانون رواتب موظفي الدولة والقطاع العام رقم ٢٢ لسنة ٢٠٠٨ م.
- ٤- قانون العمل العراقي رقم ٣٧ لسنة ٢٠١٥ م.
- ٥- امر سلطة الائتلاف رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٣ م الملغي ، منشور في الوقائع العراقية بالعدد ٣٩٧٩ في ٢٠٠٣/٩/٨ .
- ٦- قرار الهيئة العامة بصفتها التمييزية رقم ٤٠٨/انضباط / تمييز / ٢٠١٠ م في ٢٠١٠/٨/١٩ ، مجموعة قرارات وفتاوى مجلس الدولة العراقي لسنة ٢٠١٠ م.
- ٧- مركز المعلومات ودعم اتخاذ القرار ، نحو سياسة متكاملة للأجور في مصر ، سلسلة اراء في السياسة العامة ، ١٤ ، ٢٠١١ م.

رابعاً :- المواقع الإلكترونية :

- ١- مقترح ممثل اتحاد خبراء الغرف الاوروبية في بيروت د. نبيل بو غنطوس ، ينظر الموقع التالي :

<https://www.lebanonfiles.com/articles>

٢- ينظر الموقع التالي : <https://www.nna-leb.gov.lb/ar/economy>

٣- ينظر الموقع التالي : <https://www.alaraby.co.uk>

خامساً :- المصادر الأجنبية :

- 1- Badu, Daniel (2011), " Budgeting and Budgetary control at Ernest Chemist, Accra, Ghana " Thesis submitted to gain the degree of master in Business management , Laurea University of Applied Sciences .
- 2-Armstrong, Michael (2008), "Human Resources Management Practice" 10th Ed, Kogan page, London .