جامعة البصرة

كلية القانون

التحديات المعاصرة

وأثرها على الحركة التشريعية في العراق

وقائع المؤتمر العلمي الوطني الرابع لكلية لقانون بالاشتراك مع كلية شط العرب الجامعة

الخميس الموافق ٢٠١٨/٣/٢٩

المحتويات:

ت	العنوان		صفحة
أ	تقديم		٣
ب	لجان المؤتمر		٤
ج	عنوان البحوث	أسم الباحث	
١	مخالفة القانون لأحكام ميراث البنت في الشريعة الاسلامية	أ.د.عبد الباسط عبد الصمد أحمد	٥
٢	مدى إمكانية تعديل دستور جمهورية العراق لسنة٢٠٠٥	أ.د. ساجد أحميد عبل الركابي	٩
٣	دور الصياغة القانونية السليمة في التطبيق العادل للقانون	أ.د. عقيل فاضل حمد الدهان	٣٨
٤	قانون الاحوال الشخصية النافذ ..بين الطموح والواقع	١-أ.د. حيدر حسين الشمري ٢-د.عدنان هاشم الشروفي	٦٩
٥	الجرائم المعاصرة (دراسة في ذاتية المصلحة المحمية)	أ.م.د. فراس عبد المنعم عبد الله	٧٧
٦	عدالة السماحات القانونية في قانون ضريبة الدخل العراقي رقم ١١٣ لسنة ١٩٨٢ المعدل	أ.م.د.بان صلاح عبد القادر	١٠٦
٧	إجراءات إسترداد الاموال محل جرائم الفساد في التشريع العراقي - دراسة مقارنة	أ.م.د. مازن خلف ناصر	١١٩
٨	الإثبات الضريبي (دراسة عبء الإثبات في المنازعات الضريبية)	أ.م.د. عباس مفرج فحل	١٥٨
٩	القانون الواجب التطبيق على إثبات الجنسية	١-أ.م.د. جواد كاظم جواد سميسم ٢--أ.م.د. أحمد حسين جلاب	١٧٣
١٠	أثر العنصر النفسي في تنفيذ العقد - دراسة مقارنة في القانونين العراقي والإنكليزي	١-أ.م.د. حسين عبد القادر معروف ٢-م.م. ماجد مجباس حسن	١٩٩
١١	الرقابة القضائية على تعديل الدستور – دراسة مقارنة	١-أ.م.د. سامر مؤيد عبد اللطيف ٢-م.م.صفاء محمد عبد	٢٢٥
١٢	التحديات أمام إنضمام العراق الى منظمة التجارة العالمية - دراسة قانونية تحليلية	١-أ.م.د. نظام جبار طالب ٢-د.سنان عبد الحمزة تايه	٢٦٥
١٣	جهاز كشف الكذب وحجية إستعماله في التحقيق الجنائي	أ.م.د. غازي حنون خلف	٢٨٦
١٤	الإستئناف المثار – دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي	أ.م. أسعد فاضل منديل	٣١٣
١٥	الإجراءات الجنائية والدولية لمكافحة الفساد الإداري في العراق بعد ٢٠٠٣	١-د. أميل جبار عاشور ٢-د.محمد سلمان محمود	٣٢٦
١٦	قيود تعديل دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥	م.د. غانم عبد دهش	٣٥٩
١٧	تقنين قواعد القانون الدولي القانون خاص العراقي – ضرورة حقيقة أم ترف تشريعي ؟	م. د. نافع بحر سلطان	٣٨٤
١٨	مدى فعّالية نظام المسؤولية التعاقدية في القانون المدني العراقي - دراسة في ضوء التطبيق العملي لأحكام القضاء العراقية مقارنة مع القوانين الانكلواميركية	م. د. علي حسين منهل	٤٢٩
١٩	الإطار القانوني لتغيير جنس الإنسان	م. إعتدال عبد الباقي يوسف	٤٥٨
٢٠	دراسة دستورية للنصوص المتعلقة بعلاقة الحكومة الإتحادية بالإقليم والمحافظات غير المنتظمة بإقليم	م.وهج خضير عباس م.سهى زكي نوري	٥١٢
٢١	سبل الحد من منح الإقامة التكسبية في القانون العراقي – دراسة مقارنة	م.أسيل عمر مسلم	٥٣٥
٢٢	دور الرقابة السابقة على الإنفاق في الحد من الفساد المالي في العراق	١-م. كاظم جعفر شريف ٢-م.م. زينب عبد الكاظم حسن	٥٦٤
٢٣	أثر التشريعات المصرفية على السياسة النقدية والنظام المصرفي العراقي ما بعد ٢٠٠٣ قانون المصارف العراقي رقم (٩٤ لسنة ٢٠٠٤) إنموذجاً	م.م. أكرم تحسين الدخيلي	٦٠٣
٢٤	التنظيم القانوني للتطبيب عن بعد	١-م.م. إسراء جمعة عبد الحسن ٢-م.م.باسم محمد عبد الإمام	٦١٩
د	التوصيات	-	٦٤٩

تقديم:

يواجه المجتمع جملة من التحديات المعاصرة الاقتصادية والسياسية والاجتماعية والثقافية وغيرها من التحديات والتي تمس جوهر الحياة في ذلك المجتمع. فلابد من مواجهة تلك التحديات في المجتمع وبما يرتبط بتلك الجوانب المختلفة والتي يجب أن يؤطر بإطار قانوني يجعل منها حلا سليما في مواجهة تلك التحديات.

من المعروف ان القواعد القانونية بمختلف مصادرها إنما تحكم حياتنا اليومية بمختلف تفاصيلها وجوانبها ، وان اهم مصادر القانون وأكثرها شيوعا هو التشريع العادي وكذلك التشريع الفرعي من انظمة وتعليمات لذا فان مواجهة أي صعوبات تحكم تنظيم المجتمع لابد أن تركز على تلك التشريعات مع عدم اغفال الدستور بوصفه القانون الاعلى في الدولة وبما يحقق التنمية الاقتصادية والاجتماعية والسياسية والثقافية والعلمية والإدارية وبناء دولة مدنية يحكمها القانون والنظام وتكون فيه المواطنة والمساواة امام القانون هي الاساس لتحقيق العدالة الاجتماعية.

التحديات المعاصرة التي يعيشها العالم بشكل عام والعراق بشكل خاص ألقت بظلالها على الواقع العراقي حيث يعتري الكثير من تشريعاته النقص والقصور والغموض والتعارض والتشتت، فضلا عن عدم مواكبة تلك التحديات المعاصرة ، وهذا يشمل التشريعات الدستورية والإدارية والمالية والمدنية والتجارية والاقتصادية والقضائية والإجرائية والالكترونية والطبية وغيرها ، والذي يعيق التطور والنمو والنهوض في المجتمع ، لذا كان هذا المؤتمر الوطني الرابع لكلية القانون بالإشتراك مع كلية شط العرب الجامعة والذي يهدف الى دراسة القوانين العراقية بشكل عام والتركيز على وسائل مواجهة التحديات المعاصرة ومعالجة جوانب التخلف والقصور والغموض التي تعتري التشريعات العراقية النافذة وإيجاد الحلول لكل تلك المشاكل التشريعية والعمل على ايصالها الى اصحاب القرار في السلطتين التشريعية والتنفيذية أملا في الاخذ بها وجعلها واقعا ملموسا في حل المشاكل ومواكبة تلك التحديات المعاصرة وإيجاد الحلول المناسبة والتي توائمها وصولا الى خلق بلد مستقر آمن يسوده العدل والمساواة وينعم أبناؤه بالعيش بسلام ورفاه.

الإشراف العام على المؤتمر:

الأستاذ الدكتور محمد علي عبد الرضا عفلوك — عميد كلية القانون / جامعة البصرة

الأستاذ المساعد الدكتور ميثم حنظل شريف — عميد كلية شط العـــــرب الجامعة

لجان المؤتمر:

اللجنة التحضيرية للمؤتمر:

الاسم	الصفة
الأستاذ جاسم خريبط خلف	رئيس قسم القانون-كلية شط العرب
الأستاذ الدكتور غني ريسان جادر	رئيس فرع القانون الخاص-كلية القانون
الأستاذ المساعد منقذ عبد الرضا علي	معاون العميد للشؤون الإدارية – كلية القانون
الأستاذ المساعد جاسم محمد حسن	رئيس قسم اللغة الانكليزية-كلية شط العرب
الأستاذ المساعد الدكتور يوسف عودة غانم	تدريسي-كلية القانون
الأستاذ المساعد الدكتور غازي حنون خلف	تدريسي-كلية القانون
الدكتور براق جواد سوادي	تدريسي-كلية شط العرب
السيد لؤي خليل الكطراني	مسؤول الإعلام-كلية القانون

اللجنة العلمية للمؤتمر:

الاسم	الصفة
الأستاذ الدكتور عقيل فاضل الدهان	معاون العميد للشؤون العلمية-كلية القانون
الأستاذ المساعد الدكتور سليم نعيم خضير	رئيس فرع القانون العام-كلية القانون
الأستاذ عماد فاضل ركاب	تدريسي-كلية القانون
الاستاذ المساعد الدكتور رائد صيوان عطوان	تدريسي-كلية القانون
الاستاذ المساعد الدكتور عبد الكريم خالد عناية	تدريسي-كلية القانون

التصحيح اللغوي: أ.م.د. عبد الكريم خالد عناية و أ.م. حسام أحمد هاشم

عنوان البحث	مخالفة القانون لأحكام ميراث البنت في الشريعة الاسلامية
اسم الباحث	الاستاذ الدكتور عبد الباسط عبد الصمد أحمد
جهة الانتساب	كلية القانون/ جامعة البصرة

عند بزوغ الاسلام تأسس نظام الميراث القائم على مبادئ اساسية فقال سبحانه وتعالى ((للرجال نصيب مما ترك الوالدان والاقربون وللنساء نصيب مما ترك الوالدان والأقربون مما قل منه او كثر نصيبا مفروضا)) النساء /٧.

وقد بين سبحانه ميراث البنت في قوله جل من قائل (يوصيكم الله في اولادكم للذكر مثل حظ الانثيين فان كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك وان كانت واحدة فلها النصف...)النساء/١١

اذن ميراث البنت في الشريعة الاسلامية يكون تطبيق القاعدة للذكر ضعف الانثى او للذكر مثل حظ الانثيين وهو ماعليه الجميع حتى قانونا.

اما اذا وجدت بنت واحدة فلها النصف ،واكثر الثلثان. اما في قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل فقد نصت المادة ٩١/ف٢ على مايلي : (تستحق البنت او البنات في حالة عدم وجود ابن للمتوفى ماتبقى من التركة بعد اخذ الابوين والزوج الاخر فروضهم منها، وتستحق جميع التركة في حالة عدم وجود أي منهم)

وهذه الفقرة وفقا للتعديل الثاني لسنة ١٩٧٨ ونجد ان هذا النص مخالف للشريعة الاسلامية وللفقه الاسلامي من وجهيين :

اولا: – جعلها المشرع العراقي ترث الباقي بعد أن يأخذ الوالدان نصيبها فجعلها ترث بالقرابة لا بالفرض كما امر الله تعالى. فلو ترك شخص بنتا واما فللبنت شرعا (٢/١) وللام (٦/١)

وترد المسالة الى اربعة للام الربع

وللبنت ثلاثة ارباع ٣+١ = ٤

٦

وهذا مجمع عليه عند الفقهاء كافة والقائلين بالرد منهم .

أما قانونا للام فقط (٦/١) والباقي (٦/٥) للبنت وكذلك لو افترضنا بدل الام اباً ،للبنت (٢/١) وللاب(٦/١) وترد الى اربعة تقسم ارباعا بالفرض وبالرد عند الفقه الجعفري.

اما الحنفي للبنت (٢/١) فقط والأب (٦/١)+ق أي التركة مناصفة بينهما .

اما في القانون لا يؤخذ الاب إلا فرضه فقط وهو سهم واحد(٦/١) والباقي (٦/٥) للبنت ولو اجتمعت البنت مع الابوين ففي الفقه الجعفري للبنت (٢/١) وللاب (٦/١) وللام (٦/١) وترد المسالة الى خمسة اسهم توزع اخماسا

٣+١+١ =٥ سهم

٦

وفي الفقه الحنفي (٢/١) (٦/١) للام

(٦/١)+ق للاب

٣+١+١+ق = ٦

٦ ٦

اما القانون فللبنت الباقي :-

ق+١+١ = ٤+١+١

٦ ٦

أي يكون للبنت ٤ = ٢

٦ ٣

والأب والأم لهما (٣/١) التركة

ثانياً:- جعل القانون البنت بمثابة الابن لها الباقي وليست بصاحبة فرض .

ثالثا:- لايرث مع البنت في القانون الا (احد الزوجين والابوان، وابن المتوفى) ونقول لو افترضنا الورثة ابن ابي اب فللجد سهم (٦/١) والباقي للابن، ولوقلنا بدل الابن بنت وابي اب فلاشئ للجد، وعليه يكون القانون قد جعل البنت ليس بمثابة ابن هنا بل هي اقوى من الابن وهذا عند الفقه الحنفي .

وبعد الختام نقول أن نصوص القانون معظمها يعتريها النقص في بنيانه الهيكلي ويحتاج الى دراسة مواده بشكل عام وقضايا الارث بشكل خاص .

كما نوصي بتوحيد الاحكام القانونية المتعلقة بميراث المرأة بشكل عام والبنت بشكل خاص وجعلها منضبطة على الجميع دون تمييز بين امراه وأخرى من اهل الدين الواحد .

والله من وراء القصد وهو ولي التوفيق

عنوان البحث	مدى إمكانية تعديل دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥
اسم الباحث	الاستاذ الدكتور ساجد أحميد عبل الركابي
جهة الانتساب	كلية القانون/ جامعة البصرة

مقدمة:

تتأثر الدساتير على العموم، وهي قواعد تنظيمية تبيّن طريقة ممارسة السلطة من قبل القابضين عليها، بالظروف الاجتماعية والسياسية والاقتصادية وحاجات المجتمع مما يستدعي سُنة التطور التغيير والتعديل. إن فكرة التعديل اقترنت مع ظهور الدساتير واستقرت قواعدها مع استقرارها، ذلك أن القواعد الدستورية وإن كانت تتمتع بالسمو على باقي القواعد القانونية في الدولة، فإنها ليست سرمدية خالدة إنما هي قابلة للتعديل بما ينسجم مع الأوضاع القائمة في الدولة، وتطور مجتمعها وحاجات مكوناتها الاجتماعية.

التعديل هو تغيير جزئي لأحكام الدستور ونصوصه ويتم من خلال سلطة مختصة بالتعديل وعلى وفق إجراءات معينة، بإضافة نصوص أو بحذف أو بإلغاء بعضها أو بتبديل أو تغيير مضمون بعضها، لمسايرة قوانين التطور والأفكار الجديدة في المجتمع، ولإكمال النقص في التشريع. إلا أن عملية التعديل الدستوري تختلف إجراءاتها من دستور إلى آخر، فيما إذا كان ذلك الدستور مرناً أم جامداً، والمعضلة الأساسية في دراسة إجراءات التعديل ومعرفة مديات التعقيد فيها تتمثل في الدساتير الجامدة، وخاصةً دساتير الدولة والأنظمة السياسية الاتحادية المركزية (الفيدرالية) التي تتوخى حفظ حقوق الأجزاء المكونة للدولة الاتحادية القانونية والإدارية فضلاً عن المكونات الاثنية والقومية والدينية والأقليات الموجودة فيها مستندة على فكرتي التوازن والمشاركة أو الاشتراك في صياغة الدستور وتطبيقه ومن ثم تعديله، وهو الأمر الذي ينطبق على دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥، فهو دستور جامد جموداً نسبياً بسبب الآليات الصعبة في إجراء أي تعديل على الدستور في المادتين (١٢٦) و(١٤٢).

وهو ما يمثل إشكالية كبيرة تتمثل في أن أوضاع العراق السياسية والدستورية والتطورات التي حصلت بعد عام ٢٠٠٣، فضلاً عن ظروف وضع الدستور والأزمات السياسية التي تعرّض لها النظام السياسي في العراق وازدياد المطالب الشعبية بالإصلاح السياسي والاقتصادي والإداري والقانوني والدستوري، تستوجب تعديل نصوص الدستور، إلا أن نص المادة (١٤٢) الاستثنائية

التي وضعت في اللحظات الأخيرة من إقرار الدستور وعرضه على الاستفتاء لضمان حقوق المكونات القومية والدينية من خلال لجنة مراجعة الدستور المكوناتية، قد عقّدت مشهد إجراء أي تعديل بموجب المادة (١٢٦) التي تتضمن فقراتها أيضاً، إجراءات تجعل الدستور جامداً نسبياً، ومن ثم فإن بعض المتخصصين في المجالات السياسية والقانونية والدستورية يرون استحالة تعديل الدستور على الرغم من ضرورات التعديل.

إن تلك الإشكالية تعكس طبيعة النظام السياسي العراقي الذي أسسه وأوجده دستور ٢٠٠٥، والذي بدوره يمثل التعبير المكتوب عن إرادة الحكام فيما يتعلق بطريقة ممارسة السلطة.

وما دام الدستور من صنع الحكام القابضين على السلطة، وبما أنهم يستطيعون إقامة الدستور فإن باستطاعتهم أيضاً تعديل الدستور، وبناءً على ذلك فإن إجراءات التعديل ليست إلا وسيلة لتنظيم إسهام القابضين على القوة الحاكمة في تعديل الدستور[١]، وذلك يعني أن ما سبق القول في الإجراءات المعقدة لتعديل الدستور العراقي لا يعدم إمكانية التعديل كلياً وإن كانت هذه الإمكانية قد تبدو قليلة بتحقق ظروف معينة تفرضها الوقائع السياسية الداخلية العراقية، وهو ما يمثل فرضية يمكن الاستدلال عليها وإنجازها في صفحات الدراسة.

وتبعاً لذلك فإن الضروري دراسة فكرتين أساسيتين وتحليلهما:

أولاً: الموائمة بين سمو الدستور الاتحادي وجموده وإمكانية تعديله (خطوط عامة)

ثانياً: تعديل دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥

أولاً: الموائمة بين سمو الدستور الاتحادي وجموده وإمكانية تعديله (خطوط عامة)

لكل دولة قانون أساس يبين شكل الحكم فيها وينظم سلطات الحكام ويضمن حريات وحقوق المحكومين، وقد تعارف فقهاء القانون العام على تسمية هذا القانون بالدستور أو القانون الأساس.

[١]. د. منذر الشاوي: فلسفة الدولة، دار ورد الأردنية للنشر والتوزيع، ٢٠١٢، ص٣٩٨ – ٣٩٩، ٤١٦.

وليس الدستور في الدولة إلا مجموعة القواعد الخاصة بطرق تعيين وتنظيم وكيفية عمل السلطة السياسية[١].

وإن كان الدستور يعني (مجموعة القواعد المكتوبة أو العرفية التي تحدد أو بصورة أدق تبين الطريقة التي تمارس بها السلطة من قبل القابضين عليها)[٢]. فإن للدستور مدلولاً سياسياً وآخر قانوني، فالمدلول السياسي يعبر عن مجموعة المبادئ المتعلقة بنظام الحكم والتي يؤمن بها الشعب في لحظة تاريخية معينة، وهي التي تتعلق بشكل الدولة، ونظامها السياسي وتحديد سلطاتها وعلاقة هذه السلطات ببعضها واختصاصات كل منها، وتحديد الحقوق الأساسية للمواطن[٣].

لذلك فإن للدساتير معنى سياسياً منذ نشأتها، إذ استعملت كوسيلة لتكريس سلطة فرد أو فئة أو حزب أو طبقة أو البعض منها في ذات الوقت[٤]. وتتضح معالم المدلول أو المضمون السياسي للدستور في أن القواعد الدستورية هي قواعد توازن سياسي، بمعنى أنها قواعد سياسية تنظم العلاقة بين القابضين على السلطة، طالما أن السلطة لا تعود، في الغالب إلى قابض واحد، بل يتعدد القابضون على السلطة فيكون هناك إسهام مشترك في ممارستها[٥].

كما أنها، القواعد الدستورية، تمثل أيضاً منهاج عمل سياسي وتظهر هذه السمة في نظام تركيز السلطة، إذ يبقى الدستور وسيلة لتكريس سلطة فرد أو فئة أو حزب أو طبقة، بدلاً من أن يكون وسيلة توازن سياسي فيصبح منهاج عمل سياسي أو منهاجاً لسياسة مستقبلية ينوي الحكام تحقيقها عن طريق ممارستهم للسلطة[٦].

أما المدلول القانوني للدستور فينصرف إلى النظام القانوني الذي يعبر عن مبادئ المشروعية السياسية في شكل مجموعة من المبادئ والقواعد القانونية التي تعبر عن الرؤية القانونية التي يتبناها المشرع الدستوري للتعبير عن الإرادة السياسية للشعب. لذلك فإن (الدستورية) هي الصيغة القانونية لعقد اجتماعي بين الشعب والسلطة بقصد إقامة نظام سياسي ديمقراطي يعتمد على احترام

١. د. إسماعيل مرزة: مبادئ القانون الدستوري والعلم السياسي، النظرية العامة في الدساتير، دار الملاك للفنون والآداب والنشر، بغداد، ط/٤، ٢٠١٠، ص٤ - ٥.
٢. د. منذر الشاوي: مصدر سابق، ص٢٩٦.
٣. د. احمد فتحي سرور: منهج الإصلاح الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦، ص٩.
٤. د. منذر الشاوي: مصدر سابق، ص٢٨٥.
٥. المصدر السابق، ص ٢٨٤ – ٢٨٦.
٦. المصدر السابق، ص ٢٨٤ – ٢٨٦.

إرادة الشعب، وبقصد إقامة نظام قانوني لبناء دولة القانون[1]. وفي ضوء ما تقدم، فإن الدستور كنظام قانوني يحول ممارسات السلطة السياسية من خلال المبادئ القانونية التي يتكون منها هذا النظام، وعلى رأس تلك المبادئ، مبدأ الشعب مصدر السلطات، وقيام النظام السياسي على الديمقراطية والتعددية الحزبية، وحماية وضمان الحقوق الأساسية للمواطن، فضلاً عن وضع تنظيم لسلطات الدولة على نحو يكفل التوازن السياسي بين السلطات، بما يسمى بالفصل بين السلطات الثلاث وضمان الرقابة فيما بينها وترتيب المستويات داخل أجهزة السلطة التنفيذية، مع ضمان مطابقة الممارسة السياسية لسلطات الدولة مع مبادئ الدستور من خلال القضاء الدستوري الذي يختص بالرقابة على دستورية القوانين[2].

ويتولد عن المدلولين السياسي والقانوني مفهومين ساندين للقواعد الدستورية يتم تداولهما في تحليل الأنظمة السياسية والدستورية، وهما: الشرعية الدستورية والمشروعية السياسية، المفهوم الأول يمثل الشرعية القانونية التي تقوم على مجموعة من القواعد القانونية المبنية على أساس المنطق، وكل من له سلطان يستمد صلاحيته من القواعد الدستورية والقانونية، ومصدر السلطات قائم أساساً في طبيعة النظام الشرعي[3].

بمعنى آخر فإن الشرعية الدستورية تنصرف إلى المبادئ والقواعد التي يتكون منها الدستور كنظام قانون وتلتزم باحترامها السلطات العامة كافة، وإلا أصبح ما تصدره عملاً باطلاً[4]. لذلك فإن مضمون الشرعية يعتمد على مبدأ مقتضاه أن أعمال الهيئات العامة وقراراتها النهائية لا تكون صحيحة ولا منتجة لآثارها القانونية، كما لا تكون ملزمة للأفراد المخاطبين بها، إلا بمقدار مطابقتها لقواعد القانون العليا التي تحكمها، بحيث متى صدرت بالمخالفة لهذه القواعد فإنها تكون غير مشروعة، ويكون من حق الأفراد ذوي المصلحة طلب إلغاءها والتعويض عنها أمام المحكمة القضائية[5].

١. د. أحمد فتحي سرور: مصدر سابق، ص ١٠ – ١٢.
٢. المصدر السابق، ص١٣ – ١٤.
٣. د. صادق الأسود: علم الاجتماع السياسي، أسسه وأبعاده، مديرية دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، ١٩٨٦، ص٩٧.
٤. د. أحمد فتحي سرور: مصدر سابق، ص١٥.
٥. د. طعيمة الجرف: مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون، مكتبة القاهرة الحديثة، القاهرة، ١٩٦٣، ص٥.

وهي على العموم تعني (مبدأ سيطرة أحكام القانون)[1]، وفي ضوء التعاريف المعطاة لمفهوم الشرعية، نجد أنها تلتقي في تأكيدها على أنها مفهوم قانوني يقصد به تحديد وتقييد السلطة السياسية للدولة التي تقوم بتوقيع الجزاء وفرض الطاعة على المواطنين مما يؤدي إلى أن تكون السلطة هي نفسها المطالبة بتوقيع الجزاء على نفسها إذا ما خرجت عن القيود والتي تفرضها القواعد الدستورية[2]، وأن هذه الشرعية تعتمد على عناصر أساسية هي:

١. ضرورة وجود دستور للدولة يحدد نظامها ويبين قواعد ممارسة السلطة فيها ووسائل وشروط استعمالها، سواء كان هذا الدستور مدوناً أو عرفياً[3].
٢. قيام مبدأ الفصل بين السلطات لمنع تركيز السلطة في يد هيئة واحدة[4].
٣. تدرج القواعد القانونية التي يتكون منها النظام القانوني في الدولة، مع ارتباطها ببعضها[5].
٤. النص على طريقة خاصة محددة لتعديل الدستور يُعد قيداً على سيادة الدولة وحائلاً دون استبدادها وضماناً من ضمانات حريات الأفراد، بإسناد مهمة تعديل الدستور للسلطة التي أناط بها الدستور هذه المهمة وبالطريقة التي يحددها بشرط أن تراعي إجراءات التعديل المنصوص عليها في صلب الدستور[6].
٥. خضوع الإرادة والإدارة للقانون، فلا يتخذ تصرف قانوني أو القيام بعمل مادي إلا بمقتضى القانون وتنفيذاً لأحكامه.
٦. ضرورة تنظيم رقابة قضائية تتضمن حماية فعالة للقواعد القانونية المقيدة لنشاط السلطات العامة في الدولة لتفرض عليها الجزاء من قبل القضاء المختص إذا ما خالفت القواعد القانونية،

---

١. د. عبد الحميد متولي: الوجيز في النظريات والأنظمة السياسية ومبادئها الدستورية، دار المعارف، القاهرة، ٥٨ – ١٩٥٩، ص٣٠ – ٣١.
٢. د. رمزي الشاعر: النظرية العامة للقانون الدستوري والنظام الدستوري للجمهورية العربية المتحدة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٠، ص٢٠٠.
٣. د. عبد الجليل محمد علي: مبدأ المشروعية في النظام الإسلامي والأنظمة القانونية المعاصرة، دراسة مقارنة، عالم الكتب، القاهرة، ١٩٨٤، ص١٣.
٤. د. محمد كامل ليلة: الرقابة على أعمال الإدارة (الرقابة القضائية) دراسة مقارنة، الكتاب الثاني، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، ٦٧ – ١٩٦٨، ص١٦-١٧. د. صالح جواد الكاظم، د. علي غالب العاني: الأنظمة السياسية، دار الحكمة، بغداد، ١٩٩١، ص٦٦.
٥. د. السيد صبري: مبادئ القانون الدستوري، المطبعة العالمية، القاهرة، ط/٤، ١٩٤٩، ص٤٣. د. محمد كامل ليلة: مصدر سابق، ص١٦ – ١٧.
٦. د. محمد كامل ليلة: النظم السياسية، الدولة والحكومة، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧١، ص٢٥٨. د. إحسان حميد المفرجي، د. كطران زغير نعمة، د. رعد ناجي الجدة: النظرية العامة في القانون الدستوري والنظام الدستوري في العراق، دار الحكمة، بغداد، ١٩٩١، ص٢٥٥.

فتسلم تلك القواعد من محاولات العبث بأحكامه ومن ثم حماية حقوق الأفراد وحرياتهم وتحقيق فكرة الدولة القانونية عملياً[١].

ويرى موريس دوفرجيه في شأن الرقابة القضائية بأنها ينبغي أن تكون على درجتين:

الأولى: الرقابة على مشروعية أعمال السلطة التنفيذية وترمي إلى منع تعسف الإدارة في تنفيذ القوانين التي يعرضها البرلمان، والطعن بإساءة استعمال السلطة أمام مجلس الدولة كما هو الحال في فرنسا.

الثانية: الرقابة على دستورية القوانين على نحو يحول دون مخالفة البرلمان لنصوص الدستور وإعلان حقوق الإنسان وهي رقابة ضرورية بدونها يفقد مبدأ الدستورية علة وجوده تماماً[٢].

أما المشروعية السياسية فهي الوجه المجسد للمدلول السياسي للدستور وتتحدد في ضوء استخلاصه بالطريقة الديمقراطية التي تعبر على نحو صحيح عن إرادة الشعب، وهو ما يتحقق حينما تكون السلطة التأسيسية التي وضعت الدستور منبثقة من الشعب سواء بطريق الانتخاب أو بطريق الاستفتاء الشعبي، ويتحقق كذلك كلما جاء تعديل الدستور بواسطة هيئة تأسيسية منبثقة من الهيئة التأسيسية الأصلية في حدود التفويض الممنوح لها طبقاً للدستور[٣]، إن جوهر المشروعية يعني قبل كل شيء بالنسبة للقابضين على السلطة السياسية وممارسيها (قبول الأغلبية العظمى من المحكومين لحق الحاكم في إن يحكم، وأن يمارس السلطة بما في ذلك استخدام القوة)[٤].

وحلل دوفرجيه المشروعية بأنها "الموافقة العامة أو القبول العام الاختياري والعميق، وليس ذلك القبول الذي يمكن تحقيقه عن طريق أداة خارجية هي الضغط والإكراه"[٥]. لذلك فإن المشروعية هي ظاهرة سياسية في جوهرها وليست قانونية ولا تنظم إلا بواسطة السلطة التي تخدمها كقاعدة لها[٦]. ومن هنا يبرز التمايز الجوهري بين القانونية (الشرعية) والمشروعية، فالأولى أساسها

١. د. محمد كامل ليلة: الرقابة على أعمال الإدارة، مصدر سابق، ص١٧. د. السيد صبري: مصدر سابق، ص٤٤.
٢. موريس دوفرجيه: النظم السياسية، ترجمة احمد حسيب، عباس، مؤسسة كامل مهدي، للطباعة والنشر، القاهرة، (د.ت)، ص٦١ – ٦٢.
٣. د. احمد فتحي سرور: مصدر سابق، ص١٤ – ١٥.
٤. د. سعد الدين إبراهيم: مصادر الشرعية في أنظمة الحكم العربية، في د. سعد الدين إبراهيم وآخرون: أزمة الديمقراطية في الوطن العربي (ندوة فكرية) مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، ١٩٨٤، ص٤٠٤.
٥. موريس دوفرجيه: في الدكتاتورية، ترجمة الدكتور هاشم متولي، منشورات عويدات، بيروت، ١٩٦٥، ص٥٧ – ٥٨.
٦. د. صادق الأسود: مصدر سابق، ص٢٠٠ – ٢٠١.

الإلزام والثانية أساسها الرضا والقبول، والإلزام قد يتضمن الرضا ولكنه لا يفترضه من وجهة نظر الكثير من المفكرين، أما الرضا فيتضمن الالتزام (حيث يصبح الإلزام التزاماً) ويشترطه[1].

وعلى وفق ما تقدم فإن القواعد الدستورية هي قواعد قانونية ملزمة للجميع، حكاماً ومحكومين، ولأنها كذلك فهي تعلو على القواعد القانونية الاعتيادية ويترتب على ذلك ضرورة التمييز بين القواعد الدستورية والقواعد القانونية الاعتيادية[2].

إن علو القواعد الدستورية على غيرها من القواعد القانونية الأخرى في الدولة يدعى سمو الدستور وتترجم هذه المكانة للدستور في جانبين، أحدهما خارجي يظهر من خلال الطريقة التي يُسن بها الدستور والتي تختلف عن الطريقة المعتادة لسن القوانين العادية. فأسلوب إصدار الدستور لا تتبع في شأنه ذات الإجراءات التي تتبع لإصدار التشريعات العادية، فأهمية الدستور أفردته حتى في طريقة إصداره، تعكس عده المرجع لتحديد قانونية الأعمال والتصرفات التي تصدر عن سائر سلطات الدولة، فسمو الدستور من حيث طريقة إصداره، تبرر خضوع سائر السلطات لحكمه، إذ تستمد شرعية وجودها وممارستها لاختصاصاتها منه.

أما الجانب الداخلي، فيتجسد بما يتضمنه الدستور من أدوات تضمن تفعيل نصوصه، وتعكس في ذات الوقت سموه، مثل تعظيم الرقابة على دستورية التشريعات لضمان نزولها على أحكام الدستور، فضلاً عن الرقابة المتبادلة بين السلطتين التشريعية والتنفيذية لضمان عدم جور أحدهما على اختصاصات الأخرى، والجانبان المُشار إليهما يؤكد أحدهما السمو الشكلي (الخارجي) في حين يؤكد الآخر السمو الموضوعي للقاعدة الدستورية (الداخلي) ومن مظاهر المهمة الأخرى التي تكرس سمو الدستور، اختلاف إجراءات تعديله عن إجراءات تعديل القوانين العادية فهذه الإجراءات تتسم بالطول والتعقيد، وهذا لثبات نصوصه واستقرار أحكامه وهي خاصية تتعلق بالدساتير الجامدة، وهذا المظهر الشكلي هو ما يطلق عليه القيود الشكلية لتعديل الدساتير ويقابله مظهر آخر يعكس أيضاً سمو الدستور وتمييز أحكامه عن أحكام القانون العادي ويتعلق بحظر موضوعي يحول دون تعديل بعض نصوصه، كما يمكن الحديث عن ما يسمى بالقيود الزمنية وهو الحظر الزمني. بعبارة أخرى فإن سمو الدستور يظهر من خلال استلزام إجراءات محددة، طويلة ومتعددة الحلقات

١. د. عبد المعطي محمد عساف: أزمة الفاعلية السياسية في البلاد العربية، إطار نظري، مجلة (المستقبل العربي) مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، العدد ٢٦/شباط/١٩٨٢، ص١٤٠.
٢. د. منذر الشاوي: مصدر سابق، ص٢٨٧.

لإمكان تعديله، وفرض ضوابط زمنية وموضوعية لذلك، حتى يأتي التعديل في الإطار المشروع الذي رسمه الدستور[١].

إن لتعديل الدستور أغراضاً عدة أهمها مسايرة قوانين التطور في المجتمع ومنها التطور العلمي والاقتصادي والثقافي والاجتماعي ومسايرة تعديل الدستور للأفكار الجديدة في المجتمع، فضلاً عن إكمال النقص في التشريع. وقد يؤدي تعديل الدستور إلى تغيير نظام الحكم من نظام ملكي دكتاتوري إلى نظام ملكي برلماني أو من نظام ملكي إلى نظام جمهوري أو من نظام جمهوري إلى نظام إمبراطوري.

أما دوافع التعديل الدستوري فهي كثيرة فمنها الدوافع الشخصية في حالة استغلال تعديل الدستور ليصب في خدمة أشخاص معينين وفي الغالب يكونوا الرؤساء، لرفع تحديد مدد إعادة انتخاب الرئيس أو مدة تولي الحكم، كذلك الدوافع السياسية وذلك لتحقيق رؤى سياسية معينة لزعامات سياسية وهو ما حصل على يد الجنرال ديغول في دستور الجمهورية الخامسة الفرنسية عام ١٩٥٨، وقد تكون دوافع التعديل إجراء إصلاحات سياسية داخلية[٢].

لذلك فإن تعديل الدستور ضرورة قانونية وسياسية واجتماعية لا بد منها لمواكبة التطورات المجتمعية وفي المجالات كافة وهو من طبيعة الأشياء، وهو ما أكدته آراء جان جاك روسو في بعض كتبه بالقول (أن مما يناقض طبيعة الأشياء في الجماعة أن تفرض الأمة نفسها قوانين لا تستطيع سحبها أو تعديلها. ولكن مما يتفق مع هذه الطبيعة ومع المنطق أن الأمة لا تستطيع أن تسحب هذه القوانين أو تعدلها طبقاً لنفس الشكل الرسمي الذي أصدرتها فيه)[٣].

ومن خلال طبيعة إجراء تعديل الدستور يمكن التمييز بين الدستور المرن التي يمكن تعديل نصوصه بإجراءات تعديل القوانين العادية والدستور الجامد، جموداً نسبياً على المستويين الموضوعي والزمني، وهذا النوع من الدساتير لا يُعدّل ولا يُغيّر، إلا على وفق إجراءات تختلف عن الإجراءات المتبعة عند تعديل القوانين الاعتيادية فقد يتطلب تعديل مثل هذه الدساتير أن يتم

---

١. د. رجب محمود طاجن: قيود تعديل الدستور، دراسة في القانونين الفرنسي والمصري، دار النهضة العربية، القاهرة، ط/٢، ٢٠٠٨، ص٥ – ٧.
٢. د. عبد خلف الرقاد، مشعل محمد الرقاد: تعديل الدستور، مجلة دراسات وأبحاث، المجلة العربية في العلوم الإنسانية والاجتماعية، الجزائر، العدد ٢٤/سبتمبر/٢٠١٦، ص١٤٨ – ١٥١. http://www.asjp.cerist.dz/en/downarticle/20/8/24/939.
٣. نقلاً عن المصدر السابق، ص١٥٢.

التصويت على تعديلها من قبل أغلبية برلمانية تختلف عن الأغلبية المطلوبة للتصويت على تعديل القانون العادي وقد يتطلب الأمر أن يُعرض التعديل على الاستفتاء الشعبي[1].

الوصف السابق، ينطبق في الغالب على دساتير الدول الاتحادية (الفيدرالية)، فإن أحد الملامح المهمة في تصميم أية فيدرالية وعملها بفعالية هو ضمان سيادة الدستور باعتباره مصدر السلطات الحكومية لكل مرتبة من مراتب الحكم. تبذل معظم الفيدراليات عادةً جهداً خاصاً لحماية سلامة أراضي الوحدات المكونة للفيدرالية عن طريق نصوص في الدستور تتطلب موافقة الوحدة المكونة لأي تعديل على حدودها، ونتيجة للشروط والمتطلبات المذكورة، أثبتت عملياً دساتير غالبية الفيدراليات أنها متصلبة نسبياً فيما يتعلق بالملامح الضرورية لبنيتها الفيدرالية[2].

فقد تشتمل الدساتير الفيدرالية على إجراءات خاصة كما تتطلب أغلبيات محددة من أجل تعديلها، وتحتاج غالباً إلى قدر معين من موافقة الهيئات التشريعية أو سكان الوحدات المكونة. وبناءً عليه فإن الدساتير قد يصعب تعديلها، ويتم بصفة مستمرة البحث عن بدائل للتغيير الدستوري الرسمي لتتكيف الأنظمة الفيدرالية مع الظروف المتغيرة، وعلى سبيل المثال، يتطلب تعديل الدستور في الولايات المتحدة الأمريكية موافقة ثلثي أعضاء مجلسي الشيوخ والنواب وثلاثة أرباع الولايات، وفي البرازيل يتطلب تعديل الدستور موافقة (٦٠%) من أعضاء المجلسين، ونظراً لسيطرة أعضاء مجلس الشيوخ من الولايات الصغيرة، فإن هذا يعتبر حداً مرتفعاً. وفي اسبانيا يحتاج تعديل الدستور إلى أغلبية خاصة داخل المجلسين ولا يوجد أي دور للمجتمعات المستقلة، وتحتاج النمسا عادة إلى أغلبية خاصة في المجلس الأول أو أغلبية قومية في استفتاء شعبي. وتحتاج روسيا عادة إلى أغلبيات عارمة في كلا المجلسين وثلثي رعايا الاتحاد الفيدرالي.

أما جنوب أفريقيا فتحتاج إلى أغلبيات خاصة في المجلس الأول بالإضافة إلى موافقة ست من التسع ولايات التي تؤثر التعديلات عليها. وتتطلب استراليا أغلبيات مضاعفة للناخبين في استفتاء

---

١. فتحي الجواري: مدى الحاجة لتعديل دستور جمهورية العراق؟ ما هو السبيل لذلك؟ مجلس القضاء الأعلى ٢٠١٠/١٢/١.
http://www.iraqia.iq/view.670.

٢. دونالد. ل. واتس: الأنظمة الفيدرالية، ترجمة غالي برهومة، منتدى الاتحادات الفيدرالية، أوتاوا، كندا، ٢٠٠٦، ص١٢٣ – ١٢٦، ١٢٨.

وطني على التغييرات للدستور الفيدرالي، أغلبية قومية بالإضافة إلى أغلبيات في أربع من الست ولايات[1].

إن إتاحة المجال لتطبيق إجراءات خاصة لتعديل الدستور يثير مسألة التوازن بين متطلبات التصلب والمرونة على حدٍ سواء فيما يتعلق بتطبيق الدستور في نظام فيدرالي، ذلك أنه من الضروري أن يتوفر شيء من التصلب للمحافظة على مبادئ الحماية لمصالح الأقاليم والأقليات الداخلة في صُلب البنية الدستورية للفيدرالية، طالما أن الإحساس بشيء من عدم الأمان على مستوى الإقليم أو الأقليات يؤدي بشكل عام إلى تهديد التماسك الفيدرالي، كما أنه من الضروري أيضاً أن تكون الفيدرالية مرنة إلى حدٍ كافٍ يسمح لها بالتكيف عندما تتغير الظروف، والمطلوب من دساتير الفيدراليات هو التوازن ما بين الصلابة والمرونة[2].

ثانياً: تعديل دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥

وفرت عملية كتابة الدستور فرصة فريدة لإعادة بناء الدولة العراقية، من حيث هي نظام للحكم ومن حيث هي أمة – دولة (مشاركة كل الجماعات الاثنية والدينية والثقافية على قدم المساواة). وتفتح هذه الفرصة الباب أمام ضمان مستقبل ومصالح كل الجماعات الاثنية والدينية ببلورة رؤية مقبولة وموحدة ومن شأنها أن تسهم في إرساء السلام والاستقرار[3].

ويعد الدستور الدائم، الجديد أول وثيقة قانونية تُصاغ على يد جمعية تأسيسية منتخبة منذ عام ١٩٢٤. كما أن الفراغ من كتابة الدستور يشكل نقطة انعطاف في تاريخ الأمة الممزقة، في مجرى الانتقال من الحكم التسلطي شديد المركزية، مروراً بخراب ونزاعات ما بعد الحرب، وصولاً إلى تأسيس حكم دستوري تمثيلي (برلماني). والدستور الجديد هو بمعنى من المعاني، متقدم بأشواط على كثرة من دساتير المنطقة وجوارها من حيث إقرار الدستور للقواعد والمعايير الأساسية في الحكم الديمقراطي، واللامركزية، والفيدرالية (الاتحادية)، والحقوق والحريات السياسية والمدنية[4].

١. جورج أندرسون: مقدمة عن الفيدرالية. ما هي الفيدرالية؟ وكيف تنجح حول العالم؟ منتدى الأنظمة الفيدرالية، كندا، ٢٠٠٧، ص٥٣ – ٥٤.
٢. رونالد. واتس: مصدر سابق، ص١٢٦ – ١٢٧.
٣. د. فالح عبد الجبار: متضادات الدستور الدائم، في كتاب (مأزق الدستور. نقد وتحليل) مجموعة من الباحثين. معهد الدراسات الإستراتيجية، بغداد، بيروت، ٢٠٠٦، ص٥٩.
٤. المصدر السابق، ص٦٠.

إلا أن الدستور يقوم على فراغات تشريعية تزيد على الستين قانوناً تنتظر من يسنها، وعلى فراغات مؤسساتية قضائية وقانونية واقتصادية، تنتظر من ينشئها، وبهذا المعنى يرتكز الدستور إلى فراغات قانونية وفراغات مؤسساتية[١].

إن أهم ما يميز الدستور أنه وضع ليكون جامداً جموداً نسبياً، بوضع شروط وإجراءات صعبة لنيل هذا التعديل قياساً إلى تلك المتبعة بالنسبة للتشريعات العادية حفاظاً على سموه وضمان علوه، وهو ما يوجبه نظام الدولة الاتحادية[٢]. ويمكن القول، رغم فائدة الدستور في تأسيس النظام السياسي الجديد، إنه بحاجة إلى تغيير أو تعديل، وهو ما استدركته القوى السياسية العراقية في اتفاق اللحظة الأخيرة في ١٢ تشرين الأول ٢٠٠٥ بإنشاء لجنة مراجعة الدستور لسد نواقص الدستور وإجراء التعديلات المناسبة وتم تكريس هذا الاتفاق في المادة (١٤٢) التي تمت إضافتها في اللحظات الأخيرة، ومن ثم لم تعرض على الشعب العراقي في الاستفتاء[٣].

وترجع أسباب التغيير إلى أن الدستور العراقي كان قد حمل الكثير من التناقضات في نواحٍ عديدة من محتوياته، فمن الديباجة التي خلت من أية إشارة تساعد مفسري الدستور على فهم مضامينه، إلى بقية الأبواب التي اتسمت بالطابع السياسي مبتعدة عن الفهم القانوني السليم للدساتير، وعلة ذلك السرعة التي كتب بها بسبب رغبة المحتل تحقيق توقيتاته التي حددها هو انطلاقاً من أجنداته التي فرضتها مصالحه وأهدافه أو فُرضت عليه نتيجة الضغوط الدولية، فضلاً عن تغليب من كتبوا الدستور المصالح الفئوية على الهوية الوطنية، مع الاختلافات الجذرية بين الفئات التي مثلت لجنة كتابة الدستور انعكست على أبواب ومواد الدستور، والغموض في بعض مواد الدستور مما جعله حمّال أوجه، متحملاً المسؤولية في خلق الأزمات السياسية التي توالت على العراق منذ نفاذه ولحد الآن[٤].

وما دام الدستور يعبر عن الفلسفة السياسية للقابضين على السلطة، فإنه عكس رغبات زعماء القوى السياسية العراقية في إقامة النظام الاتحادي الديمقراطي النيابي، وقد اتجهوا نحو إقامة

---

١. المصدر السابق، ص٦١.
٢. حسين عذاب السكيني: الموضوعات الخلافية في الدستور العراقي، دراسة قانونية ورؤية سياسية، الجزء الأول، تعديل الدستور ومراجعته، مطبعة الغدير، البصرة، ٢٠٠٨، ص١٠ – ١١.
٣. جوناثان مورو: الاستمرارية الضعيفة، الدولة الاتحادية العراقية وعملية تعديل الدستور. معهد السلام الأمريكي، التقرير الخاص رقم ١٦٨ يوليو/تموز ٢٠٠٦، ص٥. http://www.usiporg/sites/default/files/sr168-arabic.pdf.
٤. فتحي الجواري: مصدر سابق.

العملية السياسية على أساس الديمقراطية (التوافقية) التي تقوم على عناصر رئيسة أهمها الحكم من خلال ائتلاف واسع من الزعماء السياسيين من القطاعات الهامة كافة في المجتمع التعددي، ويتخذ عدة أشكال متنوعة منها حكومة ائتلافية موسعة في النظام البرلماني، وعناصر أخرى تتمثل في الفيتو المتبادل أو حكم (الأغلبية المتراضية) التي تستعمل كحماية إضافية لمصالح الأقلية الحيوية، فضلاً عن النسبية كمعيار أساس للتمثيل السياسي والتعيينات في مجالات الخدمة المدنية، وتخصيص الأموال العامة، ودرجة عالية من الاستقلال لكل قطاع في إدارة شؤونه الداخلية الخاصة[1].

إن دوافع تطبيق الديمقراطية التوافقية في العراق تتمثل في تنوع المجتمع العراقي وهو ما أكدته ديباجة الدستور فضلاً عن المادة (٣) منه (العراق بلد متعدد القوميات والأديان والمذاهب)، لذلك أضحت الديمقراطية التوافقية، إحدى الضرورات الأساسية في المرحلة التي يمر بها المجتمع العراقي لإعادة التماسك المجتمعي وغرس الثقة والاستقرار بين المكونات[2].

فضلاً عن ما تقدم، فإن طبيعة توجهات النخب السياسية العراقية في تبني هذا النوع من الديمقراطية حينما كانت في المعارضة وفي مؤتمراتها في الخارج وكان مجلس الحكم التطبيق العملي لهذه الممارسة ثم وجد له الإطار التأسيسي في قانون إدارة الدولة العراقية الانتقالي عام ٢٠٠٤، والدستور العراقي ٢٠٠٥، والاتجاه نحو التحول التدريجي نحو الديمقراطية، ولا يمكن إهمال الدور الأمريكي في الدفع نحو تبني هذا النوع من الديمقراطية في دعمها تشكيل مجلس الحكم على أساس قومي وديني وطائفي بموجب اللائحة التنظيمية رقم ٦ في ١٣ تموز ٢٠٠٣، التي أصدرها الحاكم الأمريكي السفير بول بريمر (١٣ للشيعة، ٥ للسُنة، ٥ للكرد، مقعدان لكل من المسيحيين والتركمان) فشكّل ذلك نقطة الشروع بتأسيس الطائفية السياسية المؤسساتية[3].

وبالنسبة للدستور العراقي فإن نصوصه جاءت بعمومية مطلقة دون أن تحدد أو تصوغ أسس ونوعية هذه الديمقراطية وبذلك اقر الدستور الديمقراطية النيابية كنظام للحكم في العراق وليس الديمقراطية التوافقية والفرق بين الاثنين أن الأولى تأخذ بنظام الأغلبية بينما الثانية تأخذ بالرضا

١. أرنت ليبهارت: الديمقراطية التوافقية في مجتمع متعدد، ترجمة حسني زينة، معهد الدراسات الإستراتيجية، بغداد-بيروت، ٢٠٠٦، ص٤٧. كذلك: حسين عذاب السكيني: الموضوعات الخلافية في الدستور العراقي، الجزء الثالث، الشكل الفيدرالي للدولة، الغدير للطباعة، البصرة، ٢٠٠٩، ص١٩.
٢. حمد جاسم محمد الخزرجي: مستقبل الديمقراطية التوافقية في العراق، مجلة (رسالة الحقوق)، كلية القانون، جامعة كربلاء، العدد الثالث، ٢٠١٣، ص١٧١.
٣. المصدر السابق، ص١٧٢ – ١٧٣.

المتبادل، إلا أنه من الناحية العملية فإن القائمين على العملية السياسية قد تجاوزوا النصوص الدستورية في كثير من المواقع وأخذوا بالديمقراطية التوافقية بدلاً من الديمقراطية الأغلبية بدءاً من تشكيل الحكومة بعد انتخابات عام ٢٠٠٥، وتوزيع المناصب السيادية وحتى الدرجات الخاصة والمستشارين على ضوء التوافقات بين المكونات وجاءت المادة (١٤٢) الخاصة بتشكيل لجنة لمراجعة الدستور وإجراء التعديلات الضرورية على وفق هذا الاتجاه أيضاً[١].

وليس أدل على واقع الممارسة السياسية في العراق الذي أرسى أضعف أنموذج اتحادي في العالم[٢]، ما ذكره هوشيار زيباري القيادي في الحزب الديمقراطي الكردستاني، حول مفهوم "ديكتاتورية الأكثرية"، إذ قال: (إن الدستور العراقي لم يشر في بنوده الواضحة إلى مفهوم حكم الأغلبية في البلاد، بل أن الدستور أكد على ضرورة المشاركة والتوافقية في الحكم) لافتاً إلى أن (العراق لم يصل إلى مرحلة (الرقي والازدهار) وترسيخ الديمقراطية من أجل حكم الأغلبية النصف +١)، ورفض بذلك (حكم الأغلبية السياسية) مبيناً (أن هذا المفهوم يقوم على أسس حكم الشيعة للبلاد مع دعوة كافة الأطراف السياسية للانخراط في هذا المشروع من عدمه) وأوضح زيباري الأثر السلبي لحكم الأغلبية السياسية بقوله: (في حالة تم تطبيق مبدأ الأغلبية في العراق فإن المكون الكردي سيكون أقلية في كل مفاصل الدولة)، مشيراً إلى أن (حكم الأغلبية يجب أن يقوم على عدة شروط أهمها الحفاظ على حقوق الأقلية، حتى لا يتحول البلد إلى حكم دكتاتورية الأكثرية)[٣].

لقد ثبتت ضمانات التوافقية وقامت جلها في الدستور بما لا يتيح الخروج عنها من دون تعديل الدستور، فحق الفيتو مُنح لعدد من المستويات، إذ لكل ثلاث محافظات الحق في قبول أو رفض الدستور أو أي تعديل له (م١٢٦، م١٤٢، م١٤٤)، والمستوى الثاني لمجلس الرئاسة الممثل للمكونات الثلاثة الرئيسة والذي منح كل ممثل لها فيه حق الفيتو الذي سينتقل إلى مجلس الاتحاد بعد إنشائه (م٦٥)، وتجسد أيضاً في إدارة كل مجموعة لنفسها مع ضمانة دستورية جعلت أقرب إلى الاستحالة إنقاص سلطات الأقاليم (م١٢٦)، كما تم الأخذ بقاعدة النسبية والتي جرى العمل فيها

١. المصدر السابق، ص١٧٤ – ١٧٥.
٢. جوناثان مورو: مصدر سابق، ص٣.
٣. هوشيار زيباري: التحالف الوطني يريد قيادة البلد إلى دكتاتورية الأكثرية، ٣٠/مايو/٢٠١٧.
http://www.knoozmedia.com/22582.

سواء للتوازن في التعيينات الوظيفية العامة أم بتوزيع الموارد أو الأخذ بها كنظام انتخابي يوفر تمثيلاً عادلاً لكل المكونات مهما صغرت وبحسب حجمها[1].

هذه التجربة لم تؤخذ بأنموذجيها السويدي والبلجيكي، ونظر إليها في أنموذجها اللبناني، وتمت (عرقنة) الأنموذج ليكون متلائماً مع الحالة العراقية الجديدة، أنتجت هذه التجربة نظاماً معوقاً مع مديونية عالية وعطب في التنمية وحروب أهلية وساحة مفتوحة لصراعات الغير بالوكالة، وكرست الطائفية، وبها أصبح البلد مكوناً من كتل طائفية وليس من شعب، تعمل على تغييب مفهوم الأمة لصالح الجماعات، وبإعادتها لإنتاج الانغلاق الطائفي والاثني[2].

وما دام الدستور هو نتاج الإرادة السياسية فإن الذين أسهموا في صنعه جعلوه جامداً غير قابل لتعديل نصوصه إلا بإجراءات معقدة وطويلة ونظر إليه الكثير عن أن عملية تعديله هي عملية شبه مستحيلة إن لم تكن مستحيلة، ويمكن إدراك ذلك من خلال المادتين (١٢٦) و(١٤٢) المتعلقتين بتعديل الدستور العراقي.

أ. المادة (١٢٦) من الدستور

تضمن الباب السادس من الدستور (الأحكام الختامية والانتقالية) وفي فصله الأول (الأحكام الختامية) المادة (١٢٦) والتي نصت على الآتي:

"أولاً: لرئيس الجمهورية ومجلس الوزراء مجتمعين، أو لخمس (٥/١) أعضاء مجلس النواب، اقتراح تعديل الدستور.

ثانياً: لا يجوز تعديل المبادئ الأساسية الواردة في الباب الأول، والحقوق والحريات الواردة في الباب الثاني، إلا بعد دورتين انتخابيتين متعاقبتين، وبناءً على موافقة ثلثي أعضاء مجلس النواب عليه، وموافقة الشعب بالاستفتاء العام، ومصادقة رئيس الجمهورية خلال سبعة أيام.

ثالثاً: لا يجوز تعديل المواد الأخرى غير المنصوص عليها في البند (ثانياً) من هذه المادة، إلا بعد موافقة ثلثي أعضاء مجلس النواب عليه، وموافقة الشعب بالاستفتاء العام، ومصادقة رئيس الجمهورية، خلال سبعة أيام.

---

١. د. جابر حبيب جابر: الانسداد السياسي، الاستبداد وحلم الديمقراطية في العراق، دار التنوير للطباعة والنشر، تونس، ٢٠١٥، ص٤٤ – ٤٥.
٢. المصدر السابق، ص٤٦.

رابعاً: لا يجوز إجراء أي تعديل على مواد الدستور، من شأنه أن ينتقص من صلاحيات الأقاليم التي لا تكون داخلة ضمن الاختصاصات الحصرية للسلطات الاتحادية، إلا بموافقة السلطة التشريعية في الأقاليم المعني، وموافقة أغلبية سكانه باستفتاء عام.

خامساً: يُعد التعديل مصادقاً عليه من قبل رئيس الجمهورية بعد انتهاء المدة المنصوص عليها في البند (ثانياً) و(ثالثاً) من هذه المادة في حالة عدم تصديقه.

ب – يُعد التعديل نافذاً، من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية".

ويمكن إيراد الملاحظات الجوهرية على أسلوب التعديل ومراحله التي تناولته المادة (١٢٦) وكالآتي.

١. ما يؤخذ على النص، عد رئيس الجمهورية شريكاً لمجلس الوزراء في اقتراح التعديل، وذلك لا ينسجم مع المركز الدستوري للرئيس في النظام البرلماني بحسب ما أخذ به الدستور، وخصوصاً أنه جعل صوت الرئيس معادلاً لقرار مجلس الوزراء، وأن هذا التنظيم يثير حكم حالة الخلاف بين مجلس الوزراء ورئيس الجمهورية، وهذا الشرط شديد وصعب تحقيقه[١].

٢. منح الدستور مجلس النواب أيضاً صلاحية اقتراح تعديل الدستور، ولم يتطلب الدستور أغلبية خاصة أو موصوفة كأغلبية الثلثين مثلاً لصدور الاقتراح من قبل المجلس المذكور. ويبدو أن الدستور أبدى مرونة تجاه الاقتراحات الصادرة من قبل مجلس النواب لإتاحة الفرصة أمام الكتل النيابية قليلة العدد، للإسهام في تقديم الاقتراحات لتعديل الدستور[٢].

٣. ليس في النص إشارة إلى مجلس الاتحاد، فقد منح الدستور السلطة التنفيذية الاتحادية والسلطة التشريعية (مجلس النواب فقط) صلاحية اقتراح تعديل الدستور، من دون أن تكون للأقاليم ولا سيما إقليم كردستان أي دور أو إسهام في ذلك لا بصورة مباشرة عن طريق مجلسه التشريعي، ولا بصورة غير مباشرة بسبب غياب مجلس الاتحاد في السلطة التشريعية الاتحادية. لذلك كان على المشرع الدستوري أن يعطِي مجالس الأقاليم وكذلك مجالس المحافظات حق اقتراح تعديل الدستور بوصفها هيئات منتخبة وتمارس دوراً تشريعياً أو إدارياً ومالياً واسعاً (م١٢٢/ثانياً)[٣].

٤. تضمن النص الوارد في المادة (١٢٦) نوعين من الحظر هما:

---

١. حسين عذاب: الجزء الأول، مصدر سابق، ص١٢.
٢. المصدر السابق، ص١٢ – ١٣، لقمان عمر حسين: مبدأ المشاركة في الدولة الفيدرالية (دراسة تحليلية مقارنة) مكتبة السنهوري، بغداد، مكتبة زين الحقوقية، صيدا، ٢٠١١، ص٣٦٨.
٣. حسين عذاب: الجزء الأول، مصدر سابق، ص١٣.

أ. الحظر الزمني: المتمثل في نص البند (ثانياً) بحظر تعديل المبادئ الأساسية الواردة في الباب الأول والحقوق والحريات الواردة في الباب الثاني من الدستور إلا بعد دورتين انتخابيتين متعاقبتين (ثمان سنوات) وكثيراً ما تلجأ الدساتير إلى وضع مثل هذا الحظر لضمان نفاذ أحكام الدستور الأساسية، ولكن ما هي الحكمة من الحظر الزمني المؤقت في المادة؟ لا سيما وإن المادة (١٤٢) لم تضع قيداً على تعديل الدستور كلاً أم جزءاً وأن عملها يبدأ مع عقد مجلس النواب الجديد أولى جلساته والشروع بتشكيل اللجنة المذكورة، والمادة جاءت نتيجة الاتفاق السياسي للكتل والشخصيات والزعامات السياسية بما سُمي اتفاق (١٢ أكتوبر/تشرين الأول/٢٠٠٥) قبل الاستفتاء على الدستور بثلاثة أيام وأصبحت هذه المادة حاسمة وقادرة على تجميد العمل بالمادة (١٢٦) بنص البند (خامساً) من المادة (١٤٢)، والملاحظ أيضاً أن البند لم ينص على ضرورة حصول هذا النوع من التعديلات المقترحة على موافقة الأقاليم عن طريق مجالسها التشريعية أم عن طريق أغلبية سكانها بالاستفتاء العام، كما اشترط البند (رابعاً) فيما يتعلق بالاختصاصات الحصرية للأقاليم[1].

ب. الحظر الموضوعي: المتمثل في البند (رابعاً) من المادة المذكورة، وهو حظر التعديل على مواد الدستور الذي من شأنه أن ينتقص من صلاحيات الأقاليم التي لا تكون داخلة ضمن الاختصاصات الحصرية للسلطات الاتحادية، إلا بموافقة السلطة التشريعية في الإقليم المعني، وموافقة أغلبية سكانه باستفتاء عام.

إن نص البند (رابعاً) يثير الاستغراب، فعدم وجوده يتساوى مع وجوده، إذ لا يعقل أن يقوم أي إقليم بمنح صلاحيات ما وستقبل السلطة التشريعية أن يتم الانتقاص من صلاحية إقليمها، كما أنه ليس من المعقول أن سكان أي إقليم سيوافقون على الانتقاص من تلك الصلاحيات، وهو واحد من النصوص التي تضمنها الدستور وحملت الكثير من المتناقضات[2]. وقد توسع المشرع في منح الأقاليم صلاحيات واختصاصات كبيرة ومهمة، بل منحها الأولوية في حالة الخلاف بينهما وبين السلطات الاتحادية فيما يتعلق بالصلاحيات المشتركة وزاد على ذلك، بأن منح الأقاليم كل الصلاحيات التي لم ينص عليها في الاختصاصات الحصرية للسلطات الاتحادية وبصورة مطلقة (م١١٥)، وكأن المشروع أراد أن لا يُمكّن السلطات الاتحادية المركزية من التوسع في تلك الاختصاصات كي لا تهيمن على تلك الأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم فجرّدها من وسائل

١. لقمان عمر حسين: مصدر سابق، ص٣٧٢.
٢. فتحي الجواري: مصدر سابق.

القوة لضمان استمرارية واستقرار النظام الاتحادي وتعزيز لسلطات الأقاليم والمحافظات اتجاه المركز الاتحادي وبالغ في ذلك والدولة تمر بمرحلة بناء مؤسساتها وأجهزتها وإن كانت الغاية التي تقف وراء ذلك ضمان إقامة نظام ديمقراطي تعددي اتحادي يبعد احتمالات قيام نظام مركزي شمولي متأثراً بالتجربة السياسية السابقة[1].

ب. المادة (١٤٢) من الدستور

يُعد هذا النوع من التعديلات إستثناءً من أحكام المادة (١٢٦) الأصلية المتعلقة بتعديل الدستور، إذ نصت المادة (١٤٢) من الدستور على:

"أولاً: يشكل مجلس النواب في بداية عمله لجنة من أعضائه ممثلة للمكونات الرئيسة في المجتمع العراقي، مهمتها تقديم تقرير إلى مجلس النواب، خلال مدة لا تتجاوز أربعة أشهر، يتضمن توصية بالتعديلات الضرورية التي يمكن إجراؤها على الدستور، وتحل اللجنة بعد البت في مقترحاتها.

ثانياً: تُعرض التعديلات المقترحة من قبل اللجنة دفعة واحدة على مجلس النواب للتصويت عليها، وتعد مُقرّة بموافقة الأغلبية المطلقة لعدد أعضاء المجلس.

ثالثاً: تُطرح المواد المُعدّلة من قبل مجلس النواب وفقاً لما ورد في البند (ثانياً) من هذه المادة على الشعب للاستفتاء عليها خلال مدة لا تزيد على الشهرين من تاريخ إقرار التعديل في مجلس النواب.

رابعاً: يكون الاستفتاء على المواد المُعدّلة ناجحاً بموافقة أغلبية المصوتين وإذا لم يرفضه ثلثا المصوتين في ثلاث محافظات أو أكثر.

خامساً: يُستثنى ما ورد في هذه المادة من أحكام المادة (١٢٦) المتعلقة بتعديل الدستور، إلى حين الانتهاء من البت في التعديلات المنصوص عليها في هذه المادة".

لقد جاء إدراج المادة (١٤٢) في الدستور بعد اتفاق القوى السياسية في ١٢ تشرين الأول ٢٠٠٥ واضطرت الجمعية الوطنية في اللحظات الأخيرة التي سبقت الاستفتاء على الدستور على تضمين

١. د. ساجد احميد عبل: أنموذج الاتحادي المركزي العراقي، سلسلة بحوث الخليج العربي، مركز دراسات الخليج العربي، جامعة البصرة، العدد١٤، السنة ٢٠٠٧، ص٣٢.

المشروع نصاً يقضي بمراجعته خلافاً للنص العام الوارد بالمادة (١٢٦) لضمان دخوله في العملية السياسية[١].

ورحب زعماء الكتل والأحزاب العراقية بالتوصل للاتفاق الذي وصفه الرئيس العراقي المؤقت جلال الطالباني، بالتاريخي وبأنه "يوم الإجماع الوطني" في احتفالية تحدث فيها كذلك عدد من المسؤولين العراقيين ودعا هؤلاء الزعماء السياسيين جميع العراقيين إلى التصويت بـ(نعم) على الدستور الجديد مشددين على ضرورة بناء مؤسسات قوية للدولة، وعبر الأمين العام للحزب الإسلامي العراقي آنذاك طارق الهاشمي عن تفاؤله معتبراً أن "الفكرة الأساسية أننا حصلنا على فقرة تتيح لنا تغيير كل فقرات الدستور" وأضاف أن كل الفقرات ليست معصومة وعرضة للتغيير[٢].

شُكلت لجنة مراجعة الدستور برئاسة الدكتور همام حمودي و٢٧ عضوا وعقدت أول اجتماع لها يوم ١٥ تشرين الثاني ٢٠٠٦ وتوصلت إلى وضع (١٧) مادة لمجلس الاتحاد و(١٢) مادة لتنظيم أحكام الهيئات المستقلة، ووضعت أيضاً (١٩) مادة لأحكام السلطة القضائية، وأضافت اللجنة نصوص (١٥) مادة، وأعادت صياغة (٣٠) مادة، وعدلت مضامين (٢٠) مادة من مواد النصوص الدستورية.

وكان من المفترض تشكيل اللجنة في بداية عمل مجلس النواب حسب البند (أولاً) من المادة (١٤٢) وبتاريخ ٢٠ آيار ٢٠٠٦، إلا أن اللجنة لم تباشر بأعمالها إلا بعد أكثر من ستة أشهر، كما كان عليها أن تنجز أعمالها خلال مدة لا تتجاوز (أربعة أشهر) من تاريخ تشكيلها إلا أنها لم تقدم الصيغة النهائية لما توصلت له إلا بتاريخ ٢٣ تموز ٢٠٠٩، وتضمنت صيغة التقرير تعديلات كثيرة وإضافات قامت بها اللجنة بحيث أدى إلى أن يصل عدد مواده (١٩٣) مادة بعد أن احتوى الدستور النافذ على (١٤٤) مادة من بينها (١٢) مادة انتقالية للدلالة على النقص في الدستور بسبب العجالة.

١. حسين عذاب: الجزء الأول، مصدر سابق، ص١٨.
٢. عماد غانم: تعديلات اللحظة الأخيرة على الدستور العراقي ترجح احتمالات التصويت لصالحه، ٢٠٠٥/١٠/١٤. http://m.dw.com/ar/a-1746446.

وهكذا لم يسفر عمل اللجنة عن شيء ملموس ولم يترجم تقريرها إلى الواقع العملي الذي كان هو الهدف من وراء تشكيلها، وانتهت ولاية مجلس النواب الذي شكلها ليبقَ ما توصلت له حبراً على ورق، ولم يجر تنفيذ المادة (١٤٢) لحد الآن وبذلك ازداد الدستور جموداً على جموده[١].

وقبل الخوض في تفاصيل المادة (١٤٢) وتحليل بنوده، من المفيد توضيح الموقف السياسي من تعديل الدستور، فموقف التحالف الكردستاني من تعديل الدستور سواء بالطريق الأول (اللجنة المؤقتة بموجب المادة ١٤٢) أم بالطريق الثاني الاعتيادي (م١٢٦) يتمثل في مبدأ أساس مفاده أن أي تعديل للدستور يضر أو ينتقص من حقوق شعب كردستان لن يمر في مجلس النواب ومن المستحيل القبول به وبخاصة أي تعديل يمس ثوابت شعب كردستان ومن أهمها الفيدرالية وتطبيق أحكام المادة ١٤٠ من الدستور بتفعيل الماد ٥٨ (قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية ٢٠٠٤) وإعادة المناطق التي يراها الإقليم مستقطعة من نطاق نفوذ حكومته وموضوع سلطات الأقاليم وتوزيع الثروات والموقف من قوات البيشمركة وتسلم المناصب السيادية وغيرها من المواد الدستورية الحيوية كالحريات العامة وحقوق الإنسان، كذلك فإن موقف قائمة الائتلاف الموحد التي تضم الأحزاب الشيعية الدينية والسياسية والشخصيات المستقلة وهي من أكبر القوائم عدداً في المقاعد في مجلس النواب تعارض إجراء تعديلات على الدستور تمس حقوق أغلبية العراقيين وهم العرب الشيعة من خلال التصريحات والمواقف الواضحة والعلنية[٢].

ورغم ذلك فإن الدعاوى إلى إجراء التعديلات الضرورية للدستور لم تنقطع فقد ورد ذلك الأمر في (قرار الإصلاح السياسي للمرحلة الانتقالية) رقم (٤٤) لسنة ٢٠٠٨[٣]، في الفقرة (٤) (يطلب مجلس النواب من الجهات المختصة الإسراع في تحقيق ما يلي:

ب- العمل سوية من أجل إجراء التعديلات على الدستور النافذ بما يضمن استقرار العراق والمحافظة على وحدته وسيادته وأسس نظامه الديمقراطي الاتحادي، واستكمال سلسلة القوانين المعلقة والتي لها مساس مباشر باستقرار الأوضاع في العراق وإنهاء أي اضطراب في المرجعية القانونية أو تصادم الاختصاصات).

---

١. فتحي الجواري: نصدر سابق..
٢. منذر الفضل: أحكام تعديل الدستور لجمهورية العراق الاتحادية، الحوار المتمدن.
http://www.m.ahewar.org/s.asp?aid=66219&r=0
٣. نُشر في (الوقائع العراقية) العدد ٤١٠٢ في ٢٠٠٨/١٢/٢٤.

كما نصت المادة (٢٠) من الاتفاق السياسي بين الكتل السياسية المشاركة في حكومة الدكتور حيدر العبادي على: (تفعيل المادة ١٤٢ الخاصة بتشكيل لجنة مراجعة الدستور لانجاز التعديلات الدستورية التي تمس الحاجة إليها في ضوء ما كشفت عنه تجربة الحكم في المرحلة السابقة خلال مدة زمنية محدد بـ(٣) أشهر)[١].

وعند تحليل المادة (١٤٢) يمكن القول:

١. إن المادة ترسم طريقاً لتعديل الدستور بعيداً عن المادة الأصلية (١٢٦) ويكون للنص الحكم في مسائل التعديل ليشمل أحكام الدستور وليس مواداً محدودة، وبدون استثناء، أي حتى المبادئ الأساسية والحقوق والحريات ودون تقيد بمدة (الحظر الزمني الوارد في المادة ١٢٦ البند ثانياً)، ويمكن أن يتناول التعديل صلاحيات الأقاليم من غير أن يشترط موافقة السلطة التشريعية في الإقليم أو استفتاء سكانه. وكانت هذه الأحكام تصب في مصلحة الطرف الرافض للدستور قبل وضع المادة (١٤٢) والمطالب بتعديله[٢]، ويبدو أن ذلك مبعث الأمل لدى أمين الحزب الإسلامي بتغيير الدستور.
٢. إن المادة (١٤٢) لم تأتِ لتنظيم طريقة إلغاء الدستور بإصدار دستور جديد وإنما جاءت لمعالجة الخلل الذي أصاب الدستور ذاته، وتبعاً لذلك فهي الطريق غير الاعتيادي لتعديل الدستور ومصداق ذلك نص البند (خامساً) ذاتها التي قضت أن (يستثنى ما ورد في هذه المادة من أحكام المادة (١٢٦) المتعلقة بتعديل الدستور إلى حين الانتهاء من البت في التعديلات المنصوص عليها في هذه المادة)، وبذلك تكون هذه المادة حالة استثنائية في تعديل الدستور، انتقالية في موضعها[٣].
٣. إن المادة لم تتح المجال للأقاليم من الاشتراك باقتراح التعديل وكذلك المحافظات غير المنتظمة في إقليم لعدم وجود مجلس الاتحاد، فلا دور قوي وفعال للأقاليم والمحافظات أو أفراد الشعب العراقي باقتراح تعديل الدستور وكان من الأجدى على المُشرّع أن يمنح هذه الأقاليم والمحافظات حق اقتراح التعديل بوصفها هيئات منتخبة وتمارس دوراً تشريعياً أو إدارياً ومالياً واسعاً[٤].

---

١. انظر نص الاتفاق ببنوده العشرين، موقع عراق برس. http://www.iraqpressagency.com/?p=89858
٢. حسين عذاب: الجزء الأول، مصدر سابق، ص١٩.
٣. د. علي سعد عمران القيسي: القيود الإجرائية لتعديل الدستور الفيدرالي، دراسة مقارنة، مجلة (رسالة الحقوق)، كلية القانون، جامعة كربلاء، العدد الثالث، ٢٠١٤، ص٢٠٤.
٤. المصدر السابق، ص٢٠٤.

٤. البند (أولاً) من المادة (١٤٢) اشترط أن يشكل مجلس النواب لجنة من أعضائه يمثلون المكونات الرئيسة في المجتمع العراقي بقصد مشاركة جميع هذه المكونات في عملية اقتراح التعديلات الضرورية على الدستور، لا سيما وأن المادة المذكورة لم تقيد اللجنة بأي قيد ولم تنص على أي حظر أو منع تعديل باب أو فصل أو مادة أو بعض مواد الدستور، وعلى ذلك فإن اللجنة حرة في تقديم اقتراح تعديل أي مادة من مواد الدستور وهذا الأمر بحاجة إلى اتفاق أعضاء اللجنة ممثلي المكونات الرئيسة في المجتمع العراقي على تلك الاقتراحات وذلك طبقاً لمبدأ (التوافق)[١].

٥. لجنة مراجعة الدستور البرلمانية المؤلفة من ممثلي مكونات الشعب العراقي الرئيسة، هي (مكوناتية) يفقد النص الدستوري مضمونه الحقيقي الذي يسعى إلى بناء دولة المواطنة، وستقتصر اللجنة إذا ما شكلت على أغلبية الأعضاء من ممثلي الطائفتين العربية الشيعية والسنية والقومية الكردية، مع أعداد قليلة من باقي المكونات وسيغلب عليها (التوافق) وهي في الغالب لا تمثل تلك المكونات بصورة صادقة إنما تمثل الاتجاهات السياسية للزعامات التي تعتمد على تلك الانتماءات في تعبئة الرأي العام والمواطنين خلفها، ولذلك فإن النص الدستوري الوارد في البند (أولاً) قد رسخ وعمق الهويات والانتماءات الفرعية القومية والدينية والمذهبية على حساب الانتماء الوطني الذي تسعى الدساتير نحو تبنيه لبناء دولة قانونية حقيقية، واستناداً للبند (أولاً) فإن تعديل الدستور أصبح مشروطاً بموافقة ممثلي الطوائف والاثنيات ولم يتح المجال للمواطنين على العموم في الاشتراك باقتراح تلك التعديلات لا بصورة مباشرة ولا عن طريق مجالس المحافظات والمجلس التشريعي لإقليم كردستان.

٦. وقع المشرع الدستوري في فخ التوقيت، إذ نص البند (أولاً) على أن مهمة اللجنة (المكوناتية) (تقديم تقرير إلى مجلس النواب، خلال مدة لا تتجاوز أربعة أشهر يتضمن توصية بالتعديلات الضرورية التي يمكن إجراؤها على الدستور)، وذات الأمر حدث في المادة (١٤٠) إذ أن المشرع أخطأ بتحديد المدة التي على السلطة التنفيذية إنجاز عمليات التطبيع والإحصاء والاستفتاء أقصاها ٣١ كانون الأول ٢٠٠٧[٢]. وعلى الرغم من افتراض حسن نية المشرع في ضرورة الانتهاء من ملفين شائكين يتعلقان بمسألة كركوك وإجراء التعديلات الدستورية لمعالجة نواقص الدستور ومواطن الضعف والخلل فيه، إلا أنه لم يأخذ بالحسبان الظروف السياسية والاجتماعية والتاريخية

١. لقمان عمر حسين: مصدر سابق، ص٣٧٧. كذلك إياس الساموك: تعديل الدستور، الحلقة الثالثة، عن المحكمة الاتحادية العليا، جمهورية العراق، مجلس القضاء الأعلى. https://iraaja.iq/view.3803
٢. د. ساجد احميد عبل: العلاقة بين إقليم كردستان والحكومة الاتحادية، المؤتمر العلمي الدولي لكلية القانون، جامعة دهوك، ٢٠١٠، ص١٢.

وعمق الخلافات السياسية بين القوى والأحزاب والزعامات السياسية التي لم تتوصل بعد إلى الحدود الدنيا من الاتفاق وعلى الرغم من اتجاهها نحو ممارسة (الديمقراطية التوافقية) من حيث الشكل مع فقدان جوهرها الحقيقي كما هو في نماذج اتحادية عالمية كسويسرا وبلجيكا وغيرها.

٧. أكدت المادة (١٤٢) أن الآلية المرسومة فيها مستثناة من آليات تعديل الدستور الواردة في المادة (١٢٦) إلى حين الانتهاء من البت في التعديلات المنصوص عليها في هذه المادة (البند خامساً) ومن ثم الصيرورة إلى الآليات الواردة في المادة (١٢٦) من الدستور، وقد أشارت المحكمة الاتحادية العليا في قراراتها ضمناً إلى أن الأولوية تأتي بتطبيق المادة (١٤٢) لتعديل الدستور ومنها القرار (١١٩/اتحادية/٢٠١٥) التي تضمن عدم دستورية قرار رئيس مجلس الوزراء بإلغاء منصب نائب رئيس الجمهورية المنصوص عليه في المادتين (٦٩) و(٧٥) من الدستور ونص القرار على: "لذا فإن إلغاء منصب نائب رئيس الجمهورية يعني تعديل أحكام دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥، بتعطيل أحكام المادتين (٦٩/ثانياً) و(٧٥/ثانياً/ثالثاً) منه بغير الأسلوب المنصوص عليه في المادة (١٤٢) من الدستور التي تقتضي في مثل هكذا حالات موافقة الأغلبية المطلقة لعدد أعضاء المجلس على التعديل وعرضه على الشعب للاستفتاء عليه. وحيث أن القرار المطعون بعدم دستوريته بإلغاء مناصب نائب رئيس الجمهورية قد صدر خلافاً لما رسمته المادة (١٤٢) من الدستور فيكون فيكون مخالفاً لأحكامه ما يقتضي الحكم بعدم دستوريته". وقد حسمت المحكمة الاتحادية العليا بقرارها التنفيذي (٥٤/اتحادية/٢٠١٧) الجدل حول أسلوب تعديل مواد الدستور في الإجابة على طلب مجلس النواب – مكتب النائب الأول لرئيس المجلس لبيان الرأي القانوني في ما يعرف على هيئة رئاسة مجلس النواب من مقترحات تقدم من (٥/١) من أعضاء مجلس النواب لتعديل مادة أو مادتين من مواد الدستور، وفيما إذا كان ينبغي معها وفق الآليات المرسومة في المادة (١٢٦) من الدستور أم وفق الآليات المرسومة في المادة (١٤٢)، فأكدت المحكمة في قرارها على البند (خامساً) بالنص "لذا فإن هذا الاستثناء الذي أوردته المادة (١٤٢) في فقرتها (الخامسة) يشكل شرطاً ما لم يتحقق فلا يمكن تطبيق أحكام المادة (١٢٦) من الدستور وأن الحكم الدستوري يلزم بمراعاة ذلك الشرط، وتأسيساً على ما تقدم تجد المحكمة العليا أن تطبيق أحكام المادة (١٢٦) من الدستور عند تقديم مقترح بتعديل مادة أو أكثر من مواد الدستور لا يكون إلا بعد البت في التعديلات التي أوصت بها اللجنة المنصوص عليها في الفقرة (أولاً) من المادة (١٤٢) ووفق الإجراءات المرسومة لهذه المادة".

٨. نصَّ البندان (ثالثاً) و(رابعاً) أن تُطرح المواد المعدّلة من قبل مجلس النواب على الشعب للاستفتاء عليها خلال مدة لا تزيد على الشهرين من تاريخ إقرار التعديل في مجلس النواب ويكون الاستفتاء ناجحاً على المواد المعدلة بموافقة أغلبية المصوتين، وإذا لم يرفضه ثلثا المصوتين في ثلاث محافظات أو أكثر. وهو ما يجعل إمكانية التعديل متعذرة بل ومستحيلة، بالنظر لتوازن القوى وتعارض المصالح سواء بين القوى السياسية الممثلة بالبرلمان، أو في امتداداتها الجماهيرية، ومن ثم يكون النص غير ذي جدوى[١].

وخلاصة القول أن إجراءات تعديل الدستور العراقي صعبة التحقيق إن لم تكن مستحيلة وقد أحكمت الإغلاق على جمود الدستور، وقد يثار تساؤل: هل الفشل في تعديل الدستور وفق المادة (١٤٢) يعني أن الحاجة منتفية له (أي التعديل) بموجب تلك المادة؟

ت. مدى إمكانية التعديل

يذكر الدكتور عدنان السراج أحد أعضاء مجلس النواب: (إن معضلة المشرع الدستوري العراقي تكمن في إيجاد التلاؤم بين الرغبة في المواكبة لحاجات المرحلة واستحقاقاتها والالتزام بالإجراءات الشكلية والموضوعية لتعديل الدستور ومدى تطبيقها بصورة سريعة وديناميكية صحيحة)[٢]. وبعد استعراضه لإجراءات التعديل في المادتين (١٢٦) و(١٤٢) يؤكد على أن (هذه الإجراءات التي يجب أن يمر بها أي تعديل للدستور من الصعب تحقيقها ما لم تكن هناك إرادة سياسية برلمانية حقيقية بعيدة عن المحاصصة والتنافس من أجل الحصول على مكتسبات مكوناتية أو قومية وكذلك من الضروري إشراك شخصيات مهنية في لجنة تعديل الدستور على أن ترافقها حملات وورش عمل تثقيفية للتعريف بالمواد المراد تعديلها ومدى أهميتها في النهوض بواقع المواطن والوطن)[٣].

إن ما تقدم يطرح أبعاداً كثيرة في حل المشكلة التي تبدو عصية على الحل وهذه الأبعاد – كما نعتقد – لا بد من إدراكها كي توضع الحلول الواقعية لمواجهة حالة عدم الاستقرار السياسي في العراق ومن هذه الأبعاد:

١. إن عملية تعديل الدستور تقدم فرصة حقيقية، وإن كانت عابرة لإنجاز اتفاقات سياسية وقانونية كبرى يمكن أن تكون لمصلحة المكونات المجتمعية كافة وعلى حدٍ سواء، وقد لا تؤدي

١. حسين عذاب: الجزء الأول، مصدر سابق، ص٢٠.
٢. د. عدنان السراج: الدستور العراقي وفرص التعديل، يوليو ٢٠١٦. http://newsabah.com/newspaper/91320
٣. المصدر السابق.

(عملية التعديل) إلى تعديلات دستورية حقيقية كثيرة ولكن يمكن الاستعانة بها بصورة إبداعية للتشاور والتنسيق بخصوص المفاوضات بين الأحزاب وإعداد برنامج تشريعي موجه من أجل نجاح الحكومة الوطنية العراقية – إن لم يكن من أجل إيجاد حكومة قوية[1].

٢. إن عملية التعديل الدستوري هي فرصة لتدارك (الفشل السياسي) عند وضع الدستور والظروف الحرجة التي أسهمت في ضعفه وغموض نصوصه والنواقص الكثيرة فيه، ولكن هذه الحقيقة يجب أن تدركها القوى والأحزاب والزعامات السياسية التي أسهمت في صنعه وتعمل على تصويب الأخطاء التي ارتكبوها.

٣. وما دام الدستور يعبر عن إرادة القابضين على السلطة السياسية، فإن هؤلاء القابضين وبعد مرور خمسة عشر عاماً لا زالوا يصرون على تأجيل حل المشكلة بل يسهمون في تعقيدها ووضع العراقيل والمعوقات أمام سبل الحل كافة، وقد أثبت نصي المادتين (١٢٦) و(١٤٢) هذه الحقيقة، ولا زالت تلك الأطراف تنظر إلى العملية السياسية على أنها منافسة على مكاسب قومية ومذهبية وحزبية وفئوية ومناطقية وحتى شخصية حتى أدت إلى الفشل في الأداء السياسي في إدارة الدولة والمجتمع وفي المجالات كافة، لذلك فإن التفكير السياسي لهذه الأطراف لم يصل بعد إلى مستوى النضج والعقلانية والرشد إلى حدود التفكير الجدي نحو إجراء تلك التعديلات اللازمة للدستور حرصاً على عدم المساس بمكتسباتها الخاصة. ولكن الأمر لا يعني الفقدان الكلي للأمل في التوجه نحو الإصلاح السياسي ولو بدرجات قليلة ومتواضعة.

٤. ونعتقد أن الأمر الرئيس يعود إلى الشعب وقدرته على التأثير لا سيما وقد واجه نتائج الفشل السياسة الكارثية على حياته وفي المجالات كافة، وهو قادر على التغيير لا سيما وأن إرادته حاسمة في اختيار حكامه ديمقراطياً.

خاتمة:

طالما أثارت الأزمات السياسية العاصفة بالنظام السياسي بعد عام ٢٠٠٣، التساؤل عن إمكانية إصلاح النظام السياسي لجعله أكثر فعالية وقدرة على التقدم وخدمة المجتمع وصنع السلام

١. جوناثان مورو: مصدر سابق، ص٢-٣.

وبناء الدولة، وذلك التساؤل لا بد وأن يمر على مفصل أساس في عملية الإصلاح تلك ألا وهو تعديل النصوص الدستورية طالما أن دستور جمهورية العراق ٢٠٠٥، قد وضع في ظروف حرجة تشوبه النواقص الكثيرة فكان لا بد من مراجعته وتعديله، وأقر الدستور ذاته ذلك في مادته (١٤٢).

إلا أن الإشكالية التي طرحها البحث حول إمكانية التعديل الصعبة على الرغم من ضرورات الأزمات والأحداث السياسية الملحة لإجراء ذلك التعديل، تبقى مرهونة في مجالات حلها بطرفين هما:

الطرف الأول: أفراد المجتمع العراقي، مواطنو الدولة، القادرون على ممارسة العملية الديمقراطية بانتخاب القوى السياسية القادرة على الإصلاح ومحاسبة القوى السياسية التي أسهمت في عدم الاستقرار السياسي والأمني والاجتماعي والفشل الاقتصادي والفساد فضلاً عن معاناة العنف والإرهاب، فلم يعد النظام السياسي شمولياً مفروضاً عليهم إنما هو وليد إرادة الشعب ومن صناعته عن طريق الانتخابات الحرة ومن ثم فإن للوعي والإدراك المجتمعي دوراً حاسماً في صناعة النخبة السياسية الحاكمة وتغييرها وفرض خيارات الإصلاح ومن ثم تعديل كل النصوص الدستورية القانونية التي تقف حائلاً دول بناء المجتمع والدولة بناءً صحيحاً.

الطرف الثاني: الأحزاب القوى السياسية والزعامات والقيادات التي أسهمت في قيام الدستور والنظام السياسي ولا زالت معظمها موجودة وكأنها توارثت حكم العراق عبر دورات انتخابية محسومة النتائج، وقد أثبتت تجربة السنوات الماضية أنها لا تتجه إلى التغيير وتسعى إلى الإبقاء على الوقائع والأوضاع كما هي رغم فسادها ونتائجها الكارثية، وأن ما يجبرها هو الضغط الشعبي الذي كفلته النصوص الدستورية، وهو ما يشعر هذه القوى بخطر يهدد وجودها فتجبر نحو تغيير مواقفها وإن كان ذلك التغيير بطيئاً، ومن ثم فإنه ما دامت النصوص الدستورية هي من صنع الحكام فإن إجبار الحكام على تغييرها وارد إن كان المجتمع حياً وحيوياً في محاسبة الحكام لذلك نعتقد أن إمكانية تعديل الدستور العراقي واردة وبالاتجاه الصحيح ما دام هناك استثمار للإرادة العامة في هذا الاتجاه وذلك هو جوهر سُنة التطور.

المصادر:

أولاً: الكتب

١. د. إحسان حميد المفرجي، د. كطران زغير نعمة، د. رعد ناجي الجدة: النظرية العامة في القانون الدستوري والنظام الدستوري في العراق، دار الحكمة، بغداد ١٩٩٠.
٢. د. أحمد فتحي سرور: منهج الإصلاح الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦.
٣. آرنت ليبهارت: الديمقراطية التوافقية في مجتمع متعدد، ترجمة حسين زينة، معهد الدراسات الإستراتيجية، بغداد-بيروت، ٢٠٠٦.
٤. د. إسماعيل مرزة: مبادئ القانون الدستوري والعلم السياسي، النظرية العامة في الدساتير، دار الملاك للفنون والآداب والنشر، بغداد، ط/٤، ٢٠١٠.
٥. د. السيد صبري: مبادئ القانون الدستوري، المطبعة العالمية، القاهرة، ط/٤، ١٩٤٩.
٦. د. جابر حبيب جابر: الانسداد السياسي، الاستبداد وحلم الديمقراطية في العراق، دار التنوير للطباعة والنشر، تونس، ٢٠١٥.
٧. جورج أندرسون: مقدمة عن الفيدرالية، ما هي الفيدرالية؟ وكيف تنجح حول العالم؟ منتدى الأنظمة الفيدرالية، كندا، ٢٠٠٧.
٨. جوناثان مورو: الاستمرارية الضعيفة.. الدولة الاتحادية العراقية وعملية تعديل الدستور، معهد السلام الأمريكي، التقرير الخاص رقم ١٦٨ يوليو/تموز ٢٠٠٦.
٩. حسين عذاب السكيني: الموضوعات الخلافية في الدستور العراقي، الجزء الأول، تعديل الدستور ومراجعته، مطبعة الغدير، البصرة، ٢٠٠٨.
١٠. حسين عذاب السكيني: الموضوعات الخلافية في الدستور العراقي، الجزء الثالث، الشكل الفيدرالي للدولة، مطبعة الغدير، البصرة، ٢٠٠٩.
١١. د. رجب محمود طاجن: قيود تعديل الدستور، دراسة في القانون الفرنسي والمصري، دار النهضة العربية، القاهرة، ط/٢، ٢٠٠٨.
١٢. د. رمزي الشاعر: النظرية العامة للقانون الدستوري والنظام الدستوري للجمهورية العربية المتحدة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٠.
١٣. رونالد. ل. واتس: الأنظمة الفيدرالية، ترجمة غالي برهومة، منتدى الاتحادات الفيدرالية، اوتاوا، كندا، ٢٠٠٦.

١٤. د. صادق الأسود: علم الاجتماع السياسي، أسسه وأبعاده، مديرية دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، ١٩٨٦.

١٥. د. صالح جواد الكاظم، د. علي غالب العاني: الأنظمة السياسية، دار الحكمة، بغداد، ١٩٩١.

١٦. د. طعيمة الجرف: مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون، مكتبة القاهرة الحديثة، القاهرة، ١٩٦٣.

١٧. د. عبد الجليل محمد علي: مبدأ المشروعية في النظام الإسلامي والأنظمة القانونية المعاصرة، دراسة مقارنة، عالم الكتب، القاهرة، ١٩٨٤.

١٨. د. عبد الحميد متولي: الوجيز في النظريات والأنظمة السياسية ومبادئها الدستورية، دار المعارف، القاهرة، ٥٨ ـ ١٩٥٩.

١٩. لقمان عمر حسين: مبدأ المشاركة في الدولة الفيدرالية، دراسة تحليلية مقارنة، مكتبة السنهوري، بغداد، مكتبة زين الحقوقية، صيدا، ٢٠١١.

٢٠. د. محمد كامل ليلة: الرقابة على أعمال الإدارة (الرقابة القضائية) دراسة مقارنة، الكتاب الثاني، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، ٦٧ ـ ١٩٦٨.

٢١. د. محمد كامل ليلة: النظم السياسية، الدولة والحكومة، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧١.

٢٢. د. منذر الشاوي: فلسفة الدولة، دار ورد الأردنية للنشر والتوزيع، ٢٠١٢.

٢٣. موريس دوفرجيه: النظم السياسية، ترجمة أحمد حسيب عباس، مؤسسة كامل مهدي للطباعة والنشر، القاهرة، (د ـ ت).

٢٤. موريس دوفرجيه: في الديكتاتورية، ترجمة الدكتور هشام متولي، منشورات عويدات، بيروت، ١٩٦٥.

ثانياً: الأبحاث والدراسات والتقارير الخبرية

١. الاتفاق السياسي ببنوده العشرين عند تشكيل حكومة العبادي، موقع عراق برس.

٢. اياس الساموك، تعديل الدستور، الحلقة الثالثة، المحكمة الاتحادية العليا، مجلس القضاء الأعلى.

٣. حمد جاسم محمد الخزرجي: مستقبل الديمقراطية التوافقية في العراق، مجلة (رسالة الحقوق) كلية القانون، جامعة كربلاء، العدد الثالث، ٢٠١٣.

٤. د. ساجد احميد عبل: أنموذج الاتحاد المركزي العراقي، سلسلة بحوث الخليج العربي، مركز دراسات الخليج العربي، جامعة البصرة، العدد، ١٤، ٢٠٠٧.
٥. د. ساجد احميد عبل: العلاقة بين إقليم كردستان والحكومة الاتحادية، المؤتمر العلمي الدولي لكلية القانون، جامعة دهوك، ٢٠١٠.
٦. د. سعد الدين إبراهيم: مصادر الشرعية في أنظمة الحكم العربية، في: د. سعد الدين إبراهيم وآخرون: أزمة الديمقراطية في الوطن العربي، ندوة فكرية، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، ١٩٨٤.
٧. د. عبد خلف رقاد، مشعل محمد رقاد، تعديل الدستور، مجلة دراسات وأبحاث المجلة العربية في العلوم الإنسانية والاجتماعية، الجزائر، العدد٢٤/سبتمبر/٢٠١٦.
٨. د. عبد المعطي محمد عساف: أزمة الفاعلية السياسية في البلاد العربية، إطار نظري، مجلة (المستقبل العربي)، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، العدد٣٦/شباط/١٩٨٢.
٩. د. عدنان السراج: الدستور العراقي وفرص التعديل، يوليو ٢٠١٦.
http://newsabah.com/newspaper/91320
١٠. د. علي سعد عمران القيسي: القيود الإجرائية لتعديل الدستور الفيدرالي، دراسة مقارنة، مجلة (رسالة الحقوق)، كلية القانون، جامعة كربلاء، العدد الثالث، ٢٠١٤.
١١. عماد غانم: تعديلات اللحظة الأخيرة على الدستور العراقي ترجح احتمالات التصويت لصالحه، ٢٠٠٥/١٠/١٤. http://m.dw.com/ar/a-1740446
١٢. د. فالح عبد الجبار: متضادات الدستور الدائم، في كتاب (مأزق الدستور، نقد وتحليل)، مجموعة من الباحثين، معهد الدراسات الإستراتيجية، بغداد – بيروت، ٢٠٠٦.
١٣. فتحي الجواري: مدى الحاجة لتعديل دستور جمهورية العراق؟ وما هو السبيل لذلك؟ مجلس القضاء الأعلى ٢٠١٠/١٢/١. http://www.iraqia-iq/veiw.670
١٤. د. منذر الفضل: أحكام تعديل الدستور لجمهورية العراق الاتحادية، الحوار المتمدن.
http://www.m.ahewar.orrg/s.asp?aid=66219&r=0
١٥. هوشيار زيباري: التحالف الوطني يريد قيادة البلد إلى دكتاتورية الأكثرية ٣٠/مايو/٢٠١٧.
https://www.knoozmedia.com/22582

ثالثاً: الوثائق الدستورية والقانونية

١. دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥.
٢. قرار الإصلاح السياسي للمرحلة القادمة رقم (٤٤) لسنة ٢٠٠٨.
٣. قرار المحكمة الاتحادية العليا (١١٩/اتحادية/٢٠١٥).
قرار المحكمة الاتحادية العليا (٥٤/اتحادية/٢٠١٧).

عنوان البحث	دور الصياغة القانونية السليمة في التطبيق العادل للقانون
اسم الباحث	الاستاذ الدكتور عقيل فاضل الدهان
جهة الانتساب	كلية القانون/ جامعة البصرة

الملخص:

يعد التشريع المصدر الأول من مصادر القانون في غالبية دول العالم إن لم يكن المصدر الوحيد تقريبا في كثير من الأحيان ، فهو الوسيلة التي يمكن من خلالها للسلطات العامة في الدولة من تنظيم سلوك الافراد داخل المجتمع ، ويمر التشريع بمراحل متعددة لحين إصداره ونفاذه وأهم تلك المراحل (الصياغة).

فالصياغة هي الوسيلة التي تتحول من خلالها الأفكار ، الاقتصادية والسياسية والإجتماعية والثقافية والدينية وغيرها ، الى نصوص مكتوبة يتم الرجوع اليها عند التنفيذ والتطبيق سواء أكانت نصوصا دستورية أم نصوص قانون عادي أو قانون فرعي كالأنظمة والتعليمات ، وقد يعتري تلك الصياغة ، وبسبب قلة خبرة ومعرفة الصائغ ، العديد من العيوب والتي لابد من تلافيها من أجل أن يكون النص القانوني محكما مكتفيا بذاته واضحا من حيث المعنى والنطاق ، والأفضل أن يكون مرنا في إعطاء السلطة التقديرية للقاضي ليطبق القانون بشكل دقيق بالنسبة لكل حالة على حدة مما يحقق العدالة المطلوبة من تشريع وتنفيذ وتطبيق القانون.

ABSTRACT:

The Role of Intact Legal drafting in the Fair Application of the law

The legislation is the first source of law in most countries of the world. It is the mean by which the public authorities in the state regulates the behavior of individuals within society. The legislation

passes through several stages until it is issued and enforced and the most important of these stages is the (Drafting)

Drafting is the mean by which the economic, political, social, cultural, religious and other ideas , are transformed into written texts, which are referred to in the implementation and application, whether constitutional texts or the texts of ordinary law or sub-law texts such as regulations and instructions. This drafting , due to the lack of experience and knowledge of the drafters , may have many flaws which must be avoided in order for the legal text to be a self-contained, clear and meaningful provision in the sense and the scope. The legal text is best to be flexible in giving discretion to the judge to apply the law accurately for each case, in order to achieve the required justice from the legislating of laws and when implementing and enforcing the acts.

خطة البحث

المقدمة

المبحث الأول : تعريف صياغة النصوص القانونية ومعيار فهما

المطلب الأول : معنى صياغة النصوص القانونية

المطلب الثاني : معيار فهم المخاطب لصياغة النصوص القانونية

المبحث الثاني : الصياغة القانونية المعيبة وأسبابها

المطلب الأول : الصياغة القانونية المعيبة للنصوص

المطلب الثاني : أسباب الصياغة القانونية المعيبة للنصوص

المبحث الثالث : الصياغة القانونية السليمة ومراعاة التطبيق

المطلب الأول : كفاية النص التشريعي للفهم والتطبيق

المطلب الثاني : الصياغة القانونية وسيلة القضاء لتحقيق العدالة

الخاتمة

المقدمة:

أولا : جوهر فكرة البحث

تحكم المجتمعات ومنذ بدء نشوئها بقوانين تختلف أنواعها ومصادرها وآليات تنظيمها لنشاطات ذلك المجتمع بإختلاف الزمان والمكان وباختلاف النظام السياسي الذي يسود في ذلك المجتمع ، وتعد النصوص القانونية المكتوبة من أهم مصادر القانون على مر العصور منذ صدور مسلة حمورابي والى يومنا هذا ، بل أن النصوص التشريعية المكتوبة هم المصدر الأهم للقاعدة القانونية إن لم يكن واقعا هو المصدر الوحيد في أغلب دول العالم .

والتشريع نص مكتوب يصدر من السلطة المخولة ، سواء أكان البرلمان (السلطة التشريعية) أم الحكومة فيما يخص القوانين الفرعية من أنظمة وتعليمات إن كان القانون الصادر يخولها مثل ذلك الحق ، ولا يكفي في التشريع أن يكون مكتوبا بلغة المجتمع الذي سيطبق فيه من أجل فهمه ومن ثم إحترامه وتطبيقه ، بل لابد أن يصاغ التشريع بطريقة تجعله سهل الفهم ومتماسكا ومرتبا وفق تسلسل منطقي فضلا عن خلوه من التعارض والأخطاء والغموض التي تعد من أهم أسباب الصياغة المعيبة للنصوص والتي تقود بالنتيجة الى عدم وضوح النص وصعوبة تطبيقه لتحقيق العدالة المنشودة من تنظيم نشاط إجتماعي معين بواسطة ذلك التشريع.

ثانيا : أهمية البحث

إن الصائغ للنص التشريعي يلعب دورا أساسيا في نجاح التشريع الذي يصوغه من عدمه وفي تغطيته بشكل محكم للنشاط المجتمعي الذي نظم ذلك التشريع ليحكمه ومن ثم تبرز أهمية بحث الصياغة التشريعية السليمة وأثرها على التطبيق العادل للقانون من قبل القضاء ، فتبرز أهمية البحث في هذا الموضوع في النقاط الآتية:

١- التعرف على معنى الصياغة القانونية للنصوص التشريعية ومقومات الصياغة السليمة.
٢- التركيز على معيار فهم النص القانوني من قبل المخاطبين به.
٣- البحث ، وبشكل عملي من خلال جملة من النصوص ، في الصياغة القانونية المعيبة والتي تخلق نوعا من الإرباك عند تنفيذ أو تطبيق القانون.

٤- التعمق في دراسة النصوص التي تمنح السلطة التقديرية للقاضي ودور ذلك في تطبيق القانون بشكل سليم من عدمه.

ثالثا : مشكلة البحث

تتركز المشكلة الأساسية للبحث في تحديد شكل الصياغة القانونية السليمة للنصوص التشريعية والتي يفترض أن تحقق فهما قانونيا سليما لها من قبل المكلفين والقضاء على حد سواء ، أي كيفية تحديد أن النص الفلاني المصاغ هو نص سليم أم معيب وما هو الحاكم لذلك ، فالصائغ عندما ينتهي من صياغة النص القانوني يعتقد أنه وصل للكمال في تلك الصياغة وأنها صياغة سليمة لذلك لابد من وضع حدود للصياغة السليمة من الصياغة المعيبة .

رابعا : نطاق البحث

سيقتصر نطاق بحثنا في القانون الخاص وبشكل أدق في القانون المدني والبحث في بعض الصياغات القانونية المعيبة.

خامسا : منهجية البحث وتقسيمه

ستعتمد الدراسة على المنهج الوصفي و التحليلي في دراسة البحث بهدف اعطاء الوصف الشامل لموضوع البحث فضلا عن تحليل النصوص القانونية لإبراز مواطن القوة والضعف فيها بغية الإستفادة من كل ذلك للخروج بحصيلة قانونية جيدة عن مشاكل الصياغة التشريعية وكيفية تجنبها.

لقد قسمنا البحث الى ثلاثة مباحث خصصنا الأول لتعريف الصياغة القانونية ومعيار فهم النص القانوني من قبل المخاطب به ، أما المبحث الثاني فركز على النصوص القانونية المعيبة في صياغتها والأسباب التي يمكن أن تقود الى مثل تلك الصياغة واختتمنا البحث بمبحث ثالث عن الصياغة القانونية السليمة ومراعاة ذلك عند تطبيق القانون لتحقيق العدالة المنشودة.

المبحث الأول

تعريف صياغة النصوص القانونية ومعيار فهما

سنعمد بداية الى تعريف الصياغة القانونية للنصوص التشريعية ، ثم ننتقل لبيان المعيار الذي لابد من الإعتماد عليه للقول بأن تشريعا ما مفهوما من قبل المكلفين به.

المطلب الأول

معنى صياغة النصوص القانونية

تعد الصياغة القانونية مرحلة مهمة ،إن لم تكن الأهم ، في عملية صناعة التشريعات ، سواء أكانت دستورا أم قوانين عادية أم تشريعات فرعية من أنظمة وتعليمات ، فالتشريعات بمختلف انواعها تمر بمراحل عدة تبدأ من كونها فكرة الى أن تصبح قانونا نافذا ومطبقا من قبل المحاكم.

إن الهدف النوعي والشامل للتشريع يتمثل في مدى قدرة ذلك التشريع على تحقيق النتائج المرجوة من إصداره بحيث يمكنه أن يحقق التغييرات المقصودة والتي تتحدد في العلاقة السببية بين الغرض من انشاء التشريع والهدف (أو النتائج) التي يمكن أن تتحقق من إنفاذ التشريع وتطبيقه.[1]

وكما هو معلوم تختلف المراحل التي تمر بها القوانين ، والمقصود بذلك القوانين المكتوبة التي يتم سنها ، بإختلاف نوع تلك القوانين أولا وبإختلاف النظم القانونية في مختلف الدول ثانيا ، فالدستور له آلياته الخاصة في سنه ووضع الأفكار السياسية والإجتماعية والإقتصادية التي يتبناها النظام السياسي في دولة ما في قالب يتلائم مع تلك الأفكار من خلال لجنة خاصة بوضع الدستور ويعرض بعد اقراره المبدئي على الشعب للإستفتاء ، والقوانين العادية تسن بطريقة أخرى تبدأ بإقتراح القانون من الحكومة أو من البرلمان ذاته وتنتقل الى صياغة ذلك التشريع وتنتهي الإجراءات الخاصة بسنه بالتصويت عليه في البرلمان وإقراره ثم المصادقة والإصدار ، والأنظمة

1 - Victoria E. Aitken , An exposition of legislative quality and its relevance for effective development , July 2013, p7. Available at :

https://www.luc.edu/media/lucedu/prolaw/documents/AITKEN FINAL ARTICLE.pdf

والتعليمات تمر بمراحل مشابهة لكنها أقل تعقيدا كونها تصدر بالإستناد الى قانون وتهدف الى حسن تطبيق ذلك القانون وتتولى السلطة التنفيذية الممثلة بمجلس الوزراء أو بالوزارة المعنية سنه ، وهو الآخر يمر بمرحلة الصياغة التشريعية قبل إقراره من قبل الحكومة و نشره في الجريدة الرسمية.

فالصياغة تعد حلقة مهمة من حلقات سن التشريعات المختلفة فهي الأداة التي يتم من خلالها قولبة الأفكار المختلفة في نصوص قابلة للفهم من قبل المكلفين في المجتمع فضلا عن كونها قابلة للتطبيق من قبل القضاء .

تعد الصياغة الوسيلة التي يخرج فيها التشريع الى حيز الوجود بعد أن كان مجرد أفكار تحتاج الى أن يتم قولبتها بصيغة لغة قانونية رصينة ، إذ يعتمد نجاح ذلك التشريع على تلك الصياغة المتينة والتي تعكس الترجمة الحقيقية للفكرة القانونية المراد لها أن تحكم وتنظم موضوع معين داخل المجتمع.

وفي المعنى اللغوي للصياغة ورد في لسان العرب لأبن منظور " صوغ : الصوغ : مصدر صاغ الشيء يصوغه صوغا وصياغة" وورد ايضا "ورجل صواغ : يصوغ الكلام ويزوره ، وربما قالوا : فلان يصوغ الكذب ، وهو استعارة . وصاغ فلان زورا وكذبا إذا اختلقه . وهذا شيء حسن الصيغة حسن العمل" وكذلك ورد فيه "قال : صاغ شعرا ، وكلاما أي وضعه ورتبه " و " وفلان حسن الصيغة أي حسن الخلقة والقد . وصاغه الله صيغة حسنة أي خلقه ، وصيغ على صيغته أي خلق خلقته "[1] وورد في المعجم الوسيط "ويقال كلام حسن الصياغة : جيد محكم " .[2] فللصياغة في اللغة معان عدة ، لكن من أهم ما تشير إليه الأمر الحسن في صناعته وهو إن تعلق بالكلام فهو تحسين الكلام وتجميله وإحكامه.

وتعرف الصياغة القانونية في الإصطلاح بأنها " هي أداة أو وسيلة للتعبير عن فكرة كامنة لتصبح حقيقة إجتماعية يجري التعامل على أساسها " [3]

١ - أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم (ابن منظور) ، لسان العرب ، الجزء ٨ ، دار صادر ، ٢٠٠٣ ، ص ٣٠٦-٣٠٧.
٢ - مجمع اللغة العربية ، المعجم الوسيط ، مكتبة الشرق الدولية ، ٢٠٠٤ ، ، ص ٥٢٩.
٣ - د. أحمد شرف الدين ، أول الصياغة القانونية للعقود ، مطبعة أبناء وهبة حسان ، القاهرة ، بدون سنة ، ص ١٤.

وعرفت أيضا بأنها " وسائل أو أدوات فنية تتحول عن طريقها المواد الأولية لصناعة أو إنشاء القانون الى قواعد قانونية وضعية" [1]

في حين عرفها آخر بأنها " الوسيلة التي يستعملها واضع القانون في الكشف عن القيم القانونية التي يصبها في البناء القانوني الذي يضعه للتعبير عن فحوى هذه القيم " [2] .

وعرفت الصياغة القانونية أيضا بأنها (مجموعة الوسائل والقواعد المستخدمة لصياغة الافكار القانونية والاحكام التشريعية بطريقة تيسر تطبيق القانون من الناحية العملية وذلك باستيعاب وقائع الحياة في قوالب لفظية لتحقيق الغرض الذي تنشده السياسة القانونية).[3]

والتعاريف السالف ذكرها تشير بوضوح الى أن الصياغة تمثل عملية تحويل الأفكار القيم التي يعتقد بها واضع التشريع الى حقيقة اجتماعية ملموسة من خلال وضعها في نص قانوني وضعي ، لكن الكلام السابق يؤدي الى الخلط بين سن التشريعات كعمل للسلطة التشريعية في الدولة وبين جزء مهم من عملية سن التشريع تلك ألا وهو الصياغة ، فالصياغة عملية جزئية من سلسلة عمليات يمر بها التشريع ليصبح واقعا بعد نشره وإصداره ، ولكنها العملية الأهم التي تترجم الأفكار الى واقع تشريعي ملموس يطبق في في المجتمع ، فضلا عن أن تلك التعريفات لم تشر الى أهم مقومات الصياغة الجيدة التي تسهل فهم وتطبيق القانون لنشاط معين في المجتمع وهذا أمر مهم فالقانون لا يكون له دور فعال ومنتج بدون الصياغة السليمة للنص المقترح ليكون تشريعا.

فالصائغ عندما يقوم بعمله إنما يتفنن في سبك العبارة القانونية بما يجعلها واضحة جلية لا لبس فيها ولا وهم ولا إختلاط للمعاني أو تعارض فضلا من أنه يحدد في صياغته حدود المحتوى ونطاقه مراعيا في ذلك فهم عامة الناس للنص بوصف القاعدة تخاطب المكلفين فضلا عن الفهم القانوني السليم لها من قبل القضاء المختص بتطبيق القانون والجهات الأخرى المختصة بتنفيذ القانون ، لذلك يمكن وصف الصياغة بأنها فن بحق ، إذ الصائغ للنص التشريعي يتفنن في صياغته ليصل به الى الكمال في الفهم العام وعند التطبيق والتنفيذ .

---

١ ـ د. عبد القادر الشيخلي ، فن الصياغة القانونية – تشريعا و فقها وقضاء ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ١٩٩٥ ، ص ١٤.
٢ ـ د. خالد جمال أحمد حسن ، مبادئ الصياغة التشريعية ، بحث منشور في مجلة (القانونية) ، هيئة التشريع والإفتاء القانوني /مملكة البحرين ، العدد الرابع ،يونيو ٢٠١٥ ، ص٢١ .
٣ ـد .محمد شريف احمد ، نظرية تفسير النصوص المدنية دراسة مقارنة بين الفقهين المدني والإسلامي ، مطبعة وزارة الاوقاف والشؤون الدينية ، بغداد ، ١٩٧٩ ، ص ١٠١.

ان النصوص القانونية ، كما قضت بذلك المحكمة الدستورية العليا في مصر ، يجب أن تؤخذ بشكل متكامل وأن المعاني التي تتولد عنها يجب أن تكون مترابطة فيما بينها بعيدة عن التنافر والتعارض ، فضلا عن أن تلك النصوص يجب أن تعمل في إطار وحدة عضوية تجعل من أحكامها نسيجا متآلفا متماسكا بما مؤداه أن يكون لكل نص من مضمون محدد يستقل به عن غيره من النصوص إستقلالا لا يعزلها بعضها عن بعضها الآخر وإنما يقيم منها في مجموعها ذلك البنيان الذي إرتأته الإرادة الشعبية أقوم لدعم مصالحها في المجالات السياسية والإقتصادية والإجتماعية.[1]

يمكن تعريف الصياغة القانونية بأنها " عمل يقوم به مختصون يتمثل في تحويل أفكار ومعتقدات يراد تنظيمها بقانون معين الى نصوص تشريعية متماسكة ومتجانسة وواضحة وسهلة الفهم والتطبيق "

المطلب الثاني

معيار فهم المخاطب لصياغة النصوص القانونية

كما هو معلوم فإن التشريع أو القانون بشكل عام إنما وجد ليحكم نشاط معين داخل المجتمع، ومن ثم فأن هناك أشخاصا يعنيهم قانون معين دون سواه حتى ولو كانت القاعدة القانونية عامة ومجردة ، فقانون نقابة المحامين مثلا لا يخاطب بشكل مباشر إلا فئة المحامين وقانون التسجيل العقاري يخاطب كل شخص يمكن أن يجري تصرف عقاري معين أو تنتقل إليه ملكية مال عقاري معين ، فالمخاطب بالقانون الاشخاص في المجتمع بشكل عام وبشكل خاص من له صلة بالقانون عند صدوره أو توافرت فيه الأسباب لأن يكون على تماس مع قانون معين بسبب إجرائه لمعاملة معينة أو ارتكابه لفعل معين وهكذا.

[1] - ينظر :حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر في القضية رقم ٢٢ لسنة ٨ ق . دستورية الصادر بجلسة ٥ يناير ١٩٩١ ، نقلا عن : د.سعيد أحمد بيومي ، لغة القانون – في ضوء علم لغة النص / دراسة في التماسك النصي ، دار الكتب القانونية ، مصر ، ٢٠١٠ ، ص ٣٦.

يرى (Vanterpool) بأن الصياغة التشريعية يجب أن تكون دقيقة وفعالة في تحقيق النتائج المطلوبة من إصدارها لكنها في ذات الوقت لا لبس فيها وسهلة الفهم.[1]

يجب على الصائغ أن يعرف جيدا المخاطب بالتشريع (فالهدف الأساس للصائغ هو إيصال الفكرة بأكبر وضوح ممكن إذ أن النص إن لم يكن واضحا فالمكلف قد يواجه العقوبة بسبب عدم فهمه للنص)[2]

إذ الأمر الذي يجب ملاحظته أن القانون إنما وجد ليطبق من قبل القضاء والذي يتولى مهمة الفصل في أي نزاع يمكن أن ينشأ وله صلة بهذا القانون أو ذاك ، ومن ثم فإن الفهم القانوني للنص يختلف بالتأكيد بين الأشخاص العاديين داخل المجتمع من جهة وبين من كان له إختصاص قانوني معين كالقاضي والمستشارين القانونيين وموظفي الدوائر القانونية فضلا عن المحامين ، فالصائغ عندما يصوغ قانون معين وينظم نصوصه لابد أن يراعي في كل ذلك الفهم الجيد للقانون من قبل المخاطبين به سواء أكانوا أشخاصا عاديين أو مهنيين في مهنة أو حرفة معينة ينظمها القانون أو كانوا مختصين بالعمل القانوني كالقضاة والمحامين وغيرهم.

يجب على الصائغ عند صياغته للتشريع أن يأخذ بنظر الإعتبار بأن هناك مستويات علمية وثقافية مختلفة وان التشريع يجب أن يكون سلسلا مفهوما في عباراته ومبتغاه من قبل كل المخاطبين ، فيعتمد على معيار موضوعي وهو الرجل المعتاد الوسط في الفهم والإستيعاب للنصوص ، فهو لا يضع التشريع للمتخصصين من قضاة ومحامين وقانونيين بمختلف مستوياتهم وأماكن عملهم ، ولكن التشريع يوضع ليستهدف فئة من الناس وهو المخاطبين به وتبقى له صلة بالسلطة التنفيذية التي تنفذ ذلك القانون قدر تعلق الأمر بعملها والسلطة القضائية التي تطبق ذلك التشريع وتعتمد عليه عند فض المنازعات بشأنه، لذلك فلابد أن يستقر في ذهن واضع التشريع عند صياغته ان يكون واضحا في عباراته ومدلولاته بالنسبة للعامة من الناس لا للمتخصصين ، وإن كانت بعض المصطلحات القانونية قد لا يفهمها سوى ذوي الإختصاص ، لكن يفترض أن تكون

1 - Vareen Vanterpool, A Critical Look at Achieving Quality in Legislation, 9 Eur. J.L. Reform,2007, p 167.
2 - Kai Hauerstein ,Introduction to Legislative Drafting References and Techniques , Permanent Secretariat of the Committee for Legal and Judicial Reform, 2013 , p100.

الغالبية من العبارات للقانون الموضوع واضحة جلية سهلة الفهم لكي يمكن بعدها محاسبة المكلف بها عند مخالفته لنصوصها.

بناء على ما تقدم فإن على الصائغ أن يراعى عند صياغته للنص القانوني الفهم العام السائد في المجتمع للنصوص القانونية وفق معيار الرجل المعتاد ، أي ان يكون المعيار موضوعيا قائما على مستوى عام لفهم النص القانوني دون التركيز في الخطاب على المتخصصين في القانون ، حتى وإن كان هناك نصوص صعبة الفهم ، بسبب طبيعة مواضيعها التي تنظمها ، على العامة ولا يفهمها إلا المتخصصين لكن يبقى على الصائغ أن يبذل جهدا واسعا في صياغته ليفهم النص من قبل الكل ، متخصصون أو غير متخصصين ، فالنص وضع ليحترم من قبل الكل في وقت صدوره أو لاحقا مهما طال الزمن ما لم يغير أو يعدل بنص أو بقانون آخر .

المبحث الثاني

الصياغة القانونية المعيبة وأسبابها

لغرض الإحاطة بالصياغة القانونية الجيدة لابد من الكلام عن الصياغة المعيبة للنصوص وإعطاء نماذج لتلك الصياغة المعيبة فضلا عن الوقوف على الأسباب التي دفعت بالصائغ الى صياغة مثل تلك النصوص المعيبة بهدف تجنبها.

المطلب الأول

الصياغة القانونية المعيبة للنصوص

يمكن أن تكون صياغة النصوص التشريعية غير واضحة في معناها أو في نطاقها أو متعارضة مع بعضها مع البعض الآخر أو غير ذلك من الصياغات المعيبة والتي سنستعرض بعضا منها:

أولا : الأخطاء المادية واللغوية

اللغة هي الوسيلة التي يتواصل البشر من خلالها ويسن القانون عادة باللغة الغالبة في المجتمع ، و"الشئ الحاسم في (لغة القانون)هو أنها ليست سوى وسائل لإيصال الفكرة " [1] ومن ثم يجب مراعاة الدقة في نقل تلك الفكرة بوسائل لغوية رصينة وواضحة.

فالأخطاء المادية واللغوية تعد من الأخطاء الشائعة عند سن التشريعات والتي يؤثر غالبيتها على المعنى المقصود من النص وقد يعطي أكثر من معنى أو يسبب اللبس والغموض ويعيق التطبيق العادل للقانون ومن تلك الأخطاء مثلا ما ورد في القسم (١) الفقرة (٨) من قانون سوق العراق للأوراق المالية رقم (٧٤) لسنة ٢٠٠٤ " رئيس المفوظين الرئيسيين" والصحيح تكتب المفوضين وليس بحرف الـ(ظ) ، كذلك ماورد في القسم (١/٢/ب) "... والتي تتضمن مسؤوليته المحدودة إزاء مجوداته.." والمفروض موجوداته.

ثانيا : الأخطاء القانونية بإضافة حرف أو كلمة دون أن تكون لها حاجة ومثال ذلك ماورد في القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل في المادة (١٩١) منه والتي نصت على " ٢- وإذا تعذر الحصول على التعويض من أموال من وقع منه الضرر إن كان صبيا غير مميز أو مجنون جاز للمحكمة أن تلزم الولي أو القيم أو الوصي بمبلغ التعويض ، على أن يكون لهذا الرجوع بما دفعه على من وقع منه الضرر " فكلمة القيم ليست في محلها إذ أن الصغير غير المميز والمجنون ينوب عنهما أما الولي أو الوصي أما القوامة فتكون للغائب والمفقود والمسجون وهو ما أشار إليه قانون رعاية القاصرين رقم (٧٨) لسنة ١٩٨٠ بقولها " إذا لم يكن للغائب أو المفقود وكيل عينت المحكمة قيما عليه ".

وكذلك ما أوردته المادة (٢٨٢) من القانون المدني العراقي والتي نصت على " ١- لكل من إلتزم بأداء شئ أن يمتنع عن الوفاء به مادام الدائن لم يوفق بإلتزام في ذمته نشأ بسبب إلتزام

[1] - Maurice B. Krik , Legal Drafting Some Elements of Technique ,Texas Teach Law Review ,Vol 4;297, 1973 , p299 ,Available at: https://ttu-ir.tdl.org/ttuir/bitstream/handle/10601/417/kirk5.pdf?sequence=1

المدين وكان مرتبطا به" [1] ، فكلمة شئ لا تعطي المعنى القانوني المطلوب إذ إن الالتزام قد يكون محله شئ أو عمل أو إمتناع عن عمل وكلمة شئ وإن كانت ذات معنى واسع لكنها تشير الى الأشياع المادية غالبا لذا كان الأفضل صياغة النص بالشكل الآتي " لكل من إلتزم بأداء معين أن يمتنع عن الوفاء به ..." لكي يستقيم المعنى فالدفع بعدم التنفيذ يشمل الإمتناع عن أداء معين أو القيام بعمل معين فضلا عن الإمتناع عن تسليم الأشياء المادية أو حبسها .

ثانيا : الغموض

أي أن يكون النص غير واضح في معناه وغير قاطع في دلالته وحدود تطبيقه فيحتمل أكثر من معنى ويربك القضاء عند تطبيقه ، وكما هو معلوم فإن القضاء ملزم على الحكم في النزاع المعروض أمامه ولا يمكن للمحكمة أن تتذرع بغموض النص القانوني لكي تمتنع عن الفصل في النزاع المعروض أمامها ، حيث تنص المادة (٣٠) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل على " لا يجوز لأية محكمة أن تمتنع عن الحكم بحجة غموض القانون أو فقدان النص أو نقصه وإلا عد الحاكم ممتنعا عن إحقاق الحق...".

إن بعض الكلمات والعبارات تكون ذات معنى واضح وقطعي لا يثير الغموض مثل الاعداد وايام الاسبوع وفترات محددة من الزمن فكلها تشير الى معنى دقيق وواضح ، لكن هناك بعض الكلمات تصبح غامضة في سياق الاستخدام لها.[2]

فقد تقتضي الصياغة القانونية الغموض لإعتبارات فنية أو عملية أو لأسباب تتعلق بطبيعة الأفكار التي يتصل مضمونها بتقدير المجتمع ، ويختلف تحديدها بإختلاف الزمان والمكان ، وقد يكون مصدر الغموض عجز النص القانوني من إستيعاب السيول الجارفة من التطورات الجديدة [3] وقد يأتي الغموض عن قصور في اللغة بسبب محدودية الإمكانات اللغوية لمن يقوم بصياغة التشريع ، أو يأتي الغموض من أسلوب النص ذاته عندما يأتي النص بأسلوب معقد في اللفظ والتركيب بحيث يصعب تصور المقصود منه دون مراجعة الجمل والكلمات أو مراجعة القواميس

---

[1] - تقابل المادة (٢٤٦) /١ من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ ، والتي ثار الجدل بشأنها أيضا في الفقه المصري حول صحة إستخدام كلمة (شئ) من عدمها. ينظر د. أنور سلطان ، الموجز في النظرية العامة للإلتزام ، ج ٢ (أحكام الإلتزام) ،منشأة المعارف، الاسكندرية ، ١٩٦٥ ، ص ٧٥.

2 - Brain Hunt, PLAIN English Legislative Drafting; An Achievable Object of Laudable Ideal ? , Statute Law Review ,Vol 24 , No. 2 , (2003) , p118 .

٣ - د.حسن أحمد بغدادي، النقص الفطري في أحكام التشريع ، بحث منشور في مجلة القضاء العدد(٤،٥) بغداد ،السنة (٤) ١٩٤٥ ، ص٤٠٢.

والمعاجم الخاصة باللغة ، ومثال ذلك مانصت عليه المادة (١١٧/أ) من القانون المدني العراقي والمتعلقة بالغلط كعيب من عيوب الإرادة حيث يتعذر على القارئ فهم ومتابعة الفكرة التي يتضمنها النص إلا بعد التعمق والروية ومراجعة المصدر التاريخي لها وهي المراجع في الفقه الإسلامي.[١]

إن عدم وضوح النصوص القانونية يؤدي الى إختلاف التفسير القضائي من محكمة الى أخرى ومن ثم تعارض القرارات القضائية فضلا عن إختلاف التفسير الفقهي في كثير من الأحيان عن التفسير القضائي ، وعلى سبيل المثال ذهبت محكمة التمييز الإتحادية في تفسيرها لنص القرار رقم (١٧) لسنة ٢٠٠٥ ، والذي يعد قانونا نافذا لحد الآن حيث جاء فيه " ١- تلغى النصوص القانونية أينما وردت في القوانين والقرارات الصادرة من مجلس قيادة الثورة(المنحل) اعتبارا من ١٩٦٨/٧/١٧ لغاية ٢٠٠٣/٤/٩ التي تقضي بمنع المحاكم من سماع الدعاوى الناشئة من تطبيق القوانين وقرارات مجلس قيادة الثورة(المنحل)" . إذ ترى المحكمة أعلاه بأن المقصود من القانون هو تطبيقه على الحالات التي تحصل بعد صدور ذلك القانون وليس للفترة السابقة عليه حيث ذهبت محكمة التمييز الاتحادية الهيئة الاستئنافية / عقار في الدعوى المرقمة ٣٠٨ /الهيئة الاستئنافية/ عقار/ ٢٠٠٩ ت٢٣٤ ، (بأن القانون رقم (١٧) لسنة ٢٠٠٥ يسري على الحالات اللاحقة لصدور القانون وليس له أثر رجعي عملا بأحكام المادة العاشرة من القانون المدني وهذا ما أستقر عليه قضاء محكمة التمييز الاتحادية بقرار الهيئة الموسعة ١٣٧/موسعة مدنية/٢٠٠٧ في ٢٠٠٧/١٢/١٧) . وتنص المادة (١٠) من القانون المدني على "١٠- لا يعمل بالقانون إلا من وقت صيرورته نافذا فلا يسري على ما سبق من وقائع إلا إذا وجد نص في القانون الجديد يقضي بغير ذلك أو كان القانون الجديد متعلقا بالنظام العام أو الاداب ".

في حين ذهب الفقه العراقي في تفسيره للقانون أعلاه بأنه يسري على جميع الحالات قبل وبعد صدور القرار فيرى الدكتور عصمت عبد المجيد بكر بأن القرار يطبق بأثر رجعي ويسرى على الحالات الموجودة قبل صدوره فهو يرى بأن القرار رقم ١٧ لسنة ٢٠٠٥ " وبالرغم من صراحة نص المادة (١) من قانون الغاء النصوص القانونية التي تمنع المحاكم من سماع الدعاوى رقم(١٧) لسنة ٢٠٠٥ (تلغى النصوص القانونية أينما وردت في القوانين والقرارات الصادرة من مجلس قيادة الثورة(المنحل) اعتبارا من ١٩٦٨/٧/١٧ لغاية ٢٠٠٣/٤/٩ التي تقضي بمنع

[١] - د. عصمت عبد المجيد بكر ، مشكلات التشريع – دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ص٢١٢.

المحاكم من سماع الدعاوى الناشئة من تطبيق الدعاوى وقرارات مجلس قيادة الثورة(المنحل) وصراحة نص المادة(١٠٠) من دستور عام ٢٠٠٥ فأن الهيئة الاستئنافية / عقار في محكمة التمييز الاتحادية قضت في الدعوى المرقمة(٣٠٨/الهيئة الاستئنافية/عقار/٢٠٠٩ ت٢٣٤ ، (بأن القانون رقم(١٧) لسنة ٢٠٠٥ يسري على الحالات اللاحقة لصدور القانون وليس له أثر رجعي عملا بأحكام المادة العاشرة من القانون المدني وهذا ما أستقر عليه قضاء محكمة التمييز الاتحادية بقرار الهيئة الموسعة ١٣٧/موسعة مدنية/٢٠٠٧ في ٢٠٠٧/١٢/١٧ ولدى الرجوع الى المادة(١٠) من القانون المدني العراقي تبين أنها تنص على أن (لا يعمل بالقانون الا من وقت صيرورته نافذا فلا يسري على ما سبق من وقائع إلا إذا وجد نص في القانون الجديد يقضي بغير ذلك أو كان القانون الجديد متعلقا بالنظام العام أو الآداب) فالقانون رقم (١٧) لسنة ٢٠٠٥ صريح في مادته الاولى بإلغاء القوانين والقرارات الصادرة خلال الفترة الممتدة من (١٩٦٨/٧/١٧ ولغاية ٢٠٠٣/٤/٩) مع العلم أن الفقرة(٢) من هذا القانون نصت صراحة على عدم اعتبار المدد الواقعة من تأريخ نفاذ القوانين والقرارات الملغية وبين تأريخ نفاذ هذا القانون من ضمن مدة التقادم المانعة من سماع الدعاوى ، كما أن أحكام هذا القانون متعلقة بالنظام العام ، لأنه يتعلق بالحقوق الاساسية للمواطنين ومنها حق التقاضي ومراجعة المحاكم ، ومن ثم فإننا لا نتفق مع ما ذهبت اليه الهيئة الموسعة المدنية والهيئة الاستئنافية /عقار في محكمة التمييز الاتحادية في قراريهما المذكورين ، ونرى أن جميع النصوص القانونية الواردة في القوانين والقرارات التشريعية الصادرة خلال الفترة الزمنية التي حددها القانون تعد ملغية"[١] .

ويوجد العديد من النصوص القانونية الغامضة والتي لا محل لذكرها في هذا المقام لكثرتها ، وكما هو معلوم فإن غالبية الاسباب التي تلجأ فيها المحكمة الى التفسير هو غموض النص القانوني والتي تلعب فيه المحكمة دورا رئيسيا في إزالة ذلك الغموض عند تطبيق القانون والفصل في النزاع المعروض أمامها.

ثالثا : التعارض

١ -د. عصمت عبد المجيد بكر ، مسألة تحصين القرار الاداري من الطعن القضائي (دراسة مقارنة) ، بحث منشور على موقع مجلة التشريع والقضاء ينظر الرابط:

http://www.tqmag.net/body

من أهم عيوب الصياغة في التشريعات تعارض النصوص القانونية مما يخل نوعا من الإرباك عند تطبيق القانون من قبل القضاء أو عند تنفيذه من قبل السلطات المختصة بالتنفيذ ، والتعارض هنا قد يكون بين قانون أعلى مرتبة وقانون أدنى مرتبة كتعارض القانون العادي مع الدستور أو تعارض الانظمة والتعليمات مع القانون العادي ، أو قد يكون التعارض مع تشريع آخر من الدرجة ذاتها كتعارض قانون عادي مع قانون عادي آخر سابق له وهذا لا يثير إشكالا قانونيا عند التطبيق فالقانون الأحدث يعدل بالتأكيد القانون السابق له ولو لم يأت نص قانوني صريح في القانون الجديد يلغي القانون القديم أو نصوصه المعارضة للقانون الجديد ، والتعارض الأخير قد يحصل في التشريع ذاته بأن تتعارض بعض نصوصه مع البعض الآخر.

١-تعارض القانون العادي مع القانون الدستوري: يحصل في بعض الحالات أن يوجد تعارض بين النص الدستوري ، الذي لا يمكن مخالفته والذي يمثل الشريعة العامة في الدولة لكل القوانين الأخرى بمختلف مراتبها ، مع النص القانوني الأدنى منه مرتبة ، ومثال ذلك في التعارض بين نص المادة (٢/أ) من الدستور العراقي النافذ لسنة ٢٠٠٥ والتي تنص على " أ- لا يجوز سن قانون يتعارض مع ثوابت أحكام الإسلام" [١] مع نصوص القانون المدني رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل التي تجيز أخذ الفائدة على القروض التي تعد ربا محرما وفق ثوابت الإسلام ووفقا لمختلف المذاهب في الفقه الإسلامي حيث تنص المادة (١٧٢) منه على "١- يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على سعر آخر للفائدة على أن لا يزيد هذا السعر على سبعة في المائة ، فإذا أتفق على فوائد تزيد على هذا السعر وجب تخفيضها السبعة في المائة وتعين رد ما دفع زائدا على هذا المقدار ".[٢]

أما التعارض الذي يحصل في التشريع الواحد بين مواده القانونية فيمكن ملاحظته في بعض القوانين ، خاصة التي تصدر دون تروي وتمحيص وتأني في دراسة مواده القانونية ومثال ذلك م أورده القانون المدني من نصوص ذات صلة بالمسؤولية الناشئة عن العمل غير المشروع ، فتارة يشترط الخطأ وأخرى يكتفي بالفعل الذي يلحق الضرر بالغير ، فقد نصت المادة(١٨٦) على "١- إذا أتلف أحد مال غيره أو أنقص قيمته مباشرة أو تسببا يكون ضامنا ، إذا كان في إحداثه الضرر قد

[١] - وحتى الدستور العراقي المؤقت (الملغي) لسنة ١٩٧٠ كان ينص في مادته الرابعة على أن " الإسلام دين الدولة" ، وكانت النصوص الخاصة بالفائدة الربوية قبل وجودة كما في القانون المدني وأستمرت بعد وجوده ، وقوانين صدرت في ظله ونظمت الفائدة كذلك مثل قانون البنك المركزي العراقي(الملغي) رقم (٦٤) لسنة ١٩٦٧ في المادة (٥٧) منه .

٢ - وكان دستور العراق (القانون الأساسي) لعام ١٩٢٥ والذي صدر القانون المدني في ظله ينص في مادته الـ(١٣) على أن الإسلام هو دين الدولة الرسمي.

تعمد أو تعدى" أي أن القانون إشترط صدور الخطأ من محدث الفعل الضار سواء أكان في صورة التعمد أو التعدي والذي يلحق الضرر بالغير وهو ما أكدته المادة (٢٠٤) من القانون ذاته بقولها " كل تعد يصيب الغير بأي ضرر آخر غير ما ذكر في المواد السابقة يستوجب التعويض " ، فينصت حين مواد أخرى في القانون ذاته على عدم الإعتداد بفكرة الخطأ وأكتفت بالفعل الذي يسبب ضررا للغير ولو كان محدث الفعل الضار غير مميز، الذي لا يتصور صدور الخطأ منه ، فقد نصت المادة (١٩١) مدني على " ١-إذا أتلف صبي مميز أو غير مميز أو من في حكمهما مال غيره لزمه الضمان من ماله ". ونصت كذلك المادة (٢٠٢) مدني على " كل فعل ضار بالنفس من قتل أو جرح أو ضرب أو أي نوع آخر من أنواع الإيذاء يلزم بالتعويض من أحدث الضرر" .

هذا التعارض الواضح بين النصوص القانونية حاول الفقه العراقي إيجاد المخرج له لرفع التعارض فيقول الدكتور عبد الباقي البكري " إن التناقض يمكن رفعه في رأينا ... حيث أن جانبا من الفقه والقضاء المعاصرين يعتبر التمييز من الظروف الداخلية التي لا تكترث في تحديد الخطأ وبالنظر الى أننا نتخذ معيارا للخطأ هو الإنحراف في سلوك الرجل المحاط بنفس ظروف الفاعل الخارجية فإن في وسعنا القول بأن المشرع العراقي لم يهمل فكرة الخطأ في تقرير المسؤولية التقصيرية خلافا لما فعله الفقه الإسلامي لأنه إشترط التعمد أو التعدي للضمان لكنه أهمل عنصر الإدراك كعنصر من عنصري الخطأ في ترتبها " [١] ، وواضح أن الكلام السابق هو مجرد تبرير للتناقض الذي يعترف به الفقه ذاته والذي وقع فيه القانون المدني بسبب خلطه في مواد المسؤولية التقصيرية بين الفقه الإسلامي الذي يكتفي بالفعل لتحقق المسؤولية ولا يشترط الخطأ ولا يتطلب الإدراك والتمييز من جهة والقوانين الغربية كالقانون الفرنسي الذي يشترط الإدراك والتمييز وارتكاب الخطأ لتحقق المسؤولية من جهة أخرى.

[١] - د. عبد الباقي البكري ،محاضرات في المسؤولية عن الأعمال الشخصية غير المشروعة ، القيت على طلبة الدراسات العليا في القانون الخاص ٧٦-١٩٧٧ مطبوعة بالرونيو ،ص٤١ ، نقلا عن د. عبد المجيد الحكيم و د.عبد الباقي البكري و د. محمد طه البشير ، الوجيز في نظرية الإلتزام في القانون المدني العراقي ، ج١ (مصادر الالتزام) مكتبة السنهوري ،بغداد ،٢٠٠٨ ، ص ٢١٩-٢٢٠ .

المطلب الثاني

أسباب الصياغة القانونية المعيبة للنصوص

يمكن إرجاع الصياغة القانونية المعيبة الى جملة من الأسباب التي تدفع بالصائغ ، عن شعور ورغبة بسبب تبنيه لأفكار ومتبنيات معينة أو بدون أن يشعر ، الى صياغة نصوص قانونية معيبة بسبب غموضها أو نقصها أو عدم كفايتها أو تعارضها ، ويمكن إجمال تلك الأسباب بالآتي:

اولا: الصياغة من قبل جهة غير مختصة

إن وضع القانون أو مشروع القانون قبل صيرورته قانونا من قبل شخص أو جهة ليس لديهم الدراية الكافية الفنية والقانونية بموضوع التشريع ونطاقه وأهدافه ومراميه والمشكلة أو المشاكل الواقعية التي دفعت الى سن مثل ذلك التشريع تعد من أهم أسباب الصياغة المعيبة للتشريعات ، ويرجع ذلك بالسبب الأساس الى آليات سن القوانين في الدول بمختلف أنواعها سواء التشريعات العادية أو الفرعية كالأنظمة والتعليمات.

يفترض أن يصاغ مقترح القانون بداية من قبل الحكومة أو الوزارة المعنية ، وهذه الصياغة الأولى للقانون والتي تأتي من أشخاص مهنيين في نطاق عمل الوزارة المعنية ، لكن ليس لديهم الخبرة القانونية والقضائية الكافية لوضع التشريعات ومن هنا تبدأ المشكلة الأولى في الصياغة ، ثم يتم إحالة المشروع الى مجلس الدولة [1] وتنص المادة (١) من قانون مجلس الدولة رقم (٧١) لسنة ٢٠١٧ على "ينشأ بموجب هذا القانون مجلس دولة يختص بوظائف القضاء الإداري والإفتاء والصياغة ...".

وبقي قانون مجلس شورى الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل نافذا بإستثناء المادة (٦/فقرة٤) منه [2] ، ومن ثم تغير أسم المجلس الى مجلس الدولة وتبعيته بوصفه اصبح هيئة قضائية مستقلة لا تتبع وزارة العدل ، لكن ظلت المهام المنصوص عليها في قانون مجلس شورى

١ ـ حلت تسمية (مجلس الدولة) مجلس (مجلس شورى الدولة) بموجب قانون مجلس الدولة رقم (٧١) لسنة (٢٠١٧).

٢ ـ تنص المادة (٢) من قانون مجلس الدولة رقم (٧١) لسنة ٢٠١٧ على " تسري أحكام قانون مجلس شورى الدولة وتعديلاته بإستثناء الفقرة (رابعا) من المادة (٦) منه. على مجلس الدولة المنصوص عليه في المادة (١) من هذا القانون . وتحل تسمية (مجلس الدولة) محل (مجلس شورى الدولة) أينما وردت في التشريعات.

الدولة نافذة والتي من أهمها صياغة ومراجعة مشروعات القوانين المحالة من الحكومة القوانين حيث تنص المادة (٤) من القانون على "يختص المجلس بوظائف القضاء الإداري والإفتاء والصياغة وإعداد وتدقيق مشروعات القوانين وإبداء الرأي في الأمور القانونية لدوائر الدولة والقطاع العام".

وتنص من القانون ذاته على " يمارس المجلس في مجال التقنين : أولا :إعداد وصياغة مشروعات التشريعات المتعلقة بالوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة بطلب من الوزير المختص أو الرئيس الأعلى للجهة غير المرتبطة بوزارة بعد أن يرفق بها ما يتضمن أسس التشريع المطلوب مع جميع أولياته وآراء الوزارات أو الجهات ذات العلاقة. ثانيا : تدقيق جميع مشروعات التشريعات المعدة من الوزارات أو الجهات غير المرتبطة بوزارة من حيث الشكل والموضوع"

فمجلس الدولة يلعب دورا أساسيا في صياغة التشريعات ، أما بصياغة كاملة إذا طلبت الوزارة ذلك بعد إعطاء المجلس وصف لأسس التشريع وآراء الجهات المختلفة بشأنه ، أو أن يقوم المجلس بتدقيق مشروعات القوانين المعدة مسبقا من الوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة ، ومن ثم أعادة الصياغة والتدقيق لها وإقتراح البدائل ورفع المشروع مع التوصيات للحكومة بحسب نص المادة (٥) الفقرة (ج) من القانون.

وهنا نثبت مسألة مهمة ، أن المجلس هيئة مستقلة تحوي العديد من الخبراء من القضاة وأساتذة الجامعات من أصحاب الخبرة في مجال القوانين المحتلفة ، لكن تبقى الصياغة وعمل الصائغ غير مكتمل مادامت الجهة التي إقترحت القانون لاتدخل في عملية الصياغة النهائية من قبل المجلس ، وان إستدعاء ممثل الوزارة أخذ رأيه غير كاف وإنما لابد من أن تشكل لكل مشروع قانون لجنة تمثل فيها فضلا عن مجلس الدولة الموظفين المختصين في الوزارة أو الجهة غير المرتبطة بوزارة ليتم مناقشة المشروع بشكل أكثر واقعية وبما يعود بالصياغة الجيدة للمشروع.

فهناك معادلة من طرفين ، الأول هو الفني المتخصص في الوزارة والذي رأى بأن هناك حاجة لوضع تشريع معين أو تعديل تشريع نافذ وهناك الصائغ المتمرس في مجلس الدولة والحاجة بالتأكيد تكون للطرفين معا.

ومن الأسباب الأساسية الأخرى التي تؤدي الى الصياغة المعيبة بسبب جهة الصياغة للتشريعات تدخل السلطة التشريعية في عملية إعادة الصياغة أو صياغة مقترح القانون في البرلمان ، حيث

تنص المادة (١٢٠) من النظام الداخلي لمجلس النواب العراقي لسنة ٢٠٠٧ على " يحق لعشرة من أعضاء المجلس اقتراح مشروعات القوانين إلى رئيس مجلس النواب مصوغة في مواد تتضمن الأسباب الموجبة للقانون". وهم بالتأكيد وإن كانوا مشرعين لكنهم لا يملكون الخبرة القانونية اللازمة لصياغة النصوص التشريعية ، ويمن للجنة القانوننية بموجب المادة (٩٠/ثالثا) أن تعاون المجلس ولجانه في صياغة النصوص القانونية ، وهي لجنة تحوي غالبا قانونيين لكنهم يبقون برلمانيين وغير متخصصين بالصياغة القانونية ولا يملكون الخبرة الكافية لصياغة النصوص ، بل أن الهيئة القانونية قد تدخل تعديلات على مشروعات القوانين المحالة الى المجلس من الحكومة [١]، التي سبق وان تم صياغتها من قبل مجلس الدولة ، وان كان إدخال التعديلات من حق اللجنة القانونية والبرلمان من بعدها ان إقتنع بالتعديلات المقترحة ، لكن ذلك التعديل سيؤثر بالتأكيد على الصياغة القانونية السليمة فيفترض إعادة المشروع في جميع الأحوال الى الحكومة والتي يجب أن تعيده بدورها ، أن اقتنعت بالتعديل لمقترح من مجلس النواب، الى مجلس الدولة لأعادة صياغته وفق المقترح بحيث لا يؤدي النص النهائي عند تشريعه أي الى إثارة مشاكل في الصياغة من الغموض أو التعارض أو إستخدام العبارات والألفاظ اللغوية والإصطلاحية غير المناسبة.

ثانيا : عدم معرفة الصائغ باللغة والإصطلاح

يعد ضعف الصائغ في معرفة اللغة التي يوضع بها التشريع فضلا عن الضعف باللغة الإصطلاحية القانونية سببا أساسيا في الصياغة المعيبة ، فالنص القانوني لابد أن يكون متماسكا باللفظ وقواعد اللغة من ناحية و متماسك دلاليا وفق المعاني الإصطلاحية من ناحية أخرى.

١- التماسك اللغوي واللفظي : يعني التماسك اللفظي الروابط الشكلية - معجمية كانت أو نحوية – بين عناصر النص وهي الوسائل والأدوات التي تنتج عنها إستمرارية معنى النص ظاهريا ومنها التكرار والإحالة والربط بالأدوات وغيرها [٢] فضلا عن حسن إستخدام مفردات اللغة

١ - تنص المادة (٩٠) فقرة (خامسا) من النظام الداخلي لمجلس النواب العراقي على " دراسة مقترحات مشروعات القوانين المقدمة لها من قبل المجلس والحكومة وإبداء الرأي بشأنها وإعداد نصوصها وصياغتها ، بحسب ما تكلف به من قبل هيأة الرئاسة في المجلس".

٢ - د. سعيد أحمد بيومي ، مصدر سابق ، ص ٣٦.

العربية وقواعدها بشكل صحيح ، وتختلف لغة الصياغة للنص القانوني في النصوص القانونية الفقهية عنها في النصوص القانونية القضائية فضلا عن النصوص القانونية التشريعية ، فالقاعدة القانونية وجدت لتنفذ وتطبق من قبل عموم الناس وخصوص المخاطبين بها لذا كان لابد أن تكون لغة واضحة سلسة مستخدمة لمفردات اللغة العربية الفصيحة والمتداولة لسهولة الفهم.

إذ لابد للصائغ من أن يكون ملما بقواعد اللغة والإملاء وقواعد الترقيم وإستخدام أدوات الوصل والهمزة وغيرها من القواعد اللغوية ، فلابد من مراعاة قواعد الإملاء واتفاقها في المسألة الواحدة ومراعاة علامات الترقيم وأن يكون الزمن غالبا بالفعل المضارع المبني للمعلوم.[١]

٢- التماسك الدلالي : لابد أن يكون للصائغ معرفة تامة بمعاني النصوص ودلالتها وتوظيف تلك المعاني في النص القانوني وإلا جاء النص معيبا غير مسبوك ومعبر عن المعنى المطلوب .

فمثلا وكما هو معلوم بأن العمومية والتجريد من أهم مقومات النص القانوني [٢] فلابد من إستخدام صيغ العموم في النص القانوني ، فلابد من مراعاة العموم والتجريد إذ لا يمكن الإحاطة بكل ما يعرض في المستقبل من فروض وحالات ترتبط بالأشخاص والوقائع ووضع حكم خاص لكل منها ينصرف الى كل شخص بذاته ، ومن ثم لابد من إعطاء حكما واحدا ينطبق على كل فرض أو حالة تنطبق فيها الصفة المطلوبة فيما بعد [٣] ، ومثال ذلك تنص المادة (٩٣) من القانون المدني العراقي على " كل شخص أهل للتعاقد مالم يقرر القانون عدم أهليته أو يحد منها " أو المادة (١١٥) مدني والتي تنص على " من أكره إكراها بأحد نوعي الإكراه لا ينفذ عقده " حيث تم إستخدام الصيغ الدالة على العموم ومنها

---

١ - د. سليمان بن عبد العزيز العيوني،الضوابط اللغوية للصياغة القانونية ، بحث منشور في مجلة العلوم العربية ، العدد التاسع والعشرون ،شوال ١٤٣٤ ، ص ١٣. متاح على الموقع الالكتروني :
www.legal-library-books.com

٢ - العموم والتجريد فكرتان متلازمتان ، أو هما وجهان لخصيصة واحدة ، غاية الأمر توصف القاعدة القانونية بالتجريد عند النظر اليها وقت نشؤها وتوصف بالعمومية عند النظر اليها من حيث أثرها عند التطبيق الفعلي ، د. عبد الرزاق السنهوري و د. أحمد حشمت أبو ستيت ، أصول القانون أو المدخل لدراسة القانون ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٥٢ ، ص١٥.

٣ - د. سعيد أحمد بيومي ، مصدر سابق ،ص ٥٢-٥٣ .

عبارة (كل شخص) وعبارة (من أكره) ومن ثم فالنص يمكن أن ينطبق على جميع الحالات التي يمكن أن يشملها النص من حيث الوصف الموجود في النص.

كما أن الصائغ لابد أن يكون على معرفة بدلالة النصوص الخاصة والمطلقة والمقيدة ، فلابد أن تكون لديه معرفة بدلالة النص القانوني وقدرته على حكم شئ مذكور فيه سواء بطريق العبارة أو الإشارة أو الإقتضاء [1] أي أن تكون له معرف بقواعد أصول الفقه الإسلامي ودلالات النصوص ، فمثلا تنص المادة (٧٣٨) من القانون المدني العراقي على " إذا لم يتفق المتعاقدان على الأجرة أو على كيفية تقديرها أو إذا تعذر إثبات الأجرة المدعى بها وجب أجر المثل" فعبارة النص تنص صراحة على إحتساب أجر المثل في حال عدم الإتفاق على الأجرة وتشير عبارة النص في الوقت ذاته الى معنى لازم مستفاد من تلك العبارة وهي أن العقد الذي لم يتفق فيه على الأجرة هو عقد صحيح وليس باطلا . والأمر ذاته ينطبق على نص المادة (٨٨٠ فقرة ١) من القانون ذاته والتي تخص أجرة عقد المقاول في عقد المقاولة والتي نصت على " ١-إذا لم تحدد الأجرة سلفا أو حددت على وجه تقريبي وجب الرجوع في تحديدها الى قيمة العمل ونفقات المقاول ".

ثالثا : عدم إلمام الصائغ بالنصوص القانونية النافذة

إن قلة الخبرة والمعرفة القانونية للصائغ بالنصوص القانونية المختلفة وبمختلف مستوياتها ، الدستورية والعادية والفرعية ، يؤدي به حتما الى صياغة نصوص قانونية متعارضة تخالف الدستور أو تخالف التشريعات الفرعية أو العادية ، ولا يكون للنص القانوني أية قيمة أن كان مخالفا لنص أعلى منه مرتبة كمخالفة التشريع العادي لنصوص الدستور أو مخالفة التشريع الفرعي للتشريع العادي أو للدستور ، ولكن المشكلة تبقى متوافرة في حال مخالفة تشريع عادي لتشريع عادي آخر من الدرجة ذاتها إن كان ذلك من غير قصد بما يسهم في الارباك المتأتي من عدم إمكانية تطبيق القانون القديم بشكل سليم لتعارض بعض نصوصه بنصوص القانون الجديد.

[1] - د. خالد جمال أحمد حسن ، مصدر سابق ، ص٥٧.

المبحث الثالث

الصياغة القانونية السليمة ومراعاة التطبيق

إن الصياغة القانونية السليمة للنصوص تتطلب الإبتعاد عن كل العيوب التي سبق أن بحثناها في الصياغة والأسباب التي تدفع الى صياغة نص قانوني معيب بما يخلق كفاية ذاتية للنص في الفهم وعند التطبيق من قبل القضاء ولكي يجاري القانون الواقع ويكون أكثر عدالة عند التطبيق فإنه لابد من مراعاة السلطة التقديرية للقاضي قدر الإمكان عند صياغة النص ، فتبقى القاعدة القانونية عامة ومجردة وفي الوقت ذاته يمكن للقاضي من خلال مرونة النص أن يحقق العدالة بشكل أكبر عند التطبيق .

المطلب الأول

كفاية النص التشريعي للفهم والتطبيق

قد يثار التساؤل عن الآلية التي يمكن من خلالها قياس جودة تشريع معين أو قدرته على حكم المسائل التي أصدر من أجل تنظيمها ، وبالتأكيد فإن ذلك يختلف تبعا لوظائف وأغراض التشريع والإحتياجات والأولويات المختلفة والجوانب السياسية والثقافية فضلا عن السياقات التاريخية وأنواع أنظمة الحكم ، فهناك عوامل عدة تؤثر في نجاح التشريع المصاغ من عدمه والتي قد تصاحب إصدار التشريع أو تأتي عند التطبيق.[1]

لكن يمكن القول بأنه يجب أن يتوافر في النص التشريعي المقومات التي تجعل منه سلسا عند الفهم من العامة والخاصة وواضح عند التطبيق ، وهذا لا يتأتى إلا بإبتعاد الصياغة القانونية للنص عن كل غموض أو التباس أو تناقض ويمكن أن يكون ذلك بمراعاة الآتي:

[1] - see ; Maria Mousmouti, Operationalising Quality of Legislation Through the Effectiveness Test, 6(2) Legisprudene 191 (2012). , p (192-193)

١- الإعتماد في عملية صياغة وإعداد النصوص القانونية بالمتخصصين من أصحاب الخبرة القانونية النظرية والعملية والذين يعرفون معنى النصوص القانونية ومداها ومراميها والهدف من إصدار التشريع.

٢- الابتعاد عن الغموض والإبهام عند صياغة النصوص وتوخي الوضوح وسلاسة الكلام قدر الإمكان دون الإخلال بالصياغة الإصطلاحية القانونية المتوخاة من النص.

وضرورة إستخدام الكلمات والعبارات المألوفة وتوضيح المصطلحات التكنولوجية وتجنب الكلمات غير الضرورية والمتشابهة في المشروع المعد. [١]

٣- تجنب الأخطاء المادية واللغوية ولو تطلب ذلك الإستعانة في لجان الصياغة بلغويين متخصصين ومزج العمل القانوني باللغوي ليظهر النص محبوكا بالشكل المطلوب.

٤- إستخدام صيغ الإثبات في اللغة اكثر من النفي وصيغ المبني للمعلوم أفضل من المبني للمجهول واستخدام الجمل القصيرة والتقارب بين الأجزاء المختلفة للجملة والابتعاد عن الإسهاب في الجمل وتفاصيلها.[٢]

٥- تسلح الصائغ بمعرفة كاملة لدلالات النصوص من عام وخاص ومطلق ومقيد فضلا عن دلالة النص المباشرة ودلالات الإشارة والإقتضاء وغيرها بحيث يراعي عند صياغته للنص أن تكون الصياغة محبوكة بشكل يلائم طبيعة العمل القضائي والواقع القانوني.

٦- مراعاة القوانين المختلفة عند صياغة قانون معين منعا لحصول التعارض بين تلك النصوص القانونية ، وهذا يتطل إلمام الصائغ بالدستور والتشريعات العادية والفرعية المختلفة فضلا عن معرفته بالمعاهدات الدولية ذات الصلة والتي صادقت عليها الدولة وصدر قانون بشأنها من مجلس النواب .

٧- توفير الأمكانات المادية والعلمية الضرورية للصائغ ليبدع في عمله من مكتبات عادية والكترونية بحيث يسهل عليه الحصول على المعلومة وبناء قاعدة قانونية ومعرفية سليمة.

٨- ضرورة حصول الصائغ على خبرة الجهة المقترحة للتشريع وأن يكون ممثل عنها عضو في لجنة الصياغة لتسهيل المناقشات المتبادلة بهدف وضع صياغة قانونية سليمة تراعي الجانب القانوني والذي يطابق أو يعالج المشاكل الموجودة في الواقع ، ويمكن الإستفادة

---

1 -"Prefer familiar words. Avoid jargon. Explain technical terms. Omit unnecessary words. Be concise; use “must” and not “should” or “shall”. Avoid multiple negatives. Be consistent and use the same term throughout the document.” See; Kai Hauerstein, op. cit. , p 100

٢ - د. خالد جمال أحمد حسن ، المصدر السابق، ص٦٢-٦٣.

من الرأي العام قبل صيرورة القانون بشكل نهائي فالآراء المتعددة والمختلفة تغني الفكرة وتساعد في إنضاجها وتجعل الصائغ أكثر إلماما بمشروع القانون المراد له أن يصاغ على يديه.

٩- أن تكون الصياغة ناتجة عن التعاون بين عدد من المختصين وعدم الإعتماد على الجهد الذاتي لشخص واحد ، وان تكون هناك رغبة في تحقيق مستوى جودة عال في جميع مراحل إعداد وصياغة التشريع.[١]

المطلب الثاني

منح سلطة تقديرية للقاضي في تطبيق القانون

تصدر التشريعات عادة لمعالجة مشكلة واقعية موجودة في المجتمع وتهدف الى حكمها وتنظيمها بشكل يحقق الإستقرار المطلوب في المعاملات اليومية وضبط سلوك الأفراد داخل المجتمع فضلا عن تحقيق العدالة المنشودة.

ذلك أن القانون كما يؤكد (مونتيسيكو) حدثٌ اجتماعي ينشأ بين أحشاء الجماعة وينمو في ظلال ظروفها ومعطيات واقعها ، بل ويتطور بتطور هذه الظروف ، وأنه ليس هناك قانون طبيعي ثابت لا من حيث المكان ولا من حيث الزمان ، فهو كائن حي يتفاعل مع البيئة الاجتماعية ينشأ فيها ويتطور معها ، ولذا تختلف قوانين الشعوب بعضها عن البعض الآخر ، بل نجد أن قانون الشعب الواحد يختلف من عصر إلى آخر.[٢] ومن ثم فلابد من مراعاة الواقع الإجتماعي عند تطبيق القانون وقبلها عند صياغته ، ينظم القانون علاقات الافراد فيما بينهم ، وذلك يفترض وضع قواعد قانونية مجردة تحدد المبادئ العامة التي تقوم عليها هذه العلاقة وهو ضرورة تفرضها حاجة المجتمع الى حد معقول من الاستقرار العادل والذي لايدرك بمجرد وجود القواعد العامة المنظمة لسلوك الافراد

---

1 -see V.Vanterpool, op. cit , p173 . and he says at the same position "The desire to achieve the standard of quality should be part of the approach in all stages in the law-creating and-implementing processes, as good legislation is the result of collaboration by all of the persons who research and determine the policy, craft its written provisions, implement, monitor and evaluate its implementation and impact ".

٢ - د. سليمان مرقص ، الوافي في شرح القانون المدني ، الجزء الأول (المدخل للعلوم القانونية) ، ط٦ ،مطبعة السلام ، ١٩٨٧ ، ص ٥٣٤.

أو حتى مراكزهم القانونية ، بل يتوقف بشكل أكبر على مدى فعالية القواعد القانونية في الواقع الاجتماعي.[١]

فنجاح الصائغ في صياغة تشريع ما يتحقق بالترابط بين عملية صنع القوانين والمحتوى الموضوعي للتشريع وشكل النص التشريعي ولغته وطريقة تنفيذ وتشغيل التشريع ووظائفه فضلا عن تأثير ذلك التشريع في العالم الحقيقي.[٢]

لذا على الصائغ أن يراعي عند صياغته للنص القانوني أن ذلك النص سوف يطبق [٣] ومن ثم لابد أن تأتي صياغته ملائمة للواقع حسبما يراه القاضي عند التطبيق.

تتكون القاعدة القانونية وكما هو معلوم من فرض وحكم ، الفرض هو الواقعة التي تحدث وتخذ مظهرا خارجيا والتي يمكن أن يرتب عليها القانون أثرا قانونيا معينا ، سواء أكانت واقعة من صنع الطبيعة كالولادة والوفاة والزلزال والعاصفة أم واقعة من صنع الإنسان كإبرام عقد معين ، ويلعب القضاء دورا رئيسيا في التحقق من توافر الفرض وترتيب الحكم عليه ، وبالتأكيد قد يكون للأطراف دور في إثبات حصول واقعة معينة من عدمها ويبقى للقاضي تقدير الأدلة المتحصلة من أطراف الدعوى ، وقد يكون الفرض حالة قانونية معينة يرتب لها القانون أحكاما خاصة.

وقد يتكون الفرض من حالة قانونية أو مركز قانوني قبل ان تنظم اليها بعض الوقائع أو تؤدي لإبرازها بعض صور التعبير عن الارادة ، وقد يتكون الفرض من مزيج من شروط مادية تتمثل بالضرر وعلاقة السببية وشروط قانونية تتعلق بالخطأ [٤] ، ان السلطة التقديرية للقاضي تجد أساسها الشكلي في جميع الحالات التي يخول المشرع للقاضي حرية التقدير سواء عند مباشرته النشاط الاجرائي أو عند اقتناعه بالواقع أو تقديره للحكم ، وفي مثل هذه الحالات تجد سلطة القاضي التقديرية اساسها في تنازل المشرع عن ارادته في التحديد وترك القاضي ليقوم بذلك بدلاً عنه.[٥]

(ان الموضوع لا يتعلق بتنازل المشرع عن ارادته في التحديد وترك القاضي ليقوم بذلك بدلاً عنه ، وانما الأمر يتأسس على الفرق بين الوظيفة التشريعية والوظيفة القضائية من جانب وما يربط بينهما من جانب آخر وهو عنصر الواقع ، لأن هناك جدلاً واضحاً يقوم على اساس مرن وغير

---

١ ـ د .وجدي راغب، النظرية العامة للعمل القضائي ، منشأة المعارف ، الاسكندرية، ١٩٧٤ ، ص٩٣.

2 -M.Moumouti, op. cit. , p 94.

3 - Maurice B. Krik,op cit, p305.

٤ ـ د .حسن كيرة ، المدخل لدراسة القانون ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٧٠ ، ص ١٥٠.

٥ ـ د. نبيل إسماعيل عمر ، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة ،الإسكندرية ٢٠١١، ، ص١٢١.

ثابت يجمع بين القاعدة القانونية وبين الدعوى المدنية يتمثل بعنصر الواقع ، لأن القاعدة القانونية بأصل تشريعها عبارة عن وقائع تصورها المشرع لضرورتها وأراد حكمها بهذه القاعدة ، وأكتسبت بمجرد صدورها على شكل تشريع بصفات خاصة تتمثل بالعمومية والتجريد والإلزام وأنفصلت عن الواقع العادي ، ولكن هذه القاعدة القانونية بوصفها المتقدم تعود لحكم الواقع المقدم من قبل الخصوم مرة اخرى في الدعوى المدنية).[1]

إن السلطة التقديرية التي يمكن أن يتمتع بها القاضي إنما تأتي من النص القانوني ، فأن كانت سلطة إجرائية فقانون المرافعات أو الإثبات هو الذي يعطي للقاضي سلطة في تقدير قيمة الدليل المعروض أمام المحكمة أو الموازنة بين الأدلة كالموازنة بين شهادات الإثبات وشهادات النفي ومن ثم تقدير الراجح بينها ، أما السلطة التقديرية في الجانب الموضوعي فتكون بمنح القاضي مساحة من الحرية في تقدير أمر معين وتطبيق حكم معين يختلف بإختلاف ما يحكم به القاضي بموجب سلطته التقديرية ، فقد تخير القاعدة القانونية القضاء أكثر من خيار يمكنه أن يلجأ اليه بحسب تقديره للقضية المعروضة وملابساتها.

وقد تأتي السلطة التقديرية للقاضي بعبارات التخيير أو الإجازة الصريحة والواضحة في النص أو قد تكون السلطة ممنوحة للقاضي من خلال اعطاء السلطة لمحكمة بالحكم تبعا لظروف القضية وعادة ما تستخدم كلمات تمنح القاضي مثل تلك السلطة التقديرية الموضوعية حيث أن هناك كلمات يتم إختيارها من الصائغ بدقة لتحقق ذلك الغرض مثل كلمات (ضروري) ، (عادل) ، (معقول). [2] ويمكن إجمال وسائل منح السلطة التقديرية للقاضي بالآتي:

أولا: السلطة التقديرية المستندة للنص الصريح

وتأتي السلطة التقديرية للقاضي ممنوحة في النص القانوني بشكل واضح عند إستخدام عبارات التخيير للمحكمة مثل (للمحكمة أو للقاضي) كما ورد في نص المادة (١٠١ فقرة ١) من القانون المدني بقولها "للمحكمة أن تأذن للصغير المميز عند إمتناع الولي عن الإذن وليس للولي

[1] - د. هادي حسين عبد علي الكعبي ، سلطة تقدير القاضي للواقع المجرد في الدعوى المدنية، دراسة مقارنة ،بحث منشور في مجلة المحقق الحلي ، العددالأول –السنة التاسعة،٢٠١٧ ، ص ٢٢٤.

2 - Brain Hunt, op. cit. , p118 .

أن يحجر عليه بعد ذلك" ، أي يجوز للمحكمة منح الإذن أو عدم منحه بحسب ظروف الواقعة المعروضة وما تستأنسه من الصغير المميز.

أو قد يستخدم القانون لفظ (جاز) أو (يجوز) للمحكمة وتكون السلطة التقديرية مخولة بشكل واضح للمحكمة بحسب القضية وظروفها فمثلا تنص المادة (١٦٧ فقرة ٢) من القانون ذاته على "إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للمحكمة أن تعدل هذه الشروط أو تعفي الطرف المذعن منها وذلك وفقا لما تقضي به العدالة ويقع باطلا كل إتفاق على خلاف ذلك " ، كذلك مانصت عليه المادة (١٧٧) مدني بشأن جواز الفسخ أو جواز منح نظرة الميسرة حيث نصت على " ١- في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للعاقد الآخر بعد الإعذار أن يطلب الفسخ مع التعويض إن كان له مقتضى على أنه يجوز للمحكمة أن تنظر المدين الى أجل كما يجوز لها أن ترفض طلب الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليلا بالنسبة للإلتزام في جملته"

ثانيا: النص يمنح السلطة التقديرية بعبارات صريحة أخرى

أي لا يستخدم النص عبارة للمحكمة او عبارة يجوز للمحكمة ولكن صريح النص يمنح تلك السلطة التقديرية من خلال إعتماد الحكم الذي يفترض بالمحكمة أن تصدره على الظروف المحيطة بكل قضية على حدة ، ومثال ذلك ما نصت عليه المادة (٢٠٩) مدني بقولها " ١-تعين المحكمة طريقا للتعويض تبعا للظروف ويصح أن يكون التعويض أقساطا أو إيرادا مرتبا ... "

ثالثا: النص يمنح السلطة التقديرية بشكل غير صريح

ويكون ذلك بترك أمر التقدير للقاضي في تحديد فكرة (الإرهاق) وفكرة (الضرر الجسيم) مثلا المنصوص عليهما في المادة (٢٤٦) من القانون المدني والتي جاء فيها " ٢- على أنه إذا كان في التنفيذ العيني إرهاق للمدين جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدي إذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضررا جسيما" فلا يوجد تعريف واضح وقاطع في التشريع للإرهاق أو للضرر الجسيم ومن ثم يبقى ذلك من المسائل التي يترك تقديرها للقاضي مستعينا في كل ذلك بالخبراء ، وكذلك عبارة (المعقولية) عند تطبيق نظرية الظروف الطارئة والمنصوص عليها في المادة (١٤٦ فقرة ٢) من القانون المدني وذلك بقيام المحكمة بإنقاص الإلتزام المرهق الى الحد المعقول.

الخاتمة:

في نهاية بحث موضوع دور الصياغة القانونية السليمة في التطبيق العادل للقانون فانه يمكن أن نثبت جملة من النتائج والتوصيات وكالآتي:

أولا : النتائج

إن الصياغة القانونية مرحلة مهمة ،إن لم تكن الأهم ، في عملية صناعة التشريعات ، سواء أكانت دستورا أم قوانين عادية أم تشريعات فرعية من أنظمة وتعليمات ، فالتشريعات بمختلف انواعها تمر بمراحل عدة تبدأ من كونها فكرة الى أن تصبح قانونا نافذا ومطبقا من قبل المحاكم.

١- الصياغة القانونية هي " عمل يقوم به مختصون يتمثل في تحويل أفكار ومعتقدات يراد تنظيمها بقانون معين الى نصوص تشريعية متماسكة ومتجانسة وواضحة وسهلة الفهم والتطبيق ".
٢- يجب على الصائغ عند صياغته للتشريع أن يأخذ بنظر الإعتبار بأن هناك مستويات علمية وثقافية مختلفة وان التشريع يجب أن يكون سلسلا مفهوما في عباراته ومبتغاه من قبل كل المخاطبين ، فيعتمد على معيار موضوعي وهو الرجل المعتاد الوسط في الفهم والإستيعاب للنصوص.
٣- يوجد العديد من العيوب في النصوص القانونية النافذة والتي تأخذ أشكالا عدة منها الأخطاء المادية واللغوية فضلا عن الغموض والتعارض فيما بين النصوص القانونية سواء أكان التعارض مع الدستور أم مع قوانين أعلى مرتبة كالتعارض بين الأنظمة والتعليمات مع القانون العادي.
٤- تلك الإخطاء إنما كانت بسبب قلة خبرة الجهة المختصة بالصياغة القانونية خاصة أن كان الصائغ بعيدا عن الواقع الذي أريد للقانون أن يحكمه أو التعديلات التي يجريها مجلس النواب على مشاريع القوانين فتأتي الصياغة معيبة بسبب عدم عرض تلك التعديلات على جهة مختصة بالصياغة .
٥- الصياغة القانونية السليمة تقود بالتأكيد الى حسن فهم القانون بعد إصداره فضلا عن حسن التطبيق من قبل القضاء.

٦- إعطاء الفرصة للقضاء لإعمال السلطة التقديرية يؤدي الى تجنب الكثير من المشاكل التي تنتج عن عدم تصور المشرع وبشكل كافي للواقع ، ومن ثم فإن إعطاء نطاق أوسع لسلطة القاضي التقديرية من شأنه أن يحقق العدالة بشكل أكبر بحيث يطبق النص القانوني وفق ظروف كل قضية على حدة.

ثانيا : التوصيات

١- من الضروري إيجاد لجان متخصصة بالصياغة في مجلس النواب وان لايتم الإكتفاء بالمقترحات والتعديلات التي تجريها اللجنة القانونية في المجلس.
٢- تفعيل دور مجلس الدولة بشكل أكبر وأن تشكل فيه لجان ذات طبيعة مزدوجة فيها القانونيون فضلا عن المختصصين من الفنيين والذين لديهم معرفة في النطاق المهني الذي ينظمه القانون المقترح.
٣- التوسع أكثر ، خاصة في إطار القانون الخاص ، في منح القضاء السلطة التقديرية ليتمكن من مراعاة الظرف المحيطة في كل قضية ويتغلب بذلك عدم جمود النص وعدم دقته في وصف ومراعاة الواقع بما يجعل الحكم القضائي أكثر قربا لتحقيق العدالة المنشودة من إصدار قانون معين ينظم نشاط إجتماعي معين.
٤- الأفضل أن تكون هناك لجان متخصصة في مجلس شورى الدولة وبحسب طبيعة القانون ، العام والخاص، ونقترح أن يكون أساتذة القانون وبحسب تخصصاتهم أعضاء في تلك اللجان والإستعانة عند الحاجة بأساتذة القانون في كليات القانون المختلفة ولو بشكل إنتداب لمناقشة قانون معين فقط.

قائمة المصادر:

١- أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم (ابن منظور) ، لسان العرب ، الجزء ٨ ، دار صادر ، ٢٠٠٣.

٢- د. أحمد شرف الدين ، أول الصياغة القانونية للعقود ، مطبعة أبناء وهبة حسان ، القاهرة ، بدون سنة.
٣- د. أنور سلطان ، الموجز في النظرية العامة للإلتزام ، ج ٢(أحكام الإلتزام) ،منشأة المعارف، الاسكندرية ، ١٩٦٥.
٤- د.حسن أحمد بغدادي، النقص الفطري في أحكام التشريع ، بحث منشور في مجلة القضاء العدد(٤،٥) بغداد ،السنة (٤) ١٩٤٥.
٥- د .حسن كيرة ، المدخل لدراسة القانون ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٧٠.
٦- د. خالد جمال أحمد حسن ، مبادئ الصياغة التشريعية ، بحث منشور في مجلة (القانونية) ، هيئة التشريع والإفتاء القانوني /مملكة البحرين ، العدد الرابع ،يونيو ٢٠١٥.
٧- د.سعيد أحمد بيومي ، لغة القانون – في ضوء علم لغة النص / دراسة في التماسك النصي ، دار الكتب القانونية ، مصر ، ٢٠١٠.
٨- د. سليمان بن عبد العزيز العيوني،الضوابط اللغوية للصياغة القانونية ، بحث منشور في مجلة العلوم العربية ، العدد التاسع والعشرون ،شوال ١٤٣٤ ، ص ١٣. متاح على الموقع الالكتروني :

www.legal-library-books.com

٩- د. سليمان مرقص ، الوافي في شرح القانون المدني ، الجزء الأول (المدخل للعلوم القانونية) ، ط٦ ،مطبعة السلام ، ١٩٨٧.
١٠- د. عبد الرزاق السنهوري و د. أحمد حشمت أبو ستيت ، أصول القانون أو المدخل لدراسة القانون ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٥٢.
١١- د.عبد القادر الشيخلي ، فن الصياغة القانونية – تشريعا و فقها وقضاء ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ١٩٩٥.
١٢- د. عصمت عبد المجيد بكر ، مسألة تحصين القرار الاداري من الطعن القضائي (دراسة مقارنة) ، بحث منشور على موقع مجلة التشريع والقضاء ينظر الرابط:

http://www.tqmag.net/body

١٣- د. عصمت عبد المجيد بكر ، مشكلات التشريع – دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، بدون سنة.
١٤- مجمع اللغة العربية ، المعجم الوسيط ، مكتبة الشرق الدولية ، ٢٠٠٤.
١٥- د .محمد شريف احمد ، نظرية تفسير النصوص المدنية دراسة مقارنة بين الفقهين المدني والإسلامي ، مطبعة وزارة الاوقاف والشؤون الدينية ، بغداد ، ١٩٧٩.
١٦- . نبيل إسماعيل عمر ، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية ، دار الجامعة الجديدة ،الإسكندرية ٢٠١١.

١٧- د. هادي حسين عبد علي الكعبي ، سلطة تقدير القاضي للواقع المجرد في الدعوى المدنية ، دراسة مقارنة ،بحث منشور في مجلة المحقق الحلي ، العدد الأول –السنة التاسعة،٢٠١٧ .
١٨- د .وجدي راغب، النظرية العامة للعمل القضائي ، منشأة المعارف ، الاسكندرية، ١٩٧٤.

المصادر باللغة الانكليزية:

19-Brain Hunt, PLAIN English Legislative Drafting; An Achievable Object of Laudable Ideal ? , Statute Law Review ,Vol 24 , No. 2 , (2003).

20- Kai Hauerstein ,Introduction to Legislative Drafting References and Techniques , Permanent Secretariat of the Committee for Legal and Judicial Reform, (2013).

21-Maurice B. Krik , Legal Drafting Some Elements of Technique ,Texas Teach Law Review ,Vol 4;297 , Available at: https://ttu-ir.tdl.org/ttuir/bitstream/handle/10601/417/kirk5.pdf?sequence=1

22- Maria Mousmouti, Operationalising Quality of Legislation Through the Effectiveness Test, 6(2) Legisprudene 191 (2012).

23- Vareen Vanterpool, A Critical Look at Achieving Quality in Legislation, 9 Eur. J.L. Reform,2007.

24- - Victoria E. Aitken , An exposition of legislative quality and its relevance for effective development , July 2013, Available at: https://www.luc.edu/media/lucedu/prolaw/documents/AITKEN FINAL ARTICLE.pdf

عنوان البحث	قانون الاحوال الشخصية النافذ .. بين الطموح والواقع
اسم الباحث	الاستاذ الدكتور حيدر حسين الشمري الدكتور عدنان هاشم الشروفي
جهة الانتساب	كلية القانون/ جامعة كربلاء

مقدمة:

منذ حوالي عقدين وقانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل والنافذ يعيش سباتا تشريعيا حيث أقفل العام ١٩٩٩ أبوابه أمام آخر تعديل لهذا القانون مع التطور الحاصل في المجتمع والتغيرات في سلوك الاسرة والتطورات في مسائل الاحوال الشخصية .

ورغم مرور عقد ونصف على سقوط النظام والتحول السياسي و الديمقراطي في العراقي إلا أن السلطة التشريعية في العراق عزفت عن إجراء أي تعديل على هذا القانون او استبداله بغيره رغم انها سنت وعدلت واستبدلت المئات من القوانين التي تخدم مصالح السياسيين متناسية دور الاسرة العراقية ووجوب مراعاة ذلك.

ولكن بدات في الافق بوادر للتغير في هذا القانون رغم انها لم تر النور بعد ، إلا أنها لاتزال محل شك وريبة لدى بعضهم ومحل نظر او قبول لدى بعضهم الآخر .

ولكن السؤال الذي يتبادر هو هل ان القانون النافذ بحاجة الى استبدال بقانون جديد ام اجراء تعديل عليه مع ابقائه؟

جاء مشروح تعديل قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨لسنة ١٩٥٩ ليكشف لنا الغطاء عن التاملات او التخوفات التي تنتاب العراقيين فيما لو اجيز هذا التعديل ، إجابة عن هذا التساؤل لابد من تقسيم هذا البحث على مبحثين نتناول في الاول المبادئ العامة التي جاء بها التعديل أما المبحث الثاني فسنتطرق فيه الى الاشكاليات التي يثيرها التعديل .ووضعنا خاتمة لأهم النتائج والاشكاليات التي امكن التوصل اليها.

المبحث الاول

المبادئ العامة التي جاء بها التعديل

١- مقترح التعديل شمل ستة مواد فقط هي (٢-٦-٩-١٠-٢٤-٢٦) من قانون الاحوال الشخصية واضاف مادة اخرى له تحت رقم ٩٥.

٢- شملت اغلب مواد التعديل مسائل الزواج مع اشارة قليلة لاحكام الطلاق دون الاشارة الى المسائل الاخرى من وصية وميراث وايصاء والتي هي من مسائل الاحوال الشخصية والتي تحتاج اعادة نظر.

٣- المقترح يسلب من القضاء سلطته التقديرية فقاضي الاحوال الشخصية يصبح اداة تنفيذية تتبع ما يراه المجلس العلمي التابع للوقفين الشيعي والسني ويتنافى مع مبدأ الفصل بين السلطات وإهدار لسلطة القاضي في الاحكام.

٤- الصياغة القانونية للتعديل ركيكة وضعيفه كما انها تحتوي على تعارض في ذات القانون النافذ في النص الحالي اضافة الى الغموض واللبس الذي يحكم بعض مواده.

٥- التعديل فيه تعارض مع احكام قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ النافذ من حيث إختصاص محكمة الاحوال الشخصية او اجراءات الدعوى الشرعية.

٦- تعارض مواد التعديل لاسيما التي تجعل التقاضي وفق مذهب المتداعين يتعارض مع اصل المادة الاولى من القانون النافذ ([1]) التي جعلت النص التشريعي هو المصدر الاول ثم الفقه الاسلامي دون التقيد بمذهب معين هو المصدر الثاني .

٧- اعتبر ثوابت الاسلام اساسا لمقارنة توافق الاحكام في القانون الحالي وعدم جواز سن تشريع يخالف احكام الشريعة الاسلامية [2]

---

[1] - نصن م ١ من قانون الاحوال الشخصية النافذ على انه "١ - تسرى النصوص التشريعية في هذا القانون على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها او في فحواها .
٢ - اذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية الاكثر ملائمة لنصوص هذا القانون .
٣ - تسترشد المحاكم في كل ذلك بالاحكام التي اقرها القضاء والفقه الاسلامي في العراق وفي البلاد الاسلامية الاخرى التي تتقارب قوانينها من القوانين العراقية .".

[2] - جاء في الأسباب الموجبة لتشريع تعديل القانون انه"انسجاماً مع ما أقرته المادة (٢) من الدستور أنه لا يجوز سن قانون يتعارض مع ثوابت أحكام الإسلام، وما أقرته المادة (٤١) من ضمان حرية الأفراد في

المبحث الثاني

الاشكايات التي يثيرها التعديل

١- أجاز التعديل للعراقيين المسلمين تقديم طلب إلى محكمة الأحوال الشخصية المختصة، لتطبيق الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية وفق المذهب الذي يتبعونه [١] (م١/أ) . وهذا النص يثير الاشكالية بخصوص زمن تقديم الطلب فهل يكون ذلك الوقت قبل اقامة الدعوى ام اثنائها ثم ما الحكم في حالة اختلاف مذهب الزوجين او المتداعين فاي المذهبين سيختار القاضي ؟ وما سلطة القاضي بخصوص قبول الطلب او رفضه ؟ ثم ماهي مدلولية الاحوال الشخصية فهل هي تشمل مسائل الزواج والطلاق وتفرعاتهما آم ستشمل ايضا معهما الوصية والميراث؟

٢- الزم التعديل محكمة الاحوال الشخصية المختصة عند اصدارها القرار بخصوص الدعوى المرفوعة امامها باتباع ما يصدر عن المجمع العلمي في الوقفين الشيعي والسني وفقا لمذهب الزوج [٢](م ٢/ب)، وما يؤخذ على هذا التعديل الغاء مبدا استقلال القضاء كما انه لم يحدد وقت الاعتداد بمذهب الزوج فهل هو وقت النزاع أم وقت ابرام العقد أم وقت رفع الدعوى ثم ان مدلول (الشيعة)واسع فهل يشمل الامامية فقط أم غيرهم من فرق الشيعة وهم كثر ونفس الامر يقال بخصوص مدلول (السنة) فهنالك اربعة مذاهب كبرى (الاحناف-

---

الالتزام بأحوالهم الشخصية حسب دياناتهم أو مذاهبهم أو معتقداتهم أو اختياراتهم، وللحفاظ على المحاكم كجهة قضائية موحدة لتطبيق الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية بعد الرجوع إلى الجهة ذات الاختصاص، شرع هذا القانون."

[١] - المادة الأولى: يضاف ما يلي إلى آخر المادة الثانية من قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل ويكون البند (٣) لها:
أ. يجوز للمسلمين الخاضعين لأحكام هذا القانون تقديم طلب إلى محكمة الأحوال الشخصية المختصة، لتطبيق الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية وفق المذهب الذي يتبعونه.

[٢] - ب. تلتزم المحكمة المختصة بالنسبة للأشخاص الوارد ذكرهم في الفقرة (أ) من هذا البند عند إصدار قراراتها في جميع المسائل التي تناولتها نصوص قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل وغيرها من المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية، بإتباع ما يصدر عن المجمع العلمي في ديوان الوقف الشيعي، والمجلس العلمي والإفتائي في ديوان الوقف السني، وتبعاً لمذهب الزوج، ويصح أن يكون سبباً للحكم.

المالكية- الحنابلة- الشافعية) اضافة لمذاهب اخرى مثل الظاهرية والزيدية الاباضية رغم اعتبار فقهاء السنة المذهبين الاخرين من قبيل المذاهب الشيعية.

٣- التعديل الزم المجلس العلمي في ديوان الوقف الشيعي بإجابة المحكمة عن استيضاحاتها، وفقاً للمشهور من الفقه الشيعي وفتاوى الفقهاء الاعلام، وعند عدم الشهرة يؤخذ برأي (المرجع الديني الأعلى) الذي يرجع اليه في التقليد أكثر الشيعة في العراق من فقهاء النجف الأشرف. كما الزم المجلس العلمي والإفتائي في ديوان الوقف السني بإجابة المحكمة عن استيضاحاتها، وفقاً للمشهور من الفقه السن [١]. وكما اوضحنا فيما سبق الاختلاف بمدلول الفقهين الشيعي والسني فنظيف على هذا النص من ملاحظات اخرى انه لايفهم هل ان المجلس العلمي من العلم والثقة ما سيحيط بكل مفاصل الفقه و فروعه ثم ما حكم من يعتنق المذهبين الزيدي والاباضي او المذهب الظاهري فكيف سيتم الحكم باحواله ووفق اي مذهب . ثم انه حتى ضمن صفوف المذهب الشيعي فهنالك اكثر من مرجع وعالم ولهم مقلدون وان الحكم على احوال شخص بفتوى مرجع وهو يقلد غيره امر فيه اشكال بالنسبة للمحكوم له او عليه ، وكذلك الامر بالنسبة لمعتنقي المذهب السني فهل سيحكم المجلس العلمي للشافعي بفتوى الفقيه الحنفي وهكذا لان الامر مرتبط بمسالة اخرى هي اثبات مذهبية ومرجعية المتداعيين لاسيما وان دوائر الاحوال المدني عندما تصدر بطاقة الاحوال المدنية او عندما تمنح دائرة الجنسية شهادة الجنسية يذكر فيهما فقط دين الشخص (مسلم) لا مذهبه او مرجعه فكيف مثلا للمحكمة ان تتلافى الحيلة على المذهب عندما يعي رجل سني انه شيعي وبالعكس ثم انه حنفي والاصل مالكي وهكذا اضافة الى اننا سنخوض في مسالة تنازع المذاهب بل والاتجاهات في ذات المذهب.

٤- ولعل ما جاء في م ٣ من مقترح التعديل بخصوص اضافة البند ٥ الى المادة العاشرة من القانون النافذ هي محل الاشكال والقول بزواج القاصرات حيث اجازت إبرام عقد الزواج لأتباع المذهبين (الشيعي والسني) كل وفقاً لمذهبه، من قبل من يجيز فقهاء ذلك المذهب ابرامه للعقد بعد التأكد من توافر أركان العقد وشروطه وانتفاء الموانع في الزوجين، على أن يجري تصديق العقد لدى محكمة الأحوال الشخصية خلال فترة لا تزيد على (٦٠) ستين

[١] - ج. يلتزم المجلس العلمي في ديوان الوقف الشيعي بإجابة المحكمة عن استيضاحاتها، وفقاً للمشهور من الفقه الشيعي وفتاوى الفقهاء الاعلام، وعند عدم الشهرة يؤخذ برأي (المرجع الديني الأعلى) الذي يرجع اليه في التقليد أكثر الشيعة في العراق من فقهاء النجف الأشرف. د. يلتزم المجلس العلمي والإفتائي في ديوان الوقف السني بإجابة المحكمة عن استيضاحاتها، وفقاً للمشهور من الفقه السني .

يوماً من تاريخ إبرامه [1]. ويلاحظ على هذا المقترح أنه جعل من قاضي الاحوال الشخصية العراقية مصدقا للعقد الشرعي دون الاكتراث بالشروط والموانع الشرعية والقانونية وهنا يثار التساؤل في كيفية استطاعة رجل الدين الذي سيعقد او يجري العقد الشرعي من التحقق من توافر الاركان والشرائط للراغبين بالزواج وكيف سيتحقق من انتفاء الموانع من ابرام العقد سواء المؤبدة منها او المؤقتة لاسيما وان المحاكم حاليا تسير على وفق اجراءات معينة منها مفاتحة دوائر الاحوال المدنية للخاطبين لغرض بيان حالتهم الزوجية ، كما ان النص لم يشر الى مسالة الفحص الطبي للخاطبين قبل ابرام العقد وما لهذا الامر من الاهمية بالنسبة لصحة الاولاد الذين سينجبون . ولعل الدافع برأي من هذه الخطوة هي رفع التجريم عن الزواج خارج المحكمة واعطائة الصفة القانونية وجعله عملا مباحا غير معاقب عليه لعدم النص على تجريمه من جهة و لالغاء فقرة الجريمة والعقاب من جهة أخرى . ثم ان النص المقترح لم يحدد مصير العقد او العاقدين عندما تمضي المدة المشار اليها للتصديق وعدم حصوله !

٥- أجاز المقترح اشتراط الزوجة على الزوج في عقد الزواج أن تكون وكيلة عنه في طلاق نفسها متى أخل بحقوقها الزوجية من النفقة وحسن المعاشرة[2]. ولا اعلم لماذا قيد الامر بالحقوق الزوجية من نفقة وحسن معاشرة دون غيره وكيف يثبت الاخلال دون تدخل من القضاء أو رفع دعوى امامة واين السلطة التقديرية للقاضي في المسالة ؟

٦- جعل المقترح من عقد الزواج الواقع بالاكراه باطلا ما لم يلحقه الرضا [3].ولا ادري هل أن الاجازة اللاحقة تكسب الصفة المشروعية للعقد ومهو ما لم ياخذ به الجمهور.

---

[1] - المادة الثالثة: يلغى نص البند (٥) من المادة العاشرة من قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل ويحل محله ما يأتي: ٥- يجوز إبرام عقد الزواج لأتباع المذهبين (الشيعي والسني) كل وفقاً لمذهبه، من قبل من يجيز فقهاء ذلك المذهب ابرامه للعقد بعد التأكد من توافر أركان العقد وشروطه وانتفاء الموانع في الزوجين، على أن يجري تصديق العقد لدى محكمة الأحوال الشخصية خلال فترة لا تزيد على (٦٠) ستين يوماً من تاريخ إبرامه.

[2] - المادة الرابعة: يضاف إلى آخر المادة السادسة من قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل ما يأتي، ويكون البند (٥) لها: ٥- يجوز للزوجة أن تشترط على الزوج في عقد الزواج أن تكون وكيلة عنه في طلاق نفسها متى أخل بحقوقها الزوجية من النفقة وحسن المعاشرة.

[3] - طلاق نفسها متى أخل بحقوقها الزوجية من النفقة وحسن المعاشرة.
المادة الخامسة: يلغى نص البند (أ) من المادة التاسعة من قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل، ويحل محله ما يأتي:

٧- اعتبر نفقة الزوجة غير الناشز دينا في ذمة الزوج من وقت الامتناع عن الانفاق عليها [١] دون تقييده مدة معينة كما فعل القانون النافذ .

٨- جعل المقترح اسكان الزوج لاحد ابويه او كلاهما في منزل الزوجية امرا جوازيا لا وجوبيا [٢] كما هو الحال في القانون النافذ شرط عدم الاضرار بالزوجة.

٩- اضاف المقترح مادة الى القانون النافذ حاليا لتكون م ٩٥ والتي ارى انها القنبلة الاكثر عرضة للانفجار في هذا المقترح والتي تقضي بان لا يحكم بمخالفة أي من مواد هذا القانون أو بنوده أو فقراته لثوابت أحكام الإسلام إلا إذا صوّت على مخالفته أغلبية خبراء الفقه الاسلامي من أعضاء المحكمة الاتحادية العليا [٣].

ولنا على هذه المادة الملاحظات الاتية

أ- هذه الاضافة تفرض ان هنالك نصوصا في القانون النافذ تخالف النصوص الشرعية ولم يطلها التعديل فان لم يريد الطعن بعدم شرعيتها ان يدفع بذلك .فالامر استحساني لكل من يدعي المخالفة لثوابت الاسلام.

ب- وقد يثار تساؤل مفاده ماهي ثوابت الاسلام التي يشير اليها النص ؟ وهل هذه الثوابت واحدة عند كل المذاهب الاسلامية؟

= لايحق لأي من الأقارب أو الأغيار إكراه أي شخص ذكراً كان أم أنثى على الزواج دون رضاه، ويعتبر عقد الزواج بالإكراه باطلاً ما لم يلحقه الرضا، كما لا يحق لأي من الأقارب أو الأغيار منع من كان أهلاً للزواج بموجب أحكام هذا القانون من الزواج.

[١] - المادة السادسة: يلغى نص البند (أ) من المادة الرابعة والعشرين من قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل، ويحل محله ما يأتي: ١- تعتبر نفقة الزوجة غير الناشز ديناً في ذمة زوجها من وقت امتناعه عن الانفاق عليها.

[٢] - المادة السابعة: يلغى نص البند (٣) من المادة السادسة والعشرين من قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل، ويحل محله ما يأتي: ٢- يحق للزوج إسكان أبويه أو أحدهما مع زوجته في دار الزوجية وليس للزوجة حق الاعتراض على ذلك ما لم تتضرر به.

[٣] - المادة الثامنة: يضاف ما يأتي إلى قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل، ويكون المادة الخامسة والتسعون منه: لايحكم بمخالفة أي من مواد هذا القانون أو بنوده أو فقراته لثوابت أحكام الإسلام إلا إذا صوّت على مخالفته أغلبية خبراء الفقه الاسلامي من أعضاء المحكمة الاتحادية العليا.

ت- كيف يكون الدفع بالمخالفة هل هو عن طرق دفعه امام ذات الدعوى المنظورة ام في دعوى مستقلة ؟ وهل هذه الدعوى المستقلة هل هي امام المحكمة الاتحادية ام امام القضاء الاداري ام العادي؟

ث- وقد يثار تساؤل اخر مفاده لماذا قيد المقترح الحكم بالمخالفة لثوابت الاسلام من عدمه بخبراء الفقه الاسلامي من اعضاء المحكمة الاتحادية دون غيرهم من الاعضاء الين هم من رجال القانون وهذا الامر يخالف احكام المحكمة الاتحادية التي تكون قراراتها بالاغلبية المطلقة بل بالتوافق حسب ما درجت عليه المحكمة علما ان قانون المحكمة الاتحادية الذي يضيف فقهاء دين الى اعضاء لم يسن بعد ولم يحدد اعضاء من فقهاء الشريعة فكيف سيكون الحال لو دخل تعديل قانون الاحوال الشخصية حيز النفاذ وقانون المحكمة الاتحادية لم يسن بعد ؟ ثم ما الضمان ان هؤلاء الفقهاء ممن يحيطون بالفقه الواسع لا ان ياتوا عن طريق المحاصصه.

الخاتمة:

امكن من خلال إستعراض البحث أعلاه وضع النتائج والمقترحات الاتية

اولا : النتائج

١- التعديل لا يلبي طموح المجتمع العراقي ويسلب الكثير من الميزات التي كسبتها المراة سواء اكانت زوجة ام والده ام بنت ام اخت ام قريبه في ظل القانون النافذ .

٢- التعديل يسلب السلطة التقديرية للقاضي ويقوي السلطة التنفيذية المتمثلة بالوقفين السني والشيعي .

٣- التعديل يشجع على التحايل على المذهب كون اثبات المذهب أمرا غير موثق لدى سجلات الاحوال المدنية للمتداعين فعراقية واسلمة المتداعي واضحه لكن مذهبيته او مرجعيته في المذهب هي غير ثابته يعتمد عليها القاضي باقوال الخصوم وعلى من يدعي العكس الاثبات.

٤- جوانب ومسارات التعديل هي قاصرة على بعض الجوانب دون الاخرى كما اوضحنا.

٥- التعديل فيه اعادة توازن في القوى بين الزوجين على عكس القانون الحالي كما اسلفنا.

ثانيا : التوصيات

تكمن عموم ما خلصنا اليه من توصيات هي بالاتي:

١- إلغاء المشروع المقترح وعدم اقراره للملاحظات التي اوردناها في البحث.

٢- تشكيل لجنة متخصصة من القضاة والاكاديميين والمحامين والحقوقين للوقوف على المثالب والماخذ على قانون الاحوال الشخصية النافذ ومحاولة ازالة العوائق عليه بما يخدم التوازن بين الزوجين.

٣- نكرر ملاحظاتنا فيما سبق وان اقترحناه ببحوثنا السابقة من ضرورة الغاء هذا القانون وسن قانون جديد يسمى قانون الاسرة العراقية ينظم مسائل الزواج والطلاق وما يتعلق بها من امور ويستبعد مسائل الميراث والوصايا والوصية لتنظيما بقوانين خاصة.

عنوان البحث	الجرائم المعاصرة (دراسة في ذاتية المصلحة المحمية)
اسم الباحث	الاستاذ المساعد الدكتور فراس عبد المنعم عبد الله
جهة الانتساب	كلية القانون/ جامعة بغداد

المقدمة :

شهدت العقود الاخيرة من القرن العشرين بروز مفهوم الجرائم المعاصرة بشكل كبير وهو المفهوم الذي لم يتم صياغة اطار محدد له على النحو الذي ادى الى غموض في توصيف الجرائم المستحقة لهذا الوصف اولا والمعايير التي يتم على اساسها تمييز هذه الجرائم عن غيرها .

فضلا عن ذلك فأن وصف هذه الجرائم بأنها (معاصرة) لم يرتب اثرا موضوعيا على مستوى التجريم او اجرائيا على مستوى تعامل الجهات القضائية والتنفيذية مع هذه الجرائم واقتصر الامر على محاولة تطويع النصوص العامة للتعامل مع هـــذه الجرائم على الرغم من قصور تلك النصوص عن استيعاب الخطورة الاستثنائية لهذه الجرائم .

مع ملاحظة الجهود الدولية التي احتوت عليها الاتفاقيات الدولية بشأن هذه الجرائم والتي لم يتم الاستفادة منها بشكل كاف على المستوى الداخلي .

الامر الذي ادى الى تفاقم هذه الجرائم كما ونوعا وفشل السياسات الجنائية على المستويين الدولي والداخلي في الحد من هذه الجرائم بكلفتها الاجتماعية والسياسية والاقتصادية الهائلة ،

وهو الامر الذي يستدعي البحث في سبب ضعف فاعلية الجهود التي تبذل لمواجهتها من خلال البحث في الاطار النظري الذي يميز هذه الجرائم والذي نعتقد إنه نقطة البداية في تأسيس سياسة جنائية فعالة تجاه هذه الانماط الاجرامية الخاصة .

وهو ما سيتم تناوله في مبحثين أولهما نظري تأصيلي وثانيهما تطبيقي يتمثل المفاهيم النظرية في نماذج من تلك الجرائم .

المبحث الاول : تأصيل مفهوم الجرائم المعاصرة .

المطلب الاول : توصيف الجرائم المعاصرة .

المطلب الثاني : خصوصية المصلحة المحمية في الجرائم المعاصرة .

المبحث الثاني : المصلحة المحمية في بعض الجرائم المعاصرة .

المطالب الاول : المصلحة المحمية في جرائم الارهاب .

المطلب الثاني : المصلحة المحمية في جرائم الفساد المالي والاداري .

تمهيـــــــد:

إن تحديد المصلحة المحمية يعد نقطة البداية في صياغة السياسة الجنائية بشقيها (التجريم والجزاء) كونها تمثل عملية الكشف عن الخطورة الاجتماعية الاستثنائية التي تستوجب الدرجة القصوى من الحماية القانونية وهي (الحماية الجنائية) وتعد الجرائم المعاصرة أنموذجاً لإشكالية توصيف المصالح الجديرة بالحماية بما يستتبع ذلك من تحديد لنطاق ودرجة تلك الحماية.

وتتصل الإشكالية المشار اليها أعلاه بحقيقة ذلك الخلط بين حداثة او الصفة المعاصرة للجريمة وبين مجرد التغيير في وسائل وانماط وطرق ارتكاب الجرائم، وهو تغيير لابد منهُ لأنهُ يرتبط بحقيقة التطور التقني والواقع الاجتماعي على المستوى المحلي والعالمي. ومن هنا وجب التمييز بين الجريمة ووسيلة ارتكابها اولاً، وثانياً بين المصلحة المحمية وبين موضوع لاعتداء، وثالثاً بين الجرائم ذاتها بحسب نوع المصلحة المحمية. فبهذهِ المستويات تمثل منطلقاً لفهم ذاتية هذهِ الجرائم، وهو الفهم اللازم لصياغة سياسة جنائية فاعلة في مواجهتها.

وقدر تعلق الامر بالمستوى الأول فأن التغيير في وسيلة ارتكاب الجريمة لا يساوي تغييراً الى نوعها وان كان مؤثراً في جسامة اثارها الكمية والنوعية وإمكانية الكشف عن مرتكبيها. أما فيما يخص التمييز بين المصلحة المحمية وبين موضوع الاعتداء فالأصل ان المشرع لا يعنى بموضوع الاعتداء في مرحلة التجريم ذاته ومثال ذلك ان المشرع يحمي الحق في الحياة مجرداً عن موضوعهِ ولذلك فلا يكون الخطأ في الشخصية مؤثراً في مسؤولية الجاني.

اما المستوى الثاني وهو الأكثر اهمية فأنه يستند الى حقيقة علمية مؤداها (ان التغييرات الكمية بعد مستوى معين تؤدي الى تغيير في النوع). ويتجسد هذا المعنى في مجال القانون عموماً والجنائي خاصةً بفكرة ان الاعتداء على مصلحة معينة عندما يصل الى درجة استثنائية من الجسامة فأنه يؤدي الى تغيير في نوع المصلحة المحمية على الرغم من ثبات الموضوع الذي ينصب عليه ذلك الاعتداء. فالقتل الذي ورد في المادتين ٤٠٥ و٤٠٦ يتعلق بمصلحة مختلفة تماماً عن ذلك الذي يقع في سياق عمل إرهابي، وكذلك الحال مع السرقة والاختلاس وغيرها من الجرائم.

وقد استرشدنا في صياغة هذا المفهوم بالفقه الجنائي الإسلامي وتحديداً بجريمة الحرابة التي تفضل تسميتها (بالجريمة الحدية الخاصة) او جريمة (الحرابة والإفساد) كونها تمثل أنموذجاً لفكرة تغيير المصلحة المحمية مع ثبات موضوع او محل الجريمة، وتطبيقاً لمعنى التغيير في نوع المصلحة المحمية الناجم عن الخطورة الكمية الاستثنائية للاعتداء، واقتراح تراتبية جديدة للمصالح تستند الى تصنيف ثلاثي في مقابل التصنيف الثنائي الذي يضم الجرائم المضرة بالمصلحة العامة والجرائم الواقعة على الأشخاص والأموال، لتتقدم عليهما مصلحة أخرى وهي المصلحة الاجتماعية العليا.

اننا نعتقد بأن هذهِ المنهجية في فهم وتحليل الجرائم المعاصرة تمثل اساساً ملائماً لمعالجة مشكلة هذه الجرائم وتحديداً في المجتمعات غير المستقرة التي تتطلب سياسة جنائية خاصة تختلف عن حالة المجتمعات المستقرة نسبياً. فكان منهج البحث تحليلياً يسعى الى تشخيص الإطار العام المميز للمصلحة المحمية في الجرائم المعاصرة وتطبيق ذلك الاطار على ابرز تلك الجرائم وأكثرها خطورة.

المبحث الأول

تأصيل مفهوم الجرائم المعاصرة

لطالما استخدم مصطلح (الجرائم المعاصرة) بطريقة شديدة العمومية على نحو فقد فيه هذا المفهوم العناصر المميزة لهذه الجرائم وأصبح البحث في هذه الجرائم لما تثيره هذه الجرائم من إشكاليات نذكر منها :

١ـ الزيادة الوبائية في معدلات ارتكابها
٢ـ والكلفة الهائلة لها على المستويات كافة.

٣-فقر المعالجات التشريعية وعدم فاعليتها على كثرتها في المستويين الداخلي والدولي

إن كل ما سبق يؤشر الى ضرورة مراجعة هذه الجرائم بطريقة تأصيلية من خلال البحث في التغييرات التي طرأت على المصلحة المحمية .

فضلاً عن ضرورة التمييز بين الجرائم المعاصرة والمشكلات المعاصرة الناجمة عن جرائم تقليدية والفارق بينهما كبير. فالعنصر الثابت هو جرائم أما المتغير فهو الواقع الاجتماعي الذي يرتب تغيير المصلحة بحسب جسامة الاعتداء وخطورة الجاني.

إن دراسة هذه الجرائم (الموصوفة بالمعاصرة) يتطلب توضيحاً لحدود هذا الوصف وخصائص الجرائم ذات العلاقة .

المطلب الأول

توصيف الجرائم المعاصرة

فقد تم استخدام هذا المصطلح (الجرائم المعاصرة) بشكل واسع وشديد المفهومية وبطريقة أدت الى الخلط بين الجرائم المستحقة لهذا المعنى وجرائم أخرى (تقليدية). وهو الأمر الذي أدى الى فقر المعالجات التشريعية وضعف فاعليتها في مكافحة هذه الجرائم والارتفاع الحاد في معدلات ارتكابها والكلفة الاجتماعية والسياسية والاقتصادية المترتبة عليها .

الأمر الذي أدى الى أن تكون نقطة البحث في هذه المشكلة هي تأصيل هذه الجرائم وصولاً الى توصيف قانوني منضبط لما يندرج تحت هذا المفهوم من جرائم وتحديد للعناصر والخصائص المميزة لها أولاً ، وبيان ذاتية هذه المصالح التي تنالها هذه الجرائم بالضرر أو الخطر ثانياً.

وهو ما سنتناوله على النحو الآتي:

أولاً: مفهوم المعاصرة (Modernity)

يشير مفهوم المعاصرة الى جملة من الخصائص واسعة الطيف التي تشمل جوانب التفاعل الاجتماعي كافة (السياسية ، الثقافية ، الاقتصادية، والأيديولوجية) وتتسم بمحاولة صياغة مفهوم للعالم يتجاوز الأطر السائدة في المجتمعات التقليدية.

فهي في حقيقتها رؤية فلسفية برزت نتاجاً لتغيرات اجتماعية عميقة في المجتمعات الأوربية خلال القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين[١] .

وانعكست على المستوى الاجتماعي في مظاهر واقعية تمثلت في زيادة وتيرة التطور التقني وتوسع الأسواق العالمية وسرعة الانتقال للأفراد والجماعات ورؤوس الأموال وصولاً الى مرحلة العولمة لتأثيرها الشامل[٢] .

وبالتأكيد فإن تغييرات اجتماعية بهذا الحجم لا يمكن ان تستثنى (الجريمة) بعدها ظاهرة اجتماعية أصيلة وشديدة الحساسية للتغير الاجتماعي . [٣]

ويبدو أن خصائص المجتمع المعاصر هي ذاتها العوامل التي أبرزت الجرائم المعاصرة فالأجرام المحلي يتحول وبسهولة الى إجرام عالمي بأثر من سرعة الاتصال وعولمة الأعلام والثغرات القانونية في القوانين الداخلية والدولية .

ثانياً: جرائم معاصرة أم صور جديدة لجرائم تقليدية

إن التدقيق في نماذج الجرائم المعاصرة مثل الجريمة الإرهابية والجرائم الإلكترونية وجريمة غسيل الأموال وجرائم الفساد المالي والإداري والربط بعد ذلك بين هذه الجرائم والتغيرات الاجتماعية (بالمعنى الشامل) يؤدي بنا الى تحديد أكثر دقة بطبيعة هذه الجرائم من عدها (جرائم معاصرة) الى (أساليب وصيغ جديدة لارتكاب جرائم تقليدية).

---

١ ـ يمكن ارجاع العوامل المسببة لهذا الاتجاه الى التغيير العميق في بنية المجتمعات الأوربية خصوصاً بعد الثورة الصناعية والتوسع الكبير للمناطق الخضرية وفقدان الثقة بالمفاهيم التقليدية التي تم الربط بينها وبين الأزمات الاجتماعية والاقتصادية والحروب المتكررة التي شهدتها أوربا.

٢ ـ د. فراس عبد المنعم ، العولمة والجريمة ، محاضرات في علم الأجرام المعاصر ، مرحلة الماجستير ٢٠١٤-٢٠١٥ ، كلية القانون – جامعة بغداد.

٣ ـ أنظر في تفصيل مفهوم التغير الاجتماعي د . محمود عودة . اساليب الاتصال والتغير الاجتماعي ، دار ذات السلاسل ، الكويت ط٢ ، ١٩٨٩ ص ١٤٧_١٤٨.

وبتعبير أكثر دقة إننا نواجه مشكلات معاصرة لجرائم تقليدية . ذلك إن وصف المعاصرة لا يتعلق بذلا الجرائم قدر تعلقه بوسائل ارتكابها التي ترتبط عضوياً بدرجة التحديث التي يكون المجتمع عليها .

المطلب الثاني

خصائص المصلحة المحمية في الجرائم المعاصرة

بعد أن أوضحنا في المطلب السابق حدود صفة المعاصرة استناداً الى تصور يفصل بين معاصرة أساليب ارتكاب الجريمة وبين موضوع الاعتداء على افتراض نسبية وتنوع الأساليب وثبات الموضوع وهو (المصلحة المحمية).

سنحاول في هذا المطلب تحديد أبرز السمات التي تميز المصالح موضوع الاعتداء في الجرائم المعاصرة. وهي سمات لا تتعلق بذات المصلحة بقدر كونها تتصل بالجانب الكمي (جسامة الاعتداء) والجانب النوعي الذي يتمثل في التغيير الحاصل في نوع المصلحة عندما يصل الاعتداء الى مستوى معين يرتب بعدها تغييراً في نوع المصلحة .

وذلك من خلال الآلية التي سنبينها فيما يلي:

أولاً: الزيادة الكمية في جسامة الاعتداء تؤدي الى تغيير نوع المصلحة

لا ينكر إن للتقدم التقني آثاراً على جوانب الحياة كافة وهي آثار ذات بعد سلبي وإيجابي في ذات الوقت هذا من طبائع وسنن التفاعل الاجتماعي وتفسير ذلك لا تحمل في ذاتها قبحاً أو حسناً ذاتياً ولكن الإرادة البشرية هي التي تخصص الوسيلة بغايات معينة (إيجابية اجتماعية) ولنفس العذر تكون تلك الغايات (سلبية لا اجتماعية) .

وهذا الوضع في النتاج التراكمي والتقني المعاصر الذي خلق مشاكل جديدة ومنح المجرمين أدوات أكثر فاعلية في ارتكاب جرائمهم الأمر الذي يتطلب توظيفاً مقابلاً لتلك الأدوات في مكافحة هذه الأساليب المستجدة والمتجددة التي تسم الأجرام المعاصر.

وقد يرد على القول السابق بأن أساليب مكافحة الجرائم قد تطورت بتطور تلك الجرائم وإن للتقنية المستمدة من مجمل العلوم الطبيعة والإنسانية دوراً مهماً في مكافحة الجريمة ، وهو قول صحيح بقدر لا بأس به (ولكنه لا يمنح السلطات أفضلية السبق في مكافحة الأجرام المعاصر) لأن تلك السلطات ستكون دائماً في موقف رد الفعل اللاحق لحصول الضرر في حين إن المطلوب (المنع المستند الى التوقع العلمي scientific prediction)[1] .

والواقع فأن السياسة الجزائية التي توصف بالمعاصرة لا تستحق هذا الوصف إلا بقدر محدود كونها سياسة تهدف الى صياغة رد الفعل الاجتماعي والتشريعي بعد وقوع الجريمة وتفتقر الى الرؤية الشاملة والموضوعية للمشهد الاجتماعي المستمدة من استقراء المؤشرات الحالية تمهيداً لتوقع التوجهات المستقبلية لحجم وانماط الظاهرة الإجرامية .

وبتعبير أكثر وضوحاً يمكن وصف هذه السياسة بأنها تقليدية ، ومحافظة ومثالية وبطيئة الاستجابة للتغييرات الاجتماعية على نحو يفقدها جانباً كبيراً من الفاعلية .

ولعل جوهر الإشكالية يكمن في ذلك الخلط بين السياسة الجزائية بعدها (علماً Science) يبحث في السببية الطبيعية والاجتماعية بطريقة تجريبية خالصة (وهو شأن العلوم جميعاً) وبين فقه القانون الذي هو (معرفة knowledge) موضوعها مجموعة (المعايير الضابطة لسلوك الأفراد في محيطهم الاجتماعي ، وفن المطابقة بين تلك المعايير وبين نماذج السلوك التي تستوفي شروط تلك المعايير) .

الأمر الذي أدى الى جعل حدود السياسة التشريعية عموماً والجزائية بخاصة هي المبادئ العامة لفقه القانون بينما إن العكس هو المطلوب فالعلم مقدم على المعرفة ، فكم من المسلمات لم يكن أحد يتجرأ على مناقشتها ثبت بعد ذلك بطلانها وعدم فاعليتها والمفارقة هنا إن عدم فاعليتها هي التي أثارت الشكوك في مدى صحتها .

---

[1] - يقصد بالتوقع العلمي إمكانية استشراف النتائج المرتبطة بمقدمات معينة استناداً الى حقائق وتصورات على قدر معقول من الثبات مستمدة من نتائج البحث العلمي الرصين. أنظر في تفصيل ذلك... وتفسير ذلك إن المعرفة هي مجرد تصورات ومفاهيم لا تتحول الى علم إلا عندما توضع موضع الاختيار والتدقيق المستند الى المنهج العلمي . انظر في تفصيل ذلك :

Kerlinger ,fred.,n foundationsof behavioral research (second edition) (newyork : Holt ,RINEHA&WINNSTON INC., PP 28, 1937

وتاريخ القانون حافل بالأمثلة والتجارب الاجتماعية التي استندت الى تصورات مغلوطة كانت تعد من الثوابت ثم تبين بعد ذلك إنها مجرد آراء واجتهادات لا سنداً حقيقاً لها من العلم والقانون فهي خليط من سمات شخصية للقائل بها وواقع اجتماعي معين يتفاعل فيها الواقع بالوهم ، الدين والسياسة ، التاريخ والاقتصاد وصولاً الى مستوى الخرافات البدائية والمدنية .

ولعل في التفسيرات المتنوعة للسلوك الإجرامي التي بدأت بالربط بين الجريمة وفكرة الشر المطلق والقوى الغيبية وما تلاها من نظريات كثيرة حاولت احتكار الحقيقة على نحو أدى الى إبطاء عجلة التقدم في هذا المجال.

وبنفس الطريقة فأن عدداً كبيراً من المفاهيم المختلطة والمفرطة في العمومية ما زالت هي التي تحكم التفكير والفقه القانوني[1] .

(إن التطور في المفاهيم العلمية لم ينعكس بالشكل المطلوب على المفاهيم القانونية) نعم لا يمكن إنكار ذاتية المفاهيم القانونية المستمدة من دورها الوظيفي ولكنها لا توجد من العدم لأنها (تمثل صياغة معيارية وسطية بين العلم المجرد والمثالية المطلقة) ، فهذه الوسطية هي التي تحدد درجة فاعلية القاعدة القانونية المستمدة من انسجامها مع ضمير الجماعة الى الدرجة التي تكون عندها الفاعلية هي المقابل الموضوعي (وليس المثالي) للعدالة الوضعية ، ومن هنا نصل الى صلب الاشكال محل البحث الذي يمكن صياغته بالتساول عن سبب فشل السياسة الجزائية والقوانين المستمدة منها في ايجاد حل لمشكلة الجرائم المعاصرة .

فهل يتعلق الامر بالجانب الموضوعي ام الاجرائي ام كليهما ام للإشكالية بعد اخر يتصل بخصائص المصالح الجديرة بالحماية ومستوى تلك الحماية ونوعها ، وقبل ذلك الوعي بأهمية المصلحة وموضعها في سلم المصالح وهي اسئلة لابد من الاجابة عنها .

---

[1] - ولعل الحل لهذا الأشكال البنيوي في الفكر القانوني يكمن في الدراسة العلمية لتاريخ ظاهرة القانون بطريقة تتجاوز السرد والوصف والتتبع الزمني للمراحل الزمنية باتجاه التحليل النقدي الموضوعي الذي يرد المفاهيم الى أصولها الحقيقية ويميز بين القاعدة القانونية كما يجب أن تكون وبين ما هي عليه فعلاً ويفصل بين التصور والواقع ويخلص الفكرة مما علق بها عبر التاريخ ، ومثال ذلك مفهوم السلطة ومصدر شرعيتها ، المصلحة العامة ، ومصلحة الدولة وإعادة تعريف المصالح وتراتبيتها وفق منظور جديد.

وفي سياق الاجابة عن ذلك نقول ان الوعي بالمصلحة لا يساوي المعرفة بها . ذلك ان الوعي حالة ذهنية جوهرها ادراك الوجود الموضوعي لشيء معين ، في حين تكون المعرفة شيئا مختلفا لأنها تمثل مستوى اعلى من الوعي لأنها وعي تفصيلي ، دقيق، مميز . يفصل بين العلة والمعلول والموجود وسبب الوجود حتى تخوم المعرفة العليا التي تتمثل في فهم الطرائق ترتبط فيها الموجودات بأسبابها في تنويعات لانهائية شديدة النسبية .

فكلنا نعي مسببات وعوامل الجريمة ولكنه ذلك ليس سوى وعي شديد العمومية لا يقدم فائدة عملية حقيقة لأن الوعي بها هو وعي بالعلاقات الارتباطية Correlation وهي علاقات قابلة للتأويل ولا تقدم تفسيراً منضبطاً من طابعها الظرفي في العوامل التكوينية والاجتماعية والسياسية والاقتصادية وغيرها كثير هي التي تنتج الانحراف والسلوك الإجرامي هي ذاتها التي ينتج عنها النقيض على مستوى الفرد والجماعة في ظروف مختلفة ولعل لك هو سبب الجمود الذي أصاب البحث في علم الجريمة بعد أن استهلكت هذه العوامل بحثاً وهنا يبرز التساؤل المفصلي (ماذا بعد) أو (ما الذي لم يتم الانتباه اليه) وتحديداً التساؤل المتعلق بالمنفذ المنهجي للمستوى الأكثر عمقاً من الفهم.

وللإجابة عن ذلك نقول أن هذا المستوى الجديد هو الذي يحاول (فهم الطرائق – الآليات) التي تفاعل فيها تلك العوامل في إطار ظرفي محدد بذاته.

إنه فهم يتطلب مرونة عقلية وإدراك دائم الأتساع للمتغيرات وأنساق تشكلها .

ثانياً: نحو منهجية فقهية قانونية علمية

إن القانون في سعيه المستمر لتنظيم العلاقات وحماية المصالح وتوجيه المجتمع نحو الاستقرار وهي (العناصر التي تشكل غاية القانون العادل وخصائصه) لابد من أن يعيد النظر في ضوابط البحث الفقهي بطريقة يستلهم فيها خلاصة المنهج العلمي كما هو في العلوم الطبيعية والإنسانية على حد سواء لأن التنظيم يستوجب معرفة الواقع ومصدر تلك المعرفة لا يمكن أن يكون خارج إطار العلم لكافة مجالاته. وقد تبدو بعض العلوم بعيدة الصلة بمنهج البحث القانوني إلا أن الواقع هو خلاف ذلك إن العلوم وإن بدت ظاهرياً بمثابة الجزر المعرفية المعزولة إلا إنها شديدة الارتباط في المستوى العميق منها وهذه الحقيقة يؤكدها التطور العلمي يوماً بعد آخر . فالإنجاز المعرفي في مجال معين لا يمكن أن يبقى حبيس ذلك المجال مطلقاً إذ إن هناك صلة ووحدة وقوانين

ثابتة تحكم الظواهر الطبيعية والإنسانية. وربما سيكون ذلك الوعي بتلك العلاقة سبباً في تسريع التقدم في مجال العلوم الإنسانية بعد أن ساد ذلك التصور بتخلف هذه العلوم عن نظيرتها الطبيعية بسبب الفهم الذي يعزل قوانين الطبيعة ومحدداتها عن قوانين السلوك الإنساني ومحدداته وهي واحدة من حيث الجوهر فما ينطبق على الموجودات الطبيعية ينطبق كذلك على الموجودات الحية .

ومن تلك المحددات الطبيعية العامة هو رد الأشياء الى عناصر أولية محدودة ورد العناصر الى كينونات خام قابلة للتشكل اللانهائي استناداً الى محددات الكم التي تخلق وترتب التنوع (فالنوع هو تغيير كمي بعد مستوى معين) فجوهر العناصر واحد ولكن طرق ارتباطها هي التي تحدد نوعها وقياساً على ما سبق ووفقاً لمنهج وحدة المحددات الطبيعية والإنسانية يجب أن نفهم محددات السلوك الإنساني بعد ذلك مقدمة لازمة لأي محاولة تسعى الى تنظيم وضبط ذلك السلوك على المستويين الفردي والجمعي .

والقانون عموماً والجنائي بخاصة أولى وأكثر احتياجاً الى هذه الطريق أو المنهج في تحليل الظواهر الاجتماعية وفقاً لرؤية قانونية (يجب أن تكون علمية ولا يمكن أن تكون سوى ذلك).

ولعل في مفهوم المصلحة تطبيقاً مباشراً لهذا الفهم فقد تنوعت التقسيمات للمصالح والتعريفات المعطاة لها والعناصر التي تتكون منها وشروط جدارتها بالحماية القانونية ودرجة تلك الحماية بطريقة أدت الى غموض فكرة المصلحة وخضوعها لتأثيرات غير موضوعية سياسية واجتماعية واقتصادية وفلسفية الى الدرجة التي يتعذر معها الاتفاق على معنى ثابت لها أو تقسيم متفق عليه بشأنها .

إن ما سبق ذكره أدى الى خلل تكويني في المدارس الفقهية جعل من المجتمعات مختبراً للتجارب التشريعية وهي تجارب لا تخفى كلفتها الإنسانية والمادية الهائلة.

إن البحث في فكرة المصلحة في القانون عامة والجنائي تحديداً يكتسب أهمية استثنائية للأسباب الآتية:

إن المفهوم المعطى للمصلحة يمثل انعكاساً مباشراً لفلسفة المشرع الجنائي التي تجد تطبيقاتها في السياسة الجزائية وصولاً الى مرحلة الصياغة الفنية للنص الجنائي.

إن أي خطأ أو خلط مقصود أو غير مقصود في تصنيف وتحديد المصالح الأولى بالرعاية وفي (تراتبيتها)[١] سيؤدي الى إشكاليات نظرية وعملية أضعفت كثيراً من قدرة القانون على أداء وظائفه الثلاث وهي التنظيم والحماية والتوجيه . وبحسب النظرية السائدة في تأصيل فكرة الحق فأن المصلحة هي جوهر الحق عندما يشمل بالحماية القانونية[٢] .

والمصلحة هي كل منفعة مادية أو أدبية . ولا ينكر بعد ذلك تدرج المصالح (التراتبية العمودية (Vertical Hierarchy) من حيث الأهمية وما يستتبع ذلك من تدرج مقابل للحقوق من حيث الأهمية ، وتحديد تلك الأهمية هو وظيفة السياسة الجزائية .

والواقع فأن عنصر الحماية القانونية أو الاعتراف القانوني في المصلحة ليس عنصراً في تكوين الحق أو وجوده ذلك إن التقييم القانوني هو إجراء كاشف عن حقيقة واقعية وليس موجداً لها[٣] .

وقد تعددت تصنيفات المصالح بتعدد المعايير المستخدمة لهذا الغرض فهي في الفقه الإسلامي تنقسم من حيث الاعتبار أي الاعتراف الشرعي بها الى مصالح معتبرة أو ملغاة ، ومن حيث الأهمية الى ضرورية وحاجية وتحسينية[٤] .

أما في الفقه الوضعي فهي تكون مصالح أساسية أولية أو مصالح معززة أو مكملة[١] .

---

١ - التراتبية Hierarchy ويقصد بها ترتيب الأشياء بحسب اهميتها أو جنسها بطريقة يوضع فيها الشيء قبل أو بعد شيء آخر أو بنفس المستوى ،وهي أيضاً رابطة بين الأشياء أو الكيانات المادية أو المعنوية . وتمثل ايضاً طريقة لوصف العلائق بين الموجودات التي تكون مباشرة أو غير مباشرة – عمودية أو أفقية . وجوهر التراتبية ومصدرها هو السببية والمصدرية والتأثير والسلطة بحسب جنس المكونات الداخلية في الرابطة التراتبية . أنظر في تفصيل ذلك:

Wikipedia.org , Hierarchy

2 - Join w. samold , jurisprudence Steven and Hoynes 4 edition – London , p181.

٣ - أنظر في تفصيل ذلك عبد الباقي البكري ، زهير البشير ، المدخل لدراسة القانون ، شركة العاتك لطباعة الكتب ، بلا سنة طبع ، ص ٢١٣ .

٤ - - د. مصطفى الزلمي ، أصول الفقه في نسيجه الجديد ، احسان للطباعة والنشر ، ط٢ ، ٢٠١٤ ، ص١٧٧-١٧٩.

وفي تصنيف آخر تنقسم المصالح الى فردية وعامة واجتماعية فالمصلحة العامة تعبر عن مطلب الجماعة بعدها شخصية قانونية أما المصلحة الاجتماعية فهي تعبير عن مطلب الجماعة بعدها مجتمعا انسانيا ، وتشمل المصالح الاجتماعية أمن الجماعة ، ضمان النظم الاجتماعية ، الأخلاق العامة ،المحافظة على الثروة العامة ،وحياة الأفراد[٢] .

وعموماً فأن كل التقسيمات تعتمد تصنيفاً ثنائياً للمصالح يميز بين المصالح العامة والخاصة الجديرة بالحماية الجزائية ولكنه يتوقف عند هذا التقسيم الأفقي للمصالح فهو تقسيم لا يمثل مشكلة قدر تعلق الأمر بالمصالح الخاصة ولكن الوضع يختلف مع المصالح العامة إذ لم يرتب القانون الجنائي أثراً على درجة عمومية المصلحة إلا في حدود ضيقة (الجرائم الماسة بأمن الدولة الخارجي والداخلي على سبيل المثال) عندما توسع في نطاق الحماية لتشمل مجرد الاتفاق أو التحريض الذي يعد جريمة مستقلة وليس صورة للمساهمة الثانوية .

ويرجع ذلك الى عدم وجود تصور لدى المشرع الجنائي عن حقيقة تدرج المصالح العامة بحسب درجة عموميتها – أهميتها – نطاق الضرر المترتب على الجريمة- خطورة المجرم – خصوصية السببية الجرمية والجنائية في تلك الجرائم[٣] .

فضلاً عن سبب آخر هو عدم تبلور فكرة التمييز بين المصلحة العامة ومصلحة الدولة أو بتعبير أكثر شمولية المصلحة العامة التي نفضل تسميتها (المصلحة الاجتماعية) لجوانب عديدة وعدم امكانية اختزال المصلحة الاجتماعية بجانب أو أكثر، فهذه الجوانب وإن كانت في ذاتها تمثل مصلحة أو مصالح عامة إلا إنها ليست كل المصالح وإنما هي جزئيات من (كل مركب يتكون منها ولكنه لا يقتصر عليها) لأن مجموع أجزاء ذلك الكل لا يعكس طبيعتها ، فهذه المصالح تتخذ حالتين:

---

[١] - د. رمسيس بهنام ، نظرية التجريم في القانون الجنائي ، منشأة المعارف في الإسكندرية ، ١٩٧١ ، ص٢٣.
[٢] - د. أحمد محمد خليفة ، النظرية العامة للتجريم ، دراسة في فلسفة القانون الجنائي ، دار المعارف مصرف ، ١٩٥٨ ، ص ١٠٦- ١٠٧.

[٣] - السببية الجرمية هي المقابل الواقعي للسببية الطبيعية وتشمل كافة الآثار المترتبة على الجريمة (مجمل التغييرات الحاصلة في العالم الخارجي كأثر للسلوك الإجرامي وهي موضوع البحث في علم الأجرام والعلوم الجزائية المساعدة الأخرى ، بينما يقصد بالسببية الجزائية المعيار القانوني الذي يستخدم في الأسناد المادي ويقتصر على الآثار ذات الصلة المباشرة بالسلوك .

١ـ الحالة المنفردة : عندما يشكل الاعتداء مساساً مباشراً بجانب من جوانب المصلحة العامة يقتصر أثره السلبي على تلك المصلحة ولا يتعدى الى ما هو أبعد (نسبياً).

٢ـ الحالة التفاعلية (التركيبية): وهنا يكون الاعتداء (واسع النطاق) ، (ممتد الأثر)

واتساع النطاق يعود الى عدم امكانية حصر أثر الاعتداء بجانب معين من جوانب المصلحة العامة ويرتبط بذلك حتماً امتداد الأثر بطريقة قابلة للقياس والتحديد اللازم قانوناً .

وهنا يحصل التغيير في نوع المصلحة فهي لا تعود بعد ذلك مصلحة عامة جزئية بل مصلحة عامة كلية ،وبقصد بالمصلحة العامة الكلية المصلحة الاجتماعية العليا (المصلحة العليا) اختصاراً .

وهو ما يتحقق بتوافر الشرطين السابق ذكرهما وهما اتساع النطاق وامتداد الأثر وذلك عندما يتسع نطاق المتضررين من الجريمة والامتداد الزمني[١] لأثرها مع امكانية اثبات الرابطة السببية على نحو يقارب بين السببية القانونية والطبيعية وهي مقاربة لها أهميتها الكبرى في التوصيف الدقيق لنوع المصلحة المحمية وخطورة الاعتداء الواقع عليها ويبرر منحها وضعاً خاصاً على مستوى التجريم والجزاء لتلك الجرائم ويؤكد ضرورة تمييزها في طائفة خاصة تعلو على المصالح العامة الجزئية لأنها مجموع هذه المصالح وناتج تفاعلها وليس تراكمها لأن ناتج التفاعل لا يساوي ناتج التراكم .

المبحث الثاني

ذاتية المصلحة المعاصرة في بعض الجرائم المعاصرة

يتناول هذا المبحث تطبيقا لفرضية البحث على جريمتين من أهم الجرائم المعاصرة وهما الجريمة الإرهابية وجرائم الفساد.

[١] - يلاحظ إن الامتداد الزمني للجريمة أو النتيجة الإجرامية هو أمر ملازم لكل الجرائم إذ لا يتوقف التسلسل السببي في المفهوم الطبيعي عند حد معين ولكن المشرع يختار مقطع سببي محدد له بداية هي سلوك الجاني ونهاية تقييمية مصطنعة هي النتيجة الجرمية بالمعنى القانوني وشرط ذلك هو امكانية اثبات الرابطة السببية لدرجة معقولة .

وفي محاولة لصياغة أطار نظري لخصوصية المصلحة المحمية في هاتين الجريمتين سيشتمل هذا المبحث على مطلبين لكل من الجريمتين وكالاتي:-

المطلب الأول

ذاتية المصلحة المحمية في الجريمة الإرهابية

تقدم الجريمة الإرهابية أنموذجا لإشكالية غموض المصلحة المحمية في الصور المستحدثة لهذه الجريمة (من حيث الأساليب والنطاق لآثار هذه الجريمة)[1] .

وهي إشكالية أدت إلى تباين الأطر القانونية التي حاولت معالجة هذه الجريمة . وهي معالجات لم تنجح في تحديد خصوصية هذه الجريمة بطريقة علمية وهو ما يعود إلى أنها استمرت في محاولة الإجابة عن تساؤل والبحث عن حلول تقليدية لمشكلة غير تقليدية .

إذ لا يمكن إنكار الطابع الخاص للجريمة الإرهابية وهي خصوصية لا يمكن للقواعد العامة في القانون الجنائي وقبل ذلك لا يمكن للمفاهيم التقليدية في السياسة الجزائية أن تستوعب أبعادها بطريقة تكاملية .

وهو ما سنحاول التعرف عليه من خلال توضيح أزمة كل من السياسة الجزائية والقانون الجنائي فيما يتصل بهذه الجريمة وكما يلي :-

أزمة السياسة الجزائية في توصيف الجريمة الإرهابية

ليس من مبالغة من وصف العلاقة بين السياسة الجزائي ومشكلة الجريمة الإرهابية بـ (الأزمة) ، ذلك أن الزيادة الوبائية في الجريمة الإرهابية على المستويات كافة والوحشية المتفاقمة في أساليب ارتكابها وما يقابل ذلك من فشل السلطات المختصة في الحد منها فضلا عن منع ارتكابها الى الدرجة التي أصبح الحديث عن أجيال من الإرهابيين تتزايد خطورتهم قياساً بالأجيال السابقة أمراً عادياً وحقيقة محسوسة.

[1] - ينظر بالتفصيل عن مفهوم الجريمة الإرهابية ، د. فراس عبد المنعم و د. آلاء ناصر حسين –القصد الجرمي في الجريمة الإرهابية –بحث منشور في مجلة العلوم القانونية –المجلد التاسع والعشرون –العدد الأول –كلية القانون – جامعة بغداد -٢٠١٤ ص ٧٥-٧٧.

وهو ما يعود في تقديرنا إلى ما أشرنا إليه سابقا من أن السياسة الجزائية كانت ومازالت تدور في الإطار المحدود للفقه الجنائي على الرغم من اختلاف طبيعة كل منهما.

فالسياسة الجزائية علم تجريبي لا يعنى بالمعايير التي تشتمل عليها القواعد القانونية الا بالقدر التي تكون فيه هذه المعايير موضوعا للبحث العلمي الذي يفترض ان يكون المرجعية التقييمية لتلك المعايير وليس العكس كما هو واقع السياسة الجزائية[١] .

وبشكل أكثر وضوحاً نقول أن نتائج البحث في علم السياسة الجزائية هي التي يجب أن تكون محكّمة في تقدير صلاحية القاعدة الجزائية لأنها وكما يفترض أن تكون مجردة من التأثيرات الظرفية المختلفة التي قد تؤثر في توجهات المشرع بطريقة سلبية.

فالعلم لا يقبل بالمقولات التي لم تثبت بالتجربة ، وهو يرتفع عن تأثير النسبية الاجتماعية ويسعى لتقديم وصف موضوعي غير منحاز للظاهرة موضوع البحث.

وهذه الخصائص المميزة للعلم يمكن أن تقدم دفعة قوية للفقه الجنائي ولكن الواقع يشير الى العكس حيث ما تزال (التصورات القبلية) غير المؤكدة والتعميم في الأحكام الذي هو نقيض الموضوعية والمقولات التي تحولت الى مبادئ غير قابلة للنقاش ، نقول إن كل ما سيق وغيره من معرقلات البحث العلمي هي سقف البحث في علم السياسة الجزائية .

ومثال ذلك أن الجريمة الإرهابية في السياسة الجزائية لا تختلف عن مفهومها في القانون الجنائي من حيث اعتبارها جريمة عادية يميزها باعث أو غاية أو وسيلة[٢] . دون أن يمتد هذا البحث الى العنصر المميز لهذه الجريمة عن غيرها وهو عنصر خارج عن أنموذجها القانوني والذي يتكون من الركن المادي والركن المعنوي ، وهو عنصر المصلحة المحمية . فالركن المادي لهذه الجريمة (الإرهابية) لا يختلف عن أي جريمة أخرى وكذا الحال مع الركن المعنوي الذي يتجسد في إرادة الاعتداء على الحق المحمي بسبب من باعث معين يسعى لإشباع غاية محددة عن طريق توجيه الإرادة نحو الاعتداء على مصلحة محمية وهذا القدر لا يصلح لتمييز الجريمة الإرهابية عن غيرها من الجرائم الأمر الذي يفسر تخبط المعالجات التشريعية بهذا الخصوص بين من افرد لها قسماً خاصاً في قانون العقوبات ضمن الجرائم المضرة بالمصلحة العامة.

---

[١] ـد. أحمد فتحي سرور ، المصدر السابق ، ص٣٥.
[٢] - د. فراس عبد المنعم و د. الاء ناصر حسين ،، المصدر السابق ، ص ٩٦.

وبين تشريعات اختارت إصدار قوانين خاصة بهذه الجريمة لم تقدم شيئاً جديداً سوى تشديد العقوبة أو توسيع نطاق التجريم ليشمل الأعمال التحضيرية وتعداد صور السلوك والنشاطات المكونة للمشروع الإجرامي وهي تقنيات تشريعية وصياغات قاعدية تقليدية بكل تأكيد.

ولذلك كان من الضروري أعادة النظر في منهج ودراسة هذه الظاهرة الإجرامية بطريقة تجديدية تسعى لاستيعاب المضمون الحقيقي لها ، وهو البحث في خصوصية المصلحة المحمية في هذه الجريمة.

ومن خلال الإجابة عن الأسئلة الآتية :-

١-هل تمثل الجريمة الإرهابية اعتداء على مصلحة تقليدية (عادية) ولكنه اعتداء أكثر جسامة ويصدر عن مجرم أكثر خطورة فقط ؟

٢-هل تحتفظ المصالح المتنوعة التي تنالها الجريمة الإرهابية مثل (الحق في الحياة ، التكامل الجسدي ،الحرية، الملكية وغيرها من المصالح التي قدر المشرع أنها مستحقة للحماية الجزائية) بكيانها المستقل عندما تشكل جزءا من مشروع الجريمة الإرهابية أم انها ستفقد ذاتيتها لصالح كيان متميز وجديد لمصلحة من نوع آخر هي ناتج التفاعل بين تلك المصالح الجزئية وليس حاصل جمعها .

٣- ما هو التوصيف الدقيق لأثر البواعث والغايات في كيان الجريمة الإرهابية قدر تعلق الأمر بذاتية الركن المعنوي فيها ؟

٤- وفيما يخص الركن المادي من المهم أن تقدم إجابة دقيقة بخصوص العناصر الثلاث لهذا الركن وهي السلوك والنتيجة والرابطة السببية . فعندما يتعلق الأمر بالسلوك الجرمي فهل يجب أن يتبع المشرع الأسلوب الحصري أم من الأفضل أن يحدد بطريقة عامة ؟

ويزداد الوضع دقة فيما يخص النتيجة الجرمية والرابطة السببية فالنتيجة الجرمية لا تتحدد إلا تبعاً لتحديد المصلحة المحمية كونها تمثل الاعتداء الذي ينال تلك المصلحة وهي (النتيجة) ترتبط عضوياً ووظيفياً بالمصلحة من حيث النطاق (الامتداد المكاني –الزماني-الشخصي) لأثار الاعتداء .

ولا ينفصل عن ما سبق ، وبنفس المقدار من الأهمية يجب تحديد خصائص معيار السببية في هذه الجريمة . فهل يكفي المعيار التشريعي أو القضائي وقبل ذلك إلى إي درجة يجب أن يقترب فيها مفهوم السببية القانونية من السببية الواقعية في هذه الجرائم ؟

وسنكتفي في هذا المجال بالإجابة عن التساؤل الأول الذي يتعلق بمفهوم المصلحة المحمية والجريمة الإرهابية لكونه يؤسس للإجابة على التساؤلات الأخرى التي تتجاوز نطاق بحثنا هذا.

مفهوم المصلحة المحمية في الجريمة الارهابية :-

إن التأمل في طبيعة هذه (الجريمة)[1] الإرهابية يكشف عن ذاتية أصيلة مميزة لها عن الصور المختلفة التي قد تتمثل فيها. ذلك أن تلك الصور من قبيل (الاعتداء على الحياة ، السلامة والتكامل الجسدي ، المال .....الخ) وغيرها من المصالح التي تكون موضوعا للاستهداف في الجريمة الإرهابية لا تعدو في تقديرنا سوى مرحلة وسطى لازمة في سياق الوصول إلى الاعتداء على مصلحة أكثر عمومية وأهمية في ذات الوقت .

فالمستهدف في القتل لبواعث وغايات إرهابية لا يكون الحق في الحياة بقدر ما يكون الاعتداء على ذلك الحق وسيلة لتهديد الكيان الاجتماعي وإرغام الإرادة العامة الرسمية وغير الرسمية على الانصياع والخضوع لإرادة المجرمين .

وبتعبير موجز نقول أن القتل أو السرقة أو التخريب الذي يرتكب ببواعث وغايات إرهابية ليست مجرد اعتداء على الحياة أو الحق في الملكية أو غيرها من المصالح الجزائية ولكنه اعتداء يستهدف مصلحة أكثر عمومية لا تتعلق بذات المجني عليه ولا تتعلق أيضا بجانب محدد من جوانب المصلحة العامة ، بل هي المصلحة العامة بصورتها الكلية الشاملة .

ذلك أن الاعتداء يكون موجهاً نحو المجتمع أو الجماعة البشرية مستهدفاً كيانها ووجودها كوحدة ثقافية اولاً وسياسية ثانياً.

[1] - يفضل وصف الجريمة الإرهابية على استخدام تعبير (الجرائم الإرهابية) وذلك من رؤية مفادها أن تفرع المصالح المصالح التي تنالها هذه الجريمة يمثل صورا وتنويعات للوسائل المختلفة في الاعتداء على نفس المصلحة وليس جرائم متعددة تقع على مصالح مختلفة لا يجمع بينها سوى مفهوم (الغايات الإرهابية).

ومن هنا يجب التمييز بين الجرائم الماسة بأمن الدولة الداخلي والخارجي وبين الجريمة الإرهابية وتقرير شمولية الأخيرة للأولى من منطلق شمولية مفهوم المجتمع لمفهوم الدولة التي لا تمثل سوى مؤسسة اجتماعية من ضمن المؤسسات الاجتماعية وحقيقة لاحقة على وجود المجتمع وليس شرطاً لوجوده ابتداءً. وبذلك تتضح أعلوية وخطورة الاعتداء على الكيان الاجتماعي قياساً بالاعتداء على أحدى مؤسسات ذلك الكيان وأن كانت تلك المؤسسة هي الدولة.

ويتضح ذلك في أن (الغايات الإرهابية)[1] لا تستهدف تغيير النظام السياسي بقدر ما تستهدف تغيير البناء الاجتماعي ونمط العلاقات السائدة وعندها يكون استهداف الدولة ومؤسساتها الطريق المباشر والأكثر تأثيرا في تحقيق ذلك التغيير في البناء الاجتماعي لصالح رؤية أيديولوجية معينة يراد لها ان تفرض بالقوة والاستعلاء من منطلق احتكار الحقيقة ورفض التنوع وحرية الفكر .

إنها جرائم تستهدف الغاية المشار إليها أعلاه لا يمكن أن تحتفظ بوصفها التقليدي الذي يتحدد بالمصلحة المباشرة التي تم الاعتداء عليها ، ذلك أن (الضرر المباشر في هذه الجرائم لا يساوي المصلحة المعتدى عليها حقيقة).

ومن هنا لزم الامتداد إلى ما هو ابعد من الضرر المباشر وتحديد الضرر الأكبر واعتماد هذا الأخير بوصفه المصلحة محل الاعتداء في الجريمة الإرهابية. والضرر الأكبر هنا هو مجموع المصالح العامة الجزئية في حالتها التفاعلية وليست التراكمية التي ينتج عنها جريمة واحدة متميزة عن صور الاعتداء المختلفة التي تكونت منها . وهي المصلحة التي نقترح تسميتها بالمصلحة الاجتماعية العليا أو (المصلحة العليا) اختصاراً .

[1] - لا يوجد تعريف محدد للغايات الإرهابية وان وجد فهو يقتصر على عنصر التخويف (الإرهاب) العام دون أن يمتد الى الهدف من وراء ذلك التخويف الذي مناط خصوصية هذه الغايات ، للمزيد ينظر فراس عبد المنعم و د. آلاء ناصر حسين –المصدر السابق ص٩٨-٩٩.

المطلب الثاني

المصلحة المحمية في جرائم الفساد الإداري والمالي

كما أوضحنا سابقاً فأن الحديث عن الجرائم المعاصرة لا يتعلق بجرائم مستحدثة بل بأنماط مستحدثة لجرائم تقليدية ، وهو الوضع بالنسبة لجرائم الفساد الإداري والمالي . فهذه الجرائم وجدت بوجود السلطة وممثليها وأصحاب المصالح في مقابل من يملك قضاء تلك المصالح .

وبشكل أكثر دقة فهي جرائم ترتبط بإساءة وتسخير السلطة العامة لمنافع شخصية مادية كانت أو معنوية.

وهي بهذا المفهوم تجسد معنى (الانحراف في ممارسة السلطة) وهو انحراف يمتد ليشمل كافة المهام العامة باختلاف نوعها (تشريعية- تنفيذية- قضائية) وكذلك باختلاف درجة التأثير المستمدة من المنصب الاداري أو التكليف بالخدمة العامة[1] .

وهو وصف لا إشكال فيه بحسب الصفة الخاصة لمرتكبي هذه الجرائم والارتباط العضوي بين هذه الصفة والقدرة عن التأثير سلبا على قدرة المؤسسات الرسمية على أداء واجباتها بشكل صحيح .

وتشمل هذه الجرائم ممارسات عديدة تستهدف الانتفاع المادي أو المعنوي من الصلاحيات المرتبطة بالمنصب الإداري واستخدام تلك الصلاحيات بشكل يخالف الغرض الذي منحت لأجله (وهو الصالح العام)[2] وبناءً على ذلك فقد أتبعت التشريعات خطة تصنف على أساسها صور الانتفاع المادي او المعنوي غير المشروع من الوظيفة العامة أو التكليف بالخدمة العامة ولكنها لم تجعل من ذلك الانتفاع شرطا وذلك لان الانتفاع[3] شرط لتمام الجريمة وذلك لأنه (الانتفاع) هو

---

[1] - للمزيد ينظر أحميد هنية-عيوب القرار الإداري –حالات تجاوز السلطة –بحث منشور على الموقع الالكتروني – أخر زيارة ٢٠١٨/٥/١٠ www.fdsp.univ.biskra.dz

[2] - مثالها جرائم الرشوة والاختلاس وتجاوز الموظفين حدود واجباتهم ....الخ.

[3] - يقصد بالانتفاع هنا مطلق الغايات الشخصية التي يهدف الجاني إلى الوصول إليها من خلال الانحراف في استخدام السلطة التي تمنح له بموجب صفته الوظيفية ، للمزيد ينظر د. فوزية عبد الستار –شرح قانون العقوبات

غاية الجاني التي يسعى إليها أو الغايات لا تدخل في النموذج القانوني للجريمة (عادة) ولكن الأهم أن الانتفاع في تقدير المشرع أنها مجرد وسيلة ومرحلة سابقة ولازمة للوصول إلى مرحلة الاعتداء على المصلحة المحمية في هذه الجرائم التي تمثل جانبا محددا من جوانب المصلحة العامة أو حق الجماعة في ضمان الحد الأدنى من الكفاءة والفاعلية للمؤسسات الرسمية المكلفة بتقديم الخدمات العامة على أنواعها (أمن ،تعليم ،صحة ،قضاء) .

والتوصيف السابق للمصلحة المحمية في تلك الجرائم لا إشكال فيه عندما يتعلق الأمر بممارسات ذات جسامة محدودة أو صلاحيات ومهام عادية ولكننا بخاصة (في عصرنا الراهن) أصبحنا أمام مظاهر جديدة لجرائم الفساد المالي والإداري على مستوى الكم والنوع فقد ارتفعت معدلات ارتكاب هذه الجرائم بشكل استثنائي وخارج عن حدود السيطرة وتحول الفساد الى ظاهرة اجتماعية قبل أن تكون ظاهرة إجرامية واكتسابه المتزايد للطابع المؤسساتي والتنظيم على المستوى المحلي والدولي ، فضلاً عن بروز ظاهرة (حواضن الفساد الاجتماعية) وهي بيئات اجتماعية منتفعة من عوائد الفساد المالية أو النفوذ السياسي والاجتماعي المرتبط به وهي ظاهرة خطيرة كونها تؤدي الى جعل الفاسدين خارج أطار (إمكانية المساءلة) وهي بنفس الوقت تقدم أنموذجا جذابا صالحا للاقتداء من قبل شرائح اجتماعية أخرى حرمها الفساد من امكانية الحصول على حقوقها بالطرق الشرعية فقام ذلك مبرراً لها للانخراط في دائرة الفساد المغلقة التي هي دائمة الاتساع عندما لا تتم مواجهتها بالطريقة الواجبة.

إن ما سبق يؤشر الى وجود خلل في فهم حقيقة المصلحة التي تناولتها بعض جرائم الفساد بالاعتداء. وللتوضيح نقول أن جريمة الرشوة وهي المثال التقليدي لجرائم الفساد بشقيها جريمة الراشي والمرتشي تعكس ذلك البعد الاجتماعي والثقافي لمشكلة الفساد .

ومن جانب اخر فأن هذه الجريمة ليست شيئاً واحداً .فليست كل جرائم الرشوة هي مجرد اعتداء على نزاهة الوظيفة العامة تماما كما هو الحال مع جريمة القتل فليست كل جرائم القتل هي مجرد اعتداء عن الحق في الحياة.

–القسم الخاص – ط٢-١٩٨٨ – ص ٣٤ ، وكذلك د. رمسيس بهنام –القسم الخاص في قانون العقوبات –الجرائم المضرة بالمصلحة العمومية –ط١ –دار المعارف –مصر -١٩٥٨ –ص ١٤-٢٩.

فالرشوة من موظف بسيط مقابل أداء أو امتناع أو إخلال محدود الأثر ومنقطع السببية لا تساوي رشوة يرتكبها كذلك موظف بسيط ولكنها واسعة الأثر وممتدة في سببيتها الجنائية ، وكذا الحال مع رشوة يرتكبها موظف كبير ولكنها لا تحمل تلك الخطورة الاستثنائية في أثارها أو شخصية مرتكبها ومن ذلك فأن المعتبر في تقدير نوع المصلحة المحمية لا يتعلق بالدرجة الوظيفية بقدر كونه متصلاً بالاعتبارين الحاكمين في سياسة التجريم والجزاء وهما خطورة الفعل والخطورة الإجرامية فكما يمثل هذين المحورين مرجعية التجريم والجزاء الأساسية التي يمكن الاستفادة منها في محاولة تشخيص نوع المصلحة الحقيقية التي كانت محلاً للاعتداء .

وبذلك فأن التمييز بين جرائم الفساد المالي والإداري التي يقتصر أثرها على الإخلال بنزاهة الوظيفة العامة أو حسن انتظام سيرها ، وبين جرائم الفساد المالي والإداري عندما يكون ذلك المساس بنزاهة الوظيفة العامة هو مجرد وسيلة ومرحلة ومقدمة لازمة وحتمية للاعتداء على مصلحة أوسع وأكثر شمولية وأهمية وهي (المصلحة الاجتماعية العليا) أو (المصلحة العليا) اختصاراً.

فالرشوة أو الاختلاس الذي يتوافر على عنصري الشمولية والامتداد الزمني ويقصد بالشمولية أن ينال ضرر الجريمة عدد كبير من الناس .

أما الامتداد الزمني فهو حالة الاستمرارية لضرر الجريمة لفترة طويلة قد تمتد في أحيان معينة الى أجيال متعاقبة في الضرر الناجم عنها . نقول أن جريمة توافر لها (هذين العنصرين) أو (أحدهما) لا يعود بالإمكان أو تصنف على أنها مجرد جريمة رشوة أو اختلاس أو غيرها من جرائم الفساد . لأننا نكون والحال هذه أمام تحول نوعي بتأثير تجاوز الأثر الكمي للجريمة مستوى معين وهو تغيير يجد تعريفه في تغيير نوع المصلحة المحمية فلا نكون بعدها هي ذات المصلحة بل مصلحة متميزة تعكس ذلك التفسير أو التغيير في خطورة الجريمة أو المجرم .

إذ ليس من المنطق العام ومنطق القانون أن نتوقف في تقدير خطورة الجريمة عند حد معين مع إمكانية تشخيص و أثبات الآثار الواسعة والممتدة لها وذلك لمجرد أن القانون قد أورد وصفا قانونياً محدوداً لأثر الجريمة المستهدف بالتجريم.

ويترتب على ما سبق أن جريمة رشوة يترتب عليها دخول بضائع فاسدة أو سلاح غير صالح أو أدوية مغشوشة أو تمييز إداري يهدد السلم الأهلي تأخذ نفس وصف جريمة رشوة اقتصر أثرها

على طرفيها .وكذا الحال في جريمة الاختلاس لأن المعتبر في تقدير خطورة الجريمة هو التوقيت وحجم المنفعة فضلا عن فوات الفرصة في الحصول على المنفعة أو دفع الضرر .

وبتطبيق المعايير السابقة لا يكون اختلاس مبلغ بسيط واختلاس المليارات جريمتين من نفس النوع. فتحديد المصلحة المحمية بشكل دقيق يرتبط حتما بنوع الجزاء وشدته . ولعل في التوصيف التقليدي السائد لجرائم الفساد باعتبارها من الجرائم الماسة بالوظيفة العامة فقط لا يحيط الحماية التي تتناسب مع خطورة المجرم وأثار الجريمة ، ذلك لان نزاهة الوظيفة العامة ليست المصلحة محل الاعتداء في جرائم الفساد.

وفي تقديرنا فأن نزاهة الوظيفة العامة في كثير من صور جرائم الفساد لا تمثل سوى مصلحة وسطية أو ثانوية قياساً بالمصلحة المستهدفة واقعاً وهي (المصلحة الاجتماعية العليا) ومضمونها حفظ الكيان الاجتماعي ومتطلبات استمرار نموه بالشكل الطبيعي اللازم .

ومثال على ما سبق عقوبة الحبس المقررة في المادة ٢٠ من قانون النزاهة رقم ٣٠ لسنة ٢٠١١ وعقوبة السجن المنصوص عليها في المادة ١٧ / أولاً من قانون الهيئة العامة للنزاهة رقم ٣٠ لسنة ٢٠١١ .

ويؤكد ذلك الحكم بالرد والمصادرة لان ذلك يختزل الجريمة بكونها اعتداء على مال عام دون عد الكلفة الاجتماعية الكبرى لبعض جرائم الفساد عندما تخرج تلك الأموال عن نطاق إمكانية التوظيف في الخدمات العامة في الوقت المطلوب .وهو ما يؤكد فرضية بحثنا هذا في ضرورة التمييز بين جرائم تمثل اعتداء على جانب محدد من جوانب المصلحة العامة وجرائم تمثل اعتداء على كل جوانب المصلحة العلمة أو أغلبها . فتكون الجرائم من الصنف الاول مرحلة أو جزئية من جزئيات المصلحة العامة ، اما المصلحة العامة بصورتها الكلية فهي تلك التي تشمل كل المصالح الجزئية في كيان واحد وهو (المصلحة العليا).

ومن ذلك نصل إلى تقدير وجوب التمييز في تصنيف جرائم الفساد المالي والإداري بحسب نوع المصلحة التي نالت منها تلك الجرائم واستنادا إلى معايير شمولية الضرر والامتداد الزمني للضرر توقيت ارتكاب الجريمة وصفة الجاني والخطورة الإجرامية.

الخاتمـــــة:

النتائج

١. صياغة مفهوم قانوني منضبط للجرائم المعاصرة على نحو يعكس ذاتيتها القانونية ويميز بينها وبين الجرائم الأخرى أولاً، وبينها وبين المفاهيم السياسية والإعلامية لهذهِ الجرائم.
٢. إرساء السياسة الجنائية والمعالجات القانونية لهذه الجرائم على الأسس العامة التي تحكم القانون الجنائي الداخلي واعتبارها المنطلق للمعالجات القانونية على المستوى الدولي.
٣. اثبات عائدية صفة المعاصرة في هذه الجرائم الى أنماط ارتكابها، فالمستحدث والمعاصر في هذه الجرائم هو أساليب ارتكابها وحجم تأثيرها المستمد من واقع التغيرات الاجتماعية المعاصرة.
٤. إعادة تعريف المصالح المحمية في هذهِ الجرائم على نحو يتناسب والكلفة الاجتماعية والاقتصادية والسياسية الهائلة لها.
٥. إعادة توصيف تراتبية المصالح المحمية جنائياً على نحو يتجاوز تقسيم هذهِ المصالح الى عامة وخاصة. وتحديداً تفكيك مفهوم المصلحة العامة والجرائم الماسة بهذهِ المصلحة بجوانبها المختلفة.
٦. اقتراح تقسيم ثلاثي في مقابل التقسيم الثنائي للمصالح المحمية جنائياً على النحو الاتي:
   أ. الجرائم الماسة بالمصالح الاجتماعية العليا.
   ب. الجرائم الماسة بالمصلحة العامة.
   ج. الجرائم الواقعة على الأشخاص والأموال.
٧. تمييز الجرائم الماسة بأمن الدولة الداخلي والخارجي عن الجرائم الماسة بالأمن الاجتماعي، باعتبار شمولية الامن الاجتماعي لأمن الدولة التي هي مجرد مؤسسة اجتماعية ومغادرة المفهوم التقليدي الذي يختزل المجتمع بالدولة كونه مفهوم يستند الى التصورات السياسية ذات الطابع الشمولي.
٨. ربط الخطورة الاستثنائية للجرائم المعاصرة بخصائص المصالح التي تنالها تلك الجرائم بالاعتداء وهي خصوصية يمكن اختصارها بوصف تلك الجرائم بكونها جرائم تأسيسية أو قاعدية لطيف واسع من الجرام التي ترتبط وجوداً وعدماً ونوعاً وكماً بالجرائم التأسيسية (جرائم الفساد، الإرهاب، وغسيل الأموال أنموذجاً).

٩. إقرار حقيقة ان جسامة الاعتداء بعد مستوى معين يؤدي الى تغيير نوع المصلحة المحمية من خاصة الى عامة ومن عامة الى اجتماعية عليا، استناداً الى قاعدة كلية تحكم الظواهر الطبيعية والإنسانية مؤداها ان التغيير الكمي بعد حد معين يؤدي الى تغيير نوعي.

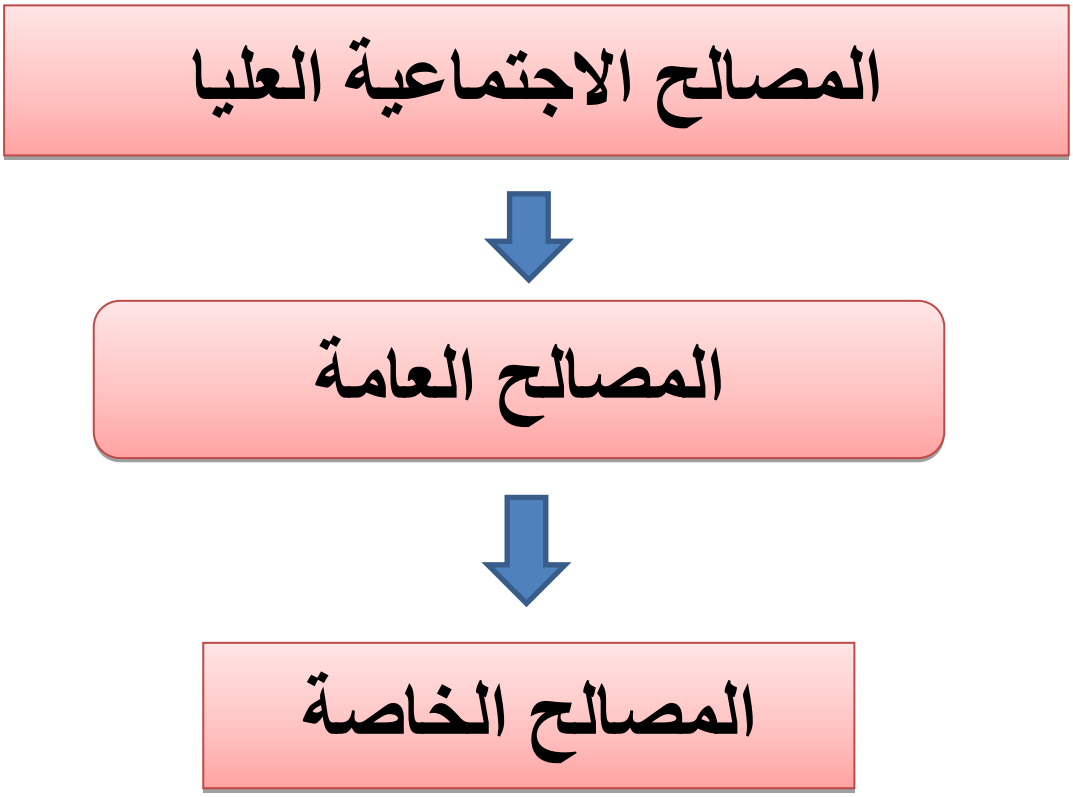
التوصيات:

١. ان الأوضاع الاستثنائية تستوجب إجراءات استثنائية، ذلك ان معدلات الجريمة في المجتمعات غير المستقرة تجاوزت قدرة النظام القانوني على التعامل مع تلك المستويات بالوسائل التقليدية.
٢. الحاجة الماسة الى مقاربة تجديدية وشاملة لتؤسس لسياسة جنائية خاصة بالأوضاع الاستثنائية.
٣. تخصيص السياسة الجنائية على نحو يعكس الواقع الاجتماعي والسياسي والاقتصادي والتاريخي للمجتمع انما هو شرط أساس لأي سياسة يراد لها ان تكون فاعلة في مكافحة الجريمة. مع ملاحظة الاستفادة من التجارب الدولية في هذا المجال بشرط عدم تبني تلك التجارب بطريقة حرفية كونها تقدم محددات عامة وليست تفصيلية فضلاً عن انها غير مصممة للتطبيق في المجتمعات غير المستقرة.
٤. الاستفادة من تراتبية المصالح في الفقه الجنائي الإسلامي وفق رؤية حداثوية وتحديداً عندما يتعلق الامر بمعايير تمييز الجرائم الماسة بالمصالح الاجتماعية العليا.
٥. نقترح في هذا الصدد تكثيف الدراسات المتعلقة بجريمة (الحرابة والافساد) كونها تمثل في تقديرنا أنموذجاً لفكرة تغيير نوع المصلحة المحمية عندما يصل الاعتداء الى مستوى استثنائي من الجسامة الكمية.
٦. تعديل قانون العقوبات على نحو يجمع الجرائم الماسة بالمصالح الاجتماعية العليا او الجرائم التأسيسية في باب مستقل يتقدم على الجرائم الماسة بالمصلحة العامة بالمعنى التقليدي، ويؤكد حقيقة ان المصلحة الاجتماعية العليا تمثل المشهد الكامل للمصلحة العامة مقارنة بجوانب المصلحة العامة الجزئية التي عالجها المشرع في الكتاب الثاني من قانون العقوبات وان هذهِ الأخيرة ترتبط عضوياً بالجرائم القاعدية او المصدرية التي تمثلها الجرائم الواقعة على المصالح الاجتماعية العليا.

الملاحق التوضيحية:

(١)

(تراتبية المصالح في القانون الجنائي)



(٢)

نماذج من المصالح الاجتماعية العليا

١. مصلحة الحفاظ على الكيان الإنساني.
٢. مصلحة الحفاظ على السلم الأهلي.
٣. الحق في بيئة اجتماعية إيجابية.
٤. حق الأجيال القادمة في الموارد العامة وعدم استنفاذها من قبل جيل واحد.
٥. الحق في التنمية المستدامة المادية والاجتماعية.

(٣)

تصنيف الجرائم الماسة بالمصالح الاجتماعية العليا

- الجرائم الماسة بالأمن الاجتماعي.
- جرائم الفساد الكبير.

(٤)

الجرائم القاعدية (التأسيسة)

- وهي جرائم تؤسس أو تشكل قاعدة تستند اليها طائفة واسعة من الجرائم التي تمس مصالح ذات طابع جزئي، بما يُرتب تقديمها في أولوية المعالجة القانونية.

(٥)

الجرائم المعاصرة

- وهي جرائم تقليدية تُرتكب بوسائل مستحدثة تجعل منها اكثر خطورة.
- الوسائل المستحدثة هي وسائل محايدة في ذاتها أفرزها التطور التقني ولكنها قدمت فائدة في تسهيل ارتكاب الجرائم على مستوى التنظيم والتأثير وصعوبة اكتشاف مرتكبيها وملاحقتهم على المستوى الدولي.

(٦)

جريمة الحرابة والإفساد

وهي الجريمة التي يمكن وصفها (بالحدية الخاصة) كونها تمثل حالة خاصة بين جرائم الحدود من حيث عمومية وصف السلوك الجرمي وتعدد الجزاءات المقررة لها. وهي بذلك تمثل اطاراً عاماً لسياسة جنائية في الأوضاع الاستثنائية فضلاً عن كونها تتعلق بالاعتداء على مصلحة متميزة عن تلك التي اختصت بها جرائم الحدود الأخرى وجرائم القصاص، كونها تُشير صراحة الى كافة صور الاعتداءات التي تنال المجتمع ككل بالمواجهة المباشرة (الحرابة) أو غير المباشرة (الإفساد).

المصـــــادر:

أولاً – القرآن الكريم

١- د. أحمد فتحي سرور – أصول السياسة الجنائية ، دار النهضة العربية ، ١٩٧٣

٢- د. أحمد محمد خليفة ، النظرية العامة للتجريم/ دراسة في فلسفة القانون الجنائي، دار المعارف ، مصر / ١٩٥٨ .

٣- د. توفيق الطويل ، مذهب المنفعة القاهرة ، بلا.

٤- د. رمسيس بهنام ، نظرية التجريم في القانون الجنائي ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٧١.

٥- د. عبد الباقي البكري ، د. زهير البشير ، المدخل لدراسة القانون، شركة العاتك لطباعة الكتب ، بيروت ، بدون سنة طبع.
٦- د. علي حسين الخلف ، د. سلطان الشاوي ، المبادئ العامة في قانون العقوبات ، دار الكتب للطباعة والنشر،، بغداد ، ١٩٨٢.
٧- د. محمد سعيد رمضان البوطي ، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية ، مؤسسة الرسالة ، بلا .
٨- د. محمد عيد الله أبو علي وآخرون ، علم الاجتماع القانوني والسياسي ، دار المعارف ، القاهرة ، ١٩٧٥ .
٩- د. محمود نجيب حسني ، شرح قانون العقوبات – القسم العام، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٩.
١٠- مصطفى ابراهيم الزلمي ، أصول الفقه في نسيجه الجديد ، احسان للطباعة والنشر ، ط٢ / ٢٠١٤.

تم بعونه تعالى..

عنوان البحث	عدالة السماحات القانونية في قانون ضريبة الدخل العراقي رقم ١١٣ لسنة ١٩٨٢ المعدل
اسم الباحث	الاستاذ المساعد الدكتورة بان صلاح عبد القادر
جهة الانتساب	كلية القانون/ جامعة بغداد

المقدمة :

لا تخلو دول العالم من فرض ضريبة الدخل على إيرادات المكلفين من جميع مصادر الدخل فهي من اهم موارد الدول والتي تفرض بشكل عام على جميع المكلفين في دولة ما الا ان من مقتضى تطبيق مبادئ العدالة بشكل عام و العدالة الضريبية بشكل خاص الاخذ بنظر الاعتبار الظروف الشخصية المحيطة بالمكلفين، باعتبار الدولة ليس فقط من مهامها التكليف بدفع الضرائب والالزام بالدفع وانما عليها مراعاة لهذه الظروف و الأعباء العائلية للمكلف و المقدرة التكليفية لكل مكلف و الدخل اللازم لسد الحاجات الأساسية للمكلف ولسد حاجاته الإنفاقية له ولعائلته و من يعوله المكلف ان وجد .

وتجدر الإشارة الى ان بعض الضرائب ومنها ضريبة الدخل تراعي مبدأ شخصية الضريبة أي تراعي الظروف الشخصية للمكلف ومركزه المالي وهذا خلاف للضريبة العينية وهي الضريبة التي لا تقيم للظروف الشخصية محل اعتبار وانما ينحصر اهتمامها في المال الخاضع للضريبة مثل الضريبة الكمركية .

وقد راعت التشريعات الضريبية هذه الخصوصية لضريبة الدخل وأبدت اهتمامها بها عن طريق منح قدر من الإعفاءات الشخصية او ما يطلق عليها بالسماحات بمختلف النسب والمعدلات.

هدف الدراسة : من المنطلقات السابقة الذكر تهدف الدراسة الى البحث عن مدى الاخذ بهذه المبادئ والقواعد من قبل المشرع العراقي في قانون ضريبة الدخل رقم ١١٣ لعام ١٩٨٢ المعدل والنافذ ، وهل وفق المشرع العراقي في منح الإعفاءات ومقدارها نسبة الى دخول المكلفين ؟كذلك ولمزيد من الإفادة نطلع على موقف بعض تشريعات الدول الأخرى في هذا المجال على سبيل المقارنة مثل مصر و الأردن إضافة الى كندا و بريطانيا .

وتم عرض الموضوع بشكل ثلاث محاور يتعلق الأول ببيان السماحات القانونية وعلاقتها بمبادئ العدالة الضريبية، اما الثاني فنتطرق فيه الى موقف المشرع العراقي ، وفي المحور الثالث نتعرض الى بعض تشريعات الدول المقارنة .

المحور الأول : السماحات الضريبية وعلاقتها بمبادئ العدالة الضريبية

مفهوم السماحات

السماحات هي مبالغ غير خاضعة للضريبة بنص القانون ، تمنح للمكلف لتوفير الحد الأدنى اللازم للمعيشة ولمواجهة الأعباء العائلية .

هذا يعني أن السماحات هي إعفاءات ولكنها إعفاءات ذات طبيعة شخصية وتمنح هذه السماحات عملاً بمبدأ شخصية الضريبة الذي يراعي الظروف الشخصية والاعتبارات العائلية للمكلف . وهذا المبدأ يختلف عن مبدأ عينية الضريبة - كما ذكرنا سابقا-الذي لا يأخذ بعين الاعتبار ما يواجهه المكلف من أعباء شخصية وعائلية .[1]

ويثار ضمن هذا الموضوع تساؤلات متعددة أهمها ، كيفية تحديد المقدار اللازم من الدخل لمعيشة المكلف او الحد الأدنى لمعيشة الفرد . ومدى تحقيق العدالة ومرتكزاتها عند الاقتطاع الضريبي .وهنا تبدو أهمية استظهار مبادئ العدالة الضريبية .

ترتكز العدالة الضريبية على ثلاث محاور رئيسة هي

١-اعفاء الحد الأدنى اللازم لمعيشة الفرد.
٢- المقدرة التكليفية المتمثلة بمقدار دخل الفرد .

[1] - عبد الباسط علي جاسم الزبيدي ،: وعاء ضريبة الدخل في التشريع الضريبي العراقي ، ص٥٧- ١٦٥ .

٣- مراعاة الأعباء الشخصية و العائلية مثل الزواج و الأطفال ومن الممكن كما في بعض الدول ان تعفي مقدارا من الدخول لإعالة غير الزوجة و الأطفال كالوالدين .[١]

أولا : اعفاء الحد الأدنى اللازم للمعيشة:

إن من متطلبات عيش الانسان اشباع حاجات أساسية وضرورية لحياته ومن دونها تتعطل ولا يستطيع الاستمرار بشكل طبيعي ومنها لا يمكن الاستغناء عنها كالمأكل و المشرب ، هذه الحاجات هناك حد ادنى لإشباعها ،حد لا يمكن التجاوز عليه وتراعي الدول وبمختلف نماءها وتطورها وظروفها هذا الحد .وهذا الجزء من دخل المكلف يعتبر ضروريا لكي يتمكن من المحافظة على حياته وعلى حياة اسرته او لضمان الحد الأدنى للمعيشة لهم ماديا ومعنويا .[٢] وبالتالي ونتيجة لاختلاف ظروف الدول و أوضاعها الاجتماعية والسكانية و الاقتصادية يختلف تحديد هذا الحد من الدخل اللازم للفرد للاحتفاظ به دون اقتطاع من قبل الدولة عن طريق الضريبة فيسمح للمكلفين بالاحتفاظ بها الجزء من دخولهم دون اجتزاءه منهم للحفاظ على ادنى حد لمعيشتهم .

من جهة أخرى مدخولات الافراد او مستوى دخول الافراد يختلف حسب الوضع الاقتصادي للدول وبالتالي مقدار الرواتب و الأجور و العوائد المالية للأفراد كذلك باختلاف قيمة النقد في مختلف الدول ومن ثم اختلاف المستوى المعيشي للافراد.

وهنا يثار التساؤل حول كيفية تحديد هذا الحد اذا ما علمنا باختلاف الظروف بكل بلد وقد يختلف المستوى المعيشي والبيئي لها ؟

للإجابة على هذا التساؤل يتطلب تحديد الأسس حسب اعتبارات علمية وواقعية مختلفة منها معرفة الأرقام القياسية للأسعار ،ما المقصود بالأرقام القياسية للأسعار ؟
أي معرفة أسعار السلع الأساسية في الدولة او التي تستهلك بشكل أساسي من قبل افراد مجتمع ما وهذا ما يصدر به تقرير شهري من قبل الجهاز المركزي للإحصاء بالنسبة للعراق ومن جهات مختصة في الدول الأخرى.

---

[١] - د. عادل العلي ، المالية العامة والقانون المالي و الضريبي ،الجزء الأول ،الطبعة الثانية، اثراء للنشر و التوزيع ،٢٠١١ ، ص٢٠١

[٢] - د. احمد زهير شامية و د. خالد الخطيب ، المالية العامة ، الطبعة الأولى ، دار وهران للنشر و التوزيع ، ٢٠١٢ ، ص ١٨٥.

ثانيا: المقدرة التكليفية

تعد الضريبة تكليفا على الافراد والمقصود بذلك ان الفرد يلزم بدفعها و لا يستطيع تجاهلها تقاس المقدرة التكليفية للأفراد بمقدار ما يحصلون عليه من دخول وكذلك على طبيعة مصدر الدخول. لذا ينبغي ان تراعي الضريبة المفروضة مقدرة المكلفين على تحمل العبء الضريبي ويعني ذلك الا تفرض ضريبة تعجز بعض المكلفين.[١] و تقاس هذه المقدرة على عناصر موضوعية ملموسة كالدخل و الثروة .[٢]

فتفاوت مصادر الدخل قوة او ضعفا يؤدي الى تفاوت المعاملة الضريبية التي تقرر بالنسبة الى كل حالة و الثري أقدر من الفقير على دفع الضريبة .[٣]

المحور الثاني: موقف المشرع العراقي

ولو القينا الضوء على مقدار الإعفاءات او السماحات القانونية في قانون ضريبة الدخل رقم ١١٣ لعام ١٩٨٢ المعدل في المادة الثانية عشر منه [٤] والمعدلة عن طريق ما يرد في ملحقات الموازنة- أي تعديل التشريع عن طريق او عبر الموازنات العامة للدولة كل سنة- وحاليا وحسب اخر تعديل بموجب موازنة عام ٢٠١٧.

أصبحت السماحات القانونية للمكلف الموظف الاعزب او الارمل او المطلق او المتزوج الذي تخضع مدخولات زوجته بصورة مستقلة ٢٥٠٠،٠٠٠

-الموظف المتزوج وزوجته ربة بيت او تم دمج مدخولاتها مع مدخولاته او الموظفة المتزوجة وزوجها عاطل عن العمل او متقاعد وليس له دخل خاضع للضريبة بعد ان يؤيد ذلك من احد فروع الهيئة العامة للضرائب (وحسب الرقعة الجغرافية) على ان تقدم طلب

---

[١] - مصطفى القوني ، المالية العامة و الضرائب ، مكتبة الانجلو المصرية بالقاهرة ، ١٩٤٦،ص١٣١.
[٢] - د. عادل فليح العلي، طلال محمود كداوي ، اقتصاديات المالية العامة ، الكتاب الثاني ،مديرية دار الكتب للطباعة و النشر ، الموصل ، ١٩٨٩،ص٩٤.
[٣] -. محمد فؤاد إبراهيم ، مبادئ علم المالية العامة ، الجزء الأول ، مكتبة النهضة المصرية ، بدون سنة ، ص ٢٧٥.
[٤] - حيث تم تعديل مبالغ السماحات بموجب امر سلطة الائتلاف المؤقته (المنحلة) لسنة ٢٠٠٤.

دمج المدخولات خلال مدة تبدأ من اليوم الأول و لغاية اليوم الحادي و الثلاثين من شهر كانون الثاني من السنة المالية ذاتها.(٤٥٠٠٠٠٠

-الموظفة المتزوجة وزوجها عاجز عن العمل وليس له دخل خاضع للضريبة وبعد ان يؤيد ذلك من احد فروع الهيئة العامة للضرائب (وحسب الرقعة الجغرافية) على ان تقدم طلب دمج المدخولات خلال مدة تبدأ من اليوم الأول ولغاية ٣١ من شهر كانون الثاني من السنة المالية ذاتها ويؤيد العجز من لجنة طبية مختصة . مقدار السماح (٥ خمسة مليون دينار سنوياً).

الموظفة الارملة او المطلقة المستقلة بذاتها (٣٢٠٠٠٠٠)
السماح الإضافي للموظف الذي يتجاوز عمره ٦٣ سنة (٣٠٠الف)

سماح أولاد الموظفين الذي يستحق عنهم السماح القانوني ولكل ولد مهما بلغ عددهم (٢٠٠ الف).

هنا تميز التشريع العراقي بمنح ميزة و سماح افضل بالنسبة للمطلقة و الارملة و الشخص الذي يبلغ اكثر من ثلاثة وستين عاما.

التساؤل المطروح هنا هل وفق المشرع العراقي في منح الإعفاءات ومقدارها ونسبها من دخول المكلفين ؟

للإجابة على هذا التساؤل يتطلب تحديد الأسس حسب اعتبارات علمية وواقعية مختلفة منها معرفة الأرقام القياسية للأسعار ،ما المقصود بالأسعار القياسية ؟

أي معرفة أسعار السلع الأساسية في الدولة او التي تستهلك بشكل أساسي من قبل افراد مجتمع ما وهذا ما يصدر به تقرير شهري من قبل الجهاز المركزي للإحصاء

فاذا اردنا ان نعلم حالة الأسواق وبصورة منظمة ورسمية نلجئ الى هذه التقارير

فهل تأخذ السلطة التشريعية المختصة بهذه التقارير بنظر الاعتبار؟ وهل يتوافق الاعفاء معها؟ ونلاحظ هل كان الاعفاء معبرا عن المقادير اللازمة لحاجة المكلفين وخصوصا بالنسبة للمكلف البسيط سواء كان موظفا او عاملا لدى القطاع العام او القطاع الخاص

فالملاحظ ان المشرع العراقي لم يميز في فرض الضريبة بين القطاع العام او القطاع الخاص او مصدر الدخل ، المهم فقط مقدار ه وحجمه اذا بلغ مقدارا معينا تفرض ضرائب تصاعدية الى ان تصل النسبة لمقدار معين يقف عندها ، وهذا ما تم بيانه في اخر تعديل لقانون الضريبة على الدخل رقم ١١٣ لعام ١٩٨٢ المعدل والذي كان من اهم و تعديلاته ما تم بالقرار رقم ٤٩ من سلطة الائتلاف المؤقتة المنحلة لعام ٢٠٠٤

إذ نلاحظ ان المشرع العراقي لم يميز ما بين الدخل المتأتي من العمل والدخل المتأتي من راس المال او تملك مصادر رأسمالية مثلا لم يميز في المعاملة الضريبية بين الدخل المتأتي من صاحب صنعة –كما يعبر عنها -كالحداد او النجار وبين صاحب المصنع والذي لا يتأثر مورده بالحالة الصحية مثلا له عكس الأول الذي يتأثر بشكل كبير بالحالة الصحية و الظروف الشخصية للمكلف.

ولو راجعنا الحد الأدنى للمعيشة الفرد العادي حسب السماحات الممنوحة له كفرد اعزب مثلا والتي مقدارها ٢٥٠٠٠٠٠ وقسمنا هذا المبلغ على اثنا عشر شهرا اذ ان هذه السماحات كما علمنا سنوية ،نلاحظ انها تبلغ تقريبا ٢٠٨ الف شهريا ، اذا المشرع العراقي حدد هذا المبلغ أي ٢٠٠ الف دينار الحد الأدنى اللازم لمعيشة الفرد شهريا ،ولكن التحديد كان جزافيا ، هذا من جهة ومن جهة أخرى لم يراع الارتفاع في الأسعار ولا التضخم فهل يكفي هذا المبلغ لمعيشة الفرد حتى لو فرضنا كفاية المبلغ للحاجات الضرورية كالمأكل و الملبس لكن ماذا في حالة الايجار او المرض ،فكيف لنا ان نلاحق هذا الفرد بهذا المبلغ البسيط بدفع ضريبة ، خصوصا ان الضريبة تصاعدية كلما زاد مقدار دخل المكلف ولو زيادة بسيطة عن هذا المبلغ ،اذ تجدر الإشارة الى ان الضريبة تفرض حتى لو حصل المكلف على دينار واحد اكثر من مقدار الاعفاء او السماح الشخصي .

المحور الثالث : موقف التشريعات المقارنة

عالجت الدول سواء العربية منها او الأجنبية موضوع الإعفاءات الشخصية ومنها :

١- الأردن وحسب قانون ضريبة الدخل الاردني رقم (٣٤) لسنة ٢٠١٤ تم منح [١] عدة اعفاءات شخصية اذ يعفى الدخل الاجمالي للشخص الطبيعي بما لايزيد على اثني عشر الف دينار للمكلف و اثني عشر عن المعالين [٢] مهما كان عددهم، يمنح الشخص الطبيعي و المعالون إعفاءات مقابل نفقات العلاج و التعليم و الايجارو فوائد قروض الاسكان و المرابحة على السكن و الخدمات الفنية و الهندسية و القانونية بحد اقصى مقداره أربعة ألاف دينار شريطة تقديم فواتير او مستندات معززة بذلك .

وللمكلف او زوجه الاستفادة من فرق الاعفاء الممنوح اعلاه على ان لا يزيد الاعفاء الممنوح في جميع الاحوال على ثمانية و عشرين الف دينار للمكلف و لزوجه ولمن يعيلهم كما ان للشخص الطبيعي الأردني غير المقيم الاستفادة من الاعفاءات الخاصة بالمعالين المقيمين في المملكة اذا كان يتولى إعالتهم .

هذا اضافة الى اعفاء (٣٥٠٠) من اجمالي الراتب التقاعدي الشهري ، ودخل الاعمى ودخل المصاب بعجز كلي من الوظيفة .[٣]

هنا نلاحظ ان المشرع الأردني قد عالج حالة العلاج ومنح سماحا او إعفاء لمراعاة هذا الظرف و الذي خلا من معالجته مشرعنا هذا من جهة ومن جهة أخرى نلاحظ ان المشرع الأردني رتب إعفاء في حالة الإيجار وهذا الأمر كذلك قد خلا منه تشريعنا الضريبي و الذي ندعو ان يأخذه بالاعتبار .

٢ –موقف المشرع في مصر:

في مصر كانت السماحات بالشكل الاتي:

٢٠٠٠جنيه للأعزب-٢٥٠٠جنيه للمتزوج الذي لا يعيل –٣٠٠٠جنيه للمتزوج الذي يعول ، وقد تم العمل بهذه الإعفاءات للأعباء العائلية من عام ١٩٩٨ حتى عام ٢٠٠٥، حيث تغيرت هذه الإعفاءات لتصبح شريحة واحدة ثابتة لجميع الممولين [الأشخاص الطبيعيين] وذلك بموجب القانون ٩١ لسنة٢٠٠٥ وقد خالف القانون ٩١ لسنة ٢٠٠٥ ما درجت عليه القوانين السابقة من

[١] - المادة ٩ من قانون ضريبة الدخل الاردني رقم (٣٤) لسنة ٢٠١٤.
[٢] - وحسب المادة ٢ من القانون المذكور: زوج المكلف او اولاده او اصوله او اقاربه حتى الدرجة الثانية الذي يتولى المكلف الانفاق عليهم.المقصود.
[٣] - المادة ٤ من قانون ضريبة الدخل الاردني رقم ٣٤لسنة ٢٠١٤ المعدل.

منح الممول مبلغاً مقابل الأعباء العائلية، يختلف مقداره على حسب الحالة الاجتماعية للممول، فقرر القانون الجديد منح الممول مبلغاً ثابتاً في قيمته مقابل الحد الأدنى اللازم لمعيشة الفرد، هذا الحد ثابت لا يتغير بتغير حالة الممول، فالكل يستفيد بهذا المبلغ سواء كان الممول أعزبا أم متزوجا فقط أو متزوجا ويعول، وقد قدر المشرع هذا المبلغ " بخمسة آلاف جنيه مصري"، واعتبرها شريحة معفاة من بين شرائح الدخل التي تخضع للأسعار التصاعدية، وكأن هذا المبلغ يخضع للضريبة بسعر صفر فلا يؤدي الممول عنة أية ضرائب، وقد قصر المشرع حق التمتع في خصم هذا المبلغ للأشخاص الطبيعيين فقط، فلا يسري نظام الحد الأدنى أو الشريحة المعفاة على الأشخاص الاعتبارية، ولا يسري على الأشخاص الذين يخضعون للضريبة بسعر قطعي أو ثابت على إجمالـي دخولهم بدون خصم أي مصروفات.

هذا وبموجب صدور القانون رقم ٩٦ لسنة ٢٠١٥ والذى تم نشره بالجريدة الرسمية العدد رقم ٣٤ تابع بتاريخ ٢٠١٥/٨/٢٠ عدلت المادة رقم ٨ من القانون ٩١ لسنة ٢٠٠٥ لتصبح الشريحة المعفاة للأشخاص الطبيعيين مبلغ ٦٥٠٠جنيه (ستة آلاف وخمسمائة جنيه مصرى)وتم تعديل المبلغ الى ٧٢٠٠الف جنيه.[١]

وهنا راى الباحثون في مصر أن مسلك المشرع في القانون ٩١ لسنة ٢٠٠٥، في توحيد الحد الأدنى اللازم لمعيشة الفرد منتقد ولا يساعد على تحقيق العدالة الاجتماعية، التي تقضي أخذ الأعباء العائلية التي يتحملها الممول في الاعتبار عند فرض الضريبة، بحيث يخفف عبء الضريبة عن الممول كلما تزايدت أعبائه العائلية، فليس من العدالة في شئ معاملة ممولين متساويين في الإيراد ومختلفين في الأعباء العائلية معاملة ضريبية واحدة، على الرغم من اختلاف أعبائهم العائلية، فإذا فرض أن أحدهما أعزب والآخر متزوج ولديه من الأبناء ثلاثة فهل يستويان، أي هل من العدالة أن تكون المعاملة الضريبية لهما واحدة لا شك أن الإجابة بالنفي، لأن المساواة في التضحية تقتضي النظر إلى المقدرة التمويلية الفعلية، وذلك من خلال ما يتحمله من أعباء عائلية دون النظر إلى الدخول المتساوية، كما أن دواعي العدالة تقتضي بحث كل حالة على حده للوقوف

[١] - م ١ القانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠١٧ (تستحق الضريبة على ما يجاوز ٧٢٠٠ جنيه من مجموع صافي دخل الممول ...) ، متاح على الموقع :
www.slideshare.net

على مقدار الأعباء التي يواجهها العائل، لأن الأعباء تختلف من ممول لآخر، وأن اتحدوا في عدد المعالين لدى كل منهم، فمن يعول أبناء يتلقون العلم في الجامعة يتحمل من النفقات ما لا يتحمله صاحب ذات العدد من الأبناء الصغار. لذلك فإن الباحث يطالب بتدخل المشرع لتعديل النص الخاص بالإعفاء للأعباء العائلية الوارد في القانون ٩١ لسنة ٢٠٠٥، بما يسمح بتنوع وتعدد حدود الإعفاءات للأعباء العائلية، تبعاً لحالة كل ممول ومسئولياته الاجتماعية.

هذه بعض الأمثلة من الدول العربية ، علماً بأن الإعفاءات الشخصية والاجتماعية في الدول الغربية تزيد أضعافاً عن الدول النامية وذلك بما يتناسب والدخول المرتفعة فيها.

موقف المشرع في كندا

توجد اعفاءت شخصية أي مبلغ من المال يمكن طرحه من الدخل الإجمالي المعدل الخاص بالمكلف ، لمجرد وجود المعالين. الإعفاءات الشخصية والمعتمدة للمكلف وأفراد الأسرة المؤهلين تقلل من مقدار الدخل الذي سيتم فرض الضريبة عليه لاحقا.

ما يحق للمكلف و زوجته الحصول على إعفاء شخصي قدره ٤،٠٥٠ دولار في عام ٢٠١٦.

في عام ٢٠١٦، الاعفاء قدره ٤٠٥٠ دولارا أمريكيا لكل طفل.[1]

موقف المشرع في بريطانيا [2]

السماحات الشخصية او البدل الشخصي والبدل الشخصي هو مقدار الدخل الذي يمكن للشخص الحصول عليه قبل أن يدفع الضرائب.

البدلات	٢٠١٧ إلى ٢٠١٨	٢٠١٦ إلى ٢٠١٧	٢٠١٥ إلى ٢٠١٦	٢٠١٤ إلى ٢٠١٥

[1] - https://turbotax.intuit.com.
[2] - https://www.gov.uk.

البدلات	٢٠١٧ إلى ٢٠١٨	٢٠١٦ إلى ٢٠١٧	٢٠١٥ إلى ٢٠١٦	٢٠١٤ إلى ٢٠١٥
بدل شخصي	£ ١١،٥٠٠	£ ١١،٠٠٠	£ ١٠،٦٠٠	£ ١٠،٠٠٠
حد الدخل للبدلات الشخصية	£ ١٠٠،٠٠٠	£ ١٠٠،٠٠٠	£ ١٠٠،٠٠٠	£ ١٠٠،٠٠٠

وينخفض بدل الشخصية بمقدار ١ جنيه استرليني لكل ٢ جنيه استرليني من الدخل فوق الحد ١٠٠،٠٠٠ جنيه استرليني. يمكن ان يصل الى الصفر.

بدل شخصي للأشخاص الذين تتراوح أعمارهم بين ٦٥ و ٧٤ عاما	£ ١٠،٥٠٠
بدل شخصي للأشخاص البالغين من العمر ٧٥ عاما فما فوق	£ ١٠٦٦٠
حد الدخل للبدلات الشخصية	£ ٢٥،٤٠٠

بدلات أخرى

ت	٢٠١٧ إلى ٢٠١٨	٢٠١٦ إلى ٢٠١٧	٢٠١٥ إلى ٢٠١٦	٢٠١٤ إلى ٢٠١٥
بدل الزوج المتزوج - الحد الأقصى للمبلغ	£ ٤٤٥،٨	£ ٨٣٥٥	£ ٨٣٥٥	£ ٨١٦٥
بدل الزوج المتزوج - الحد الأدنى للمبلغ	£ ٣٢٦٠	£ ٣٢٢٠	£ ٣٢٢٠	£ ٣١٤٠

بدل الشخص المكفوفين	£ ٢٣٢٠	£ ٢،٢٩٠	£ ٢،٢٩٠	£ ٢٢٣٠

وعادة ما يتم الإعلان عن النطاقات الضريبية الجديدة والبدلات في ميزانية وزير الخزانة أو بيان الخريف.

لو اطلعنا على موقف المشرع البريطاني للاحظنا تغير الحد الأدنى اللازم للمعيشة بمرور السنين فتختلف السماحات الشخصية في فترة زمنية عنها في أخرى، وهذا الامر يحمد عليه ويدفع بنا الى الاهتمام والاخذ بما اخذ به المشرع البريطاني، وعدم تجميد مقدار السماحات وانما مراعاة ارتفاع الأسعار وهي الظاهرة الاقتصادية المستمرة في كل الدول.

من ناحية أخرى نلاحظ مراعاة ذوي الاحتياجات الخاصة كالمكفوفين وزيادة معدلات السماحات الضريبية لهم وهذا أيضا موقف محمود عليه.

الخاتمة:

بعد أن تطرقنا للنقاط الأساسية لجوانب موضوع السماحات القانونية وعلمنا ما المقصود بها وما تحتويه من غايات و اهداف إنسانية و اعتبارات شخصية تبرر منحها و اخذها بالحسبان عند تشريع القوانين الضريبية ، فتعد ضمانة من ضمانات المعيشة ولو بأدنى قدر للفرد وهي حماية لدخل الفرد من المساس بالحد الأدنى اللازم لعيشه منفردا كان ام من هو مسؤول عن من هم بمعيته. وحاولنا إيجاد الإجابات عن تساؤلات متعددة منها هل حققت السماحات القانونية العدالة الضريبية؟

ربما كان المعدل واحدا وثابتا لجميع المكلفين لكن هل يحقق ذلك العدالة عند عدم تساوي دخول المكلفين فيتساوى صاحب الدخل المرتفع مع صاحب الدخل الواطئ او المتوسط؟ هذه نقطة جديرة بالبحث و التوقف عندها فهل يصح ان يعامل من يحصل على دخله بمجهوده الفردي او المعتمد على العمل لوحده كما يعامل أصحاب رؤوس الأموال ،هذا تساؤل يرفع الى المشرع العراقي لحله و الإجابة عنه .

بعض التوصيات:

١-من المهم التمييز بين العاملين في القطاع العام او مؤسسات الدولة و العاملين في القطاع الخاص سواء من حيث فرض الضريبة او منح الإعفاءات الشخصية.

٢-الاستعانة بتقارير الجهاز المركزي للإحصاء في تحديد وتقدير السماحات او الإعفاءات الشخصية لأنها الدليل الموثق على المستوى العام للأسعار ومن ثم تحديد مستوى او الحد الأدنى لمعيشة الفرد.

٣-تعديل الإعفاءات الشخصية في كل سنة وإعادة النظر فيها على وفق المستوى المعيشي والاقتصادي للبلد.

٤-الاخذ بنظر الاعتبار مقدار او مبلغ ايجار السكن وأضافة نص خاص به ضمن السماحات القانونية.

٥-إضافة سماحات لذوي الاحتياجات الخاصة والمرضى والنفقات العلاجية.

٦-الاخذ بنظر الاعتبار من يعيلهم المكلف من الوالدين او الاخوات او افراد العائلة، لدرجة معينة.

المصادر:

١- د. احمد زهير شامية و د. خالد الخطيب ، المالية العامة ، الطبعة الأولى ، دار وهران للنشر و التوزيع ، ٢٠١٢ ، ص ١٨٥

٢-د. عادل العلي ، المالية العامة والقانون المالي و الضريبي ،الجزء الأول ،الطبعة الثانية، اثراء للنشر و التوزيع ،٢٠١١ .

٣-عادل فليح العلي، طلال محمود كداوي ، اقتصاديات المالية العامة ، الكتاب الثاني ،مديرية دارالكتب للطباعة و النشر ، الموصل ، ١٩٨٩ .

٤-د. محمد فؤاد إبراهيم ، مبادئ علم المالية العامة ، الجزء الأول ، مكتبة النهضة المصرية ، بدون سنة ،

٥-مصطفى القوني ، المالية العامة و الضرائب ، مكتبة الانجلو المصرية بالقاهرة ، ١٩٤٦

المواقع الالكترونية

1-https://turbotax.intuit.com

2-https://www.gov.uk

٣-عبد الباسط علي جاسم الزبيدي ، وعاء ضريبة الدخل في التشريع الضريبي العراق :

http://www.almerja.com

عنوان البحث	إجراءات إسترداد الاموال محل جرائم الفساد في التشريع العراقي– دراسة مقارنة
اسم الباحث	الاستاذ المساعد الدكتور مازن خلف ناصر
جهة الانتساب	كلية القانون/ الجامعة المستنصرية

الملخص:

لقد كان لغياب التضامن الدولي في ملاحقة جرائم الفساد ومعاقبة مرتكبيها، أثره الكبير في تفاقم هذه الظاهرة واستفحال آثارها المروعة على اقتصاديات العديد من الدول وتفشي الفقر والبطالة بين شعوبها، لذلك أرست اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد لعام ٢٠٠٥ أساسين لاسترداد الأموال، فيما لو رغبت الدول الأطراف في الاتفاقية استرداد أموالها محل جرائم الفساد وفقاً لأحكام هذه الاتفاقية، الأوّل يتجسد بالإجراء الجنائي لاسترداد الأموال والذي يتمثل بالتعاون الدولي والمساعدة القانونية عن طريق المصادرة الذي عالجته هذه الاتفاقية، والثاني يتجسد بالإجراء البديل للإجراء الجنائي لغرض استرداد الأموال والذي ينقسم بدوره إلى قسمين أحدهما إجراء مدني يتمثل بإقامة الدعوى المدنية للمطالبة بالتعويض عما تكبدته الدولة من خسائر وما فاتها من كسب، والأخر إجراء استثنائي لكن ليس بمستوى التنظيم والإلزام الوارد في الإجراء الجنائي وهو المصادرة دون الإستناد إلى حكم قضائي.

وقد دار البحث حول تساؤل هام هو مدى فاعلية هذه الإجراءات وكفايتها في استعادة الأموال المنهوبة، وفي سبيل ذلك استعرضنا هذه الإجراءات، وتناولنا ذلك في الاتفاقية الدولية لمكافحة الفساد وفي التشريعات الجزائية العراقية والمقارنة، لنختم بحثنا بجملة من الملاحظات المسجلة عن التشريعات المعنية بهذا الشأن.

Abstract;

The absence of international solidarity in the prosecution and punishment of crimes of corruption has had a major impact on the aggravation of this phenomenon, its horrific effects on the economies of many States and the spread of poverty and unemployment among its

peoples. The United Nations Convention against Corruption of 2005 establishes the basis for the recovery of funds, In the Convention to recover its funds instead of corruption crimes in accordance with the provisions of this Convention, The first is embodied in the criminal procedure for the recovery of funds, which is international cooperation and legal assistance through confiscation dealt with in this Convention, and the second is the alternative procedure of criminal procedure for the purpose of recovery of funds, which is in turn divided into two parts: civil proceedings for civil action to claim compensation for losses and losses And the other is an exceptional measure, but not the level of organization and obligation contained in the criminal procedure, which is confiscation without a judicial ruling. In this regard, we reviewed these procedures and discussed them in the International Convention against Corruption and in the Iraqi Penal Code and comparison, to conclude our research with a set of observations recorded on the relevant legislation in this regard.

المقدمة

تعد ظاهرة الفساد خطراً يهدد الكيان الإداري والاقتصادي والسياسي للمجتمع، تتميز بها وبدرجات متفاوتة جميع المجتمعات في العصر الحديث على اختلاف نظمها الاقتصادية والسياسية والاجتماعية، فهي تظهر في الدول النامية والمتقدمة على حد سواء وإن كانت هذه المجتمعات تختلف في تحليل مفهوم ومكونات الفساد، كما تتباين في وجهات نظرها حول الأسباب والظروف التي تشجع على تفشي هذه الظاهرة.

وإذا كان الفساد موجوداً في جميع المجتمعات إلا أنه أكثر انتشاراً في الدول النامية، حيث إن وجوده يرتبط بالمستوى الاقتصادي والاجتماعي للموظف العام والمستوى الثقافي والوعي العام للمواطن بصفة عامة مما يؤدي إلى عدم تحقيق العدالة وتبديد الثروات، ومن ثم اختلال التوازن الاقتصادي والاجتماعي وزيادة التوتر وعدم استقرار الأمن.

أولا- أهمية البحث

يعد موضوع استرداد الأموال محل جرائم الفساد من الموضوعات التي شغلت حيزاً كبيراً في قائمة الاهتمامات الدولية وخاصة من دول الربيع العربي التي تسعى جاهدة إلى استرداد ثرواتها الوطنية التي هُربت إلى خارج بلدانها وتوظيفها لخدمة شعوبها، ولا ريب في أن ما نشهده اليوم في هذا السبيل يعد منعطفاً هاماً في السلوك الدولي، ينبغي أن يأخذه الجميع بعين الاعتبار بعد أن برزت أنشطة إجرامية تنطوي على خطورة كبيرة تستهدف النيل من المال العام لم يكرس له المشرع النصوص اللازمة لاسترداده، الأمر الذي ترك المجال واسعاً أمام مرتكبي جرائم الفساد والتي تدخل في إطار الأجرام المنظم ليرتكبوا جرائمهم دون أن تطالهم سلطة القانون.

وبغية استثمار أموالهم والانتفاع بها انتفاعاً هادئاً دعت الحاجة إلى قطع الصلة بين هذه الأموال ومصدرها غير المشروع من خلال عمليات مشروعة والتي من خلالها يتمكن الجناة من التحكم في الاقتصاد والسيطرة على مقدرات المجتمع، بل وفي كثير من الأحيان السيطرة على القرار السياسي في دولة ما وتوصف هذه العمليات بغسل الأموال القذرة.

ولخطورة هذه الجرائم ولما لها من انعكاسات سلبية على الواقع الاقتصادي والاجتماعي، دأب المشرع على المستوى الدولي والوطني إلى تكريس جُل اهتمامه بموضوع الاسترداد، من خلال مجموعة إجراءات تتسم بالدقة والتعقيد، تستغرق وقتاً طويلاً تمر من خلاله عملية الاسترداد بمراحل عديدة تبدأ بتعقب الأموال وجمع المعلومات عن حركتها ومن ثم الكشف عنها بواسطة التحري، ثم وضع الحجز عليها لغرض الحيلولة دون التصرف بها أو تهريبها.

ثانيا- إشكالية البحث

إن إشكالية البحث في هذا الموضوع تتمحور أساساً حول: مدى فاعلية النصوص الجزائية العراقية النافذة في استرداد الأموال محل جرائم الفساد، وهل تضمنت حلول منطقية لمواجهة جميع العقبات التي تواجه عملية استرداد الأموال، أم هناك معوقات تقف حائلاً دون تحقيق الهدف الأسمى ألا وهو القضاء على جميع منابع الفساد ؟

فالإشكالية محور البحث تتبلور من خلال طرح التساؤلات الآتية:

١- ما هي الآليات التي يمكن اعتمادها في استرداد الأموال محل جرائم الفساد في التشريع العراقي؟

٢- ما هو الإجراء الاستثنائي البديل للإجراء الجنائي الذي يمكن اعتماده في استرداد الأموال محل جرائم الفساد ؟

٣- كيف يتم استرداد الأموال في حال عدم ضبطها، كما لو تم اتلافها أو خلطها بالأموال المشروعة للمتهم ؟

٤- ما حكم العائدات الجرمية التي تصرف بها الجاني بالبيع أو الهبة لأشخاص حسني النية ؟

٥- كيف يتم تنفيذ طلبات استرداد الأموال عن طريق المصادرة أو تنفيذ الأحكام الأجنبية المتعلقة بالمصادرة ؟

٦- ما هي الجهات المختصة بتنفيذ طلب المساعدة القانونية باسترداد الأموال عن طريق المصادرة؟

٧- ماهي إجراءات مصادرة الأموال العراقية المغسولة إلى خارج العراق والتي وردت معلومات عن وجودها في الخارج ؟

٨- كيف يمكن الحد من تأثير ازدواج الجنسية لتسهيل إجراءات استرداد الأموال محل جرائم الفساد؟

ثالثاً- أهداف البحث

١- التعرف على الإجراء الجنائي لاسترداد الأموال عن طريق المصادرة.

٢- التعرف على الإجراء البديل عن الإجراء الجنائي في استرداد الأموال.

٣- بيان كيفية طلب استرداد الأموال محل جرائم الفساد.

٤- توضيح آليات تنفيذ طلبات استرداد الأموال.

٥- تشخيص أهم المعوقات الموضوعية والإجرائية في استرداد الأموال محل جرائم الفساد.

رابعاً- منهج البحث

إن المنهج الذي سيتم اتباعه في هذا البحث هو المنهج التحليلي المقارن من خلال دراسة الإجراءات المتخذة لاسترداد الأموال محل جرائم الفساد المنصوص عليها في اتفاقية الأمم المتحدة، وبيان موقف التشريعات العراقية والعربية المعنية بمكافحة الفساد، وهل جاءت هذه التشريعات متناغمة مع نصوص الاتفاقية المذكورة لمعالجة القصور التشريعي الذي تعاني منه الدول الأطراف في هذه الاتفاقية.

رابعا- تقسيم خطة البحث

في سبيل الوصول إلى الغاية المبتغاة من البحث اعتمدنا أسلوب التقسيم الثنائي، فتضمنت خطة البحث مقدمة ومبحثين وخاتمة، تطرقنا في المبحث الأوّل إجراءات استرداد الأموال محل جرائم الفساد فتناولناه بالبحث عبر تقسيمه إلى مطلبين، فكان الأوّل تحت عنوان المصادرة كإجراء أساسي لاسترداد الأموال والذي قمنا بتقسيمه إلى ثلاثة فروع، درسنا في الفرع الأوّل التدابير التشريعية الرامية إلى تفعيل إجراءات استرداد الأموال عن طريق المصادرة، وبحثنا في الفرع الثاني أنواع المصادرة للأموال محل جرائم الفساد، وأخيرا بحثنا في الفرع الثالث آلية استرداد

الأموال عن طريق المصادرة، أما المطلب الثاني فخصصناه لبحث الإجراءات البديلة لاسترداد الأموال عن طريق المصادرة، وقد قسمناه إلى ثلاثة فروع فكان الأوّل تحت عنوان إبطال التصرفات الناقلة للملكية بسوء نية، كما بحثنا في الفرع الثاني الاسترداد المباشر (الإجراء المدني)، في حين جاء الفرع الثالث تحت عنوان المصادرة دون الإستناد إلى حكم بالإدانة.

أما المبحث الثاني فقد تم تخصيصه لبحث المعوقات التي تواجه عملية استرداد الأموال محل جرائم الاسترداد وقمنا بتقسيمه إلى مطلبين، تناولنا في المطلب الأوّل المعوقات الموضوعية وتم تقسيمه إلى فرعين بحثنا في الأوّل اختلاف النظم القانونية بين الدول، وبحثنا في الثاني القصور التشريعي في القوانين اللازمة لاسترداد الأموال، أما المطلب الثاني فتطرقنا من خلاله إلى بيان المعوقات الإجرائية، فقسمناه إلى أربعة فروع بحثنا في الأوّل الحصانات الوظيفية، وأختص الثاني ببحث صرامة الشروط المفروضة من الدول المتلقية لطلبات المساعدة القانونية، في حين أختص الثالث ببحث ازدواج الجنسية، وأخيراً أختص الفرع الرابع ببحث التقيد بمبدأ السرية المصرفية.

أما الخاتمة، فجاءت تتضمن أهم الاستنتاجات التي توصلنا إليها في ثنايا البحث، كما عرضنا فيها أهم التوصيات التي يمكن أن تغني البحث وتخريجه بالوجه المناسب.

المبحث الأوّل

الإجراءات المعتمدة في استرداد الأموال محل جرائم الفساد

إن الإجراءات القانونية لاسترداد الأموال تتمثل بالمصادرة والتي هي الخطوة الأساسية التي أكدت عليها اتفاقية مكافحة الفساد لعام ٢٠٠٥، حيث يجري من خلالها استعادة الأموال لمصلحة الجهات التي حرمت منها، وكذلك يمكن اللجوء إلى الإجراءات البديلة لاسترداد الأموال المتحصلة من جرائم الفساد، وهذا ما سوف نبينه في هذا المبحث في مطلبين وعلى النحو الآتي:

المطلب الأوّل

المصادرة لغرض استرداد الأموال محل جرائم الفساد

تعني المصادرة هي الحرمان الدائم للمتهم من أمواله بأمر صادر من محكمة أو سلطة مختصة، وتعد مصادرة الأموال المتحصلة عن جرائم الفساد مثل أي مصادرة أُخرى عقوبة جنائية، ولكن

تنفيذ هذه العقوبة بشأن جرائم الفساد تتسم بأهمية بالغة(١)، لذا سوف نبين في هذا المطلب التدابير الرامية إلى استرداد الأموال عن طريق المصادرة في الفرع الأوّل، ثم نبين أنواع المصادرة في الفرع الثاني، وإبطال التصرفات الناقلة للملكية بسوء نية في الفرع الثالث، والإجراءات الشكلية لاسترداد الأموال عن طريق المصادرة في الفرع الرابع وعلى النحو الآتي:

الفرع الأوّل

اتخاذ التدابير التشريعية لتفعيل إجراءات استرداد الأموال عن طريق المصادرة

ينبغي على كل دولة طرف بالاتفاقية القيام باتخاذ تدابير تشريعية عند انضمامها إلى اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، يكون الغرض منها تمكين سلطاتها المختصة من تنفيذ أحكام مصادرة العائدات المتحصلة عن جرائم الفساد الموجودة ضمن ولايتها القضائية، بناء على طلب أو أمر مصادرة صادر من دولة طرف أُخرى وفقاً لقانونها الداخلي على اعتبار أن تلك العائدات تعود ملكيتها للدولة الطرف الطالبة(٢).

أما إذا لم تتخذ الدولة الطرف متلقية الطلب مثل هكذا تدابير والتي تعد من المقتضيات الإجبارية التي أوجبت الاتفاقية على الدول الأطراف اتخاذها، ففي هذه الحالة يستوجب عليها عند استلامها طلب المساعدة القانونية للاسترداد عن طريق المصادرة، أن تتخذ التدابير التشريعية المشار اليها أعلاه لغرض تقديم المساعدة القانونية في مجال مصادرة عائدات الفساد وهذه التدابير تتمثل بأحد الالتزامين الآتيين(٣):

الالتزام الأوّل- يتمثل باتخاذ تدابير وفقاً لقانونها الداخلي، تهدف من خلالها السماح لسلطاتها الوطنية المختصة بتنفيذ أمر المصادرة الصادر من محكمة تابعة لدولة طرف أُخرى لديها ولاية قضائية على الفعل الجرمي التي تحصلت منه الأموال محل المصادرة.

الالتزام الثاني- يتمثل باتخاذ تدابير وفقاً لقانونها الداخلي لتمكين سلطاتها الداخلية المختصة بأن تأمر بمصادرة الأموال غير المشروعة بواسطة قرار قضائي بشأن جرائم غسل أموال

---

(١) ياسر العموري، الاتفاقيات الدولية لمكافحة الفساد، مادة تدريبية مقدمة ضمن تدريب الطاقم القانوني والفني في هيئة مكافحة الفساد الفلسطينية ضمن مشروع المساعدة في تعزيز قدرات مكافحة الفساد في فلسطين، معهد الحقوق، جامعة بيرزيت، ٢٠١٣، ص٢٤.

(٢) البندين (أ، ب) من الفقرة (١) من المادة (٥٤) من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد.

(٣) الدليل التشريعي لتنفيذ اتفاقية الامم المتحدة لمكافحة الفساد، ٢٠٠٦، ص٢٦٦.

أو أي جرم أخر يندرج ضمن ولايتها القضائية أو من خلال أي إجراءات أُخرى يأذن بها تشريعها الداخلي(١).

كما تتجسد هذه التدابير بأن تقدم الدولة طالبة الاسترداد طلباً بإيقاع الحجز على تلك الأموال موجه إلى الدولة المتلقية، لأن التحفظ على هذه الأموال ليس بالأمر الدائم وإنما طلب الحجز كان مبنيا على أسباب معقولة، تفيد بأن تلك الأموال ستخضع في نهاية المطاف للمصادرة(٢).

أي إن الحجز مقترن بشرط المصادرة لغرض الاسترداد، ومن ذلك تتضح العلاقة الوثيقة بين الحجز والمصادرة، بيد أن هذا لا يعني أن الحجز على الأموال شرط لازم يسبق المصادرة في استرداد هذه الأموال لكنه إجراء ضروري تستلزمه مصلحة الدولة الطالبة، من أجل عدم ضياع أموالها المهربة وهذا يعني أن الدولة بالخيار، إما أن تقوم بإيقاع الحجز قبل طلب الاسترداد أو تقوم بتقديم طلب لاسترداد الأموال عن طريق المصادرة مباشرة دون حاجة إلى ايقاع الحجز، وهذا يبقى متروكاً لتقدير السلطات المختصة في الدولة الطالبة(٣).

وإذا كانت المصادرة في التشريعات الداخلية عقوبة جنائية، وأن هذه العقوبة لا يمكن ايقاعها إلا بحكم قضائي وهذه القاعدة تستمد شرعيتها من القانون الأسمى والأعلى وهو الدستور(٤).

إلا أن اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد خرجت عن هذه القاعدة، وأوجدت إجراء جديداً ومستحدثا يتمثل بإجازة صدور أمر بالمصادرة عن سلطة غير قضائية، لكنها لم تبين مرجعية هذه السلطة فيما إذا كانت تتمثل بالادعاء العلم (النيابة العامة)، وإنما تركت تحديد ذلك إلى القوانين الداخلية للدول الأطراف(٥)، مما يترتب على ذلك أنه في حال إن أرادت تلك الدول إسناد المصادرة إلى جهة إدارية غير القضاء، فلا بد وأن تجري تعديلاً على النصوص الدستورية التي تمنع ذلك قبل تشريع أي قانون يعطي أمر المصادرة إلى جهة إدارية(٦).

---

(١) البندين (أ، ب) من الفقرة (١) من المادة (٥٤) من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد.
(٢) الفقرة (٢) من المادة (٥٥) من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد.
(٣) د. عادل عبد العال ابراهيم خراشي، استرداد الأموال والأصول المنهوبة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ٢٠١٦، ص٦٢.
(٤) د. مأمون محمد سلامة، شرح قانون العقوبات، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٩٠، ص٦٥١.
(٥) الفقرة (ز) من المادة (٢) من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد.
(٦) محمد سعد فوده، النظام القانوني للعقوبات الإدارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، ٢٠٠٧، ص١٢٦.

الفرع الثاني

أنواع المصادرة للأموال محل جرائم الفساد

أحيانا يقوم أغلب مرتكبي جرائم الفساد بالتصرف بالأموال المتحصلة منها، من أجل تنفيذ المصادرة الموضوعية، عن طريق تبديد تلك الأموال أو إبدالها أو تحويلها إلى شكل آخر(١) .

إزاء ذلك لا بد وأن يكون هناك نص قانوني يحرم مرتكب الجريمة من الاستفادة من العائدات الجرمية التي تصرف فيها بأي شكل وعدم ضياع الأموال المراد استردادها، وبصدد ذلك أوجدت اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد نوعين للمصادرة:

أولا- المصادرة الموضوعية

تتمثل بالمصادرة المبنية على الملكية أو المصادرة الموضوعية بالحكم الخاص بعائدات إجرامية مباشرة أو الأدوات المستخدمة في ارتكاب الجريمة، وهذا يتطلب إثبات العلاقة بين تلك الأموال أو الأدوات بعينها والجريمة المرتكبة، كما هو الحال مثلاً في أحكام المصادرة الصادرة بجرائم الرشوة استناداً إلى ضبط محل الرشوة أو ضبط الأموال المختلسة من قبل الجهات المختصة في حيازة الموظف المختلس عند التحري وتعقب هذه الأموال(٢)، ويعد محضر الضبط دليلاً على ربط الأموال المصادرة بالجريمة المعنية، إلا أن هذا النوع من المصادرة يواجه بعض الصعوبات،

---

(1) Jean – Pierre Brun and Others, Public Wrongs, Private Actions , Civil Lawsuits to Recover Stolen Assets the International Bank for Reconstruction and Development The World Bank, 2015, p108.

(٢) وبهذا الصدد قضت محكمة جنايات الرصافة بالدعوى الخاصة بالمتهمة (ز- س- ف) والتي تتلخص وقائعها حسب ما جاء بالحكم قيام المتهمة التي تعمل موظفة في امانة بغداد – قسم الرواتب واثناء عملها لعامي ٢٠٠٨ – ٢٠٠٩ قامت باختلاس مبالغ مالية كبيرة تقدر حوالي اربعة عشر مليار دينار عراقي عن طريق وضع اسماء وهمية في قوائم الرواتب والتلاعب والتحريف في مستندات الصرف الخاصة بالرواتب وقامت بشراء عقارات وحلي ذهبية بقسم من تلك الأموال والبعض منه حولته إلى عملة صعبة (دولار) وبعد متابعتها من قبل هيئة النزاهة – مكتب تحقيق بغداد والتحري عن الأموال التي اختلستها وتحديد مكان حفظها بناء على أقوال الشهود تم ضبط مصوغات ذهبية عالية القيمة ومبلغ من المال، وتم تحرير ذلك بموجب محضر ضبط وايداع المضبوطات في صندوق المحكمة، وبعد إجراء المحاكمة تم تجريم فعل المتهمة وفق احكام المادة (٣١٥) من قانون العقوبات ثم قررت المحكمة الحكم عليها بعدة فقرات حكمية منها السجن المؤبد ورد المبلغ المختلس ومصادرة المصوغات الذهبية المضبوطة البالغ مليون ومائة الف دولار وتسجيله أيداع للخزينة بعد اكتساب الحكم الدرجة القطعية، قرار محكمة جنايات الرصافة – الهيئة الثالثة ذي العدد (٢٢٩٥/ج/٢٠١٢/٣) في ٢٠١٢/١١/٤ المصدق من محكمة التمييز الاتحادية بموجب قرارها ذي العدد (٦٣٣/الهيئة الجزائية/٢٠١٤) في ٢٠١٤/٣/١١) – قرار غير منشور.

عندما لا يمكن الربط بين الأموال محل المصادرة والجريمة المتحصلة منها تلك الأموال، كما هو الحال عند عدم ضبط محل الاختلاس أو الرشوة(١).

بيد أن هذا لا يعني اقتصار حكم المصادرة الموضوعية على الصعيد الوطني، وإنما بالإمكان العمل بها حتى على الصعيد الدولي عن طريق الحكم بمصادرة الأموال المهربة فيما إذا تم تحديد الدولة التي هربت اليها الأموال ومكان إيداعها ورقم الحساب المصرفي عندما تكون مبالغ مالية مودعة في مصارف أجنبية، بيد أن هذا النوع من المصادرة يواجه صعوبة في تنفيذه لدى الكثير من الدول عند تقديم طلب استرداد الأموال اليها، حيث تشترط تقديم أدلة أو بيانات تثبت بأن الأموال المراد استردادها عن طريق المصادرة ترتبط بالجريمة التي نشأت منها.

ثانيا- المصادرة البديلة

تعد المصادرة البديلة أو المبنية على القيمة إجراء مستحدث ورد النص عليه في اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد والذي يعد بديلاً في حال عدم إمكانية الحكم بالمصادرة الموضوعية عند تصرف المتهم أو المحكوم عليه بالأموال محل المصادرة سواء كأن بالتبديد أو الخلط أو الإتلاف(٢)، وتتجسد المصادرة البديلة بالصور الآتية:

١- القيمة المعادلة والبديلة للعائدات الجرمية المادية المباشرة محل المصادرة، في حال عدم ضبطها نتيجة إخفائها أو إتلافها أو تحويلها إلى نوع ثان من الأموال.

ومما تجدر الإشارة اليه أن هذه الأموال لا تعد من العائدات المباشرة للجريمة التي صدر حكماً فيها بل هي مزيج من العائدات الجرمية وأموال المحكوم عليه المشروعة(٣).

---

(١) وبهذا الصدد قضت محكمة جنايات الرصافة بالدعوى الخاصة بالمتهمة (ز- س- ف) والتي تتلخص وقائعها حسب ما جاء بالحكم قيام المتهمة بتهريب أموال كبيرة بواسطة مكاتب الصيرفة إلى خارج العراق إذ اختلستها بحكم وظيفتها في قسم الرواتب في أمانة بغداد، وبعد تهريبها تم إيداعها في مصارف في الأردن ولبنان بحسابات مصرفية بأسماء وهمية وأسماء أقاربها لكونها مطاردة من قبل الجهات المختصة، وقد وردت بيانات هذه الحسابات من قبل الجهة المتضررة بكتاب رسمي متضمن اسماء المصارف الأردنية واللبنانية المودعة فيها الأموال المهربة أرقام الحسابات المصرفية واسماء الاشخاص المسجلة بأسمائهم تلك الحسابات، وبعد توفر الأدلة وقناعة المحكمة قررت المحكمة تجريم فعلها وفق احكام القرار رقم ٥٨ لسنة ١٩٨٢ المعدل بالقرار ١١٢٤ لسنة ١٩٨٣ والحكم عليها بعقوبة السجن المؤبد ومصادرة الأموال المهربة خارج العراق والموجودة في بنك (لبنان والمهجر)، علما إن هذه المصادرة مقررة لصالح أمانة بغداد مع إشعار دائرة الاسترداد في هيئة النزاهة بذلك بعد اكتساب الحكم الدرجة القطعية، قرار محكمة جنايات الرصافة – الهيئة الثالثة، العدد ٣٦٢٦ /ج/٢٠١٢/٣ في ٢٠١٢/٢/٥ والمصدق بقرار محكمة التمييز الاتحادية ذي العدد ١٥٠٠/ الهيئة الجزائية ٢ /٢٠١٣ في ٢٠١٣/٤/٢٣، قرار غير منشور.

(١) دليل ستيب باي ستيب العملي بشأن التعاون الدولي لاسترداد الموجودات، من منشورات وزارة العدل الروسية، مكتب الادعاء العام للاتحاد الروسي، ٢٠٠٦، ص٢٥.

(٢) الفقرة (٥) من المادة (٣١) من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، وكذلك الفقرة (٤) من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية.

٢- القيمة البديلة للمنافع غير المادية المتأتية من السلوك الإجرامي أو المنافع المترتبة على استخدام العائدات الجرمية المادية المباشرة، كما لو كان محل الرشوة ترقية الموظف المرتشي أو كانت العائدات غير مباشرة، أو كان محل جريمة الاختلاس استخدم الموظف سيارة الدائرة لأغراض الانتفاع المادي(١).

والجدير بالملاحظة أنه لا يمكن اللجوء إلى الحكم بالمصادرة البديلة إلا في حالات محددة تتمثل بتعذر ضبط الأموال محل الجريمة والتصرف بها إلى الغير حسن النية، وفي هذه الحالة ينبغي تحديد مقدار المنافع التي حصل عليها المتهم أو المحكوم عليه من إحدى جرائم الفساد.

وقد تناولت اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد تنظيم المصادرة البديلة، حيث أجازت المصادرة البديلة للعائدات الجرمية المتحصلة من جرائم الفساد في حال تحويلها إلى ممتلكات أُخرى أو إبدالها كلياً أو جزئياً.

وتعد الولايات المتحدة الأمريكية من بين أهم الدول التي تنص قوانينها على المصادرة البديلة للأصول، حيث تسمح قوانينها للمحاكم بمصادرة أموال مشروعة ذات قيمة مساوية للأموال التي يصعب مصادرتها بسبب إجراء ما اتخذه الجاني، حيث أصدرت محاكمها العديد من الأحكام وفقاً لهذه القوانين(٢).

والملاحظ أن المشرع العراقي قد نص على المصادرة الموضوعية في المادة (١٠١) وكذلك في المادتين (٣١٤) و (٣١٧) من قانون العقوبات بصدد جرائم الاختلاس، في حين لم نجد للمشرع العراقي موقفاً واضحاً من المصادرة البديلة في النصوص المتعلقة بجرائم الفساد، إذ عالجت المصادرة الوجوبية في مجال الرشوة والمصادرة الجوازية في حال ضبط أو تلف محل الرشوة، بينما نجد في النصوص الخاصة بالجرائم الماسة بأمن الدولة الخارجي إشارة صريحة

---

(٣) الفقرة (٤) من المادة (٣١) من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، وكذلك الفقرة (٣) من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية.

(١) في حكم صادر عن أحدى المحاكم الجنائية الأمريكية في ولاية فرجينيا ضد المدان finghter جاء فيه بأن يتم التحفظ على أموال المتهم المشروعة المتحصلة من الميراث، وذلك لوجود حاجة ملحة كأصول بديلة للأموال المتحصلة من الجريمة في حال عدم أمكانية التنفيذ، لمزيد من التفصيل ينظر:

United States of America,v. Rex B Wingerter, Defendant, Cite as 369 F.Supp.2d 799 (E. D.Va.2005,.No. 1:04CR421. United States District Court, E.D. Virginia, Alexandria Division. May 17, 2005. available at,https.
:www.google.ig/#q=369+FSupp+2d+799+(E.D.+Va+2005)

للمصادرة الحكمية(١) أو كما يطلق عليها بغرامة المصادرة(٢)، بأن يحكم على المجرم بغرامة إضافية تعادل ثمن الأشياء موضوع الجريمة في حال عدم ضبط الأشياء محل المصادرة.

وقد تدارك المشرع العراقي هذا النقص التشريعي حينما عالج موضوع المصادرة البديلة كإجراء مستحدث في قانون مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب النافذ، حيث نص عليها في فقرتين، الأوّلى في حال عدم ضبط الأموال المطلوب مصادرتها أو تعذر تنفيذ المصادرة في حال الحكم بها إذ نص على أنه " ينبغي الحكم بمصادرة الأموال محل الجريمة المنصوص عليها في هذا القانون ومتحصلاتها أو الأشياء التي استعملت في ارتكابها أو التي كانت معدة لاستعمالها فيها أو ما يعادلها في القيمة في حال تعذر ضبطها أو التنفيذ عليها سواء كانت في حوزة المتهم أو شخص آخر..." (٣)، والثانية في حالة اختلاط العائدات المتحصلة من الجريمة مع الأموال المشروعة للجاني، حيث تم مصادرة القيمة المقدرة للعائدات والثمار التي تحصلت من استخدام العائدات الجرمية(٤).

ولم يكتفِ المشرع العراقي في هذا القانون بمنح المحاكم الجزائية صلاحية الحكم بالمصادرة البديلة، بل منح السلطات القضائية العراقية المختصة بناء على طلب من جهة قضائية في دولة أُخرى تربطها بجمهورية العراق اتفاقية أو بشرط المعاملة بالمثل، أن تقرر تعقب أو حجز أو ضبط الأموال والمتحصلات....في تنفيذ جريمة غسل الأموال أو الجريمة الأصلية الناجمة عنها أو جريمة تمويل الإرهاب أو القيمة المقابلة لها بما لا يتعارض مع القانون العراقي(٥).

أما موقف المشرع اليمني وكذلك الجزائري فإنهما لم يسيرا على ذات النهج الذي أعتمده المشرع العراقي في النص على المصادرة البديلة وكذلك المصادرة الحكمية أو غرامة المصادرة وهذا يعني إنهما يشترطان لغرض المصادرة ضبط العائدات الجرمية، وسار في هذا الاتجاه أيضا المشرع المصري في قانون العقوبات وقانون مكافحة غسل الأموال، وأكتفى بتنظيم المصادرة الحكمية بدل المصادرة البديلة وذلك في حال تعذر ضبط الشيء محل جرائم الفساد، حيث أشار في

---

(٢) علي أحمد الزعبي، أحكام المصادرة في القانون الجنائي – دراسة مقارنة، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٢، ص١٠٤.

(٣) د. أحمد عبد الظاهر، القوانين الجنائية الخاصة (النظرية العامة)، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠، ص١٣٠.

(٣) نص الفقرة (أولا) من المادة (٣٨) من قانون مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب، تقابلها المادة (١٣) من قانون مكافحة غسل الأموال الاماراتي..

(٤) نص الفقرة (ثانيا) من المادة (٣٨) من قانون مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب.

(٥) المادة (٣٠) من قانون مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب.

حال تعذر ضبط الأشياء محل المصادرة أو التصرف فيها إلى الغير، يتم الحكم بغرامة إضافية تعادل قيمة تلك الأموال(١).

يتضح مما تقدم إن المشرع العراقي كان الأوفق من المشرع المصري من حيث النص على المصادرة البديلة، كون استرداد الأموال محل جرائم الفساد لا يمكن تنفيذه وفقاً لما يعرف بالغرامة إذ لا يمكن تنفيذه دولياً حينما يصدر حكماً غيابياً وكانت الأموال محل الاسترداد موجودة في الخارج، مما يشكل ذلك معضلة كبيرة في استرداد الأموال بطريق الغرامة.

كذلك الحال بالنسبة للمشرع الفرنسي الذي كان سباقاً في النص على المصادرة البديلة، ففي حالة عدم ضبط الشيء محل المصادرة أو تعذر تسليمه، فإن الحكم بالمصادرة سينصب على ما يعادله من أموال(٢).

أيضا المشرع الإنكليزي نص على المصادرة البديلة بأنه " للمحكمة الحكم بمصادرة ما حصل عليه المتهم من منافع عن الجريمة المرتكبة بعد إدانته، دون اشتراط وجود علاقة وثيقة بين المنافع المتحصلة من الجريمة المراد مصادرتها والجريمة المرتكبة، إذ يجوز للمحكمة أن تفترض في جميع الأموال المتحصلة خلال السنوات الست السابقة هي عوائد لتلك الجريمة"(٣).

الفرع الثالث

آلية استرداد الأموال عن طريق المصادرة

هنالك خطوات عدة على الدولتين الطالبة لاسترداد الأموال محل جرائم الفساد والدولة المتلقية للطلب عليهما القيام بها والتي يتم من خلالها التعاون الدولي أو المساعدة القانونية وتتجسد بالفقرات الآتية:

أولا- تقديم طلب استرداد الأموال محل جرائم الفساد

بعد صياغة طلب استرداد الأموال بالشكل المطلوب واستيفاء الشروط الشكلية والموضوعية والبيانات اللازمة تقوم السلطة المختصة في الدولة الطرف الطالبة بإرسال طلب المساعدة القانونية لاسترداد الأموال عن طريق المصادرة بعد إرفاق كافة المستندات المطلوبة إلى

---

(١) المادة (٧٩) مكرر (أ) من قانون العقوبات المصري والمادة (١٣) من قانون مكافحة غسل الأموال المصري تقابلها المادة (٣٦) من قانون مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب العُماني.

(٢) المادة (٢١/١٣١) من قانون العقوبات الفرنسي.

(3) See Section 6 and 10 from United Kingdom Proceeds of Crime Act

السلطة المختصة في الدولة متلقية الطلب المهرب إليها الأموال محل الاسترداد يتضمن المعلومات الكافية التي تساعدها على التصرف بشأنه دون تلكؤ أو رفض مبدئي(١).

وعادة يتضمن طلب استرداد الأموال مجموعة من البيانات العامة والخاصة(٢) التي تمكن الدولة المتلقية للطلب من التعرف على تلك العائدات الجرمية المراد استردادها، كون المصادرة من الإجراءات المعقدة التي تحتاج إلى تحديد الأموال المراد مصادرتها ومكان حفظها كأن تكون حساباً مصرفيا مع بيان المعلومات الكافية عن حائزها وغيرها من الإجراءات.

ولابد من الإشارة إلى أنه في حالة وضع الحجز على الأموال محل الاسترداد بشكل مسبق سوف يسهل إجراءات تنفيذ طلب المصادرة، فغالباً ما يكون طلب المصادرة المجرد من الحجز السابق مشوباً بكثير من الصعوبات، حيث من المتوقع أن يتم تهريبها أو اخفاؤها اثناء السير بإجراءات المصادرة، ومن ثم يصعب تنفيذ طلب المساعدة بمصادرة الأموال.

ومما تجدر ملاحظته أن قانون هيئة النزاهة العراقي، لم يبين إجراءات الاسترداد التي تقوم بها هيئة النزاهة (دائرة الاسترداد)، فضلا عن خلو قانون أصول المحاكمات الجزائية من أي تنظيم لهذه الإجراءات أو غيرها من إجراءات طلب المساعدة القانونية.

---

(١) دليل المساعدة القانونية المتبادلة وتسليم المجرمين، من منشورات مكتب الأمم المتحدة المعني بالمخدرات والجريمة، الأمم المتحدة، نيويورك، ٢٠١٣، ص٧٩.

(٢) لقد نصت المادة (٤٦) الفقرة (١٥) والمادة (٥٥) الفقرات (٣ و٧) من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد على هذه البيانات ويمكن إجمالها في الفقرتين الأتيتين:

أ- البيانات العامة:

١- هوية السلطة المختصة التي قدمت طلب المساعدة القانونية في مجال استرداد الأموال.
٢- موضوع وطبيعة التحقيق أو الملاحقة أو الإجراء القضائي الذي يتعلق به طلب المساعدة في مجال مصادرة الأموال وأسم ووظائف السلطة القائمة بالتحقيق أو الملاحقة أو الإجراء القضائي.
٣- تقرير يتضمن ملخصاً بالوقائع ذات الصلة بموضوع الطلب.
٤- وصف بالمساعدة القانونية التي تلتمسها الدولة الطرف الطالبة وتفاصيل أي إجراءات معينة ترغب اتباعها بخصوص الأموال أو الممتلكات المراد مصادرتها.
٥- هوية الشخص أو الأشخاص مرتكب أو مرتكبي الجريمة أو من لهم علاقة ومكان إقامتهم وجنسيتهم إن أمكن ذلك.
٦- الغرض الذي لأجله تطلب المصادرة.

ب- البيانات الخاصة:

١- وصف للممتلكات المراد مصادرتها مع بيان المكان الذي توجد أو تخفى فيه هذه الممتلكات وبيان القيمة المقدرة لها وكذلك الوقائع التي استندت اليها الدولة الطرف الطالبة والتي ينبغي أن تكون كافية لتمكين الدولة المتلقية الطلب من استصدار أمر المصادرة وفقاً لتشريعها الوطني.
٢- يرفق نسخة مقبولة من أمر المصادرة الذي يستند اليه الطلب والصادر من الدولة الطرف الطالبة وبيان بالوقائع والمعلومات عن المدى المطلوب به أن ينفذ الأمر وبيان يحدد التدابير التي اتخذت من قبل الدولة الطرف بخصوص اشعار الطرف الثالث حسن النية.
٣- بيان الوقائع التي استندت اليها الدولة الطالبة ووصف بالإجراءات المطلوب اتخاذها ونسخة مقبولة قانوناً من حكم أو أمر المصادرة الذي استند اليه الطلب. لمزيد من التفصيل ينظر: سليمان عبد المنعم، ظاهرة الفساد، برنامج إدارة الحكم في الدول العربية، بلا مكان نشر، ٢٠١١، ص١٧٣.

وقد سار المشرع اليماني والجزائري على خطى المشرع العراقي، ففي قانون مكافحة الفساد اليماني لم يرد فيه أيضا نص يعالج مسألة طلب الجهات الحكومية اليمانية المساعدة القانونية في استرداد الأموال المهربة إلى الخارج، إلا أنه نص على منح الهيئة الوطنية لمكافحة الفساد صلاحية التنسيق مع الجهات المختصة باسترداد ومصادرة الأموال والعائدات المتحصلة من جرائم الفساد وفقاً لأحكام القوانين النافذة والاتفاقيات التي تكون اليمن طرفاً فيها(١).

وكذلك فعل المشرع الجزائري، إذ أهمل النص على تنظيم آليات طلب المساعدة القانونية من الأجهزة الوطنية حينما ترغب باسترداد أموالها المهربة إلى الخارج، وأهتم فقط بدور الجهات المعنية بمكافحة الفساد في الجزائر بتقديم المساعدة القانونية للدول الطالبة باسترداد أموالها المهربة إلى الجزائر(٢).

في حين سار المشرع المصري في اتجاه مغاير، وذلك من خلال تنظيم إجراءات طلب المساعدة القانونية وتحديد آليات استرداد الأموال المصرية المهربة، دون أن يتضمن أي تنظيم لإجراءات التعاون الدولي في حال أن قُدم لمصر طلب باسترداد الأموال المهربة له، وأكتفى بما ورد من تنظيم له في قانون مكافحة غسل الأموال المصري.

فمن خلال قانون اللجنة القومية لاسترداد الأموال أصبح للجنة المذكورة تمثيل هام لمصر امام الجهات المختصة في الدول والمنظمات الدولية بشأن استرداد الأموال المصرية المهربة أو المغسولة إلى الخارج، فضلا عن تمثيلها أمام المحاكم الأجنبية وهيئات التحكيم الدولية.

ومن ثم تقديم طلبات المساعدة القانونية لاسترداد الأموال مباشرة إلى السلطات المختصة في الدول المعنية في سبيل تتبع وملاحقة وتجميد الأموال واستردادها، حيث أجاز لها القانون المذكور اتخاذ كافة الإجراءات اللازمة في ضوء ما تطلبه قوانين الدول متلقية طلب الاسترداد، ولها أيضا الحق في حجز الأموال بناء على طلبها(٣).

وحبذا لو عالج المشرع العراقي هذه المسألة المهمة وسار على خطى المشرع المصري بإيراد نص في قانون مكافحة الفساد وتمويل الإرهاب ينظم فيه إجراءات استرداد الأموال، سيما الأموال العراقية التي هربت إلى الخارج، وتشكيل لجنة وطنية على غرار اللجنة القومية المصرية تتمتع بذات الصلاحيات المنوطة باللجنة القومية المصرية.

ثانيا- التحقق من طلب استرداد الأموال عن طريق المصادرة

---

(١) الفقرة (أ) من المادة (٣٢) من قانون مكافحة الفساد اليماني.
(٢) لمزيد من التفصيل ينظر الفصل الخامس من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته الجزائري.
(٣) المادة (٣) من قانون اللجنة القومية لاسترداد الأموال والأصول والموجودات المصرية.

يتجسد دور الدولة متلقية الطلب عند استلام سلطتها المختصة لطلب المساعدة القانونية لاسترداد الأموال، في التحقق من أمرين:

أ- التحقق من استيفاء كافة الشروط الشكلية والموضوعية فضلا عن الشروط التي تتطلبها الدولة متلقية الطلب وفقا لقانونها الداخلي.

ب- التحقق من البيان العامة والخاصة الواجب توافرها في الطلب التي حددتها المادتان (١٥/٤٦) والمادة (٣/٥٥) من اتفاقية مكافحة الفساد.

ج- التحقق من الأدلة التي تبرر طلب المصادرة حيث تقوم الدولة متلقية الطلب بالتحقق من الأدلة التي تبرر المصادرة.

وبعد تحقق السلطة المختصة بتلقي طلبات الاسترداد من كافة الشروط والبيانات وتوفر الأدلة وفق الإجراءات التي تنص عليها الاتفاقية وقانونها الداخلي، تقوم بعد ذلك بتبليغ الدولة الطالبة بقرارها إما:

١- الموافقة على طلب المساعدة القانونية لاسترداد الأموال وإحالة الطلب مع مرفقاته إلى الجهات المختصة بأمر تنفيذه وفق قانونها الداخلي.

٢- تأجيل الإجابة على الطلب مع بيان أسباب التأجيل.

٣- رفض الطلب كليا أو جزئيا مع بيان أسباب الرفض.

وقد أجازت الاتفاقية للدولة الطرف متلقية الطلب، حق رفض تقديم المساعدة القانونية في مجال استرداد الأموال، إذا لم تراعِ الدولة الطرف الطالبة في طلبها البيانات المطلوبة.

ومما تجدر الإشارة اليه إن المشرع العراقي لم يبين بنص صريح الجهة التي تتولى الرد على طلب استرداد الأموال محل جرائم الفساد عن طريق المصادرة، وعليه نقترح أن يخول مكتب مكافحة غسل الأموال العراقي أو يتم اعتماد الطرق الدبلوماسية المعتادة.

ثالثا- آلية تنفيذ طلب استرداد الأموال محل جرائم الفساد عن طريق المصادرة

بعد أن تستكمل السلطات المختصة في الدولة الطرف متلقية الطلب إجراءات استلام طلب المساعدة القانونية لاسترداد الأموال عن طريق المصادرة وتدقيق توفر الشروط والبيانات والأدلة، فلا يبقى أمامها سوى تنفيذ طلب أو أمر المصادرة، وهذا يتوقف على قانون كل دولة متلقية للطلب.

ومما تجدر الإشارة اليه أن الاتفاقية لم تشترط أن يرفق مع طلب المصادرة أمر المصادرة الذي يصدر عادة من جهة قضائية، فإذا قدمت الدولة الطالبة مجرد طلب مصادرة فإن ذلك يتطلب بالتأكيد من الدولة متلقية الطلب أن تحيله إلى سلطاتها المختصة لغرض استصدار أمر بالمصادرة

من محاكمها أو سلطاتها المختصة، أما إذا قدمت مع طلب المصادرة حكماً أو أمراً بالمصادرة، فإن ذلك يكون قابلاً للتنفيذ مباشرة وفقاً لإجراءات السلطات المختصة في الدولة متلقية الطلب(١)، وبهذا الصدد أوجدت اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد للدول الأطراف فيها آلية لتنفيذ طلب الاسترداد عن طريق المصادرة، حيث أشارت بأنه يتم تنفيذ طلب استرداد الأموال عن طريق المصادرة من قبل الدولة متلقية الطلب بأحد الأسلوبين الآتيين:

أ- الأنفاذ المباشر: ويتمثل هذا الأسلوب بقيام الدولة الطرف متلقية الطلب بإحالة أمر المصادرة الصادر من محكمة في الدولة الطرف الطالبة إلى سلطاتها المختصة لغرض أنفاذه بالقدر المطلوب، طالما كان متعلقا بعائدات جرمية أو معدات موجودة على اقليم الدولة متلقية الطلب(٢).

ب- الأنفاذ غير المباشر: ويتمثل هذا الأسلوب بقيام الدولة الطرف متلقية الطلب، بإحالة طلب المصادرة المقدم من دولة طرف أُخرى إلى سلطاتها المختصة لغرض استصدار أمر بالمصادرة، وأن تضع ذلك الأمر موضع التنفيذ في حالة صدوره(٣).

أما عن آلية تقديم المساعدة القانونية لغرض استرداد الأموال عن طريق المصادرة فيما لو كانت إحداها دولة متلقية للطلب، نجد أن المشرع العراقي لم يعالج ذلك في قانون هيئة النزاهة المتضمن الإشارة إلى استرداد الأموال، بخلاف المشرع اليماني الذي نظم في قانون مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب وليس في قانون مكافحة الفساد اليماني إجراءات المساعدة القانونية للدولة الطالبة في مجال مصادرة الأموال محل جرائم الفساد وكذلك المشرع الجزائري.

كما لم يبين المشرع العراقي الأسلوب المتبع في تنفيذ طلب المساعدة القانونية شأنه في ذلك شأن المشرع اليماني والجزائري، باستثناء المشرع المصري الذي نص صراحة على اتباع الأسلوب المباشر بعد تحقق كافة الشروط وإحالته إلى القضاء لغرض إصدار أمر تنفيذ الحكم الأجنبي وليس استصدار أمر مصادرة من المحاكم المصرية، وحسن فعل المشرع المصري في اعتماد أسلوب الأنفاذ المباشر، كونه ذا كفاءة عالية وقليل الكلفة وتنفيذه أسرع بكثير من أسلوب الأنفاذ غير المباشر.

لذلك يعد أسلوب الإنفاذ المباشر لأوامر المصادرة أحد الخطوات اللازمة التي تقتضيها مبادئ العدل والإنصاف والذي يسهم في تقوية أواصر التعاون الدولي في سبيل استرداد الأموال

---

(١) د. عادل عبد العال إبراهيم خراشي، مصدر سابق، ص٧٣-٧٤، د. سليمان عبد المنعم، مصدر سابق، ص١٧٢.
(٢) الفقرة (١/أ) من المادة (٥٥) من اتفاقية مكافحة الفساد.
(٣) نصت الفقرة (١) من المادة (٥٥) من اتفاقية مكافحة الفساد على إنه " أ- العائدات الإجرامية المتأتية من أفعال مجرمة وفقاً لهذه الاتفاقية أو ممتلكات تعادل قيمتها قيمة تلك العائدات، ب- الممتلكات أو المعدات أو الأدوات الأخرى التي استخدمت أو كانت معدة للاستخدام في ارتكاب أفعال مجرمة وفقاً لهذه الاتفاقية ".

محل جرائم الفساد(١)، لذلك نقترح على المشرع العراقي اعتماد أسلوب الإنفاذ المباشر لأوامر الحجز والمصادرة الصادر عن دولة طرف أُخرى، فضلاً عن أنه لم يعالج بنص صريح آليات تقديم المساعدة القانونية المتبادلة بشكل عام، مما يقتضي بنا الرجوع إلى القواعد العامة والقوانين ذات الصلة، ففي قانون أصول المحاكمات الجزائية النافذ أكتفى المشرع العراقي بتنظيم أحكام الإنابة القضائية التي تطلبها الدول من العراق في اتخاذ إجراء من إجراءات التحقيق في جريمة ما(٢).

إلا أن التنظيم الوارد للإنابة القضائية في هذا القانون لا ينطبق على استرداد الأموال عن طريق المصادرة، كونه يقتصر على معالجة طلبات الإنابة عن السلطات القضائية الأُخرى في مرحلة التحقيق والمحاكمة في جريمة ما، أي أن الإنابة القضائية لا تكون إلا في مرحلة التحقيق والمحاكمة.

أما طلب المساعدة القانونية في مجال استرداد الأموال عن طريق المصادرة، فنحن بصدد مرحلة ما بعد المحاكمة المتمثلة بتنفيذ أمر مصادرة بات صادر من محاكم دولة أُخرى، مما يقتضي الرجوع إلى القوانين ذات الصلة كقانون مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب النافذ فيما إذا ورد فيه تنظيم لذلك.

فمثلاً قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية العراقي لسنة ١٩٢٨ لا يتم تطبيقه إلا عندما يكون الحكم المطلوب تنفيذه يتعلق بدين أو بمبلغ من النقود أو كون المحكوم به تعويضاً مدنياً فقط، مما يجعل هذا القانون مقتصر على الأحكام ذات الصفة المدنية، وما يقابله من أحكام صادرة في الدعوى الجزائية.

أما قانون مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب العراقي، فقد نظم ولأول مرة تنفيذ الأحكام الأجنبية المتعلقة بمصادرة الأموال المتحصلة عن جرائم الفساد والتي تم غسلها إلى العراق، إذ جاء فيه " تتولى السلطات العراقية المختصة تنفيذ الأحكام الجزائية الباتة الصادرة عن الجهات القضائية الأجنبية المختصة المتعلقة بمصادرة الأموال المتحصلة عن جرائم غسل الأموال وتمويل الإرهاب وعائداتها وفق القواعد والإجراءات التي تتضمنها الاتفاقيات الثنائية أو المتعددة الأطراف التي يكون العراق طرفاً فيها"(٣).

---

(١) د. جمال سيف فارس، التعاون الدولي في تنفيذ الأحكام الأجنبية- دراسة مقارنة بين القوانين الوضعية والقانون الدولي الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧، ص٨٢.

(٢) د. براء منذر عبد اللطيف، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، دار الحامد للنشر، عمان، الأردن، ٢٠٠٨، ص ٣٠٠-٣٠٢.

(٣) المادة (٣١) من قانون مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب العراقي.

والتساؤل الذي يطرح نفسه في هذا المقام، ما الحكم لو تلقت الدولة الطرف في الاتفاقية أمر بالمصادرة صادر من جهة إدارية وليست قضائية وهذا ما أجازته اتفاقية مكافحة الفساد، فهل يتمتع بذات القوة التنفيذية فيما لو صدر من محكمة مختصة لدى الدولة الطالبة ؟

في الواقع إن الاتفاقية كانت واضحة في هذا المجال وأشارت في الفقرة (١/ب) من المادة (٥٥) بأن تتولى الدولة متلقية الطلب إحالة أمر المصادرة الصادر من محكمة في إقليم الدولة الطرف الطالبة إلى سلطاتها المختصة، وهذا في الواقع سوف يقلل من القيمة القانونية لتلك الأوامر الصادرة بالمصادرة من جهات غير قضائية.

ومن ثم تخضع في النهاية للنصوص القانونية في قوانين أغلب الدول الأطراف في الاتفاقية والتي لا تجيز إصدار أوامر المصادرة من غير القضاء باعتبار أن المصادرة هي عقوبة، ومن ثم لا يمكن صدور العقوبة إلا من القضاء.

إذن طبقاً لمفهوم المخالفة إن أمر المصادرة الصادر من جهة غير قضائية غير قابلة للتنفيذ وفقاً لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، في حين أجازت نصوصها الأُخرى صدور أمر المصادرة فضلاً عن القضاء صدورها من جهة مختصة أُخرى كأن تكون جهة إدارية، وهذه إشكالية كبيرة لم تعالجها الاتفاقية بنص صريح ويعد تناقضاً يخل بنصوص هذه الاتفاقية.

رابعاً- الجهة المختصة بتنفيذ طلب استرداد الأموال عن طريق المصادرة

لقد أشار المشرع العراقي في قانون مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب إلى أن السلطات العراقية المختصة تتولى تنفيذ الأحكام الجزائية الباتة الصادرة عن الجهات القضائية الأجنبية المختصة والمتعلقة بمصادرة الأموال المتحصلة من جرائم غسل الأموال وتمويل الإرهاب وعائداتها وفق القواعد والإجراءات التي تتضمنها الاتفاقيات الثنائية أو المتعددة الأطراف التي يكون العراق طرفاً فيها(١).

بيد أن ما يؤخذ على المشرع العراقي إنه لم يتولى بالتحديد الجهة المختصة بتنفيذ هذه الأحكام الجزائية الأجنبية الخاصة بمصادرة الأموال محل جرائم الفساد، فإذا كانت جهة تنفيذية فمن هي ؟ وبمن ترتبط هذه الجهة ؟ فهل هي مرتبطة برئاسة مجلس الوزراء أم وزارة العدل أم وزارة الخارجية ؟

(١) المادة (٣١) من قانون مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب العراقي.

في الواقع سكت المشرع العراقي عن تحديد ذلك، وهذا يعد نقصاً تشريعياً يتعارض مع التزام العراق في اتخاذه التدابير التشريعية التي تسهل عملية تطبيق أحكام اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد.

ومن الملفت للنظر أنه نص على تحديد الجهة التي تتولى في حال ورود طلب من جهة قضائية بدولة ما ترتبط بالعراق باتفاقية أو معاملة بالمثل تقرير تعقب أو حجز أو ضبط الأموال المتحصلة من جريمة غسل الأموال وهي السلطة القضائية(١)، وبالتحديد المحاكم الجزائية.

ونرى أن يعهد إلى القضاء العراقي سلطة إصدار أمر التنفيذ يكون موجهاً إلى جهة متخصصة ولتكن إحدى دوائر التنفيذ تختص بتنفيذ الأوامر الصادرة من الجهات العراقية أو الأجنبية وفق قانون التنفيذ العراقي(٢)، ويمنح الادعاء العام العراقي صلاحية مراقبة تنفيذها.

المطلب الثاني

بدائل المصادرة لغرض استرداد الأموال محل جرائم الفساد

قد يستعصى على الدول أحياناً الحصول على المساعدة القانونية لاسترداد الأموال بواسطة المصادرة كون الملاحقة الجنائية غير ممكنة في بعض الحالات، إما لوفاة المتهم أو هروبه أو تمتعه بحصانة أو بسبب كون جريمة الفساد المتحصل منها الأموال ليس من ضمن الجرائم الواردة بالاتفاقية أو أنها كذلك لكنها لا تتضمن عقوبة تكميلية كالمصادرة وإنما تمنح الجهة المتضررة المطالبة بالتعويض عن الاضرار التي لحقت بها، نتيجة ارتكاب هذه الجريمة وهذا لا يمكن تنفيذه عن طريق المصادرة، مما يقتضي ذلك اعتماد إجراءات أُخرى لاسترداد الأموال ترمي إلى إمكانية إرساء المسؤولية على أساس المعايير المدنية كإبطال التصرفات الناقلة للملكية أو إقامة دعوى مدنية أمام المحاكم المدنية في الدولة المهربة إليها الأموال لغرض تعقبها وتثبيت ملكيتها أو المصادرة دون اشتراط الإدانة الجنائية للشخص الذي يملك الأموال المطلوب استردادها، من أجل تعقبها حتى في حالات التبرئة من التهم الجنائية متى ما كانت هناك أدلة كافية تستوفي المعايير

(١) المادة (٣٠) من قانون مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب العراقي.
(٢) المادة (٣) من قانون التنفيذ العراقي رقم (٤٥) لسنة ١٩٨٠ والمعدل بالقانون رقم (٢٥) لسنة ٢٠٠٧.

المدنية، بأن كانت تلك الأموال أو الممتلكات تم الحصول عليها بطرق غير مشروعة(١)، وهذا ما سوف نبينه في الفرعين الآتيين:

الفرع الأوّل

إبطال التصرفات الناقلة للملكية بسوء نية

قد تواجه مصادرة الأموال مشكلة كثيرة الحدوث، تتمثل بقيام مرتكبي جرائم الفساد عادة وبشكل عمدي إلى نقل ملكية العائدات الجرمية أو ممتلكاتهم بشكل عام إلى أشخاص يعلمون ببواطن الأمور، كأن يكونوا من أفراد أسرتهم أو أقربائهم أو أصدقاء مقربين لتفادي مصادرتها سواء بالمصادرة الموضوعية التي تنصب على العائدات الجرمية عينا أو بالمصادرة البديلة التي تستهدف القيمة المعادلة للعائدات الجرمية من أموال الجاني المخلوطة(٢).

ولتلافي هذا التصرف غير المشروع، أجازت الاتفاقية الخاصة بمكافحة الفساد وبعض التشريعات المقارنة للمحاكم أن تبطل التصرفات الناقلة للملكية إلى الأشخاص العالمين بذلك عن طريق سن تشريعات تخول المحاكم إبطال التصرفات القانونية الناقلة للملكية كافة التي أجراها الجاني بعد ارتكاب الفعل المفضي إلى المصادرة.

وقد أكدت توصيات مجموعة العمل المالي (FATF) على الدول اتخاذ تدابير تشريعيه وأُخرى تمكن السلطات المختصة اتخاذ خطوات من شأنها منع بعض الأعمال أو أبطالها سواء كانت تعاقدية أم غير ذلك في الحالات التي يكون فيها الأشخاص المعنيون على علم أو كان يفترض أن يعلموا أو كان يفترض أن يعلموا بأن هذه الأعمال من شأنها أن تؤثر على قدرة السلطات المختصة في استرداد الممتلكات الخاصة بالمصادرة(٣).

والتساؤل الذي يطرح في هذا المقام ما الحكم لو كانت الأموال محل جرائم الفساد قد انتقلت عن طريق الهبة أو البيع إلى أحد أفراد أسرة الجاني أو أقاربه لحد الدرجة الرابعة وأدعى بأنه حسن النية ؟

---

(١) الدليل التشريعي لتنفيذ اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، مصدر سابق، ص٢٥٧.
(٢) كامل رمضان جمال، المشكلات العملية في نقل الملكية، دار الكتاب الحديث للنشر، الاسكندرية، ٢٠١٢، ص ٣٤.
(٣) لمزيد من التفصيل تنظر التوصية (٣) من منهجية تقييم الالتزام بالتوصيات الأربعين والتوصيات الخاصة بمجموعة العمل.

في هذه الحالة نرى بما لا يقبل الشك إن صلة القرابة دليلاً على أن الموهوب له أو المشتري يعد سيء النية كونه يعلم أو كان عليه أن يعلم بالمصدر غير المشروع لهذه الأموال، ومعرفته بالمقدرة المالية الحقيقية للجاني، وأن تصرفه الناقل للملكية يهدف من ورائه تحقيق غاية سيئة، الأمر الذي يقتضي تضييق الخناق على الجاني والحد من التصرفات الناقلة للملكية الأموال محل المصادرة بسوء نية.

وقد عالج المشرع العراقي هذه المسألة لأول مرة في قانون مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب العراقي، حينما نص على أنه " يقع باطلاً كل عقد أو أتفاق أو أي أداة قانونية أُخرى علم أطرافها أو أحدهم أو كان لديهم ما يحملهم على الاعتقاد بأن الغرض منها هو الحيلولة دون مصادرة الأصول أو العائدات أو متحصلات جريمة المتعلقة بغسل الأموال أو تمويل الإرهاب مع عدم الإخلال بحقوق الغير حسن النية"(١).

إلا أن ما يؤخذ على المشرع العراقي، أنه لم يحدد من هي المحكمة التي تقرر بطلان هذه التصرفات هل هي المحكمة الجزائية بمناسبة نظرها للدعوى الجزائية أم المحكمة المدنية ؟ وماهية التصرفات الناقلة للملكية التي سوف تناقش مسألة بطلانها، هل تقتصر على التصرفات الناقلة للعائدات الجرمية المتحصلة من الجريمة أم تمتد لتشمل كافة أموال المحكوم عليه التي انتقلت بعد اختلاط العائدات الجرمية معها أو اتلافها أو تبديدها، وفي حال كانت تشمل كافة أموال الجاني فلم تحدد ماهية التصرفات محل النظر من حيث التاريخ الناقل للملكية.

الفرع الثاني

الاسترداد المباشر (الإجراء المدني)

يتمثل الإجراء المدني لاسترداد الأموال بإمكانية أي دولة طرف في الاتفاقية رفع دعوى مدنية أمام المحاكم المدنية في الدولة المهرب اليها الأموال المتحصلة من جرائم الفساد، لغرض تعقبها وتثبيت ملكيتها فيها أو قيمة تلك الأموال أو استحصال حكم بالتعويض عنها وفقاً للنظام الداخلي للدولة الطرف المقامة الدعوى المدنية أمام محاكمها المدنية(٢).

وقد شجعت الاتفاقية على أنتهاج سبيل الدعوى المدنية كأداة للاسترداد المباشر للأموال تكون مكملة للدعوى الجنائية، ويتميز الإجراء المدني لاسترداد الأموال بمنح الدولة المدعية في

(١) المادة (٣٨/ رابعاً) قانون مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب العراقي.
(2) Jean-pierre Brun and others,op.cit, p11

الدعاوى المدنية العابرة للحدود إمتياز الرقابة المباشرة على مراحل الترافع فيها عن طريق ممثلها أو وكيلها قياساً بالإجراءات الجنائية وفق الإجراء الجنائي في ولايات قضائية أجنبية.

إلا أن هذا الإجراء يعاب عليه أنه يشكل عبئاً ويسهم في زيادة تكاليف تعقب الأموال وأتعاب شركات المحاماة والمحاسبين والخبراء والنفقات الأُخرى التي تتحملها الدولة لعدة أعوام، نظراً لتعدد مراحل الترافع في الدعوى المدنية نتيجة طرق الاعتراض والطعن في القرار الصادر فيها.

ويرى خبراء البنك الدولي بأن الإجراء المدني لاسترداد الأموال المهربة يكون من خلال إحدى الدعوتين:

أولا- دعوى المطالبة بالملكية

وعلى ضوء ذلك يمكن للدولة الطالبة التي تسعى إلى رد حقها المطالبة بالأموال المختلسة مثلا بعدها المالك الشرعي لتلك الأموال عن طريق إقامة دعوى مدنية أمام محاكم الدولة التي توجد فيها تلك الأموال عندما لا تكون المطالبة بملكية هذه الأموال متيسرة(١)، وهذا النوع من الدعاوى يتم استناداً إلى الفقرة (١) من المادة (٥٣) من الاتفاقية الدولية لمكافحة الفساد.

ولا يقف الأمر عند هذا الحد، بل يمكن للدولة الطالبة تثبيت الفوائد والارباح التي اكتسبها المدعى عليه في طلباتها، شريطة إثبات وجود صلة ما بين الأموال المطالب باستردادها وجريمة الفساد، ويجوز اعتماد الأدلة المتوفرة نتيجة التحقيقات والمحاكمات الجزائية في إثبات هذه الصلة وإن لم يصدر قرار فاصل بذلك(٢).

ولكن يبقى السؤال مطروحاً من هي المحكمة التي ترفع أمامها مثل هذه الدعاوى فهل هي المحكمة الجزائية أم المحكمة المدنية ؟

في الواقع لم تتضمن التشريعات في كل من العراق واليمن ومصر والجزائر نص يبين المحكمة المختصة بمثل هذه الدعاوى، كون الحكم فيها قريب إلى معنى المصادرة دون الإشارة إلى حكم التعويض ومن ثم يكون للمحكمة الجزائية صلاحية النظر بهذه الدعاوى.

ثانيا- دعوى الإخلال المدني

ويقصد بها الدعوى التي ترفع للمطالبة بتعويض المدعي عما تكبده من خسارة وما أصابه من ضرر، على أن يثبت المدعي بأنه تكبد خسارة أو لحقه ضرر يستحق التعويض نتيجة إخلال

---

(1) Jean-pierre Brun and others Public Wrongs, Private Actions, Civil Law, op.cit, p161 ; Lawsuits to Recover Stolen Assetsm,op.cit, p58.

(2) Jean-pierre Brun and others, Asset Recovery Handbook, A Guide For Practitioners, op.cit, p161.

المدعي عليه بواجبه وأن هناك علاقة سببية بين فعل الفساد والضرر الواقع، ويتم اللجوء إلى هذا النوع من الدعاوى عندما لا تكون المطالبات بالملكية متاحة في جميع الحالات بسبب اختفاء العائدات الجرمية وعدم امكانية تعقبها.

وترفع هذه الدعاوى للمطالبة بتعويض المدعي عما تكبده من خسارة وما أصابه من ضرر نتيجة ارتكاب السلوك المخالف للنظام العام أو الخطأ السابق على التعاقد، شريطة أن يثبت المدعي بأنه تكبد خسارة أو لحقه ضرر يستحق التعويض وأن هناك علاقة سببية بين فعل الفساد والضرر الواقع(١)، وينقسم هذا النوع من الدعاوى بدوره إلى نوعين آخرين أيضاً:

١- الدعوى المبنية على بطلان العقد أو الإخلال به

ويقصد به الدعوى التي ترفع أمام المحاكم للمطالبة ببطلان العقد والحكم بالتعويض، بسبب رسوه بموجب فساد حكومي وبطرق غير قانونية مما يجعله باطلاً أو غير قابل للتنفيذ.

ويمكن إقامة هذا النوع من الدعاوى، فيما إذا كان العقد يتضمن في أحد فقراته تعهد المتعاقد أو المقاول بعدم تقديم إغراءات للموظفين العموميين فيما يتعلق بترسيه العقد وخالف ذلك التعهد، مما يعطي الحكومة الحق بطلب فسخ العقد والتخلي عن التزاماتها والمطالبة بتعويضات، والتساؤل المطروح في هذا المقام ما نوع التعويض الذي يمكن المطالبة به في هذه الدعاوى بعد المطالبة بفسخ العقد من قبل الحكومات الدو الأطراف ؟

في الواقع تعد التعويضات النقدية خير وسيلة لتعويض الدول عما أصابها من ضرر وما تكبدت من خسائر فضلاً عن التعويضات التبعية الأُخرى والتي تتمثل بالأتعاب التعاقدية المدفوعة بالفعل وخير مثال على ذلك التعويض في قضايا الرشوة والتواطؤ في أعمال المناقصة.

٢-لدعوى المبنية على الإثراء أو الكسب غير المشروع

تطبيقا للمبدأ القائل الكسب أو الإثراء دون سبب يمكن إقامة هذه الدعوى لرد أو إعادة الأرباح التي تم الحصول عليها بواسطة أفعال غير قانونية، استناداً إلى المبدأ القانوني والأخلاقي القاضي بوجوب أن لا يستفيد الجاني من جرمه أو من الإثراء غير المشروع.

(١) حيدر جمال تيل، مكافحة الفساد في ضوء القانون الدولي، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون – جامعة بغداد، ٢٠١٤، ص ١٤٧.

وقد تباينت التشريعات الجزائية العربية من تنظيم آليات الاسترداد المباشر للأموال، فمثلاً نجد إن المشرع العراقي لم ينظم آليات هذا الاسترداد، عدا ما نص عليه في المادة (١٢/ أولاً) من قانون وزارة العدل النافذ رقم (١٨) لسنة ٢٠٠٥ (١)، بخلاف ذلك نجد إن المشرع اليماني وجرياً على ما تم تنظيمه في الاتفاقية الدولية لمكافحة الفساد، قد أجاز لكل دولة طرف بالاتفاقية إقامة دعاوى مدنية أمام المحاكم اليمنية للمطالبة باسترداد العائدات المتحصلة من جرائم الفساد، فضلاً عن التعويض عن الأضرار التي لحقتها نتيجة هذه الجرائم شرط المعاملة بالمثل(٢).

وفي الاتجاه ذاته سار المشرع الجزائري ونظم هو الأخر آليات وإجراءات الاسترداد المباشر للممتلكات وفق حكام اتفاقية مكافحة الفساد بشكل أوسع بكثير من المشرع اليماني، إذ فضلا عن إلزام المحاكم اليمنية في قبول الدعاوى المدنية المقامة من أي دولة طرف بالاتفاقية لغرض المطالبة بحقها في استرداد الأموال المتحصلة من جرائم الفساد أو المطالبة في التعويض عن الأضرار التي لحقتها نتيجة هذه الجرائم، إلزامها أيضا باتخاذ التدابير التحفظية للحقوق المشروعة للدولة المطالبة باسترداد الأموال عن طريق المصادرة(٣).

الفرع الثالث

المصادرة دون الاستناد إلى حكم بالإدانة

الأصل أن المصادرة تكون بحكم صادر من محكمة مختصة يقضي بتجريد المحكوم عليه من جميع ما يملكه وقد تنصب على مال معين يكون الوسيلة التي ارتكبت بها الجريمة او عائداتها او يكون جسم الجريمة ذاتها(٤).

بيد أن هناك إجراء إستثنائيا لاسترداد الأموال محل جرائم الفساد يتم بالمصادرة دون الإستناد إلى شرط الحكم بالإدانة، وهذا يعد إنجازاً كبيراً في مجال مصادرة الأموال لانفراد الحكم بها دونما حاجة لاتخاذ إجراءات جنائية بحق مرتكب الجريمة من حيث اتخاذ إجراءات التحقيق والمحاكمة، وهذا يصب بالتأكيد في خدمة التعاون والمساعدة القانونية في استرداد الأموال(٥).

---

(١) منشور في الوقائع العراقية رقم (٤٠١٤) في ٢/١/ ٢٠٠٦.
(٢) المادة (٢٩) من قانون مكافحة الفساد اليماني.
(٣) المادة (٦٢) من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته الجزائري.
(٤) د. علي حسين الخلف ود. سلطان عبد القادر الشاوي، المبادئ العامة في قانون العقوبات، مطابع الرسالة، الكويت، ١٩٨٢، ص٤٣٩..
(5) Janamitra Devan and others, Tracking Anti – Corruption and Asset Recovery Commitments, A Progress Report and Recommendations for Actio, OECD and

فهي إجراء قانوني مستحدث في العديد من قوانين الدول الأطراف سيما القانون العراقي موجه ضد ممتلكات الشخص استناداً إلى أدلة قانونية، إذ لا يعد إجراء ضد الجاني وإنما إجراء خاص بالممتلكات ومنفصل عن الإجراءات الجنائية ضد مرتكب الجريمة.

وتعد اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد الصك القانوني الوحيد على المستوى الدولي الذي يحتوي على نص محدد وصريح بشأن المصادرة دون الإستناد إلى حكم الإدانة، ويلاحظ بأن دعوة الاتفاقية الدول الأطراف إلى اتخاذ تدابير بصدد هذا النوع من المصادرة هي دعوة غير ملزمة، لكن يبقى الهدف منها زيادة فاعلية التعاون الدولي في استرداد الأموال، لما فيه من فائدة كبيرة تؤدي إلى التقويض على الجاني من تهريب الأموال محل الاسترداد، وأن تتخذ الدول تدابير لمصادرة الأموال دون الإستناد إلى حكم بالإدانة، والذي يمكن الدول الأجنبية بموجبها أن تلتمس طلب المساعدة القانونية لاسترداد الأموال عن طريق المصادرة دون شرط الإدانة.

ففي سويسرا مثلا عالج المشرع موضوع المصادرة دون الإستناد إلى حكم بالإدانة ضمن قانون العقوبات السويسري، وفي الولايات المتحدة الامريكية تم معالجتها أيضا في قانون العقوبات للولايات المتحدة(١).

في حين تعالجها تشريعات أُخرى في قوانين خاصة كما فعل المشرع الكولومبي في قانون مكافحة الجريمة المنظمة(٢)، وكذلك المشرع الإنكليزي في قانون عوائد الجريمة وقانون الجرائم الجسيمة(٣).

في حين تذهب تشريعات أُخرى إلى أبعد من ذلك وتشرع لها قوانين خاصة، كما فعل المشرع التايلندي في قانون مكافحة غسل الأموال الذي لم يكتف فيه بالنص على هذا النوع من المصادرة وإنما نص أيضا على جواز الحكم بها بأثر رجعي ليشمل كافة العائدات الجرمية المتحصلة بطرق غير مشروعة وقبل نفاذ هذا القانون(٤)، استثناء عما نص عليه دستور تايلند الذي حظر الأثر الرجعي للقانون(٥).

أما بالنسبة للمشرع العراقي، فإنه لم يتناول بنص صريح تنظيم هذا النوع من المصادرة مثلما ورد في اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد في التشريعات الجزائية، عدا الإشارة الضمنية

---

the International Bank for Reconstruction and Development, The World Bank, 2011, op.cit,51.

(١) المواد(٧٠-٧٢) من قانون العقوبات السويسري.
(٢) المواد(٣٧-٦٢) من قانون مكافحة الجريمة المنظمة الكولومبي.
(٣) المادة (٢٩/ج) من قانون الإجراءات الجنائية الإنكليزي.
(٤) المادة (٧) من قانون مكافحة غسل الأموال التايلندي.
(٥) المادة (٣٢) من الدستور الدائم لمملكة تايلند.

لها في المادة (٣٨/ثانياً) من قانون مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب العراقي النافذ، بأنه لا يمنع انقضاء الدعوى الجزائية بإحدى الطرق التي نص عليها قانون اصول المحاكمات الجزائية سواء بالعفو أو الوفاة أو أي طريق أخر من الحكم بمصادرة الأموال المتحصلة من عمليات غسل الأموال وتمويل الإرهاب(١).

في حين كان موقف المشرع الجزائري قبل انضمامه للاتفاقية الدولية لمكافحة الفساد غير واضح، أما بعد ذلك فقد أجاز للمحاكم الجزائرية أن تأمر بمصادرة الممتلكات ذات المنشأ الاجنبي المتحصلة من جرائم الفساد حتى عندما يصدر حكما بعدم الإدانة بسبب انقضاء الدعوى العامة أو لأي سبب أخر(٢).

بخلاف المشرع المصري - وحسن فعل- حينما نص ضمنياً على مصادرة الأموال في دعاوى الاختلاس دون الإستناد إلى حكم بالإدانة في قانون الإجراءات الجنائية المصري وفق المادة (١٤) بأنه " تنقضي الدعوى الجنائية بوفاة المتهم ، ولا يمنع ذلك من الحكم بالمصادرة في الحالة المنصوص عليها في المادة (٣/ثانيا) من قانون العقوبات إذا حدثت الوفاة أثناء نظر الدعوى" (٣). أما عن موقف المشرع اليماني من هذا النوع من المصادرة، فلم ينظمه بنصوص صريحة تاركا الأمر للقواعد العامة في الحكم بالمصادرة.

وبصدد حالات اللجوء إلى الإجراء الاستثنائي لاسترداد الأموال والذي يتمثل بالمصادرة دون الإستناد إلى حكم بالإدانة، لم تحددها اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد على سبيل الحصر وإنما أعطت امثلة عليها في الحالات التي تتعذر فيها ملاحقة الجاني لسبب معين قد يكون الوفاة أو الغياب أو الهروب أو في حالات أُخرى، وبذلك فقد ترك حالات اللجوء اليها غير محددة عندما ذكر (في حالات أُخرى)(٤).

---

(١) تقابلها المادة (٦) من قانون مكافحة غسل الأموال الكويتي، وأيضا المادة (١٧/ ثانياً) من قانون هيئة النزاهة لإقليم كردستان العراق.

(٢) المادة (٣٦) من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته الجزائري.

(٣) نصت المادة ٢٠٨- مكرر(د) من قانون الإجراءات الجنائية المصري مضافة بالقانون رقم ٦٣ لسنة ١٩٧٥ " لا يحول انقضاء الدعوى الجنائية بالوفاة قبل أو بعد إحالتها على المحكمة دون قضائها بالرد في الجرائم المنصوص عليها في المواد ١١٢ و١١٣ فقرة أولى وثانية ورابعة و١١٣ مكررة فقرة أولى و١١٤ و١١٥ من قانون العقوبات، وعلى المحكمة أن تأمر بالرد في مواجهة الورثة والموصى لهم وكل من أفاد فائدة جدية في الجريمة ليكون الحكم بالرد نافذاً في أموال كل منهم بقدر ما استفاد، ويجب أن تندب المحكمة محاميا للدفاع عمن وجه إليهم طلب الرد إذا لم ينوبوا من يتولى الدفاع عنهم ".

(4) Corruption,aglossaryofinternationalcriminal standards, organisation for economic co-operaton and development, 2007, p45

ورغم أهمية هذا النوع من المصادرة، إلا أن العديد من الدول لا تتبنى في قوانينها المصادرة دون الإستناد إلى حكم بالإدانة أو إنفاذ الأحكام الاجنبية المتعلقة بها، ناهيك عن غياب النصوص الدستورية للعديد من الدول التي لا تجيز إلا المصادرة بحكم قضائي صادر من محكمة مختصة يقضي بإدانة المتهم(١).

وفي جميع الأحوال فإن القانون يمنح الجهة المتضررة المطالبة بالتعويض في مواجهة ورثة الجاني، وهنا تبرز عقبة أساسية فيما إذا كانت الأموال المطلوب استردادها خارج الدولة وكان الورثة موجودين في داخل هذه الدولة، فضلا عن أنه في حال إقامة الدعوى المدنية في مواجهة الورثة وظهر أحدهم أو بعضهم لا يزال قاصراً، ففي هذه الحالة يتم ايقاف النظر في الدعوى لحين بلوغ الورثة القاصرين ثم تستأنف الدعوى سيرها(٢)، ومن أجل تجاوز هكذا حالة يفضل اللجوء إلى الإجراء الاستثنائي (المصادرة دون الإستناد إلى حكم بالإدانة)(٣).

المبحث الثاني

معوقات استرداد الأموال محل جرائم الفساد

إن عملية استرداد الأموال المتحصلة من جرائم الفساد التي تم تهريبها أو غسلها عبر أراضي الدولة ليس بالعملية السهلة، وإنما تواجهها الكثير من المعوقات التي تؤثر سلبا في نجاحها أو تأخر حسمها، نتيجة العقبات التي تواجه إجراءات الاسترداد والتي تؤدي في أغلب الحالات إلى فشلها، إذا لم يتم معالجتها من قبل الدولة الطالبة أو الدولة متلقية الطلب حسب المرحلة التي نشأت

---

(٣) لقد قضت المحكمة الدستورية العليا في كولومبيا في القضية المرقمة C-1065-03 بعدم دستورية المواد ٢ و ٣ و ٤ و ٥ و ٦ و ٧ و ٩ و ١١ و ١٢ و ١٣ و ١٦ و ١٧ و ٢٠ و ٢٤ من القانون رقم ٧٩٣ لسنة ٢٠٠٢ المعدل للقانون رقم ٣٣٣ لسنة ١٩٩٦، والتي تنشئ قواعد لتنظيم مصادرة الممتلكات المتحصلة من جرائم الفساد دون الإستناد إلى حكم بالإدانة. نقلا عن:
Bogota, D. C. , November eleventh (11h), two thousand three (2003). Quoting Theodore S.Greenbery and Others, op cit, CD-ROM appendix.

(١) المادة (٨٤) من قانون المرافعات المدنية العراقي.

(٢) جان بيير برون وآخرون، دليل استرداد الأموال المنهوبة (مرشد الممارسين)، ط٢، مركز الأهرام للنشر والترجمة والتوزيع، ٢٠١٣، ص٣١.

فيها العقبة، ولهذه المعوقات صور عديدة فبعضها منها يكون ذات طبيعة موضوعية وبعضها الآخر منها يكون ذات طبيعة إجرائية(١)، وهذا ما سوف نبينه تباعاً:

المطلب الأوّل

المعوقات الموضوعية

رغم زيادة الوعي الدولي حول مكافحة منابع الفساد في مؤسسات الدولة لاتزال هناك الكثير من المعوقات الموضوعية هي المشكلة الحقيقية التي تواجه عملية استرداد الأموال، طالما أن هناك عدم اتفاق على ما يشكل فساد لدى الدول الأطراف في اتفاقية مكافحة الفساد، وأهم تلك المعوقات هي :

الفرع الأوّل

اختلاف النظم القانونية بين الدول

إن اختلاف النظم القانونية بين الدولة يشكل عقبة كبيرة تعترض سبيل التعاون الدولي بين الدول في مجال استرداد الأموال، لما يترتب على ذلك الاختلاف من مشاكل في تطبيق القانون تؤخر أو تؤدي إلى فشل عملية استرداد الأموال، نتيجة رد أو رفض الكثير من طلبات الاسترداد من قبل الدولة متلقية الطلب(٢).

فقد نجد القوانين العقابية لدولة معينة تجرم أفعالاً محددة وتدرجها ضمن جرائم الفساد، في حين نجد في ذات الوقت قوانين دول أُخرى لا تجرم ذات الأفعال أو تشترط العمد في ارتكابها كي تعتبرها من جرائم الفساد، مما يؤدي ذلك إلى التباين بين تلك القوانين نتيجة لاختلاف التقاليد والعادات والديانات والثقافات من مجتمع لأخر، ومن ثم اختلاف السياسة التشريعية من مجتمع لأخر نتيجة كثرة التعاريف والمفاهيم القانونية التي تتعلق بهذا الأمر.

([1]) Jan Wouters, International Legal Framework Against Corruption: Achievements And Challenges,2013,P33

(١) د. يحيى صالح محسن، مصدر سابق، ص٣٠١.

الفرع الثاني

القصور التشريعي في القوانين اللازمة لاسترداد الأموال

يعد القصور التشريعي في غالبية الدول من أهم العقبات التي تواجه نجاح عملية الاسترداد بحيث لو امتثلت إليها الدول وسنت التشريعات اللازمة، لأصبح الوضع على صعيد استرداد الأموال افضل بكثير مما هو عليه في الوقت الحاضر(١)، ويعود هذا القصور للأسباب الآتية:

أولاً- عدم إجراء التعديلات الضرورية على القوانين العقابية

لاشك أن بعض النصوص في القوانين العقابية للعديد من الدول الأطراف هي بحاجة إلى إجراء تعديل، لأنها سُنت قبل فترة طويلة لا تتلاءم أحكامها مع أحكام الاتفاقية فيما يتعلق بطرق مكافحة جرائم الفساد المستحدثة واسترداد عوائدها المهربة، إذ أن ترك هذه الجرائم تنطبق عليها القواعد العامة بوسائلها التقليدية لا يتلاءم مع الوسائل الحديثة المشبوهة والمعقدة التي يتبعها الجناة في ارتكاب جرائمهم واخفاء العائدات المتحصلة منها، مما يؤدي إلى افلات المجرمين من العدالة وإهدار المال العام(٢).

ثانياً- عدم تشريع قانون ينظم إجراءات استرداد الأموال وإرجاعها

هذا الأمر من شأنه أن يعرقل ويؤخر إجراءات استرداد الأموال، فضلا عن عدم كفاية القوانين والإجراءات بشأن التعاون الدولي وأنفاذ الأوامر الاجنبية وإبداء المساعدة القانونية المتبادلة، كما ينبغي على الدولة متلقية الطلب عند مصادرة الأموال المتحصلة من جرائم الفساد، أن يكون لديها قوانين تجيز لسلطاتها المختصة إعادة هذه الأموال إلى أصحابها الشرعيين، إلا أنه يشار إلى وجود عدد محدود من الدول التي لديها قوانين لإرجاع الأموال، حيث لم تتخذ لحد الآن أي تدبير تشريعي أو تدبير أخر يسهل من إجراءات استرداد الأموال أو قانون إجرائي تستهدي به الأجهزة الرقابية المختصة في استرداد الأموال(٣).

---

(١) أسامة دياب وآخرون، الممارسات المثلى لإدارة الأصول المستردة، وحدة العدالة الاقتصادية والاجتماعية، المبادرة المصرية للحقوق الشخصية، القاهرة، ٢٠١٤، ص١٥.

(٢) د. عادل عبد العال ابراهيم خراشي، مصدر سابق، ص٥٦.

(٣) د. نسرين عبد الحميد، الجريمة المنظمة عبر الوطنية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٧، ص٢٣.

ثالثاً- نقص الخبرات والموارد المالية

إن من المسائل المهمة واللازمة في نجاح استرداد الأموال، توفر الخبرات القانونية والفنية لدى القائمين بعملية استرداد الأموال سواء على مستوى المحققين المختصين أو المدعين العامين أو القضاة الذين ينظرون دعاوى الاسترداد، فضلا عن ضرورة توفر الموارد المالية الكافية لتعقبها واستردادها لأنها إجراءات معقدة ومكلفة مالياً على الصعيدين الوطني والدولي.

رابعاً- التقادم الجنائي

يتمثل التقادم الجنائي بشكل عام بمرور فترة زمنية محددة ينص عليها القانون على ارتكاب جريمة معينة، دون أن تقام الدعوى الجزائية بشأنها أو الحكم بالعقوبة المقررة دون تنفيذها، وعلى ضوء ذلك فأن التقادم الجنائي يكون إما في مواجهة تحريك الدعوى الجزائية وإما في مواجهة تنفيذ العقوبة(١).

ويقصد بتقادم الدعوى الجنائية مضى فترة من الزمن يحددها القانون تبدأ من تاريخ ارتكاب الفعل الجرمي أو أي وقت أخر يحدده القانون دون أن يتخذ أي إجراء قانوني خلالها، مما يترتب عليه انقضاء الدعوى الجنائية(٢).

المطلب الثاني

المعوقات الإجرائية

لا تقتصر المعوقات التي تواجه إجراءات استرداد الأموال على المعوقات الموضوعية التي تم الإشارة اليها، بل توجد إلى جانبها معوقات أُخرى ذات طبيعة إجرائية تتسبب في إعاقة إجراءات استرداد الأموال، وهذه المعوقات ايضا كالمعوقات الموضوعية منها ما يكون ناشئا بسبب محلي للدولة الطالبة والبعض الآخر يعود لأسباب دولية.

الفرع الأوّل

الحصانات الوظيفية

يتطلب ممارسة بعض الوظائف سواء أكانت تشريعية أم قضائية أم إدارية الاعتراف لفئة من الموظفين بالحصانات الوظيفية، حتى يستطيعوا ممارسة الوظائف المناطة بهم على النحو

(١) د. سامي النصراوي، دراسة في أصول المحاكمات الجزائية، ج١، مطبعة دار السلام، بغداد، ١٩٧٦، ص٥٨.
(٢) د. سليم ابراهيم حربه وعبد الأمير العكيلي، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، ج١، الدار الجامعية للطباعة والنشر والترجمه، بغداد، ١٩٨٨، ص٥٩.

المطلوب، وهذه الحصانة تقرر لمصلحة الوظيفة التي يشغلها وليست امتيازا شخصيا لمن يشغل تلك الوظيفة، من أجل القيام بواجباته وإداء وظيفته دون عوائق(١).

إلا أن ما يحدث إن الكثير من الذين يتمتعون بها يرتكبون جرائم الفساد وبالخصوص خلال توليهم فترة المنصب، عندما يجدون أنفسهم دون مساءلة قانونية أو ملاحقة قضائية نتيجة هذه الحصانة، ومن ثم تتحول إلى وسيلة للإفلات من الملاحقة القضائية عن جرائم ارتكبها أصحاب هذه الحصانات.

الفرع الثاني

صرامة الشروط المفروضة من الدول المتلقية لطلبات المساعدة القانونية

تشترط غالبية الدول متلقية طلب المساعدة القانونية لاسترداد الأموال، شروطاً وبيانات غالباً ما تكون صارمة، ومن الأمثلة على تلك الشروط مطالبة الجهات المختصة في الدولة الطالبة بتقديم دليل يثبت الصلة الدقيقة بين الأموال والجريمة واسماء أصحاب الحساب في البنك أو تحديد الأموال المراد مصادرتها بشكل دقيق.

كما هو الحال في فرنسا حيث تشترط أن يتضمن طلب الاسترداد بيان العلاقة أو الصلة القائمة بين الجرم المرتكب والعائدات الجرمية الناجمة عن هذه الجريمة، كذلك في روسيا الاتحادية تستلزم وجوب ان يتضمن الطلب المعلومات الكافية عن مقدار الضرر الناجم عن الجريمة(٢).

الفرع الثالث

ازدواج الجنسية

يقصد بازدواج الجنسية أو تعددها (أن تثبت للفرد جنسيتان أو اكثر في وقت واحد ثبوتا قانونيا وفقا لقانون كل دولة من الدول التي يحمل جنسيتها)(٣)، وهذا يعني بأن يتمتع مرتكب جريمة الفساد بجنسيتين في ذات الوقت جنسية الدولة الطالبة وجنسية الدولة المتلقية الطلب، وتتحقق هذه العقبة عند ارتكاب جريمة الفساد في إحدى الدولتين وهروبه إلى الدولة الأُخرى التي

([1]) Michele Simonato, Katalan Ligeti, Chasing Criminal Money: Challenges and Perspectives on Asset Recovery in the EU, p68.

([2]) Ophelie Brunelle-Quraishi, Assessing the Relevancy and Effcacy of the United Nation's Convention against Corruption:A Comparative Analysis, Notre Dame Journal of International &Comparative Law, volume 2,Issue1,2011,P103

(٣) د. جابر ابراهيم الراوي، شرح احكام الجنسية، ط١، دار وائل للنشر، بغداد، ٢٠٠٠، ص٤٥.

يتمتع بجنسيتها، مستغلاً تأكيد غالبية التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية على إجازة حظر التسليم لرعايا الدول الأطراف.

وبالرجوع إلى التشريعات الجزائية العراقية لم نجد في قانون اصول المحاكمات الجزائية وقانون هيئة النزاهة وقانون مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب معالجة لموضوع ازدواج الجنسية لدى المتهم، فالمشكلة لا تكمن فقط في عرقلة استرداد الأموال وإنما ايضا في استرداد الجاني، حيث تمتنع، حيث أن الدول تمتنع عن تسليم رعاياها إلى الدول التي لا يوجد معها اتفاقيات استرداد الأشخاص وحتى في مثل هكذا حالة، فإن هذه العملية تخضع لإجراءات معقدة من الصعوبة انجاز عملية استرداد الأموال بسهولة.

وإزاء هذه العقبة فقد استحدثت اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد مبدأين مهمين بخصوص ازدواج الجنسية يتمثلان بما يأتي:

١- تقرير مبدأ إما التسليم أو المحاكمة بالنسبة للأشخاص المتهمين بارتكاب جرائم فساد، لكونهم يتمتعون بجنسية اضافية ألا وهي جنسية الدولة متلقية الطلب.

٢- تقرير مبدأ إما تسليم أو تنفيذ العقوبة في حال رفض طلب التسليم، لغرض تنفيذ حكم قضائي بحجة، أن الشخص المطلوب تسليمه هو احد مواطني الدولة المطلوب منها التسليم.

الفرع الرابع

التقيد بمبدأ السرية المصرفية

تعد السرية المصرفية أحد المبادئ الأساسية المستقرة في العمل المصرفي والتي تساهم في زرع الثقة لدى أصحاب رؤوس الأموال على سرية أعمالهم المصرفية وكافة المعلومات التي لها صلة بثرواتهم مما يترتب على ذلك حافز ومناخ ملائم للاستثمار داخل الدولة، ومن ثم جذب رؤوس الأموال الوطنية والأجنبية اليها، بغض النظر عن شرعيتها.

ورغم أن إفشاء السر المصرفي يعد جريمة يعاقب عليها القانون وتستوجب المسؤولية الجزائية لفاعلها، إلا أن تطبيق السرية المصرفية بشكل صارم واتساع نطاقها في ظل غياب رقابة فعالة لمكافحة غسل الأموال له تداعيات سلبية كثيرة، من شأنها أن تؤدي إلى التشجيع على استخدام المصارف كقنوات لغسل وتهريب الأموال، كما تشكل عقبة كبيرة تواجه إجراءات التعقب

والتحري عن الأموال محل الاسترداد، نتيجة عدم إمكانية رفع السرية المصرفية بالمستوى المطلوب.

إزاء هذه العقبة الأساسية التي تواجه استرداد الأموال، تضمنت اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد إلزام الدول الأطراف بتجاوز هذه العقبة من خلال الخروج على مبدأ السرية المصرفية وعدم رفض المساعدة القانونية بحجتها في موضعين:

الأوّل- يتمثل في دعوة الدول الأطراف إلى تخويل سلطاتها المختصة بإتاحة السجلات المصرفية والمالية والتجارية وإمكانية حجزها بناء على طلب دولة طرف أُخرى، ولا يجوز رفض ذلك بحجة السرية المصرفية.

الثاني- يتمثل بإلزام الدول الأطراف بعدم رفض المساعدة القانونية المتبادلة بحجة السرية المصرفية، على اعتبار أن التمسك بالسرية المصرفية تحقق نوعا من الحماية لمرتكبي جرائم غسل وتهريب الأموال.

الخاتمة

بعد ان انتهينا بتوفيق من الله من دراسة موضوع إجراءات استرداد الأموال محل جرائم الفساد في التشريع العراقي – دراسة مقارنة والذي يعد من الموضوعات المهمة في الوقت الحاضر، نأمل ان تكون هذه الدراسة قد حققت الغرض منها، وذلك بإبراز أهميته ألا وهي تحديد اهم الآليات المتبعة دوليا وداخليا في استرداد الأموال المنهوبة، وكما هو معلوم في نهاية كل دراسة ينبغي أن تتضمن النتائج التي تم التوصل اليها والتوصيات التي اسفرت عنها وهو ما سوف نبينه تباعاً:

أولا- النتائج

١- على الرغم من انضمام العراق إلى اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد والتي تلزمه باتخاذ التدابير التشريعية إلا أن المشرع العراقي لم يسن قانون خاص ينظم إجراءات استرداد الأموال، وانما اكتفى فقط بالإشارة في المادة (١٠) من قانون هيئة النزاهة إلى منح اختصاص استرداد الأموال التي هربت خارج العراق إلى دائرة الاسترداد في هيئة النزاهة.

٢- أوجدت الاتفاقية الدولية لمكافحة الفساد إجراء يمكن اللجوء اليه في حالة تعذر الإجراء الجنائي المبني على الإدانة من استرداد الأموال محل جرائم الفساد يمكن اللجوء اليه وهو استرداد الأموال عن طريق المصادرة دون الاستناد إلى حكم بالإدانة، ولم نجد موقفاً واضحا للمشرع العراقي

بالنسبة لهذا النوع من المصادرة والتي تعد البديل عن الإجراء الجنائي في استرداد الأموال محل جرائم الفساد.

٣- لاحظنا إن المشرع العراقي قد عالج موضوع المصادرة البديلة كإجراء مستحدث في قانون مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب النافذ، في حالة عدم ضبط الأموال المطلوب مصادرتها أو تعذر تنفيذ المصادرة في حال الحكم بها أو في حالة اختلاط العائدات المتحصلة من الجريمة مع الأموال المشروعة للجاني، حيث تم مصادرة القيمة المقدرة للعائدات والثمار التي تحصلت من استخدام العائدات الجرمية.

٤- توصلنا إلى أن المشرع العراقي قد منح في قانون مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب المحاكم الجزائية صلاحية الحكم بالمصادرة البديلة، بل منح السلطات القضائية العراقية المختصة بناء على طلب من جهة قضائية في دولة أُخرى تربطها بجمهورية العراق اتفاقية أو بشرط المعاملة بالمثل، أن تقرر تعقب أو حجز أو ضبط الأموال والمتحصلات في تنفيذ جريمة غسل الأموال أو الجريمة الأصلية الناجمة عنها أو جريمة تمويل الإرهاب أو القيمة المقابلة لها بما لا يتعارض مع القانون العراقي.

٥- توصلنا إلى أن صلة القرابة تعد دليلاً على أن الموهوب له أو المشتري سيء النية كونه يعلم أو كان عليه أن يعلم بالمصدر غير المشروع لهذه الأموال، ومعرفته بالمقدرة المالية الحقيقية للجاني، وأن تصرفه الناقل للملكية يهدف من ورائه تحقيق غاية سيئة، الأمر الذي يقتضي تضييق الخناق على الجاني والحد من التصرفات الناقلة للملكية الأموال محل المصادرة بسوء نية.

٦- لاحظنا أن أمر المصادرة الذي يصدر من جهة غير قضائية لا يكون قابلاً للتنفيذ وفقاً لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، في حين أجازت نصوصها الأُخرى صدور أمر المصادرة فضلاً عن القضاء صدورها من جهة مختصة أُخرى كأن تكون جهة إدارية، وهذه إشكالية كبيرة لم تعالجها الاتفاقية بنص صريح ويعد تناقضاً يخل بنصوص هذه الاتفاقية.

٧- توصلنا إلى أن المشرع العراقي لم يحدد في قانون مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب من هي الجهات التي يقع على عاتقها تنفيذ طلبات المساعدة القانونية لاسترداد الأموال عن طريق المصادرة.

٨- لم ينظم المشرع العراقي في قانون مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب إجراءات مصادرة الأموال العراقية المغسولة إلى خارج العراق، فيما لو وردة معلومات عن وجود أموال مهربة تعود للعراق.

٩- لاحظنا عدم تحديد المشرع العراقي الجهة المختصة بتنفيذ الأحكام الجزائية الأجنبية الخاصة بمصادرة الأموال محل جرائم الفساد، وهذا يعد نقصاً تشريعياً يتعارض مع التزام العراق في اتخاذه التدابير التشريعية التي تسهل عملية تطبيق أحكام اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد.

١٠- يعد ازدواج الجنسية احد اهم المعوقات التي تواجه إجراءات استرداد الأموال، لذلك اوجدت اتفاقية مكافحة الفساد أمرين أساسيين لأجل التقليل من آثار ومخاطر ازدواج الجنسية وهما :

أولا- تقرير مبدأ إما التسليم أو المحاكمة بالنسبة للأشخاص المتهمين بارتكاب جرائم فساد، لكونهم يتمتعون بجنسية اضافية ألا وهي جنسية الدولة متلقية الطلب.

ثانيا- تقرير مبدأ إما تسليم أو تنفيذ العقوبة في حال رفض طلب التسليم، لغرض تنفيذ حكم قضائي بحجة، أن الشخص المطلوب تسليمه هو أحد مواطني الدولة المطلوب منها التسليم.

وحبذا لو أن المشرع العراقي قد ألزم بنص دستوري عام موظفي الدولة كافة بالتخلي عن جنسيتهم الأُخرى وليس فقط من يتولى منصباً سيادياً أو أمنياً كما فعل بالمادة (١٨) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥، لتلافي ارتكاب احدهم احدى جرائم الفساد ويهرب بالعائدات الجرمية إلى الدولة او الدول التي يتمتع بجنسيتها.

ثانيا- التوصيات

١- ندعو المشرع العراقي إلى إفراد نصوص في قانون هيئة النزاهة تنظم بوضوح موضوع استرداد الأموال المتحصلة من جرائم الفساد، وتحديد الجهات التي تتولى التعاون والمساعدة القانونية في مجال تنفيذ طلبات أو أوامر استرداد الأموال عن طريق المصادرة وترتيب مسؤوليتها في حال عدم تعاونها في استرداد تلك الأموال.

٢- إضافة نص في قانون هيئة النزاهة ينظم آلية الإجراء الاستثنائي في استرداد الأموال محل جرائم الفساد وفقا لما يعرف بالمصادرة دون الاستناد إلى حكم قضائي، مع تحديد الجرائم المشمولة بها والحالات التي تنطبق عليها، مع ضرورة الإسراع في تشكيل المحكمة المختصة في نظر الجرائم المشمولة بحالات المصادرة دون الاستناد إلى حكم قضائي.

٣- نقترح أن يعهد إلى القضاء العراقي سلطة إصدار أمر بتنفيذ الأحكام الأجنبية يكون موجهاً إلى جهة متخصصة ولتكن إحدى دوائر التنفيذ تختص بتنفيذ الأوامر الصادرة من الجهات العراقية أو الأجنبية وفق قانون التنفيذ العراقي على أن يمنح عضو الادعاء العام العراقي صلاحية مراقبة تنفيذها.

٤- دعوة هيئة النزاهة في العراق (دائرة الاسترداد) إلى إعداد البرامج والدورات التخصصية لموظفي دائرة الاسترداد في مجال تعقب الأموال المهربة والتحري عنها سيما ما يتعلق بتتبع وتحليل العمليات المصرفية العابرة للحدود.

٥- ضرورة إشراك القضاة والمدعون العامون في مجال التحري عن الأموال المهربة وكشف أماكن اخفائها، مع توفير الإمكانيات المادية اللازمة لأجل تمويل عمليات التحري عبر الحدود وإجراءات الاسترداد المترتبة عنها.

٦- نقترح على المشرع العراقي تعديل المادة (١٠/ثانياً) من قانون مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب وضع قاعد بيانات مصرفية لتسهيل عملية التحري وجمع الأدلة عن أماكن وجود الأموال المهربة وتحركها من بلد إلى بلد أخر من اجل التوسع في الحالات التي تطبق فيها تدابير العناية الواجبة.

٧- ضرورة تفعيل النصوص الواردة في قانون اصول المحاكمات الجزائية بشأن تنظيم الإنابة القضائية وتسليم المجرمين بشكل واضح في جرائم الفساد ومنع افلاتهم من قبضة القانون، سيما وأن النصوص الحالية لا تعد كافية لتسهيل عملية تحديد أماكن وجودهم، ومن ثم طلب الإسراع بتسليمهم وفقا للضوابط المتفق عليها مع الدول الأطراف في اتفاقية مكافحة الفساد.

المصادر

أولا- الكتب القانونية

١. د. أحمد عبد الظاهر، القوانين الجنائية الخاصة (النظرية العامة)، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠.

٢. أسامة دياب وآخرون، الممارسات المثلى لإدارة الأصول المستردة، وحدة العدالة الاقتصادية والاجتماعية، المبادرة المصرية للحقوق الشخصية، القاهرة، ٢٠١٤.

٣. د. براء منذر عبد اللطيف، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، دار الحامد للنشر، عمان، الأردن، ٢٠٠٨.

٤. د. جمال سيف فارس، التعاون الدولي في تنفيذ الأحكام الأجنبية- دراسة مقارنة بين القوانين الوضعية والقانون الدولي الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧.

٥. د. جابر ابراهيم الراوي، شرح احكام الجنسية، ط١، دار وائل للنشر، بغداد، ٢٠٠٠.

٦. جان بيير برون وآخرون، دليل استرداد الأموال المنهوبة (مرشد الممارسين)، ط٢، مركز الأهرام للنشر والترجمة والتوزيع، ٢٠١٣.

٧. حيدر جمال تيل، مكافحة الفساد في ضوء القانون الدولي، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون – جامعة بغداد، ٢٠١٤.

٨. د. عادل عبد العال ابراهيم خراشي، استرداد الأموال والأصول المنهوبة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٦.

٩. علي أحمد الزعبي، أحكام المصادرة في القانون الجنائي – دراسة مقارنة، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٢.

١٠. د. علي حسين الخلف ود. سلطان عبد القادر الشاوي، المبادئ العامة في قانون العقوبات، مطابع الرسالة، الكويت، ١٩٨٢.

١١. سليمان عبد المنعم، ظاهرة الفساد، برنامج إدارة الحكم في الدول العربية، بلا مكان نشر، ٢٠١١.

١٢. د. سامي النصراوي، دراسة في أصول المحاكمات الجزائية، ج١، مطبعة دار السلام، بغداد، ١٩٧٦.

١٣. د. سليم ابراهيم حربه وعبد الأمير العكيلي، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، ج١، الدار الجامعية للطباعة والنشر والترجمة، بغداد، ١٩٨٨.

١٤. كامل رمضان جمال، المشكلات العملية في نقل الملكية، دار الكتاب الحديث للنشر، الاسكندرية، ٢٠١٢.

١٥. د. مأمون محمد سلامة، شرح قانون العقوبات، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٩٠.

١٦. محمد سعد فوده، النظام القانوني للعقوبات الإدارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، ٢٠٠٧.

١٧. د. نسرين عبد الحميد، الجريمة المنظمة عبر الوطنية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٧.

١٨. ياسر العموري، الاتفاقيات الدولية لمكافحة الفساد، مادة تدريبية مقدمة ضمن تدريب الطاقم القانوني والفني في هيئة مكافحة الفساد الفلسطينية ضمن مشروع المساعدة في تعزيز قدرات مكافحة الفساد في فلسطين، معهد الحقوق، جامعة بيرزيت، ٢٠١٣

ثانيا- القرارات القضائية

١- قرار محكمة جنايات الرصافة – الهيئة الثالثة ذي العدد (٢٢٩٥/ج/٢٠١٢/٣) في ٢٠١٢/١١/٤ المصدق من محكمة التمييز الاتحادية بموجب قرارها ذي العدد (٦٣٣/الهيئة الجزائية/٢٠١٤) في ٢٠١٤/٣/١١) – قرار غير منشور.

٢- قرار محكمة جنايات الرصافة – الهيئة الثالثة، العدد ٣٦٢٦ /ج/٢٠١٢/٣ في ٢٠١٢/٢/٥ والمصدق بقرار محكمة التمييز الاتحادية ذي العدد ١٥٠٠/ الهيئة الجزائية ٢ /٢٠١٣ في ٢٠١٣/٤/٢٣، قرار غير منشور.

ثالثا- منشورات الأمم المتحدة

١- الدليل التشريعي لتنفيذ اتفاقية الامم المتحدة لمكافحة الفساد، ٢٠٠٦.

٢- دليل المساعدة القانونية المتبادلة وتسليم المجرمين، من منشورات مكتب الأمم المتحدة المعني بالمخدرات والجريمة، الأمم المتحدة، نيويورك، ٢٠١٣.

٣- دليل ستيب باي ستيب العملي بشأن التعاون الدولي لاسترداد الموجودات، من منشورات وزارة العدل الروسية، مكتب الادعاء العام للاتحاد الروسي، ٢٠٠٦.

٤- منهجية تقييم الالتزام بالتوصيات الأربعين والتوصيات الخاصة بمجموعة العمل.

رابعا- الاتفاقيات الدولية

١- اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد لعام ٢٠٠٦.

٢- اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية.

خامسا- الدساتير والقوانين

١. الدستور الدائم لمملكة تايلند رقم ٢٥٥٠ لسنة ٢٠٠٧.
٢. قانون الإجراءات الجنائية الإنكليزي لسنة ١٨٩٨.
٣. قانون العقوبات المصري رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧.
٤. قانون العقوبات السويسري رقم ٢١ لسنة ١٩٣٧.
٥. قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩.
٦. قانون الإجراءات الجنائية المصري لسنة ١٩٧٥.
٧. قانون العقوبات الفرنسي لسنة ١٩٩٣ المعدل.
٨. قانون مكافحة غسل الأموال الكويتي رقم ٣٥ لسنة ٢٠٠٢.
٩. قانون مكافحة غسل الأموال الاماراتي رقم ٤ لسنة ٢٠٠٢.
١٠. قانون مكافحة غسل الأموال المصري رقم ٨٠ لسنة ٢٠٠٢.
١١. قانون الوقاية من الفساد ومكافحته الجزائري رقم ٦ لسنة ٢٠٠٦.
١٢. قانون التنفيذ العراقي رقم (٤٥) لسنة ١٩٨٠ والمعدل بالقانون رقم (٢٥) لسنة ٢٠٠٧.
١٣. قانون مكافحة الجريمة المنظمة الكولومبي لسنة ٢٠٠٧.

١٤. قانون مكافحة الفساد اليماني رقم ١ لسنة ٢٠١٠.
١٥. قانون مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب العُماني رقم ٧٩ لسنة ٢٠١٠.
١٦. قانون هيئة النزاهة لإقليم كردستان العراق رقم ٣ لسنة ٢٠١١.
١٧. قانون مكافحة غسل الأموال التايلندي رقم ٤ لسنة ٢٠١٣.
١٨. قانون مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب العراقي رقم ٣٩ لسنة ٢٠١٥.
١٩. قانون اللجنة القومية لاسترداد الأموال والأصول والموجودات المصرية رقم ٢٨ لسنة ٢٠١٥.

سادسا- الكتب الأجنبية

1. Corruption, aglossary of international criminal standards,organisation for economic co-operaton and development,2007.
2. jan wouters, international legal framework against corruption: achievements and challenges,2013.
3. Janamitra Devan and others, Tracking Anti – Corruption and Asset Recovery Commitments, A Progress Report and Recommendations for Actio, OECD and the International Bank for Reconstruction and Development, The World Bank, 2011.
4. Jean – Pierre Brun and Others, Public Wrongs, Private Actions , Civil Lawsuits to Recover Stolen Assets the International Bank for Reconstruction and Development The World Bank, 2015.
5. Michele Simonato , Katalan Ligeti, Chasing Criminal Money: Challenges and Perspectives on Asset Recovery in the EU, 2006.
6. Ophelie Brunelle-Quraishi, Assessing the Relevancy and Effcacy of the United Nation's Convention against Corruption:A Comparative Analysis, Notre Dame Journal of International &Comparative Law, volume 2,Issue1,2011.

عنوان البحث	الإثبات الضريبي (دراسة عبء الإثبات في المنازعات الضريبية)
اسم الباحث	الاستاذ المساعد الدكتور عباس مفرج فحل
جهة الانتساب	كلية القانون والعلوم السياسية/ جامعة الأنبار

المقدمة:

يعد الاثبات وسيلة اجرائية لتحصيل الحقوق في الوقائع و التصرفات محل المنازعات القضائية و منها المنازعات الضريبية و يمثل النزاع الضريبي بالخلاف الحاصل بين الادارة الضريبية و المكلف و فيه يدفع كل طرف من اطراف النزاع امام القاضي او الجهة صاحبة الاختصاص بموقف يتعارض مع الطرف الاخر ، حتى يصدر القاضي أو الجهة صاحبة الاختصاص حكم للفصل في النزاع ، و هذا مما يدفع كل طرف من اطراف النزاع الى الدفاع عن موقفه ، مع استرضاء بعض دفاعته و اهمها في الحجج الدامغة او ما تسمى بقواعد الاثبات و يعرف الاثبات بأنه ((إقامة المدعي الدليل امام القضاء على وجود واقعة ترتبت اثارها))[1].

و تأتي اهمية الاثبات في النزاع الضريبي في انه يحدد مصير المنازعة الضريبية ، و يرتبط بالحق ذاته و يكون عنصراً ايجابياً لدعمه و على هذا فإن قواعد الاثبات تحتل اهمية خاصة ، إذ إن الحق هو موضوع التقاضي يتجرد من كل قيمة له ، إذا لم يقم الدليل على الحادث الذي يستند اليه ، فالدليل هو قوام الحق ، و معتقد النفع فيه ، حتى صدق القول فأن الحق مجرداً من دليل يصح عند المنازعة فيه و العدم سواء.[2]

و في اطار المنازعات الضريبية يثير الاثبات تساؤلات عدة حول تحديد الجهة التي تتحمل عبء الاثبات الضريبي و الذي يتأرجح بين السلطة المالية و المكلف كما يثير هذا الموضوع تساؤل عن ماهية وسائل الاثبات الضريبي و سلطة القاضي في تقديرها. و من ثم يدور البحث حول خصوصية نظام الاثبات في المجال الضريبي الذي يستوعب عبء الاثبات و تحديد من يتولاه و يستوعب ايضاً وسائل الاثبات الضريبي مع سلطة القاضي في تقديرها.

[1] ـ د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج١ ، ط١ ، القاهرة ، ١٩٥٦ ، ص١٣ـ١٤.
[2] ـ د. ادم وهيب النداوي ، الموجز في قانون الاثبات ، المكتبة المركزية ، بغداد ، ص٢٧.

و على هذا سنحاول من خلال دراستنا أن نتناول هذا الموضوع على مبحثين يخصص المبحث الاول لعبء الاثبات الضريبي ، اما المبحث الثاني سنخصصه الى وسائل الاثبات الضريبي و سلطة القاضي في تقديرها.

المبحث الاول

عبء الاثبات الضريبي

المقصود بعبء الاثبات (The burden of proof) الزام المتنازعين بإثبات الواقعة المتنازع عليها ، و يسمى عبئاً كون المكلف به يكون مركزه اضعف من الطرف الاخر في القضية المتنازع بها ، اما الطرف الاخر فيكتفي بوقوفه موقفاً سلبياً[1].

و لتحديد من يقع عليه الاثبات اهمية كبيرة إذ تتوقف عليه نتيجة الدعوى و ممكن ان يخسر المدعي دعواه بسبب عدم امتلاكه دليل يثبت به حقه ، ليس لكونه غير محق بل لأنه اخفق في اثبات حقه ، لذا سنتناول موضوع هذا المبحث على مطلبين يخصص المطلب الاول لتحمل السلطة المالية عبء الاثبات الضريبي اما الثاني سنخصصه لتحميل المكلف عبء الاثبات الضريبي.

المطلب الاول

تحمل السلطة المالية عبء الاثبات الضريبي

تختلف التشريعات الضريبية في توجهاتها بتكليف الادارة الضريبية بعبء الاثبات صراحة كل بحسب السياسة الضريبية التي اختطتها ، و ان القرارات التي تصدرها الادارة الضريبية تكون بسبب فعل او امتناع من المكلف بنية التهرب من دفع الضريبة كلاً او جزءاً.

[1] - د. علي هادي عطيه ، مدى ذاتية الاثبات في المنازعات الضريبية ، بحث منشور على الموقع الاتي www.startimes.com تمت الزيارة في يوم الاحد ٢٠١٨/٢/١١ الساعة ١٠ صباحاً.

ففي المجال الضريبي (١) يرى بعض الفقه بما ان السلطة المالية هي الطرف الدائن في الالتزام الضريبي فيقع عليها اثبات الادعاء على المكلف الضريبي بتسديد الديون الضريبية و كذلك لما تملكه السلطة المالية من وسائل و حجج.

و تتفاوت التشريعات و خاصة الامريكي و المصري و الاردني و العراقي في تحديد عبء الاثبات. ففي مجال تقدير الضريبة او المجالات الاخرى تفرض السلطة المالية الضريبية قبل موعد استحقاقها و تقدم على جبايتها مبررة ذلك منع التهرب الضريبي ، و هذا في الواقع اهم الاسباب الجبائية حيث ان المشرع الامريكي ينص على انتقال عبء الاثبات في الضريبة الى الادارة الضريبية في حالة تقديم المكلف معلومات موثقة تتعلق بدخله او بأي اجراء من اجراءات المحكمة(٢) . اما بالنسبة للقانون الفرنسي فقد يكون عبء الاثبات يقع على الادارة الضريبية في الحالات التي لم يكن فيها المكلف الضريبي قانونياً بتقديم الاقرار ، و كذلك في مجال معيار القرائن القانونية فقد تتحمل الادارة الضريبية عبء اثبات توفر الشروط القانونية لقيام القرينة(٣). اما المشرع المصري ، فقد كلف الادارة الضريبية بعبء الاثبات في حالة تخطيط المكلف للتهرب الضريبي بأي وسيلة تضر بتحصيل الضريبة ، على ان يكون الاثبات محدد بدليل و تخطر المكلف الذي يخطط للتهرب بإجراءاتها(٤). و كذلك يقع الاثبات على الادارة الضريبية في حالة اعتراض المكلف على تقدير وجود الضريبة بمحضر من قبل مأمور المصلحة الذي يتمتع بالسلطة الضبطية القانونية .

اما المشرع الاردني فإنه في المادة (٤٥) [٥] من قانون ضريبة الدخل قرر بأنه في حال كون الادارة الضريبية مدعى عليها ان تثبت بأي بيانات لازمة للرد على المدعي (المكلف الضريبي). اما فيما يخص المشرع العراقي فإنه يمكن ان نتبين في موضوع الفحص و التحري و التحقق على دخل المكلف الحقيقي سواء تم تبليغه ام لا ، فإن اثبات تلك الاسباب يكون على عاتق الادارة الضريبية

---

[١] - غادة حياوي لازم ، اليات حسم المنازعات الضريبية في اثار قانون ضريبة الدخل ، رسالة ماجستير ، جامعة كركوك ، كلية القانون و العلوم السياسية ، سنة ٢٠١٨ ، ص١١٥.

[٢] - غادة حياوي لازم ، المصدر السابق ، ص١١٦ ، د. محمد علي عوض الحرازي ، المنازعات الضريبية و وسائل انهائها ، دار النهضة العربية ، ٢٠١٢ ، ص٤٣٩.

[٣] - د. محمد احمد عبد الرؤوف ، المنازعات الضريبية في التشريع المصري المقارن ، ط١ ، دار النهضة العربية ، سنة ١٩٩٨ ، ص٨٠٨ ، غادة حياوي لازم ، المصدر نفسه ، ص١١٧.

[٤] - د. علي هادي عطية ، مصدر سابق .

[٥] - الفقرة (د) المادة (٤٥) من قانون ضريبة الدخل الاردني رقم (٣٤) لسنة ٢٠١٤.

للوصول الى تقدير حقيقي[١]. في حين نرى في مجال التقدير الاحتياطي[٢] قيام المشرع العراقي بتخويل السلطة المالية تقدير الدخل في حالات حددها القانون قبل بداية السنة التقديرية بصورة احتياطية و استيفاء مبلغ الضريبة بصورة امانات لحساب سنتها التقديرية دون ان يكلف المشرع السلطة المالية عبء اثبات نية تهرب المكلف من الضريبة على خلاف ما قرره القانون الامريكي و المصري و الاردني كما مر بنا و على هذا نجد ان موقف المشرع العراقي جاء ضعيفاً بهذا الخصوص. اما فيما يخص عبء الاثبات المرتبط بتقدير التكاليف و طرح التكاليف و النفقات المصروفة (التنزيلات) و تنزيل الاعباء المعاشية على نفس المكلف و زوجته و اولاده (السماحات) للوصول الى صافي الدخل الخاضع للضريبة . فإن ذلك يجب حسابه بوثائق مقبولة من قبل المكلف ، و لكن صفة المقبولية تقررها الادارة الضريبية عند التحاسب من عدمه[٣] .

اما في مجال نظام مسك الدفاتر التجارية لم يبين المشرع صحة هذه الدفاتر و بذلك يحيل الامر القواعد العامة في قانون الاثبات[٤] .

المطلب الثاني

تحمل المكلف عبء الاثبات الضريبي

مالت الكثير من التشريعات الى الزام المكلف بتقديم ادلة الاثبات في حسم جوانب مختلفة من المنازعات الضريبية التي سيتم ذكرها في ادناه. فقد الزم المشرع الامريكي[٥] المكلف الضريبي (الممول) بالحفاظ على جميع الوثائق و السجلات المطلوبة المطابقة لنص القانون الضريبي النافذ و ان يتحمل عبء اثبات مطابقتها للشروط المعقولة و شهادة الشهود و الوثائق الاجتماعية. كما اتجه المشرع الفرنسي[٦] حديثاً الى توزيع عبء الاثبات حيث الزام المكلف بتحمل عبء الاثبات عند مخالفته بالطلب لتقدير الادارة الضريبية ، اي اذا كان طلبه يخالف موافقته الصريحة او الضمنية على التقديرات التي قامت الادارة الضريبية باقتراحها فأنه يتحمل عبء اثبات هذه

١ - المواد (١) و (٢) من قانون ضريبة الدخل العراقي رقم (١١٣) لسنة ١٩٨٢ المعدل.
٢ - الفقرة (٤) من المادة(٣) ، قانون ضريبة الدخل العراقي رقم ١١٣ لسنة ١٩٨٢ المعدل.
٣ - المواد (٨ ، ٩ ، ١١ ، ١٢) ، قانون ضريبة الدخل العراقي رقم ١١٣ لسنة ١٩٨٢ المعدل.
٤ - المادة (٧) من نظام مسك الدفاتر التجارية رقم (٢) لسنة ١٩٨٢ النافذ.
٥ - د. محمد عوض علي الحرازي ، مصدر سابق ، ص٤٣٩ ، غادة حياوي لازم ، مصدر سابق ، ص١١٧.
٦ - د. محمد احمد عبد الرؤوف ، مصدر سابق ، ص٨٨.

المخالفة.اما فيما يخص القرائن القانونية فيقع على المكلف عبء اثبات العكس في المسائل التي مرت بنا حول تحمل الادارة الضريبية إقامة القرينة لحالة اثبات المكلف الضريبي عدم استلام الانذار الموجه له من السلطة المالية.

اما عند المشرع المصري[١] فعند تقدير الضريبة فإنه تحصيل حاصل يكون عبء اثباتها على السلطة المالية الا ان اثبات التكاليف و النفقات المعروفة و الخسائر و التنزيلات و السماحات التي يدعي المكلف بتحققها فإنه يقع على عاتق الاخير. و في حال عجز المكلف و عدم قدرته على دفع الضريبة ، فعلى المكلف الضريبي ان يثبت للإدارة الضريبية الظروف القاسية التي منعته من دفع الضريبة ان كان ركودا اقتصاديا او انخفاض اسعار سوق المال المرتبط بمصدر دخل المكلف ، او تعطيل مصنعه او منع دخول المواد الى البلاد و التي كان سيستخدمها كمواد اولية في معامله ، اما فيما يخص عبء الاثبات على توقف مصدر الدخل كلياً او جزئياً ، فإنه نرى ان القانون المصري كان اكثر عدالة قياساً بالتشريعات الاخرى و خاصة العراقي إذ إن القانون المصري فرض على المكلف التزاماً بالإخطار عن التوقف و خلال ثلاثين يوماً تبدأ من تاريخ التوقف ، و بخلافه تنشأ ضريبة قانونية على استمرار عمل المكلف و تحقيق ايرادات خاضعة للضريبة خلال السنة التقديرية لكنها ضريبة قابلة لإثبات العكس حيث يقع عبء اثبات العكس على المكلف. و كذلك يتحمل المكلف عبء الاثبات[٢] عند قيامه بتصحيح الخطأ في اقراره الضريبي و في حالة اعتراضه على محتوى محضر محرر بمعرفة مأمور الضرائب الذي له صفة الضبط القضائي. اما المشرع الاردني [٣] فإنه عند تأجيل الدعوى بعد قبولها شكلاً لدى محكمة البداءة الضريبية و عند انتهاء فترة التأجيل الزم بأن يتحمل المكلف (المدعي عليه) عبء اثبات اي بيانات لازمة للرد على بيانات المدعي الضريبي خلال ثلاثين يوماً من تأريخ ختم المدعي الضريبي بيانته من اسماء الشهود او اي واقعة يرغب في اثباتها. و كذلك نص قانون ضريبة الدخل الاردني على ((يقع على المكلف اقامة الدليل على ان المبالغ التي اصدرها القرار المطعون فيه باهظة و يجوز له تقديم المستندات التي لم يقدمها الى هيئة الاعتراض))[٤]. و هنا يصبح المكلف ملزم بالإثبات اذا كان التقدير الضريبي باهظاً. اما

[١] - د. علي هادي عطية ، مصدر سابق.
[٢] - المادة (١٢٩) ، قانون ضريبة الدخل المصري رقم (٩١) لسنة ٢٠٠٥.
[٣] - الفقرة (د) المادة (٤٥) قانون ضريبة الدخل الاردني رقم (٣٤) لسنة ٢٠١٤.
[٤] - الفقرة (د) المادة (٤٦) قانون ضريبة الدخل الاردني رقم (٣٤) لسنة ٢٠١٤.

بخصوص القانون العراقي[1] فنرى انه قد الزم المكلف بتقديم ادلة الاثبات في حسم كثير من المنازعات الضريبية و ذلك حسب الحالات التالية:-

-حالة الاثبات المرتبط بتقدير التكاليف و النفقات المصروفة للحصول على الدخل (التنزيلات) و تنزيل التكاليف الشخصية التي يصرفها المكلف على نفسه و زوجته و ابنائه (السماحات) فإن القاعدة العامة هو تكليف المكلف في اثباتها.

اما في مجال عدم القدرة على دفع الضريبة فان المشرع العراقي قد شابه اغلب التشريعات و خاصة المشرع المصري فيقع عبء الاثبات على المكلف كما تم ذكره سابقاً عند المشروع المصري ، و كذلك فيما يخص التوقف الكلي او الجزئي بالنسبة لمصدر الدخل الخاضع للضريبة ، فعلى المكلف عبء اثبات هذا التوقف و بالتالي يؤدي الى فرض الضريبة على الفترة السابقة للتوقف فقط.

المبحث الثاني

طرق الاثبات الضريبي

وسائل الاثبات كما وردت في قوانين الاثبات المختلفة هي الكتابة ، الشهادة او البينة ، القرائن ، الاقرار ، اليمين ، المعاينة ، و الخبرة. ويلاحظ ان معظم التشريعات الحديثة اخذت بنظام الاثبات المختلط ، و هذا النظام اخذ بمبدأ حياد القاضي و اعطائه السلطة الواسعة في تقدير ما يعرض عليه من الادلة التي عينها القانون . حيث ان اطراف النزاع يلجؤون الى ادلة الاثبات لإقناع القاضي بصحة الوقائع التي يدعونها ، لذا فإن المشرع و لهذا الغرض يحدد عادة ادلة الاثبات المختلفة ، و يحدد لكل دليل صحيفة في الاثبات ، و على كل طرف من اطراف النزاع ان يسلك احدى وسائل الاثبات التي يجيزها القانون ، فإذا اختار وسيلة و لم يوفق فيها او عدل عنها ، فله ان يلجأ الى وسيلة اخرى الا في اليمين فقد اعتبر الدكتور ادم وهيب[2] ان الالتجاء الى هذا الدليل يعتبر نزولاً

[1] - د. ادم وهيب النداوي ، الموجز في قانون الاثبات ، المكتبة القانونية ، بغداد ص٥٦ ، فضيلة عباس غائب الطائي ، المنازعات الضريبية في التشريع العراقي ، اطروحة (دكتوراه) ، جامعة الموصل ، سنة ٢٠١٦-٢٠١٧ ، ص٣٢٧ ، د. علي هادي عطية ، مصدر سابق ، غادة حياوي لازم ، مصدر سابق ، ص١٢٠.

[2] - د. ادم وهيب النداوي ، شرح قانون الاثبات ، مطبعة المعارف – بغداد ، ١٩٨٤ ، ط١ ، ص١٨.

عما عداه من ادلة الاثبات ، و كذلك يقول الدكتور محمود جمال الدين زكي[١] ، ان المعاينة و الخبرة و الاقرار و اليمين ليست في الحقيقة طرقاً للإثبات و انما وسيلة يستكمل بها القاضي اقتناعه ، وعلى هذا و من حيث الالتجاء الى هذه الوسائل فان هناك وسائل او طرق اصلية واخرى احتياطية ، و الطرق الاصلية تقوم بذاتها و تستخدم دون الاعتماد على شيء اخر ، و هي الكتابة و الشهادة و القرائن و المعاينة و الخبرة اما الطرق الاحتياطية فلا يلجأ اليها الا عندما تنعدم ادلة الاثبات الاخرى و مثالها الاقرار و اليمين الحاسمة[٢]. على هذا سنقسم دراسة وسائل الاثبات في هذا المبحث الى: طرق الاثبات (الاصلية) في المطلب الاول ، و طرق الاثبات الاحتياطية في المطلب الثاني.

المطلب الاول

طرق الاثبات الاصلية و مدى ملائمتها للالتزام الضريبي

سوف نتناول دراسة هذه الطرق كما يلي:

اولاً: الكتابة:

الكتابة في الاثبات هي القاعدة العامة شرعاً و قانوناً ، و هي اقوى ادلة الاثبات و اضمنها للوصول الى الحق و الحقيقة و لقد جاءت الآية الكريمة لتؤكد مكانة الكتابة في نصها ((يا أيها الذين امنوا اذا تداينتم بدين الى اجل مسمى فاكتبوه ...))[٣] .

اما قانون الاثبات العراقي فقد قيد حرية الاثبات في المسائل التجارية فأوجب الاثبات بالدليل الكتابي اذا كانت قيمة التصرف القانوني تزيد على خمسين دينار ، فلم تعد لقاعدة حرية الاثبات في المسائل التجارية وجود في القانون العراقي[٤]. و قد حدد المشرع العراقي الدليل الكتابي ، اما سندات رسمية او سندات عادية او اوراق غير موقع عليها او سندات مثبت عليها الدين. و قد

---

[١] - د. محمود جمال الدين زكي ، المبادئ العامة في نظرية الاثبات في القانون الخاص المصري ، مطبعة جامعة القاهرة ، ٢٠٠١ ، ص٢٦.
[٢] - د. نبيل ابراهيم سعد ، الاثبات في المواد المدنية و التجارية في ضوء الفقه و القضاء ، دار الجامعة الجديد ، الاسكندرية ، سنة ٢٠٠٨ ، ص٩٢.
[٣] - سورة البقرة ، الاية (٢٨٢).
[٤] - د. عصمت عبد المجيد بكر ، شرح قانون الاثبات ، ط٢ ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ٢٠٠٧ ، ص٨٠.

اشترط المشرع العراقي ايضا شروطاً للسند الرسمي بموجب المادة (٢١) من قانون الاثبات[١] بأن يثبت فيها موظف عام او شخص مكلف بخدمة عامة و طبقاً للأوضاع القانونية و في حدود اختصاصه. و من ثم فيما يخص النزاع الضريبي فإن كل التقارير و التقديرات الضريبية المقدمة من المكلف الضريبي او من موظف الادارة الضريبية طالما تثبتت من قبل الموظف الضريبي المختص ، فهي الدليل الاقوى في اثبات الحقوق في المنازعات الضريبية. شرط ان يكون الموظف مختص من الادارة الضريبية و له ولاية في اصدارها و عنده الاهلية في تحرير السند. اما السندات العادية (العرفية) فهي الاوراق غير الرسمية التي تصدر من ذوي الشأن دون ان يتدخل موظف عام في تحريرها ، و هي نوعان الاولى معدة للإثبات و موقعه ممن هي حجة عليه اما الثانية فهي اوراق غير معدة للإثبات و غير موقعة ، و لكن القانون يعطيها حجة معينة[٢] . و هنا ينطبق على الاوراق المثبتة من قبل المكلف الضريبي دون ان يتدخل بتحريرها موظف الادارة الضريبية وصف السندات العادية و تعتبر حجة على المكلف في الاثبات اثناء المنازعة الضريبية . اما الاوراق غير الموقع عليها[٣] ، فهي سندات غير معدة للإثبات و لكن لها حجة معينة في الاثبات كالرسائل و البرقيات و وسائل الاتصال الحديثة و الدفاتر التجارية و الاوراق الخاصة ، وهذا ما ينطبق على الاوراق الخاصة بعمل المكلف الضريبي و حساباته و اتصالاته و فيها معلومات تكون حجة على المكلف نفسه امام الادارة الضريبية بحيث يمكن للإدارة الضريبية الاحتجاج بها لإثبات الواقعة الضريبية

ثانياً: الشهادة:

الشهادة هي الاخبار في مجلس القضاء عما وقع تحت سمع شخص و بصره بما يرتب عليه القانون اثراً. أي اخبار الانسان في مجلس القضاء بحق على غيره لغيره[٤]. وبما ان الشهادة اخبار فهي بذلك تحتمل الصدق او الكذب مع احتمال ترجيح الصدق على الكذب ، و خاصة ان الشاهد يفترض بان لا مصلحة له في الكذب و من خصائص الشهادة انها[٣] حجة مقنعة و ليس ملزمة و حجة غير قاطعة و هي متعدية أي ليست قاصرة على حسابها.

---

[١] - ينظر المادة (٢١ / اولاً) اثبات عراقي ، المادة (١٠) اثبات مصري ، (٦) اثبات اردني ، (٥) بيانات سوري.
[٢] - د. نبيل ابراهيم سعد ، الاثبات في المواد المدنية و التجارية ، دار الجامعة العربية ، الاسكندرية ، ٢٠٠٨ ، ص١٢٧.
[٣] - السنهوري ، الوسيط ، ج٨ فقرة (٢٥٧) ص٤٣٧.
[٤] - سليمان مرقس ، ج٢ ، فقرة ٢٤٢ ، ص٢.

وعلى هذا فانه يبدو للوهلة الاولى أن الشهادة بهذا المعنى بعيده عن ملعب الاثبات الضريبي و لا يمكن استخدامها في اثبات الواقعة الضريبية ، لكن بعد التفحص في قانون ضريبة الدخل العراقي نجده انه نص على أن (للسلطة المالية ان تتحرى و تتحقق عن دخل المكلف الحقيقي و تبحث عن مصادره في محل وجودها و لها ان تطلب المعلومات من أي شخص تعتقد بأن لديه ما يفيدها ....)[١] و ممكن تفسير هذا النص بانه طلب الشهادة من أي شخص تعتقد الادارة الضريبية بأن لديه ما يفيدها في تقدير الضريبة و حسم المنازعة ، و ما يؤكد ذلك ما جاء بموجب قانون الاثبات العراقي بالنص على (تؤدى الشهادة شفاهاً و لا يجوز الاستعانة بمذكرات مكتوبة الا بإذن المحكمة اذا اقتضت ذلك طبيعة الدعوى)[٢].

و بهذا يمكن للجان حل المنازعات في الهيئة العامة للضرائب الاستعانة بمذكرات مكتوبة كشهادة لحل المنازعة الضريبية.

ثالثاً: القرائن:

نص المشرع العراقي على تعريف الضريبة بموجب قانون الاثبات بما يأتي:

القرينة القانونية ، هي استنباط المشرع امراً غير ثابت من امر ثابت. و هي تغني من تقررت لمصلحته عن أي دليل اخر من ادلة الاثبات[٣].

اما القرينة القضائية فهي استنباط القاضي امر غير ثابت عن امر ثابت لديه في الدعوى المنظورة ، و للقاضي استنباط كل قرينة لم يقررها القانون في نطاق ما يجوز اثباته بالشهادة[٤] ، و ايضاً للقاضي ان يستفيد من وسائل التقدم العلمي في استنباط القرائن القانونية[٥].

و القرائن القانونية يراعي فيها المشرع المصلحة العامة ، و تكون اما قرائن قانونية قاطعة او غير قاطعة ، اما القرائن القضائية فهي التي لا ينص عليها القانون[٦] ، و هي غير ملزمة

---

١ ـ المادة (٢٨ / ٢) ، قانون ضريبة الدخل العراقي رقم ١١٣ لسنة ١٩٨٢ المعدل.

٢ ـ المادة (٩٥ / اولاً) ، قانون الاثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩.

٣ ـ المادة (٩٨ / اولاً ، ثانياً) من قانون الاثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩.

٤ ـ المادة (١٠٢ / اولاً ، ثانياً ، ثالثاً) من قانون الاثبات العراقي ١٠٧ لسنة ١٩٧٩.

٥ ـ المادة (١٠٤) ، قانون الاثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩.

٦ ـ حسين عبد الهادي البياع ، شروط قانون الاثبات رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ ، ط١ ، ١٩٨٦ ، مطبعة الاقتصاد ، ص٢٩-٣٠.

للقاضي و له سلطة واسعة في ان يأخذ ما يشاء منها و يترك ما يشاء ، و يستطيع الخصم دحضها. لكن قد تبلغ حداً من القوة[١] يستنبط منها القاضي الامور المراد اثباتها. الا اننا نعتقد بأن القرينة القضائية لا تصلح لإثبات خضوع المكلف للضريبة لأنها تتعارض مع قاعدة اليقين التي هي احد قواعد الضريبة التي تنص على ان الضريبة محددة و معلومة و واضحة بدون غموض حيث يرى ادم سميث ، ان الضريبة الجيدة ، هي تلك الضريبة المحددة بوضوح و بلا تحكم ، أي ان تكون الضريبة محددة و غير معينة بصورة كيفية ، فسعرها معروف و وعائها معلوم و اسلوب تقديرها واضح و مواعيد تحصيلها محددة ، الامر الذي يجعل المكلف على علم تام مسبق بحقوقه و التزاماته[٢] ، ومن ثم نجد ان القرائن لوحدها لا تجدي نفعاً لتعارضها مع قاعدة اليقين ، و ايضاً ممكن ان تتعارض مع قانونية الضريبة[٣] لذا يتوجب ان تدعم القرينة بوسيلة اثبات اخرى في هذا المجال.

رابعاً: المعاينة:

للمحكمة من تلقاء نفسها او بناء على طلب احد الخصوم ان تقرر الانتقال لمعاينة المتنازع فيه او تندب لذلك احد قضاتها لمعاينته او احضاره لديها في جلسة تعينها لذلك ، متى رأت في هذا مصلحة لتحقيق العدالة[٤].

و المعاينة تعد دليلا ماديا مهما و دليلا قاطعا لا يمكن الاستغناء عنه ، لكنها غير ملزمة للمحكمة و لها ان تتخذ من تقرير المعاينة (المحضر) سبباً لحكمها[٥]. او تتخذه دليلاً يكمل دليل اخر.

و عند تطبيق المعاينة في المجال الضريبي نرى ان المشرع نص في قانون ضريبة الدخل العراقي على ((للسلطة المالية ان تتحرى و تتحقق عن دخل المكلف الحقيقي و تبحث عن مصادره

---

١ ـ السنهوري ، الوسيط ، بند ١٧٨ ص٦٤٦ .
٢ ـ د. عادل العلي ، المالية العامة و القانون المالي و الضريبي ، ج١ ، ط١ ، عمان ، ٢٠٠٩ ، ص١٣٢ . و د. طاهر الجنابي ، علم المالية العامة و التشريع المالي ، العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة ، ٢٠١١ ، ص١٤٢.
٣ ـ المادة (٢٨) ، دستور العراق لعام ٢٠٠٥.
٤ ـ المادة (١٢٥) ، قانون الاثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩.
٥ ـ المادة (١٣١) ، قانون الاثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩.

في محل وجودها ....))[1] . و بهذا تصبح المعاينة هي من اهم طرق الاثبات في المنازعة الضريبية لما خوله المشرع للسلطة المالية من سلطة المعاينة للوصول الى اثبات الحق و جمع المعلومات سواء أكانت المعلومات مادية أم ظاهرية و اينما وجدت و من ثم حسم المنازعات الضريبية .

خامساً: الخبرة:

هي من طرق الاثبات المهمة و بواسطتها يقف القاضي على حقيقة النزاع ، و هي نوع من المعاينة الفنية تتم بواسطة من تتوافر لديهم كفاءة فنية معينة لا تتوفر لدى القضاة ، فهي وسيلة اثبات اخرى على ما يدعيه الخصم ، و يلجأ اليها القاضي عندما لا تتوفر في اوراق الدعوى ما يجعل القاضي يقتنع بموضوع النزاع ، و قد اولى المشرع العراقي اهمية للخبرة و نظم احكامها[2]. و من احكامها ان الخبرة امر جوازي متروك تقديره للمحكمة و بهذا يجوز للمحكمة ان تلجأ الى الاستعانة بالخبرة من تلقاء نفسها بغض النظر عن طلب احد الخصوم لكن قد تكون الاستعانة بالخبراء واجبة بمسائل فنية او علمية لا يعلمها الا اهل الخبرة فتتخذ من تقرير الخبير سبباً لحكمها[3]. و رأي الخبير لا يقيد المحكمة[4]. و قد لا يعدو ان يكون رأياً استشارياً لها ان تأخذ به .

و بالمقابل للخصم الحق في طلب تعيين خبير بشرط ان يوضح مبررات طلبه و اثرها على الدعوى[5]. و للمحكمة لها الحق ان ترفض طلب الخصم اذا تبين لها عدم لزوم ذلك[6].

و بخصوص المنازعات الضريبية و كيفية استخدام الخبرة في مجال الاثبات فيها ، نرى ان المشرع الضريبي نص على ((... للسلطة المالية .. ان تطلب المعلومات من أي شخص تعتقد ان لديه ما يفيدها في تقدير الضريبة ...))[7] ، و بهذا يمكن للإدارة الضريبية ان تستعين بشخص لديه الخبرة من اجل الاثبات في حل المنازعة ، اما في مجال تقدير الضريبة على العقار فقد نص المشرع

---

[1] - المادة (٢٨ / ٢) ، قانون ضريبة الدخل العراقي رقم ١١٣ لسنة ١٩٨٢ المعدل.
[2] -(المواد من ١٣٥ لغاية ١٤٦) ، قانون الاثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩.
[3] - المادة (١٤٠ / اولاً) ، قانون الاثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩.
[4] - المادة (١٤٠ / ثانياً)، قانون الاثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩.
[5] - المادة (١٣٥ / اولاً)، قانون الاثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩.
[6] - المادة (١٣٥ / ثانياً)، قانون الاثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩.
[7] - المادة (٢٨ / ٢) ، قانون ضريبة الدخل رقم ١١٣ لسنة ١٩٨٢ المعدل.

على ((يؤلف وزير المالية لجنة للكشف على العقار .. و لها الاستعانة بخبير او اكثر اذا دعت الحاجة الى ذلك))[1]. كما نصت المادة (٥٤) من قانون ضريبة الدخل العراقي على ((كل من قدم الى السلطة المالية معلومات حقيقية شفوياً او خطياً منح مكافأة نقدية)). و بهذا يكون دور الخبير في الاثبات في المجال الضريبي دوره دور أي خبير بالإثبات في المنازعات الاخرى كما اشار اليها قانون الاثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩.

المطلب الثاني

طرق الاثبات الاحتياطية و مدى ملائمتها للالتزام الضريبي

الطرق الاحتياطية يلجأ اليها الخصم اذا افتقد الدليل على دعواه وتتمثل بالإقرار و اليمين ، فإذا فقد الخصم دليلاً على دعواه فانه يصبح مضطراً للجوء الى استجواب خصمه لعله ان يحصل على اقرار منه ، او ان يوجه اليه اليمين ليحتكم في نهاية الامر الى ضميره ، و هذه الطرق الاحتياطية لا تشمل الا الاقرار و اليمين.

اولاً: الاقرار:

الاقرار القضائي هو اخبار الخصم امام المحكمة بحق عليه لآخر ، و الاقرار غير القضائي هو الذي يقع خارج المحكمة[2].

اما المشرع المصري فقد نص على ((الاقرار هو اعتراف الخصم امام القضاء بواقعة قانونية يدعى بها عليه و ذلك اثناء السير في الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة))[3].

و على هذا يكون الاقرار عملا اخباريا يكشف عن الحق الذي حصل في وقت مضى[4] و هو عمل انفرادي يتم بإرادة منفردة لا يحتاج الى قبول المقر له ، و يكون صادراً عن قصد او بنية الاعتراف ، و هو حجة قاطعة و قاصرة ، و يلتزم المقر بإقراره و لا يصح الرجوع عن الاقرار ، و

[1] - قانون تقدير قيمة العقار و منافعه رقم (٨٥) لسنة ١٩٧٨.

[2] - المادة (٥٩) ، قانون الاثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩.
[3] - المادة (١٠٣) قانون الاثبات المصري رقم (٢٥) لسنة ١٩٦٨.

[4] - د. عصمت عبد المجيد بكر ، مصدر سابق ، ص١٣٩-١٤٠.

هو حجة قاصرة على من اقر بشخصه[١] ويكون الاقرار صريحا مكتوبا او شفويا والاقرار اما اقرار قضائي يصدر امام القضاء و اثناء سير الدعوى او قرار غير قضائي و الذي يصدر من المقر في مجلس القضاء.

و هنا يثور التساؤل ما طبيعة الاقرار الضريبي وفقاً لما تم ذكره سالفاً؟

و نعتقد ان فقهاء القانون الضريبي لم يطرقوا باب هذه المسألة . كما ان المشرع العراقي لم يعرف الإقرار في قوانين ضريبة الدخل[٢] و العقار[٣] و العرصات[٤] بل اكتفى بذكر الجهات الملزمة بتقديمه ، و هنا يصبح لزاماً على الباحث القانوني من خلال فهمه للقواعد القانونية ذات الصلة ان يستقي تعريفاً للاقرار الضريبي الذي يتحدد في انه ((تقرير مكتوب يقدمه المكلف صراحة بتحقق الواقعة المنشئة للضريبة او تخلفها ، و يمكن ان ينوب عنه شخص اخر او وارثه بتقديمه و الاقرار الضريبي التزام قانوني فالمكلف ليس حراً بل هو مرغم على تنفيذه و يعاقب المكلف الممتنع عن تقديمه[٥] ، الا ان الاقرار الضريبي يلزم الدائن وفقاً لمبادئ الاثبات العامة بإثبات حقه في ذمة خصمه لأن الاصل براءة الذمة و من يدعي خلاف الاصل يقع عليه عبء الاثبات[٦] ، وفقاً لهذا المنطق تتحمل الادارة الضريبية واجب اثبات الالتزام في ذمة كل شخص متوافر فيه شروط الخضوع للضريبة ، لكن هذا الالتزام يتصف بالعمومية من خلال شمول الالاف بل الملايين من الاشخاص و لما كان هذا الالتزام جوهرياً ، فقد ساغ للتشريعات الضريبية ان تخرج عن الاصل العام في الاثبات و ان تلزم المكلف بالافصاح و تقديم المعلومات التي تساعد الادارة الضريبية ، و بهذا يكون الاقرار الضريبي ليس دليلاً من ادلة الاثبات يثبت به المكلف ما تم الاقرار به ، و انما هو وسيلة تغني عن هذا الدليل[٧] لأنه يعفي الادارة الضريبية من اثبات ما جاء به و الاقرار الضريبي يعد اقرارا غير قضائي كونه يقدم للسلطة الضريبية التي تعد جهة ادارية تتولى مهمة تنفيذ احكام القانون الضريبي.

---

[١] - المواد (٦٥-٦٦) قانون الاثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩.

[٢] - انظر المواد (١٧-٢٥) و (٢٧-٣٠) من قانون ضريبة الدخل العراقي رقم ١١٣ لسنة ١٩٨٢ المعدل.

[٣] - المادة (٢٩ / ٣ ، ٤) من قانون ضريبة العقار العراقي رقم (١٦٢) لسنة ١٩٥٩.

[٤] - المادة (٥) من قانون ضريبة العرصات العراقي رقم (٢٦) لسنة ١٩٦٢ المعدل.

[٥] - د. حيدر وهاب عبود العنزي ، احكام الاقرار في تشريع الضرائب المباشر ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، ط١ ، ٢٠١٦ ، ص٣١.

[٦] - المواد (٦ ، ٧) قانون الاثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩.

[٧] - د. حيدر وهاب عبود العنزي ، مصدر سابق ، ص ٣٤ – ٣٥.

ثانياً: اليمين:

تؤدى اليمين امام المحكمة ولا اعتبار للنكول عن اليمين خارجها ، و ان يقول الحالف اقسم بالله العظيم و يؤدي الصيغة التي اقرتها المحكمة . فطالب اليمين يلجأ الى ذمة خصمه و الحالف عندما يؤدي اليمين انما يستشهد بالله ويستنزل عقابه[1] ، واشخاص يبينهم النص الاتي ((يجوز لكل من الخصمين ان يوجه اليمين الحاسمة الى الخصم الاخر ، على ان يجوز للقاضي ان يمنع توجيه اليمين اذا كان الخصم متعسفاً في توجيهها))[2] ، اما الشروط الواجب توافرها في اشخاص اليمين فيشترط اهلية التصرف للطرفين موجه اليمين و من توجه اليه . و عند الانتقال الى دائرة المنازعات الضريبية و دور اليمين في الاثبات ، نلاحظ عدم الاشارة الى اليمين اطلاقاً في كل مواد ضريبة الدخل رقم ١١٣ لسنة ١٩٨٢ المعدل و النافذ حالياً و لا حتى في قانون ضريبة العقار او العرصات ، و في تقديرنا ان عدم الاشارة الى اليمين هو شيء منطقي و طبيعي جداً كون الادارة الضريبية هي احد طرفي النزاع و ليس من المنطق ان يرتبط حق الخزانة العامة على يمين يصدر من المكلف انكاراً للضريبة و ليس من المنطق ايضاً ان يطلب المكلف من الادارة الضريبية اليمين من اجل تخفيف الضريبة او الاعفاء منها .

الخاتمة:

ان المنازعات الضريبية و ان كانت تتفق مع باقي المنازعات الاخرى من حيث وجود خلاف ما بين اطرافها ، الا انها تختلف عن المنازعات المدنية كون احد طرفيها الادارة الضريبية ، و ان كانت تقترب الى حد ما من المنازعات الادارية ، و تحصيل حاصل تحتاج الى وسائل اثبات و التي تم ذكرها في المبحث الثاني و ان يتحمل عبء هذا الاثبات كل طرف حسب مسؤوليته او ما يقره القانون ، الا اننا نجد اخلالاً في النصوص الدستورية عند النظر الى اليات حل المنازعات الضريبية في قانون ضريبة الدخل النافذ ، فقد نص دستور عام ٢٠٠٥ على ((التقاضي حق مصون و مكفول للجميع)) و كما نصت المادة (١٠٠) من نفس الدستور ((يحظر النص في القوانين على تحصين أي عمل او اقرار اداري من الطعن)).

---

[1] ـ محكمة النقض / مدني ٨ / ١٢ / ١٩٩٤ ، طعن ٢٩٣٨ / ٦٤ ق س ٤٥ ص ١٥٧٩.

[2] ـ المادة (١١٤) من قانون الاثبات المصري رقم (٢٥) لسنة ١٩٦٨.

لذا نقترح على المشرع العراقي تعديل المواد (٣٣ ، ٣٧ ، ٤٠) من قانون ضريبة الدخل النافذ و تشكيل قضاء ضريبي متدرج يبدأ من محكمة بداءة الضريبة انتهاءً لمحكمة تمييز الضرائب . و من ثم إذا ما تشكل القضاء الضريبي يمكن لطرفي النزاع المكلف و الادارة الضريبية سلك كل وسائل الاثبات التي حددها قانون الاثبات العراقي النافذ في حسم أي منازعة ، او ان نتوصل الى صياغة نظرية الاثبات في المجال الضريبي تمتاز بالخصوصية عن الاثبات في المنازعات الاخرى. كون الادارة هي طرف من اطراف النزاع . و يمكن ان نستبعد اليمين من وسائل الاثبات مثلاً او اضافة وسائل اخرى حسب ما يتطلبه احقاق الحق و الحفاظ على الخزانة العامة كون الضرائب هي اهم مصادر ايرادات الدولة.

عنوان البحث	القانون الواجب التطبيق على إثبات الجنسية
اسم الباحث	الاستاذ المساعد الدكتور جواد كاظم جواد سميسم الاستاذ المساعد الدكتور أحمد حسين جلاب
جهة الانتساب	كلية القانون / جامعة الكوفة

مقدمة:

أولاً//نظرة عامة على الموضوع وأهميته//

إن الاثبات بصفة عامة هو تأكيد وجود أو صحة امر معين باي دليل او برهان ، والاثبات بهذا المعنى تتنوع اساليبه بتنوع العلوم التي يتصل بها فالعالم او الباحث في أي فرع من فروع المعرفة يسعى الى اقامة الدليل على صحة حقيقة معينة او تاكيد وجودها الالتجاء الى كل الوسائل العلمية المعروفة ، وهو في ذلك حر في اختيار الوسائل التي تؤدي الى تاكيد الحقيقة التي يسعى اليها.(١)

أما الاثبات بمعناه القانوني ، وهو ما يطلق عليه الاثبات القضائي فيقصد به اقامة الدليل امام القضاء بطريقة من الطرق التي يحددها القانون ، على وجود أو صحة واقعة قانونية متنازع عليها .(٢)

على أن للاثبات بمعناه السالف أهمية بالغة وذلك لارتباطه الوثيق بقاعدة عدم جواز اقتضاء الشخص حقه بنفسه ، فلما كان من المتعين على من يدعي حقاً ان يلجأ الى القضاء لتمكينه من هذا الحق والاعتراف له به ، فان ذلك يقتضي من صاحب الحق ان يقنع القاضي بوجود الحق الذي ينازعه فيه غيره ، وذلك باقامة الدليل على هذا الحق أو بالاحرى المصدر المنشىء لهذا الحق ، فاذا لم يتمكن من ذلك فقد الحق كل قيمه له و تعذر على صاحبه الانتفاع بما يخوله من سلطات(٣).

فالاثبات وان لم يكن ركناً من اركان الحق ولا شرطاً من شروط نشوئه إلا أنه من الناحية العملية هو الذي يؤكد و يدعم وجوده (٤).

---

(١) د. سمير عبد السيد تناغو – النظرية العامة في الاثبات – بلا مكان طبع – ١٩٩٩ – ص ٥.
(٢) د. آدم وهيب النداوي – شرح قانون الاثبات – ط٢- بغداد – ١٩٨٦-ص١٤ وما بعدها.
(٣) د.السنهوري – المصدر السابق –ص٨٤-٨٥ .
(٤) د.ادم وهيب النداوي – المصدر السابق – ص٢١ .

وإذا كان للاثبات اهميته السابقة بالنسبة للحقوق بصفة عامة ، فان هذه الاهمية تزداد في مجال الجنسية بوجه خاص ، فالاخيرة وان كانت علاقة قانونية وسياسية بين الفرد و الدولة يصير الفرد بمقتضاها عضواً في شعب تلك الدولة ، الا ان اثباتها شرط جوهري لتحديد نطاق ما يتمتع به الفرد من حقوق ، على الاقل ما دامت التفرقة بين الوطنيين والاجانب ما تزال اساساً للكشف عن مدى الحقوق التي يتمتع بها الفرد في الدولة (١).

ثانياً// الهدف البحثي المركزي//

ومن بين جزئيات موضوع أثبات الجنسية يثور السؤال عن القانون الواجب التطبيق على مسائل اثبات الجنسية ؟

أن الفقه الراجح قد استعان في الكشف عن القانون الواجب التطبيق على إثبات الجنسية بحلول التنازع التقليدي للقوانين في الإثبات ، بالرغم من أن رابطة الجنسية تعد وفقاً للرأي السائد من روابط القانون العام[٢] ، والتنازع السابق لا يمكن أن يحصل بحسب الأصل إلا في مواد القانون الخاص[٣] .

فضلاً عن ذلك يقتضي البحث في القانون الواجب التطبيق على إثبات الجنسية، ضرورة التفرقة بين القواعد الموضوعية والقواعد الإجرائية (الشكلية) في الإثبات، فالملاحظ أن قانون القاضي يطبق على القواعد الإجرائية في الإثبات ، في حين يطبق في شأن القواعد الموضوعية القانون المختص وفقاً لما تشير إليه قواعد الإسناد وطنياً كان أو أجنبياً[٤] .

ثالثاً//نطاق البحث//

أن مسألة تحديد ما يدخل في مجال تطبيق قانون القاضي أو قانون الموضوع كمسألة تكييف بالدرجة الأولى ، إذ يتعين معرفة طبيعة المسألة المعروضة لمعرفة صفتها الموضوعية أو الإجرائية ، لأن الأمر لا يتعلق بالتفريق بين القواعد الموضوعية و القواعد الإجرائية بل يتعلق بما

(١) د.فؤاد عبد المنعم رياض – الجنسية في التشريعات العربية المقارنة – معهد البحوث والدراسات العربية – القاهرة – ١٩٧٥– ص٤.
(٢) د. شمس الدين الوكيل – المصدر السابق – ص ٢٧ .
(٣) د. هشام علي صادق – تنازع القوانين – ط٣ – منشأة المعارف – الإسكندرية – ١٩٧٤ – ص ٤٧ وما بعدها
(٤) د. سليمان مرقس – أصول الإثبات و إجراءاته في المواد المدنية – ط١ – الأدلة المطلقة – عالم الكتب – بلا سنة طبع – ص ٥٠ ، د. أحمد أبو الوفا – الإثبات في المواد المدنية والتجارية – الدار الجامعية – بيروت – ١٩٨٣ – ص ١٧ وما بعدها ، د. حميد فيصل محمد الدليمي – القانون الواجب التطبيق على مسائل التحكيم في العقود الدولية الخاصة – أطروحة دكتوراه – كلية النهرين للحقوق – بغداد -٢٠٠٢ ، ص١٥٩.

يعد داخلاً ضمن القواعد الموضوعية وما يدخل ضمن مجال القواعد الإجرائية من مسائل الإثبات ، والتكييف يخضع للقانون الوطني بوصفه قانون القاضي[1] ، أي أنه يجب الرجوع إلى المبادئ العامة السائدة في القانون الوطني (قانون القاضي) لمعرفة المسائل التي تدخل في مضمون فكرة الموضوع و التي تنضوي تحت مظلة فكرة الإجراءات، والحقيقة أن رسم الحدود الفاصلة بين ما يعد من مسائل الإجراءات وما يعد من مسائل الموضوع هي مهمة صعبة لم يستطيع الفقه حتى الآن أن يضع لها معياراً حاسماً ، و مرد الصعوبة أن هناك من الإجراءات ما يتصل بموضوع الدعوى اتصالاً وثيقاً بحيث يتعذر النظر إليها بصورة مستقلة . و من جهة أخرى فأن قانون الإثبات يضم إلى جوار قواعده الإجرائية قواعد أخرى موضوعية[2] .

أي أنه يمكن القول أن هناك من قواعد الإثبات ما يمكن أن يسمى بالقواعد الإجرائية وهي التي تتعلق بسير الدعوى دون أن تمس موضوعها ، و هناك على العكس القواعد الفاصلة أو الحاسمة في الإثبات و هي القواعد التي لها تأثير مباشر على الحكم الصادر في موضوع الدعوى[3] .

رابعاً//الهيكلية الشكلية للبحث//

تأسيساً على ما سبق نتناول دراسة هذا الموضوع في مبحثين نبحث في الأول القانون الواجب التطبيق على محل إثبات الجنسية وعبؤه ، ونناقش في الثاني القانون الواجب التطبيق على طرق إثبات الجنسية وتقدير الأدلة ونسطر في الخاتمة اهم ماتوصلنا اليه من أستنتاجات ومانطمح الى تحقيقه من مقترحات ومن الله تعالى التوفيق والرشاد.

---

(1) أنظر المادة (1/17) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951المعدل ، و المادة (10) من القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948 المعدل.

(2) د. السنهوري ، عبد الرزاق أحمد – الموجز في النظرية العامة للالتزامات – لجنة التأليف و الترجمة والنشر – القاهرة – 1938 – ص 646 ، د. توفيق حسن فرج ، د. محمد يحيى مطر – الأصول العامة للقانون – الدار الجامعية للطباعة و النشر – القاهرة – بلا سنة طبع – ص 349 ، د. حميد فيصل الدليمي – المصدر السابق – ص 159 – هامش رقم (2) .

(3) د. سمير عبد السيد تناغو – المصدر السابق – ص 11-12 .

المبحث الأول

القانون الواجب التطبيق على محل إثبات الجنسية وعبؤه

إذا كان الشخص المعني ، لا يقوم بإثبات الحق الذي يتمسك به أو بانقضائه ، بل هو يثبت الواقعة التي أنشأت حقه أو أدت الى انقضاء حق معين يتمسك الغير به ضده [١].

و إذا كان أول تنظيم لقواعد الإثبات يتصل بتعيين منٍّ من الخصمين يحمل عبء الإثبات ، أي من منهما يكلف بالإثبات دون الأخر ، و تعيين من يحمل عبء الإثبات من الخصمين يكاد يتوقف عليه في كثير من الأحوال ، مصير الدعوى من الناحية العملية فقد يكون الحق متراوحاً بينهما ، لا يستطيع أي منهما أن يثبته أو أن ينفيه ، فألقاء عبء الإثبات على أحدهما معناه حكم عليه أو حكم لخصمه[٢].

فإن تعيين القانون الواجب التطبيق على محل إثبات الجنسية أو على عبء إثباتها ، له من الأهمية ما لتعيين محل و عبء الإثبات بوجه عام ، وعلى ذلك نقسم الكلام في هذا المبحث على مطلبين أثنين نخصص الأول لبيان القانون الواجب التطبيق على محل إثبات الجنسية ، و نفرد الثاني لتعيين القانون الواجب التطبيق على عبء إثبات الجنسية .

المطلب الأول

القانون الواجب التطبيق على محل إثبات الجنسية

يخضع محل الإثبات بوجه عام وفقاً للاتجاه السائد في الفقه للقانون الذي يحكم موضوع النزاع ، فتحديد محل الإثبات يعد أمراً فاصلاً في موضوع الدعوى ، مما يبرر في شأنه الرجوع للقانون الذي يحكم الموضوع[٣].

---

(١) و يقصد بمحل الإثبات مجموعة الوقائع و الأعمال القانونية التي تؤدي الى وجود الحق أو أنقضائه . أنظر في ذلك د. عصمت عبد المجيد بكر – الوجيز في شرح قانون الإثبات – مطبعة الزمان – بغداد – ١٩٩٧ – ص٥٩ و ما بعدها .

(٢) د. سليمان مرقس – من طرق الإثبات في تقنينات البلاد العربية – مصدر سابق – ص ٦٣ و ما بعدها .

(٣) د. منصور مصطفى منصور – مذكرات في القانون الدولي الخاص – القاهرة – ١٩٥٧ – ص ٣٨٠ . د. عز الدين عبد الله – القانون الدولي الخاص – ج٢ – ط ١١ – الهيئة المصرية العامة للكتاب – مصر – ١٩٨٦ – ص٨٠٣ .

و على ذلك فأن القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع هو الذي يحدد الوقائع التي يتولد عنها الحق المدعى به ، أي الوقائع التي يتعين على المدعي إثباتها حتى يتمكن من الحصول على حقه ، و بذلك فإن القانون الواجب التطبيق على النسب هو الذي يبين الواقعة التي ينصب عليها إثبات النسب . ففي دعوى إثبات النسب الشرعي التي يطلب فيها الابن الانتساب الى أبيه ، فأن قانون جنسية الأب (و هو القانون الواجب التطبيق على موضوع الدعوى) هو الذي يحدد الواقعة محل الإثبات ، كأن يقرر مثلاً ضرورة إثبات واقعة إنتساب الابن الى أمه حال قيام رابطة الزوجية بينها و بين الأب المراد الإنتساب إليه (المدعى عليه)[١].

و من ثم يمكن القول إن الفقه الراجح يتجه الى إخضاع محل إثبات الجنسية بحسب الأصل الى نفس القانون الذي يحكم الجنسية ، وهو قانون الدولة التي يدعي الشخص الانتماء إليها بجنسيته ، لما لكل دولة من حرية في تنظيم جنسيتها على النحو الذي تراه ، و لا يقيدها في هذا الصدد إلا ما يشير إليه العرف الدولي أو المعاهدات و الاتفاقات الدولية من قيود ، و كل ذلك يجد أصله في فكرة السيادة الشخصية لكل دولة على حدة[٢] .

على أن الحكم السابق يفترض أن قانون القاضي المعروض أمامه النزاع لا يعتبر الشخص المعنى بالأمر من الوطنيين ، إذ لو حدث هذا الأعتبار توجب معاملة هذا الشخص على هذا الأساس و لو كان يتمتع بجنسية دولة أخرى في نفس الوقت ، و من ثم يطبق قانون القاضي على الوقائع و الاعمال القانونية التي تؤدي الى إكتساب الجنسية أو فقدها ما لم تكن هذه الدولة من الدول المعادية حيث يكون الأنتساب إليها شرطاً لاتخاذ الدولة الإجراءات الأستثنائية التي قد يقتضيها الحال[٣] .

و لا بد من الاشارة أن تطبيق قانون الدولة التي يدعي الشخص الانتماء إليها بجنسيته يستند الى نتيجة منطقية مؤداها ((أن عدم مراعاة أحكام قانون الدولة الأجنبية في هذا الصدد قد يترتب

Batiffol – Traite` elementaire de droit international privé - 3eme edition– paris – 1959 – No (706) , Lerebours , Pigeonniere et loussouarn - precis de droit international privé - 8eme edition – Dalloz- 1962 – No (435) – p. (527) .

(١) د. هشام علي صادق – المصدر السابق – ف(١٤٥) – ص ٥٤٨ و ما بعدها .

(٢) د. عز الدين عبد الله – المصدر السابق – ج١ – ص ٥٢٧

Makarov (A-N) – Régles gènèral du droit de la nationalité Recueil des cours de l`acadenie de droit international prive` - tome 1- 1949 – p.(369).

(3)Derrupe` - la nationalté etrangere devant le juge francias – Rev,Crit –1959 – p(21).

عليه اعتبار الشخص منتمياً الى الدولة الأجنبية في حين أن هذه الدولة ذاتها لا تعتبره من رعاياها))[1] .

علاوة على ما تؤدي إليه هذه النتيجة من الأعتراف للشخص بجنسية وهمية تخالف الواقع ، و هو ما لا يمكن قبوله قانوناً[2].

و يخالف مبدأ حرية الدولة في تنظيم جنسيتها و لهذا فأن ((الشخص الذي يدعي تمتعه بجنسية أجنبية معينة يتعين عليه إثبات توافر الشروط التي يتطلبها تشريع هذه الدولة الاجنبية لتمتع الشخص بجنسيتها))[3] .

و يشير جانب من الفقه الفرنسي الى أنه لو كان القانون الذي يحكم الموضوع هو الذي يحدد الواقعة الأصلية محل الإثبات والتي يتولد عنها الحق المدعى به مباشرة ، فأن قانون القاضي على العكس من ذلك هو المرجع في شأن بيان الوقائع المجاورة التي يعد إثباتها قرينة يمكن أن تؤدي عقلاً بطريق غير مباشر الى ثبوت الواقعة الأصلية[4] .

فبيان مدى تعلق الواقعة المجاورة بالدعوى هو أمر يقدره القاضي وفقاً لقانونه، كذلك فأن هذا القانون – أي قانون القاضي – هو الذي يبين ما إذا كانت الوقائع المجاورة منتجة في الدعوى ، أي ما إذا كان يتوفر فيها عنصر من عناصر الأقناع من عدمه ، ذلك أن مدى تعلق الوقائع المجاورة للواقعة الأصلية محل الدعوى ، وكذلك مدى تأثيرها على الحكم في الدعوى ، هي مسائل تتصل أولاً و أخيراً بتكوين قناعة القاضي ، ومن ثم فأنه يجب تركها لتقديره في ضوء المبادئ العامة السائدة في قانونه[5] .

و صفوة ما جاء به الاتجاه السابق أن المرجع في تقدير القرائن القضائية هو قانون القاضي ، فللقاضي المختص حرية استخلاص القرائن القضائية دون التقيد بما يقضي به القانون الأجنبي الذي يسري على موضوع الدعوى ، ويترتب على ذلك أن من حق القاضي الاعتداد بإثبات الواقعة المجاورة كقرينة على ثبوت الواقعة الأصلية بما ينطوي عليه ذلك من تحويل للإثبات الى الخصم الآخر ، و تجب الأشارة بعد ذلك أن تحديد الأحوال التي يجوز للقاضي فيها أصلاً استخدام القرائن

---

(1) د. فؤاد رياض ، د. سامية راشد – المصدر السابق – ص ٢٦٥ .

(2)Derrupe- o.p-cit-p(213).

(3) د. فؤاد عبد المنعم رياض ، د. سامية راشد – المصدر السابق – ص ٢٦٣ .

(4)HUET (A) – les conflits de lois en matiere de preuve - these strasbourg – Dalloz – paris – 1965 – No (144) .

(5) المصدر السابق – ص ١٤٤ .

القضائية كوسيلة من وسائل الإثبات ، يرجع في شأنه الى القانون الذي يحكم الموضوع ، و من ثم يخضع كأصل عام للقانون الواجب التطبيق على النزاع[١] .

المطلب الثاني

القانون الواجب التطبيق على عبء إثبات الجنسية

يتفق الفقه الراجح على خضوع عبء الإثبات[٢] ، للقانون الذي يحكم الموضوع ، فتحديد الخصم الذي يقع عليه عبء إثبات الوقائع الأصلية التي يتولد عنها الحق المدعى به هو أمر وثيق الصلة بموضوع الدعوى ، وهو ما يستلزم الرجوع في شأنه للقانون الواجب التطبيق على النزاع[٣] .

وقد أشار جانب من الفقه الفرنسي الى أنه من النادر أن يشير القضاء الى اختصاص القانون الذي يحكم الموضوع في شأن عبء الإثبات ، و يرجع ذلك الى أن أغلب قوانين العالم تتبنى قاعدة موحدة من حيث الأصل في شأن عبء الإثبات فليس هناك من يلقي من بين القوانين بعبء الإثبات على غير المدعي[٤] .

و بناءً على ما سبق يخضع عبء إثبات الجنسية للقانون الذي يحكم الموضوع، أي قانون الدولة التي يدعي الشخص المعني الأنتماء إليها بجنسيته[٥] ، فالأخير هو الذي يتوجب الرجوع إليه لبيان من يقع عليه عبء إثبات الجنسية ، و هذا الحكم يعد تطبيقاً لقواعد الإجراءات المتبعة بصفة عامة في منازعات القانون الدولي الخاص[٦] .

([1])Huet – O.P. – Cit – No (190) – p (230-231) .

([٢]) أن المقصود بعبء الإثبات هو " مركز يفرض فيه القانون على الخصم تقديم أدلة الإثبات الجائزة قانوناً لأقناع القاضي بصحة الواقعة التي يدعيها أو أنتفاء الواقعة المدعى بها من قبل خصمه و إلا تعرض لرفض إدعائه من القضاء " .
د. نجلاء توفيق فليح ـ عبء الإثبات في الدعوى المدنية – رسالة دكتوراه – الموصل – ١٩٩٨ – ص٢٧ .

([٣]) د. عز الدين عبد الله – المصدر السابق – ص ٨٠٣ .
Batiffol – O.P –Cit – No (706) , Lerebours – Pigeonniehe et Loussarn – O.P-Cit – No (435) .

([4])Huet – O.P-Cit - p (146) .

([5])Derrupe- o.p-cit-p(21) .

([٦]) د. فؤاد عبد المنعم رياض ، د. سامية راشد – المصدر السابق – ص ٢٦٥ .

و إذا كان المبدأ يبدو على هذا النحو واضحاً ، و لا يثير في أصوله العامة تنازعاً بين القوانين ، إلا أن أعمال هذا المبدأ من الناحية العملية ليس بمثل هذه السهولة الظاهرة ، إذ أنه قد يتعذر عملياً على المدعي أن ينجح في إثبات الواقعة الأصلية التي يتولد عنها الحق المدعى به ، و لهذا يجري القضاء عادة على تخويل المدعي حق إثبات واقعة مجاورة للواقعة الأصلية يؤدي ثبوتها عقلاً الى ترجيح صدق دعواه ، و من ثم ينتقل عبء الإثبات الى خصمه (المدعى عليه)، و تبادل عبء الإثبات على النحو السابق ، بمقتضى القرائن القضائية أمر يتصل بكيفية تكوين قناعة القاضي ، و هو يخضع بهذا الوصف لقانونه ، بيد أن الأمر يختلف تماماً بالنسبة للقرائن القانونية التي يقيمها المشرع لصالح المدعي الذي يتعذر عليه إثبات الواقعة الأصلية المنشئة لحقه ، ذلك أن هذه القرائن ترتبط بموضوع النزاع أرتباطاً وثيقاً ، فالمشرع إذ يقيم قرينة قانونية معينة ليتحول بها الإثبات من الواقعة المنشئة للحق و المتعذر إثباتها الى واقعة مجاورة ، فهو يسهل بذلك من مهمة المدعي الذي يكفيه إثبات الواقعة المجاورة لتكون قرينة على ثبوت الواقعة الأصلية ، و من ثم ينتقل عبء الإثبات الى المدعى عليه ، و المشرع و هو يحرص على النص على بعض القرائن القانونية ، يهدف الى مراعاة اعتبارات تتصل اتصالاً وثيقاً بالحق موضوع الدعوى ، و من هنا يتعين إخضاع القرائن القانونية للقانون الذي يحكم الحق المدعى به ، أي قانون الموضوع[1] .

على أنه يجب القول في مثل ذلك أن القرائن القانونية قد تخضع لقانون القاضي في المنازعات المتضمنة عنصراً أجنبياً ، و ذلك فيما لو كانت القرينة عنصراً من عناصر الكشف عن ضابط الإسناد ، فالقاعدة المستقرة في معظم الدول هي إخضاع الالتزامات العقدية لقانون الإرادة[2] ، فإذا لم يعلن المتعاقدون بتعبير صريح عن إرادتهم في تطبيق قانون معين تعين على القاضي أن يكشف عن التعبير الضمني لتلك الإرادة [3] .

و لأجل ذلك تقرر بعض النظم القانونية عدة قرائن يستهدي بها القاضي في الكشف عن التعبير الضمني للإرادة ، و قانون القاضي هو الذي يختص ببيان القرائن التي يمكن للقاضي أن

([1]) د. منصور مصطفى منصور – المصدر السابق – ص ٥٨١ ، د. عز الدين عبد الله – المصدر السابق – ص ٥٨٣ .
Lerbours , Pigeonniere et loussouarn –O.P.-Cit – p (527) . – Huet –O.P.-Cit – No (64) , No (122) .

([2]) أنظر الفقرة الأولى من المادة (٢٥) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ ، والفقرة الأولى من المادة (١٩) من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ .

([3]) د. هشام علي صادق – المصدر السابق – ص ٦٤٥ و مابعدها .

يعتمد عليها في البحث ، فالأمر هنا يتعلق ببيان عناصر قاعدة الإسناد و لا شأن له بموضوع النزاع[1].

المبحث الثاني

القانون الواجب التطبيق على طرق إثبات الجنسية و تقدير الأدلة

تقدم أن أهمية الإثبات تظهر عند عرض المنازعات على القضاء ، و يقع حينئذ على عاتق القاضي تطبيق القواعد القانونية المنظمة للإثبات ، كما تقدم أيضاً أن مسائل الإثبات متعددة وتختلف بعضها عن بعض في طبيعتها ، فضلاً عن إختلاف الفقه في طبيعة بعض منها الموضوعية أو الأجرائية ، و من هذه المسائل طرق إثبات الجنسية و تقدير أدلة الإثبات ، فلابد من بيان طبيعة كل منها لأمكان أعطائها الحكم الذي يوائم طبيعتها .

ولذا سنعقد المطلب الأول لبيان القانون الواجب التطبيق على طرق إثبات الجنسية ، ونفرد المطلب الثاني للكشف عن القانون الواجب التطبيق على تقدير الأدلة .

المطلب الأول

القانون الواجب التطبيق على طرق إثبات الجنسية

إختلف الفقه إختلافاً واضحاً حول القانون الواجب التطبيق على طرق الإثبات ، إلا أنه يمكن رد هذا الأختلاف الى مذهبين : -

الأول :-

يذهب الى تطبيق قانون القاضي في شأن طرق الإثبات ، فبيان ما يقبل من الأدلة و ما لا يقبل هو أمر يتعلق بكيفية تكوين قناعة القاضي و مدى ثقته في الأدلة المقدمة ، لذلك فأن قانون القاضي

([1])Huet –O.P.-Cit – No (126) .

هو الذي يحدد طرق الإثبات ، أي ما يقبل من الأدلة في الدعوى[١] ، و هكذا تعد طرق الإثبات وفقاً لهذا المذهب من مسائل الإجراءات التي تخضع لقانون القاضي[٢] .

و قد قيل في الرد على ذلك في فرنسا ، أنه ليس صحيحاً أن بيان الأدلة المقبولة في الإثبات هو امر يتعلق بتقدير القاضي و إقتناعه ، ذلك أن القاضي يتقيد في تكوين عقيدته بطرق الإثبات التي حددها القانون ، فهو غير ملزم بالبحث عن الحقيقة المجردة ، و أنما هو يبحث في واقع الأمر عن الحقيقة القضائية الثابتة بمقتضى الأدلة التي حددها القانون و التي يتعين عليه قبولها و لو لم يكن مقتنعاً بها في إثبات الحق المدعى به[٣] ، و من هنا كان القول بأن الإثبات يؤدي الى حقيقة ظنية لا حقيقة قطعية[٤] .

و نعتقد أن الإتجاه الذي أضفى على طرق الإثبات طابعاً إجرائياً ينتهي الى تطبيق قانون القاضي في شأنها (على أساس أن الأمر يتعلق بكيفية تكوين قناعة القاضي و عقيدته و مدى ثقته في الأدلة المقدمة) هو إتجاه لا يستند الى أساس صحيح ، على الأقل في البلاد التي لا تأخذ بمذهب الإثبات المطلق كما هو الحال في كل من فرنسا و مصر و العراق[٥] .

على أنه يجب القول أن جانباً من الفقه المناصر لهذا المذهب يسلم بضرورة أفساح المجال للقانون الذي يحكم الحق المدعى به لبيان الدليل المقبول في الدعوى و ذلك في الفروض التي تكون الأدلة فيها وثيقة الصلة بموضوع النزاع كما هو الحال في إثبات البنوة الشرعية .

أما بالنسبة لطرق الإثبات التي لا تتصل بموضوع الدعوى أتصالاً وثيقاً فأنه يتعين الرجوع في شأنها لقانون القاضي[٦] .

([1]) Batiffol – O.P.Cit – No (707).

([٢]) د. عز الدين عبد الله – المصدر السابق – ص ٨٠٤ و ما بعدها .

([3])Huet –O.P.-Cit – No (27) .

([٤])د. عبد المنعم فرج الصدة – الإثبات في المواد المدنية – ط٢ – القاهرة – ١٩٥٤ – ص ٦ .

([٥]) حيث أن الحكم مختلف في الدول التي تأخذ بمبدأ الإثبات الحر أو المطلق ، إذ لا يحدد القانون طرقاً معينة للإثبات ، و أنما يكون الإثبات بأية وسيلة ممكنة توصل الى أقناع القاضي ، كما هو الحال في المانيا وسويسرا و انكلترا و الولايات المتحدة الامريكية .

- انظر في المذاهب المختلفة في الإثبات : -

د. عبد المنعم فرج الصدة – المصدر السابق – ص ٧ و ما بعدها .

([٦]) و لعل ذلك هو ما دفع فقه القانون الدولي الخاص في المانيا الى أخضاع طرق الإثبات لقانون القاضي ، فالقاضي في المانيا يتمتع بحرية كبيرة في تقصي الحقيقة ، و لذا يبدو طبيعياً أن يرفض الفقه هناك تطبيق القوانين الأجنبية في شأن بيان الأدلة المقبولة في الدعوى حتى لا يؤدي ذلك الى تقييد القضاء بطرق محددة في الإثبات قد تتنافى مع حريته الواسعة في تكوين قناعته . انظر في ذلك : -

د. عز الدين عبد الله – المصدر السابق – ص ٨٠٥ – هامش رقم (١) .

الثاني :-

يذهب الى القول بأن تحديد طرق الإثبات و بيان ما يقبل من الأدلة في الدعوى هو أمر وثيق الصلة بموضوع النزاع ، مما يستتبع أخضاعه كقاعدة عامة لنفس القانون الذي يحكم الحق المدعى به ، فالقانون الذي يحكم الموضوع هو الذي يبين مثلاً ما إذا كان من الجائز قبول كل من الشهادة و الأقرار و اليمين ، كدليل في الإثبات من عدمه[١] .

و الظاهر أن القضاء المصري قد أيد هذا المذهب ، فقد جاء في حيثيات حكم لمحكمة النقض الصادر في ٨ / كانون الثاني / ١٩٥٣ أنه ((لما كان طرف الدعوى فرنسيين فالقانون الواجب التطبيق في هذا الخصوص هو القانون الفرنسي ، سواء فيما يتعلق بموضوع الدعوى أو بالدليل المقبول فيها .....))[٢] ، أي أن المحكمة قد رأت الرجوع الى القانون الأجنبي الذي يحكم موضوع الدعوى في شأن طرق الإثبات و الأدلة المقبولة فيها .

و قد أنتقد هذا الحكم جانب من الفقه المصري المؤيد للمذهب الأول لأنه قد أخضع مسألة قبول الدليل في دعوى التطليق المعروضة أمامها (و هي مناسبة صدور الحكم السابق) للقانون الفرنسي بوصفه القانون الواجب التطبيق على موضوع الدعوى دون أن يشير الى وجود صلة وثيقة بين موضوع النزاع و الدليل المقدم في شأنه[٣] .

و يمكن القول بعد ذلك أنه بالرغم من اختلاف الفقه على النحو السابق بين مؤيد لتطبيق قانون القاضي على طرق الإثبات – على الأقل بالنسبة للادلة غير الوثيقة الصلة بموضوع الدعوى - ، و مناصر لأخضاع مسألة قبول الادلة للقانون الذي يحكم الموضوع ، إلا أن غالبيتهم أتفقوا مع ذلك على تأكيد أستثناءً مهم ، مقتضاه خضوع الدليل الكتابي المعد لإثبات التصرفات القانونية لقانون محل إبرام التصرف ، تطبيقاً لقاعدة خضوع الشكل لقانون بلد الإبرام[٤] .

---

(١) د. محمد كمال فهمي – أصول القانون الدولي الخاص – مؤسسة الثقافة – مصر – ١٩٧٨ – ص ٥٢٥ .
(٢) مجموعة الاحكام الصادرة عن المكتب الفني – السنة الرابعة – العدد الثالث – ص ٣٥٥ .
(٣) أنظر في ذلك : - د. عز الدين عبد الله – المصدر السابق – ص ٨٠٧ ، حيث يشير الى أنه " لو عللت المحكمة قضاءها بأن قبول الدليل في دعوى التطليق وثيق الصلة بنظام التطليق ذاته ، و من ثم يخضع للقانون الذي يحكمه ، لكان هذا القضاء أكثر قبولاً و ترحيباً .
(٤) د. منصور مصطفى منصور – المصدر السابق – ص ٥٨٠ ، د. عز الدين عبد الله – المصدر السابق – ص٨٠٤-٨٠٥ .
Lerebours , Pigeon niereet loussouarn – O.P-Cit – No (435) , Batiffol – O.P-Cit –No (707).

و أساس ذلك أن مسألة وجوب أو عدم وجوب الدليل الكتابي لإثبات التصرف هي مسألة تدخل في مضمون فكرة شكل التصرفات القانونية ، و من ثم تخضع لقانون محل الإبرام[1] .

على انه لما كانت قاعدة خضوع الشكل لقانون المكان تقوم أساساً على أعتبارات التيسير على المتعاقدين ، فقد سلم الفقه بأن للقاضي أن يستغني عن الدليل الكتابي الذي يتطلبه القانون الخاص بمحل إبرام التصرف القانوني ما دام أن قانونه لا يشترط هذا الدليل[2] .

و نعتقد أن تحديد القانون الواجب التطبيق على طرق الإثبات يقتضي التمييز بين الأدلة المكتوبة المعدة لإثبات التصرفات القانونية ، و بين غيرها من الأدلة الأخرى . إذ أشرنا سابقاً أن مسألة وجوب أو عدم وجوب الدليل الكتابي لإثبات التصرف القانوني تخضع لقانون مكان إبرام التصرف القانوني (القانون المحلي) ، ما لم يكن قانون القاضي يجيز إثبات التصرف بغير هذا الدليل نزولاً عند اعتبارات التيسير التي تقوم عليها قاعدة الشكل .

أما بالنسبة للأدلة الأخرى سواء بالنسبة للأدلة المعدة لإثبات الوقائع أو تلك المعدة لإثبات التصرفات القانونية فهي تخضع للقانون الذي يحكم الموضوع ، لأن تحديد ما يقبل من الأدلة في الدعوى هي مسألة وثيقة الصلة بموضوع النزاع ، و من ثم فمن اللزوم أخضاعها للقانون الواجب التطبيق عليه[3] .

وبناءً على ذلك لا يجوز للقاضي أن يقبل الشهادة أو الأقرار أو اليمين إلا في الحالات التي يجيزها القانون الذي يحكم الموضوع ، كما و قد سبقت الأشارة الى أن القرائن القانونية تخضع بدورها للقانون الذي يحكم الموضوع فيما يتعلق بالأحوال التي يجوز للقاضي فيها أن يستخدم هذه الوسيلة في الإثبات ، أي أن مدى حرية القاضي في أستخدامها – أي القرائن القضائية – هو أمر يرجع في شأنه أيضاً للقانون الذي يحكم الموضوع ، فليس للقاضي أن يستخدم سلطته في إستنباط القرائن القضائية كطريقة من طرق الإثبات إلا في الأحوال التي يجيزها القانون الذي يحكم

---

(1) د. هشام علي صادق – المصدر السابق – ص ٣١١-٣١٢ .
(2) و قد ذهب البعض الى حد القول بأخضاع كافة الادلة المقبولة لإثبات التصرفات القانونية للقانون المحلي ، ومقتضى هذا هو خضوع الدليل أياً كان و لو لم يكن كتابياً للقانون الذي يحكم شكل التصرفات . أنظر في ذلك :
Huet – O.P-Cit – No (91) .
و قد أنتقد الفقه الغالب هذا الأتجاه لكونه قد ربط دون مبرر بين فكرة الشكل و بين جميع الادلة المقبولة في إثبات التصرف القانوني ، في حين أن مسألة وجوب الدليل الكتابي المعد في الإثبات هي وحدها التي يمكن أن تدخل في مضمون فكرة الشكل
Batiffol – O.P.Cit –No (707) .
(3)Huet – O.P-Cit – No (190).

الموضوع ، أما بالنسبة لمدى حرية القاضي في إستنباط القرائن القضائية في الفروض المسموح له فيها بأستخدام هذه الوسيلة من وسائل الإثبات ، فهي مسألة متروكة لتقديره في ظل المبادئ العامة السائدة في قانونه[١] .

و لا بد من الاشارة الى أن إختصاص القانون الذي يحكم الموضوع ببيان ما يقبل من الأدلة في الدعوى لا يمنع من إستبعاد هذا القانون عندما يخالف النظام العام في دولة القاضي المعروض أمامه النزاع ، أو فيما لو رفض المشرع الأخذ بهذا الدليل بنص صريح[٢] .

ولهذا فإن المرجع في تحديد الأدلة المقبولة في الإثبات ، و الطرق التي يمكن من خلالها إثبات الجنسية هو قانون الموضوع ، أي القانون الخاص بالدولة الأجنبية التي يدعي الشخص المعني الانتماء إليها بجنسيته ، فالأخير هو الذي يحدد الطرق و القيود التي يتم إثبات الجنسية من خلالها ، ذلك لأنه لو ((أجزنا إثبات الجنسية الأجنبية بكافة الوسائل دون مراعاة الطرق والقيود التي يتطلبها تشريع هذه الجنسية، فأن ذلك قد يفضي الى إقرار الجنسية الأجنبية للشخص في غير الحالات التي يقرها له قانون هذه الجنسية ، و هي نتيجة تتعارض مع المبدأ القاضي بوجوب تحديد الأفراد المتمتعين بجنسية الدولة وفقاً لما يقضي به تشريع الدولة ذاتها))[٣] .

و بناءً عليه يرفض الفقه الراجح الأتجاه الذي ساد لدى القضاء ، و الذي لم يتقيد في إثبات الجنسية الأجنبية بالطرق المتبعة في القانون الأجنبي على أساس أن تحديد انتماء الشخص الى جنسية أجنبية هي مسألة تتعلق بالواقع و من ثم يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات[٤] .

المطلب الثاني

القانون الواجب التطبيق على تقدير الأدلة

أن مسألة تقدير أدلة الإثبات سواء منها ما تعلق بقوة الدليل في الإثبات ، أو إجراءات تقديم الدليل ، ذات أهمية عملية كبيرة إذ يتوقف عليها في بعض الأحوال ثبوت الحق أو عدمه ، و قد

([1])Huet – O.P-Cit – No (50).

([٢]) د. عز الدين عبد الله – المصدر السابق – ص ٨٠٥ ، د. منصور مصطفى منصور – المصدر السابق – ص ٣٨٢ .

([٣]) د. فؤاد عبد المنعم رياض ، د. سامية راشد – المصدر السابق – ص٢٦٤-٢٦٥ .

([٤]) د. ماجد الحلواني – الوجيز في الحقوق الدولية الخاصة – ج١ – مطبعة الاداب و العلوم – دمشق – ١٩٦٥ – ص ١٨٨.

Ancel – Note sous – 13 Juilet , 1933 – Rev , crit – 1934 – p(705) .

إختلف في شأن القانون الذي يحكمها ، و حصل التردد في ذلك بين قانون القاضي والقانون الموضوعي و القانون المحلي أي قانون المكان الذي ابرم فيه التصرف أو حدثت فيه الواقعة المنشئة للحق (و هو أيضاً القانون الذي يحكم شكل التصرفات القانونية) . و من ثم يستلزم البحث مناقشة كل مسألة من هاتين المسألتين في فرع مستقل .

الفرع الأول

القانون الواجب التطبيق على قوة الدليل

لا يوجد نص قانوني يحدد القانون الواجب التطبيق عل قوة الدليل في الإثبات ، ولذلك يتجه غالبية الفقه الى أخضاع قوة الدليل في الإثبات لنفس القانون الذي يحكم الدليل ذاته ، ولذلك يجمع على أن القانون الذي يحكم شكل التصرفات القانونية أي القانون المحلي – يحكم أيضاً قوة الورقة الرسمية أو العرفية في الإثبات[1] .

أما بالنسبة للأدلة الأخرى ، فقد إختلف الفقه حول بيان القانون الواجب التطبيق لمعرفة قوتها في الإثبات و على النحو الآتي : -

الاتجاه الاول :

و يذهب الى أن قانون القاضي هو الذي يحدد قوة كل دليل في الإثبات ، والملاحظ أن أنصار هذا الاتجاه هم أيضاً من أتجه الى الرجوع الى قانون القاضي في شأن بيان ما يقبل من الادلة في الدعوى[2] .

الاتجاه الثاني :

([1]) د. عز الدين عبد الله – المصدر السابق – ص ٨١٠ ، د. منصور مصطفى منصور – المصدر السابق – ص٣٨٢ .

Batiffol –O.P-Cit – No (708) , Huet – O.P-Cit – No (237)

([2]) د. عز الدين عبد الله – المصدر السابق – ص ٨٠٣ وما بعدها ، مع ملاحظة أن هذا الاتجاه يستثني القرائن القانونية و يرى الرجوع في شأنها للقانون الذي يحكم الموضوع ،فهذا القانون هو الذي يبين ما إذا كانت القرينة قاطعة أو قابلة لإثبات العكس . Batiffol – O.P-Cit – No (708)

على العكس من الأول ، أكد جانب من الفقه المؤيد اعتبار مسألة بيان ما يقبل من الأدلة في الدعوى مسألة موضوعية يحكمها القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع أن هذا القانون ذاته ، هو الذي يحدد قوة الدليل في الإثبات[١].

و نعتقد بسلامة الرجوع للقانون الذي يحكم شكل التصرفات القانونية لتحديد قوة الورقة الرسمية أو العرفية في إثبات التصرف ، ذلك لأنه ((متى كانت الشكلية لازمة للإثبات و أتخذ التصرف بالشكل المقرر في القانون المختص بحكم الشكل ، صار من غير المعقول أن تخضع قوة هذا الشكل في الإثبات لقانون آخر))[٢] .

كما أنه لا يمكن إخضاع الأدلة الأخرى جميعها في الإثبات لقانون الموضوع على نحو ما ذهب إليه الاتجاه الثاني[٣] ، و إنما يجب التمييز بين اليمين و الإقرار و القرائن القانونية من جهة ، و بين الشهادة و القرائن القضائية من جهة أخرى .

فالقانون الذي يحكم الموضوع هو الذي يحدد الأحوال التي يجوز فيها الإثبات باليمين أو الإقرار ، وهو الذي يبين قوتها في الإثبات[٤] . كذلك فإن قانون الموضوع و الذي تخضع له القرائن القانونية هو الذي يحدد قوة القرينة القانونية في الإثبات ، هل هي قرينة قاطعة أم تقبل الدليل العكسي[٥] .

أما بالنسبة للشهادة و القرائن القضائية فأن الأمر يختلف ، فقانون القاضي هو الذي يحدد قوة كل دليل منها في الإثبات ، و مرد ذلك بالنسب للشهادة ، أن القاعدة في شأنها هي أن للقاضي حرية في تقديرها ، فله أن يأخذ بشهادة شاهد و يطرح شهادة آخر ، بل و أنه غير ملزم بتصديق الشاهد في كل ما يقوله ، فله أن يطرح من شهادته ما لا يصدقه منها ، و من ثم تقدير الشهادة و استخلاص الواقع منها يدخل ضمن سلطة القاضي و لا رقابة لمحكمة التمييز عليه في هذا الأمر[٦] .

---

(١) د. منصور مصطفى منصور – المصدر السابق – ص ٣٨٢ .
(٢) د. عز الدين عبد الله – المصدر السابق – ص ٨١١ .
(٣) د. منصور مصطفى منصور – المصدر السابق – ص ٣٨٢ .
(4)Huet – O.P – Cit – No (264).
(٥) عز الدين عبد الله – المصدر السابق – ص ٨١٠-٨١١ .
Batiffol – O.P-Cit- p (448)
Bartin – Principes de droit international Privé - 3 eme édition – Tome I – Paris – 1939 – No (177) .
(6)Huet –O.P-Cit – No (768) .
و أنظر في خضوع حجية الشهادة لتقدير القضاء : -
د. عبد المنعم فرج الصدة – المصدر السابق ف (١٨٧) .

و بناءً على ذلك فإن بيان مدى قوة الشهادة في الإثبات هو أمر يخضع لتقدير القاضي في ضوء المبادئ السائدة في قانونه ، أي أنه لا يصح الرجوع في هذا التقدير للقانون الأجنبي الذي يحكم الموضوع ، و ليس في هذا ما يتعارض مع وجوب الرجوع الى قانون الموضوع لبيان ما يقبل من الأدلة في الدعوى ، أما تقدير الشهادة في الفروض التي يصح الأخذ بها كوسيلة من وسائل الإثبات فهو من سلطة محكمة الموضوع ، و من ثم لا يصح الرجوع في شأنه لغير المبادئ العامة في قانون القاضي[١] .

أما بالنسبة للقرائن القضائية ، فالقانون الذي يحكم الموضوع – كما أسلفنا – هو الذي يبين الأحوال التي يجوز للقاضي فيها أن يستخدم سلطته في إستنباط القرائن القضائية ، اما قوة القرائن في الإثبات فهي مسألة متروكة بداهة لتقدير القاضي وفقاً للمبادئ العامة السائدة في قانونه ، كما أنه يستحيل عملاً أن نقيد سلطة القاضي في تقدير القرينة القضائية بغير ما تمليه قناعته الشخصية ، و يبدو أن هذا الحكم هو ما دفع البعض الى القول بأن تقدير القاضي للقرائن القضائية لا يمكن أن يثير تنازعاً بين القوانين[٢] .

على أن هذه الأحكام لا تقوم على أساس أن تقدير قوة كل من الشهادة والقرينة القضائية في الإثبات من مسائل المرافعات و من ثم يجب إخضاعها لقانون القاضي على نحو ما ذهب إليه البعض[٣] ، و إنما تستند الى أن للقاضي حرية في تقدير الشهادة و أستخلاص القرائن القضائية، و هذه السلطة التقديرية التي يتمتع بها القاضي في شأن هاتين الوسيلتين من وسائل الإثبات لا يمكن أن تتقيد بما قد يكون مقرراً في القانون الأجنبي الذي يحكم الموضوع[٤] .

([1])Huet –O.P-Cit – No (268)

([٢]) المصدر السابق نفسه – ص ٣٢٢ .

([3])Niboyet – Cours de droit international privé francise – 2 édition – paris – 1949 – No (1462).

([٤]) أنظر في تأكيد هذا الاتجاه في فرنسا : -

. Huet –O.P-Cit – No (320)

الفرع الثاني

القانون الواجب التطبيق على إجراءات تقديم الدليل

تعد إجراءات تقديم الدليل قواعد تنظيمية تكفل حسن سير الدعوى دون أن تمس موضوع النزاع أو تؤثر على الحكم الصادر فيه[1] .

و على ذلك فأن قانون القاضي هو المرجع في بيان كيفية تقديم الدليل ، مثل كيفية أداء الشهادة و حلف اليمين و كيفية الحصول على إقرار من الخصوم ، و هو المرجع كذلك بالنسبة لكيفية تقديم الدليل الكتابي ، و هو الذي يبين كيفية أنتقال المحكمة للمعاينة أو إتخاذ إجراءات الخبرة ، أو مضاهاة الخطوط أو الطعن فيها بالتزوير[2] .

على أنه إذا كان مبدأ خضوع إجراءات تقديم الدليل لقانون القاضي يبدو واضحاً ، إلا أن تطبيق هذا المبدأ قد يثير صعوبات ليس من السهل تجاهلها ، فبالنسبة للشهادة مثلاً ، فقد ثار الخلاف حول المرجع في تعيين من تقبل منهم الشهادة ، هل هو قانون القاضي أم قانون الموضوع؟

إنقسم الفقه في صدد الاجابة عن التساؤل السابق الى مذهبين إثنين هما : -

الأول : -

يتجه أنصاره الى القول بأن قانون الموضوع هو الذي يحدد من تقبل منهم الشهادة ، فهذا القانون الذي يعول عليه الخصوم عند نشوء العلاقة القانونية و ليس من المعقول أن يفرض عليهم أن يلموا مقدماً في هذا الوقت بحكم القانون فيمن تقبل منهم الشهادة في قوانين مختلف البلاد التي يحتمل أن يجري النزاع في العلاقة لدى محاكمها[3] .

---

(1) د. محمد يحيى مطر – مسائل الإثبات في القضايا المدنية و التجارية – الدار الجامعية – بيروت – ١٩٨٩ – ص ١٦ .

(2) د. منصور مصطفى منصور – المصدر السابق – ص ٢٨٣ ، و أنظر كذلك البند ثانياً من المادة (١٣) من قانون الإثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ المعدل .

Batiffol –O.P-Cit –No (709) .

(3) د. عز الدين عبد الله – المصدر السابق – ص ٨١٢ .

Huet –O.P-Cit – No (332) .

و مما يؤيد هذا المذهب أن المسألة تتعلق بقبول الدليل ، و هي مسألة تخضع للقانون الذي يحكم الموضوع[١] .

الثاني :-

يرى أن قانون القاضي هو المرجع في بيان من تقبل منهم الشهادة على أساس أن الأمر يتعلق بالقواعد الأجرائية البحتة التي تخضع لقانون القاضي بلا خلاف[٢] .

و نعتقد أن هذه المسألة تخضع لقانون القاضي لكونها تتعلق بالدرجة الأولى باعتبارات عامة تمس النظام العام في دولة القاضي ، و لا شك أن هذه الاعتبارات تسمو فوق مصلحة الخصوم في تطبيق القانون الذي يحكم الموضوع بدعوى أنه القانون الذي وقع أختيارهم عليه عند نشأة العلاقة القانونية ، وهي بهذا الوصف تعد من القواعد ذات التطبيق المباشر ، أي القواعد التي تحدد بذاتها مجال سريانها المكاني دون حاجة الى أدخال العلاقات المتعلقة بها في فكرة مسندة معينة تمهيداً لأسنادها أخيراً لقانون القاضي[٣] .

و صفوة القول أن تعلق إجراءات تقديم الدليل و قوته في الإثبات بسير الدعوى، و اثبتات صلتها بموضوع النزاع يخضعها لقانون القاضي المطروح أمامه النزاع ، و لابد من الاشارة ،إلى أنه و في مثل هذه الفروض و عندما يتحدد تطبيق قانون القاضي فأن أهمية الرجوع الى هذا القانون لا تبدو إلا في الفرض الذي يدعي الشخص فيه الانتماء الى جنسية دولة أجنبية ، حيث يختلف القانون الواجب التطبيق على المسائل الموضوعية في الإثبات (و هو قانون أجنبي) عن قانون القاضي الذي تخضع له المسائل الإجرائية ، أما لو كان الشخص المعنى بالأمر يدعي الانتماء الى الجنسية الوطنية فلا توجد حاجة للتفرقة بعد ذلك بين المسائل الموضوعية والمسائل الإجرائية في الإثبات ، على أساس أن القانون الوطني يعد في هذه الحالة هو قانون الموضوع وقانون القاضي في نفس الوقت و الرجوع الى القانون الوطني في هذا الفرض سواء بالنسبة لبيان مدى انتماء الفرد للجنسية الوطنية أو بالنسبة للقواعد المتبعة في إثبات هذه الجنسية يعد تطبيقاً لفكرة أقليمية القانون العام ، و من ثم يمكن القول أن قواعد القانون الوطني في هذا الصدد تعد من

---

(١) د. محمد كمال فهمي – المصدر السابق – ص ٥٢٥ .
Lerebours , Pigeonniere et Loussouarn – O.P- Cit – No (435).
(2)Huet –O.P-Cit – No (274)
(3)Francescakis – Quelques Precisions sur les lois daapplication immediate et lours rapports avec les regles de conflits de lois , Rev–Crit–1966– p (5) .

القواعد ذات التطبيق المباشر التي تخرج من مجال التنازع وفقاً لمفهومه التقليدي المرتبط بمسائل القانون الخاص[1] .

أما إذا كان الشخص المعنى بالأمر يدعي الانتماء الى جنسية دولة أجنبية فأن الرجوع الى قانون تلك الدولة بالنسبة للمسائل السابقة لا يستند الى قاعدة إسناد مزدوجة تقضي بتطبيق هذا القانون ، لأن رابطة الجنسية من روابط القانون العام التي تخرج من مجال أعمال قواعد التنازع، على أن الفقه المؤيد لفكرة أن تطبيق القانون الأجنبي أنما يتم من خلال قاعدة إسناد مزدوجة ، برر موقفه هذا بالقول أن الجنسية تعد من عناصر الحالة المدنية للأشخاص و التي يرجع في شأنها الى قانون الدولة التي ينتمي إليها الشخص بجنسيته أو يدعي هذا الانتماء ، أي إعتبار الجنسية من مسائل القانون الخاص ، و من ثم فالقانون الأجنبي يطبق في شأنها بالإستناد الى قواعد التنازع المزدوجة[2].

الخاتـــمة:

الحمد لله رب العالمين . به بدأنا و به نختم ما قدمنا ، وبعد ... فما دام قد بلغنا خاتمة المطاف من هذا البحث المتواضع ، يلزم أن نسجل أبرز ما توصلنا إليه أو ما تحصل لدينا من استنتاجات ، ولنثبت من ثم المقترحات التي نطمح إلى تحقيقها .

أولاً : - النتائج :-

١- أن المشرع العراقي لم يعن بتنظيم إثبات الجنسية تنظيماً كاملاً مع أن هذه المسألة لا تقل أهمية و خطراً عن المسائل كافة التي عالجها ، بل وتزداد هذه الأهمية مع مر الزمن ، إذ لا يخفى أن الإفراد في حاجة دائمة لإثبات جنسيتهم دفاعاً عن مصالحهم إزاء الغير و إزاء السلطات العامة التي ينتسبون إليها و في الدول الأخرى .

٢- وجوب إخضاع المسائل الموضوعية في إثبات الجنسية إلى قانون الدولة التي يدعي الشخص الانتماء إليها أو نفي هذا الانتماء ، بحيث يقتصر تطبيق قانون القاضي في

(1)Francescakis O.P-Cit – p (5) .
(2)Makorov – O.P-Cit – p (361) .

شأن المسائل الإجرائية في الإثبات ، مع أمكان الرجوع الى هذا القانون أيضاً عند تعذر تطبيق القانون الأجنبي المختص .

٣- إن محل إثبات الجنسية هو مصدر نشوء الحق فيها ، على أن لفظة (مصدر) التي وردت هنا إنما وردت بمعنى كافة الوقائع و الإعمال القانونية التي تكسب الفرد الصفة الوطنية أو تفقده إياها ، و ليس بمعنى السند القانوني في كسب الجنسية الوطنية أو فقدها ، و هو يتنوع بحسب تنوع أسباب كسب الجنسية أو فقدها .

٤- إن القاعدة التي تحكم عبء إثبات الجنسية تختلف بحسب النظام القانوني الذي تعرض فيه مسألة عبء إثبات الجنسية .

٥- إن القاعدة التي تحكم عبء إثبات الجنسية لا تبقى على حالها إذا طرأ عليها بعض المسائل التي تمثل استثناء منها (حيازة الحالة (الجنسية الظاهرة) ، شهادة الجنسية الوطنية ، امتياز التنفيذ المباشر المقرر لجهة الإدارة) بل يتجه بالقاعدة نحو الاستثناء، إذ يتحول عبء إثبات الجنسية الى الطرف الآخر في الدعوى عندما تنهض أحدى هذه المسائل الى جانب من يقع عليه عبء الإثبات وفقاً للقاعدة السالفة .

٦- إن الرجوع إلى قانون الدولة الأجنبية التي يدعي الشخص الانتماء إليها بجنسيته لا يكون مطلقاً ، فمن حق القاضي الوطني عدم الرجوع إلى ذلك القانون إذا كان مخالفاً للنظام العام في دولة القاضي ، أو إذا كان ذلك القانون الأجنبي يقر الجنسية للشخص المعنى بالأمر بناءً على سبب ينطوي على نوع من التحايل و الغش ، و كل ذلك مرده إعمال قاعدة دولية مؤداها الاستناد إلى تحقق الرابطة الجدية و الفعالة بين الدولة و الفرد المعنيين .

ثانياً : - المقترحات : - نقترح ضرورة تنظيم أحكام إثبات الجنسية في مواد خاصة ضمن قانون الجنسية العراقية ، بأن تشتمل على المضامين الآتية :-

١-يتحمل عبء الإثبات في قضايا الجنسية كل شخص سواء كان بواسطة الدعوى أو عن طريق الدفع يدعي هو بنفسه أو شخص آخر بأنه يحمل الجنسية العراقية .

٢-عندما يدعي شخص الجنسية العراقية كجنسية أصلية يمكن إثباتها عن طريق النسب بوجود أصلين ذكرين من جهة الأب مولودين في العراق ، ويمكن أيضاً إثباتها بكل

الوسائل و خاصة عن طريق حيازة الحالة الظاهرة و تنجم الحالة الظاهرة للمواطن العراقي عن مجموعة من الوقائع العلنية المشهورة المجردة عن كل التباس والتي تثبت أن المعنى بالأمر وأبويه كانوا يتظاهرون بالصفة العراقية وكان يعترف لهم بهذه الصفة لا من طرف السلطات العامة فحسب ، بل و حتى من طرف الإفراد .

٣- في حالة ما إذا كانت الجنسية العراقية مكتسبة بموجب قانون خاص ، فيجب أن تثبت بتقديم نسخة منه يسلمها وزير العدل أو من ينيبه إلى المعنى بالأمر ، و في ما إذا كانت مكتسبة بمقتضى معاهدة ، فيجب أن يتم الإثبات طبقاً لهذه المعاهدة .

٤-تثبت الجنسية العراقية بتقديم شهادة الجنسية العراقية المسلمة من قبل السلطات المختصة بذلك .

٥-يثبت فقدان الجنسية العراقية في الحالات المنصوص عليها قانوناً بتقديم الوثيقة المتضمنة للفقدان أو بنسخة رسمية منها . و عندما ينتج الفقدان عن التصريح بالتخلي عن الجنسية ، فإن إثبات الفقدان يتم بتقديم شهادة من وزير العدل أو من يخوله بذلك تثبت أن التصريح بالتخلي قد وقع عليه بصورة قانونية . ويثبت التجريد من الجنسية العراقية بتقديم نسخة من قرار التجريد أو بنسخة من الجريدة الرسمية التي أعلنت عنه .

٦-يتم في كل الحالات إثبات تمتع الشخص بالجنسية العراقية أو عدم تمتعه بها بتقديم نسخة من القرار الصادر عن المحكمة التي تبت فيه نهائياً و بصورة أساسية .

لزوم ذكر جنسية الفرد في كافة الوثائق الخاصة بالحالة المدنية ، وإعداد سجلات خاصة تسجل فيها كافة تصريحات الاختيار والاسترداد الخاصة بالجنسية لتسهيل إثباتها

قائمة المصادر:

أولاً: - الكتب

١-د. أحمد أبو الوفا - الإثبات في المواد المدنية والتجارية - الدار الجامعية - بيروت - ١٩٨٣.

٢-أحمد عبد الكريم سلامة - المختصر في قانون العلاقات الخاصة الدولية - ط١ - دار النهضة العربية - القاهرة - بلا سنة طبع.

٣ـد. آدم وهيب النداوي ـ شرح قانون الإثبات ـ ط٢ ـ بغداد ـ ١٩٨٦.

٤ـد. السنهوري، أحمد عبد الرزاق ـ الموجز في النظرية العامة للالتزامات ـ لجنة التأليف والترجمة والنشر ـ القاهرة ـ ١٩٣٨.

٥ـد. السنهوري، أحمد عبد الرزاق ـ الوسيط في شرح القانون المدني ـ نظرية الالتزام بوجه عام ـ ج٢ ـ الإثبات ـ آثار الالتزام ـ دار إحياء التراث العربي ـ بيروت ـ ١٩٦٤.

٦ـد. جلال علي العدوي ـ مبادئ الإثبات في المسائل المدنية والتجارية ـ بلا مكان وسنة طبع.

٧ـد. سليمان مرقس ـ أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية ـ ج١ ـ الأدلة المطلقة ـ عالم الكتب ـ بلا سنة طبع.

٨ـد. سليمان مرقس ـ من طرق الإثبات في تقنينات البلاد العربية ـ معهد البحوث والدراسات العربية ـ القاهرة ـ ١٩٧١.

٩ـد. سمير عبد السيد تناغو ـ النظرية العامة في الإثبات ـ القاهرة ـ ١٩٩٩.

١٠ـد. شمس الدين الوكيل ـ الموجز في الجنسية ومركز الأجانب ـ ط١ ـ الإسكندرية ـ ١٩٦٨.

١١ـد. عصمت عبد المجيد ـ الوجيز في شرح قانون الإثبات ـ مطبعة الزمان ـ بغداد ـ ١٩٩٧.

١٢ـد. عز الدين عبد الله ـ القانون الدولي الخاص ـ ط١١ ـ الهيئة المصرية العامة للكتاب ـ مصر ـ ١٩٨٦.

١٣ـد. عكاشة عبد العال ـ أحكام الجنسية اللبنانية ومركز الأجانب ـ ج١ ـ الجنسية اللبنانية ـ الدار الجامعية للطباعة والنشر ـ بيروت ـ ١٩٩٩.

١٤ـد. غالب علي الداودي ـ القانون الدولي الخاص الأردني ـ الكتاب الأول ـ في الجنسية ـ ط٢ ـ عمان ـ ١٩٩٨.

١٥-د. فؤاد عبد المنعم رياض، د. سامية راشد - الوجيز في القانون الدولي الخاص (الجنسية ومركز الأجانب وتنازع الاختصاص القضائي الدولي) - ج١ - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٧١.

١٦-د. ماجد الحلواني - الوجيز في الحقوق الدولية الخاصة - ج١ - مطبعة الآداب والعلوم - دمشق - ١٩٦٥.

١٧-د. محمد حسن قاسم - الإثبات في المواد المدنية والتجارية - الدار الجامعية للطباعة والنشر - بيروت - ٢٠٠٠.

١٨-د. محمد عبد الخالق عمر - القانون الدولي الليبي الخاص - دار النهضة العربية - القاهرة - بلا سنة طبع.

١٩-د. محمد كمال فهمي - أصول القانون الدولي الخاص - مؤسسة الثقافة - مصر - ١٩٧٨.

٢٠-د. محمد يحيى مطر - مسائل الإثبات في القضايا المدنية والتجارية - الدار الجامعية - بيروت - ١٩٨٩.

٢١-د. ممدوح عبد الكريم حافظ - مبدأ النظام العام وتنازع القوانين - دار الطباعة الحديثة - البصرة - بلا سنة طبع.

٢٢-د. منصور مصطفى منصور - مذكرات في القانون الدولي الخاص - القاهرة - ١٩٥٧.

٢٣-د. هشام علي صادق - تنازع القوانين - ط٢ - منشأة المعارف - الإسكندرية - بلا سنة طبع.

ثانياً: - البحوث والرسائل

١-د. عز الدين عبد الله - التجنس - بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية - العدد الأول - السنة السادسة - القاهرة - ١٩٦٤.

٢-د. عصمت عبد المجيد بكر - مدى تعلق عبء الإثبات بالنظام العام بحث منشور في مجلة الدراسات القانونية الصادرة عن قسم الدراسات القانونية في بيت الحكمة - العدد الأول - السنة الثانية - بغداد - ٢٠٠٠.

٣-مصطفى محمود فراج - طرق الإثبات في القانون الأردني - بحث منشور في موقع المحامي مصطفى محمود فراج على الانترنيت - ١٠٠١.

٤-د. نجلاء توفيق فليح – عبء الإثبات في الدعوى المدنية - رسالة دكتوراه - الموصل - ١٩٩٨.

ثالثاً: - القوانين والقرارات والتعليمات

أ - القوانين:

١-القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨.

٢-القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.

٣-قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل.

٤-قانون الإثبات المصري رقم (٢٥) لسنة ١٩٦٨.

٥-قانون تسجيل الولادات والوفيات العراقي رقم (١٤٨) لسنة ١٩٧١.

٦-قانون الإثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩.

ب/ التعليمات:

١-تعليمات رقم (١) لسنة ١٩٦٥ الصادرة بموجب قانون الجنسية العراقية رقم (٤٣) لسنة ١٩٦٣.

رابعاً: - المجموعات القضائية:

١-مجلة ديوان التدوين القانوني الملغى.

٢-مجلة إدارة قضايا الحكومة.

٣-مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا المصرية - مجموعة العشر سنوات - القاهرة - ١٩٥٥ - ١٩٦٥.

٤-مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري - القاهرة - بلا سنة طبع.

٥-مجموعة الأحكام الصادرة عن محكمة التمييز - بغداد - ١٩٦٨.

٦-مجموعة القواعد الصادرة عن محكمة النقض - الجزء الأول - القاهرة - بلا سنة طبع.

٧-د. عبد الودود يحيى - الموسوعة العلمية لأحكام محكمة النقض المصرية - الجزء الأول - ١٩٨١ - ١٩٨٢.

خامساً: - المصادر الأجنبية

1-Batiffol (H) – Traite élémentaire de droit international prive – 3eme édition – paris – 1959.

2-Batiffol (H) et Lagarde (p) – Droit international prive – paris – 1981 .

3-Bartin – principes de droit international prive – 3eme édition – Tomi – paris – 1930.

4-Circulaire relative aux modalités d'entrée en vigueur de la loi du (16) mars – 1998 – Reforme de la justice – ministère de justice – république française – 2001.

5-Derrupe – la nationalité étrangère devant le juge français – Rev، Crit – 1959.

6- Frances Caiks – Quelques précision sur les lois d'application immédiate et l'ours rapports arec les règles de conflits de lois – Rev، Crit – 1966.

7-Huet (A) – les conflits de lois en matière de preuve thèse Strasbourg – Dalloz – paris – 1965.

8-Le rebours، pigeonnier et loussouarn – précis du droit international prive – 8eme édition – Dalloz – 1962.

9-Makarov (A. N) – Règles générales du droit de la nationalité – Recueil – Recueil des Cours de l'académie de droit international prive – Tomi – 1949.

10-Niboyet – Cours de droit international prive français – 2 édition – paris – 1949.

11-Paul Lagarde – Rep – de droit international – Dalloz national – 1969.

12-Savatier – Droit international prive – paris – 1947.

13-Vedel – Cous de droit administratif – paris – 1952.

عنوان البحث	أثر العنصر النفسي في تنفيذ العقد (دراسة مقارنة في القانونين في القانونين العراقي والإنكليزي)
اسم الباحث	١-الاستاذ المساعد الدكتور حسين عبد القادر معروف ٢-المدرس المساعد ماجد مجباس حسن
جهة الانتساب	١-كلية القانون / جامعة البصرة ٢-كلية القانون / جامعة ميسان

مقدمة:

لا يعد من المبالغة القول ان تنفيذ العقد يرتكز في الاساس الى ما جال في نفس اطرافه من حاجات وغايات سعوا اليها عن طريق ابرام العقد. وهذه الحاجات والغايات ما هي الا كوامن نفسية باطنية . يعبر عنها في اطار العقد بتجسيد مادي اطلق عليه التعبير. ومن هنا كانت اهمية دراسة العنصر النفسي في العقد .اذ ركز فقهاء القانون المدني على هذا العنصر ،فظهرت مصطلحات : الارادة، النية، الباعث. بل ان بعض الباحثين[١] قد عنون دراسته بعنوان ((النظرية العامة للقصد المدني))،ساعيا الى تأسيس نظرية عامة للقصد على نحو ما هو متعارف عليه في فقه القانون الجنائي من بحث للقصد الجنائي في الجرائم.

ولذلك فان تأصيل العنصر النفسي في نطاق العقد يعد أمرا اساسيا لتحديد أثره في تنفيذ العقد . وهو ما سيكون مادة هذه المقدمة .

لقد حلل بعضهم[٢] العمل الارادي الى أربع مراحل ،هي: التصور والادراك ، ثم المداولة، ثم التصميم، واخيرا مرحلة التعبير .

فالتصور والادراك يكون حيث يشعر الشخص برغبة في اشباع حاجة معينة جلبت انتباهه، فاذا ما استقرت لديه هذه الرغبة بصورة واضحة انتقل الى المرحلة الثانية وهي المداولة، وفيها يزن

(١)- د. محمد سليمان الاحمد، النظرية العامة للقصد المدني ،مشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الاولى ،بيروت، ٢٠٠٩.

(٢)- انظر في ذلك د. السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام ،الجزء الاول، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثالثة،بيروت، ٢٠٠٠ ص ١٨٦- ١٨٧، هامش رقم (٢). د. عبد الرحمن عياد ، اساس الالتزام العقدي ،المكتب المصري للطباعة والنشر،القاهرة،١٩٧٢، ص ٣٦.

الامور وما يمكن انم يترتب عليها من نتائج ، وهنا ينحصر تفكيره بين الاقدام لإشباع تلك الحاجة او في تركها ، وكذلك في اختيار افضل الوسائل التي يمكن اللجوء اليها للوصول الى هذا الاشباع . فاذا ما استقر على الاقدام على الفعل وتبلورت لديه الوسيلة المناسبة دخل مرحلة التصميم ،وهذه هي الارادة. اذ تكون الارادة هنا جادة واعية تتجه نحو غرض معين.

وهذا التحليل للعمل الارادي لم يكن مانعا من اختلاف فقهاء القانون المدني في تحديد اقسامه التي يمكن ان يرتب القانون اثرا على احدها بمعزل عن الاخر .اذ ذهب جانب من الفقه[١] الى ان العنصر النفسي في العقود بصورة عامة يتجسد بالإرادة، اذ انه على الرغم من المراحل الثلاث التي يمر بها العمل الارادي الا انه من التعقيد الفصل بينها من الناحية الواقعية، فهي مراحل مترابطة وتنبني احداها على الاخرى، اذ لا يتصور ان نصل الى مرحلة المبادلة دون المرور بمرحلة الادراك ،وكذا الحال فيما يتعلق بمرحلة التصميم ،وبذلك فان هذه المراحل تشكل بمجموعها ارادة المتعاقد. ومنها جاء تعريفهم للإرادة على نحو يشتمل على كل مراحل العمل الارادي، اذ عرف بعضهم[٢] الارادة انها "عمل نفسي ينعقد به العزم على شيء معين" ،وعرفها بعض[٣]اخر انها " نشاط نفسي او قوة نفسية واع اتجه الى تحقيق غرض معين بالاستعانة بوسيلة ملائمة تعين على بلوغ هذا الهدف ".

في حين ذهب جانب اخر من فقهاء القانون[٤] الى التمييز بين المراحل التي يتألف منها العنصر النفسي ، وعلى وجه الخصوص التميز بين الارادة والنية، اذ عرف بعضهم[٥] النية انها "استهداف غاية، او بعبارة اخرى ان يتمثل الشخص في ذهنه هذه الغاية وان يعمل على تحقيقها". كما عرفها اخر[٦] انها " العزم على امر معين ، وهي القوة المحركة للإرادة نحو الغرض المباشر للشخص".

---

(١)- د. السنهوري ، المرجع السابق، ص ١٨٦. ليون دوكيه ،دروس في القانون العام ،مجلة العدالة، العدد(٣)،١٩٧٩،ص٤٥٢ ، د. انور سلطان ، الموجز في النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٠٥ ، فقرة (٥٥) ص ٥٩.
(٢)- د. السنهوري ، المرجع السابق، فقرة (٧٥)، ص ١٨٦ ،هامش رقم (٢).
(٣)- ليون دوكيه ، المرجع السابق ، ص ٤٥٣ .
(٤)- د. عبد الحي حجازي ، موجز النظرية العامة للالتزام ،الجزء الاول ، مصادر الالتزام، المطبعة العالمية، القاهرة، ١٩٥٥ ،فقرة(٣٥)، ص ٣٢. د. محمد شكري الجميل العدوي، سوء النية واثره في عقود المعاوضات ، دار الفكر الجامعي ، الطبعة الاولى، الاسكندرية، ٢٠٠٨، ص١٠٦ وما بعدها. د. شيرزاد عزيز سلمان، حسن النية في ابرام العقود ، دار دجلة، الطبعة الاولى، الاردن، ٢٠٠٨، ص ١٣٥-١٣٧
(٥)- د.عبد الحي حجازي ، المرجع السابق، فقرة(٣٥)، ص ٣٢ .
(٦)- د. شيرزاد عزيز سلمان ، المرجع السابق، ص ١٣٥.

وذهب اخر[1] الى ان النية هي "قصد امر معين يرتب عليه القانون اثر من الاثار وعزم القلب على فعله في الحال او الاستقبال ".

فالنية على وفق ما ذهب اليه بعضهم[2] "ذات طبيعة ذاتية بحته لا حاجة لإظهارها لأنها غير متوجهه، في حين أن الارادة وان كانت ظاهرة نفسية بحسب الاصل الا انها يجب ان تكون ظاهرة الى العالم الخارجي لكي تترتب عليها الاثار القانونية ". اذ تنصرف النية " الى انجاز عملية مثل البيع او الشراء او القرض وما الى ذلك من العمليات القانونية التعاقدية، بينما الارادة تنصرف الى الحصول على محل معين ، فإرادة المشتري هي الحصول على المبيع وارادة البائع هي الحصول على الثمن ، في حين أن نية البائع والمشتري في هذه الحالة هي البيع والشراء اي انجاز العملية القانونية " .

وفي تقديرنا ان ما ذهب اليه الاتجاه الثاني محل نظر، اذ ان العنصر النفسي لا يخضع لديناميكية الحركة بحيث يمكن الفصل بين مراحله على نحو ما ذهب اليه انصار هذا الاتجاه، فلا يمكن ضبط افكار الانسان من حيث تحديد المرحلة التي يمكن ان يقف عندها القرار الارادي قبل ان تتجسد الارادة بشكل مادي، سواء بالتعبير عنها في نطاق التصرف القانوني، او بمظهر خارجي اخر في نطاق العمل المادي. اذ ليس بالإمكان ان نحدد المرحلة التي وقف عندها العنصر النفسي طالما لم تتجسد ماديا بحيث يكون لها مظهر خارجي يمكن فهمه ومن ثم ترتيب الحكم عليه .

ولذلك فان الارادة هي المراحل الثلاث مجتمعة ،اذ لا ارادة دون باعث، فالأخير هو "الجانب النفسي لموقف معين سواء أكان شيئا ام واقعة"[3] . كما انه لا ارادة دون عزم او قرار نفسي (نية). ولا ارادة دون اتجاهها الى احداث اثر قانوني.

وبناء على ذلك فإننا لا نعتقد بدقة القول ان النية غير متوجهه في حين أن الارادة متوجهه. اذ ان النية تمثل الارادة وهي متوجهه دائما ولنا من نصوص القانون المدني سندا في ذلك، فلو ناقشنا النصوص التي استعملت مصطلح النية لوجدنا ان النية متوجهة الى احداث الاثر القانوني .فعلى سبيل المثال نصت المادة ١١٦٣ من القانون المدني العراقي على انه "١- من حاز وهو حسن النية منقولا او سندا لحامله مستندا في حيازته الى سبب صحيح ، فلا تسمع عليه دعوى الملك من

(1)- د. محمد شكري الجميل العدوي، المرجع السابق ، ص ١٠٦.
(2)- د. شيرزاد عزيز سلمان ، المرجع السابق، ص ١٣٥-١٣٦ .
(11)- Colin (p) .Theorie de la cause de obligations conventionclles .these .paris .1986. p 48

احد. ٢- والحيازة بذاتها قرينة على توافر حسن النية ووجود السبب الصحيح، مالم يقم الدليل على عكس ذلك." فهذا النص يشير الى نية متوجهه الى احداث اثر قانوني ، بدليل ان المشرع يقتضي وجود سبب صحيح ،وان افترضه المشرع افتراضا قابلا لإثبات العكس، فالسبب الصحيح يعني تصرفا قانونيا كان بإمكانه انتاج اثره وهو نقل ملكية المنقول لو انه صدر من مالك المنقول، ووجود تصرف قانوني يعني ان ارادة الحائز كانت قد اتجهت الى احداث اثر قانوني هو تملك المنقل، الا ان عدم صدور التصرف من المالك منعها من انتاج اثرها، لذلك فالنية في هذا النص هي في الاساس متوجهه. وان استعمال المشرع لمصطلح النية هو للدلالة على الارادة. وهو ما ينفي اساس التمييز بين النية والارادة.

ومن الجدير بالذكر انه ليس من شان ما نقول به من عدم التمييز بين الارادة والنية، وان الارادة هي المراحل النفسية التي يمر بها العمل الارادي، ان يؤدي الى الخلط بين التصرف القانوني والعمل المادي ، اذ يبقى التمييز بينهما امر جليا، فللإرادة دور كبير في تحديد مضمون الالتزام الارادي في التصرف القانوني، لا نجد مثيلا له في العمل المادي، حيث ترتبط اثار التصرف القانوني ارتبطا وثيقا بالارادة ، فالقانون يرتب الاثار بالقدر الذي اتجهت اليه الارادة . اما في العمل المادي لا نجد الارادة تتمتع بمثل هذه الاهمية، فعند وقوع عمل مادي معين وان خالطته الارادة يقوم القانون بتحديد مضمون الالتزام المترتب عليه دون ان يكون للإرادة اي دور الا في حدود الاثر الذي يرتبه القانون عليها .فحيازة المنقول، على سبيل المثال، تعد سببا للتملك ان استندت الى سبب صحيح، اذ يأخذ المشرع بنظر الاعتبار النية (الارادة)، الا ان العمل الاساس في ترتيب الاثر القانوني هو واقعة الحيازة ،وهو اثر انفرد به المشرع ولم يكن للإرادة دور في ذلك. فالحيازة هنا عمل مادي خالطته الارادة ،دون ان يكون لها الاساس في تحديد مضمون الالتزام، وانما تكفل المشرع بذلك. وعلى الرغم من وجود الارادة الا ان الحيازة تعد عمل مادي وليس تصرفا قانونيا.

ومن كل ذلك نخلص الى ان العنصر النفسي يتحدد في نطاق العقد بالإرادة بما تنبسط عليمه من مراحل ثلاث، وهي الباعث والنية والتوجه.

ولما كان تنفيذ العقد يعتمد في الاساس على الاطار العام او الاساس الذي حددته الارادة بصورة واضحة، فضلا عن ارتباطه بعوامل يمكن عن طريقها تحديد نطاق التنفيذ . لذلك خصصنا المطلب الاول لبحث العنصر النفسي في الاطار الاساس لتنفيذ العقد، وخصصنا المطلب الثاني لبحث العنصر النفسي في اطار عوامل تحديد نطاق التنفيذ .

المطلب الاول

العنصر النفسي في الاطار الاساس لتنفيذ العقد

إن إرادة المتعاقدين هي التي تحدد الالتزامات الناشئة عن العقد، ومن ثم تلقي على عاتق الاطراف عبء تنفيذ عقدهم طبقا لما اشتمل عليه اي طبقا لما حددته ارادتهم، وبطريقة تتفق مع ما يوجبه مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، وهذا ما سنبحثه في فرعين نخصص اولهما للعنصر النفسي في تحديد الالتزامات، ونفرد الثاني للعنصر النفسي في تحديد كيفية تنفيذ العقد .

الفرع الاول

العنصر النفسي في تحديد الالتزامات

تعد الارادة العنصر الاساس في تحديد التزامات المتعاقدين، اذ لا يمكن ان يتجاوز العقد من حيث النطاق الالتزامات التي حددتها الارادة، لا من حيث نوع الالتزامات ولا من حيث مقدارها، وليس للعقد اثر سوى ذلك الذي حدده المتعاقدين واتجهت ارادتهما اليه، فالإرادة هي المصدر الذي يرتب الاثر في التصرفات القانونية بما لها من سلطان ذاتي، ولا يكون للقانون دور سوى احتضان واقرار ما اتجهت اليه ارادة المتعاقدين، ومن ثم يجب ان تحدد هذه الاثار بالرجوع الى الارادة التي بدورها تحدد نطاق العقد ، ثم تنفيذه في حدود هذا النطاق، ولا يجوز ان يشتمل هذا النطاق على التزامات لم تنصرف اليها ارادة المتعاقدين لان ذلك يعني خروج على الارادة نفسها، كما يعني

فرض التزامات على المتعاقدين لم تتجه ارادتهما اليها، وهذا ينافي مبدأ استقلال الارادة، اذ يؤدي الى الزام شخص دون ارادته([1]).

فالعقد يتكون بتطابق ارادتين، وهذا ما يتفق مع مبدأ سلطان الارادة، اذ ان من مقتضيات هذا المبدأ ان الشخص لا يلتزم الا اذا اراد ان يلتزم وبالقدر الذي اراد ان يلتزم به([2]).

ولذا فنطاق العقد يجب ان يحدد نوعا ومقدارا وفقا لما اتجهت اليه ارادة الاطراف دون زيادة او نقصان في التزاماتهم ،وذلك لان كلا منهما قد التزم مسبقا ان يشغل ذمته المالية بهذا القدر من الالتزام ومن ثم فلا يمكن ان نطالبه بتنفيذ التزام لم يحدد مسبقا باردته.

ولا يمكن للقاضي ان يتدخل في حياة العقد بحجة التفسير ويضيف الى نطاقه مدى اوسع مما حدده المتعاقدين بل يجب عليه ان يعتمد ارادة المتعاقدين ولا يحيد عنها ،والا يكون قد تجاوز حدود سلطته وتدخل في تكوين وتحديد مضمون العقد، ومن ثم يكون العقد من عمله هو لا من عمل المتعاقدين([3]). وفي ذلك تنص المادة(١٥٠) من القانون المدني العراقي رقم٤٠ لسنة ١٩٥١ على انه(يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه...)([4]). كما ان احترام تحديد الارادة لالتزاماتها دفع المشرع الى منع الخروج عن هذه الارادة حتى ان كان محل الوفاء بالالتزام يزيد عن المحل المحدد مسبقا دون رضا الدائن، اذ نصت المادة(١/٣٩٠) على انه(اذا كان الدين مما يتعين فليس للمدين ان يدفع غيره بدلا منه بدون رضا الدائن حتى وان كان مساويا في القيمة للشيء المستحق او كانت له قيمة اعلى).

وبناء على ذلك يجب تنفيذ الالتزامات طبقا لما حددته ارادة المتعاقدين ولا يجوز لأية جهة تعديل نطاق هذه الالتزامات ما دامت في حدود النظام العام والآداب العامة. فنص المادة (١٥٠) نص وجوبي يلزم المتعاقدين تنفيذ التزاماتهم التي حددتها ارادتهم مسبقا، كما يلزم القاضي بعدم اضافة اي التزام او انقاص اي التزام بخلاف التحديد الارادي لأطراف العقد.

---

[1] - حسين عبد القادر معروف: النزعة الشخصية والموضوعية في التصرف القانوني، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٩٩، ص١٤٠وما بعدها.

[2] - د. جليل الساعدي: الارادة الباطنة- دراسة في القانون المدني العراق- مكتب نور العين للطباعة، بغداد، ٢٠١١، ص١٠.

[3] - حسين عبد القادر معروف: المرجع السابق، ص١٤٢.

[4] - يرى د. جليل الساعدي ان هذه المادة في القانون العراقي تقابل فكرة التنفيذ التام في القانون الانكليزي، انظر د. جليل الساعدي: اصول العقد في القانونين الانكليزي والعراقي، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون ، جامعة بغداد،مجلد٢٥، ع١، ٢٠١٠،ص١٧٧ .

اما عن موقف القانون الانكليزي من هذه المسألة، فقد ذهب جانب من الفقه الى ان اطراف اي عقد هم بمثابة المشرع لقانون عقدهما وكل منهما يلزم بالتصرف على نحو مطابق لهذا الاتفاق، والا فهو ملزم بالتعويض اي خاضع للجزاء الذي تفرضه المحكمة.

(It involves two ideas (1) Agreement (2) obligation: in short the parties in every contract may be regarded as making in some sense, a law of themselves , each being bound to make his conduct conform of his agreement, or arise to pay damages or otherwise subject to some penalty or compulsion at the hand of the courts the suit of the other party)[1]

فالقاعدة العامة في النظام الانكلوامريكي هي ان التنفيذ التام لكل بنود العقد المفروضة على احد اطرافه يعفيه او يحرره من المسؤولية المتولدة عن ذلك العقد، رغم ان الطرف الاخر يبقى ملزما بقدر الالتزامات المتعلقة به، ولكن وفقا لأحكام القانون العمومي لا يوجد شيء دون التنفيذ التام للعقد بدقة ووفقا لعناصر وشروط العقد يمكن ان يحرر المتعاقد من ذلك العقد. لذلك اذا كان العقد مبرم على بيع منقول ينفذ فقط عند تسليم الكمية المعينة بالضبط في الزمان والمكان والطريقة المتفق عليها.

(The complete performances of all the stipulation of a contract binding are of the parties thereto discharges him for all liability thereon though the other party may still be pound, as far as any stipulations upon his are concert. Ned but nothing less than full performance strictly according tc the terms of the contract will, at common law , discharge it. Thus, a contract for the sale of personal property is performed only the delivery of the precise, quantity specified at the time and puce and in the mod agreed)([2]).

[1] نقلا عن علي يوسف صاحب: مفهوم العقد في القانون الانكلو امريكي- دراسة مقارنة- مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية، العددان الاول والثاني، مجلد٣، ٢٠١٠، ص٣١٣.

[2] - e. venkatesam – hand book 0n mercantile law – third edit ion – sree ramaprasad press 65 . broad way madras1 p35.

وان اكثر طريقة واضحة لنهاية العقد هي تلك التي تتم عن طريق تنفيذ (A و B) للعقد اي ان يقوم B بأداء بعض الخدمات ثمنا لما قام بهA ، والعقد في نهاية الامر يصل الى نهايته عن طريق الاداء، وحكم القاعدة العامة هي يجب ان يتطابق الاداء مع ما اتفق عليه الاطراف، بحيث ان فعل شيء اقل او مختلف عما اتفق عليه فلا يعد وفاء بالتزاماتهم التعاقدية.

(the most obvious way in which a contract may come to an end is by its being performed . If A and B make a contract under which A is to perform some service and B is to bay him for it, than when A has performed his service and B has paid the money . both parties have discharged their contractual obligation , and the contract is at end)([1]).

ويقابل انقضاء العقد بالتنفيذ (performance) في القانون الانكليزي انقضاء الالتزام بالوفاء في القانون العراقي، ويتناول هذين القانونين هذا الموضوع في باب انقضاء العقد، ويشترط في القانون الانكليزي كما لاحظنا كي يكون التنفيذ موجبا لانقضاء العقد يجب ان يكون تاما.

(the general doctrine that performance must be precise and exact)[2]

مما تقدم يتضح لنا ان كلا القانونين العراقي والانكليزي يعطي الدور الكامل لإرادة الاطراف في تحديد التزاماتهم التعاقدية، ومن ثم فالعنصر النفسي يبسط سلطانه الكامل في تحديد هذه الالتزامات،فلا يجوز ان يتحلل المتعاقد من التزاماته التعاقدية الا بتنفيذ جميع الالتزامات التي حددتها ارادة المتعاقدين المشتركة مسبقا، وفي المفهوم المقابل لا يجوز الزام اي طرف منهما بتنفيذ التزام لم تحدده اردتهما مسبقا، ولا يجوز للقاضي ان يلزم المتعاقدان كأصل عام([3])، بأكثر مما الزمتهم ارادتهم التعاقدية.

---

[1] AVLES: concise college texts contract , London , sweet and Maxwell 1977, p189 F.R.D

[2] - د. جليل الساعدي: المرجع السابق، ص٢٠٩.

[3] - يلاحظ ان المشرع اجاز للقاضي التدخل في حياة العقد في مناسبات قليلة لغرض اعادة التوازن التعاقدي الذي اختل اختلالا فاحش مثل حالة الظروف الطارئة وعقود الاذعان انظر نص المادة(١٦٧) والمادة(٢/١٤٦) من القانون المدني العراقي.

الفرع الثاني

العنصر النفسي في تحديد كيفية(طريقة) تنفيذ العقد

بعد ان ينتهي القاضي من عملية تفسير العقد وتحديد نطاقه، يجب ان يلزم المتعاقدين بتنفيذ جميع ما اشتمل عليه، مادام العقد نشأ صحيحا ملزما، وهو لا يكون صحيحا ملزما الا في الدائرة التي يجيزها القانون ويرعى ارادة الاطراف في حدود النظام العام والآداب العامة، ومن ثم يطبق القاضي العقد كما لو كان يطبق قانونا، وهذا مقتضى قاعدة (العقد شريعة المتعاقدين) لان العقد يقوم مقام القانون في تنظيم العلاقة التعاقدية فيما بين المتعاقدين. بل هو ينسخ القانون فيما يخرج منه عن دائرة النظام العام والآداب، ومن ثم فلا يجوز للقاضي نقض العقد او تعديله، كما لا يجوز نقض العقد او تعديله من احد المتعاقدين لان العقد وليد ارادتين وما تعقده ارادتان لا تحله ارادة واحدة، وهذا هو الاصل اي تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه، ومع ذلك يجوز نقض العقد او تعديله باتفاق المتعاقدين او لأسباب يقرها القانون([1]).

لكن التسليم بان العقد شريعة المتعاقدين وبوجوب تنفيذ جميع اثاره قد يحمل المتعاقد في بعض الاحيان على التمسك في العقد ومحاولة المغالاة في الافادة منه على حساب العاقد الاخر بان يختار في تنفيذه الطريق الاكثر اجحافا بذلك العاقد الاخر، كأن يتفق الراكب مع سائق سيارة الاجرة على نقله الى جهة معينة، فيختار السائق اطول طريق لذلك او يتعمد اطالة المسافة بسلوك طريق غير لازم ليزيد على الراكب اجرة النقل.

لذلك الزم المشرع المتعاقدين بتنفيذ التزاماتهم بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية، فنصت المادة(١/١٥٠) من القانون المدني العراقي على انه(يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية). والمقصود بحسن النية هنا ضرورة مراعاة الاخلاص والامانة وتوخي القصد والاعتدال في تنفيذ العقد حتى لا ينقلب هذا التنفيذ وبالا على العاقد الاخر

[1] - د. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، ج١، ص٦٩٨.

ففي المثال المتقدم يوجب حسن النية على الناقل ان يسلك اقرب طريق الى الجهة التي يقصدها والا كان مخلا بتنفيذ العقد بحسن نية([1]).

وقد اختلف فقهاء القانون في مفهوم حسن النية، اذ يرى بعضهم ان مبدأ حسن النية ذو مفهوم موضوعي، وذهبوا الى ان مبدأ الحرية التعاقدية قد يؤدي الى مظالم او حتى الى استغلال الانسان لأخيه الانسان، ومن ثم من الضرورة بمكان اللجوء الى خارج العقد بغية معالجة التوازن داخل العقد، وفي نطاق هذا التفكير حاول الاستاذ(فوان) اعتبار حسن النية مفهوما تعديليا لهذا التوازن، اذ يرى(ان حسن النية يفرض التطبيق الدقيق بكل ضمير بقصد الحماية لكل من الطرفين، كما يفرض حسن النية اخضاع الالتزام لمبدأ الانصاف الجماعي).

وحاول بعض من انصار هذا الاتجاه الحاق مبدأ حسن النية بمفهوم النظام العام، وذلك بحجة ان النظام العام يمثل قيدا او تحديدا لحرية الارادة، ولم يضبط اي تعريف له وهو مفهوم غير واضح المعالم، وفائدته انه يرمي الى الانسجام الاجتماعي، وهو من السعه بحيث يمكن ان يستوعب مبدأ حسن النية.

كما يقول بعضهم ان حسن النية مبدأ قانوني مستمد من الفكرة العامة للوجود في مجتمع معين، وهو ليس قاعدة قانونية بالمعنى الفني للقانون، بل يمكن استقراؤه من المبادئ العامة التي تعبر عن الفكرة السائدة للوجود التي تأتي القواعد العامة لتعبر جزئيا عن الافكار التي تتضمنها هذه المبادئ. ومنهم من ينادي بموضوعية مبدأ حسن النية عن طريق الحاقه بمفهوم العدالة والانصاف، اذ يرون ان الانصاف مفهوم غامض وغير واضح وان حسن النية هو الانصاف، وان القاضي اذا ما ارتكز الى حسن النية فهو يحكم بمقتضى قواعد العدالة والانصاف، وان حسن النية هو الاداة لتحقيق العدالة والانصاف ووسيلة التعديل اللازمة لفكرة العدل، وحسب قول (دسناس) ان حسن النية احد العوامل التي تمتزج بفكرة العدل لتمكن بصورة افضل من اعطاء كل ذي حق حقه وتحقيق الانصاف، وان التنفيذ بحسن نيه يبدو وكأنه من احداثات الانصاف التي كرسها القانون([2]).

ويذهب الرأي الراجح في الفقه الى بسط سلطان العنصر النفسي على تنفيذ العقد بحسن نية، اذ يرون ان هذا المبدأ هو مبدأ ذاتي المفهوم، قوامه ارادة الاطراف حسب المقصد المشترك لهم،

---

[1] - د. سليمان مرقس: نظرية العقد ، دار النشر للجامعات المصرية، ١٩٥٦، ص٣٣١.
[2] - انظر في عرض هذه الآراء د. عبد المنعم موسى ابراهيم: حسن النية في العقود، منشورات زين الحقوقية، لبنان،٢٠٠٦، ص٨٩ وما بعدها.

ويرتبط حسن النية بالمقصد المشترك للأطراف ارتباطا لا يقبل الانفكاك عنه، ومن ثم يتعذر على المحكمة ادخال اثر غير متوقع لدى الاطراف بحجة مراعاة مبدأ حسن النية، ورغم الصعوبات التي تواجه الباحث في القصد المشترك للأطراف او الارادة المشتركة لهم، الا انه لا يمكن البحث عن حسن النية الا من خلال المقصد الحقيقي المشترك لأطراف العقد، وفي هذا يقول الاستاذ (اوبري ورو) انه(يجب ان تنفذ الاتفاقات بحسن نية، اي بمعنى طبقا لمقصد الاطراف وللهدف الذي من اجله تم انعقادها([1]).

وقد تسنى للقضاء العراقي ترسيخ هذا المبدأ في اكثر من مناسبة، اذ جاء في قرار لمحكمة تمييز العراق ان(الاصل في تفسير عبارات العقد ان يؤخذ بالمعنى الحقيقي ولا يجوز الانحراف عنه الى غيره الا اذا تأيد من ظروف الدعوى ما يدل على ان المتعاقدين اساءا استعمال هذا التعبير وقصدا معنى اخر فيجب حينئذ البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين)([2]).

ويرى الاستاذ السنهوري في تعليقه على المذكرة الايضاحية لمشروع القانون المدني المصري التي كانت تنص على انه(فاذا تعين مضمون العقد وجب تنفيذه على وجه يتفق مع ما يفرضه حسن النية وما يقتضيه العرف في شرف التعامل) انه لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ عندما حذفت المعيار الثاني الخاص بنزاهة التعامل واستبقت على معيار حسن النية، انما اعتمدت المعيار الذاتي دون المعيار الموضوعي، اما ما ذكرته في تقريرها من انها حذفت العبارة التي تقرر المعيار المادي لان عموم تعبير حسن النية(وهذا هو المعيار الذاتي) ما يغني عنها فغير صحيح لان المعيار الذاتي لا يغني عن المعيار المادي، لذلك يجب القول بعد هذا التعديل ان المشرع المصري اقتصر على المعيار الذاتي، وهو معيار حسن النية هنا([3]).

ومن جانبنا لا نؤيد الرأي الذي ينادي بموضوعية مبدأ حسن النية ، لأنه من غير الممكن تسمية البحث عن النوايا وما تخفيه النفس من قرارات حسنة او سيئة بمعيار موضوعي، ذلك اننا نعتقد بان النية تعني القرار والباعث هو الذي يحرك القرار ثم يتوجه الشخص بناء على ذلك القرار، لذلك يقال حسن وسوء النية اي حسن وسوء القرار داخل نفس المتعاقد، وان الاتجاه الموضوعي

[1] -انظر في عرض هذا الاتجاه د. عبد المنعم موسى ابراهيم: المرجع السابق، ص٨٦.
[2] - انظر قرار محكمة تمييز العراق ذي الرقم١٠١٣/حقوقية/٦٨/ بتاريخ١٩٦٨/١٠/٣، منشور لدى ابراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز، القسم المدني، المكتبة القانونية، بغداد، بلا سنة طبع، ص٣٣٣.
[3] - د. عبد الرزاق السنهوري: المرجع السابق، ص٧٠٠.

لحسن النية قد بني على حجج متناقضة من شأنها ان تجعله يدحض نفسه بنفسه، اذ استند الى حجة التطبيق الدقيق بكل ضمير حماية لكلا الطرفين، ونحن نتسأل هل يستقيم هذا القول الا اذا قلنا ان مبدأ حسن النية مبدأ ذاتي المفهوم، فاذا كان مبدأ موضوعي المفهوم يطبق على كل الحالات بشكل جامد دون الحاجة الى الخوض بما يخفيه ضمير المتعاقدين لان الضمير فكرة داخلية تختلف من شخص لآخر.

ولا جدال في ان مبدأ حسن النية بذاته يدل على الارادة الحقيقة للأطراف، ويبلغ حسن النية اوجه في تصويره قوة الارادة لإنشاء الالتزام بذاتها بغض النظر عن طرق التعبير عنها عندما يكون حسن النية وحده معيارا لإنشاء الالتزام، من ذلك تملك الحائز للثمار والزوائد متى كان حسن النية، وفي هذا نصت المادة(١١٦٥) مدني عراقي على انه(يملك الحائز حسن النية ما قبضه من الزوائد وما استوفاه من المنافع مدة حيازته)، اذ ان الحائز الذي يضع يده على الشيء معتقدا بحسن نية بانه مالكه يتملك الثمار([1]).

والقاضي عندما يلزم المتعاقدين بتنفيذ العقد يقتضي منهما ان ينفذاه بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية ، ذلك ان حسن النية هو الذي يسود في تنفيذ العقود جميعها، ولم يعد الامر كما كان في القانون الروماني عقود حرفية التنفيذ(contract de droit stract) وعقود رائدها حسن النية(contract de donne foi)([2]).

ويرتب القانون على صفة النية اثارا معينة فيما يتعلق بتنفيذ العقد، فيمنح المدين مهلة ميسرة اذا كان في عدم تنفيذه للعقد حسن النية. ويجازي سوء النية في عدم تنفيذ العقد ، فيلزم المدين في المسؤولية العقدية بالتعويض عن الضرر الذي كان لا يمكن توقعه وقت التعاقد اذا كان هذا المدين في عدم تنفيذه للعقد قد ارتكب غشا او خطأ جسيما، وهذا يدل على قاعدة تنهي عن الغش وتأمر بحسن النية في تنفيذ العقود. كما يجوز للمتعاقد ان يعفي نفسه من كل مسؤولية ناتجة عن عدم تنفيذه لالتزامه العقدي ان لم يرتكب غشا او خطأ جسيما، اي متى كان حسن النية([3]). ويتجلى مبدأ

[1] - د. محمد طه البشير و د. غني حسون طه: الحقوق العينية، المكتبة القانونية، بغداد،ج٢، بلا سنة طبع ، ص٢٦٠.
[2] د. عبد المجيد الحكيم: الموجز في شرح القانون المدني- مصادر الالتزام- المكتبة القانونية، بغداد،١٩٧٧، ص٣٨٧.
[3] - انظر نصوص المواد(١/١٧٧) و(٣/١٦٩) و(٢/٢٥٩) من القانون المدني العراقي.

حسن النية في التزام المتعاقدين بالتعاون فيما بينهم ويجب ان لا يكون هناك تعسف من احدهما في استعمال حقه عند تنفيذ العقد([1]).

اما في القانون الانكليزي، فالنية هي ركن من اركان العقد، فأركان العقد هي التراضي والنية التعاقدية ومقابل الالتزام([2]). فالأصل في هذا القانون انه لا عقد بغير نية لخلق رابطة قانونية بين المتعاقدين.

(an, agreement, even though it is supported by consideration, is not binding as a contract if it was made without any intention of creating legal relation)[3]

اما فيما يتعلق باثر العنصر النفسي اي متى يكون مبدأ حسن النية معيارا مؤثرا في تنفيذ العقد كما هو الامر لدى المشرع العراقي، فالملاحظ ان القانون الانكليزي رغم استقلال مقوماته ومنابعه الاصلية ، الا انه تأثر بالقانون الروماني مباشرة او بالواسطة منذ القرون الوسطى فقد لاحظ البروفيسور(Buckland) مشابهة كبيرة بين عدد غير قليل من مبادئ العدالة الانكليزية ومثيلاتها في القانون الروماني، ولقد ترددت كلمة(الضمير) كثيرا في ارجاء محاكم المستشارين الملكين مقرونة بالمعاني الدينية والفلسفية، والى جانب هذه الكلمة ترددت مرادفات اخرى تدل بالضرورة على حسن النية منها (الثقة الحسنة) و (العقل) و (الحق) و(المعقول) و (السبب والثقة الحسنة). ومن جهة اخرى فان احكام محاكم المستشارين حافلة باحترام الاعراف وبإخضاع تنفيذ الالتزامات للمقاصد والمعاني ومراعاة الظروف ومنع الغش([4]).

والتطبيقات التي تدل على مراعاة حسن النية في تنفيذ العقود في القانون الانكليزي كثيرة، من ذلك التزام المتعاقد في تنفيذ التزامه التعاقدي في الوقت المحدد، اذ يثور التساؤل هنا عما اذا كان الوقت

[1] - د. عبد المجيد الحكيم، ا. عبد الباقي البكري، ا.م. محمد طه البشير: الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي،ج١، المكتبة القانونية، بغداد، ط٤، ٢٠١٠، ص١٦١.
[2] - د. صلاح الدين علي: بنود العقد في القانون الانكليزي- دراسة تحليلية مقارنة مع الشروط المقترنة بالعقد في القانون المدني العراقي، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد١٦، العدد٥٨، السنة١٨، ص٦٨.
[3] - د. جليل الساعدي: اصول العقد في القانون الانكليزي والعراقي، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد،المجلد٢٥، العدد١، ٢٠١٠، ص١٧٧.
[4] - عبد الجبار ناجي الملا صالح: مبدا حسن النية في تنفيذ العقود، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد،١٩٧٣، ص١٥.

هو جوهر العقد، والجواب في القانون العام مالم ينص العقد على خلاف ذلك يجب ان يكون الاداء في الوقت المحدد.

(if the contract states a definite time for performance , the question may arise whether the time is of the essence „ of the contract that is the classic way of putting it. And the broad answer is that a common law time is of essence and in equity it is not. At common law , unless the contract provides otherwise, performance must be completed by the date specified)[1]

كما ان القانون الانكليزي قد قرر وبالتحديد في احكام الغلط في طبيعة الوثائق الموقعة مبدأ (ليس بتوثيقي)(non est. factum) .ويتلخص مبدا غير توثيقي او ليس توثيقي او ليس المقصود، او ليس من فعله او صنيعه ، انه يوجد بعض الاشخاص الاميين او العمي كانوا يقعون ضحية الغش من خلال العقود المكتوبة ،والمبدأ كان يعطي اهمية لتوقيع حسن النية على العقد او للموقع حسن النية على العقد ففي قضية (Thorough goods case(1584 الذي هو أمي وقع على وثيقة عن اجرة متأخرة والواقع ان الوثيقة كانت لنقل ملكية المحكمة قررت ان تلك الوثيقة كانت غير ملزمة للموقع لأنها كانت بناء على توقيع خاطئ. ولكي ينجح هذا الدفع في الدعاوى الحديثة على الطرف الذي وقع في الغلط ان يحقق ثلاثة عناصر او شروط:

ا- ان الوثيقة التي وقعت كانت تختلف جذريا عن التمثيل الحقيقي لها، او انها تختلف عن الواقع او ما كان يعتقده الموقع.

ب- الطرف الموقع لم يكن مهملا في توقيعه الوثيقة او اطلاعه على محتوياتها.

ج- لا يوجد طرف ثالث حسن النية سوف يتضرر بسبب ذلك.

The defense of non est. factum (this is not deed) appeared in the 16th century to prevent an illiterate or blind defrauded by virtue of a written contract . the principle was that the law should give relief to an innocent

[1] - f.r. DAVIES: op, cit, p194.

sighed of a contract whose consent is genuinely liking . in thorough good s case (1584)(CCP) an illiterate (thorough good s) signed what one johan ward had told him was a release of rental areas in favor of William chicken . in reality the document transferred thorough good s property to chicken . the court held that the document was not binding no thorough good because it had been falsely explained to him before signature.

In order for the defense to succeed in modern cases the mistaken party must satisfy three elements:

a-that the document which was signed was radically different in character or effect from what the signing party thought was agreed.

b- that the signing party was not careless in signing the document without verifying its contents.

c- that no innocent third party will suffer undue hardship([1]).

ولذا فالملاحظ ان القانون الانكليزي يأخذ بمبدأ حسن النية في تنفيذ العقد كما هو الامر بالنسبة للمشرع العراقي وان اختلفت الالفاظ التي يستخدمها الاول الا انها تدل بالضرورة على اتجاهه للأخذ بمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود كما هو الامر بالنسبة للثاني، كما انه يأخذ بمبدأ حسن النية بشكل صريح بموجب مبدأ (ليس بتوثيقي)فالمشرع الانكليزي وهو يوازن بين المصالح الخاصة قد جعل من مبدأ حسن النية وهو معيار ذاتي صرف بحسب مبدأ(ليس بتوثيقي) اساسا لخلق استثناء على قاعدة عدم الطعن بالعقود الشكلية بعد توثيقها، كما انه خلق استثناء على هذا الاستثناء متى ما تعلق الامر بطرف ثالث حسن النية هو الاخر فلاحظ ان الاخير اولى بالحماية، ومن ثم لا يجوز لمن

[1] - Cavendish essential series: Essential contract law , second Edition, by www. Cavendishpublishing.com.

تصرف تصرفا شكليا وان كان ممن يدخل تحت نطاق مبدأ (ليس بتوثيقي) ان يتمسك به متى ما رتب التصرف اثرا بحق شخص ثالث حسن النية .

المطلب الثاني

العنصر النفسي في عوامل تحديد نطاق تنفيذ العقد

وسنناقش معنى عوامل تحديد نطاق تنفيذ العقد . وتأصيل العنصر النفسي في هذه العوامل في الفرعين الآتيين :

الفرع الاول

معنى عوامل تحديد نطاق تنفيذ العقد

لا يقتصر القاضي على الزام المتعاقدين بتنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه، بل يضيف اليه ما يعد من مستلزماته، وقد اشارت الفقرة الثانية من المادة(١٥٠) من القانون المدني العراقي الى العوامل التي يسترشد بها القاضي في تحديد نطاق ما يعتبر من مستلزمات العقد، اذ نصت على انه(ولا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول ايضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام).

ويقصد بالقانون هنا النصوص المكملة او المفسرة لا النصوص الامرة، فاذا لم ينص المتعاقدان على جميع الامور التفصيلية في العقد فيفترض انهما ارادا ترك ذلك الى احكام القانون الواردة في المسائل التي لم ينصا عليها، اذ يتطلب القانون في كل العقود امور جوهرية لابد من الاتفاق عليها لنشوء العقد كالمبيع والثمن في عقد البيع، وامور ثانوية اذا لم يتفق عليها المتعاقدان فالنصوص القانونية المكملة او المفسرة تأتي لتكمل ارادة المتعاقدين وتحدد نطاق تنفيذ العقد، وتكشف عن

ارادتيهما اذا لم يكونا قد توقعا ما يعرض لهما. مثال ذلك عدم اشارة المتعاقدان الى نفقات تسليم المبيع ومكان دفع الثمن([1])، فيفترض ان المتعاقدين قد ارادا اعمال حكم المادة(٥٧٣) مدني عراقي اذ نصت على انه(اذا كان مكان اداء الثمن معينا في العقد لزم اداؤه في المكان المشترط اداؤه فيه فاذا لم يعين المكان وجب اداؤه في المكان الذي يسلم فيه المبيع، واذا لم يكن الثمن مستحقا عند تسليم المبيع وجب الوفاء به في موطن المشتري وقت الاستحقاق، مالم يوجد عرف او قانون يقضي بغير ذلك)

كما يتدخل العرف غالبا في تحديد نطاق العقد وما يعد من مستلزماته، ويضاف الى الشروط المألوفة وهي الشروط التي جرى العرف على ادراجها في العقد بحيث اصبحت تعتبر معلومة من المتعاقدين ولو لم تدرج في العقد. مثال ذلك ما يقضي به العرف في بعض البلدان اضافة نسبة مئوية الى ما يدفع في الفنادق والمطاعم والمقاهي وهو ما يقال له الخدمة([2]).

وهذا ما سار عليه قضاء محكمة تمييز العراق اذ جاء في قرار لها انه(يجوز تفسير عبارات العقد بالدلالة العرفية للألفاظ)([3]).

ومن الامور التي يسترشد بها القاضي لتحديد ما يعد من مستلزمات العقد العدالة، فكثير من الامور التي تقضي بها العدالة نص عليها القانون بصوص خاصة، من ذلك ان البائع ملزم بعدم التعرض للمشتري في العين المبيعة، والتاجر الذي يبع متجره يلتزم بعدم منافسة مشتري المتجر بفتح متجر اخر قريب وانتزاع عملائه منه([4]).

فضلا عن طبيعة الالتزام فإنها تعد من العوامل المحددة لما يعد من مستلزمات العقد، فاذا باع شخص عقارا فعليه ان يسلم المشتري مفاتيح العقار. وكذلك من يبيع سيارة يجب ان يسلم معها الادوات اللازمة لتشغيلها مع اوراق ملكيتها[5]

[1] ـ د. عبد المجيد الحكيم: المرجع السابق، ص٣٨٨.
[2] ـ د. عبد المجيد الحكيم، ا. عبد الباقي البكري، ا.م. محمد طه البشير: المرجع السابق، ص١٦٠.
[3] ـ انظر قرار محكمة التمييز ذي الرقم١٥٤/م١/١٩١٧ منشور لدى ابراهيم المشاهدي: المرجع السابق ، ص٣٣٣
[4] ـ د. عبد المجيد الحكيم: المرجع السابق، ص٣٨٩.
[5] ـ د. جعفر الفضلي: الوجيز في العقود المدنية- البيع- الايجار- المقاولة- المكتبة القانونية، بغداد، بلا سنة طبع، ص٩٨.

اما في القانون الانكليزي فالقاعدة الاساسية هي أن الطرفين أحرار في وضع بنود عقدهم الخاصة، ولا يمكن للمحكمة ان تجبر احد المتعاقدين على تنفيذ بند لم تنصرف اليه ارادته. بيد ان هناك حالات يمكن للمحكمة ان تستشف بنودا ضمنية استنادا لظروف كل قضية، اذ قد يستشف البند الضمني من قصد الطرفين او سلوكهما او طبيعة المعاملات السابقة بينهما، فاذا اتفق الطرفان على ان يبيع احدهما للآخر شيئا معينا واتفقا على الثمن وعلى ان لا يدفع حالا ولم يحددا موعدا لذلك فيكون البند الضمني هنا هو ان يدفع الثمن في موعد معقول حسب طبيعة الظروف. وقد يستشف البند الضمني من الغرض الذي ابرم العقد من اجله، فالذي يستأجر منزلا للسكنى يجب ان يكون صالحا لذلك حسب طبيعة ظروف الحالة وان لم ينص المتعاقدين على ذلك، اذ في القضية(Samueles v Davis) اتفق المدعي وهو (طبيب اسنان) على قيامه بصنع طقم اسنان لزوجة المدعى عليه، وبعد الانتهاء من ذلك اتضح ان طقم الاسنان غير ملائم الى الحد الذي لم تسطع زوجة المدعى عليه استعماله مما جعل الاخير يمتنع عن دفع الثمن، حكم من قبل محكمة الاستئناف، ان السؤال هنا هو ليس ما اذا كان هناك بيع بضائع او عقد عمل ومواد وانما المهم هو هل الطقم صالح، وفي كلتا الحالتين يجب ان يكون طقم الاسنان صالحا.

واذا كان هناك تعامل سابق فان هذا التعامل هو الذي يحدد موعد دفع الثمن وان لم يتضمن العقد بندا صريحا عن ذلك الموعد([1]).

وقد يستشف البند الضمني من خلال اعطاء العقد اثرا فعالا(Business Efficacy)، والاثر الفعال للعقد يمكن ايضاحه من خلال القضية(The Moorcock)، وما ابداه القاضي اللورد باون(Bowen)، فيها، وتتلخص وقائعها في ان المستأنف اتفق مع المستأنف عليه لتحميل وخزن بضاعة من السفينة(موكوك)، وكانت منطقة النهر مملوكة من قبل طرف ثالث وخارج سيطرة المستأنف الذي لم يقم باتخاذ اي خطوة للتأكد من ان تلك المنطقة امنة لرسو السفينة ، وكنتيجة لذلك اصطدمت السفينة بقاع النهر بسبب المد والجزر مما ادى الى تضرر السفينة، حكم بان المستأنف مسؤول من حيث ان السفينة لا يمكن استعمالها مع هذا الحاجز والرصيف في مثل هذه

[1]- د. مجيد العنبكي: مضمون العقد ونطاقه وحوالته في القانون الانكليزي، مجلة الحقوق، جامعة النهرين، المجلد٣،ع٣، ١٩٩٩، ص٧١.

الظروف، ولان المستأنف كان ضمنيا يمثل قدرته على اتخاذ العناية المعقولة، وما كان القانون ليرغب بهذا التضمين الا لإعطاء هذه الصفقة اثرا فعالا(تجاريا) مما يريده رجال الاعمال.

كما يعد العرف من العوامل التي يحدد فيها البند الضمني في القانون الانكليزي ، اذ يمكن ان يستشف البند الضمني من العرف المحلي او من تجارة خاصة او حتى من العرف العام، شريطة ان يكون ذلك العرف معينا ومعقولا وشائعا ولا يعارض اي نص تشريعي او بند صريح في العقد، اذ في القضية(Harley and co v Nagata) (1917) حكم بان العرف يقضي بدفع عمولة الوسيط في حالة استئجار سفينة بموجب مشارطة زمنية، عند حصول مالكي السفينة على بدل ايجار السفينة لا عند توقيع عقد المشاركة.

كما يمكن ان يستخلص البند الضمني اخيرا من التشريع، ويتجلى ذلك في تشريع بيع البضائع١٨٩٣ و ١٩٧٩ (Sale of good Act 1893, 1979) الذي نص على بنود ضمنية في عقد بيع البضائع حماية للمشتري خاصة في المواد(١٢- ١٤) ، اذ الزمت المادة(١٢) البائع ان يسلم المبيع الى المشتري خاليا من كل قيد او عائق غير معروف للمشتري وقت ابرام العقد، وكذلك ما ورد في المادة(١٣) المتعلق بالبيع وصفا حيث اوجبت ان يكون المبيع مطابقا للوصف، وكذلك ما ورد في المادة(١٤) المتعلقة بالبيع على وفق النموذج اذ اوجبت ان يكون المبيع مطابقا للنموذج([1]).

(13)sal by description

Where there is contract for the sale of goods by description there is an (f9 term) that the goods will correspond with the description. A1- As regards England and Wales and nor them Ireland, the term implied by subsection(1) above is a condition. 2- If the sale is by sample as well as by description it is not sufficient that the bulk of the goods corresponds with sample if the goods do not also correspond with description. 3- A sale of goods is not prevented from being sale by description by reason only, being exposed for sale or hire they are selected by the buyer . 4-

[1] - د. مجيد العنبكي: المرجع السابق، ص٧٣.

paragraph 4 of schedule 1 below applies in relation to a contract mad before 18 may 1973.)

الفرع الثاني

تأصيل العنصر النفسي في عوامل تحديد نطاق تنفيذ العقد

لقد اثارت طبيعة هذه العوامل نقاشا على مستوى فقه القانون الخاص، اذ هناك من يرى ان دور القاضي في تطبيق معايير تحديد نطاق تنفيذ العقد يكون بجانب دوره في تطبيق فكرة النظام العام، فيعتقد اصحاب هذا التوجه ان نصوص القانون المتممة ذاتها يحكمها هذا المبدأ، فالمشرع يقضي في هذه النصوص بحلول يستقيها مما تقضي به قواعد العرف والامانة والذمة في المعاملات. ويفترض هذا الاتجاه من الفقه ان اطراف العقد انما يجعلون هذه النصوص نبراسا ما داموا لم يتعرضوا لمخالفة هذه الحلول في عقدهم، الا انها ليست نصوصا امرة ملزمة بمعنى ان الاطراف لهم الخروج عنها بنص صريح ولا تعترض هذا الخروج مبادئ النظام العام. كما نادى بعضهم انه ليس في مقدور المتعاقدين الخروج عن عوامل تحديد نطاق العقد(العرف العدالة والذمة والامانة في التعامل) الا اذا كانا يعدلان في ميزان العقد فتزيد المنفعة المقدمة لاحد المتعاقدين مقابلة لما سيفقده بهذا الخروج، فان لم يفعلا طبقت عليهما الاحكام التي يقضي بها العرف والذمة والامانة، اما الخروج عن هذه العوامل دون تعديل لميزان العقد وتقديم ما يقابل هذا الخروج من منافع فهو امر لا يقره القضاء لأنه مخالفا للنظام العام.

ويرى الفقيه سالي ان هذه المعايير وسائل لها قيمتها الذاتية المستقلة عن الارادة المنشئة للتصرف القانوني، فتفسير العقود وتحديد نطاقها لديه يجب ان يبحث فيه عما يوجبه حسن النية والعادات، بحيث لو ان النية الحقيقية جاءت على خلاف حسن النية فيجب ان يستبدل بها تفسير اخر اكثر اتفاقا مع النزاهة ومقتضيات الائتمان.

وقد انتقد الاتجاهين اعلاه من قبل جانب كبير من الفقهاء، اذ يرى بعض الفقه ان ما قدمه انصار الاتجاه الاول من معيار(معيار ميزان العقد) هو معيار غير منضبط ، فهل هو الميزان الاقتصادي،

ومن ثم تكون المسالة متعلقة في الغبن ام هو الميزان القانوني، فترتبط المسألة بوجود الارادة وصحتها([1]).

ومن جانبنا نعتقد ان الاتجاه الاول يبتعد عن المنطق السليم وجاء بحجج متناقضة تدحض بعضها بعضا، و جانب يذهب الى ان القاضي يطبق هذه المعايير كما يطبق النظام العام، ومن جانب اخر يسمح للأطراف بالخروج عليها بحجة تعديل ميزان العقد، فكما هو معلوم ان القواعد التي تعد من النظام العام لا يمكن للأطراف الاتفاق على مخالفتها، كما ان مسايرة منطق هذا الاتجاه من شأنه ان يؤدي الى نتائج خطيرة تهدم فكرة الارادة ومبدأ سلطانها في ابرام ما تشاء من التصرفات القانونية، اذ يمكن للقاضي التدخل متى شاء بحجة تطبيق معايير تحديد نطاق العقد لازالت الاخيرة من النظام العام فيمكن للقاضي التدخل في اي مرحلة من مراحل الدعوى وبدون طلب من الاطراف بحجة حماية النظام.

وان الاتجاه الثاني يخلط كما لحظنا بين النية الحقيقة وحسن النية اذ يعتقد ان حسن النية ما هو الا معيار موضوعي خارج عن الاردة بيد اننا لاحظنا ان حسن النية لا يمكن البحث عنه الا في الارادة الحقيقة للأطراف.

في حين يرى الاتجاه الغالب في الفقه([2]) ان هذه الوسائل جميعها ظروف خارجية تساهم في الكشف عن الارادة المشتركة للمتعاقدين، وتمكن القاضي من تحديد مضمون التزام المدين ومن ثم تنفيذه، فهي جزء من التعبير الثانوي الذي يفصح عن الارادة الملزمة ودورها، ويجب ان تكون الظروف الخارجية كالتعبير الرئيسي التي قد توافق عليه الطرفان معا، وهذا ما ينطبق على العرف الذي يدعي به احد الطرفين اذ يجب ان يثبت انه كان معلوما من الطرف الاخر وان الاثنين قد ارتضياه، فالمتعاقدان هنا يتخذان موقفا لا تدع ظروف الحال شكا على دلالته حقيقة المقصود.

ولهذا فان العرف والعدالة والثقة والامانة تؤخذ بمعنى نسبي اي بما استخلصه المتعاقدان وخصصاه لحكم العلاقة بينهما، ويرى الاستاذ السنهوري انه لا يجوز للقاضي ان ينقض عقدا

[1] - انظر في عرض هذه الاراء د. وليم سليمان قلادة: التعبير عن الارادة في القانون المدني المصري، ط١، المطبعة التجارية الحديثة، القاهرة،ص٣٥٠

[2] - انظر على سبيل المثال د. عبد الرزاق السنهوري: المرجع السابق، ص٦٥٨، د. وليم سليمان قلادة: المرجع السابق، ص٣٥١.

صحيحا او يعدله بدعوى ان النقض او التعديل تقتضيه العدالة، فالعدالة تكمل ارادة المتعاقدين ولا تنسخها([1]).

اما في القانون الانكليزي فالقاعدة العامة هي يجب على طرفي العقد تنفيذ ما تعهدا به بالضبط، ومن ثم على المحكمة عندما يكون الاداء غير كامل ان تفسر اولا العقد من اجل التأكد من طبيعة الالتزام وما اذا كانت مقاييس الاداء الفعلية تصل الى هذا الالتزام.

(The general rule is that a party to a contract must perform exactly that he under took to do . when an issue arises as to whether performance is sufficient, the court must first construe the contract in order to ascertain the mature of the obligation)[2]

كما لاحظنا ان هناك معايير يمكن من خلالها الوصول الى البنود الضمنية، بيد ان الاتجاه الغالب في الفقه والقضاء الانكليزيين يرى انه يجب ان تكون معايير تحديد نطاق تنفيذ العقد لا تخالف بكل حال من الا حوال الارادة المشتركة للمتعاقدين، اذ جاء في قضية(Les Affreteurs Reunis Socite V Leopold walford(London) Lth (1919)) ان الوسيط يستحق العمولة عند توقيع العقد في حالة استئجار سفينة بموجب مشارطة رصينة ،وذلك بسبب وجود بند صريح يقضي بذلك مخالفا للعرف، ومما قاله اللورد بركنهيد(Birkenhead) (... ان رجال الاعمال يكونون بالفعل على علم تام بالعرف الذي راوا من الصواب الاتفاق على خلافه، ولما كان يراد من العرف ان يكون مكملا للعقد بوصفه قانون الطرفين وليس القضاء عليه لذلك يجب ان لا يكون العرف مخالفا للبنود الصريحة في العقد بل يجب ان يكون اداة خادمة لها اكثر من ان يكون عاملا من عوامل تحريفها وان يساعد على تحقيق الغرض من بنود العقد وفاعليتها)([3]).

وفي تقديرنا ان الاتجاه الذي ينادي بكون هذه العوامل وسائل يمكن من خلالها الكشف عن الارادة المشتركة للمتعاقدين لتحديد نطاق عقدهم ومن ثم وضعه موضع التنفيذ هو الاتجاه الاقرب الى المنطق القانوني السليم، كونه يتماشى مع مبدأ سلطان الارادة ،وان الاخيرة هي العنصر الاساسي في تحديد التزامات اطراف العقد، ومن ثم لا يجوز للقاضي بحجة اعمال العرف او مبادئ

[1] - د. عبد الرزاق السنهوري: المرجع السابق، ص٦٩٨.
[2] -Chitty: contract twenty – fhth edition London sweet and Maxwell , 1983, p763.
[3] - د. مجيد العنبكي: المرجع السابق،ص٧٣.

العدالة ان يخالف الارادة المشتركة للمتعاقدين، وان يلزمهم بتنفيذ التزام او انقاص حق لم ترتضيه ارادتهم المشتركة بحجة تحقيق العدالة، بل اكثر من ذلك فان ما سار عليه قضاء محكمة التمييز انه على القاضي ان يرجع الى اهل الخبرة لمعرفة المدلولات العرفية، اذ جاء في قرار لها انه(ليس للحاكم ان يغلب المعاني العرفية لتفسير عبارات العقد من تلقاء نفسه دون اللجوء الى اهل الخبرة من الوسط الذي يتداول العبارة التي يراد تعيين مدلولها العرفي)([1]).

وعليه فالعنصر النفسي في كلا القانونين العراقي والانكليزي يبسط سلطانه على عوامل تحديد نطاق تنفيذ العقد عن طريق استعانة القاضي بها للوصول الى الارادة المشتركة للمتعاقدين.

الخاتمة:

من خلال البحث توصلنا الى مجموعة من النتائج يمكن أن نجمل أهما، وتوصية نعتقد بأهميتها، وذلك فيما يأتي:

اولا: النتائج

١- لاحظنا في تنفيذ العقد أن العنصر النفسي يبسط سلطانه بذاته، اذ تتحدد التزامات الاطراف من خلال إرادتهم المشتركة، ومن ثم لا يجوز إلزام أي طرف منهم بتنفيذ التزام لم تنصرف إليه إردته مسبقا، ولا فرق في هذا الاتجاه بين القانونين العراقي والانكليزي فكلاهما يوجب تحديد الالتزامات من خلال ارادة المتعاقدين المشتركة.

٢- كما تبين لنا انه يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه مبدأ حسن النية، المبدأ الموجود في القانون العراقي الذي تقابله مجموعة من الالفاظ في القانون الانكليزي التي من شأنها ان تدل عليه مثل الأمانة والذمة في التعاملات والمعقولية وغيرها، واخذ القانون

[1] - انظر قرار محكمة تمييز العراق ذي الرقم٣٢٧٧/ حقوقية/ ١٩٦٢ منشور لدى ابراهيم المشاهدي: المرجع السابق، ص٣٣٣.

الانكليزي بحسن النية بشكل صريح عندما قرر مبدأ(ليس بتوثيقي)، كما توصلنا الى ان مبدأ حسن النية ذاتي المفهوم اذ لا يمكن البحث عنه خارج ارادة المتعاقدين.

٣- واخيرا تبين لنا من خلال البحث ان العنصر النفسي يمتد سلطانه ليصل الى عوامل تحديد نطاق العقد التي تتمثل بالعرف والعدالة والتشريع وطبيعة الالتزام، اذ ان كلا القانونين العراقي والانكليزي يأخذ بهذه العوامل لتحديد نطاق العقد، وان كان القانون الانكليزي قد توسع بهذه العوامل بشكل اكثر تفصيلا مما عليه الحال لدى المشرع العراقي، الا اننا لاحظنا ان هذه العوامل في كلا القانونين ما هي الا ادوات للكشف عن الارادة المشتركة للمتعاقدين، ومن ثم لا يمكن ان تكون سلطة عليا على ارادتهم بل هي خادمة لارادتهم للكشف عنها من اجل تحديد التزاماتهم التعاقدية بغية تنفيذها.

ثانيا: التوصيات

نوصي بأن يأخذ المشرع العراقي بما سار عليه القانون الانكليزي من الاخذ بمعيار الاثر الفعال للعقد لتحديد نطاقه بغية تنفيذه وان يعدل نص المادة(٢/١٥٠) لتكون بالشكل الاتي(ولا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول ايضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة والاثر الفعال للعقد بحسب طبيعة الالتزام وما انصرفت اليه الارادة الحقيقية للمتعاقدين).

المصادر:

اولا: المصادر العربية

١-ابراهيم المشاهدي: المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز، القسم المدني، المكتبة القانونية، بغداد، بلا سنة طبع.

٢-. د. انور سلطان ، الموجز في النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٠٥

٣- د. جليل الساعدي: اصول العقد في القانونين العراقي والانكليزي، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد، مجلد٢٥،ع١، ٢٠١٠.

٣- د. جليل الساعدي: الارادة الباطنة في العقد- دراسة في القانون المدني العراقي- مكتب نور العين للطباعة، بغداد، ٢٠١١.

٤- د. جعفر الفضلي: الوجيز في العقود المسماة- البيع- الايجار- المقاولة- المكتبة القانونية، بغداد، بلا سنة طبع.

٥- د. حسين عبد القادر معروف: النزعة الشخصية والموضوعية في التصرف القانوني، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد،١٩٩٩.

٦- د. سليمان مرقس: نظرية العقد، دار النشر للجامعات المصرية،١٩٥٦.

٧- د. شيرزاد عزيز سلمان، حسن النية في ابرام العقود ، دار دجلة، الطبعة الاولى، الاردن، ٢٠٠٨،

٨- د. صلاح الدين علي: بنود العقد في القانون الانكليزي، دراسة تحليلية مقارنة مع الشروط المقترنة بالعقد في القانون المدني العراقي، مجلة الرافدين للحقوق، مجلد١٦، ع٥٨، سنة١٨.

٨- عبد الجبار ناجي الملا صالح: مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد،١٩٧٣.

٩- د. عبد الحي حجازي ، موجز النظرية العامة للالتزام ،الجزء الاول ، مصادر الالتزام، المطبعة العالمية، القاهرة، ١٩٥٥

١٠- د. عبد المجيد الحكيم: الموجز في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، المكتبة القانونية، بغداد، ١٩٧٩.

١١- د. عبد المجيد الحكيم و أ. عبد الباقي البكري و أ.م. محمد طه البشير: الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي،ج١، المكتبة القانونية، بغداد، ط٤، ٢٠١٠.

١٢- عبد الرزاق احمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية،ج١، بيروت،٢٠٠٠.

١٣- د. عبد الرحمن عياد ، اساس الالتزام العقدي ،المكتب المصري للطباعة والنشر،القاهرة،١٩٧٢.

١٤- علي يوسف صاحب: مفهوم العقد في القانون الانكلوامريكي- دراسة مقارنة- مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية، العددان الاول والثاني، مجلد٣، ٢٠١٠.

١٥- ليون دوكيه ،دروس في القانون العام ،مجلة العدالة، العدد(٣)،١٩٧٩

١٦- د. محمد سليمان الاحمد، النظرية العامة للقصد المدني ،مشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الاولى ،بيروت، ٢٠٠٩.

١٧- . د. محمد شكري الجميل العدوي، سوء النية واثره في عقود المعاوضات ، دار الفكر الجامعي ، الطبعة الاولى، الاسكندرية، ٢٠٠٨،

١٨- د. محمد طه البشير و د.غني حسون طه: الحقوق العينية، المكتبة القانونية، بغداد، ج١، بلا سنة طبع.

١٩- د. مجيد العنبكي: مضمون العقد ونطاقه وحوالته في القانون الانكليزي، مجلة الحقوق، جامعة النهرين، مجلد٣، ع٣، ١٩٩٩.

٢٠- د. وليم سليمان قلادة: التعبير عن الارادة في القانون المدني المصري، المطبعة التجارية الحديثة، القاهرة، ط١، بلا سنة طبع.

ثانيا: المصادر الاجنبية:

1-Cavendish essential series: Essential contract law, second Edition, by www. Cavendishpublishing.com.

2-Chitty : contract twenty- fhth edition London sweet and Maxwell, 1983

3-E.R.D Avles: conclse collge texts contract, London, sweet and maxwall 1977.

4-Venkatesam- hand book on mercatiole law-third, edition- sree ramaprasad press, 5. Brod way madras 1.

عنوان البحث	الرقابة القضائية على تعديل الدستور – دراسة مقارنة
اسم الباحث	١-الاستاذ المساعد الدكتور سامر مؤيد عبد اللطيف ٢-المدرس المساعد صفاء محمد عبد
	كلية القانون / جامعة كربلاء

ملخص البحث

تعد الرقابة القضائية على دستورية القوانين الوسيلة القانونية الفاعلة لضمان سمو الدستور واحترام قواعده من جانب الحكام والمحكومين على حدٍ سواء . غير أن هذه الرقابة ، قد يتوسع دورها ونطاق صلاحياتها - في أحيان- لتصل الى حد التثبت من دستورية وشرعية إجراءات تعديل الدستور لتضحى معها السلطة القضائية والمحاكم الدستورية الحامي الرسمي للشرعية الدستورية في مجال تعديل الدستور .

وازاء هذا الدور الخطير والجديد للقضاء الدستوري الذي اقرته بعض النظم الدستورية، إنقسم الفقه وبين مؤيد ومعارض ، وخاصةً عند خلو الدستور من النص المؤسس لمثل هذا الاختصاص .

وعلى اساس ما تقدم تحدد هدف البحث في تقصي حدود الدور الذي يمكن أن يباشره القضاء الدستوري في مجال الرقابة على تعديل الدستور . وباعتماد منهجية مقارنة ، جرى تقسيم البحث على مبحثين ، إختص الاول منهما بتوضيح ماهية الرقابة القضائية على تعديل الدستور ومدى مشروعيتها ، فيما إختص المبحث الثاني في بيان نطاق الرقابة القضائية على تعديل الدستور . وقد توصلت الدراسة الى نتيجة مفادها تركز حالات الرقابة القضائية على التعديل الدستوري في الدول التي اباحت هذا الاختصاص للقضاء في مجال التثبت من شرعية اجراءات التعديل من الناحية الشكلية بضمنها تحديد السلطة المختصة بذلك، مع امكانية ان يتعدى ذلك الاختصاص الى مراعاة الجانب الموضوعي في التعديل الدستوري عندما يتضمن الدستور قيودا موضوعية مفروضة على سلطة التعديل ، وبغياب تلك القيود ينتفي الاساس الذي يقوم عيه هذا النوع من الرقابة .

Abstract

The Judicial oversight over the constitutionality of laws and legal is a mean to ensure the Highness of Constitution and respect its rules. However, this Censorship, may expand in its role to reach the level of verification of the constitutionality and legality of the Constitutional amendment procedures to become the judiciary and constitutional courts as the official protector of constitutional legitimacy, especially when the requirement to amend the constitution.

On the basis of the above sets the goal of research in a statement over the legitimacy of the role that carried on the constitutional judiciary in the field of control over the amendment of the constitution, and then monitor the distinctions within this role among nations in the practical side.

By adopting a comparison systematic approach, it was the division of research on two topics, the first of them singled to clarify the nature of judicial control over the amendment of the Constitution and the legitimacy, while the second part, singled out in the statement of judicial control over the scope of the amendment to the Constitution. The study reached the conclusion that focusing cases of judicial control over the constitutional amendment in states that legalized the jurisdiction of the Constitutional Court in the field of verification of the legality of the amendment procedure in terms of form, including identifying the competent authority, show the need for judicial oversight of a constitutional amendment in the substantive context when it includes Constitution objective restrictions imposed on the authority of the amendment, and the absence of those limitations precluded the basis for the consciousness of this type of censorship.

المقدمة:

لا يستقيم امر الحياة من دون قانون ينظمها ، يتوافق عليه الناس ويقرونه، ويلتزمون بتطبيقه ، فهو المؤشر على تحضر الأمة ورقيها الحضاري . والدستور ضمن هذا الوصف من أهم قوانين الامم، واسماها مرتبة ، كونه مستودعاً للأحكام القانونية الكبرى التي تحدد شكل الدولة ونظام الحكم فيها، والسلطات العامة واختصاصاتها وعلاقة بعضها ببعضها الأخر والحقوق والحريات العامة، وعلى هذا فان بناء الدولة يتخذ من الدستور عمادا له . ووفقاً لهذا المبدأ فإن الدستور يستقر في قمّة الهرم القانوني ؛إذ تتجسد فيه فكرة الشرعية الدستورية العليا عبر خضوع الدولة للقانون ؛ وعلى هذا لابد من وجود ضمانات تكفل احترام جميع السلطات العامة في الدولة للدستور الذي حدد اختصاصاتها وحدودها

بيد أن الدستور ومهما بلغ من الرقي والسمو ، لا يبتعد عن دائرة الخطأ البشري والقصور ، كما أن تطور الحياة وتغير الأفكار التي كانت سائدة في المجتمع ، كلها أسباب تؤدي إلى ظهور الحاجة الى إعادة النظر فيه وتعديله سبيلاً لإصلاح القصور فيه او لتمكينه من الاستجابة الفاعلة للتطورات في الواقع المتغير ، بشرط اخضاع عملية تعديل الدستور لقواعد واحكام خاصة لضمان رصانة البناء القانوني للدولة وتأمين سلامة ومشروعية عملية التغيير في النصوص الدستورية . واذا كانت الرقابة القضائية على دستورية القوانين تعد الوسيلة القانونية الفاعلة لضمان سمو الدستور واحترام قواعده من جانب الحكام والمحكومين على حدٍ سواء ، فان هذه الرقابة قد يتوسع دورها ونطاقها لتصل الى حد التثبت من دستورية وشرعية اجراءات التعديل الدستوري نفسه والتزامها بالقواعد والقيود الموضوعية المنصوص عليها في متن الدستور لتضحى معها السلطة القضائية والمحاكم الدستورية الحامي الرسمي للشرعية الدستورية ومرجعها المؤتمن ولاسيما عند اقتضاء التعديل .

أولا: أهمية البحث

تنبع أهمية البحث في المقام الاول من أهمية الدستور ذاته ومكانته في الدول كونه الضامن لوحدتها وشرعية قوانينها والاطار الاسمى الذي يحكم العلاقات بين الحاكم والمحكوم . كما يستمد البحث اهميته من الحاجة المتجددة لعملية التعديل الدستوري ليس لارتباطها بالقانون الأسمى للدولة فحسب ، بل لكونها التعبير القانوني عن حالة التكيف والموائمة بين متطلبات الواقع المتغير واستقرارية النصوص الدستورية بالصيغة التي تحفظ حيوية الدستور وديمومته في مواجهة تلك

المتغيرات ؛ فضلا عن الاهمية المستمدة من خطورة الدور الذي سيباشره القضاء الدستوري بوجه عام في الرقابة وفرض الشرعية الدستورية على القوانين وهو الامر الذي لايقود الى وضع الدستور على قمة النظام القانوني فحسب ، وإنما يضمن وحدة وانسجام الاخير عبر خضوع كل فروع النظام القانوني لمبادئ دستورية واحدة ؛ لتحقيق الإستقرار والإتساق القانوني المنشود. ومثل هذا الدور الرقابي للقضاء الدستوري يكتسب أبعادا مضافة من الاهمية والدقة عندما تتوسع وتتصاعد لتفرض وصايتها وحمايتها على عملية التعديل الدستوري نفسها بغية الاستيثاق من شرعيتها ومطابقتها لقواعد الدستور وقيوده الموضوعية وما يطرحه هذا الامر من ابعاد ومسائل قانونية على قدر كبير من الاهمية التي تستدعي الدراسة المتأنية والاهتمام الاكاديمي لاسيما مع غياب الدراسات الكافية المكرسة لهذا الموضوع .

ثانياً: مشكلة البحث وهدفه

إنقسمت دساتير الدول ومعها أراء الفقهاء بين مؤيد لرقابة القضاء على التعديلات الدستورية ، وبين منكر لها ، وخاصة عند خلو الدستور من النص على هذا النوع من الرقابة . وحتى المقرين بهذا الحق للسلطة القضائية انقسموا بدورهم بين الاطلاق في امر الرقابة القضائية على التعديل الدستوري بكافة جوانبه الموضوعية والشكلية ، وبين تقييد إقرار هذا الحق الرقابي بالجانب الشكلي والاجرائي دون الموضوعي مع غياب النص او القيد الموضوع في الدستور . وازاء ما تقدم من اختلاف في التوجهات الدستورية والفقهية تبرز مشكلة البحث وهدفه في محاولة الإجابة عن تساؤلين مفادهما :

هل يجوز للسلطة القضائية التي تراقب دستورية القوانين ، أن تراقب كذلك شرعية التعديل الدستوري ؟ وما هي حدود الصلاحيات الممنوحة لهذه السلطة في مجال مراقبة التعديل الدستوري اذا جاز لها مباشرة هذا الدور؟

ثالثاً : منهجية البحث

اعتمد البحث في عرض معطياته وادراك غاياته على منهج التحليل المقارن بشكل رئيس، وذلك بمقارنة دساتير عدد من الدول التي تعتمد الرقابة القضائية في مجال ضمان دستورية

القوانين استنادا الى قاعدة التماثل الوظيفي كمعيار سبيلاً لإدراك مجالات التماثل والاختلاف في امر اقرار هذا الحق الرقابي على عملية التعديل الدستوري من انكاره ، ثم تحري مجالات الافتراق بين الدول التي اقرت هذا الحق الدستوري للسلطة القضائية .

رابعاً : هيكلية البحث

لغرض بيان حدود الرقابة القضائية على تعديل الدستور بشكل مفصل ينبغي تقسيم هذا البحث على مبحثين ، يختص المبحث الأول منهما بتوضيح ماهية الرقابة القضائية على تعديل الدستور ومدى مشروعيتها ، فيما سيختص المبحث الثاني في بيان نطاق الرقابة القضائية على تعديل الدستور

المبحث الاول

مفهوم الرقابة القضائية على تعديل الدستور

ينبثق اسلوب الرقابة القضائية على دستورية القوانين بوجه عام والتعديلات الدستورية بوجه خاص من مبدأ سمو الدستور الذي يستقر في قمّة الهرم القانوني وتتجسد فيه فكرة الشرعية الدستورية العليا في الدولة القانونية ، عبر تكريس فكرة تدرج القواعد القانونية والتزام ادناها بأعلاها وسمو اعلاها على ادناها مع ضمان أن تكون كافة القوانين الصادرة من السلطة التشريعية والأوامر الصادرة من السلطة التنفيذية وحتى التعديلات الدستورية غير مخالفة للدستور، وبهذه الوسيلة القضائية تتوافر الحماية الكافية للشرعية الدستورية بوصفها الوسيلة الفعالة لضمان الالتزام بكل القواعد الدستورية منها والقانونية . لذلك يلاحظ أن دساتير بعض الدول تنص صراحة على بطلان القوانين التي تخالفها ، وهذا يعني أيضاً بطلان القانون المخالف للدستور حتى في حالة عدم النص في الدستور على ذلك ،و هذا البطلان يعتبر نتيجة حتمية لفكرة الدستور الجامد الذي لا يمكن للقوانين العادية أن تعدله ، فإذا أصدرت السلطة التشريعية قانونا يخالف مبدأً أو نصاً دستورياً في دستور جامد، فإن السلطة التشريعية تكون بذلك قد تجاوزت اختصاصاتها و يصبح ما أقدمت عليه باطلاً لمخالفته الدستور دون الحاجة إلى النص على ذلك البطلان في صلب الدستور .

وهذا القيد الدستوري يضحى اكثر الزاما وبروزا في حالة الاقدام على تعديل الدستور لما ينطوي عليه ذلك من تداعيات وابعاد خطيرة تمس مصير الدولة ومستقبلها واستقرار بنيانها القانوني من القواعد .

لغرض بيان طبيعة الرقابة القضائية على تعديل الدستور وفهمها فهماً متكاملاً ووضعها في سياقها الصحيح ، يقتضي الأمر منا البحث في ماهية مبدأ الرقابة القضائية بصفة عامة والرقابة القضائية على التعديل الدستوري بوجه خاص مع تقصي جذورها التأريخية في المقام الاول ، ومن ثم التعرف على الاساس الفلسفي والموقف الفقهي منها في المقام الثاني . بناءاً على ما تقدم ،سيتم تقسيم هذا المبحث على مطلبين هما : المطلب الأول : تعريف الرقابة القضائية على التعديل الدستوري ونشأتها

المطلب الثاني : الاساس الفلسفي للرقابة القضائية على تعديل الدستور والموقف الفقهي منها .

المطلب الاول

تعريف الرقابة القضائية على التعديل الدستوري ونشأتها

تندرج كل من الرقابة القضائية على دستورية القوانين ، والرقابة القضائية على التعديلات الدستورية تحت نظرية العدالة الدستورية أو ما يسميه فقهاء القانون الدستوري (قانون العدالة الدستورية) [1] ، أي أن كلا النوعين من الرقابة القضائية يهدف الى التأكد من تقيد السلطة التشريعية بنصوص الدستور وإحترامها عند إصدار أي تشريع سواء أكان قانونا عاديا أو تعديلا دستوريا . وهذ ما يدعونا في مستهل الامر الى التعريف بماهية الرقابة القضائية على التعديل الدستوري ومن ثم بيان نشأة الرقابة القضائية على التعديل الدستوري وأساسها الفلسفي ، ومن هنا لابد من تقسيم هذا المطلب على الفرعين الآتيين :

الفرع الأول

(1) د. زهير شكر ، الوسيط في القانون الدستوري اللبناني ، المجلد الثاني ، بدون طبعة ، بدون مكان طبع ، ٢٠٠٦ ، ص١٠٤٤.

تعريف الرقابة القضائية على تعديل الدستور

لا يمكن العثور في الفقه القانوني والادبيات السياسية على تعريف محدد لمفهوم الرقابة القضائية على تعديل الدستور بالنظر لحداثة الاهتمام بهذا الموضوع وندرة الكتابات عنه من جانب ، ولكونه حصيلة التقاء موضوعين (الرقابة القضائية ، والتعديل الدستوري) جرى التعريف بهما بصورة مستقلة في الدراسات السابقة . لذا فان اي محاولة لاستخراج تعريف مبتكر لهذا المفهوم الجديد ، سيمر بالضرورة عبر بوابة التعريف بهذه المفاهيم سلفاً.

وفي المقام الاول يبرز مفهوم الرقابة القضائية الذي يستحصل من الدور المسند للسلطة القضائية في تحصين المشروعية القانونية عبر التثبت من التزام السلطات باحترام قواعد الدستور. وضمن هذه الحدود الموضوعية سار الفقه في تعريف مفهوم الرقابة القضائية ، اذ عرفها احد الباحثين وفق الاطار التقليدي بكونها ((اعطاء الحق لسلطة قضائية تكون مسؤولة عن مهمة النظر في مدى انطباق القوانين على نصوص الدستور)) [١]. وعلى غرار ما تقدم ، عرف الاستاذ عبد العزيز محمد سلمان هذا النوع من الرقابة بوصفها (العملية التي عن طريقها يمكن أن تجعل أحكام القانون متفقة مع أحكام الدستور)[٢] ليسجل في هذا التعريف نقلةً نسبية من البعد الوسائلي الى البعد العملياتي الذي يضفي على هذا المفهوم طابعاً اكثر دينامية وفاعلية من المعنى الاول .

وجعل باحث اخر من هذا المفهوم ضمانةً لسمو الدستور ومنع انتهاك قواعده (منع صدور نصوص قانونية مخالفة للدستور، فهي وسيلة لحماية الدستور من أي خرق أو اعتداء اي وضع مبدأ سمو الدستور على غيره من النصوص الأخرى موضوع التطبيق)[٣]

وبتفصيل قانوني اكثر دون ان يتعدى نطاق التشريع عرف احد الباحثين الرقابة القضائية بأنها " رقابة قانونية ، يقوم بها قاض مهمته مهمة قانونية ، هي التحقق من تطابق القانون مع أحكام

---

١) د.عمر حوري ، القانون الدستوري ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٩ ، ص ٨٣.
(٢) عبد العزيز محمد سلمان ، رقابة دستورية القوانين، دار الفكر العربي، مصر، ١٩٩٢، ص٧ .
(٣) الأمين شريط: الوجيز في القانون الدستوري والمؤسسات السياسية المقارنة، ط ٢، الجزائر، ٢٠٠٢ ، ص ٢٤٢.

الدستور والتعرف عما إذا كان البرلمان المنوط به التشريع قد ألتزم الحدود التي رسمها له الدستور ، أم جاوزها وخرج على نطاقها " (١) .

وكان تعريف الموسوعة العربية الميسرة لمفهوم الرقابة القضائية بكونها عملية ((تحديد مدى توافق القوانين العادية والصادرة عن السلطة التشريعية مع نصوص الدستور ومبادئه وروحه وهذا التوافق ضروري وواجب نتيجة لمبدأ تدرج القواعد القانونية)). الاكثر توسعاً في المدار الدستوري ، عبر جعل النص الدستوري وروحه ومبادئه معايير معتمدة لقياس مدى مشروعية القوانين الصادرة من السلطة التشريعية .

وبالانتقال الى المحور الثاني من المفهوم المراد تعريفه ، يطالعنا مفهوم التعديل الدستوري الذي - وخلافا للمفهوم الاول - تباينت فيه التعريفات نتيجةً للتنوع في عمليات التعديل التي جرت على الدساتير التي قد تأخذ شكل الإضافة أو الحذف أو التغيير لبعض نصوص الدستور أو استبدال بعضها ببعض ، فقد ورد في المعجم الدستوري أن التعديل هو : " اقتراح تغيير نص يخضع لتصديق الجمعية النيابية عليه " (٢) ، وفي موضع آخر عُرفَ التعديل الدستوري بأنه " إجراء تعديل في بعض نصوص الدستور أي القانون الأساس القائم " (٣).

أما على صعيد الفقه الدستوري ، فقد قدم فقهاء القانون الدستوري العديد من التعريفات للتعديل الدستوري . وقد عرف جانب من الفقهاء التعديل بدلالة التغيير ، إذ عرفه البعض بأنه " إدخال التغيير على الدستور القائم بإضافة نص أو أكثر إليه أو حذف نص أو أكثر منه أو استبدال نص أو أكثر بأخر يخالف في أحكامه الأول " (٤).

في حين أضفى جانب آخر من الفقه الدستوري السمة السياسية على التعديل الدستوري ، فعرفه على أنه " إفصاح السلطة السياسية المختصة بالتعديل عن إرادتها بغية تعديل الدستور وفق أحكامه ، في توجه سياسي جديد ، في بعض هذه الحالات أو جميعها :

---

(١) د. عبد العزيز محمد سلمان ، ضوابط وقيود الرقابة الدستورية ، الطبعة الأولى ، سعد سمك للمطبوعات القانونية ، بدون مدينة ، ٢٠١١، ص٤٠ .

(٢) وجاء في سياق هذا التعريف تفصيلات بشأن التعديل الدستوري للوقوف عليها يمكن الرجوع الى : اليفيه دو هاجيل – ايف ميني ، المعجم الدستوري ، ترجمة منصور القاضي ، المؤسسة الجامعية للدراسات والتوزيع ، ١٩٩٦ ، ص٣١٣.

(٣) احمد عطية الله، القاموس السياسي، الطبعة الثالثة ، دار النهضة العربية ، ١٩٦٨، ص٣١١.

(٤) د. علي يوسف الشكري واخرون ، دراسات حول الدستور العراقي، الطبعة الأولى، مؤسسة أفاق للدراسات والأبحاث العراقية ، بغداد ، ٢٠٠٨، ص١٣٣.

- إضافة نص جديد أو أكثر الى نصوص الدستور.
- حذف نص أو أكثر من نصوص الدستور .
- إستبدال نص أو أكثر من نصوص الدستور بنص جديد أو أكثر يختلف في أحكامه عن النص المستبدل " [1].

يتضح من التعريفات السابقة أنها تكاد تكون متفقة ومتقاربة على أن التعديل الدستوري لا يتعدى كونه تغييراً يطرأ على النصوص الدستورية ، وهذا التغيير اما أن يكون إضافة نص أو نصوص أو حذفها او إستبدالها بنصوص أكثر دقة ووضوح وملائمة من سابقتها وذلك بموجب الألية التي يحددها الدستور، لمسايرة تطورات الدولة في المجالات كافة ، ولمواجهة المشاكل التي قد تظهر والتي لا سبيل لحلها إلا بتعديل الدستور .

بناءً على ما تقدم يمكن القول بأن التعديل الدستوري: إجراء دستوري ، تقوم به الجهات التي يحددها الدستور، وفق القواعد التي ينظمها ، ويكون الغرض منه إضافة نص أو مجموعة نصوص أو حذفها أو استبدالها بنصوص أخرى ، وذلك لمسايرة الأوضاع المختلفة في الدولة .

وبمزج واستنباط عناصر المفاهيم السابق ذكرها ، يمكن تعريف الرقابة القضائية على تعديل الدستور بأنها " إجراء قانوني تقوم به المحاكم العليا بناءاً على طعن من ذوي المصلحة ينصب على التعديل الدستوري للتأكد من أن السلطة المختصة بتعديل الدستور قد ألتزمت عند تعديل الدستور بالقيود الإجرائية والموضوعية لتعديل الدستور أم لم تلتزم " .

الفرع الثاني

نشأة الرقابة القضائية على تعديل الدستور

قبل الحديث عن نشأة الرقابة على التعديل الدستوري ، لابد من الإشارة إلى نشأة الرقابة على دستورية القوانين بشكل عام . وفي هذا السياق يرى الفقهاء أن الولايات المتحدة الأمريكية تعد الوطن الأم لنشأة الرقابة القضائية ، أو كما يسميها الفقهاء البلد الكلاسيكي لنشأة الرقابة

(١) د. حازم صباح حميد ، الإصلاحات الدستورية في الدول العربية ، الطبعة الأولى ، دار الحامد للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠١٢، ص٨٩.

القضائية على دستورية القوانين والنموذج الذي تعمل الكثير من الدول على الاقتداء به ، أو الاقتباس منه [١] ، ويعود الفضل في نشوء الرقابة القضائية على دستورية القوانين الى عدة عوامل من أهمها شكل الدولة الإتحادي الذي ساعد على جمود وغموض وإيجاز دستور الولايات المتحدة الأمريكية لسنة (١٧٨٧) الذي قاد الى مسألة التغاضي عن النص على الرقابة القضائية دستورية القوانين وإن لم يتضمن نصا صريحا يؤيد أو ينفي الرقابة ، إلا أنه احتوى نصوصاً تؤكد ضمنيا حق القضاء في الرقابة الدستورية ، ومنها نص الفقرة الثانية من المادة الثالثة [٢] ، والمادة السادسة منه [٣] ، والإتجاه الواضح لدى واضعي الدستور لمنح السلطة القضائية حق الرقابة ، ومن ذلك قول (ألكسندر هاملتون) أنه " لا يمكن أن يكون أي تشريع مناقض للدستور صحيح "[٤].

ومن جانب اخر، كان النظام الفيدرالي المعقد الذي انشأه دستور الولايات المتحدة الأمريكية دافعاً لثبوت مبدأ الرقابة القضائية ، على أساس مبدأ الضوابط والتوازنات والذي يصعب استمراره دون وجود سلطة تملك حق الرقابة الدستورية ، لحل النزاعات بطريقة سلمية بين السلطات الإتحادية بعضها مع البعض ، وبينها وبين الولايات ، فللجوء الى العنف أو القوة المسلحة يعني انهيار الإتحاد [٥] .

---

(١) كاروان عزت محمد دوسكي ، مصدر سابق ، ص٧.

(٢) نصت المادة الثالثة / الفقرة الثانية من دستور الولايات المتحدة الأمريكية سنة (١٧٨٧) على أنه (تشمل السلطة القضائية جميع القضايا المتعلقة بالقانون والعدل التي تنشأ في ظل أحكام هذا الدستور وقوانين الولايات المتحدة ...)

(٣) نصت الفقرة (٢) من المادة السادسة من دستور الولايات المتحدة الأمريكية لسنة (١٧٨٧) على أنه (هذا الدستور، وقوانين الولايات المتحدة التي تصدر تبعاً له، وجميع المعاهدات المعقودة أو التي تعقد تحت سلطة الولايات المتحدة، تكون القانون الأعلى للبلاد. ويكون القضاة في جميع الولايات ملزمين به، ولا يعتد بأي نص في دستور أو قوانين أية ولاية يكون مخالفاً لذلك) .

(٤) د. عاطف سالم عبد الرحمن ، دور القضاء الدستوري في الإصلاح - السياسي – الإجتماعي – الاقتصادي ، الطبعة الأولى ، الرحمة للطباعة ، بدون مدينة ، ٢٠١٠/ ٢٠١١ ، ص٢٩.

(٥) النظام القضائي الأمريكي ، مكتب برامج الاعلام الخارجي ، وزارة الخارجية الأمريكية ، ٢٠٠٤، ص٢٩.

كما تعد جهود المحكمة العليا الأمريكية ، من العوامل المهمة التي ساعدت في ثبوت مبدأ الرقابة القضائية على دستورية القوانين رغم صمت الدستور الأمريكي حيال مسألة الرقابة القضائية على دستورية القوانين الإتحادية [١] .

إذ لم يتردد القاضي (جون مارشال)[٢] ،في إصدار حكمه الشهير في قضية (ماربوري ضد ماديسون) ، الذي أسس بداية نشأة الرقابة القضائية على دستورية القوانين ، وقد بدأت أحداث تلك القضية أثناء الإنتخابات الرئاسية سنة (١٨٠٠) عندما هزم (توماس جفرسون) (جون آدمز) في محاولة الأخير لإعادة إنتخابه ، وقبل مغادرته منصبه في (١٨٠١) ، أنشأ (آدمز) والكونغرس التابع للحزب الفيدرالي العديد من المناصب القضائية الفيدرالية الجديدة ، وعين آدمز قضاة أوفياء من الحزب الفيدرالي ، علاوة على ذلك ، عين (آدمز) وزير خارجيته المنصرف (جون مارشال) ؛ ليكون الرئيس الجديد للمحكمة العليا ، وكانت وظيفة (مارشال) بصفته وزيراً للخارجية تسليم القضاة المعينين حديثاً مهماتهم ، غير أن الوقت مضى وبقيت (١٧) مهمة دون تسليم قبل تولي (جيفرسون) منصبه ، وبعد ذلك أمر الرئيس الجديد (جيفرسون) وزير خارجيته (جيمس ماديسون) ، بعدم تسليم المهام المتبقية ، وكان (وليام ماربوري) أحد المرشحين المستائين من قرار الرئيس ، لذلك قرر (ماربوري) مطالبة المحكمة العليا لإجبار (ماديسون) على تسليم أوامر التثبيت بالوظيفة القضائية معتمدين في ذلك على القسم (١٣) من القانون القضائي لسنة (١٧٨٩) الذي منح المحكمة العليا سلطة استصدار "أوامر الامتثال" وهي أوامر تأمر فيها المحكمة أحد المسؤولين الحكوميين بالقيام بمهمة رسمية لا سلطة تقديرية أو اجتهادية لها ، و لإيجاد حل لهذه القضية أعلنت المحكمة أن القسم (١٣) من القانون القضائي لسنة (١٧٨٩) أنه غير دستوري ،

---

(١) د. رفعت عيد سيد ، الوجيز في الدعوى الدستورية مع مقدمة للقضاء الدستوري في فرنسا والولايات المتحدة الأمريكية ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٤، ص ١٤٠.

(٢) ولد (جون مارشال) في (٢٤ سبتمبر عام ١٧٥٥) في مدينة جيرمان تاون في ولاية فيرجينيا ، درس القانون في كلية (وليام وماري) ، وفي عام (١٧٨٢) أنتخب جون مارشال عضوا في السلطة التشريعية لولاية فيرجينيا ، وفي العام (١٧٩٩) أصبح عضوا في مجلس نواب الولايات المتحدة الأمريكية ، ثم عين في العام (١٨٠٠) وزير دولة للرئيس (جون آدمز) ، تم تولى منصب رئيس المحكمة العليا الأمريكية في العام (١٨٠١) ، خدم (مارشال) بوصفه رئيس للقضاة لمدة (٣٤) عاما ، وهي أطول فترة من أي رئيس قضاة أخر ، وقال (جون مارشال) : أنه ساعد في تأسيس المحكمة العليا بوصفها السلطة النهائية لتفسير معنى الدستور . توفي (جون مارشال) بتاريخ (٦ يوليو ١٨٣٥) عن عمر يناهز تسعة وسبعون عاما .

marshall www.superemecourthistory.org/history/joh-

لأنه منح السلطة القضائية البدائية إلى المحكمة العليا ، وهذا يعد خروجاً على ما هو محدد في المادة الثالثة من الدستور الأمريكي . وهكذا نشأت سلطة المحكمة في مراجعة وتقرير دستورية القوانين التي يصدرها الكونغرس[١].

وفي سياق نشأة الرقابة القضائية على التعديلات الدستورية محور البحث ، يذهب فقهاء القانون الدستوري الى أن الرقابة القضائية على التعديلات الدستورية قديمة النشأة [٢] ، ويستندون في ذلك الى أن القرار الأول للمحكمة العليا الأميركة ، الذي يتعلق بدستورية التعديلات الدستورية ، صدر في العام (١٧٩٨) في قضية (Hollingsworth v. Virginia) ، ففي هذه القضية تم الإدعاء بأن التعديل الحادي عشر[٣] لم يتم تبنيه بالشكل الذي نظمه الدستور ، لأن هذا التعديل لم يتم عرضه على رئيس الولايات المتحدة الأمريكية ليوافق عليه ، وهذا يخالف – وفقا لرأي المدعين – ما تتطلبه المادة الأولى من دستور الولايات المتحدة الأمريكية لسنة (١٧٨٧) [٤] .

---

(١) النظام القضائي الأمريكي ، مصدر سابق ، ص٢٤- ٢٥ .

(2)Walter Dellinger, The Legitimacy of Constitutional Change: Rethinking the Amendment Process, HARV. L. REV. 386, 403 (1983) .
Available at : http://scholarship.law.duke.edu/faculty_scholarship/47

(٣) نص التعديل الحادي عشر لدستور الولايات المتحدة الأمريكية لسنة (١٧٨٧)على أن (لا تعتبر الصلاحية القضائية التي تتمتع بها الولايات المتحدة على أنها تمتد إلى أية دعوى قانونية أو دعوى تطبق فيها مبادئ العدل والإنصاف، سبق أن شرع في إقامتها أو الادعاء فيها، ضد إحدى الولايات المتحدة، مواطنون من ولاية أخرى أو مواطنو أو رعايا أية دولة أجنبية) .

(٤)نص البند (٢) من الفقرة السابعة من المادة الأولى من دستور الولايات المتحدة الأمريكية لسنة (١٧٨٧)على أن (كل مشروع قانون ينال موافقة مجلس النواب ومجلس الشيوخ يجب، قبل أن يصبح قانوناً، أن يقدم إلى رئيس الولايات المتحدة، فإذا وافق عليه، وقعه، ولكن إذا لم يوافق عليه أعاده، مقروناً باعتراضاته إلى المجلس الذي طرح فيه، وعلى المجلس أن يسجل الاعتراضات بمجملها في محاضره، ثم يباشر إعادة درس المشروع، فإذا وافق أعضاء ذلك المجلس، بعد إعادة الدرس على إقرار مشروع القانون، أرسل مع الاعتراضات إلى المجلس الآخر حيث يعاد درسه كذلك، فإذا أقره ثلثا أعضاء ذلك المجلس أصبح قانوناً. ولكن في جميع مثل هذه الحالات يجب أن تحدد أصوات أعضاء المجلسين بنعم أو لا، وتدرج أسماء المصوتين بالموافقة على المشروع ومعارضته في محاضر كل من المجلسين على حدة. وإذا لم يعد الرئيس أي مشروع قانون في غضون عشرة أيام (تستثنى منها أيام الأحد) من

إلا أن المحكمة العليا الأمريكية رفضت هذه الدفع لأنها رأت أن موافقة أو نفي رئيس الولايات المتحدة الأمريكية للقانون ينطبق فقط على التشريع العادي دون التعديلات التي يجري اقتراحها أو تبنيها على دستور الولايات المتحدة الأمريكية ، وهكذا خلصت المحكمة العليا الأمريكية إلى أن التعديل الحادي عشر قد تم طبقا للإجراءات المقررة دستوريا في المادة (الخامسة) من دستور الولايات المتحدة الأمريكية لسنة (١٧٨٧) [١]

نخلص مما تقدم أن الفضل في نشأة الرقابة القضائية على التعديل الدستوري يعود الى القضاء الدستوري ممثلاً بالمحكمة العليا الأمريكية ، وسكوت الدساتير عن تنظيم هذا النوع من الرقابة القضائية هو الذي ساعد على نشأة هذه الرقابة وتطورها مثلما ساعد في ثبوت الرقابة القضائية على دستورية القوانين ، وكان الهدف من تلك الرقابة حماية الشرعية الدستورية من خلال مراقبة مدى تقييد السلطة المختصة بتعديل الدستور بالقيود المنصوص عليها في ذات الوثيقة الدستورية ، وفي هذا المقام يمكن القول أن عدداً من دساتير الدول البسيطة [٢] منحت المحاكم الدستورية فيها سلطة مراقبة التعديل الدستوري ، بينما لم تتضمن دساتير الدول أي نص دستوري يخول محاكمها العليا سلطة الرقابة على تعديل الدستور .

تقديمه له، أصبح مشروع القانون ذاك قانوناً كما لو أنه وقعه، ما لم يحل الكونغرس، بسبب رفعه لجلساته، دون إعادة المشروع إليه. وفي مثل هذه الحالة لا يصبح المشروع قانونا)

([١]) د . وليد محمد الشناوي ، الرقابة القضائية على التعديلات الدستورية (دراسة مقارنة) ، بحث مشارك به في المؤتمر الدولي الرابع عشر لكلية الحقوق جامعة المنصورة تحت عنوان " مستقبل النظام الدستوري للبلاد " المنعقد في كلية الحقوق / جامعة المنصورة - في الفترة من (١٧ – ١٨) أبريل ، ٢٠١٢ ، ص ٣٤.

([٢]) من هذه الدساتير : الدستور التركي لعام (١٩٨٢) فقد خول المحكمة الدستورية التركية رقابة السلامة الشكلية للتعديلات الدستورية فقط بموجب (الفقرة الاولى من المادة ١٤٨) ، للوقوف على تفاصيل تلك المادة يرجع الى دستور جمهورية تركيا الحالي المنشور على هذا الموقع :

www.constitution.org/cons/turkey/turk cons.htm

كما خول دستور رومانيا لعام (١٩٩١) المحكمة الدستورية سلطة الرقابة بشأن مقترحات التعديل الدستوري أي أن الرقابة هنا تكون سابقة على إكمال التعديل الدستوري ،أي في مرحلة الإقتراح . ينظر : المادة (١٤٤) من دستور رومانيا المنشور على هذا الموقع الإلكتروني :

www.codices.coe.int/NXT/gateway.dll?f=templates&fn=default.htm

المطلب الثاني

الاساس الفلسفي للرقابة القضائية على تعديل الدستور والموقف الفقهي منها

على الرغم من توحد هدف الرقابة القضائية في تكريس الشرعية الدستورية وحماية مبدأ سيادة القانون ، فان المنطلقات والاسس الفلسفية والقانونية التي تستند اليها كل صورة من صور الرقابة القضائية تختلف وتتنوع لتلائم طبيعة المهمة المسندة للقضاء في مجال الرقابة . إذ تقوم الرقابة القضائية على دستورية القوانين على أساس فلسفي عماده سمو الدستور[1] ، في حين تقوم الرقابة القضائية على التعديل الدستوري على أساس أخر ألا وهو مبدأ القواعد فوق الدستورية [2] .

وحتى على صعيد الموقف الفقهي ، فان قضية الرقابة القضائية على التعديل الدستوري لم تحسم ، اذ يتنازعها اتجاهان متناقضان ، يرفض اولهما هذا النوع من الرقابة ويقر الثاني بحق القضاء في متابعة التعديل الدستوري لكن بتفاصيل . ولإماطة اللثام عن الاساس الفلسفي الذي تقوم عليه عملية الرقابة القضائية على تعديل الدستور والمواقف الفقهية منها سيتم تقسيم هذا المطلب بين فرعين .

الفرع الاول

الأساس الفلسفي للرقابة القضائية على التعديل الدستوري

وجد القضاء الدستوري في نظرية القواعد فوق الدستورية الأساس الفلسفي الذي يستند عليه في تبرير حقه في رقابة التعديل الدستوري ، وبين الفقه الدستوري المقصود بالقواعد فوق الدستورية على أنها " جميع المبادئ التي لا يستطيع المشرع الدستوري المشتق من أن يعمل على

---

(1) للمزيد من التفاصيل ينظر : د. منذر الشاوي ، القانون الدستوري ، الجزء الأول (نظرية الدولة) ، دار القادسية للطباعة ، بغداد ، ١٩٨١، ص١٢ .

(2) سيتم بيان هذا المبدأ بشكل موسع لاحقاً .

تعديلها أو المساس بها " [١] . ويستخلص القضاء الدستوري القواعد فوق الدستورية المقيدة لسلطة تعديل الدستور ، إما صراحة من نصوص الدستور أو ضمناً من خلال تفسير النصوص الدستورية بحكم اختصاصه في تفسير نصوص الدستور . وتنتمي القواعد فوق الدستورية إما إلى طائفة الحقوق الأساسية ، أو إلى شكل النظام السياسي للدولة ، أو إلى مبادئ أساسية أخرى مثل استقلال الدولة ووحدة أراضيها [٢] . ومثال هذه القواعد في الدساتير المقارنة ما يقرره مبدأ الشكل الجمهوري للدولة (المادة ٢٠ من دستور جمهورية ألمانيا الإتحادية)[٣] .

ومثل هذه القواعد التي تستخلص من الدستور ذاته تسمى بالقواعد فوق الدستورية ذات المصادر الوطنية حيث لا يستطيع المشرع المساس بها في تلك الدول [٤] .

بيد أن تلك القواعد قد يستخلصها القاضي الدستوري من مصادر خارجة عن النص الدستوري ، إذ يقوم هذا القاضي بتفحص دستورية التعديل الدستوري مقارنة مع قواعد مستقاة من إعلانات الحقوق العالمية أو الاتفاقيات والمعاهدات الدولية ، الآيلة للحفاظ على حقوق الأنسان وحرياته ، وهنا نواجه نوعاً ثانياً من هذه المبادئ يعرف بالمبادئ فوق الدستورية ذات المصادر الأجنبية التي لا صلة لها بالسيادة الوطنية المتجسدة بالشعب [٥] ، كبعض قواعد القانون الدولي ، والاتفاقية الأوربية لحقوق الأنسان [٦]. وفقاً لهذا المنطق لا يجوز تعديل الدستور بما يخالف القواعد فوق الدستورية التي تعد بمثابة قيود دستورية موضوعية وإجرائية على السلطة المختصة بتعديل الدستور فلا تملك المساس بها [٧] ، فأن تم التعديل الدستوري بما يخالف الأحكام الموضوعية

---

(١) د. أمين عاطف صليبا ، دور القضاء الدستوري في إرساء دولة القانون ، الطبعة الاولى ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، بيروت ، ٢٠٠٢ ، ص٢٥٧.

(٢) د. أحمد فتحي سرور ، منهج الاصلاح الدستوري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٦ ، ص٨٠ .

(٣) نصت المادة (٢٠) [المبادئ البنيوية للدولة؛ حق المقاومة] على أنه :

(١) جمهورية ألمانيا الاتحادية هي دولة فدرالية وديمقراطية بعدالة اجتماعية .

(٤) د. أحمد فتحي سرور ، المصدر السابق ، ص٨١ .

(٥) د. أمين عاطف صليبا ، دور القضاء الدستوري في إرساء دولة القانون ، الطبعة الأولى ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، بيروت ، ٢٠٠٢ ، ص٢٥٨.

(٦) د. أحمد فتحي سرور، مصدر السابق ، ص٧٦.

(٧) د. أحمد فتحي سرور ، المصدر سابق ، ص٩٨ .

والإجرائية لتلك القواعد فوق الدستورية تصدى القضاء الدستوري لذلك التعديل الدستوري بفحص مدى دستورية .

الفرع الثاني

الموقف الفقهي من الرقابة القضائية على تعديل الدستور

أثارت مسألة رقابة القضاء على التعديلات الدستورية جدلاً فقهياً واسعاً ، أدى إلى تفرق فقهاء القانون الدستوري بين مؤيد ومعارض لموقف القضاء من الرقابة القضائية على التعديلات الدستورية - مع صمت المشرع الدستوري عن تنظيم تلك الرقابة - مستندين في ذلك على عدد من الحجج ، وللوقوف على هذا الجدل الفقهي فأننا سنقسم هذا المطلب على النحو الآتي :

اولاً / الإتجـــاه الفقـهي المـــعارض للرقابة القضائية على التعديل الدستوري

رفض هذا الاتجاه منح القضاء إختصاص الرقابة على التعديلات الدستورية مستندين في رفضهم الى الحجج الأتية :

١- لا توجد نصوص دستورية أو قوانين صريحة تمنح القضاء إختصاصا للرقابة على التعديلات الدستورية ، لاسيما وأن مثل هذه الرقابة لا تفترض ضمناً ، وتأسيسا على ذلك لا يمكن الإعتراف للقضاء برقابة التعديلات الدستورية [1].

٢- تكريس مبدأ (إمتداد) أو وحدة السلطة التأسيسية الذي يمثل عقبة في وجه أي محاولة لمد إختصاص القضاء للنظر في دستورية القوانين المعدلة للدستور ، لاسيما وأن هذا الإتجاه الفقهي لا يرى أي فارق بين السلطة التأسيسية الأصلية والسلطة التأسيسية المنشأة من ناحية الإختصاص طالما ان كلتيهما تصدران قواعد دستورية تتمتع بذات القيمة الدستورية . والاعتراف بمبدأ وحدة السلطة للسلطة التأسيسية ، يسمح لهذه السلطة بأن تتبنى أي تعديل دستوري تريده حتى دون

(1) أ. فوزي إبراهيم دياب ، الرقابة القضائية على التعديلات الدستورية ، ٢٠١٣ ، بحث منشور على الموقع الإلكتروني :

http://alyassir.com/index.php?pid=3&i=1&f=25

التقيد بقيود إجراء التعديل الدستوري [1] ، مما يترتب على ذلك تعديل الدستور تعديلاً قد يؤدي إلى إنتهاك حقوق الأنسان المنصوص عليها في الدستور أو تقليص صلاحيات السلطات أو زيادتها مما يؤدي إلى اختلال التوازن المطلوب بين صلاحيات السلطات ، الأمر الذي يرتب مشاكل دستورية في إدارة الدولة الفيدرالية .

٣- إن منح القضاء الدستوري سلطة رقابة التعديلات الدستورية يجعل من القضاء الدستورية سلطة فوق دستورية أو أعلى من الدستور نفسه ، وهذا أمر لم ولا يقره الدستور نفسه ، فالقضاء الدستوري لا يعدو أن يكون سلطة مؤسسة لا تأسيسية ينحصر دوره في رقابة الأعمال التشريعية للبرلمان وفقاً للدستور ، فتدخل القضاء لرقابة السلطة التأسيسية لا يمكن إلا أنه يعد إعتداء فرع وهو السلطة المنشأة على أصل وهو السلطة التأسيسية المتمثلة بسلطة تعديل الدستور ، وهذا الاعتداء يشكل خطراً على الاستقرار القانوني الواجب توافره في الدولة القانونية [2] .

الفرع الثاني

الإتجـــاه الفقـهي الـــــمؤيد للرقابة القضائية على تعديل الدستور

على النقيض من الأتجاه السابق ذهب جانب من الفقه الدستوري الى قبول وتأييد رقابة القضاء على التعديلات الدستورية التي تقوم بها السلطة المختصة بالتعديل للتأكد من مدى التزامها وتقييدها بضوابط تعديل الدستور المنصوص عليها في الدستور ، وقد ساق مناصرو هذا الإتجاه جملة من الحجج لتأييد الرقابة القضائية على التعديلات الدستورية والتي هي :

١- يرى أنصار هذا الإتجاه إن مبدأ الشرعية ومفهوم الدولة القانونية يعد مبررا لإعمال الرقابة على التعديلات الدستورية ، فالدستور يحتل القمة بين مدارج القواعد القانونية في الدولة ، مما يقتضي إعلانه وضمان إلتزام السلطات بأحكامه ، فإذا كان هذا الدستور من صنع السلطة التأسيسية

([1]) د. رجب محمود طاجن ، قيود تعديل الدستور ((دراسة في القانونين الفرنسي والمصري)) ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٦ ، ص ص٢٦٧-٢٦٨.

([2]) د. رجب محمود طاجن ، مصدر سابق ، ص ص ٢٦٨-٢٦٩.

، وكانت التعديلات الدستورية تجري عن طريق إحدى السلطات المؤسسة التي يجب أن تحترم كافة القيود الشكلية والموضوعية التي فرضتها السلطة التأسيسية الأصلية لممارسة الإختصاص بالتعديل ، فأن فكرة الدولة القانونية ذاتها تبرر إخضاع عمل سلطة تعديل الدستور للرقابة للتأكد من عدم خروجها على الدستور [١] .

٢- أشار مؤيدو هذا الأتجاه الى أن خضوع التعديلات الدستورية للرقابة القضائية يشكل عنصراً مهماً من عناصر الحفاظ على الديمقراطية عن طريق مراقبة أشكال التشريعات كافة التي تقوم بها السلطة المختصة بتشريع القوانين بما فيها قوانين تعديل الدستور[٢].

٣- فضلا عما سبق يرى أنصار هذا الأتجاه أن ملاحظة الدساتير المقارنة تفيد بأن فكرة الرقابة القضائية على قوانين تعديل الدستور ليست مستحيلة قانوناً ، وبالفعل فأن القانون الأساسي الألماني لسنة (١٩٤٩) ، ينص في المادة (٧٩) الفقرة (٣) منه على منع " كل تعديل ... قد يمس تنظيم الإتحاد في مقاطعات ، ومبدأ مؤازرة المقاطعات في التشريع ، والمبادئ المعلنة في المادتين ١ و ٢٠ " . وإذا كانت المحكمة الدستورية الألمانية لم تقم بعد أبداً برفض أي تعديل دستوري ، إلا أنها لم تتردد في مراقبة هذه القوانين بالقياس الى المبادئ المطروحة [٣] .

٤- إلى جانب ما سبق من أسانيد لتبرير الرقابة القضائية على التعديلات الدستورية هناك مبرر عملي أورده الفقهاء لتبرير الرقابة القضائية بشكل عام ، ومفاد هذا التبرير أن البرلمان الذي يقوم بعملية تعديل الدستور هو في حقيقته من صنع بشري ولذا فمن المتصور أن يكون ردئ الصنعة ، وأن الأعمال السياسية تتطلب ثقافة سياسية لدى جميع الناخبين وهذا أمر متعذر ، كما يحدث أن ينصرف جزء كبير من الناخبين عن الانتخاب لعدم الثقة في نزاهة الإنتخابات أو حتى كسلاً عن إداء

([١]) المصدر السابق، ص٢٧٣.

[2] - Arpita Sarkar , Standard of Judicial Review with Respect To Socio Economic Rights In India , Journal of Indian Law and Society , vol (2) , (December29,2011) , p.1-2.

([٣]) موا فونسي (Moea Vonsy) ، البرلمان التأسيسي ليس سيداً ، مجلة القانون العام وعلم السياسية ، ترجمة : د. محمد عرب صاصيلا ، مراجعة : د. وسيم منصوري ، ، ، العدد (٣) ، ٢٠٠٧ ، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت ، ص٧٩٠ .

واجبهم الأمر الذي لا يجعل البرلمان ممثلاً لجميع أفراد الشعب [1] ، ومن ثم فإن البرلمان قد يقوم بتعديل الدستور خلافاً للإرادة الشعبية وخصوصاً في الحالات التي لا يشترط فيها الدستور عرض التعديل الدستوري على الإستفتاء الشعبي لإقراره .

٥- لإخضاع التعديلات الدستورية لرقابة القضاء يذهب مؤيدو هذا الأتجاه الى عد التعديلات الدستورية قانوناً وبإمكان المحاكم الدستورية مد رقابتها إليه دون الحاجة الى نص دستوري خاص ، لأن المحاكم الدستورية بالفعل تتمتع بأختصاص الرقابة على دستورية القوانين ، ولتدعيم فكرتهم هذه يرون أن التعديلات الدستورية تعد "قوانين" فيما يتعلق بشكلها الخارجي في العديد من الدول وخاصة الفيدرالية ، إذ يشار الى التعديلات الدستورية صفة (قوانين) ، وكذلك أيضاً يتم إصدارها في الجرائد الرسمية تحت عنوان " قوانين" ، كما يلحظ أن التعديلات الدستورية يطلق عليها في عدد من الدول " قوانين بشأن التعديل الدستوري " أو "القانون المعدل للدستور" أو " القانون الدستوري ". وفوق كل ذلك ينص في بعض الدول الفيدرالية على أن التعديل الدستوري يتم بوساطة "قانون" ، على سبيل المثال ما تنص عليه الفقرة (١) من المادة (٧٩) من القانون الأساسي الألماني لسنة (١٩٤٩) من أن " القانون الأساسي لا يمكن تعديله إلا بقانون يعدل صراحة أو يكمل نصه " ، وبناءً على ذلك يمكن للمحاكم الدستورية مراقبة التعديلات الدستورية حتى في ظل غياب النص الدستوري الذي يخولها ذلك [2] .

وفي ضوء الحجج التي ساقها مؤيدو الرقابة القضائية على تعديل الدستور ، يمكن مسايرة هذا الإتجاه ، وذلك لمراقبة السلطة المختصة بالتعديل الدستوري التي تقوم بتعديل الدستور والتأكد من مدى التزامها بالقيود الشكلية والموضوعية للتعديل الدستوري ، وخصوصا إذا كان الدستور يتضمن نصوصا دستورية تنظم حقوق الإنسان وحرياته ولم ينص الدستور على منع المساس بها تعديلاً ، وهذه الرقابة الدستورية مطلوبة في كافة الدول لحماية حقوق وحريات الإنسان من التعديل الدستوري ، فلو فرضنا أنه تم تعديل دستوري أدى الى تقليص تلك الحقوق أو أزالها من صلب الدستور ، فلن تستطيع المحاكم حماية تلك الحقوق لأن القوانين التي كانت تنظم تلك الحقوق تصبح

---

(١) د. هشام محمد فوزي ، رقابة دستورية القوانين بين أمريكا ومصر ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٦ ، ص٤٣.

(٢) د. وليد محمد الشناوي ، الرقابة القضائية على التعديلات الدستورية (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى ، دار الفكر والقانون ، المنصورة ، ٢٠١٣ ، ص ص٨٥- ٨٦.

غير دستورية لتعارضها مع الدستور ومن ثم سيكون هناك إهدار لتلك الحقوق وتبقى دون حماية ، ولكن لا يحصل إهدار لتلك الحقوق والحريات لو سمح للقضاء بمراقبة التعديل الدستوري لذلك نفضل النص بصورة صريحة في الدساتير على إختصاص القضاء الدستوري ممثلاً بالمحاكم العليا برقابة التعديلات الدستورية . ولابد من الإشارة هنا أن الرقابة القضائية على التعديل الدستوري يجب أن تتم من قبل المحكمة الدستورية فقط دون غيرها لأنه لو تم منح هذا الإختصاص لجميع المحاكم فسيحدث عدم إستقرار قانوني في الدولة مما يؤثر سلباً على إستقرار الدولة بالمجمل لتناقض الأحكام التي ستصدر من قبل المحاكم .

المبحث الثاني

نطاق الرقابة القضائية على تعديل الدستور

في مستهل هذا المحور ، يجدر طرح التساؤل الآتي : هل تتمتع المحاكم الدستورية بسلطة الرقابة على التعديل الدستوري لضمان عدم الانحراف في تعديل الدستور مثلما تراقب مدى دستورية القوانين ؟

وفي هذا السياق وجدنا أن المحاكم العليا في عدد من الدول الفيدرالية قد قامت فعلاً بمراقبة التعديل الدستوري ، غير أنها اختلفت في نطاق تلك الرقابة ، فعدد من المحاكم العليا في الدول الفيدرالية بسطت رقابتها على التعديل الدستوري من الناحية الشكلية ، في حين راقبت الأخرى التعديل الدستوري من الناحية الموضوعية .

ولغرض توضيح موقف المحاكم العليا من نطاق الرقابة القضائية على تعديل الدستور الفيدرالي يقتضي الأمر تقسيم هذا المبحث على مطلبين ، بحيث سنبين في المطلب الأول الرقابة على التعديل الدستوري من الناحية الشكلية ، في حين سنبحث في المطلب الثاني الرقابة القضائية من الناحية الموضوعية .

المطلب الأول

الرقـــــــابة الشكـــلية على تعديل الدستور وتطبيقاتها

يتحدد نطاق مفهوم الشكلية في سياق التعديل الدستوري بإجراءات تعديل الدستور بدءاً من تحديد السلطة المختصة بالتعديل الدستوري ، مروراً بالهيأة التي تتولى إعداده وانتهاء بإقرار التعديل الدستوري أو التصديق عليه [1] ؛ وهنا قد يقوم القضاء الدستوري برقابة الإجراءات الشكلية وخاصة إجراءات الإقرار النهائي للتعديل الدستوري والذي قد يتحقق بالتصديق أو الإستفتاء الدستوري لغرض التحقق مما إذا كانت الإجراءات الشكلية المنصوص عليها في الدستور بشأن تعديله قد تم استيفاءها أم لا.

وقد تنص العديد من الدساتير الفيدرالية على توافر أغلبية معينة لإمكان إيراد تعديلات عليها كأغلبية الثلثين أو خمس العدد الإجمالي لأعضاء البرلمان أو موافقة اغلبية معينة من الولايات الفيدرالية ، وهنا لابد من أن يكون التعديل الدستوري قد تم بموجب الأغلبية المحددة فيه ، وإذا لم يحصل ذلك يبرز هنا دور المحكمة الدستورية بالرقابة على التعديل الدستوري بناءً على طلب من ذي مصلحة للتحقق مما إذا كان التعديل الدستوري قد تم إجراءه على نحو يتسق مع هذه القواعد الإجرائية ويطلق البعض على هذه الرقابة تسمية " رقابة السلامة الشكلية والإجرائية للتعديل الدستوري" [2].

وتأسيسا على ما سبق سوف نستعرض بعض القرارات الصادرة من جانب المحاكم العليا التي نلمس فيها مبدأ الرقابة على الشكلية ، وفي هذا المقام يشار الى أن المحكمة العليا الأمريكية ونظيرتها المحكمة الفيدرالية النمساوية قد سلطت رقابتهما على الإجراءات الشكلية والإجرائية وخاصة الإجراءات النهائية للتعديل الدستوري والتي تشمل التصديق والاستفتاء الدستوري، ومن أجل بيان موقف تلك المحاكم سنقسم هذا المطلب على فرعين وعلى النحو الآتي

([1]) د. محمد فوزي نويجي ، فكرة تدرج القواعد الدستورية (دراسة تحليلية نقدية) ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٨، ص٢٢٨.

(2) Kemal Gözler, Judicial Review Of Constitutional Amendments (A Comparative Study) , First edit , Ekin Press , Bursa , Turkey , 2008 , p. 27.

الفرع الأول

رقابة المحكمة الإتحادية العليا في الولايات المتحدة الأمريكية

مارست المحكمة الإتحادية العليا في الولايات المتحدة الأمريكية دورا مهما في مجال النظر في مدى دستورية التعديل الدستوري من الناحية الشكلية ، على الرغم من عدم ابطالها التعديل الدستوري لمخالفته للقواعد الشكلية للتعديل الدستوري . وما تقدم يمكن تبيانه من خلال القضايا الاتية :

أولاً - قضية (دالون ضد كلوز Dillon v. Gloss) [1]

ارتبطت هذه القضية بالتعديل الثامن عشر الذي تضمن حظر تصنيع ، وبيع، ونقل المشروبات المسكرة في الولايات المتحدة الأمريكية .

وترجع وقائع هذه القضية إلى إلقاء القبض على (جي جي ديلون (J.J.Dillon) في (١٧ يناير ١٩٢٠) ، وتوجيه إتهام له بنقل المشروبات المسكرة بالمخالفة لقانون الحظر الوطني ، وقد قدم (J.J.Dillon) التماسا للحصول على أمر للمثول أمام المحكمة ، أو أمر إحضار ، غير أن التماسه قوبل بالرفض بموجب أمر ، لذلك أتجه (Dillon) الى المحكمة العليا مستأنفا أمر الرفض مستنداً في ذلك الى حجتين :

الأولى : أن مدة السبع سنوات المحددة لتصديق التعديل الثامن عشر في القسم الثالث منه كانت غير معقولة ، أي أنه طعن بالصحة الشكلية للإجراءات التي تم بها تبني التعديل الثامن عشر - من حيث مدة التصديق على التعديل المذكور- ، غير أن المحكمة العليا الأمريكية رفضت هذه الحجة ، وقضت بأن الكونغرس الأمريكي هو الذي يملك سلطة تحديد المدة الزمنية للتصديق على أحد

([1]) Vile, John R. , Encyclopedia of constitutional amendments proposed amendments and amending issues, (1789-2010) , Third Edition , ABC-CLIO, LLC, Santa Barbara , 2010, p.141.

التعديلات التي تتم على دستور الولايات المتحدة الأمريكية لسنة (١٧٨٧) ، وإن المدة المحددة في التعديل الثامن عشر – السبع سنوات – تعد مدة معقولة [١].

أما الحجة الثانية فهي : إن التعديل الثامن عشر لم يكن قد دخل حيز النفاذ في اليوم الذي تم القبض عليه فيه ، أي بتاريخ (١٧ يناير ١٩٢٠) ، إذ كانت الولاية الأخيرة قد صدقت على التعديل في (١٦ يناير ١٩١٩) ، وإن سكرتير الولاية قد أقر هذا التصديق في (٢٩ يناير ١٩١٩) ، ونظراً لأن المادة الأولى من التعديل كانت قد نصت على أن التعديل سيدخل حيز النفاذ بعد عام من التصديق عليه ، أي في (٢٩ يناير ١٩٢٥) فقد أحتج المستأنف بأنه لم يكن ثمة أساس قانوني للقبض عليه في (١٧ يناير ١٩٢٠) غير أن المحكمة لم تقتنع بدفعه الأخير أيضاً ، لأنها رأت أن إعلان سكرتير الولاية إقراره للتصديق ليس ضرورياً لدخول التعديل حيز النفاذ ، مضيفة أن عملية التصديق على التعديل الدستوري تتم بتصديق الولاية الأخيرة ، لذلك فأن التعديل قد دخل حيز النفاذ في (١٦ يناير ١٩٢٠) ، أي بعد عام من تصديق الولاية الأخيرة عليه [٢].

ثانياً / قضية (كولمان ضد ميلر (Coleman v. Miller

اقترح الكونغرس في يونيو عام (١٩٢٤) ، تعديلاً للدستور ، اطلق عليه " تعديل عمر الطفل "[٣] ، وفي شهر كانون الثاني من العام (١٩٢٥) ، تبنت الهيئة التشريعية بولاية كنساس قراراً رافضاً لهذا التعديل المقترح ، وأرسلت نسخة موثقة من القرار الى سكرتير الولايات المتحدة ، وبعد اثنتي عشرة سنة – أي في كانون الثاني من عام (١٩٣٧) – صدقت الهيئة التشريعية في ولاية كنساس على ذات التعديل المقترح الذي سبق أن رفضته ، غير أن إحدى وعشرين عضواً من مجلس الشيوخ وثلاثة أعضاء من مجلس النواب في ولاية كنساس طعنوا في مشروعية هذا التصديق أمام المحكمة العليا لولاية كنساس ، وقد استهدفت الدعوى منع سكرتير الولاية من إقرار قرار التصديق على التعديل المقترح ، إلا أن المحكمة العليا لولاية كنساس رفضت الطعن مؤيدة لمشروعية تصديق الهيئة التشريعية في ولاية كنساس على التعديل المقترح [٤].

---

1 - Kemal Gözler , Judicial Review of Constitutional Amendments , op. cit , p.(30-31).

2 - Vile, John R , op , cit , p. 141.

٣ ـ نص تعديل تحديد عمر الاطفال العاملين على أن (الكونغرس لديه السلطة لتحديد وتنظيم ومنع عمالة الأطفال تحت عمر الثمانية عشر سنة) ينظر : Walter Dellinger, op , cit , p. 339.

٤ ـ د. وليد محمد الشناوي ، مصدر سابق ، ص١٠١.

وقد استؤنف الحكم الصادر في هذه القضية أمام المحكمة العليا الأمريكية (الفيدرالية) ، حيث أستند المدعون على حجتين لتأييد طعنهم بعدم مشروعية مسلك الهيئة التشريعية في ولاية كنساس :

الحجة الأولى : لا يجوز للهيئة التشريعية بولاية كنساس أن تصدق على تعديل مقترح سبق وأن رفضته من قبل.

الحجة الثانية : إن التعديل – الذي كان قد اقترح في عام (١٩٢٤) – قد فقد مشروعيته بسبب مرور الوقت ، ومن ثم لا يجوز التصديق عليه من جانب الهيئة التشريعية في ولاية كنساس في عام (١٩٣٧) ، غير إن المحكمة العليا الأمريكية رفضت الحجج السابقة ، ومن ثم ، قضت المحكمة بأن المسائل المتعلقة بأثر الرفض السابق للتعديل المقترح ، وكذلك مضي الوقت منذ تقديم التعديل للتصديق أول مرة " تعتبر مسائل ذات طبيعة سياسية ، ولا تقبل إخضاعها للتقاضي ، وخلصت المحكمة العليا الأمريكية من التحليل السابق الى القول إن الكونغرس " يملك الكلمة النهائية فيما يتعلق برقابة إصدار التعديل الدستوري المتبنى [١] .

ثالثاً / قضايا الحظر الوطني

تم الادعاء في هذه القضايا - من بين ادعاءات أخرى - أن التعديل الثامن عشر للدستور الأمريكي ، جرى تبنيه من جانب ثلثي الأعضاء الحاضرين ، وليس من جانب ثلثي العدد الإجمالي لأعضاء كلا مجلسي الكونغرس على نحو ما تتطلب ذلك - وفقاً لرأي المدعين - المادة الخامسة من الدستور الأمريكي ، غير أن المحكمة العليا الأمريكية رفضت هذا الادعاء ، قاضية بأن " تصويت الثلثين في كل من مجلسي الكونغرس المتطلب لإقتراح التعديل ، هو تصويت ثلثي الأعضاء الحاضرين ، وليس تصويت ثلثي العدد الإجمالي للأعضاء الحاضرين والغائبين[٢] .

تأسيسا على ما تقدم ينبغي القول أن المحكمة العليا الأمريكية قد اعترفت لنفسها بسلطة الرقابة على تعديل دستور الولايات المتحدة الأمريكية لسنة (١٧٨٧) ، إلا أنها راقبت السلامة

(١) د. وليد محمد الشناوي ، مصدر سابق ، ص١٠٢.

(2) Kemal Gözler , op. cit , p. 22.

الشكلية والإجرائية للتعديل الدستوري دون الرقابة الموضوعية ، غير أنه يلاحظ أن المواقف التي تبنتها المحكمة العليا الأمريكية - من خلال تمحيص القرارات السابقة - أنها متباينة بصدد قبول مبدأ الرقابة الشكلية للتعديلات الدستورية، فقد قبلت بالرقابة على بعض التعديلات الدستورية دون البعض الأخر ، غير مستندة في ذلك على معيار محدد لقبول الرقابة على التعديل الدستوري من عدمه ، وقد يكون سبب تلك المواقف المتذبذبة هو الغاية الأساسية التي تبناها التعديل الدستوري .

الفرع الثاني

رقابة المحكمة الدستورية الفيدرالية النمساوية

في البدء لابد من القول أن المادة (٤٤) من دستور جمهورية النمسا لسنة (١٩٢٠) قد بينت طريقة تعديله ، وحددت الشروط الشكلية التي يجب التقيد بها لغرض تعديل الدستور المذكور ، وميزت المادة السالفة الذكر بين المراجعة أو التنقيح الجزئي ، والمراجعة أو التنقيح الشامل للدستور ، وكل من هذين الأسلوبين يخضعان لإجراءات مختلفة ، فمقترح التعديل الجزئي لدستور جمهورية النمسا يتم الموافقة عليه من قبل البرلمان النمساوي دون حاجة لأجراء استفتاء شعبي [١] ، بينما مقترح التعديل الشامل يتطلب عرضه على الشعب بإستفتاء شعبي للموافقة عليه [٢].

ولكن السؤال المهم هنا : هل تستطيع المحكمة الفيدرالية النمساوية فرض رقابتها على التعديل الدستوري إذا ما تم على دستور جمهورية النمسا لسنة (١٩٢٠) دون أتباع القيود الشكلية والإجرائية المنصوص عليها في المادة (٤٤) الخاصة بتعديله ؟

([١]) نصت الفقرة (١) المادة (٤٤) من دستور جمهورية النمسا الأتحادية لسنة (١٩٢٠) على أنه (القوانين الدستورية أو النصوص الدستورية التي تحتوي على قوانين بسيطة تمرر بواسطة المجلس الوطني بحضور أقل من نصف أعضائه و بواسطة أغلبية الثلثين من الأعضاء المصوتين ...) .

([٢]) (يجب في حالة إجراء مراجعة شاملة للدستور الاتحادي طبقاً للمادة ٤٢ أعلاه ، ولكن قبل المصادقة من قبل الرئيس الاتحادي سيقدم التعديل الدستوري الشامل للاستفتاء عليه من قبل الأمة بأكملها، في حين أن أي تعديل جزئي يتطلب هذا فقط إذا كان ثلث أعضاء المجلس الوطني أو المجلس الاتحادي طلبوا التعديل الدستوري). الفقرة (٣) من المادة (٤٤) من دستور جمهورية النمسا الأتحادية لسنة (١٩٢٠) .

لغرض الإجابة عن التساؤل المطروح أنفاً لابد من الرجوع الى بعض القرارات التي أصدرتها المحكمة الفيدرالية النمساوية وهي بصدد النظر في دستورية التعديل الدستوري.

أولاً / قرار مواطنة الولايات الاتحادية

تمسك المدعون في هذه القضية ، بأن القانون الدستوري بشأن مواطنة الولايات الإتحادية مخالف للدستور ، لأنه تم تبنيه بواسطة البرلمان وليس عن طريق الإستفتاء الذي أوجبته الفقرة (٣) من المادة (٤٤) من دستور جمهورية النمسا لسنة (١٩٢٠) ، ولأن القانون الدستوري بشأن مواطنة الولايات الإتحادية يشكل تبنيه " مراجعة أو تنقيح شامل للدستور" ، وفي هذه القضية أتيحت الفرصة للمحكمة الدستورية النمساوية لأن تفصل ، لأول مرة في تاريخها في القرار الذي أصدرته (بتاريخ ١٢ ديسمبر ١٩٥٢)، في مسألة ما إذا كانت مختصة للفصل في دستورية التعديلات الدستورية ، وقد أجاب المحكمة الدستورية النمساوية على هذا السؤال بالطريقة التالية : أولاً ، أعلنت أنها غير مختصة بالفصل في دستورية القوانين الدستورية (التعديلات الدستورية) فيما يتعلق بموضوعها ، لأنه لا يوجد بصفة عامة ، أي معيار لإجراء مثل هذه الرقابة في ضوئه [1] .

غير أن المحكمة الفيدرالية النمساوية ، أعلنت أنها مختصة برقابة دستورية القوانين الدستورية (قوانين التعديل الدستوري) من حيث الالتزام بإجراءات إصدارها ، لأن القوانين الدستورية يجب أن يتم تبنيها طبقاً للشكليات التي اشترطتها الفقرة (٣) من المادة (٤٤) من دستور جمهورية النمسا ، التي أوجبت أن يتم إحالة أي مراجعة شاملة للدستور الفيدرالي على استفتاء تشارك فيه الأمة بأسرها ، وتأسيساً على ذلك ، رأت المحكمة الدستورية الفيدرالية النمساوية لابد أولاً من تحديد ما إذا كان التعديل الدستوري المطعون عليه ينطوي على مراجعة شاملة للدستور الفيدرالي أم لا ، فإذا كان كذلك ، فأنه سيكون مخالفاً للفقرة (٣)من المادة (٤٤) من الدستور ، لأنه لم يتم تبنيه استنادا إلى استفتاء ، وقد حدت المحكمة المقصود " بالمراجعة الشاملة للدستور " بأنها تلك التي تنطوي على أي تعديل يؤثر في أحد المبادئ الرائدة للدستور الفيدرالي وفي هذه القضية عدت المحكمة الدستورية النمساوية (المبدأ الديمقراطي ، ومبدأ حكم القانون ، والمبدأ الفيدرالي) المبادئ الأساسية للدستور النمساوي ، وتأسيساً على ذلك قررت المحكمة أنه

(1) د. وليد محمد الشناوي ، مصدر سابق ، ص١٠٦ .

إذا ما كان التعديل الدستوري يمس أحد المبادئ الأساسية قد تم تبنيه دون اللجوء الى استفتاء ، فأنه يكون مخالفاً للفقرة (٣)من المادة (٤٤) من الدستور ومن ثم يكون جديراً بالإلغاء [١] .

وقد انتهت المحكمة ، بصدد هذه القضية ، إلى أن القانون الأساسي المتعلق بمواطنة الولايات ، ليس مخالفاً للفقرة (٣) من المادة (٤٤) من الدستور ، لأن هذا التعديل الدستوري لم ينصب على المبادئ الأساسية لدستور جمهورية النمسا الإتحادية ولذلك فهو لا ينطوي على مراجعة شاملة للدستور ، وأخيراً خلصت المحكمة من هذا التحليل الى أن هذا التعديل الدستوري لا يحتاج الى إحالة الى استفتاء [٢].

ثانياً / قرار سيارات الأجرة التاكسي

أصدرت المحكمة الدستورية النمساوية القرار رقم (٢٣ يونيو ١٩٨٨) عندما تم الطعن في القانون الدستوري المتعلق بمنح تراخيص سيارات الأجرة (التاكسي) ، إذ قررت المحكمة الدستورية النمساوية أن هذا القرار ينطوي على مراجعة شاملة للدستور ، ولذلك كان يجب إقراره من خلال استفتاء دستوري ، إلا أن إجراء الإستفتاء لم يكن هو الأسلوب المعتمد في سبيل إقرار ذلك القانون الدستوري ، بل تم تبني ذلك القانون الدستوري من خلال موافقة البرلمان النمساوي فقط ، دون الحصول على موافقة الأمة النمساوية ، وطبقاً للتحليل السابق أعلنت المحكمة الدستورية النمساوية أن هذا القانون الدستوري (التعديل الدستوري) باطلاً لأنه مخالف للفقرة (٣) من المادة (٤٤) من دستور جمهورية النمسا لسنة (١٩٢٠) [٣].

كما أكدت المحكمة الدستورية النمساوي على مبادئها السابقة بشأن الإلتزام والتقيد بالاستفتاء الدستوري كأجراء ضروري لصحة التعديلات الدستورية ـ من الناحية الشكلية ـ التي تنطوي على مراجعة شاملة للدستور النمساوي الفيدرالي ، وذلك في القرار ذي الرقم (٢٩ مارس ١٩٨٨) ، الذي أصدرته بمناسبة الطعن على قانون دستوري صدر في العام (١٩٨٦) بحجة عم تبنيه بواسطة الإستفتاء ، وتضمن القانون المذكور إلزام ملاك السيارات بأن يقدموا أسم الشخص

(1) Kemal Gözler , Judicial Review Of Constitutional Amendment, op. cit , p.37.

(2) Ibid, op, cit , pp.36 -37.

(٣) د. وليد محمد الشناوي ، المصدر السابق ، ص١٠٩.

الذي يقود سيارتهم ، في حال ارتكاب السائق لمخالفة مرورية عندما لا يكون للشخص الذي وقع عليه الحادث أن يميز بين مالك السيارة والسائق ، وقررت المحكمة الدستورية النمساوية عدم إلغاء هذا القانون لكونه لم يتضمن مراجعة شاملة لدستور جمهورية النمسا لسنة (١٩٢٠) [١] .

ثالثا / قرار تنظيم إختصاصات الهيئات المنشئة لرقابة منح العقود العامة : أشار بند في أحد القوانين الدستورية على أن التشريعات الصادرة عن الولايات بشأن تنظيم وتحديد إختصاصات الهيئات المنشئة لرقابة منح العقود العامة لا يجوز عدها غير دستورية ، وقد قررت المحكمة الدستورية النمساوية أن هذا البند يجعل كل تشريع تصدره الولايات بشأن تنظيم وتحديد إختصاص الهيئات المنشأة لرقابة الشراء العام مستثنى من الدستور الفيدرالي[٢] ، ولذلك يجب حرمان الدستور من سلطته القاعدية [٣] بالنسبة لهذا الجزء من النظام القانوني ، ووفقاً لما قررته المحكمة فأن " خسارة الدستور لسلطته القاعدية أو المعيارية تشكل انتهاكا لحكم القانون " الذي يعتبر أحد المبادئ الأساسية للدستور ، ولذلك فأن التعديل الدستوري الذي يمس هذا المبدأ يشكل مراجعة شاملة للدستور تستلزم تبني هذا التعديل عن طريق الإستفتاء الذي أوجبته المادة (٤٤) بفقرتها (٣) من دستور جمهورية النمسا لسنة (١٩٢٠) ، غير أن النص الدستوري المطعون عليه بعدم الدستورية تم تبنيه عن طريق البرلمان وليس عن طريق الإستفتاء ، ونتيجة لذلك فأنه يعد غير دستوري ، ولهذا السبب ألغت المحكمة الدستورية هذا النص من القانون الدستوري الذي شكل مراجعة شاملة لدستور جمهورية النمسا [٤] .

نخلص مما تقدم أن المحكمة الدستورية النمساوية هي الأخرى حذت حذو المحكمة العليا الأمريكية عندما خلقت لنفسها إختصاص الرقابة على التعديلات الدستوري من حيث سلامة وصحة الإجراءات الشكلية المتبعة في إقرار التعديل الدستوري ، إلا أن المحكمة الدستورية النمساوية كانت أكثرا وضوحاً وأقل تذبذبا في قراراتها التي أصدرتها عند الحكم على سلامة إجراءات التعديل الدستوري الذي يتم على دستور جمهورية النمسا ، إذ أن المحكمة الدستورية النمساوية وضعت

---

(1) Kemal Gözler , op. cit , P. 30 .

(2) http://codices.coe.int/NXT/gateway.dll?f=templates&fn=default.htm

(٣) يمكن القول أن المقصود بالسلطة القاعدية للدستور هنا هو أن الدستور يشكل القاعدة الأساسية أ و المعيار الذي يجب الإستناد إليه عند إصدار القوانين .

(1) Kemal Gözler, Judicial Review Of Constitutional Amendments, op. cit , p.39.

معياراً محدداً لتمييز التعديل أو المراجعة الشاملة لدستور جمهورية النمسا لسنة (١٩٢٠) وعلى أساس ذلك تقرر ما إذا كان التعديل الدستوري سليما من الناحية الشكلية من عدمه ، بينما يلاحظ أن المحكمة العليا الأمريكية كانت غير مستقرة على معيار محدد بشأن قبول الرقابة على شكلية التعديل الدستوري من عدمه .

وفي الختام يمكن القول أن تلك المحاكم كانت قد سلكت مسلك محمود جداً عندما اعترفت لنفسها بالرقابة على سلطة تعديل الدستور الفيدرالي من خلال التحقق فيما إذا كانت تلك السلطة قد التزمت بالشروط والإجراءات الشكلية التي يتطلبها تعديل الدستور والمنصوص عليها في المواد التي حدد كيفية تعديل الدستور الفيدرالي .

المطلب الثاني

الرقابة الموضوعية على تعديل الدستور الفيدرالي

يقصد بالرقابة الموضوعية على تعديل الدستور في هذا السياق قيام القضاء الدستوري بمراقبة مضمون نصوص التعديل الدستوري ؛ أي موضوعه ، للتأكد من عدم مخالفتها لقيود التعديل الموضوعية [١] التي احتواها الدستور بصورة صريحة أو ضمنية [٢] .

وقد أتجه القضاء الدستوري في جانب من الدول ا إلى بسط رقابته ليس فقط على شكلية التعديل الدستوري ، بل تعداه الى مراقبة مدى توافق التعديل الدستوري من الناحية الموضوعية مع قيود تعديل الدستور الفيدرالي ، حينما أصدر قرارات قضائية كانت نتيجة مراقبته للتعديل الدستوري للتأكد من سلامته من الناحية الموضوعية ، ومن أبرز المحاكم الدستورية التي راقبت التعديل الدستوري من الناحية الموضوعية كانت المحكمة الدستورية الألمانية ، والمحكمة العليا الهندية .

ولغرض بيان موقف تلك المحكمتين يقتضي الأمر تقسيم هذا المطلب على الفرعين الآتيين

---

(١) نعني بقيود التعديل الموضوعية هنا الحظر الموضوعي الذي سبق أيراده في المبحث الثاني من الفصل الثاني من هذه الرسالة .

(2) Kemal Gözler , op. cit p.53.

الفرع الأول

رقابة المحكمة الدستورية الألمانية

أكدت المحكمة الدستورية الألمانية في عدد من القضايا أنه بإمكانها التدخل لتقرير عدم صحة بعض التعديلات الدستورية ، وقضت بأنه تطبيقاً للمادة (٧٩/ ٣) من دستور جمهورية ألمانيا الإتحادية لسنة (١٩٤٩) فأن سلطة مراجعة الدستور لا يمكنها المساس بالقيود الواردة في هذه المادة [١] ، وفيما يأتي نموذج من تلك القضايا :

أولا : قضية كلاس (Klass)

تم بتاريخ (٢٤) يونيو (١٩٦٨) إجراء تعديل دستوري على المادة (١٠)[٢] من القانون الأساسي لجمهورية ألمانيا الإتحادية بإضافة عبارة الى الفقرة الثانية من المادة السابقة تنص على أنه " عندما يهدف القيد الى حماية النظام الأساسي الديمقراطي الحر أو وجود أو أمن الإتحاد ، أو أمن ولاية ، فأن القانون يمكن أن ينص على أن الشخص المتضرر لا يجوز إخطاره بهذا التقييد ، ويستعاض عن اللجوء إلى المحاكم بعرض القضية على هيئات أو وكالات مساعدة يعينها البرلمان " [٣] .

إذن يفهم من التعديل السابق أنه يشكل انتهاكا للحق في خصوصية المراسلات وسريتها بغية حماية الأمن القومي والإتحاد الفيدرالي للجمهورية الألمانية .

بيد أن التعديل الدستوري السابق طعن عليه أمام المحكمة الدستورية الفيدرالية في قضية (Klass) في (١٥ ديسمبر ١٩٧٠) ، وقد تمسك المدعون في هذه القضية بأن العبارة المدرجة في الفقرة (٢) من المادة (١٠) من القانون الأساسي لجمهورية المانيا الإتحادية تشكل خروجاً على المبادئ الأساسية التي تعد وفقاً للفقرة (٣) من المادة (٧٩) من القانون الأساسي لجمهورية

---

(١) د. أحمد فتحي سرور ، مصدر سابق ، ص٨٨ .

(٢) نصت المادة (١٠) من القانون الاساسي لجمهورية المانيا الإتحادية لسنة (١٩٤٩) – قبل تعديلها - على أنه :
(١) خصوصية المراسلات والاتصالات والبريد يجب أن تكون مصونة .(٢) لا يجوز فرض قيود عليها طبقاً للقانون.
(2) http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57510

ألمانيا الإتحادية ، مبادئ غير قابلة للتعديل ، وبصورة أكثر تحديداً ، تمسك الإدعاء بأن القيد المفروض على سرية المراسلات ، وإحلال رقابة وكالة (لجنة) يعينها البرلمان محل الرقابة القضائية على إجراءات المراقبة تشكل انتهاكا للمبادئ الأساسية : وهي (الكرامة الإنسانية ، والفصل بين السلطات ، وحكم القانون ، وهذه المبادئ تعد جميعها مبادئ غير قابلة للتعديل في ظل الفقرة (٣) من المادة (٧٩) من القانون الأساسي [١] .

وقد خلصت المحكمة إلى رفض الحجج التي تقدم بها الإدعاء والحكم بصحة التعديل الدستوري لأنه لا يشكل انتهاكا للمبادئ غير القابلة للمس المكرسة في المادة (٧٩ / الفقرة ٣) من القانون الأساسي لجمهورية ألمانيا الإتحادية ، ورأت ألمحكمة أن رقابة إجراءات المراقبة بواسطة وكالة أو هيئة خاصة يعينها البرلمان يعد ضمانة كافية لمشروعية إجراءات مراقبة المراسلات ، كما وجدت المحكمة أن الفقرة (٣) من المادة (٧٩) من دستور جمهورية ألمانيا الإتحادية يجب أن تفسر تفسيراً محدوداً لأنها تشكل استثناء من القاعدة العامة التي تقضي بعدم منع المشرع من التعديل الدستوري حتى ولو كان التعديل يستهدف المبادئ الأساسية للدستور ، لأن سلطة التعديل الدستوري تعد نابعة من النظام الدستوري ولصيقة به [٢] .

ثانياً / قضية إعادة التوحيد (Land Reform 1)

حدثت هذه القضية بعد إعادة التوحيد بين الألمانيتين (ألمانيا الشرقية وألمانيا الغربية) ، وتتلخص وقائعها في أن الفقرة (١) من المادة (٤١) من الملحق الثالث من معاهدة إعادة التوحيد الألماني التي تمت بتاريخ (٣١ أغسطس ١٩٩٠) ، نصت على أن الملكية التي نزعت في منطقة الإحتلال السوفيتي في المدة من العام (١٩٤٥) الى عام (١٩٤٩) لا يمكن استردادها من قبل ملاكها الأصليين[٣] . وقد تم إدراج هذا النص من المعاهدة في الفقرة (٣) من المادة (١٤٣) من القانون الأساسي لجمهورية ألمانيا الإتحادية بموجب التعديل الدستوري السادس والثلاثين في (٢٣ سبتمبر ١٩٩٠) ، وقد طعن أربعة عشر من الملاك الذين نزعت ملكيتهم على هذا النص أمام المحكمة الدستورية الفيدرالية عن طريق دعوى دستورية محتجين بأن هذا التعديل الدستوري

(3) http://www.hrcr.org/safrica/limitations/klass_germany.html.

(1) Kemal Gözler , op. cit , P.58.

(2) www. Ghdi.ghi-dc.org

يخالف الفقرة (٣) من المادة (٧٩) من القانون الأساس لجمهورية ألمانيا الإتحادية وعندما فحصت المحكمة مدى دستورية التعديل الدستورية المطعون فيه من الناحية الموضوعية ، أي مدى أتفاق التعديل الدستوري مع القيود الموضوعية المشار إليها في الفقرة (٣) من المادة (٧٩) من القانون الأساسي الألماني ، وجدت المحكمة أن القيود الموضوعية لم تمس بموجب هذا التعديل الدستوري الخاص (بعدم عودة الملكية) لأن إجراءات نزع ملكية تلك الأراضي كانت قد تمت في الفترة من (١٩٤٥) لغاية عام (١٩٤٩) أي قبل دخول القانون الأساسي لجمهورية ألمانيا الإتحادية حيز النفاذ في العام (١٩٤٩) ، كما رأت أن المبادئ غير القابلة للتعديل لا تحمي حقوق المواطنين الألمان في مواجهة الأعمال الصادرة من دولة أجنبية ، لذلك انتهت إلى أن التعديل الدستوري لم يخالف القيود الموضوعية لذلك قضت المحكمة بدستورية التعديل الدستوري [١].

ثالثاً / قضية المراقبة الصوتية للمنازل

تم تعديل الفقرة (٣) المادة (١٣) من القانون الأساسي لجمهورية ألمانيا الإتحادية لسنة (١٩٤٩) بموجب التعديل الخامس والأربعين ، في (٢٦) مارس (١٩٩٨) ، وقد سمحت تلك الفقرة بعد تعديلها استخدام الوسائل التقنية الحديثة لمراقبة المنازل لأغراض الملاحقة الجنائية للسيطرة على الجرائم المنظمة . وقد تم الطعن على هذا التعديل الدستوري بحجة أنه يشكل تعديا على مبدأ حرمة الكرامة الإنسانية التي تحميها المادة الأولى من القانون الأساسي لجمهورية ألمانيا الإتحادية ، كما أن هذا المبدأ يعد أحد المبادئ الدستورية غير القابلة للمس تعديلاً طبقا لما نصت عليه الفقرة (٣) من المادة (٧٩) ، إلا أن المحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية لم تقبل هذا الدفع وقضت بأن تلك المراقبة الصوتية للمنازل لا تشكل مساساً بحرمة الكرامة الإنسانية ، لذلك انتهت المحكمة الى الحكم بصحة التعديل الدستوري وتطابقه مع الفقرة (٣) من المادة (٧٩) من دستور جمهورية ألمانيا الأتحادية [٢].

يلحظ عمليا أن جميع قرارات المحكمة الألمانية كانت لصالح التعديل ، اي انها قبلت الدعوى شكلا ورفضتها موضوعا فكان دورها غير ايجابي لأنه لم يؤد الى رفض التعديل في كل الحالات المعروضة هنا .

---

(١) د. وليد محمد الشناوي ، مصدر سابق ، ص (١٣٩- ١٤٠) .

(2) www.bverfg.de/entscheidungen/rs20040303_1bvr237898.html

الفرع الثاني

رقابة المحكمة العليا الهندية

على الرغم من عدم نص الدستور الهندي على قيود موضوعية لتعديله إلا أن المحكمة العليا الهندية فرضت رقابتها على التعديلات الدستورية التي يطعن بعدم دستوريتها ، إذ قضت هذه المحكمة سنة (١٩٦٧) بأغلبية عشرة قضاة من أثني عشر قاضياً في قضية (جالاك ناث ضد البنجاب Galak Nath 7. State of Pundjab) عندما تم الطعن بعدم دستورية التعديل السابع عشر لدستور جمهورية الهند الإتحادية سنة (١٩٦٤) [١] ، بأن البرلمان لا يمكنه تقليص أي من الحقوق الأساسية في الدستور التي تشكل جزءاً مهماً من (عقيدة الهيكل الاساسي) [٢] ؛ ووفقا لذلك قررت المحكمة بمناسبة هذه القضية ولأول مرة بتاريخها أنها مسؤولة عن حماية القيم الثابتة التي تشكل جوهر الدستور[٣] .

وقد أكدت المحكمة العليا الهندية مرة أخرى مبدأ حماية الدستور من التعديل غير الدستوري بموجب قرار أصدرته بمناسبة النظر في قضية (Bharati v. State of Kerala Kesavananda) سنة (١٩٧٣) ، إذ قررت عدم دستورية أي تعديل دستوري ينتقص من حقوق الملكية بوصفها من الحقوق الأساسية في الدستور الهندي [٤] ، وفي عام (١٩٧٥) أعلنت المحكمة العليا الهندية عند نظرها قضية (Indira Nehru Gundhi v. Rij Narain)عدم

---

(1) www.legalserviceindia.com/article/l426-L.-C.-Golaknath-V.-State-Of-Punjab.html

(٢) يقصد بعقيدة الهيكل الأساسي للدستور الهندي أن هناك مجموعة من المبادئ الأساسية التي حددتها المحكمة العليا الهندية وتلك المبادئ لا يجوز المساس بها تعديلاً وتشمل: (سيادة الدستور ، سيادة القانون ، مبدأ الفصل بين السلطات ، المراجعة القضائية ، والحرية ، كرامة الفرد ، وحدة الأمة ، مبدأ إجراء انتخابات حرة ونزيهة ، الفدرالية ، مبدأ العلمانية) . ينظر :

Venkatesh Nayak, The Basic Structure of the Indian Constitution, p.5, Available at : www.google.com

(3) www.legalserviceindia.com/article/l426-L.-C.-Golaknath-V.-State-Of-Punjab.html

(4) www.liiofindia.org/in/cases/cen/INSC/1973/258.html

مشروعية التعديل التاسع والثلاثين للدستور الهندي الذي أقره البرلمان الهندي بقصد تصحيح انتخابات كانت محل نزاع أمام المحكمة لأنه يشكل إساءة في استخدام سلطة تعديل الدستور لأنه التعديل الدستوري استهدف إقصاء مرشح فاز بنزاهة في الإنتخابات [1].

وبعد عرض أبرز القضايا السابقة التي نظرتها كل من المحكمة الدستورية الألمانية والمحكمة العليا الهندية أتضح لنا ثبوت مبدأ الرقابة القضائية على تعديل الدستور الفيدرالي من ناحية موضوع التعديل الدستوري كوسيلة قانونية فعالة لحماية الدستور من التعديلات الغير دستورية ، على الرغم من عدم النص في دساتير تلك الدول على ذلك النوع المتطور من الرقابة القضائية ، وذلك الأمر يعد مؤشراً بالغ الأهمية على تطور الديمقراطية في تلك الدول الفيدرالية لأن تلك المحاكم الدستورية تسمح للأفراد المتضررين من التعديل الدستوري الطعن في مدى صحتها سواء أكان من الناحية الشكلية أو من الناحية الموضوعية مثلما تقبل الرقابة القضائية على دستورية القوانين .

من ناحية أخرى نرى أن القضاء السلطة الأكثر كفاءة لممارسة هذا النوع من الرقابة الدستورية لما لدية من الكوادر المتخصصة في مجال الرقابة القضائية ، أما من الناحية الأخرى نلحظ على هذا النوع الخطير من الرقابة القضائية عدم تحديد ألية مباشرته بنصوص معينة ، والحدود التي يجب أن يقف عندها القاضي الدستوري في مباشرته لهذه الرقابة القضائية ؛ لأن هناك احتمال استغلال القضاء للوقوف بوجه تعديل دستوري ضروري خصوصا في الدول الفيدرالية التي لم تحدد قيود تعديل الدستور بشكل صريح ، حيث يستعين القاضي الدستوري لإبطال التعديل الدستوري بسلطته التفسيرية لنصوص الدستور ، لذلك نرى أنه من الافضل وضع قيود صحيحة ومعقولة على سلطة القاضي الدستوري عند مراقبة التعديلات الدستورية .

ورغم كل ما سبق ينبغي القول أن مسلك الرقابة القضائية على دستورية التعديلات الدستورية مسلك مهم وضروري للحفاظ على حقوق الأفراد من تعسف سلطة تعديل الدستور لذلك نرى أنه من الأفضل لتلك الدول الفيدرالية تضمين تلك الرقابة القضائية في دساتيرها لأنها تشكل رادعاً لسلطة تعديل الدستور ضد أي تعديل غير دستوري .

---

(1) للمزيد من التفاصيل حول هذه القضية يرجع الى :

www.liiofindia.org/in/cases/cen/INSC/1975/128.html

وأخيراً لابد من التنبيه الى أن المحاكم الدستورية العليا في الدول الفيدرالية العربية وبضمنها المحكمة الأتحادية العليا في جمهورية العراق لم تصل لحد الآن الى هذا النوع من الرقابة الدستورية على الرغم من أهميتها الدستورية .

الخاتمة:

في ضوء ما تم عرضه من معطيات في سياق هذا البحث، يمكن تأشير النتائج الآتية :-

١. توصلت الدراسة الى ايجاد تعريف لمفهوم الرقابة القضائية على التعديل الدستوري بعد إستظهار عناصر ومكونات هذا المفهوم ، كان فحواه " إجراء قانوني تقوم به المحاكم العليا بناءً على طعن من ذوي المصلحة ينصب على التعديل الدستوري للتأكد من أن السلطة المختصة بتعديل الدستور قد ألتزمت عند تعديل الدستور بالقيود الإجرائية والموضوعية لتعديل الدستور أم لم تلتزم "

٢. اتضح من سياق البحث ، أن الفضل في نشأة الرقابة القضائية على التعديل الدستوري يعود الى القضاء الدستوري ممثلاً بالمحكمة العليا الأمريكية ، وسكوت الدساتير عن تنظيم هذا النوع من الرقابة القضائية هو الذي ساعد على نشأة هذه الرقابة وتطورها ؛ مثلما ساعد في ثبوت الرقابة القضائية على دستورية القوانين ، وكان الهدف من تلك الرقابة حماية الشرعية الدستورية من خلال مراقبة مدى تقييد السلطة المختصة بتعديل الدستور بالقيود المنصوص عليها في ذات الوثيقة الدستورية .

٣. تلتقي الرقابة القضائية على دستورية القوانين ، مع الرقابة القضائية على التعديلات الدستورية تحت اطار نظرية العدالة الدستورية ، لتقصدان هدفاً رئيس مجاله التأكد من تقيد السلطة التشريعية بنصوص الدستور وإحترامها عند إصدار التشريع أو تعديل الدستور . بيد ان الفراق بين النمطين من الرقابة القضائية يقعان عند الاساس الفلسفي لكل منهما فبينما تقوم الرقابة القضائية على دستورية القوانين على أساس تأكيد مبدأ سمو الدستور

والتدرج في القواعد القانونية ، فان الرقابة القضائية على التعديل الدستوري يقوم على اساس مبدأ القواعد فوق الدستورية [1] .

٤. وفي خضم الجدل الفقهي حول شرعية الرقابة القضائية على تعديل الدستور ، توصل البحث الى مناصرة الرأي المؤيد لهذا النوع من الرقابة بالاستناد الى جملة من الحجج التي تضع الاساس الرصين لتكريس مبدأ سيادة القانون وتوفر الحصانة الكافية لحماية الحقوق والحريات التي يتضمنها الدستور ويسعى لتفعيلها على ارض الواقع ، لاسيما وان هذا النوع من الرقابة يضع القيود الموضوعية والاجرائية على سلطة التعديل الدستوري واجراءاتها بالاتجاه الذي يمنع انحرافها او انتهاكها لقواعد الدستور التي تتضمن تلك الحقوق والمبادئ العليا للدولة .

٥. في الوقت الذي تباشر فيه المحاكم الامريكية رقابتها على التعديل الدستوري حتى بغياب النص الدستوري الذي يخولها هذه الصلاحية ، فان مهمة الرقابة القضائية على دستورية التعديل الدستوري تباشرها في اوربا محاكم عليا او مختصة بشرط وجود النص الدستوري الصريح الذي يخولها هذه الصلاحية مباشرة .

٦. تم التوصل كذلك الى أن الرقابة القضائية على التعديل الدستوري يجب أن تتم من قبل المحكمة الدستورية فقط دون غيرها لأنه لو تم منح هذا الإختصاص لجميع المحاكم فسيحدث عدم إستقرار قانوني في الدولة مما يؤثر سلباً على إستقرار النظام القانوني في الدولة بالمجمل لتناقض الأحكام التي ستصدر من قبل المحاكم .

٧. يتحدد نطاق مفهوم الشكلية في سياق التعديل الدستوري بإجراءات تعديل الدستور بدءاً من تحديد السلطة المختصة بالتعديل الدستوري ، مروراً بالهيأة التي تتولى إعداده وانتهاء بإقرار التعديل الدستوري أو التصديق عليه .

٨. إن تدخل القضاء في أمر المراقبة كان ينصرف في معظم القضايا لجهة اقرار شرعية التعديل في مواجهة الطعون المثارة ضد امر التعديل ما عدا الحالات التي تصدت لها المحكمة الإتحادية العليا الهندية .

---

(1) سيتم بيان هذا المبدأ بشكل موسع لاحقا .

٩. تظهر الحاجة الى الرقابة القضائية على التعديل دستوري في سياقه الموضوعي عندما يتضمن الدستور قيودا موضوعية مفروضة على سلطة التعديل ، وبغياب تلك القيود ينتفي الاساس الذي يقوم عيه هذا النوع من الرقابة .

المصادر:

اولا: الكتب

- احمد عطية الله، القاموس السياسي، الطبعة الثالثة ، دار النهضة العربية ، ١٩٦٨
- د. أحمد فتحي سرور ، منهج الاصلاح الدستوري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٦
- الأمين شريط ، الوجيز في القانون الدستوري والمؤسسات السياسية المقارنة، ط ٢، الجزائر، ٢٠٠٢ .
- د. أمين عاطف صليبا ، دور القضاء الدستوري في إرساء دولة القانون ، الطبعة الاولى ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، بيروت ، ٢٠٠٢
- النظام القضائي الأمريكي ، مكتب برامج الاعلام الخارجي ، وزارة الخارجية الأمريكية ، ٢٠٠٤.
- اليفيه دو هاجيل – ايف ميني ، المعجم الدستوري ، ترجمة منصور القاضي ، المؤسسة الجامعية للدراسات والتوزيع ، ١٩٩٦.
- د. حازم صباح حميد ، الإصلاحات الدستورية في الدول العربية ، الطبعة الأولى ، دار الحامد للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠١٢ .

- د. رجب محمود طاجن ، قيود تعديل الدستور ((دراسة في القانونين الفرنسي والمصري)) ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٦.

- د. رفعت عيد سيد ، الوجيز في الدعوى الدستورية مع مقدمة للقضاء الدستوري في فرنسا والولايات المتحدة الأمريكية ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٤.

- د. زهير شكر ، الوسيط في القانون الدستوري اللبناني ، المجلد الثاني ، بدون طبعة ، بدون مكان طبع ، ٢٠٠٦ .

- د. عاطف سالم عبد الرحمن ، دور القضاء الدستوري في الإصلاح - السياسي – الإجتماعي – الاقتصادي ، الطبعة الأولى ، الرحمة للطباعة ، بدون مدينة ، ٢٠١٠/ ٢٠١١ .

- د.عبد العزيز محمد سلمان ، رقابة دستورية القوانين، دار الفكر العربي، مصر، ١٩٩٢.

- د. عبد العزيز محمد سلمان ، ضوابط وقيود الرقابة الدستورية ، الطبعة الأولى ، سعد سمك للمطبوعات القانونية ، بدون مدينة ، ٢٠١١ .

- د. علي يوسف الشكري واخرون ، دراسات حول الدستور العراقي، الطبعة الأولى، مؤسسة أفاق للدراسات والأبحاث العراقية ، بغداد ، ٢٠٠٨ .

- د.عمر حوري ، القانون الدستوري ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٩

- د. محمد فوزي نويجي ، فكرة تدرج القواعد الدستورية (دراسة تحليلية نقدية) ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٨.

- د. منذر الشاوي ، القانون الدستوري ، الجزء الأول (نظرية الدولة) ، دار القادسية للطباعة ، بغداد ، ١٩٨١.

- د. هشام محمد فوزي ، رقابة دستورية القوانين بين أمريكا ومصر ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٦.

- د. وليد محمد الشناوي ، الرقابة القضائية على التعديلات الدستورية (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى ، دار الفكر والقانون ، المنصورة ، ٢٠١٣.

ثانياً : البحوث والدوريات

- د . وليد محمد الشناوي ، الرقابة القضائية على التعديلات الدستورية (دراسة مقارنة) ، بحث مشارك به في المؤتمر الدولي الرابع عشر لكلية الحقوق جامعة المنصورة تحت عنوان " مستقبل النظام الدستوري للبلاد " المنعقد في كلية الحقوق / جامعة المنصورة - في الفترة من (١٧ – ١٨) أبريل ، ٢٠١٢.

ثالثاً : الدساتير

- دستور الولايات المتحدة الأمريكية لسنة (١٧٨٧)
- دستور جمهورية النمسا الإتحادية لسنة (١٩٢٠) الملغى
- القانون الاساسي لجمهورية المانيا الإتحادية لسنة (١٩٤٩)
- الدستور الجمهورية التركية لعام (١٩٨٢) الملغى
- دستور جمهورية رومانيا لعام (١٩٩١) الملغى

رابعاً: مواقع الشبكة الدولية للمعلومات

1- http://scholarship.law.duke.edu/faculty_scholarship/47

2- www.constitution.org/cons/turkey/turk cons.htm

3- www.codices.coe.int/NXT/gateway.dll?f=templates&fn=default.htm http://alyassir.com/index.php?pid=3&i=1&f=25

4- http://codices.coe.int/NXT/gateway.dll?f=templates&fn=default.htm

5- http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57510

6- http://www.hrcr.org/safrica/limitations/klass_germany.html.

7- www.bverfg.de/entscheidungen/rs20040303_1bvr237898.html

8- www.legalserviceindia.com/article/l426-L.-C.-Golaknath-V.-State-Of- Punjab.html

9- www.google.com

10- www.legalserviceindia.com/article/l426-L.-C.-Golaknath-V.-State-Of-Punjab.html

11- www.liiofindia.org/in/cases/cen/INSC/1973/258.html

12- www.liiofindia.org/in/cases/cen/INSC/1975/128.html

The English References

- **Kemal Gözler, Judicial Review Of Constitutional Amendments**

A Comparative Study) , First edit , Ekin Press , Bursa , Turkey , 2008.

- Vile, John R. , Encyclopedia of constitutional amendments proposed amendments and amending issues, (1789-2010) , Third Edition , ABC-CLIO, LLC, Santa Barbara , 2010.

- Arpita Sarkar , Standard of Judicial Review with Respect To Socio - Economic Rights In India , Journal of Indian Law and Society , vol (2) , (December 29,2011).

عنوان البحث	التحديات أمام إنضمام العراق الى منظمة التجارة العالمية دراسة قانونية تحليلية
اسم الباحث	١-الاستاذ المساعد الدكتور نظام جبار طالب ٢-المدرس الدكتور سنان عبد الحمزة تايه
جهة الانتساب	كلية القانون / جامعة القادسية

الملخص:

من أهم أوجه التغيير في العراق بعد عام ٢٠٠٣ كان السعي الى الانتقال من الاقتصاد المركزي إلى الاقتصاد المفتوح، وقد ترجم ذلك بعدة إجراءات على ارض الواقع منها التقدمُ بطلب للإنضمام الى منظمة التجارة العالمية في كانون الأول ٢٠٠٤، وقد تم قبول العراق بصفة مراقب في نفس العام ولا تزال هناك اجتماعات دورية على شكل جولات للإيفاء بالمتطلبات الاساسيةٌ للانضمام بشكل كامل. وقد جاء ذلك بالتزامن مع السياسة التي اعتمدتها منظمة التجارة العالمية في السنوات الأخيرة والمتمثلة بنشر سياستها والعمل على توسيع عضوية منظمة التجارة العالمية واستمرار حث الدول على تقديم طلبات الانضمام إلى المنظمة.

الهدف من هذه الورقة هو مناقشة التحديات القانونية التي لازالت تعيق انضمام العراق الى منظمة التجارة العالمية انطلاقا من فرضية "ان انضمام العراق الى منظمة التجارة العالميةٌ امسى ضرورة حتميةٌ" ولا يحتاج سوى تهيئة البيئة المناسبة للانضمام من خلال اجراء جملة من الاصلاحات القانونية التي تؤهله للدخول الى المنظمة سواء على مستوى تشريع القوانين او تعديلها او ضمان حسن تطبيقها. كذلك فان هذه الدراسة تأخذ بالحسبان واقعية الآراء المعارضة لانضمام العراق انيا، وان الانضمام هو عملية طويلة وصعبة ولن تأتي دون تضحيات. و كذلك فان التحدي الأكبر يتمثل بالقلق حول مستقبل العراق في المنظمة وما إذا سوف يكون قادرا على تنفيذ التزامات عضويته في المنظمة. ولكن في نهاية المطاف فان البحث يقدم الأدلة على ان العضوية في منظمة التجارة العالمية ستكون أداة مفيدة لتحقيق مزيد من الازدهار على الصعيد القانوني والاقتصادي للعراق.

Abstract:

One of the most significant changes in Iraq after 2003 was seeking to alter its economy approach from central to open economy. That has been happened by several procedures like submitted a request for joining to the (WTO) on December 2004. Iraq has been accepted as observer. However, there are route meeting that Iraq has to do it from time to time to complete the most important requirements to fully joining WTO. That comes in conjunction the policy which depends by WTO last year. In order to expansion the membership of WTO and urge the countries to submit requests to become member in WTO.

The aim of this paper is to discuss the legal challenges which still preventing Iraq to become a member of (WTO) based on hypothesis that "Iraqi accession to WTO becomes very necessary" and Iraq just need prepare a suitable legal environment to adhere to WTO. This article submits evidences that Iraq will succeed to become a party in WTO and achieve all benefits of WTO.

المقدمة:

شهد العراق بعد العام ٢٠٠٣ تغيرات جذريه على الصعيد السياسي انعكست بدورها على الواقع القانوني والاقتصادي. حيث سعى العراق نتيجة لهذه التغيرات الى تحويل اقتصاده من الاقتصاد المركزي الى الاقتصاد المفتوح ومحاولة الاندماج والتأثر بالاقتصاد الدولي. وكان من

مظاهر هذا السعي هو محاولة الدخول الى منظمة التجارة العالمية.[1] وفي كانون الاول من العام ٢٠٠٤ اتخذ العراق خطوة جديه في محاولة الانضمام الى منظمة التجاره العالمية حيث قدم طلب العضوية الى المنظمة وقد تم على اثر ذلك منح العراق صفة مراقب في المنظمة. وكان هذا بمثابة حجر الزاوية لقيادة العراق نحو الازدهار الاقتصادي والذي سعت الحكومة انذاك الى تحقيقه.

على اية حال فان مسألة إنضمام العراق الى المنظمة لم يلق الترحيب الكافي حيث انقسمت الاراء حول مدى اهلية العراق الى الانضمام وإذا كان بالإمكان ان يتجاوز المعوقات الصعبة بتضحيات بسيطة وبين من بارك هذا الانضمام لما سيجنيه العراق من فوائد ولو كانت بعيدة المدى. والحقيقة ان الطريق الى المنظمه بالنسبة الى العراق ليس معبدا وسهلا. فالعراق يجب ان يقدم جملة من التضحيات ويتجاوز بعض العقبات التي تتعلق بقوانينه ومن هذه العقبات ما هو آني يجب أن يجتازها العراق في مرحلة ما قبل الانضمام وتهيئة البيئة القانونيه الصديقة والصالحة لذلك و التي تجعل من عملية الانضمام مثمرة وواعدة. ومن العقبات والتحديات ما هو مستقبلي اي انه سوف يظهر بعد عملية الانضمام فتجاوز العقبات في سبيل ذلك ليس بحد ذاته نصرا يهنأ العراق به و انما هناك عقبات ستظهر للعراق بعد الانضمام تتمثل بمدى انسجام البيئة القانونيه والاقتصادية العراقية مع اهداف وقواعد المنظمة ألاقتصاديه والقانونية وكيفية تجاوز العراق لهذه التحديات وإيجاد الحلول الناجعة لها.

ولذلك فان هذا البحث سوف يناقش هذه التحديات ومحاولة ايجاد الحلول لها وذلك من خلال تهيئة البيئة القانونيه الحاضنة لعملية الانضمام عن طريق تعديل بعض القوانين وتشريع قوانين وحسن اداء تنفيذ هذه القوانين. ولذلك فان هذا البحث سوف يقسم الى مبحثين نتناول في المبحث الاول الاراء المؤيدة للانضمام وكذلك المعارضه والأسباب التي دفعت الى هذا الانقسام. اما في المبحث الثاني فسيجري تحديد التحديات والعقبات التي تواكب عملية الانضمام واللاحقة له مع محاولة تقديم بعض الحلول.

[1]-سيجري لاحقا اعتماد كلمة المنظمة للإشارة الى منظمة التجاره العالمية.

المبحث الأول

تباين المواقف إزاء انضمام العراق الى منظمة التجارة العالمية

لم يحظ موضوع انضمام العراق الى منظمة التجارة العالمية بتوافق او تناسق المواقف، لا على المستوى الحكومي الرسمي ولا على مستوى الفقه القانوني، فتمخض ذلك عن بروز اتجاهين متعارضين بشان الانضمام.

المطلب الأول

الاتجاه المعارض

يستند الموقف المناهض للانضمام، الى ان العضوية لن تحقق فائدة كبيرة للعراق في المستقبل المنظور، لأن العراق ليس لديه سوى سلعة واحدة موجهة نحو التصدير وهو النفط، ولا توجد أي عقبات في دخوله الى أسواق البلدان الأعضاء في منظمة التجارة العالمية. هذا من جهة ومن جهة أخرى، فانه وبالرغم من أن قوانين منظمة التجارة العالمية تهتم بالتجارة ولا تستلزم اعتماد المؤسسات والسياسات الموجهة نحو السوق، فإن الضغوط السياسية والتهديدات بإبطاء إجراءات العضوية قد تجبر البلدان التي تسعى للحصول على العضوية على الانفتاح على الأسواق وإدخال تغييرات مؤسسية تتجاوز سياسة متطلبات السوق المفتوح.[1] وكذلك فإن فتح الأسواق العراقية أمام المنافسة الخارجية سيؤدي إلى ضغوط على الصناعات العراقية غير التنافسية أصلاً، وقد تؤدي هذه الضغوط إلى إخراج هذه القطاعات المهددة من معادلة السوق. كما إن السياسات الاجتماعية التي تعتمدها البلدان النامية مثل العراق، بما في ذلك الإعانات لقطاعات معينة، والمواد الأساسية المدعومة

[1] -Bashar Hikmet Malkawi, 'Iraq's Accession to the WTO: Commitments and Implications' (2007) 6(2) JITLP 14.

كالطاقة، ستتعرض لضغط من منظمة التجارة العالمية،من ثم ستواجه القطاعات الأفقر من السكان تفاقم في الأوضاع السياسية والاقتصادية.[١]

وبالإضافة الى عدم اليقيين من فوائد الانضمام يضع المعارضون عقبة أخرى تتمثل بمتطلبات الانضمام إلى منظمة التجارة العالمية والتي تعد أمرا معقد للغاية، وذلك بسبب تشعبات اتفاقية العضوية.[٢] وهذه المسالة تشتمل مجموعة من الإجراءات المتعلقة بخلق الظروف الملائمة لبيئة الاستثمار القائمة على اقتصاد السوق ومنح دور للقطاع الخاص قائم على قدم المساواة مع القطاع العام. بالإضافة إلى حزمة من الإصلاحات القانونية والضريبية والمتعلقة بالرسوم، وكذلك الوفاء ببعض الإجراءات لتطوير السياسة الخاصة بالحماية الكمركية، أي ينبغي إزالة القيود المفروضة على الواردات، وهذه المسألة تتطلب مراجعة شاملة لقانون الكمارك العراقي رقم ٢٣ لعام ١٩٨٤ المعدل. وتتطلب اتفاقية العضوية وضع مشروع قانون الإجراءات الوقائية ومكافحة الإغراق.[٣] علاوة على ذلك، يجب أن يلتزم العراق بالسياسات الاقتصادية الإصلاحية الشاملة لتمكين الاقتصاد العراقي من السماح بتحركات رأس المال الحرة والاستثمارات الأجنبية. وينبغي كذلك رفع الدعم عن الصادرات و بذل الجهود لتطبيق سياسة زراعية تتصدى لجميع القضايا المتعلقة بالدعم الزراعي.[٤] وتشمل المتطلبات الأخرى تحرير قطاع الخدمات لفتحه أمام العالم الخارجي، حيث تصر منظمة التجارة العالمية على تنفيذ مبدأ عدم التمييز في هذا القطاع. وفيما يتعلق بحقوق الملكية الفكرية فان قدرة الحكومة العراقية على فرض الحماية لحقوق الملكية الفكرية وتنفيذ القوانين ذات الصلة ضعيف جدا، وهي تفتقر أيضا الى التدابير الاجرائية بشان تعامل ادارة الكمارك مع السلع التي يشتبه في انتهاكها لحقوق الملكية عند الحدود. ثم ،احكام قوانين الملكية الفكرية في العراق تفتقد الى التنفيذ، على سبيل المثال من المسلمات ان تجد في المتاجر العامة نسخ مقرصنة. قوانين الملكية الفكرية العراقية لا تمنح الحق للسلطات المختصة بمصادرة المواد التي يثبت انتهاكها لحقوق الملكية بمبادرة خاصة. بالإضافة

---

[1] -OECD, *Supporting Investment Policy and Governance Reforms in Iraq* (OECD 2010) 59.

[2] -Christina C. Benson, 'Jus Post Bellum in Iraq: The Development of Emerging Norms for Economic Reform in Post Conflict Countries' (2011-2012) 11 Rich J Global L & Bus 315.

[3] -Abbas Alnasrawi, *The economy of Iraq: Oil, Wars, Destruction of Development and Prospects, 1950-2010* (Westport, Connecticut London 2010) 43-44.

[4]- Nidham Gabbar T, Reformist Framework of the Foreign Investment Environment in the Post-Conflict: Critical Appraisal of Iraq Case, A thesis submitted for the degree of Doctor of Philosophy School of Law/Bangor University, 2014, p 88.

إلى ذلك، تنظيم السجلات في الوزارات والهيات ذات الصلة بحماية الملكية الفكرية لازال يعتمد وسائل بدائية و لا يفي بالمعايير الدولية . اخيرا، قوانين الملكية الفكرية في العراق مشتته بين اكثر من قانون وتخضع لاشراف اكثر من جهة ، لذلك الحاجة ملحة لجمع عناصر حقوق الملكية الفكرية في قانون واحد يسهل الرجوع إليه.[1]

الانضمام وفقا للتصور الاقتصادي والقانوني أعلاه هو عملية طويلة وصعبة، ولن تأتي دون تضحية، وان احدى عوامل القلق تتمحور مستقبل العراق وما إذا سوف يكون قادرا على تنفيذ التزامات عضويته. ومع المعطيات الحالية والعراق كدولة ديمقراطية وليدة تتقدم بشكل متعثر باتجاه اقتصاد السوق، ولايزال العراق يتبع سياسات متواضه جدا تجاه تعزيز سيادة القانون، ووضع الضوابط والتوازنات، وتعزيز ازدهار المجتمع المدني. ومن المعطيات الأخرى بشان الإطار القانوني الواجب اتباعه في الحالات التي تدخل فيها الحكومة العراقية في اتفاقيات دولية مثل الانضمام الى منظمة التجارة العالمية، اذ وبموجب المادة ١١٠/ أولا وثالثا من الدستور العراقي، تتمتع السلطة الاتحادية بالسلطة الحصرية على أمور منها رسم السياسة الاقتصادية والتجارية الخارجية السيادية، وكذلك رسم السياسة المالية، والكمركية.[2] ومن ثم لا يحق للإقليم او اي محافظة غير منتظمة في إقليم أن تضع سياستها التجارية الخاصة بها وخصوصا التعريفات الجمركية. ومع ذلك، ففي الوقت الحالي، فان الالتزام بهذا النص الدستوري غير متحقق وخاصة في إقليم كردستان.[3] اذ إن الترتيبات القانونية التفصيلية لعمل حكومة الاقليم لم تتبلور بالكامل ضمن هيكل قانوني واضح لنطاق سلطاتها المحلية أو الإقليمية على الضرائب أو وضع أنظمة للاستثمار أو منح المنافع للشركات المحلية أو السلع المحلية. هذا الامر يثير جملة من المشاكل وعدم اليقين الاني والمستقبلي بشان التدابير غير المتسقة التي تتخذها الحكومات المحلية أو الإقليم مع التزامات العراق تجاه المنظمة. ومن ثم فان اتساع رقعة عدم لتنسيق بشان الصلاحيات على المستوى الإداري لطبقات الحكومة وحداثة العراق باسس اقتصاد السوق سيقلل كل ذلك من سيطرة الحكومة على السياسة التجارية للبلد وقد يتبلور في شكله النهائي باطار قانوني للسياسة التجارية غائب او غامض، الامر الذي يجهض إمكانية الإيفاء بالتزامات العراق تجاه منظمة التجارة في حال استكمال إجراءات الانضمام.

---

[1]- Bashar H. Malkawi, Anatomy of The Case of Arab Countries and the WTO, 20 Arab L.Q. 112 2006, p 114.

[2] هيثم كريم، انضمام العراق الى منظمة التجارة العالمية وتداعياته على الصناعة العراقية، جريدة الصباح، أيلول، ٦٦٦،٢٠٠٥

[3]- Bashar H. Malkawi, 'Iraq's Accession to the WTO: Commitments and Implications' op.cit, p 15.

وبالإضافة إلى التزامات تحرير التجارة، فان اتفاقيات منظمة التجارة العالمية تشمل مجموعة خاصة من الالتزامات التي تهدف إلى تعزيز الشفافية، والعدالة والإنصاف في تنفيذ التزامات المنظمة في العراق. وهكذا، فإن التزامات الشفافية لا تشمل فقط نشر القوانين ذات الصلة بالتجارة، ولكن أيضا ضمان تنفيذ عادل وفعال لها. وهناك الكثير من العقبات فيما يتعلق بالاختلافات بين الثقافة القانونية في العراق و الدول الغربية، فيما يتعلق بسيادة القانون.[1] لذلك ينبغي الاخذ بنظر الاعتبار هذه التحديات التي لا تزال قائمة في تنفيذ الالتزامات، واعادة تقييم الجهود من أجل تعزيز الشفافية، والتطبيق الموحد للقانون. ومن ثم فان قرار الانضمام من عدمه يعتمد على التساؤل المطروح بشان قدرة العراق من عدمها على تنفيذ التزامات العضوية تنفيذا سليما.

المطلب الثاني

الاتجاه المؤيد

التساؤل المطروح هنا لماذا العراق يوافق على شروط الانضمام القاسية لمنظمة التجارة العالمية؟ والجواب يكمن في وجود مبررات واضحة ومفيدة للعضوية وباستطاعة العراق الاستفادة من المزايا التي تجلبها عضوية منظمة التجارة العالمية، وخاصة ان عضوية منظمة التجارة العالمية سوف تعمق إدماج العراق في الاقتصاد العالمي. و بعبارة أخرى، فإنها تجنب عزلة العراق في علاقاته المتنوعة مع الدول الأخرى في عالم مترابط على نحو متزايد.[2] وعلاوة على ذلك، فإن منظمة التجارة العالمية الانضمام تساعد على تعزيز التنوع في اقتصاد البلاد وتقليل اعتمادها على صادرات النفط، التي تستأثر حاليا على حوالي ٩٥ % من عائدات العراق من النقد الأجنبي. و كذلك فان المستهلكين العراقيين من المرجح أن يستفيدوا نتيجة لتخفيض الحواجز التجارية من خلال خيارات أوسع من المنتجات وانخفاض الأسعار.[3]

بالإضافة الى ذلك هنالك جملة من المبررات الأخرى والتي يقدمها الاتجاه المؤيد لانضمام العراق الى منظمة التجارة وتتمثل اساسا بحاجة العراق إلى اللحاق ببقية العالم من حيث الارتقاء

---

[1] **-Ibid.**
[2] **-Nidham Gabbar T, op.cit, p 148.**
[3] **-Bashar H. Malkawi, Anatomy of The Case of Arab Countries and the WTO, op.cit, p 115.**

بالقوانين التجارية والأداء الاقتصادي للمؤسسات الوطنية. وعلاوة على ذلك، العضوية يمكن ان تقدم المساهمات الإيجابية التالية: أولاً، الاقتصاد العراقي هو اقتصاد قائم على عوائد النفط، و تطوير أي بدائل سوف يتطلب الاعتماد على قدرة المؤسسات الاقتصادية على الانفتاح والمنافسة، وبالتالي سيكون هناك ضغط لتطويرعجلة الاقتصاد ولن يتمكن العراق من تحقيق التغييرات السياسية والمؤسسية الضرورية بدون الضغط لتنفيذ التزامات المنظمة من جهة والمنافسة داخل الأسواق العراقية من جهة اخرى.[1] ثانياً، إذا ظل العراق عضواً خارج منظمة التجارة العالمية ، فلن يكون قادراً على تحقيق التنمية المستدامة والتنويع من خلال اعتماد بديل الاستيراد والحماية. و بعبارة أخرى، تحتاج المنتجات الموجهة نحو التصدير إلى أسواق مفتوحة، ولا يستطيع العراق إيجاد أسواق كافية غير تابعة لمنظمة التجارة العالمية لمثل هذا الغرض. ثالثاً، الانضمام يُسمح ببعض الاستثناءات ولقطاعات معينة من خلال تقديم المعونة الاجتماعية في شكل تحويلات نقدية بموجب قوانين منظمة التجارة العالمية، وسيظل تقنين المعونة السلعية ساريا حتى تتحسن الظروف الاقتصادية والاجتماعية التي تتيح المجال للبدائل المناسبة. وأخيرا، يمكن استخدام وضع العراق كبلد نامي لكسب الإعفاءات وتأجيل تنفيذ الإجراءات الصارمة لفترة زمنية يتم الاتفاق عليها اثناء مفاوضات الانضمام.[2]

الهدف الجوهري من الانضمام يتمثل بالإصلاحات بعيدة المدى (وان كانت مرهقة) في الجانب القانوني ذو الطابع التجاري والتي يفرضها الانضمام الى منظمة التجارة العالمية لغرض فتح السوق العراقية أمام المنافسة. وهذه الالتزامات تشمل مجالات مثل التجارة في السلع والخدمات والملكية الفكرية، والشفافية. وهذا بدوره ينسجم مع اتجاه دستور العراق لعام ٢٠٠٥ الذي يحاول ان يعالج مشاكل عدة عقود من الزمن، من سياسة الحكومة المركزية الصارمة. وينبغي الإعتراف هنا الى أن الآثار السلبية للانضمام لا يمكن التقليل من شأنها، ولكن الرسالة الايجابية ان الاثار ستكون مؤثرة على المدى القصير، ولكنها مفيدة للعراق على المدى الطويل.[3] و بعبارة أخرى، فإنه من غير الواقعي أن نتوقع أن تتحقق هذه الفوائد على الفور. وعلاوة على ذلك، يحتاج العراق التدرج في الاصلاحات، وليس تحرير التجارة الفورية، لتحقيق التقدم من اقتصاد مغلق تسيطر عليه الاحتكارات المملوكة للدولة والإعانات نحو اقتصاد قادر على المنافسة والحديثة مفتوحة على التجارة العالمية.

---

[1] **-Ibid.**
[2] **-Nidham Gabbar T, op.cit, p 149.**
[3] **-Bashar H. Malkawi, 'Iraq's Accession to the WTO: Commitments and Implications' op.cit, p 16.**

ولهذه الغايات، فإن الانضمام بدوره سيؤدي الى مراجعة شاملة للقوانين التجارية العراقية والتعليمات الأخرى ذات الصلة بهدف التغيير أو التطوير بما يتناسب مع قواعد منظمة التجارة العالمية والتي يجب أن تستكمل بهدف إزالة القيود غير ضرورية أمام التجارة المحلية والدولية.[1] لذلك فهناك حاجة للحكومة العراقية للاعتراف بضرورة توفير بيئة قانونية داعمة لاقتصاد السوق. وبالإضافة إلى ذلك، يجب على الحكومة فهم الحاجة إلى بنية تحتية قانونية مستقرة، بما في ذلك تنفيذ القانون بشكل محايد، لدعم سيادة القانون، ومن ثم فان تعزيز سيادة القانون يوفر وسيلة لتعزيز الاستقرار. وعليه، فان العراق يحتاج لتقديم حزمة من الإصلاحات القانونية الرامية إلى تحسين سيادة القانون وتطوير مواضيع القانون التجاري مثل الملكية الفكرية والتعرفة الكمركية، وينبغي أيضا عدم اغفال ترقية المؤسسة القضائية كي تكون قادرة على استيعاب الوضع القانوني والقضائي الجديد.[2]

وينبغي إدراك أن عضوية منظمة التجارة العالمية لن تكون حلا سحريا لمشاكل العراق، وكذلك فان العضوية ليست غاية في حد ذاتها، لكن العراق بحاجة إلى معالجة مشاكله وتطوير وسائله للاستفادة من معايير ومتطلبات عمل منظمة التجارة العالمية. ومع ذلك، فان تبني مسار الاصلاح والانضمام إلى منظمة التجارة العالمية، يمكن أن تكون أداة مفيدة لتحقيق مزيد من الازدهار وإعادة الاعمار لأنها تشجع السياسات الإصلاحية المحلية التدريجية. أي ان على العراق أن يبدأ بخطط الإصلاح للارتقاء بقوانينه ويطبق الحوكمة في عمل المؤسسات حتى يتمكن من الوصول الى المعايير الدولية، والتي اذا ما تحققت وطبقت بشكل فعال فانها ستحقق الازدهار الاقتصادي للبلد.

المبحث الثاني

تهيئة البيئة القانونية للانضمام الى منظمة التجارة العالمية

يتطلب من العراق تهيئة البيئة القانونيه اللازمة لعملية الانضمام والصمود لأكمال هذه العملية المحفوفة بالتحديات والعقبات فاقتصاد العراق اقتصاد غير واضح الملامح ومترهل بالإضافة الى ذلك عدم تكامل الاطار القانوني الذي يحكم هذا القطاع وغياب الاسس القوية التي يستند عليها هذا الاطار. ولذلك يتطلب من العراق تهيئة بيئة قانونية متناغمة مع ما ترنوا وتهدف الية المنظمة هو توفير اطار تجاري تنافسي. وهذا يعني ان العراق يواجه تحديات منها ما يكون مصاحبا لعملية الانضمام ومنها

[1] -Ibid.
[2] -Abbas Alnasrawi, op.cit, p 45.

ما يمكن ظهوره بعد ان يصبح العراق عضوا في المنظمة. وللتغلب على هذه التحديات يتطلب من العراق معالجات واضحة وجذريه تتمثل بتعديل بعض القوانين والعمل على بناء مؤسسات حكوميه داعمة للاقتصاد. وهذه التحديات والمعالجات ستكون المرآة التي تعكس مدى قدرة المؤسسات العراقيه سواء كانت حكومية او مدنيه على مواجهتها وذلك من خلال تهيئة وسط تندمج فيه القدرات الفنية والبنى التحتية الضرورية من جهة ومحاطة بمبدأ سيادة القانون من جهة اخرى[1]. ولذلك فان هذا المبحث سوف يقسم الى مطلبين نتناول في المطلب الاول التحديات التي تواجه عملية الانضمام اما المطلب الثاني فانه سوف يخصص لبحث ومناقشة التحديات التي من الممكن ان تظهر بعد عملية الانضمام وعلى النحو التالي:

المطلب الاول

التحديات الحالية

العراق في طريقه الى الانضمام يواجه تحديات مهمة تتمثل في العقوبات ألاقتصادية المفروضه عليه ومسألة السيادة الوطنية وفيما اذا كانت هذه تشكل عقبة امام الانضمام الى المنظمة كذلك مدى ملائمة النسيج القانوني العراقي وقوته في التماشي مع قواعد المنظمة علاوة على ذلك الواقع القضائي العراقي. وهذه التحديات ستبحث على النحو التالي:

اولا: العقوبات الاقتصادية

فرضت على العراق العقوبات الاقتصادية بموجب القرار ٦٦١[2] لسنة ١٩٩٠ الصادر من مجلس الامن ابان دخول القوات العسكرية العراقية للكويت وكانت هذه العقوبات من اقسى العقوبات التي فرضت على أي دولة من الدول اذا شملت حضرا كاملا على السلع التجارية و اوقفت حركة التقدم والتطور في العراق. لاشك ان العقوبات الاقتصادية المفروضة بموجب مجلس الامن الدولي لا تجعل من العراق بلدا مؤهلا للانضمام الى المنظمة فالعقوبات الاقتصادية تتعارض مع قواعد

[1] -كمال البصري، العراق ومنظمة التجاره العالميه، بحث منشور على الموقع

http://iier.org/uploadedfiles/publication/real/1365813746_130209WTOPaperDr.KamalBasri4A.pdf

بتاريخ ٢٠١٨/١/٢٥

[2]- UNSC Res 661 (6 August 1990) UN Doc S/RES/0661.

المنظمة التي تتسم بحرية التبادل التجاري وتحسين مستوى المعيشة فما الذي تستطيع دولة من العراق ان تقدمة الى دول المنظمة.[1] كذلك فان مجلس الامن الدولي له الولاية على عدم السماح بقبول عضوية الدولة المفروض عليها عقوبات اقتصادية. على اية حال ان خطر هذا التحدي زال بشكل تدريجي ففي العام ٢٠٠٣ اصدر مجلس الامن قراره المرقم ١٤٨٣[2] في ٢٢/ ايار/ ٢٠٠٣ والذي تقرر بموجبة عدم سريان اثر التدابير التي كانت مفروضة ضد العراق ماعدا ما يتعلق منها بالاسلحة. اي قبل تقديم العراق طلب الانضمام الى المنظمة في العام ٢٠٠٤ ثم قرار مجلس الامن رقم ٢١٠٧ لسنة ٢٠١٣ و الذي تم بموجبة اخراج العراق من ولاية قرارات مجلس الامن الدولي. وهنا يستطيع العراق بناءا على ذلك التحرر من القيود التي كانت مفروضة علية بموجب القرارات التي فرضت علية من قبل مجلس الامن.

ثانيا: مسألة السيادة

من التحديات التي تثير مخاوف اي دوله تروم الانضمام الى المنظمه هي مسالة السيادة الوطنيه فهل الانضمام الى المنظمه سينتهك السيادة الوطنية للدولة العضو وذلك بسبب تنفيذ السياسات التجاريه للمنظمة؟ على اعتبار ان المنظمة ستفرض الغاء بعض القوانين الوطنية التي لا تنسجم مع سياساتها وكذلك فرض عقوبات على الدول التي تخرج عن هذه السياسات والأهداف وذلك من خلال انشاء نظام قضائي فوق الوطني يتمتع بقدره على فرض تلك العقوبات.[3]

ويمكن الرد على ذلك ان المنظمة تستند في مسالة الية فض المنازعات على ان الدول الاعضاء قد ابدوا موافقتهم على نظام فض المنازعات والعقوبات التي تفرض على الدول لا تكون من قبل المنظمة وإنما بسبب الدوله الاخرى التي كسبت النزاع. اما فيما يتعلق بمسألة قوانين الدوله والعمل على الغائها بما يخدم اهداف المنظمه فان ذلك لا يعني قدرة المنظمة على فرض ذلك وإنما يتم التوصل اليه من خلال مفاوضات تقوم بها الدول الراغبة بالانضمام خدمة لمصالحها ألاقتصاديه حيث

[1]- Walter Bhengu, 'Do Economic Sanctions Against WTO Rules?' article published on www. http://thoughtleader.co.za/walterbhengu/2014/10/30/do-economic-sanctions-go-against-wto-rules accesed on 2/March/2018.
[2] -UNSC Res 1483 (22 May 2003) UN Doc S/RES/1483.
[3]- Jeffery J. Schott, Challenging Facing the World Trade Organization, article published on institute for International Economic, accessed on 21 of January 2018.

أن الانضمام الى المنظمه تمنح الدول العضو منافع مهمة لتعزيز قوتها في السوق العالمية. [١] هذا بالإضافة الى ان تعاليم المنظمة تتسم بالمرونة التي تسمح بمراعاة الظروف الخاصه لكل دولة.[٢]

ثالثا: النسيج القانوني

اندماج العراق في محيط المنظمة والسير في فلكها بشكل سلس وبدون تعثرات يعد تحديا صعبا ومهمة شاقة. والمطلوب من العراق خلال عملية الانضمام ان يهيئ نسيجا قانونيا ساندا. وهذا لا يتم الامن خلال قوانين منسجمة ومتناغمة مع اتفاقيات المنظمة.

فمنظمة التجارة العالمية تسعى الى تحرير التجارة من القيود التشريعية والاقتصادية التي تضعها الدول ازاء بعضها البعض. وهذا يفرض على الدول التي تروم الانضمام الى المنظمة ولاسيما العراق ان يهيئ قوانينة المعنية (اي القوانين ذات الطابع التجاري او الاقتصادي) لهذا الهدف. حيث اثرت التوجهات السياسيه السابقة في البعض من هذه القوانين السارية المفعول فهي مرتكزة على الايدلوجية الاشتراكية التي تؤمن بالاقتصاد المركزي على سبيل المثال قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ اذ لم تراعى خصوصية المعاملات التجارية اذ غلب التوجه المدني على التجاري.[٣] كذلك الية فض المنازعات التجارية فالعراق وعلى الرغم من اصدار قانون الاستثمار العراقي رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦ وإقراره للتحكيم كآلية مهمه لفض المنازعات الناشئة عن الاستثمار الى ان العراق ولحد الان يعتمد على قانون المرافعات وقواعده الخاصة بالتحكيم في فض المنازعات التجاريه وهي في حقيقة الامر لا تصلح لأن تطبق في نطاق المنازعات الاستثمارية إذ انها صممت للتحكيم المحلي او الوطني وليس التجاري الدولي.[٤] وهذا ما لا يتماشى مع اليات فض المنازعات التي تعمل بها المنظمة.

---

[1]- Kent Joens, Who's Afraid of the WTO?' (2004 Oxford University Press) 100; John H. Jackson, Sovereignty, the WTO, and Changing Fundamentals of International Law, (2006 Cambridge University Press) 60.

[٢] كمال البصري، المصدر السابق، ٢.

[٣] -عدنان احمد العزاوي، مفهوم العمل التجاري واثارة القانونية في ظل قانون التجارة العراقي (دراسة مقارنة بالقوانين التجارية العربية)، بغداد، مطبعة الصقر، ١٩٨٧،٩٩.

[4]- Sinsn Al-bidery, 'Petroleum Arbitration Agreement In Iraq: A Tortoise and Hare Race' *Arab Law Qureterly 30 (2016)* 53-71.

وعلية فيجب ان تتسم التشريعات الوطنية العراقيه بالمرونة الكافية لأستيعاب أثار اتفاقية مراكش لعام ١٩٩٤ المنشئة للمنظمة.[١] كذلك سن حزمة من التشريعات الساندة ومنها تشريعات الملكية الفكرية والقوانين المصرفية كذلك تشريع اليات خاصة بفض المنازعات الاستثمارية مثل قانون التحكيم التجاري العراقي يتضمن اليات مرنه لفض المنازعات الناجمة عن الاستثمار. بالاضافه الى ذلك توفير العقول الاقتصادية المؤهلة و القادرة على تحقيق التوازن بين المصالح الوطنية الاقتصادية وبين حرية التجارة في المنظمة.[٢]

رابعا: الواقع القضائي

يشترط في الدوله العضو في المنظمة ان تكون سلطتها القضائيه متمتعة بالحد الادنى من المبادئ العامة في النظام القضائي كأستقلال القضاء عن السلطتين التشريعية والتنفيذية وقدرة القضاء الوطني على تفسير المعاهدات الدولية. وتوفير الية واضحة وميسرة لتنفيذ الاحكام الاجنبية الصادرة عن المنازعات التجارية. والسؤال الذي يطرح هنا الى اي مدى تتوافر هذه المبادئ في الواقع القضائي العراقي بمعنى آخر هل تتوافر الحدود الدنيا من هذه المبادئ في السلطة القضائيه العراقية؟ ففيما يتعلق باستقلالية القضاء يصف الدكتور أكرم ذلك بأن "العراق دولة لها طبيعتها الخاصة التي لا مثيل لها بين دول العالم فلا نستطيع القول بثقة باستقلال سلطته القضائية كما لا نستطيع القول بثقة ايضا بتبعية السلطة القضائية للسلطة التنفيذية. فنحن اذا أمام حالة محيرة لم تعرف المنظمة او اي من دولها او من نصوص اتفاقياتها مثيلا."[٣] اما فيما يتعلق بتنفيذ الاحكام الاجنبية التحكيمية فيمكن القول ان الية تنفيذ هذه الاحكام تتسم بالغموض والضبابية وغياب الاليات القانونية اللازمة للتنفيذ والإجراءات المطولة التي تستغرقها عملية تنفيذ هذه الاحكام والتي تتصف بالبيروقراطية القضائية.[٤] وهذا ما لا ينسجم مع ما تبتغيه المنظمة من مرونة. كذلك بعد القضاء العراقي عن تطبيق وتفسير المعاهدات الدولية. ولذلك فعلى العراق ان يسعى جاهدا الى تطوير عمل المؤسسات القضائية والتركيز على مبدا تفسير المعاهدات وكذلك العمل على اجراء دورات تدريبيه خصوصا فيما يتعلق بالية فض النزاعات عن طريق التحكيم الدولي والية تنفيذ الاحكام الاجنبية.

---

[١]- أكرم فاضل سعيد قصير، النظام القانوني لمؤسسات وانشطة منظمة التجارة العالمية، المركز العربي للنشر والتوزيع، ٢٠١٧، ٨٦٠.
[٢] المصدر نفسة،٨٦١.
[٣]-اكرم فاضل سعيد قصير، المصدر السابق، ٨٩٢.
[٤]- نظام جبار طالب، سنان عبد الحمزة، تنفيذ قرارات التحكيم الدولي: هل هواجس العراق لها ما يبررها؟، بحث مقدم الى المؤتمر العلمي السابع عشر لكلية المأمون الجامعة، منشور في مجلة كلية المأمون الجامعة، العدد الثامن والعشرون ٢٠١٦،١٥٥ و مابعدها.

المطلب الثاني

التحديات المستقبلية

اذا كان العراق يستطيع مواجهة التحديات الآنية التي تواجهه اثناء عملية الانضمام فان هناك بعض التحديات التي ستظهر بعد مرحلة الانضمام والتي تتمثل بقطاع الزراعة والدعم المقدم له والشفافية وقوانين الملكية الفكرية والحماية من الاغراق وأخيرا الدعم او الاعانات المقدمه من قبل الحكومة العراقيه لبعض المؤسسات وبرامج الخصخصة. فهذه جميعها تمثل عقبات جدية يتطلب من العراق السعي الحثيث لمواجهتها والتغلب عليها. وفي هذا المطلب سنحاول التركيز على هذه التحديات مستعينين بتقديم بعض الحلول التي استعانت بها بعض الدول النامية للتغلب عليها او ما هو متاح من استثناءات وضعتها المنظمة عبر اتفاقياتها المختلفه لمساعدة الدول النامية.

أولا: الزراعة

تتولى الدولة العراقية حاليا مهمة دعم القطاع الزراعي وذلك من خلال ما توفره من بذور ومبيدات وأسمدة وآليات تساهم في الزراعه وبأسعار مخفضه بغية تشجيع الزراعة والمساهمة في توفير السلع الزراعية ووصولها الى المستهلك بأسعار مناسبة. ولكن بعد الانضمام سيتعين على العراق ان يقلص من حجم الدعم المقدم الى القطاع الزراعي مع بعض الاستثناءات.[1] فيمكن للدولة ان تقدم على سبيل الاستثناء دعم البحوث الخاصه بتنمية الزراعة. وفي حالة انضمام العراق الى المنظمة وتقليص الدعم المقدم الى هذا القطاع بسبب الامتثال الى قوانينها الخاصه بذلك فان العاملين في هذا القطاع وهم الفلاحين و اسرهم العامله ايضا سوف يفقدون وظائفهم وسيخضع الباقون لمنافسة قوية من قبل الشركات الزراعيه الرئيسيه المصدره للمنتجات الزراعية.[2]

وللتغلب على مثل هذا التحدي وتحقيق الرفاهية الاقتصادية لهذا القطاع فأنه يتحتم على العراق التوجه الى الاحتذاء بالدول المتقدمه وإتباع نموذجها في مواجهة مثل هذا التحدي. وذلك من خلال رفع الانتاج الصناعي في مقابل الانتاج الزراعي وهذا لا يعني القضاء على الانتاج الزراعي و انما تنويع المحاصيل الزراعية وتحويلها من مجرد الاستهلاك المحلي الى التصدير اي تصدير سلع

[1]- Raj Bhala, Trade, Development, & Social Justice (Carolina Academic Press) 15.

[2]- أديب قاسم شندي، انضمام العراق الى منظمة التجارة العالمية وتداعياته على الأقتصاد العراقي، مجلة الغري للعلوم الاقتصادية والادارية، بحث منشور على الموقع www.docudesk.com بتاريخ ٢٠١٨/٢/٢٣.

زراعيه ذات قيمه تجارية أعلى.[1] و من ثم فان ذلك سوف يصب في مصلحة المزارعين من خلال تحسين دخولهم.

ثانيا: الشفافية

لا يشمل نطاق الانضمام الى المنظمة الالتزام فقط بتقليل الحواجز الكمركية او تقليل الدعم وفتح قطاع الخدمات امام المشاركه الأجنبية بالإضافة الى تحرير التجارة العالمية من القيود وإنما ايضا تحتوي اتفاقية المنظمة على حزمه من الألتزامات التي تهدف الى تعزيز الشفافية والمعاملة العادلة.[2] ولا يشمل ذلك فقط نشر القوانين المتعلقة بالتجارة بل ايضا سهولة وإمكانية تنفيذها. والسؤال الذي يثور هنا الى اي مدى يطبق العراق مبدأ سيادة القانون. فهذه المسالة تعتبر من التحديات الخطيرة التي تواجه العراق. فذلك يتطلب من العراق بناء مؤسسات قضائية متدربة على ذلك ولا ننسى التقلبات الجذريه التي مر بها العراق بعد العام ٢٠٠٣ حيث مست الكثير من النظم القانونية والقضائية.[3] والعراق عند انضمامه الى المنظمة سيلتزم بنشر كل القوانين والإجراءات التي سيتخذها تماشيا مع قواعد المنظمة ليتسنى للدول الاعضاء الاطلاع عليها حيث من الممكن ان يواجه العراق ضغطا قويا من قبل المنظمة لغرض انشاء مجلة خاصة بالقوانين واللوائح التنظيمية ذات الصلة بالمنظمة وان تكون هذه المجلة متاحة.[4] ويتعين على العراق عند الموافقة على البروتوكول ان يلتزم بتنفيذ كل القواعد واللوائح والإجراءات المتعلقة بالمنظمة بصوره منصفه ومحايدة وفي الغالب فان ذلك سيكون من التحديات المهمة التي ستواجه العراق حيث قد يكون انشاء مثل هذه المؤسسات والقوانين سهلا لكن وفق معطيات الواقع العراقي سيكون هناك هوة كبيرة في تنفيذها. فمسالة صياغة القوانين وتفسيرها يجب ان تتم بشكل واضح إلا ان النزاعات السياسية من الممكن ان تجعل هذه المهمة شاقة ومتناقضة مع الشفافية التي ترمي اليها المنظمة.

---

[1] -المصدر نفسه.
[2] -جمعة سعيد سرير، النظام القانوني لمنظمة التجاره العالمية، دار النهضة العربية، الطبعه الثانية، ٢٠١٣،٤٩١.
[3] -تم بعد العام ٢٠٠٣ اصدار جملة من القوانين ذات الجوانب التجارية والاقتصادية التي جاءت مختلفه عن توجه العراق السابق في المركزية الاقتصادية النابعه من التوجهات الاشتراكيه فنذكر على سبيل المثال صدور قانون الاستثمار العراقي رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦.
[4] - زياد جرادات، أنضمام الاردن الى منظمة التجارة العالمية، محاضرات منشوره على شبكة الانترنت على الموقع www. Mit.gov.jo بتاريخ ٢٠١٨/٣/٢.

كذلك عدم وجود مؤسسات داعمة للشفافية وأيضا وجود العوائق الاجتماعية والسياسية المتجذره في العراق والتي تخيم على عمل القضاء.[1] و مواجهة هذا التحدي يتطلب من العراق العمل على تعزيز الكفاءة المهنية للمحاكم العراقية والعمل على الحد من النفوذ السياسي والعمل بتبني هذه الاهداف سيعزز من قدرة العراق ألاقتصاديه ورسم طريق واضح لآطار قانوني داعم للاقتصاد.

ثالثا: الملكية الفكرية

احتلت الحماية الدوليه للملكية الفكرية اهمية كبيرة. إذ أن هناك اجماع كبير من قبل الدول على ضرورة توفير الحماية القانونية لكل اكتشاف او انشاء منتج او معلومات ذات قيمة تجارية. ولذلك، في العام ١٩٩٤، وقعت الدول على اتفاقية الجوانب التجارية لحقوق الملكية الفكرية (ترابس) والتي تعد من ضمن اتفاقيات منظمة التجاره العالمية. أذ تعد هذه الاتفاقية من الاتفاقيات المهمة التي عنيت بمسالة الحقوق الفكرية ذات الجوانب التجارية ونظمت بعض المسائل المهمة مثل تحديد اسس براءات ألاختراع، العلامات التجارية،حقوق الملكية الفكرية. وأيضا تصميم الية لفض المنازعات التي تنشا بمناسبة الملكية الفكرية ومن اهداف هذه الاتفاقية هو تحقيق الموائمة بين قوانين الدول فيما يتعلق بموضوع الملكية الفكرية.[2]

نظم العراق الملكية الفكرية بثلاثة قوانين هي حماية حق المؤلف رقم ٣٠ لسنة ١٩٧١ و قانون العلامة التجارية رقم ٢١ لسنة ١٩٥٧ و اخيرا قانون براءة الاختراع والرسوم و النماذج الصناعية رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٠. وهذه القوانين لا تنسجم مع الاتفاقية و الاهداف التي جاءت بها فالقوانين العراقية لم تراع التطورات التكنولوجية التي وصل اليها العلم الحديث وراعتها قوانين الدول المختلفة. و تتصف قوانين حماية الملكية الفكرية العراقيه بافتقارها الى الأجراءات التي تتبع

[1]- Frank R. Gunter, 'Corruption In Iraq: Conflict, Costs And Causes' article published on https://cbe.lehigh.edu/sites/cbe.lehigh.edu/files/Gunter%20CV%2031Aug16.pdf Accessed on 3of February 2018.

[2]- Bashar Hikmet Malkawi, 'Iraqi patent law: in search of compliance with TRIPS' International Review of Intellectual Property and Competition Law (2007) 3.

في حالة انتهاك منتج صناعي مقلد للشروط التي يضعها القانون كذلك الاجراءات الخاصة بالمنتجات المقلده والمشتبه بها على الحدود.[1]

فالتشريعات العراقية الخاصة بحقوق الملكية الفكرية في معظم موادها لا تواكب التطورات في مجال التكنولوجيا فهي تشريعات عفا عليها الزمن ولا ترتقي الى التشريعات العالمية في هذا المجال ولذلك فعلى العراق ان يقوم بتعديل قوانينه بما ينسجم مع المعايير الدوليه في مجال الملكية الفكرية و المتعلقة تحديدا بالجوانب التجارية او ان يقوم بتشريع قوانين جديدة لا استيعاب هذه المعايير. وفيما يتعلق بفترة ما بعد الانضمام الى المنظمة فان هناك معالجات وقتية طرحت لغرض تلافي الاشكالات التي تقع نتيجة لانضمام العراق فيما يتعلق بالملكية الفكرية. حيث نصت الماده ٦٥ من اتفاقية الجوانب التجارية لحقوق الملكية الفكرية على منح فتره انتقالية بين ٥ الى ٧ سنوات وذلك لغرض احداث التغييرات المرجوة في التشريعات الوطنية العراقية. حيث استطاعت بعض الدول الاستفادة من هذه الفترة على الرغم من اضرار بعض الدول المتطورة في المنظمة على عدم منح مثل هذه الفترات وقيام الدوله التي ترغب بالانضمام الى اجراء هذه التعديلات بشكل أني وسريع حال الانضمام.

رابعا: سياسة الإغراق

يقصد بالإغراق قيام الشركه المصدره ببيع المنتج بسعر أقل من السعر الذي يفرض في السوق المحلية للبلد المصدرة اليه هذه السلع مما يهدد الصناعه في هذا البلد. ويعتبر ذلك نوعا من انواع المنافسة غير المشروعة وقامت بعض الحكومات نتيجة لذلك باتخاذ اجراءات لغرض الحد من الاغراق وحماية منتجاتها المصنعه محليا.

ومنظمة التجارة العالمية حددت في اتفاقية مكافحة الاغراق انه من حق الدوله العضو و المتضرر اقتصادها من جراء الاغراق ان تتخذ الاجراءات المناسبة وذلك من خلال فرض رسوم مكافحة الاغراق على ذلك المنتج المغرق في الدولة. ولكن الدولة هنا يجب ان تثبت اولا وجود

[1] -لمزيد من التفصيل راجع المطلب الاول من المبحث الاول.

الاغراق وانه لحقها ضرر فعلي من جراء الاغراق ومن ثم اثبات العلاقة السببية بين الاغراق وبين الضرر.[١]

ولا يوجد في العراق حالياً تشريعات الحماية أو مكافحة الاغراق و لذلك، لا يمكن للعراق تطبيق الضمانات أو أحكام مكافحة الإغراق على المنتجات المستوردة حتى يتم صياغة هذه التشريعات والتي بدورها ستحد حتما منه ولذلك فان العراق حاليا سيقف عاجزا عن مكافحته أو الحد منه. وقد استطاعت بعض الدول من خلال انضمامها الى المنظمة الاستفادة من القواعد التي وضعتها للحد من الاغراق وعلى سبيل المثال الصين التي استطاعت حماية اقتصادها عن طريق قواعد منظمة التجارة العالمية التي كافحت الاغراق.[٢]

خامسا: الاعانات او (الدعم)

يقدم العراق حاليا إعانات[٣] او دعم الى بعض المؤسسات والشركات وذلك اما بصورة مباشرة مثل أعطاء رواتب الى بعض الشركات الحكومية والتي دمرت بشكل كلي او جزئي او اعانات غير مباشرة مثل الدعم المقدم الى الكهرباء بشكل وقود يستخدم في توليد الطاقة الكهربائية او اعفائها من الضرائب. ومن الممكن للعراق ان لا يوافق على الاستفادة من الاحكام الخاصة والمنافع الموجودة في اتفاقية الدعم والإجراءات التعويضية تحديدا المادة ١٣/٢٧[٤] .

---

[١]-فهد العيتاني، المعالجات التجاريه للممارسات الضارة بالتجارة الدولية، محاضرات منشوره على شبكة الانترنت على الموقع www.kau.edu.sa/Files/0001175/Subjects بتاريخ ٢٠١٨/٢/٢٢ .

[2] -Yan Luo, Anti-dumping in the WTO, the EU, and China (Kluwer Law International 2010) 30.

[٣]-تنص الماده الاولى من اتفاقية الدعم والاجراءات التعويضيه لسنة ١٩٩٤ على
تعريف الدعم: ١- ١ لغرض هذا الاتفاق ، يعتبر الدعم موجودة اذا: ١. كانت هناك مساهمة مالية من حكومة او اي هيئة عامة في اراضي العضو (يشار اليها في هذا الاتفاق بعبارة (حكومة) ، اي عندما: تتضمن ممارسة الحكومة تحويل الاموال بصفة مباشرة (مثل منح وقروض ومساهمة مالية في شكل اسهم) او امكانية وجود نقل مباشرة للاموال او خصوم (مثل ضمانات لقروض) ؛ تتنازل الحكومة عن ايرادات حكومية مستحقة و/او تترك تحصيلها (كالحوافز المالية مثل الخصم الضريبي) تقدم الحكومة سلعا او خدمات غير البنية الاساسية العامة او شراء السلع؛ قدمت الحكومة مدفوعات الآلية للتمويل او تعهد الى هيئة خاصة او توجهها لتنفيذ مهمة او اكثر من مهمة من نوع المهام الموضحة في اعلاه والتي يعهد بها عادة الى الحكومة وتكون الممارسة غير مختلفة في الحقيقة عن الممارسات التي تتبعها الحكومات عادة؛ او ٢. يوجد اي شكل من دعم الدخل او دعم الاسعار بمعنى المادة السادسة عشرة من اتفاقية جات ١٩٩٤ ؛ يؤخذ في الاعتبار مدى تنوع الانشطة الاقتصادية التي تقع في اختصاص السلطة المانحة ، وكذلك طول المدة الزمنية التي يتم خلالها تطبق برنامج الدعم . ب. تتحقق استفادة من ذلك . 2 -1تخضع للدعم كما عرفت في الفقرة ١ لاحكام الجزء الثاني او تخضع لاحكام الجزء الثالث او الخامس فقط اذا توافرت فيها صفة التخصيص طبقا لاحكام

[٤]-تنص الماده ١٣/٢٧ من اتفاقية الدعم والاجراءات التعويضيه على (لا تنطبق احكام الجزء الثالث على الاعفاء من الديون المباشرة والدعم الذي يغطى التكاليف الاجتماعية ، في اي شكل ، بما في ذلك التخلي عن

الخاتمة:

هذه الدراسة ذهبت الى إن الانضمام إلى منظمة التجارة العالمية أمر مفروغ منه بالنظر إلى محتويات الدستور العراقي والاسس الليبرالية التي بني عليها ، وكذلك التشريعات التي تدعم اقتصاد السوق. بالنسبة للعراق، فإن العضوية ستخلق الظروف الاقتصادية والقانونية اللازمة للتنمية، لكنها لا تضمن الفوائد المنشودة، لأن الحصول على هذه المزايا يتوقف على مدى قدرة البلد ، من حيث مؤسساته الحكومية والقضائية، على خلق مناخ مستقر وملائم للانسجام وقادر في نفس الوقت على تنفيذ التزامات المنظمة. وكذلك يجب أن تكون مفاوضات العضوية مصحوبة بالدراسات العلمية ذات الصلة والمشاورات الفنية. و بالنظر إلى حقيقة أن فرص العضوية تزداد تعقيدا وصعوبة مع مرور الوقت، يمكن القول بثقة أن ضريبة العضوية أقل من تكلفة بقاء العراق خارج منظمة التجارة العالمية.

بالنسبة للعراق ، فإن الانضمام إلى منظمة التجارة العالمية يعني أن الاقتصاد العراقي الضعيف للغاية سيخضع لإصلاحات تتطلب اتخاذ قرار صارم وصريح ، حتى لو كانت النتائج تنطوي على تضحيات قصيرة الأجل. لا توفر بيئة منظمة التجارة العالمية مناخاً آمناً للاقتصاد المتلكىء، بل توفر إطاراً عاماً للتبادل التجاري التنافسي حيث تكون للقدرة والكفاءة اليد العليا. ومع ذلك ، فإن توجيهات منظمة التجارة العالمية تتسم بالمرونة الكافية لمراعاة الشروط الخاصة لكل بلد (وتطبق بعض الإعفاءات والاستثناءات). وكملخص نهائي، يمكن القول إن الانضمام إلى منظمة التجارة العالمية مهمة صعبة ، ومع ذلك فهو احتمال لا مفر منه للبلدان النامية.

المصادر:

القوانين والمعاهدات
اتفاقية الجوانب التجارية لحقوق الملكية الفكرية (ترابس) ١٩٩٤
اتفاقية مراكش ١٩٩٤
قانون الاستثمار العراقي رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦

الايراد الحكومي ونقل الخصوم الاخرى عندما تمنح ذلك الدعم في اطار برنامج الخصخصة في البلد النامي العضو ، تكون متصلة مباشرة بهذا البرنامج على شرط ان يطبق كل من البرنامج الدعم الممنوح لفترة محدودة تخطر بها اللجنة وان يؤدي البرنامج في النهاية الى تحويل المنشآت المعنية الى القطاع الخاص.)

قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤
قانون العلامة التجارية رقم ٢١ لسنة ١٩٥٧
قانون براءة الاختراع والرسوم و النماذج الصناعية رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٠
قانون حماية حق المؤلف رقم ٣٠ لسنة ١٩٧١

الكتب القانونية

أكرم فاضل سعيد قصير، النظام القانوني لمؤسسات وانشطة منظمة التجارة العالمية، المركز العربي للنشر والتوزيع، ٢٠١٧
جمعة سعيد سرير، النظام القانوني لمنظمة التجاره العالمية، دار النهضة العربية، الطبعه الثانية، ٢٠١٣
عدنان احمد العزاوي، مفهوم العمل التجاري واثارة القانونية في ظل قانون التجارة العراقي (دراسة مقارنة بالقوانين التجارية العربية)، بغداد، مطبعة الصقر، ١٩٨٧

البحوث والمقالات على شبكة الانترنت

أديب قاسم شندي، انضمام العراق الى منظمة التجارة العالمية وتداعياته على الأقتصاد العراقي، مجلة الغري للعلوم الاقتصادية والادارية، بحث منشور على الموقع www.docudesk.com بتاريخ ٢٠١٨/٢/٢٣
كمال البصري، العراق ومنظمة التجاره العالميه، بحث منشور على الموقع http://iier.org/uploadedfiles/publication/real/1365813746_130209WTOPaper Dr.KamalBasri4A.pdf بتاريخ ٢٠١٨/١/٢٥.
فهد العيتاني، المعالجات التجاريه للممارسات الضارة بالتجارة الدولية، محاضرات منشوره على شبكة الانترنت على الموقع www.kau.edu.sa/Files/0001175/Subjects بتاريخ ٢٠١٨/٢/٢٢.
هيثم كريم، انضمام العراق الى منظمة التجارة العالمية وتداعياته على الصناعة العراقية، جريدة الصباح، أيلول،٢٠٠٥.
نظام جبار طالب، سنان عبد الحمزة، تنفيذ قرارات التحكيم الدولي: هل هواجس العراق لها ما يبررها؟، بحث مقدم الى المؤتمر العلمي السابع عشر لكلية المأمون الجامعة، منشور في مجلة كلية المأمون الجامعة، العدد الثامن والعشرون.
زياد جرادات، أنضمام الاردن الى منظمة التجارة العالمية، محاضرات منشوره على شبكة الانترنت على الموقع www. Mit.gov.jo بتاريخ ٢٠١٨/٣/٢.

المصادر باللغه الانكليزية

Books

1-Abbas Alnasrawi, *The economy of Iraq: Oil, Wars, Destruction of Development and Prospects, 1950-2010* (Westport, Connecticut London 2010).
2-OECD, *Supporting Investment Policy and Governance Reforms in Iraq* (OECD 2010).
3-Raj Bhala, Trade, Development, & Social Justice (Carolina Academic Press).

4-Yan Luo, Anti-dumping in the WTO, the EU, and China (Kluwer Law International 2010)

Articles:

1-Bashar H. Malkawi, Anatomy of The Case of Arab Countries and the WTO, 20 Arab L.Q. 112 2006.
2-Bashar Hikmet Malkawi, 'Iraq's Accession to the WTO: Commitments and Implications' (2007) 6(2) JITLP 14.
3-Bashar Hikmet Malkawi, 'Iraqi patent law: in search of compliance with TRIPS' International Review of Intellectual Property and Competition Law (2007).
4-Christina C. Benson, 'Jus Post Bellum in Iraq: The Development of Emerging Norms for Economic Reform in Post Conflict Countries' (2011-2012) 11 Rich J Global L & Bus 315.
5-Walter Bhengu, 'Do Economic Sanctions Against WTO Rules?' article published on www. http://thoughtleader.co.za/walterbhengu/2014/10/30/do-economic-sanctions-go-against-wto-rules accesed on 2/March/2018.
6-Sinsn Al-bidery, 'Petroleum Arbitration Agreement In Iraq: A Tortoise and Hare Race' *Arab Law Qureterly 30 (2016).*
7-Frank R. Gunter, 'Corruption In Iraq: Conflict, Costs And Causes' article published on https://cbe.lehigh.edu/sites/cbe.lehigh.edu/files/Gunter%20CV%2031Aug16.pdf
Accessed on 3of February 2018.

Theses:

1-Nidham Gabbar T, Reformist Framework of the Foreign Investment Environment in the Post-Conflict: Critical Appraisal of Iraq Case, A thesis submitted for the degree of Doctor of Philosophy School of Law/Bangor University, 2014.

Un Resolutions:

1-UNSC Res 661 (6 August 1990) UN Doc S/RES/0661.
2-UNSC Res 1483 (22 May 2003) UN Doc S/RES/1483