



دراسات قانونية

مجلة فصلية محكمة تصدر عن قسم الدراسات القانونية في بيت الحكمة - بغداد
العدد (٤٩) لسنة ١٤٤٠هـ / ٢٠١٩م

رئيس التحرير

أ.د. حنان محمد القيسي
بيت الحكمة / قسم الدراسات القانونية

مدير التحرير

د. ذكرى انعام غائب
بيت الحكمة / قسم الدراسات القانونية

هيئة التحرير

أ.د. احمد عبد الصبور / جامعة أسيوط / مصر
أ.د. الطيب بالواضح / جامعة بوضياف / الجزائر
أ.د. تميم طاهر احمد / الجامعة المستنصرية / العراق
أ.د. جواد الرباع / جامعة ابن زهر اكادير / المغرب
أ.د. سعيد غافل / جامعة الكوفة / العراق
أ.د. عامر زغير / جامعة ميسان / العراق
أ.د. عامر عياش عبد / جامعة تكريت / العراق
أ.د. عيد علي سوادي / جامعة كربلاء / العراق
أ.د. عدنان عاجل / جامعة القادسية / العراق
أ.د. فوزي حسين سلمان / جامعة كركوك / العراق

المراجعة اللغوية

م.د.د. خمائل شاكر (اللغة العربية)
م. رانيا عدنان عزيز (اللغة الانكليزية)

أهداف المجلة

مجلة (دراسات قانونية) دورية مُحكَّمة تصدر عن مؤسسة بيت الحكمة، تحمل الرقم الدولي المعياري (ISSN222-8190)، وتختص بالدراسات والبحوث العلمية القانونية، يشرف عليها كادر من الخبراء والاكاديميين من مختلف الجامعات العراقية والعربية، وتنشر ورقياً و إلكترونياً، وتهدف إلى:

- نُشر البحوث العلمية الرصينة التي لم يسبق نشرها، والتي يعدّها الباحثون في المجالات العلمية المتعلقة بالقضايا القانونية، وتشجيع الباحثين على نشر نتائجهم العلمي بالمجلة، من أجل إثراء وتنمية البحث العلمي في هذه المجالات:

- توفير فرصة التقويم العلمي للبحوث من خلال إخضاع البحوث للرأي العلمي الذي يأخذ على عاتقه تقويم الجوانب العلمية والمنهجية في البحث العلمي.

- توطيد الصلات العلمية وتوثيق الروابط الفكرية بين قسم الدراسات القانونية / بيت الحكمة والباحثين من جهة وما يقابلها من المؤسسات ذات الاهتمام المشترك من جهة أخرى لتحقيق التواصل العلمي وإيجاد قنوات اتصال بين المختصين في المجال القانوني.

- معالجة القضايا الإنسانيّة المعاصرة في اطار البحث العملي واثراء المعرفة في إطار القانون، وتوظيفها في خدمة الإنسانية.

- متابعة اتجاهات الحركة العلمية في نطاق القانون بفروعه المختلفة من خلال الوقوف على النتائج العلمية لكل البحوث التي تصدرها المؤسسات التعليمية ومراكز البحوث، فضلاً عن متابعة التشريعات الحديثة والاتجاهات القضائية الجديدة.

رؤية المجلة

إن لمجلة (دراسات قانونية) رؤية تتمثل في الريادة العالمية والتميز بين المجالات العلمية العالمية، وتوفير اوعية نشر أكاديمي متميز يحقق طموح القائمين على بيت الحكمة. وهي إذ ترغب في تعزيز سمعة بيت الحكمة بوصفه مناراً ثقافياً وعلمياً فإنها ستسعى الى تحقيق ذلك من خلال توسيع قاعدة النشر العلمي المتميز وبما يخدم الباحثين والمستفيدين محلياً ودولياً، ويسهم في بناء اقتصاد المعرفة، ودعم الإبداع الفكري والتوظيف الأمثل للتقنية والشراكة المحلية والعالمية الفاعلة . وبما يحقق اهداف المجلة، والمساهمة في إدراج دوريات بيت الحكمة في قواعد التصنيفات العالمية، والتأكيد على التقيد بأرقى المعايير الدولية للنشر وتلافي الممارسات الخاطئة في النشر.

دليل المؤلف

تعتمد مجلة «دراسات قانونية» في انتقاء محتويات أعدادها المواصفات الشكلية والموضوعية للمجلات الدولية المحكّمة، وفقاً لما يأتي:

أولاً: أن يكون البحث أصيلاً معداً خصيصاً للمجلة، وألاً يكون قد نُشر جزئياً أو كلياً أو نشر ما يشبهه في أيّ وسيلة نشر إلكترونية أو ورقية، أو قَدِم في أحد المؤتمرات العلمية من غير المؤتمرات التي يعقدها بيت الحكمة، أو إلى أيّ جهةٍ أخرى.

ثانياً: أن يُرفق البحث بالسيرة العلمية (C.V) للباحث باللغتين العربية والإنكليزية.

ثالثاً: يجب أن يشتمل البحث على العناصر الآتية:

- عنوان البحث باللغتين العربية والإنكليزية، وتعريف موجز بالباحث والمؤسسة العلمية التي ينتمي إليها في صفحةٍ مستقلة.

- الملخّص التنفيذي باللغتين العربية والإنكليزية فيه نحو ١٥٠-٢٠٠ كلمة، والكلمات المفتاحية (Key Words) بعد الملخّص، ويقدم الملخّص بجملة قصيرة ودقيقة وواضحة إشكالية البحث الرئيسة، والطرق المستخدمة في بحثها، والنتائج التي توصل إليها البحث.

- تحديد مشكلة البحث، وأهداف الدراسة، وأهميتها، والمراجعة النقدية لما سبق وكتب عن الموضوع، بما في ذلك أحدث ما صدر في مجال البحث، وتحديد مواصفات فرضية البحث أو أطروحته، ووضع التصور المفاهيمي وتحديد مؤشرات الرئيسة، ووصف منهجية البحث، والتحليل والنتائج، والاستنتاجات. على أن يكون البحث مديلاً بقائمة المصادر والمراجع التي أحال إليها الباحث، أو التي يُشير إليها في المتن. وتُذكر في القائمة بيانات البحوث بلغتها الأصلية (الأجنبية) في حال العودة إلى عدة مصادر بعدة لغات.

- أن يتقيد البحث بمواصفات التوثيق وفقاً لنظام الإحالات المرجعية الذي يعتمده بيت الحكمة، والمتوافق مع النظام العالمي لمنهج البحث القانوني.

- لا تنشر المجلة مستلّات أو فصولاً من رسائل جامعية أُقرّت إلا بشكل استثنائي، وبعد أن يعدّها الباحث من جديد للنشر في المجلة، وفي هذه الحالة على الباحث أن يُشير إلى ذلك، ويقدم بيانات وافية عن عنوان الأطروحة وقانون مناقشتها والجامعة التي جرت فيها المناقشة.

- أن يقع البحث في مجال أهداف المجلة واهتماماتها البحثية.

- تهتم المجلة بنشر مراجعاتٍ نقدية للكتب المهمة التي صدرت حديثاً في مجالات اختصاصها بأيّة لغةٍ من اللغات، شرط ألا يكون قد مضى على صدورها أكثر من ثلاث سنوات، وألاً يتجاوز عدد كلماتها ٢٨٠٠-٣٠٠٠ كلمة. ويجب أن يقع هذا الكتاب في مجال اختصاص الباحث أو في مجال اهتماماته البحثية.

الأساسية، وتخضع المراجعات إلى ما تخضع له البحوث من قواعد التحكيم.

- تفرد المجلة بابًا خاصًا للمناقشات لفكرة أو نظرية أو قضية مثارة في مجال العلوم الاجتماعية لا يتجاوز عدد كلمات المناقشة ٢٨٠٠-٣٠٠٠ كلمة، وتخضع المناقشات إلى ما تخضع له البحوث من قواعد التحكيم.

- يتراوح عدد كلمات البحث، بما في ذلك المراجع في الإحالات المرجعية والهوامش الإيضاحية، وقائمة المراجع وكلمات الجداول في حال وجودها، والملحقات في حال وجودها، بين ٨٠٠٠-١٠٠٠٠ كلمة، وللمجلة أن تنشر، بحسب تقديراتها وبصورة استثنائية، بعض البحوث والدراسات التي تتجاوز هذا العدد من الكلمات.

- في حال وجود مخططات أو أشكال أو معادلات أو رسوم بيانية أو جداول، ينبغي إرسالها بالطريقة التي استغلّت بها في الأصل بحسب برنامجي إكسل (Excel) أو وورد (Word)، كما يجب إرفاقها بنوعية جيدة كصور أصلية في ملف مستقل أيضًا.

- تُنشر البحوث والدراسات في المجلة باللغتين العربية والإنكليزية.

رابعًا: يخضع كلّ بحث إلى تحكيم سري تام، يقوم به قارئان (محرّمان) من القراء المختصين اختصاصًا دقيقًا في موضوع البحث، ومن ذوي الخبرة العلمية بما أنجز في مجاله، ومن المعتمدين في قائمة القراء في بيت الحكمة. وفي حال تباين تقارير القراء، يُحال البحث إلى قارئٍ مرّجّح ثالث. وتلتزم المجلة موافاة الباحث بقرارها الأخير؛ النشر / النشر بعد إجراء تعديلات محددة / الاعتذار عن عدم النشر، وذلك في غضون ثلاثة أشهر من استلام البحث.

خامسًا: تلتزم المجلة ميثاقًا أخلاقيًا يشتمل على احترام الخصوصية والسرية والموضوعية والأمانة العلمية وعدم إفصاح المحرّرين والمراجعين وأعضاء هيئة التحرير عن أيّ معلوماتٍ بخصوص البحث المحال إليهم إلى أيّ شخصٍ آخر غير المؤلف والقراء وفريق التحرير.

- يخضع ترتيب نشر البحوث إلى مقتضياتٍ فنية لا علاقة لها بمكانة الباحث.

- تعتمد المجلة نظام (MLA) في ترتيب الهوامش والمصادر.

- لا تدفع المجلة مكافآتٍ مالية عن المواد - من البحوث والدراسات والمقالات - التي تنشرها؛ مثلما هو متبع في الدوريات العلمية في العالم. ولا تتقاضى المجلة أيّ رسوم على النشر فيها.

سادسًا: تعتمد المجلة نشر البحوث والدراسات الداخلة في التخصصات البحثية العلمية الآتية:

علم الجريمة
سياسة جنائية
قانون الجزاء الخاص
قسم القانون الدولي
القانون الدولي
علم العقاب

كلية الحقوق
قسم القانون الجزائي
القانون الجنائي وأجراءاته
القانون العسكري

قانون الشريعة الإسلامية
القانون الأمريكي

قسم القانون العام

القانون الإداري
الحكومة المحلية
الحكومة المركزية
القانون الدستوري
قانون التخطيط
قانون الضرائب
الحريات العامة
القانون النفطي
العقود الإدارية
قوانين الميزانيات
الرقابة القضائية على الأعمال
الإدارية
الرقابة الدستورية
الإدارة العامة
فلسفة القانون العام
قوانين حماية المال العام
قانون الاقتصاد العالمي

القانون الدولي الخاص
القانون الدولي العام

قانون السوق المشتركة

المنظمات الدولية

القانون الدولي الاقتصادي

حقوق الإنسان

القانون الدولي للبحار

القانون الدولي للبيئة

تسوية المنازعات الدولية

القانون الدولي لحقوق الإنسان

القانون الدولي الإنساني

قسم القانون الخاص

الفقه

القانون البحري والجوي

الملكية الفردية

قانون العقود

قانون الأسرة

إجراءات مدنية

القانون التجاري

قانون الشركات

القانون الصناعي

قانون الأراضي

قانون الملكية العراقية

قانون الاثبات

الانصاف والائتمان

قانون حقوق الطبع

قانون التوثيق

قانون العمل

قانون المستهلك

منظم القانون المدني

دليل المُقيِّم

إنَّ المهمة الرئيسية للمُقيِّم العلمي للبحوث المُرسلة للنشر، هي أن يقرأ المُقيِّم البحث الذي يقع ضمن تخصصه العلمي بعناية فائقة وتقييمه وفق رؤى ومنظورٍ علمي أكاديمي لا يخضع لأيِّ آراءٍ شخصية، ومن ثمَّ يقوم بتثبيت ملاحظاته البناءة والصادقة حول البحث المُرسَل إليه.

قبل البدء بعملية التقييم، يُرجى من المُقيِّم التأكد من استعداده الكامل لتقييم البحث المُرسَل إليه، وفيما إذا كان يقع ضمن تخصصه العلمي أم لا، وهل يمتلك المُقيِّم الوقت الكافي لإتمام عملية التقييم، وإلاَّ فيمكن للمُقيِّم أن يعتذر ويقترح مُقيِّمٍ آخر.

بعد موافقة المُقيِّم على إجراء عملية التقييم والتأكد من إتمامها خلال المدة المحددة، يُرجى إجراء عملية التقييم وفق المحددات الآتية:

- يجب أن لا تتجاوز عملية التقييم مدَّة أسبوعين، كي لا يؤثر ذلك بشكلٍ سلبي على المؤلف.
- عدم الإفصاح عن معلومات البحث ولأيِّ سببٍ كان خلال وبعد إتمام عملية التقييم، إلاَّ بعد أخذ الإذن الخطي من المؤلف ورئيس هيئة التحرير للمجلة، أو عند نشر البحث.
- عدم استخدام معلومات البحث لأيِّ منافع شخصية، أو لغرض إلحاق الأذى بالمؤلف أو المؤسسات الراعية له.
- الإفصاح عن أيِّ تضاربٍ مُحتمل في المصالح.
- يجب أن لا يتأثر المُقيِّم بقومية أو ديانة أو جنس المؤلف، أو أيَّة اعتباراتٍ شخصية أخرى.
- هل أنَّ البحث أصيلاً ومهم لدرجة يجب نشره في المجلة.
- بيان فيما إذا كان البحث يتفق مع السياسة العامة للمجلة وضوابط النشر فيها.
- هل أنَّ فكرة البحث متناولة في دراساتٍ سابقة؟ إذا كانت نعم، يُرجى الإشارة إلى تلك الدراسات.
- بيان مدى تعبير عنوان البحث عن البحث نفسه ومحتواه.
- بيان فيما إذا كان ملخص البحث يصف بشكلٍ واضح مضمون البحث وفكرته.
- هل تصف المقدمة في البحث ما يريد المؤلف الوصول إليه وتوضيحه بشكلٍ دقيق، وهل أوضح فيها المؤلف ما هي المشكلة التي قام بدراستها.
- مناقشة المؤلف للنتائج التي توصل إليها خلال بحثه بشكلٍ علمي ومُقنع.
- يجب أن تُجرى عملية التقييم بشكلٍ سري وعدم اطلاع المؤلف على أيِّ جانبٍ فيها.
- إذا أراد المُقيِّم مناقشة البحث مع مُقيِّمٍ آخر، فيجب إبلاغ رئيس التحرير بذلك.
- يجب أن لا تكون هنالك مخاطبات ومناقشات مباشرة بين المُقيِّم والمؤلف فيما يتعلَّق ببحثه المُرسَل للنشر، ويجب أن تُرسل ملاحظات المُقيِّم إلى المؤلف من خلال مدير التحرير في المجلة.
- إذا رأى المُقيِّم بأنَّ البحث مستلماً من دراساتٍ سابقة، توجَّب على المُقيِّم بيان تلك الدراسات لرئيس التحرير في المجلة.
- إنَّ ملاحظات المُقيِّم العلمية وتوصياته سيعتمد عليها وبشكلٍ رئيس في قرار قبول البحث للنشر من عدمه، كما يُرجى من المُقيِّم الإشارة وبشكلٍ دقيق إلى الفقرات التي تحتاج إلى تعديلٍ بسيط ممكن أن تقوم بها هيئة التحرير، وإلى تلك التي تحتاج إلى تعديلٍ جوهري يجب أن يقوم بها المؤلف نفسه.

أخلاقيات النشر

- تعتمد مجلة دراسات قانونية قواعد السرية والموضوعية في عملية التحكيم، بالنسبة للباحث والقراء (المحكّمين) على حدّ سواء، وتُحيل كل بحث قابل للتحكيم على قارئين معتمدين لديها من ذوي الخبرة والاختصاص الدقيق بموضوع البحث، لتقييمه وفق نقاطٍ محددة. وفي حال تعارض التقييم بين القراء، تُحيل المجلة البحث على قارئٍ مرّجّحٍ آخر.
- تعتمد مجلة دراسات قانونية قراء موثوقين ومجربّين ومن ذوي الخبرة بالجديد في اختصاصهم.
- تعتمد مجلة دراسات قانونية تنظيمًا داخليًا دقيقًا واضح الواجبات والمسؤوليات في عمل جهاز التحرير ومراتبه الوظيفية.
- لا يجوز للمحرّرين والقراء، باستثناء المسؤول المباشر عن عملية التحرير (رئيس التحرير أو من ينوب عنه) أن يبحث الورقة مع أيّ شخصٍ آخر، بما في ذلك المؤلف. وينبغي الإبقاء على أيّ معلومةٍ متميّزة أو رأيٍ جرى الحصول عليه من خلال القراءة قيد السريّة، ولا يجوز استعمال أيّ منهما لاستفادةٍ شخصية.
- تقدّم المجلة في ضوء تقارير القراء خدمة دعم فنيّ ومنهجي ومعلوماتي للباحثين بحسب ما يستدعي الأمر ذلك ويخدم تجويد البحث.
- تلتزم المجلة بإعلام الباحث بالموافقة على نشر البحث من دون تعديل أو وفق تعديلاتٍ معينة، بناءً على ما يرد في تقارير القراء، أو الاعتذار عن عدم النشر، مع بيان أسباب الاعتذار.
- تلتزم مجلة دراسات قانونية بجودة الخدمات التدقيقية والتحريرية والطباعة والإلكترونية التي تقدمها للبحث.
- احترام قاعدة عدم التمييز: يقيّم المحرّرون والمراجعون المادّة البحثية بحسب محتواها الفكري، مع مراعاة مبدأ عدم التمييز على أساس العرق أو الجنس الاجتماعي أو المعتقد الديني أو الفلسفة السياسية للكاتيب، أو أي شكل من أشكال التمييز الأخرى، عدا الالتزام بقواعد ومناهج ولغة التفكير العلمي في عرض وتقديم الأفكار والاتجاهات والموضوعات ومناقشتها أو تحليلها.
- احترام قاعدة عدم تضارب المصالح بين المحرّرين والباحث، سواء كان ذلك نتيجة علاقة تنافسية أو تعاونية أو علاقات أخرى أو روابط مع أيّ مؤلّف من المؤلّفين، أو الشركات، أو المؤسسات ذات الصلة بالبحث.
- تنقيد مجلة دراسات قانونية بعدم جواز استخدام أيّ من أعضاء هيئتها أو المحرّرين المواد غير المنشورة التي يتضمّنّها البحث المحال على المجلة في أبحاثهم الخاصة.
- حقوق الملكية الفكرية: يملك بيت الحكمة حقوق الملكية الفكرية بالنسبة إلى المقالات المنشورة في مجلّته العلمية المحكّمة، ولا يجوز إعادة نشرها جزئيًا أو كليًا، سواءً باللغة العربية أو مترجمة إلى لغات أجنبية، من دون إذنٍ خطي صريح من البيت.
- تنقيد مجلة دراسات قانونية في نشرها لمقالاتٍ مترجمة تقيّدًا كاملاً بالحصول على إذنٍ دورية الأجنبيّة الناشرة، و باحترام حقوق الملكية الفكرية.
- المجانية: تلتزم مجلة دراسات قانونية بمجانبة النشر، وتُعفي الباحثين والمؤلّفين من جميع رسوم النشر.

العدد:
التاريخ: ٢٠ / /

«اسم الباحث» المحترم
«عنوانه»

تحية طيبة:
يسرنا إبلاغكم تسلمنا بحثكم الموسوم بـ:

«عنوان البحث»

راجين تعبئة أنموذج التعهد أدناه وإعادته إلينا في أقرب وقت ممكن، لنتمكّن من السير في إجراءات تقويمه،
علماً بأن تاريخ استلامنا للتعهد النشر سوف يُعتمد لغايات المباشرة بإجراءات تقييم البحث.

رئيس هيئة التحرير
رئيس قسم الدراسات القانونية

(إقرار وتعهد)

عنوان البحث:

«عنوان البحث»

١- أقر بأنّ البحث لم يسبق لي نشره ولم أقدمه لأيّة جهة لنشره كاملاً أو ملخصاً، وهو غير مستل من رسالة
ماجستير أو أطروحة دكتوراه (*).

٢- أتعهد التقيد بتعليمات النشر المعمول بها في المجلة وتدقيق البحث لغوياً، وعلى أن تكون حقوق ملكيّة النشر
والتأليف إلى المجلة. وجميع القرارات الصادرة عن هيئة التحرير.

٣- في حالة موافقة هيئة تحرير المجلة على نشره أو افق على أنّه ليس من حقي التصرف بالبحث سواءً بالترجمة
أو الاقتباس أو النقل من البحث المذكور أعلاه أو تلخيصه أو الإفادة منه بوسائل الإعلام، إلّا بعد الحصول على
موافقة خطية من رئيس التحرير.

٤- راجعت / راجعنا النسخة النهائية للبحث، ونحن نتحمل المسؤولية القانونية والأخلاقية لما قد يرد فيه. كما
نتعهد بحفظ حقوق الباحثين المشاركين في البحث.

و عليه وقّعت في أدناه.

التخصص العلمي الدقيق للبحث هو: (.....).

اسم الباحث الأول (ثلاثة مقاطع): (.....).

اسم المؤسسة التي يعمل بها الباحث: (.....).

عنوان البريد الإلكتروني للباحث: (.....). E-mail

العنوان البريدي للباحث (إن وجد): (.....).

أسماء الباحثين المشاركين (إن وجد): (.....).

التاريخ: ٢٠ / /

التوقيع:

(* في حال كان البحث مستلاً نرجو توضيح ذلك مع ذكر اسم المشرف وأعضاء لجنة المناقشة.)

المحتويات

البحوث والدراسات

كلمة العدد

- رئيس التحرير ١٥
- المعین في دراسة اشكاليات التحكيم التجاري في القانون العراقي
أ.د. علي فوزي ١٧
- اجهزة الرقابة الادارية وعلاقتها بالسلطة التشريعية في العراق
أ.د. غازي فيصل
أ.م.د. علي حسين ٣٧
- الملحقات واثارها السلبية في الموازنات العامة العراقية
أ.د. حيدر وهاب ٥٩
- المعالجة الجنائية للاستغلال الجنسي عبر الانترنت
(دراسة مقارنة بين التشريعين الكويتي والجزائري)
أ.م.د. محمد عزت ٩٥
- التكليف القانوني لتعمد نقل العدوى بفيروس الايدز والتهاب الكبد الوبائي C
د. عودة يوسف ١٢١
- العلاقة بين القانون الدولي العام و القانون الداخلي (دراسة في ضوء احكام القضاء الدولي)
م. جاسم محمد عز الدين ١٤٩
- محددات النظام العام الحديث
م.م. عبد الكريم جاسم ١٧١
- قراءة قانونية في قانون اقامة الاجانب الجديد رقم ٧٦ لسنة ٢٠١٧
م.م. ايات محمد ١٩٣



البحوث والدراسات

كلمة العدد

لا يخفى على أحد أهمية الانسان في تحقيق التنمية وبناء المجتمع اجتماعياً واقتصادياً وسياسياً، فالإنسان هو الذي يقوم بالتخطيط لبرامج التنمية الاقتصادية وهو الذي يقوم بتنفيذها، لذا كانت تنميته هي أساس كل مبادرات التنمية على مستوى الدولة، إذ لا يمكن أن تتحقق التنمية الاقتصادية، ولا يشفع لأي مجتمع في مجال التقدم الاجتماعي والاقتصادي والسياسي أن تكون له الأراضي الشاسعة والثروات الطبيعية المختلفة، إذا كانت طاقتها وإمكاناتها البشرية مهملة أو ضعيفة أو معطلة.

وبداهة فإن الشباب الشريحة الأكثر أهمية في أي مجتمع، فهم عماد المستقبل ووسيلة التنمية وغايتها، وتحمل قضايا الشباب موقعاً مركزياً على رأس قائمة أولويات الحكومات على اختلاف أنواعها ونظمها السياسية، فهي أولوية اساسية في كل مكان، وتتطلب سياسات منسقة بعناية، ذلك أن جميع الأمم والشعوب تراهن دوماً على الشباب في كسب رهانات المستقبل، خاصة إذا ما علمنا أن الشباب من دون سن الخامسة والعشرين يمثلون نصف سكان العالم، ومن ثم فإذا كان الشباب يمثلون اليوم نصف الحاضر فإنهم في الغد سيكونون كل المستقبل.

وفي ذلك قال رئيس الولايات المتحدة (فرنكلين دليانو روزفلت): «إن واجب الدولة تجاه المواطن كواجب الخادم نحو سيده.. أحد واجبات الدولة هو الاعتناء بأولئك المواطنين الذين وبسبب ظروفهم الصعبة غير قادرين على أن يوفروا لأنفسهم الحاجات الحياتية الأساسية من دون أن يتلقوا مساعدة من الآخرين.. لهؤلاء المواطنين الذين يعانون من ضائقة يجب على الدولة أن تمد يد العون، ليس رحمة منها أو صدقة وإنما واجباً مدنياً».

وعلى قدر استثمار الدول في شبابها على قدر المكاسب التي ستتحصل عليها مستقبلاً، ونعتقد أن أي جهد أو مال تبذله الدولة في سبيل رعاية شبابها يجب أن ينظر إليه على أنه نوع من الاستثمار الاقتصادي والعمل المنتج المفيد الذي من شأنه أن يزيد الإنتاج وبناء القدرة عليه لدى الطاقات البشرية للمجتمع، ونحن في بيت الحكمة نسعى دوماً للاستثمار في الشباب وتشجيعهم على البحث والتحليل، ولهم مساهمات بارزة في جميع نشاطات بيت الحكمة العلمية من مؤتمرات وندوات وورش عمل وحلقات نقاشية، فضلاً عن أفساح المجال لهم في الكتابة والتعليق وابداء الرأي في مجلات بيت الحكمة المختلفة، ايماناً منا بأهمية دور الشباب في بناء المجتمعات والنهوض بها.

رئيس التحرير

المعين في دراسة اشكاليات التحكيم التجاري

في القانون العراقي

أ.د. علي فوزي (*)

التنازل عن حماية القانون، وأن تضمن التنازل عن اختصاص قاضي الدولة بفض المنازعة فهو أيضاً اختيار الخصوم لقاضيهم فضلاً عن الحفاظ على سرية المراكز المالية لأطراف الخصومة لاقتصار جلساته على الخصوم.

إلا أن من الملاحظ تضيق الخناق على التحكيم التجاري بوضع القيود عليه عن طريق نصوص قانونية تجعل من القضاء رقيباً على التحكيم، ونعتقد أنه إذا كان ذلك أمراً مقبولاً في ميدان التحكيم التجاري الداخلي، فإنه لم يعد كذلك في ميدان التحكيم التجاري الدولي، لأنه في ظل التجارة الدولية لا وجود لسلطة قضائية دولية تتولى حسم المنازعات التجارية الدولية لذلك أصبح التحكيم التجاري طريقاً رئيساً ولم يعد طريقاً استثنائياً في حل النزاعات، وهذا يعني أنه في حالة إثارة نزاع تجاري ذي طبيعة دولية، فإن التحكيم التجاري سيكون نظاماً مفضلاً في حسم هذا النوع من النزاعات.

المقدمة

يقصد بالتحكيم التجاري الدولي بأنه نظام قضاء خاص يستمد وجوده أساساً من اتفاق طرفي النزاع سواء كان هذا الاتفاق وارداً بصيغة شرط التحكيم أو بصيغة مشاركة تحكيم، وعلى هذا الأساس هو نظام لغرض

الملخص

يعد التحكيم أحد نظم تسوية المنازعات التجارية، وهو وسيلة لإقامة العدل بين الناس عن طريق فض نزاع قائم أو مستقبلي بوسيلة تتضمن العزوف عن اللجوء للقضاء المختص وعرض النزاع على محكم واحد أو على هيئة من المحكمين أو حتى مؤسسة تحكيمية مثل غرفة التجارة الدولية في باريس.

والتحكيم معروف في مجال المنازعات المختلف، إلا أن التحكيم يعد تجارياً ودولياً إذا تعلق بمصالح التجارة الدولية. ويوصف التحكيم التجاري الدولي بأنه نظام قضاء خاص يستمد وجوده أساساً من اتفاق طرفي النزاع سواء أكان هذا الاتفاق وارداً بصيغة شرط التحكيم أو بصيغة مشاركة تحكيم.

والتحكيم وأن كان يستهدف إقامة العدل بين طرفي الخصومة فإنه يستهدف كذلك وبذات الدرجة الحفاظ على السلام بينهما عن طريق رضاهما بالحل المقتوحة وعن طريق مبدأ المواجهة فهو وسيلة فنية للتعاون السلمي بين الأمم ذات الأنظمة المختلفة لأن الالتجاء إليه يكون لحل النزاع مع الرغبة في المصالحة فيتفادى بذلك الثأر الخاص من دون أن يتضمن

(*) الجامعة المستنصرية / كلية القانون

المبحث الاول

موقف العراق من الاتفاقيات الدولية الخاصة بالتحكيم التجاري

عالجت الاتفاقيات الدولية موضوع التحكيم التجاري الدولي من وقت مبكر من القرن التاسع عشر بعد ازدهار التجارة الدولية وعزوف بعض الدول عن التمسك الشديد بالمفهوم التقليدي للسيادة فضلا عن انتشار الافكار التحريرية إلا أن هذا الاتجاه قد يضيق او يتسع حسب نظام الدولة ان كان ديمقراطيا او دكتاتوريا، ولذلك فإن الاتفاقيات الدولية شهدت هي الاخرى تطورا متزامنا مع التطور في الواقع الذي تفرضه التجارة الدولية واهم عنصر في ازدهارها هو اللجوء الى التحكيم وسيلة لحل المنازعات بين الخصوم.

وبخصوص الاتفاقيات الدولية وموقف العراق منها فانها توزعت على نوعين الاول جماعي والثاني اقليمي سنتناول بحث ذلك بمطالبتين:

المطلب الاول

الاتفاقيات الدولية الجماعية الخاصة بالتحكيم التجاري وموقف العراق منها
تمثلت هذه الاتفاقيات ببروتوكول جنيف في ٢٤ ايلول سنة ١٩٢٣، واتفاقية جنيف في ٢٦ ايلول سنة ١٩٢٧ في عهد عصبة الامم، واتفاقية نيويورك للاعتراف بقرارات التحكيم في ١٠ حزيران ١٩٥٨، واتفاقية واشنطن

تسوية المنازعات التجارية عن طريق عرضها على (محكم واحد) او على هيئة من المحكمين او حتى مؤسسة تحكيمية مثل (غرفة التجارة الدولية في باريس) وهو بذلك ايضا وسيلة لفض نزاع قائم او مستقبل يتضمن العزوف عن اللجوء للقضاء المختص كما أنه وسيلة لاقامة العدل بين الناس فهو عمل قضائي يجري خارج نطاق الجهة المخولة بالقضاء، والتحكيم وان كان يستهدف اقامة العدل بين طرفي الخصومة فانه يستهدف كذلك وبذات الدرجة الحفاظ على السلام بينهما عن طريق رضاهما بالحلول المقترحة ومن خلال مبدأ المواجهة فهو وسيلة فنية للتعاون السلمي بين الامم ذات الانظمة المختلفة لان الالتجاء اليه هو لحل النزاع مع الرغبة في المصالحة فيتفادى بذلك الثأر الخاص دون ان يتضمن التنازل عن حماية القانون وأن تضمن التنازل عن اختصاص قاضي الدولة بفض المنازعة فهو ايضا اختيار الخصوم لقاضيهم فضلا عن الحفاظ على سرية المراكز المالية لاطراف الخصومة لاقتصار جلساته على الخصوم .

ومثل هذا التحكيم يعد تجاريا ودوليا إذا تعلق بمصالح التجارة الدولية، فالتحكيم معروف في مسائل اخرى كالأحوال الشخصية مثلا ولكن موضوع بحثنا يتعلق بالتحكيم التجاري و بموقف العراق من الاتفاقيات الدولية في هذا الصدد ومدى انسجام القانون العراقي معها وامكانية تطبيق التحكيم التجاري الدولي في العراق سنتناول بحث ذلك على مبحثين وكالاتي:-

لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول، ومواطني الدول الأخرى في ١٤ تشرين الأول سنة ١٩٦٦ سننولى بيان موقف العراق منها بفروع ثلاثة وهو كالآتي:

الفرع الاول

موقف العراق من بروتوكول جنيف واتفاقية جنيف

يمكن اجمال موقف العراق بالآتي:

اولاً: صادق العراق على هذا البروتوكول بالقانون رقم ٣٤ لسنة ١٩٢٨^(١)، وقد تضمن البروتوكول في مادته الاولى اعتراف الدول بصحة أي اتفاق في مجال التجارة الدولية (المقاولات التجارية حسب تعبير البروتوكول) سواء كان بصيغة شرط او مشاركة التحكيم (الاتفاقات المتعلقة بالخلافات الحاضرة او المستقبلية بين الطرفين) كما وأن البروتوكول ساعد لأول مرة الدول الموقعة عليه بالاعتراف بقرارات التحكيم التجاري إذ قضت المادة الثالثة منه أن تتعهد كل دولة متعاقدة بتنفيذ القرارات التحكيمية الصادرة في اراضيها، وذلك بواسطة موظفيها وبموجب احكام قوانينها الداخلية إلا أن البروتوكول لم يتضمن نصاً مماثلاً حول تنفيذ القرارات الصادرة في الدول الاجنبية حتى لو صدرت تلك القرارات في احدى الدول الموقعة وهذا يعني ان قرارات التحكيم الصادرة في الدول الاجنبية لا تلزم الجهات العراقية بالتنفيذ على الرغم من أن البروتوكول يكرس مبدأ الاعتراف

بصحة الاتفاق على التحكيم وهو ما يعني ايضاً ان قرارات التحكيم الصادرة في الدول الاجنبية لا تلزم الجهات العراقية بالتنفيذ^(٢).

ثانياً- لم يصادق العراق على اتفاقية جنيف لسنة ١٩٢٧ في عهد عصبة الأمم والاتفاقية قد نصت في المادة الاولى على أن كل دولة من الدول المتعاقدة تعترف بحجية احكام التحكيم الصادرة بناء على شرط او مشاركة التحكيم مما اشير اليه في البروتوكول وتعترف بتنفيذ الحكم المذكور طبقاً للاجراءات المتبعة في الدولة التي يطلب فيها تنفيذ الحكم، عندما يكون حكم التحكيم قد صدر في دولة متعاقدة تطبق احكام هذه الاتفاقية وأن الحكم المذكور يتعلق بمنازعات بين اشخاص يخضعون لقضاء احدى الدول المنضمة الى الاتفاقية المذكورة.

الفرع الثاني

موقف العراق من اتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨ م

اصبح عدد الدول التي صادقت على اتفاقية نيويورك بحدود ١٤٢ دولة^(٣) من دول المجتمع الدولي المنضوية تحت عضوية الامم المتحدة وهو ما يؤشر اهميتها على صعيد العلاقات التجارية الدولية والاستثمارات الأجنبية.

أن أهم ما تميزت به هذه الاتفاقية هو تيسير الاعتراف باحكام المحكمين وتنفيذها وحولت عبء الاثبات من طالب الاعتراف (المحكوم له) الى (المحكوم عليه) الذي يجب عليه اثبات الدفع التي يستند عليها في رد الطلب مالم يقع

اعتراض من الجهة التي قدم اليها الطلب بعدم قابلية النزاع للخضوع للتحكيم او تعارضه مع النظام العام، كما وأن الاتفاقية ابقت على اختصاص المحاكم في كل دولة متعاقدة في تحديد اجراءات الاعتراف بالحكم وتنفيذه.

أن أهمية الاتفاقية تكمن في مرونة العبارات المستعملة فيها وهذا يسمح للقضاء والفقهاء باستنباط تاويلات مساندة للتحكيم كما وأنها لغت مايسمى بالاكساء المزدوج بالتصديق مرتين على القرار التحكيمي الأولى في بلد اصداره والثانية للأعتراف به في البلد الذي ينفذه.

اما عن موقف العراق فإنه لم يصادق على هذه الاتفاقية رغم الجهود الدولية المبذولة ومنها دور وزارة التجارة الامريكية ممثلة ببرنامج تطوير القانون التجاري عن طريق عقد مؤتمرات عديدة حول التحكيم التجاري داخل العراق وخارجه والتي كان آخرها المؤتمر الذي عقد في بغداد في اواخر سنة ٢٠١٣م فضلا عن تسجيل العديد من الملاحظات التي ابداهها البرنامج المذكور على مشروع قانون التحكيم التجاري الذي مازال يراوح في مكانه في اروقة الحكومة على الرغم من مرور اكثر من عامين على انجازه لمعارضة الحكومة بموقفها النهائي رغم موافقة العديد من وزارات الدولة ذات الصلة بهذا الموضوع^(٤) وبناء عليه فإن العراق بقي متخلفا عن الركب الدولي وبقي التزامه فقط بتنفيذ قرارات التحكيم الصادرة على اراضيها كما جاء في بروتوكول جنيف

ولم يرد التزاما بتنفيذ تلك القرارات التحكيمية إذا كانت صادرة خارج العراق.

وقد تاكد هذا الالتزام بنصوص قانون المرافعات الخاصة بالتحكيم، ويبدو أن السبب في عدم ميل الحكومة في الوقت الحاضر الى المصادقة على الاتفاقية يكمن في خوفها من التنفيذ على الاموال العراقية المحفوظة في صندوق الامم المتحدة (صندوق الامم المتحدة F.D.I) في ظل غياب الحماية الدولية لتلك الاموال إذ إن العديد من الاشخاص الطبيعية والمعنوية قد حصلوا على قرارات تحكيمية بمطالبات لصالح دائنين على وجه الخصوص بعد احتلال العراق لدولة الكويت ومن ثم تصبح الاموال العراقية ملكا شائعا لتلك الاشخاص لذلك ارجات الحكومة تصديقها على الاتفاقية الى وقت اخر تتوفر معه الحماية الدولية للاموال العراقية.

الفرع الثالث

موقف العراق من اتفاقية واشنطن لسنة ١٩٦٥م

تسمى هذه الاتفاقية باتفاقية واشنطن لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الاخرى لسنة ١٩٦٥ ، وقد أعدت من قبل البنك الدولي للانشاء والتعمير لتشجيع الاستثمارات في الدول النامية ولتطمين أصحاب رؤوس الاموال في الدول المتقدمة وبموجبها تم انشاء المركز الدولي لحسم النزاعات المتعلقة بالاستثمارات وهو يعطي لأول مرة الحق

المطلب الثاني

الاتفاقيات الاقليمية الخاصة بالتحكيم التجاري وموقف العراق منها

تتمثل هذه الاتفاقيات باتفاقية تنفيذ الاحكام لجامعة الدول العربية لسنة ١٩٥٢م، والاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الاموال العربية في الدول العربية لسنة ١٩٨١م، وكذلك اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي لعام ١٩٨٣م واخيراً الاتفاقية العربية للتحكيم التجاري لعام ١٩٨٧م، وبخصوص موقف العراق منها فهو كالآتي:

اولاً- صادق العراق على اتفاقية تنفيذ الاحكام لجامعة الدول العربية لسنة ١٩٥٢^(٨)، وقد صادق عليها عدد محدود من الدول العربية وهي كل من العراق، الاردن، لبنان، سوريا، مصر، اليمن، ليبيا، السعودية، الامارات العربية المتحدة^(٩)، والاتفاقية تعالج تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة في احدى الدول العربية الموقعة عليها كما وتعالج تنفيذ احكام التحكيم الصادرة في الدول المذكورة ولم تقتصر على المسائل التجارية وإنما شملت المسائل المدنية ومسائل الاحوال الشخصية، وهي اي الإتفاقية اخذت بالمبدأ المعروف الذي لايجوز إعادة فحص موضوع النزاع في بلد التنفيذ واخيراً فإن الاتفاقية في كثير من احكامها تشابه ما ورد من نصوص في اتفاقية نيويورك، وقد اصبحت ملغية بالنسبة للدول التي انضمت الى اتفاقية الرياض للتعاون القضائي.

للاشخاص الخاصة طبيعية كانت أو معنوية في اللجوء مباشرة الى جهاز دولي للتقاضي دون الحاجة الى الحماية الدبلوماسية لدولهم والاتفاقية بهذا المعنى اعطت اشخاص القانون الخاص الشخصية الدولية وهو امر مستحدث في القانون الدولي فضلاً عن ذلك فانها تعد نقطة تحول في مجال التحكيم الخاص بما احدثه من مسائل متعلقة بالاختصاص ونطاقه والأجراءات المتبعة او القانون واجب التطبيق وهو مايمثل هدفاً للمركز الذي انشأته الاتفاقية وكان الأثر المهم هو زيادة الاستثمارات الاجنبية بنسبة عالية، وقد تسنى للمركز نظر ٥١٨ قضية منذ تأسيسه حسم منها ٢٤٤ وكانت نسبة الحسم لصالح الدول المضيفة للاستثمار هي ٤٢٪ ونسبة ٣١٪ لصالح المستثمرين^(١٠).

اما عن موقف العراق من هذه الاتفاقية فانه يمكن القول بان العراق في هذه الفترة يسعى الى الحصول على الاستثمارات الاجنبية لإعادة إعمار البنى التحتية التي تم تدميرها بسبب الحروب ولفترات طويلة امتدت من سنة ١٩٨٠ ولحد الآن وبعد صدور دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ على اثر تغيير النظام السياسي من النظام الدكتاتوري شديد المركزية الى نظام برلماني يعتمد اساس اقتصادية حديثة تتبنى اقتصاد السوق بعد ٩-٤-٢٠٠٣م ثم صدور قانون الاستثمار العراقي رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦م^(١١) ولتشجيع الاستثمارات الاجنبية صادق العراق مؤخراً على الاتفاقية بالقانون رقم ٦٤ لسنة ٢٠١٢م^(١٢).

ثانياً-صادق العراق على الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية لسنة ١٩٨١ بالقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٨١^(١٠) وقد نصت الاتفاقية على تشكيل محكمة الاستثمار العربي وهي هيئة قضائية تختص بالفصل فيما يعرضه أحد طرفي الاستثمار من المنازعات المتعلقة بتطبيق الاتفاقية اما عن التحكيم في هذه الاتفاقية فإنه ينحصر في تطبيق وتفسير بنود الاتفاقية ولا يعالج المنازعات التي تنشأ من الاستثمارات إذ إن ذلك من اختصاص المحكمة كما انها لم تشر الى الإجراءات الخاصة بطلب التنفيذ في الدولة ، وعليه فإن هذه الإجراءات تخضع للقانون الوطني ولكن بمرور ثلاثة اشهر من صدور القرار التحكيمي فإن الامر يرفع الى محكمة الاستثمار العربي بما تراه مناسباً لتنفيذه ونشير في هذا الصدد انه تسنى مؤخراً اصدار حكم تحكيمي وفقاً للاتفاقية الموحدة لأستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية بتاريخ ١٣ / آيار / ٢٠١٣ في قضية ترخيص استثمار مشروع سياحي في ليبيا (بناء مدينة سياحية على نظام B.O.T)^(١١).

ثالثاً- صادق العراق على اتفاقية الرياض للتعاون القضائي لسنة ١٩٨٣ بالقانون رقم ١١٠ لسنة ١٩٨٣^(١٢) وقد وقعت عليها إحدى وعشرين دولة عربية، وهي تعالج بشكل رئيس تنفيذ الأحكام القضائية في الدول الموقعة عليها غير أن الاتفاقية افردت نص المادة (٣٧) منها لتنفيذ أحكام التحكيم إذا لم تكن مخالفة للشريعة الاسلامية والدستور والنظام العام والاداب

وعبارة عدم مخالفة القرار التحكيمي للشريعة الاسلامية عبارة مستحدثة لم يكن قد نص عليها في اتفاقية تنفيذ الاحكام لعام ١٩٥٢م كما ويلاحظ حصولها على مصادقة الدول العربية بعدد اكبر من الدول التي صدقت على اتفاقية الجامعة العربية اما ما عدا ذلك فإن احكامهما تكاد أن تكون متشابهة .

رابعاً-صادق العراق على اتفاقية عمان للتحكيم التجاري لسنة ١٩٨٧ بالقانون رقم ٨٦ لسنة ١٩٨٨^(١٣) .

وتعد هذه الاتفاقية أول اتفاقية يكون نطاقها المنازعات التجارية الدولية فقد تحدد نطاق تطبيقها بالمنازعات التجارية الدولية على خلاف كل من اتفاقية الجامعة العربية لعام ١٩٥٢ واتفاقية الرياض لعام ١٩٨٣ واللتين تطبقان على الاحكام الصادرة في المنازعات التجارية، ومنازعات الاحوال الشخصية، والاحكام الصادرة من المحاكم الجزائية الخاصة بالتعويض ، وقد أجازت الاتفاقية للدولة رفض تنفيذ أحكام التحكيم للأسباب الآتية :

- ا- إذا كان قانون الطرف المتعاقد المطلوب اليه تنفيذ الحكم لا يجيز حل النزاع بالتحكيم.
- ب- إذا كان حكم المحكمين صادراً لتنفيذ شرط او عقد تحكيم باطل أو لم يصبح نهائياً .
- ج- إذا كان المحكمون غير مختصين طبقاً لعقد او شرط التحكيم .

د- إذا كان الخصوم لم يبلغوا بالحضور على الوجه الصحيح .

هـ- إذا كان في حكم المحكمين ما يخالف أحكام الشريعة الإسلامية أو النظام العام لدى الطرف المتعاقد .

من كل مما تقدم فإن هذه الاتفاقيات الإقليمية لم تلب الحاجة الى التحكيم التجاري في العراق وبقت مسألة تنفيذ القرار التحكيمي فيه مسألة لا تخلو من اشكالات، ومع ذلك فإنه يمكن الاستفادة من هذه الاتفاقيات الإقليمية في تنفيذ قرارات تحكيمية أجنبية ولكن بشكل غير مباشر بعقد الجلسات التحكيمية في دولة عربية صادقت على اتفاقية الرياض أو اتفاقية عمان والإفادة من ما يسمى بمقعد التحكيم (seat of arbitration) فعند صدور مثل هذا القرار التحكيمي في ذلك البلد الموقع على واحد من الاتفاقيتين أو كلاهما فإنه يمكن تنفيذه في العراق ولكن بشكل ثانوي.

لأهمية التحكيم التجاري في الوقت الحاضر ولعدم كفاية النصوص القانونية المتوفرة في نظامه القانوني تقتصر على نوع واحد من التحكيم وهو التحكيم على النطاق الداخلي الذي لا يقتصر على المسائل التجارية بل عموم المسائل والمعاملات المدنية ومسائل الاحوال الشخصية إلا أنه مع ذلك فإن القانون العراقي اشار الى التحكيم الاجباري في نطاق المقاولات حيث تضمنت الشروط العامة لمقاولات الهندسة المدنية الصادرة من وزارة التخطيط العراقية سنة ١٩٨٨ نصاً في المادة (٦٩) منها حول هذا النوع من التحكيم في حالة حصول نزاع بين صاحب العمل والمهندس المنفذ وكذلك المادة (١٧) من الشروط العامة لمقاولات اعمال الهندسة الكهربائية والميكانيكية إذ جعلنا التحكيم خاضعاً للقانون العراقي ولولاية القضاء العراقي^(١٥).

اما عن القانون المختص بمعالجة تنفيذ الاحكام الأجنبية الصادر برقم ٣٠ لسنة ١٩٢٨ اقتصر نطاقه على تنفيذ الاحكام الصادرة من المحاكم الأجنبية المكتسبة لدرجة البتات ولا يشمل هذا القانون القرارات الصادرة من المحكمين ويمكن القول ابتداء بأنه لا يوجد في نصوص القوانين العراقية ما يمنع من تنفيذ القرارات التحكيمية طوعاً^(١٦)، وقد نفذ العراق العديد منها بشكل طوعي، وإزاء هذا الوضع فإنه يتحتم علينا القاء نظرة سريعة على قانون المرافعات رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩

المبحث الثاني

امكانية تنفيذ القرار التحكيمي في القانون الداخلي في العراق

أصبح التحكيم واقعاً يفرض نفسه أو كما يقول العلامة المرحوم د أبو زيد رضوان: (إن اصل شرعة التحكيم هو اعتاق وتحرير التجارة الدولية من الخضوع لقواعد تنازع القوانين^(١٤))، والعراق في ذلك حاله حال الدول الأخرى تآثر بهذه الاتجاهات لاسيما بعد سياسة الانفتاح الاقتصادي بعد ٩-٤-٢٠٠٣ ونظراً

المعدل لذا سنتناول في هذا المبحث موقف قانون المرافعات العراقي من موضوع التحكيم التجاري وموقف القضاء العراقي من تنفيذ القرار التحكيمي واخيرا المبادئ التي قام عليها مشروع قانون التحكيم التجاري لسنة ٢٠١١م وذلك على مطالب ثلاثة وكالاتي:

المطلب الاول

موقف قانون المرافعات العراقي من التحكيم التجاري

خصص قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل الباب الثاني من الكتاب الثالث للتحكيم في المواد ٢٥١-٢٧٦ منه ومثل هذا التحكيم لا ينصرف معناه الى التحكيم التجاري وإنما مفهوم التحكيم بشكل عام ، والمبدأ هو جواز الاتفاق على التحكيم والتحكيم كما تقول محكمة التمييز في قرار لها: (هو نوع واحد وأن الشرط الوحيد لوجوده وترتب أثره هو إن يكون ثابتاً بالكتابة حسب نص المادة ٢٥٢ من قانون المرافعات المدنية ويستوي في ذلك أن يكون الاتفاق عليه قد تم وقت التعاقد أو تم باتفاق مستقل أو تم بالاتفاق عليه اثناء المرافعة) (١٧) .

ولا ينفذ قرار التحكيم لدى دوائر التنفيذ في العراق سواء تم تعيين المحكم قضاء أو اتفاقاً مالم تصادق عليه المحكمة المختصة بالنزاع بناء على طلب أحد الطرفين ويجوز للمحكمة إن تصادق على قرار التحكيم بموجب المادة ٢٧٤ من قانون المرافعات او أن تبطله كلاً أو

بعضاً ويجوز لها في حالة الابطال الكلي أو الجزئي أن تعيده الى المحكمين لاصلاح ما شاب قرار التحكيم أو تفصل في النزاع بنفسها إذا كانت القضية صالحة للفصل فيها .

ويلاحظ أن الاحكام الواردة في هذا القانون تقتصر على التحكيم الذي يجري في العراق سواء تم ذلك بين اطراف عراقية أو بين عراقيين واجانب ولا توجد في قانون المرافعات كما ذكرنا أية اشارة للتحكيم التجاري الدولي .

فالقانون العراقي حتى في حالة كون أحد الاطراف اجنبياً يعد التحكيم داخلياً ما دام قد تم في العراق ومن ثم يخضع لقانون المرافعات من حيث اجراءات ورقابة المحكمة المختصة وطرق الطعن وفي هذا الصدد ندرج أهم المبادئ التي تضمنها هذا القانون حول التحكيم :

أولاً-يقوم التحكيم في قانون المرافعات على مبدأ حرية الإرادة إذ لايمكن إجبار أي طرف للخضوع له فقد جاء نص المادة ٢٥١ منه بالجواز بقوله(يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين. كما يجوز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ من تنفيذ عقد معين).

ثانياً- أشتراط اهلية التصرف بالحقوق في طالب التحكيم فقد ورد النص في المادة ٢٥٤ من قانون المرافعات على(لايصح التحكيم إلا في المسائل التي يجوز فيها الصلح، ولا يصح إلا ممن له اهلية التصرف في حقوقه.....).

ثالثاً- اشتراط الكتابة في اتفاق التحكيم ألا

المطلب الثاني

دور القضاء العراقي وموقفه من التحكيم التجاري

للقاضي في المسائل التجارية في الكثير من الدول دور يختلف عن دوره في المسائل المدنية في العديد من الأمور في مسائل الأختصاص القانوني والقضائي والنفذ المعجل والتنفيذ المباشر وفي حساب الفوائد وفي قواعد الاثبات وفي تطبيق نظام الافلاس صحيح كلاهما يعدان قضاء مدنيا مطلوباً إذ أن القضاء المدني يكون مطلوباً لا تلقائياً كما هو الحال مع القضاء الجزائي طبقاً لنص المادة ٢ من قانون المرافعات التي عرفت الدعوى المدنية بكونها: (طلب شخص حقه من اخر امام القضاء) الا ان مثل هذه التفرقة غير موجودة في النظام القانوني والقضائي في العراق ، هذا من جهة ومن جهة اخرى فان دور القاضي التجاري في دول عديدة يكون دوراً انشائياً لا دوراً تطبيقياً كما هو الحال في الدول الانكلوسكسونية التي تطبق نظام السوابق القضائية ودور القاضي فيه دائماً يبتدع الحل كما هو الحال مع القاضي الاداري في الدول التي تطبق نظام القضاء المزدوج العادي والإداري .

وفي العراق فقد انشئت محاكم تجارية ومنها محكمة البداية المختصة بنظر دعاوى التجارية التي فيها طرفاً اجنبياً^(١٨) طبقاً لبيان مجلس القضاء الاعلى ١٣٦/ق/١٠/٢٠١٠ في ١١-١٠-٢٠١٠ والمتامل لقرار تشكيل هذه المحكمة يجد أنها من محاكم البداية التي أجاز

انها تكون مشترطة للاثبات وليس للانعقاد بمعنى يمكن الأخذ باقرار الطرفين امام القضاء بحصول الاتفاق شفاهاً وهذا ماتضمنته المادة ٢٥٢ من قانون المرافعات والتي جاء فيها: (لا يثبت الاتفاق على التحكيم الا بالكتابة...) وهذا بخلاف ماورد في القانونين الفرنسي والمصري اللذين اشترطا أن تكون الكتابة للانعقاد وليس للاثبات، إلا أن هذه التفرقة تزول بوجود عقود نموذجية تدرج بها الشروط.

رابعاً- جواز رد المحكم للأسباب ذاتها التي يرد بها القاضي فقد نصت المادة ١/٢٦١ من قانون المرافعات على: (يجوز رد المحكم لنفس الاسباب التي يرد بها القاضي ولا يكون ذلك إلا لاسباب تظهر بعد تعيين المحكم).

خامساً- في حالة عدم اتفاق الخصوم على وضع قواعد معينة لإجراءات التحكيم فإنه يتم تطبيق قواعد الإجراءات الواردة فيه اي قانون المرافعات فقد ورد في نص المادة ١/٢٦٥: (يجب على المحكمين إتباع الأوضاع والإجراءات المقررة في قانون المرافعات إلا إذا تضمن الاتفاق على التحكيم أو أي اتفاق لاحق عليه اعفاء المحكمين منها صراحة أو وضع إجراءات معينة يسير عليها المحكمون).

يتضح مما سبق أن قانون المرافعات العراقي اقر بمشروعية التحكيم بشكل عام دون تخصيصه بكونه تجارياً أو غير تجاري إلا أنه لم يعترف لقرار التحكيم بقوته التنفيذية لذاته داخل العراق ما لم يصف القضاء عليه وبالتحديد المحكمة التي تصادق على القرار التحكيمي القوة التنفيذية.

قانون التنظيم القضائي لرئيس مجلس القضاء الاعلى انشائها غاية مافي الأمر أنه إذا كان أحد اطراف المنازعة اجنبيا وبصدد موضوع عمل تجاري فأن الاختصاص ينعقد لها بينما تبقى المنازعات التجارية التي اطرافها من العراقيين من نصيب محاكم البداية ومع ذلك فان هذه المحكمة قد اصدرت قرارات جريئة وتواكب حركة جذب الاستثمارات لأن من اهداف تاسيسها هو لتطمين المستثمر الاجنبي بضمان حقوقه بوجود قضاء متخصص لا يطبق القواعد التقليدية التي تطبق على العراقيين بل يطبق المبادئ الأكثر شيوعا طبقا لنص المادة ٣٠ من القانون المدني العراقي لوجود طرف اجنبي في المنازعة بقولها: (يتبع فيما لم يرد بشأنه نص في المواد السابقة من احوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولي الخاص الاكثر شيوعا) ولاغنى لهذا القاضي من تطبيق الاعراف التجارية المستقرة والسؤال المطروح في هذا الصدد هل إن دور القاضي في مراقبة وتصديق قرار التحكيم يقتصر على الإجراءات فقط أو انه يمتد الى موضوع النزاع سنتولى بيان ذلك بفرعين الاول في مدى رقابة القضاء على القرار التحكيمي في العراق والثاني إيراد بعض التطبيقات القضائية التي تبين دور القضاء العراقي في مجال التحكيم التجاري.

الفرع الاول

مدى رقابة القاضي على القرار التحكيمي في العراق

ابتداءً علينا تحديد المركز القانوني للمحكم في العراق حتى يمكن لنا معرفة القيمة القانونية لقراره وسلطة القاضي العراقي عليه، يمكن القول بأن المركز القانوني للمحكم في العراق يقترب من مركز الخبير بأستثناء فرق واحد هو أن التحكيم فيه عنصر المواجهة بين الخصوم بينما لا يتطلب ذلك بالنسبة للخبير الذي قد يرسل تقريره للقاضي دونما يحضر وما عدا ذلك فأن كل من قرار المحكم والخبير يكونان غير ملزمين للقاضي وله سلطة واسعة في ذلك وهذا يكون في علاقة الخبير او المحكم على النطاق الداخلي في العراق أما عن رقابة القاضي على القرار التحكيمي الاجنبي المراد تنفيذه في العراق فأن المشرع عندما يقرر للقضاء سلطة التحقيق في مطابقة احكام المحكمين من جهة الشكل والموضوع أنما يجعل للقضاء على حكم المحكمين رقابة تماثل رقابة محكمة التمييز وهذه الرقابة تتمثل بالاتي :

١- التحقق من سلامة الإجراءات التي اتبعت في التحكيم وعلى الاخص مراعاة مبدأ المواجهة في التقاضي .

٢- التحقق من سلامة النتائج التي توصلت اليها هيئة التحكيم في قرارها ومطابقتها لمبادئ القانون العامة وعدم خروجها على قواعد النظام العام والاداب .

٣- لا يجوز للمحكمة إن تتطرق لمناقشة المسائل التي يكون فيها للمحكم سلطة الترجيح مثل استخلاص الوقائع وترجيح البيّنات واستعمال الاجازات التي يخولها المشرع للقاضي (المسائل الموضوعية) .

وقد جاء في الفقرة الاولى من المادة ٢٧٢ من قانون المرافعات النافذ : (لا ينفذ قرار المحكمين لدى دوائر التنفيذ سواء كان تعينهم قضاءً أو اتفاقاً ما لم تصادق المحكمة المختصة بالنزاع بناءً على طلب أحد الطرفين وبعد دفع الرسوم المقررة) .

ويجوز لهذه المحكمة كما اسلفنا في نص المادة ٢٧٤ أن تصادق على قرار التحكيم أو تبطله كلاً أو بعضاً ويجوز لها في حالة الابطال كلاً أو بعضاً أن تعيده الى المحكمين لاصلاح ما شاب قرار التحكيم أو تفصل في النزاع بنفسها اذا كانت القضية صالحة للفصل فيها كما وأن الحكم الصادر يكون غير قابل للاعتراض .

الفرع الثاني

تطبيقات قضائية عراقية حول التحكيم
ابتداءً لا بد من القول بأن قرارات المحاكم العراقية حول التحكيم التجاري في الفترة قبل ٩ / ٤ / ٢٠٠٣ قد تأثرت بحد كبير بالموقف الحكومي آنذاك الذي لا يشجع على التحكيم لان التحكيم كان ينظر اليه على اساس مساسه بالسيادة الوطنية ، وقد كان ذلك واضحاً في كتاب

لجنة المتابعة لشؤون النفط وتنفيذ الاتفاقيات/ مجلس الوزراء رقم ٩٢٠ في ٩ / ١٢ / ١٩٧٣ الموجه الى وزارة التخطيط العراقية والذي جاء فيه : (إن شرط التحكيم الدولي إنما يعني التجاوز على مبدأ السيادة للقطر العراقي وبالتالي الانتقاص من قيمة المحاكم العراقية) ومع ذلك فقد اجبرت الحكومة العراقية على قبول شرط التحكيم أواخر سنة ١٩٩٩ في عقود تجارية ضمن مذكرة التفاهم (النفط مقابل الغذاء والدواء) بحسب معلوماتنا الشخصية بعقدين ولهذا فأن موقف القضاء العراقي سنراه متردداً بين الموافقة على التحكيم التجاري وبين رفضه نذكر أدناه بعضاً من هذه القرارات .

أولاً :- قرار محكمة تمييز العراق رقم ٢٦٢ / مدنية أولى / ٩٧٤ في ١٤ / ١٢ / ١٩٧٤^(١٩) .

القرار : (إتفاق العراقي مع شركة اجنبية تعمل في العراق على حل الخلاف الناشئ بينهما من قبل هيئة تحكيم في غرفة التجارة الاجنبية لا يتعارض مع احكام المادة ١٥ من القانون المدني العراقي ولا مع قانون احكام المرافعات ولا يتعارض مع النظام العام)

ثانياً :- قرار ديوان التتوين القانوني رقم ١٣٢ / ٩٨٧ في ٢٨ / ٨ / ١٩٧٨ (٢٠) إذ ورد فيه: (يطلب المدير العام للاتحاد الدولي لصناعة القطن والمنسوجات_المتحدة في زيوريخ سويسرا من وزارة العدل مبادرة العراق الى الانضمام الى اتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨ حول الاعتراف بأحكام التحكيم الاجنبية وتنفيذها .

إن التحكيم التجاري الدولي يتضمن عنصراً أجنبياً إذ أنه قد يتم خارج حدود البلد ، وقد يعهد به الى محكمين أجانب قد يطبقون قانوناً أجنبياً سواء من ناحية القواعد الموضوعية او من ناحية قواعد الاجراءات وعليه فإن تنفيذ احكام التحكيم الاجنبية داخل الجمهورية العراقية يلاقي دونه حوائل قانونية وسيادية ، فأحكام التحكيم يجب تصديقها من قبل المحكمة العراقية المختصة هذا اذا كان الحكم التحكيمي داخل العراق أما إذا كان خارج العراق فإن المشكلة تبقى قائمة فإذا رجعنا الى قانون تنفيذ أحكام المحاكم الأجنبية في العراق فهذا القانون يشترط في المادة الأولى منه إن يكون الحكم الأجنبي المطلوب تنفيذه في العراق صادراً من محكمة أجنبية مختصة مؤلفة خارج العراق بالإضافة الى الشروط الاخرى التي تتطلبها تلك الأحكام وضرورة عرضها على المحكمة العراقية المختصة وأصدارها الامر بتنفيذها في العراق

وعليه فإن من المحتمل أن يكون التحكيم التجاري الدولي مفيداً في تسوية منازعات تجارية معينة على أن يتم اللجوء اليه بمنتهى الحيطه والحذر وقبل كل شيء يجب التماس رأي الجهات العليا وموافقتها بصدده بوصفه يشكل استثناء من القاعدة فالاصل أن تعود القوانين الوطنية ويختص القضاء الدولي برؤية تلك المنازعات ، ولا يمكن اللجوء الى التحكيم التجاري الدولي الا بعد استنفاد الجهود على المستوى الوطني وعلى أن تبذل منتهى العناية في صياغة العقود فيما يتعلق بذلك وبدقة اختيار جهاز التحكيم والاتفاق بشأن القانون الواجب

التطبيق في القواعد الموضوعية ام قواعد الاجراءات).

اما في الفترة التي جاءت بعد ٩-٤-٢٠٠٣ والتي تميل الى تشجيع حل المنازعات بالتحكيم التجاري انسجاماً مع سياسة الانفتاح الاقتصادي حيث يطبق اقتصاد السوق إذ ورد النص في العديد من القوانين الصادرة على التحكيم وسيلة لحل المنازعات ومنها قانون الاستثمار رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦ المعدل الذي أعتمد في حل المنازعات الاستثمارية التحكيم التجاري وسيلة جوازية لحلها استناداً الى نص المادة ٢٧ الفقرة (٥) التي نصت (في المنازعات التجارية يجوز للطرف اللجوء للتحكيم على أن ينص على ذلك في العقد المنظم للعلاقة بين الاطراف).

نذكر في هذا الصدد الراي الاستشاري لمجلس شوري الدولة المرقم ٣٦/٢٠٠٧ في ١٤-٥-٢٠٠٧ في شأن انضمام العراق الى اتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الاجنبية وتنفيذها لسنة ١٩٥٨م والذي جاء فيه:

(لامانع من انضمام جمهورية العراق الى اتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الاجنبية وتنفيذها الموقع عليها في ٣١-١٢-١٩٥٨ مع ملاحظة اجابتي وزارة الخارجية ووزارة التجارة حول المادة الأولى/ف٣ والمادة العاشرة من الاتفاقية ، وأن تثبت جمهورية العراق تحفظاً مفاده أن احكام الاتفاقية لا تسري تجاه جمهورية العراق إلا على الاتفاقات المبرمة بعد صدور قانون الانضمام اليها انتهى) والمتامل للتحفظ الوارد فانه ينسجم

بنظر الدعوى والخوض في موضوعها والانتهاه الى استئجارها لحين الفصل في نتيجة التحكيم في غرفة التجارة الدولية في لندن وكان على المحكمة رد الدعوى).

ايضا هذا القرار يتجاوز النص الحرفي الوارد في المادة ٢٧٤ من قانون المرافعات وهو ياتي انسجاما مع المعايير الدولية بتشجيع اللجوء الى التحكيم.

ثالثاً- قرار صادر من الهيئة الموسعة لمحكمة التمييز الاتحادي برقم ٢٣٥/٢١٤/موسعة/٢٠١٢ في ٢١/١١/٢٠١٢ جاء فيه^(٢٣):

(إن قرار محكمة البداية المتخصصة بنظر الدعوى التجارية بعده الدعوى المنظورة امامها مستأخرة الى نتيجة حسم النزاع امام هيئة التحكيم في غرفة التجارة الدولية في باريس يتفق وما تنص عليه المادة ٢/٢٥٣ من قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ وان القضاء العراقي هو المختص بنظر الدعوى استناداً للمادتين ١٥١٤ و١٥١٤ من القانون المدني العراقي) لذا نقرر الملاحظات الآتية:

١- حدد القرار الاختصاص القانوني حسب قواعد غرفة التجارة الدولية في باريس وهذه القواعد تمثل أعرافا تجارية يتم الرجوع اليها اتفاقاً.

٢- حدد القرار الاختصاص القضائي بالمحاكم العراقية استنادا لنص المادتين ١٥١٤ و١٥١٤ من القانون المدني وهاتان المادتان قد حددتا حالات خضوع الاشخاص الاجنبية للمحاكم العراقية.

مع ما ذكرناه من تخوف الحكومة العراقية من التنفيذ على الاموال العراقية لصالح دائنين بعد احتلال العراق لدولة الكويت.

إلا أن هذا الموقف تغير إذ صدر قرار مجلس الوزراء (٥٤) في ٢٠١٨/٦/٢ والذي قضى بموافقة العراق على الانضمام الى اتفاقية نيويورك مع التحفظ بشأن المعاملة بالمثل ولا يسري على قرارات التحكيم الصادرة قبل الانضمام ويقتصر على التحكيم في المسائل التجارية حسب الاعمال المنصوص عليها في قانون التجارة النافذ .

ندرج في أدناه بعضاً من قرارات محكمة البداية المختصة بنظر الدعوى التجارية التي فيها طرفا اجنبيا:

اولاً- قرار صادر من محكمة استئناف بغداد الكرخ الاتحادي برقم ٢٦٢/حقوقية/٢٠٠٨ في ٢٠٠٨/٧/٣١ جاء فيه^(٢١):

(استئجار الدعوى لحين صدور قرار هيئة التحكيم وفقا لقواعد غرفة التجارة الدولية يعد تطبيقا سليما لأحكام المادتين ٢٥٢ و٢٥٣ من قانون المرافعات المدنية).

المتأمل لهذا القرار نجد أن المحكمة قد قفزت فوق مستوى النصوص التقليدية لقانون المرافعات واخذت بروح النص.

ثانياً- قرار صادر من محكمة استئناف بغداد الرصافة الاتحادي برقم ٤٩٠/م/٢٠١٢ في ٢٠١٢/٤/١٨ جاء فيه^(٢٢):

(لا صلاحية للمحكمة العراقية في السير

المطلب الثالث

المبادئ العامة في مشروع قانون التحكيم التجاري لعام ٢٠١١م (٢٤)

ازاء الواقع الذي يفرض نفسه ولإغراض جذب المستثمرين الاجانب وأنسجاما مع توجه العديد من الدول بفتح المجال امام الاشخاص الخاصة طبيعية كانت او معنوية باللجوء الى التحكيم التجاري كوسيلة لحل المنازعات الناشئة من تعاقدها مع اشخاص من دول اخرى دفع الحكومة العراقية الى تشكيل لجنة مرموقة برئاسة مستشار من مجلس شورى الدولة وعضوية مجموعة من الخبراء في هذا الموضوع من بينهم عميد كلية القانون في جامعة بغداد وكذلك عضو من مجلس القضاء الاعلى في اواخر عام ٢٠٠٩ وكان التوجه في اللجنة يميل الى واحد من خيارين الاول يميل الى تشريع قانون جديد والثاني يميل وتحت الظروف التشريعية في مجلس النواب العراقي الى تعديل قانون المرافعات بالشكل الذي يلبي الحاجة وانتهى الامر الى عرض الخيارين على الحكومة ممثلة بمجلس الوزراء لاختيار واحد من الخيارين وعملت اللجنة ما يقرب من عامين لوضع المشروع الذي لم يتم تشريعه لحد الآن وكانت اهم المبادئ التي تضمنها المشروع هي:

اولا- كرس المشروع مبدأ سلطان الإرادة في جميع مراحل التحكيم، ولم يكتف بالإرادة الصريحة وانما بالإرادة الضمنية كما هو واضح في نص الفقرة رابعا من المادة الرابعة والتي جاء فيها:

(يعد اتفاقا على التحكيم كل إحالة ترد في العقد الى وثيقة اخرى تتضمن شرط تحكيم إذا كانت الاحالة واضحة في عد هذا الشرط جزءا من العقد)، وتبدو هذه الإرادة واضحة في مسائل عدة في المشروع كما يأتي:

١- الاتفاق على عدد المحكمين حسبما جاء في نص المادة ١٠/اولا من المشروع.

٢- حرية الاتفاق على إجراءات التحكيم، فقد ورد في المادة ٢١ من المشروع أن للاطراف حرية اختيار القواعد الإجرائية التي يتوجب على هيئة التحكيم اتباعها، وفي حالة عدم الاتفاق تقوم هيئة المحكمين بذلك.

٣- حرية اختيار الاطراف للقانون واجب التطبيق على موضوع النزاع، وقد نص المشروع على هذا المبدأ في المادة ٣٠/اولا وثانيا منه.

٤- حرية اختيار مكان التحكيم ولغته بما جاء في نص المادة ٢٢/اولا من المشروع، فللاطراف حرية اختيار مكان التحكيم الذي له اثار بالغة في تحديد القانون واجب التطبيق عند عدم اختيار الأطراف له باعمال الإرادة الضمنية من خلال مكان التحكيم فكأن الطرفان قد اختارا قانون مكان التحكيم، فضلا عن اهميته في تنفيذ القرار التحكيمي.

وبخصوص تحديد لغة التحكيم فأن المشروع جعلها خاضعة لاتفاق الأطراف ولكنه جعل من اللغة العربية قاعدة والاستثناء هو اتفاق الاطراف.

ثانياً- المبدأ المتعلق بتجارية التحكيم ودوليته، وقد بين المشروع في المادة الاولى/

رابعا المعايير المستخدمة لبيان تجارية ودولية التحكيم فقد جاء فيها:

التحكيم التجاري الدولي: يكون التحكيم التجاري دوليا إذا كان موضوعه نزاعا يتعلق بالتجارة الدولية في الاحوال الآتية:

أ- إذا كان مركز الاعمال لطرفي اتفاق التحكيم يقع في دولتين مختلفتين وقت ابرام اتفاق التحكيم فإذا كان لاحد الطرفين عدة مراكز للاعمال فالعبرة بمحل اقامته المعتاد.

ب- إذا اتفق طرفا التحكيم على اللجوء الى هيئة تحكيم دائمة او مركز للتحكيم الدولي يوجد مقره داخل العراق او خارجه.

ج- إذا كان موضوع النزاع الذي يشملته اتفاق التحكيم يرتبط بأكثر من دولة.

د- إذا كان المركز الرئيسي لأعمال كل من طرفي التحكيم واقعا في الدولة ذاتها وقت ابرام اتفاق التحكيم وكان أحد الأماكن الآتية واقعا خارج هذه الدولة:

١- مكان اجراء التحكيم كما عينه اتفاق التحكيم او اشار الى كيفية تعيينه.

٢- أي مكان ينفذ فيه جزء جوهري من الالتزامات الناشئة عن العلاقة التجارية.

٣- المكان الاكثر ارتباطا بموضوع النزاع.

ثالثا- اشتراط الكتابة في اتفاق التحكيم، فقد اوجب المشروع في المادة ٤/ا ولا كتابة اتفاق التحكيم والإكان باطلا مما يعني أن الكتابة مشترطة للانعقاد وليس للاثبات، وهو بذلك ساير المشرعين المصري والفرنسي وعلى خلاف ما جاء في المادة ٢٥٢ من قانون

المرافعات التي اشترطت الكتابة للاثبات وليس للانعقاد، إلا أن المشروع مع ذلك قد خفف من هذه الحدة بقبول الكتابة التي تتم بالوسائل الالكترونية الحديثة.

رابعا- التأكيد على مبدأ حياد المحكم، فالالتزام المحكم بالحيادة والاستقلال التزم ليس مؤقنا ولا ينتهي بمجرد قبوله مهمة التحكيم وقد ظهر ذلك واضحا في :

١- ما ورد في المادة ١٣ من المشروع من التزم المحكم بالتصريح بكل الظروف التي من شأنها اثاره الشكوك حول حيده.

٢- ماورد في المواد من ١٤ لغاية المادة ١٧ من المشروع المتعلقة بقواعد رد المحكم وعزله بناء على اسباب معقولة ولتحقيق اقصى درجات الحياد.

٣- ما جاء في الفقرة رابعا من المادة ١٢ من المشروع:

(على المحكمة المختصة عند تعيين المحكم مراعاة كونه مستقلا وحيادا وعليها في حالة تعيين محكم او محكم ثالث أن تأخذ بعين الاعتبار كونه من جنسية غير جنسية الطرفين).

خامسا- التأكيد على مبدأ استقلال شرط التحكيم فقد جاء ذلك في نص المادة ٨ من المشروع:

(يعد شرط التحكيم اتفاقا مستقلا عن شروط العقد الاخرى ولا يترتب على انقضاء العقد أو بطلانه أو فسخه أو انهائه أي اثر على شرط التحكيم حتى إذا كان الشرط صحيحا في ذاته ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك).

سادساً- مبدأ الاختصاص بالاختصاص:
يكمل هذا المبدأ استقلال شرط التحكيم ويراد به اعطاء المحكم أو هيئة التحكيم سلطة الفصل في المنازعات المتعلقة بأصل سلطته (اختصاصه)، وبعبارة أخرى أن هيئة التحكيم هي المختصة بالفصل في كل ما يتعلق بالدفع المتعلقة بعدم اختصاصها فهي جهة الاختصاص التي تحكم في اختصاصها، فطالما عد المحكم قاضياً، وطالما كان القاضي يملك سلطة التحقق من اختصاصه، فإن المحكم يملك السلطة نفسها، وكما مسألة الاختصاص مسألة فرعية، متفرعة من النزاع الأصلي، فالقاضي الذي ينظر في النزاع الأصلي هو الذي ينظر في النزاع الفرعي تطبيقاً لقاعدة أن ((قاضي الدعوى هو قاضي الدفع))

وقد ورد ذلك في المادة (١٨) من المشروع وهو مالم يرد ذكره في قانون المرافعات وقد جاء في المادة المذكورة الآتي :

(اولاً : لهيأة التحكيم البت في اختصاصها بما في ذلك البت في الاعتراضات التي تتعلق بوجود اتفاق التحكيم او بصحته ...) .

سابعاً-خضوع تنفيذ القرار التحكيمي لرقابة القضاء فالمادة ٤٠/ثانياً من المشروع اوجبت على القضاء اصدار امر بالتنفيذ بعد تقديم طلب الى محكمة استئناف بغداد دونما تحديد إذا كانت استئناف بغداد الرصافة او الكرخ واصل قرار التحكيم او نسخة مصدقة منه واتفاق التحكيم الاصيلي او صورة مصدقة منه ونسخة مترجمة باللغة العربية لقرار التحكيم من جهة معتمدة إذا كان صادرا بلغة اجنبية.

ثامناً-مبدأ عدم جواز الطعن بقرار التحكيم إلا بالابطال في حالات ست محددة بنص المادة ٣٨ من المشروع وهي:

١- إذا كان أحد طرفي اتفاق التحكيم وقت ابرامه فاقد الاهلية او ناقصها.
٢- إذا كان إتفاق التحكيم باطلا او سقط بانتهاه مدته.

٣- إذا لم يبلغ طالب الابطال على وجه صحيح بتعيين احد المحكمين أو باجراءات التحكيم.

٤- إذا تناول قرار التحكيم مسائل لم يشر اليها في اتفاق التحكيم مع مراعاة إمكانية فصل اجزاء القرار الخاضعة للتحكيم عن اجزائه غير الخاضعة.

٥- اذا كان تشكيل هيئة التحكيم مخالفا للقانون أو اتفاق الطرفين.

٦- إذا كان موضوع النزاع لا يقبل التسوية بالتحكيم أو لمخالفته النظام العام.

وقد اغفل المشروع النص على عدم جواز الطعن بقرار التحكيم غيابيا حتى لا يكون ذلك وسيلة يتذرع بها من يتوقع سير الأمور لصالحه فيتخذ من تغييره وسيلة للطعن بالقرار التحكيمي.

هذه أهم المبادئ التي تضمنها مشروع قانون التحكيم وبهذه المناسبة ندعو الجهات المختصة الى التسريع بتشريع الحاجة الماسة لذلك .

الخاتمة

أتضح لنا عبر هذه الدراسة الوجيزة في موضوع التحكيم التجاري والاتفاقيات المتعلقة به وموقف القانون العراقي من ذلك: إن هذا النظام قد يبدو لأول وهلة طريقا استثنائيا لحل النزاعات القانونية، على اعتبار أن القضاء العادي له الولاية العامة في ذلك، والتحكيم قد سلب منه أو على الأقل حل محله ولو جزئيا إلا أن هذا السلب وذلك الحلول لم يكن الا في احوال محددة، وبإقرار صريح من التشريعات الوضعية .

إلا أن تضيق الخناق على التحكيم التجاري بوضع القيود عليه والتي غالبا ماتكون بنصوص قانونية تجعل من القضاء رقيا على التحكيم وإذا كان ذلك أمرا مقبولا في ميدان التحكيم التجاري الداخلي، فإنه لم يعد كذلك في ميدان التحكيم التجاري الدولي، لأنه في ظل التجارة الدولية لا وجود لسلطة قضائية دولية تتولى حسم المنازعات التجارية الدولية لذلك اصبح للتحكيم التجاري كما رأينا طريقا رئيسا ولم يعد طريقا استثنائيا في حل النزاعات، وهذا يعني أنه في حالة اثاره نزاع تجاري ذي طبيعة دولية، فإن التحكيم التجاري سيكون نظاما مفضلا في حسم هذا النوع من النزاعات.

و على اساس ماتقدم ندرج بعض الملاحظات للفت انظار المعنيين بضرورة اعادة النظر في مواقفهم من التحكيم التجاري وكالاتي:

أولا- بخصوص مصادقة العراق على بعض الاتفاقيات الدولية الشارعة المتعلقة بتنفيذ أحكام التحكيم التجاري الصادرة في الدول الاجنبية فاننا ندعو الجهات المعنية في الحكومه الى اعادة النظر بموقفها السلبي من انضمام

العراق الى اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ ولكن مع ملاحظة الاتي :

١- اصدار قرار أممي بحماية الأموال العراقية المودعة في صندوق الامم المتحدة من طلبات الدائنين السابقة .

٢- ابداء تحفظ على الاتفاقية بخصوص تنفيذ القرارات الصادرة قبل انضمام العراق اليها .

ثانيا- بخصوص موقف العراق من الاتفاقيات الاقليمية المتعلقة بالتحكيم التجاري مثل اتفاقية الرياض للتعاون القضائي لسنة ١٩٨٣ واتفاقية عمان للتحكيم التجاري لعام

١٩٨٧ فإنه يمكن القول بتنفيذ القرارات التحكيمية الصادرة في الدول الموقعة عليهما وذلك لمصادقة العراق عليهما ايضا تنفيذ غير مباشر باستخدام مايسمى مكان التحكيم (مقعد التحكيم الذي يعني المكان الذي تجري فيه الجلسات التحكيمية ويصدر القرار فيه).

ثالثا- الضغط على الجهات التشريعية في العراق بتشريع قانون يختص بمواضيع التحكيم التجاري واعتماد مشروع القانون المعد من قبل لجنة متخصصة التي اكملت اعمالها سنة ٢٠١١ او على الاقل تعديل قانون المرافعات لينسجم مع المعايير الدولية الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي.

رابعا- نشر ثقافة التحكيم التجاري وتشجيع المحاكم بأن تكون نظرتها الى التحكيم بكونه قضاء متكامل يساهم مع السلطة القضائية في نشر العدالة والمساواة .

خامسا- فصل القضاء التجاري عن القضاء المدني لأن مواضيع التجارة اصبحت عابرة

- ١١- انظر مجلة التحكيم العالمية (مجلة فصلية) ، العدد التاسع عشر ، السنة الخامسة ، بيروت ، سنة ٢٠١٣ ص ٧٨
- ١٢- نشر بالوقائع العراقية العدد ٢٩٧٦ في ١٩٨٤/٣/١٦
- ١٣- نشر بالوقائع العراقية العدد ٣٢١٥ في ١٩٨٨/٨/١٥
- ١٤- زيد ابو رضوان السس العامة في التحكيم التجاري الدولي ، القاهرة ، دار الفكر العربي ، سنة ١٩٨١ في ١٨٣
- ١٥- انظر الشروط العامة لمقاولات اعمال الهندسة المدني لسنة ١٩٨٨ والشروط العامة لمقاولات اعمال الهندسة الكهربائية والميكانيكية لسنة ١٩٨٨ الصادرتين من وزارة التخطيط
- ١٦- حسين المؤمن ، الوجيز في التحكيم التجاري ، بيروت ، مطبعة الفجر ، سنة ١٩٧٧ ، ص ٢٧
- ١٧- القرار منشور في مجموعة الاحكام العدلية ، السنة السادسة ، العدد الاول ، بغداد سنة ١٩٧٥ ، ص ١٧٨
- ١٨- بيان مجلس القضاء الاعلى رقم ١٣٦ /ق/أ/٢٠١٠ في ٢٠١٠/١١/١ متاح على موقع مجلس القضاء www.iraqja.iq تاريخ الزيارة ٢٠١٤/١٠/١٢
- ١٩- منشور في مجموعة الاحكام العدلية ، السنة السادسة والعدد الاول ، بغداد ، سنة ١٩٧٥ ، ص ١٨١
- ٢٠- منشور في مجلة العدالة ، وزارة العدل العراقية ، العدد الاول ، بغداد سنة ١٩٧٩ ، ص ١٧٤
- ٢١- القاضي جبار جمعة اللامي ، الوجيز في شرح الاعمال التجارية ، بغداد ، مكتبة القانون والقضاء ، سنة ٢٠١٣ ، ص ١٣٦
- ٢٢- القاضي جبار اللامي ، مصدر سابق ، ص ١٧٣
- ٢٣- القاضي جبار اللامي ، مصدر سابق ص ١٣٩
- ٢٤- منشور على موقع <http://thejusticeneeds.com> تاريخ الزيارة ١٧ حزيران ٢٠١٣

قائمة المصادر والمراجع

اولاً: الكتب القانونية :

- ١- جبار جمعة اللامي ، الوجيز في شرح الاعمال التجارية ، ط ١ ، بغداد : مكتبة القانون والقضاء سنة ٢٠١٣
- ٢- حسين المؤمن ، الوجيز في التحكيم ، بيروت ، مطبعة الفجر سنة ١٩٧٧

للحدود ويجب أن ينظرها قضاء متخصص براعي المعايير الدولية ويساهم في جذب المستثمرين عن طريق الضمانات والفرص التي يقدمها باحترام الإيرادات المتعاقدته والركون الى مبادئ التحكيم التجاري والاعتماد على الاعراف التجاريه ، ومع ذلك فالمشكلة ما زالت تكمن في أنه لا يوجد قانون في العراق حالياً قانون ينظم مسائل التحكيم التجاري سوى ما ورد من قواعد عامة في قانون المرافعات التي تجعل من هذا التحكيم تحت سلطة ورقابة القضاء العراقي مما يتمكن فيه عن طريق ذلك رفض القرار التحكيمي وهو مما يشكل عائقاً في جذب المستثمرين.

الهوامش

- ١- منشور بالوقائع العراقية ٦٧٠ في ١٩٢٨/٧/١٩
- ٢- فؤاد عبد العلواني ، التحكيم التجاري الدولي بين النظرية والتطبيق ، بغداد سنة ٢٠١١ ، ص ٣٥
- ٣- فؤاد عبد العلواني ، مصدر سابق ص ٣٥
- ٤- بينت وزارة الخارجية موافقتها على انضمام العراق الى اتفاقية نيويورك بكتابتها ٣٩١ في ٢٠٠٦/٥/٢٨
- وزارة الداخلية بكتابتها ١٣٥٣١ في ٢٠١٣/٦/٢٤ وكتابي وزارة التخطيط والتعاون الانمائي ١٨٥ في ٢٠٠٦/٦/٥ و ١٤٥٢٢ في ٢٠١٤/٦/١٩ والقرار الاستشاري لمجلس شوري الدولة ٣٦ في ٢٠٠٧/٥/١٤
- المنشور في قرارات وفتاوى مجلس شوري الدولة لسنة ٢٠٠٧ وزارة العدل العراقية
- وقد اعترضت على الانضمام فقط وزارة الصناعة والمعادن بكتابتها ١٩٩٨٧ في ٢٠٠٦/٦/١٢
- ٥- معلومات متاحة على موقع www.un.org/ara-bic/news تاريخ الزيارة 12/10/2014
- ٦- منشور بالوقائع العراقية العدد ٤٠٣١ في ٢٠٠٧/١/١٧
- ٧- نشر بالوقائع العراقية العدد ٤٢٨٣ في ٢٠١٣/٧/٢٩
- ٨- نشر بالوقائع العراقية ٣٨٠٢ في ١٩٥٦/٦/٦
- ٩- د. فوزي محمد سامي ، التحكيم التجاري الدولي ، بغداد ، دار الحكمة ، سنة ١٩٩٢ ص ٧٢
- ١٠- نشر بالوقائع العراقية العدد ٣٨٢٢ في ١٩٨١/٦/١

٤-قانون الاستثمار العراقي رقم ١٣ لسنة
٢٠٠٦

٥-الشروط العامة لمقاولات اعمال الهندسة
المدنية لسنة ١٩٨٨ الصادر من وزارة
التخطيط

٦-الشروط العامة لمقاولات اعمال الهندسة
الكهربائية والميكانيكية لسنة ١٩٨٨ الصادر
من وزارة التخطيط

٧-مشروع قانون التحكيم التجاري لسنة
٢٠١١

رابعا : الاتفاقيات الدولية :

١-بروتوكول جنيف لسنة ١٩٢٣

٢-اتفاقية جنيف لسنة ١٩٢٧

٣-اتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨

٤-اتفاقية واشنطن لسنة ١٩٦٥

٥-اتفاقية تنفيذ الاحكام لجامعة الدول
العربية لسنة ١٩٥٢

٦-الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس
الاموال العربية لسنة ١٩٨١

٧-اتفاقية الرياض للتعاون القضائي لسنة
١٩٨٣

٨-اتفاقية عمان التحكيم التجاري لسنة
١٩٨٧

خامسا: المواقع الالكترونية :

١-www.un.org/Arabic/news-1

٢-www.iraqja.iq-2

٣-<http://thejusticenews.com-3>

٣-زيد ابو رضوان ، الاسس العامة للتحكيم
التجاري الدولي القاهرة دار الفكر العربي سنة
١٩٨١

٤- فؤاد عبد العلواني ، التحكيم التجاري
الدولي بين النظرية والتطبيق ، بغداد، سنة
٢٠١١

٥- فوزي محمد سامي ، التحكيم التجاري
الدولي /بغداد، دار الحكمة ، سنة ١٩٩٢

ثانيا : المجالات العلمية :

١-مجموعة الاحكام العدلية ،وزارة العدل
العراقية ، السنة السادسة ، العدد الاول ، سنة
١٩٧٥

٢-مجلة العدالة ، وزارة العدل العراقية ،
العدد الاول ،سنة ١٩٧٩

٣-مجلة التحكيم العالمية ومجلة فصلية ،
العدد التاسع عشر السنة الخامسة ، بيروت ،
منشورات الحلبي الحقوقية ، تموز /٢٠١٣

٤- الوقائع العراقية

٥-العدد ٤٠٣١ في ١٧/١/٢٠٠٧

٦-العدد ٤٢٨٣ في ٢٩/٧/٢٠١٣

٧-العدد ٣٨٠٢ في ٦/٦/١٩٥٦

٨-العدد ٣٨٣٢ في ١/٦/١٩٨١

٩-٢٩٧٦ في ١٦/٣/١٩٨٤

ثالثا : القوانين العراقية :

١-قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة
١٩٩٩ المعدل

٢-القانون المدني العراقي رقم ٤٨ لسنة
١٩٥١

٣-قانون تنفيذ الاحكام الاجنبية رقم ٣٠
لسنة ١٩٢٨

The adjunct in studying the problems of arbitration in Iraqi law

Prof. Dr. Ali Fawzi^(*)

Abstract

Arbitration is a method of settlement of commercial disputes. It is a way of administering justice between people by resolving an existing or future dispute by means of refraining from resorting to the competent court and presenting the dispute to a single arbitrator, a board of arbitrators or even an arbitral institution such as the International Chamber of Commerce in Paris.

Arbitration is well-known in various fields, However, international commercial arbitration is labeled as a special judicial system which existence derives mainly from the agreement of the dispute's parties, whether this agreement is in the form of an arbitration condition or an arbitration clause.

Arbitration, although aims at the administration of justice between dispute's parties, is also aims at maintaining peace between them through their consent to the proposed solutions and through the principle of confrontation. It does not include an abdication of the protection of the law, but includes an abdication of the competence of a state judge to settle a dispute, it also includes the choice of the litigants to their judge as well as the confidentiality of their financial positions because it confines its sessions to the litigants.

However, it is obvious that imposing so many limitations on commercial arbitration by legal provisions, make judiciary a censor of arbitration. We believe that if this is acceptable in the field of internal commercial arbitration, it is not acceptable in the field of international commercial arbitration, because under international trade there is no international jurisdiction that resolve international commercial disputes. Therefore, commercial arbitration has become a main and no longer exceptional method of resolving disputes. This means that in the event of a commercial dispute of an international nature, commercial arbitration will be a preferred system in resolving this sort of dispute.

^(*) College Of Law/ Al- Mustansiriyah University

اجهزة الرقابة الإدارية وعلاقتها بالسلطة

التشريعية في العراق

أ.د. غازي فيصل(*)

أ.م.د. علي حسن عبد الأمير(**)

المقدمة

إن الأجهزة الرقابية لا تستطيع أن تقوم بأداء مهامها بمفردها ، إذ إن استقلالية هذه الأجهزة لا تعني العزلة والانفصال التام عن السلطات والمؤسسات الأخرى في الدولة ، فهي تعدّ جزءاً من التشكيلات التي تعكس هوية الدولة ككل ، ولذلك فهي لا يمكن أن تتعزل عنها أو كما يقال (تطير خارج السرب) (١) .

وإذا ما رجعنا إلى مهام واختصاصات الأجهزة الرقابية ، نجد أن هذه الأجهزة وما تقوم به ليس مجرد مؤسسة تقوم بممارسة مهامها ، وإنما تعدّ أعمال الأجهزة الرقابية بمثابة قضية ، فالنزاهة قضية تهم جميع من في الدولة ، لابل تهم العالم ، وحل هذه القضية تبدأ من المواطن مروراً بكل المؤسسات في الدولة الرسمية وغير الرسمية لتصل الى العالمية حتى تنتهي بإيقاع الجزاء العادل بحق المخالف ، وهذا يتطلب التكاتف والتعاون بين الجميع بعيداً عن التنافس والخصومات السياسية ، إذ إن قدسية هدف الأجهزة الرقابية تفوق مسألة الاختلاف السياسي والنزاعات التي تحدث بين السلطات (٢) .

ومن جهة أخرى فإن هذه الاختصاصات والمهام لا تقتصر على الأجهزة الرقابية وحدها ، وإنما هناك سلطات أخرى يمنحها القانون اختصاصات ومهام تتشابه كثيراً مع

الملخص

ترتبط الجهاز الرقابي العديد من العلاقات مع اجهزة الدولة الاخرى فهو جزء من الدول ويعمل على تكوين هوية الدولة ومظهرها، لذلك يرتبط بعلاقات وثيقة مع السلطات العامة كالسلطة التشريعية والتنفيذية والقضائية، كما يرتبط بعلاقات وثيقة مع وسائل الاعلام، والاحزاب السياسية والصحافة والمؤسسات التعليمية وغيرها . وإن علاقة الاجهزة الرقابية مع السلطات الاخرى ليس به اي مساس بمبدأ الفصل بين السلطات وانما يعد تطبيقاً لهذا المبدأ ، إذ إن مبدأ الفصل بين السلطات لم يعد يعني العزلة والانفصال التام بين السلطات بل اصبح التعاون بين السلطات تطبيقاً لهذا المبدأ والاجهزة الرقابية عند قيامها بالكشف عن المخالفة فأنها انما تقوم بوضع المخالفة امام السلطات الاخرى وامام الشعب وهذا ليس فيه اي مساس بمبدأ الفصل بين السلطات

إن اجهزة الرقابة الادارية تعمل مع بعضها البعض لتحقيق اهدافها ، حيث يجب تحقيق التكامل في عمل الاجهزة الرقابي تحارب نفس العدو ولا بد من التعاون فيما بينها من اجل تسهيل ممارستها لاختصاصاتها.

(*) جامعة النهرين/ كلية الحقوق
(**) الجامعة المستنصرية/ كلية القانون

اختصاصات الأجهزة الرقابية^(٦)، كما أن هناك سلطات لها نفس الاهداف التي تسعى الأجهزة الرقابية الى تحقيقها ، ولكي ينجح الجهاز الرقابي في أداء اعماله لابد أن يتعاون مع هذه السلطات ويتعرف بدقة على أعمالها ، حيث لإنجاح للعمل الرقابي دون تحقيق التكامل مع هذه الجهات.

إلا أن هذا التكامل والتعاون مع الجهات الأخرى يجب أن لا ينسى معه كون الجهاز الرقابي جهازاً منفصلاً ومستقلاً ، وهذا يحتم أن يحتفظ الجهاز الرقابي بمسافة متوازنة بينه وبين الجهات الأخرى حتى لا يحصل التضارب أو التقاطع وحتى لا تؤثر أي جهة على اختصاصات الجهة الأخرى أو تحد من استقلاليتها^(٧) ، أي أن الأجهزة الرقابية يجب أن تعمل بوصفها سلطات تعزيزية للسلطات والمؤسسات الأخرى.

وتطبيقاً لذلك فقد نصت اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد على أن "تتخذ كل دولة طرف، وفقاً لقانونها الداخلي ما قد يلزم من تدابير لتشجيع التعاون بين سلطاتها العمومية، وكذلك موظفيها العموميين من جانب، والسلطات المسؤولة عن التحقيق في الأفعال الجرمية وملاحقة مرتكبيها من جانب آخر.."^(٨).

المبحث الأول

طبيعة أجهزة الرقابة الإدارية وبعض نماذجها

تعمل أجهزة الرقابة الخارجية نيابة عن البرلمان ومجلس الوزراء أو كليهما في مراقبة أعمال الإدارة ، فنتيجة لتعدد أعمال

الإدارة وتوسع نشاطها أصبحت السلطات التقليدية غير قادرة على ممارسة الرقابة عليها بصورة ناجحة ، لاسيما وأنها لم تعد قادرة على الحصول على المعلومات الكافية والدقيقة التي تعكس النشاط الحقيقي للإدارات المتعددة ، لذلك وجدت هذه السلطات -أي السلطات التقليدية- ضرورة الاستعانة بأجهزة فنية متخصصة قادرة على القيام بالتصرفات التي يتطلبها العمل الرقابي من تفتيش وتحري وتحقيق .. وهذه الأمور قد يتعذر على أعضاء السلطات التشريعية والتنفيذية متابعتها لكثرة المسؤوليات الملقة على عاتقهم^(٩).

ولما كان وجود هذه الأجهزة يعدّ نتيجة من نتائج الديمقراطية في الدولة المعاصرة كونها تعمل نيابة عن السلطة التشريعية ، فلا يمكن أن تقوم بدورها المطلوب على الوجه الأمثل إلا إذا كانت مستقلة تمام الاستقلال عن السلطة التنفيذية ، وهذا الأمر يتطلب تدعيم دستوري وقانوني ، إذ يجب أن ينص الدستور على إنشاء هذه الأجهزة ، وإن يعطيها السلاح الذي يمكنها من مواجهة السلطات الأخرى ، أما التدعيم القانوني فهو يكفل جميع الضمانات لأعضاء الأجهزة وحصاناتهم أتجاه السلطة التنفيذية^(١٠).

ولتحقيق الغاية التي على أساسها تم إنشاء هذه الأجهزة ، يجب أن يكون اختصاصها شاملاً، للإقليم الدولة والعاملين عليه ، فعملها يتجسد بكفالة انتظام سير العمل وحسن أدائه ومسؤوليات القائمين عليه سواء بالكشف عن مواطن الضعف أو القصور فيه ، أو التخلص من المظاهر السلبية في الإدارة تحقيقاً، للمبدأ القائل (الممارسة الصحيحة والمثالية للوظيفة

الإدارية) (٨). وهذا لا يتحقق إلا بمنحها حرية التحرك واتخاذ الإجراءات. دون ان توضع القيود التي تحد من نشاطها.

إلا أنه يجب على هذه الأجهزة الحذر عند ممارسة اختصاصاتها، فهناك بعض الممارسات التي يقوم بها من يتولى الرقابة والتي قد تبدو تعسفية (٩)، جعلت من الرقابة التي تقوم بها هذه الأجهزة وكأنها حالة مضادة للديمقراطية أو الحرية وبقي مفهوم الرقابة وكأنها شر لا يبد منه (١٠).

بعد هذه النظرة الموجزة، سيحاول الباحث في هذا الفصل التعرف على خصائص الأجهزة الرقابية وسيتم تسليط الضوء على بعض أنواع هذه الاجهزة في المبحث الأول، أما المبحث الثاني فسيكون لبيان نطاق عملها ومحدداتها .

المطلب الأول

طبيعة الأجهزة الرقابية

نتيجة لغياب التكييف القانوني الواضح للطبيعة القانونية لهذه الأجهزة ، سيحاول الباحث تكييفها بالاستناد إلى المعايير الشكلية والموضوعية المعتمدة من قبل الفقه والقضاء وكالاتي:.

أولاً:- أجهزة الرقابة الخارجية سلطة:-
يعرف (جورج بور دو) السلطة بأنها (قوة في خدمة فكرة)، قوة نابعة من الوعي الاجتماعي، ومخصصة لقيادة الجماعة بحثاً، عن الخير المشترك وقادرة إذا لزم الأمر أن تجبر الأفراد على التزام المواقف التي تأمر بها (١١) ، فهي الحق القانوني أو المشروع والذي

يتضمن الأذن بالأمر أو التصرف ، وإذا كان الوضع استقر على وجود ثلاث سلطات فهل هذا يعني أن القول بوجود الأجهزة الرقابية الخارجية يعني القول بوجود سلطة رابعة ؟.

نص قانون وسيط الجمهورية الفرنسي على "الوسيط سلطة مستقلة" (١٢) ، بمعنى أن الجهاز الرقابي يمتلك صلاحية اتخاذ الاجراءات التي تتناسب مع مهامه المنصوص عليها في القانون . وفي الحقيقة أن إطلاق وصف سلطة على اجهزة الرقابة الخارجية يقصد به بيان الطبيعة الخاصة لها واخراجها من إطار إدارات الدولة التقليدية، فهي لاتعد سلطة قضائية كونها لا تمتلك السلطات القضائية المعتادة ، كما أنها عندما تمتلك هذه السلطات فأنها تمارسها بطريقة ودية أكثر منها زجرية، ووقائية أكثر منها عقابية (١٣). ومن جهة أخرى فهي لاتعد سلطة تشريعية ، فالدساتير لا تجعلها محل البرلمان ، كما أنها لاتعد سلطة تنفيذية كون اختصاصاتها مختلفة تماماً عن اختصاصات السلطة التنفيذية التقليدية، وبما أن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان قد نص على "مبدأ السيادة يكمن بصفة أساسية في الأمة ولا تستطيع أي جماعة أو فرد ممارسة سلطة ما لا تنبثق عن الأمة صراحة" (١٤). لذلك يجب عدم الركون إلى مجرد التسمية التي يطلقها المشرع على جهاز ما للقول بأدراجه ضمن فئة تتشابه معه في التسمية فقط، وإنما لابد من ملاحظة كيفية تشكيل هذا الجهاز والجهة التي تشكله وماهي الاختصاصات التي يتمتع بها. الخ (١٥) ، لذلك فإن اطلاق وصف سلطة على هذا الجهاز يعني أنه قادر على إدارة نفسه بنفسه بموجب

القانون ودون تدخل من السلطات الأخرى.

إن تحديد طبيعة هذا الجهاز بوصفه سلطة يتطلب مسألة مهمة ، وهي مسألة التدعيم الدستوري لكون الدستور هو المعبر عن إرادة السلطة التأسيسية، لذلك يجب أن ينص الدستور على إنشاء الأجهزة العليا للرقابة وعلى الدرجة الضرورية لاستقلاليتها ويترك للنصوص القانونية أمر شرح التفاصيل ، ويجب بوجه خاص أن ينص الدستور على وجود محكمة عليا تضمن الحماية القانونية المناسبة ضد كل تدخل من شأنه أن يعيق استقلالية الجهاز الأعلى للرقابة^(١٦) ، أو على الأقل يحدد الدستور المحكمة المختصة في حال حصول ذلك^(١٧)

كما يجب أن يتضمن الدستور إجراءات التعيين والعزل من الوظيفة^(١٨)، وإن توافقت طريقة تعيين وعزل الأعضاء مع الآلية المتبعة في السلطات الأخرى قدر الإمكان ، وفي ذلك أكدّ دستور المملكة الهولندية الصادر عام ٢٠٠٢ على "يعين المفوض الوطني ومفوض الاستئناف من قبل الغرفة الثانية للبرلمان ووفقاً لما يضبطه القانون ... كما يمكن للغرفة الثانية أن تقلبهم أو تعفيهم من مهامهم ووفقاً للحالات التي يضبطها القانون ويقوم القانون بتحديد وضعيتهم القانونية"^(١٩).

أما عن الموقف في العراق ، فإن أهم عائق في دساتير العراق السابقة كان عدم النص صراحة على هذه الأجهزة فيما عدا ديوان الرقابة المالية^(٢٠)، إلا أن هذا العائق أزيل في قانون إدارة الدولة العراقية لعام ٢٠٠٤ وكذلك

دستور العراق لعام ٢٠٠٥ ، لذلك فالأساس الدستوري اليوم يدعم هذه الأجهزة^(٢١)

ثانياً:- أجهزة الرقابة الخارجية مستقلة:-
أوضح مفوض الدولة (franc)^(٢٢) وهو في كلامه عن وسيط الجمهورية الفرنسي "عندما نتحدث عن وسيط الجمهورية فأنا لانقصد الحديث عن إدارة تقليدية داخل القانون الإداري ، لأن الوسيط لا يرتبط بأي تدرج إداري قائم ، ولا يعدّ عضواً" في الجهاز الإداري بالمعنى الحرفي لإدارة والتي يأتي على قمتها رئيس الحكومة وفقاً للمادة ٢٠ من الدستور الفرنسي ، فالوسيط في الحقيقة يعد هيئة إدارية أصلية ولكنه يندمج في السلطة التنفيذية".

ويقول (j.chevallir) "إن السلطات الإدارية المستقلة تحظى بتشريع ذاتي بحيث تفلت من التبعية الإدارية ، والتدرج الرئاسي فهي سلطات إدارية معزولة لها منطقتها الخاص في العمل". إذ لاحظ هذا الفقيه أن الهيئات الرقابية تستخلف السلطة التنفيذية في مجالات حساسة وأكدّ "إن اللجوء إلى هذه الهيئات يظهر توزيع للسلطة أو تكسير للسلطة التنفيذية"^(٢٣)

وحسب اعتقاد الباحث- أنه طالما لا يمكننا الحديث إلا عن ثلاث سلطات وطالما أن الأجهزة الرقابية لا تمتلك اصدار أحكام قضائية كما لا تمتلك اصدار تشريعات فلم يتبق إذاً إلا السلطة التنفيذية .

لذلك فإن الاستقلال المقصود للأجهزة الرقابية يعني أن السلطة التنفيذية لا يمكنها أن تتحكم بهذه الأجهزة كباقي الهيئات الأخرى،

فإذا كانت امرة بالنسبة للسلطات الأخرى فهي منسقة بالنسبة لهذه السلطات، إذ إن هذه الأجهزة تدير نفسها بنفسها وفقاً للقانون لتمكينها من أداء مهامها، وأن منتسبي الهيئة وكل حسب اختصاصه مستقلون في أداء مهامهم المنصوص عليها في قانون الهيئة لا سلطان عليهم في أداء هذه المهام غير القانون^(٢٤). كما أن الارتباط الذي يربط بعض هذه الهيئات بالبرلمان وخاصة مجلس النواب لا يعني أن تكون هذه الهيئات جزءاً من مجلس النواب لكونه ليس ارتباطاً عضوياً وليس لمجلس النواب ممارسة السلطة الرئاسية عليها^(٢٥). فهذه الأجهزة عبارة عن سلطة إلى جانب السلطات الأخرى، وليست وظيفة من وظائفها، وأعمالها تتسم بالحياد ولا تتأثر بالأراء السياسية وهي تسهر على حماية المال العام وتحمل مسؤولية تقويم أداء الدوائر والهيئات المختلفة في الدولة. وفي العراق أكدت المحكمة الاتحادية العليا على استقلال الأجهزة الرقابية، وأكدت كذلك على ارتباط الهيئات المستقلة التي لم يحدد الدستور جهة ارتباطها بمجلس الوزراء وخضوعها لأشراف مجلس الوزراء^(٢٦)، وبصدد رأي المحكمة ندرج الملاحظات الآتية:-

١- إن المحكمة تجاوزت اختصاصها من التفسير إلى إضافة منطوق جديد لوجود له في الدستور^(٢٧)، إذ أن الدستور لم ينص على خضوع الأجهزة الرقابية لمجلس الوزراء، لأبل أنه لم يشر حتى مجرد إشارة إلى ذلك.

٢- إن المحكمة رأيها متناقض فتارة تؤكد استقلالية هذه الأجهزة وعدم تبعيتها لأحد،

وتارة أخرى تعود وتربطها بمجلس الوزراء .

٣- لا يجوز ربط هذه الأجهزة بمجلس الوزراء لأن ذلك يؤدي إلى تبعية هذه الأجهزة للسلطة التي تحاول الرقابة على أعمالها .

ثالثاً:- الإداريَّة:- إن هذه الهيئات تعدّ إدارية لأنها لا يمكنها أن تكون غير ذلك .

فلو تقبلنا فكرة وجود هيئات هجينة ووسطية لا تنتمي إلى الهيئات العامة التقليدية في الدولة، ومن ثم نخول هذه الهيئات بعض السلطات التي لها نفس القوة الإلزامية للسلطات التي تملكها الهيئات التقليدية في الدولة، إلا أن الفرق بينهما هو أن الأجهزة الرقابية تستمد فاعلية هذه القواعد على مدى قبولها من المواطنين لا على الإكراه الذي تتصف به القواعد الأخرى^(٢٨). نصل إلى أن الأجهزة الرقابية الخارجية تمثل الدولة لكن بوصفها شخصاً معنوياً من القانون العام وليس بوصفها سلطة سياسية؛ أي الدولة بالمفهوم الإداري لا الدستوري والدولي، وتطبيقاً لذلك أقر مجلس الدولة الفرنسي بأن غياب لفظ(إدارية) لا يحول دون عد وسيط الجمهورية بمثابة سلطة إدارية مستقلة^(٢٩).

إن الأجهزة الرقابية وجدت من أجل حماية حقوق المواطنين^(٣٠) وتلبية احتياجات جديدة لا تستطيع الأجهزة التقليدية تلبيتها، لذلك فوظيفته تدخل ضمن وظائف السلطات ذات الطابع الإداري، ويمكن فهم الصفة الإدارية لهذه الأجهزة عن طريق ملاحظة تشكيلها والأحكام الخاصة بموظفيها وأسلوب تعيينهم، إذ أن أسلوب تعيين بعض الأعضاء يمكننا من

التعرف على هذه الصفة ، فالمفوض البرلماني في بريطانيا يتم تعيينه من قبل الملكة وفي مصر يتم تعيين رئيس الرقابة الإدارية من قبل رئيس الوزراء^(٣١).

وبما أن هذه الأجهزة جهات إدارية فهي تخضع للقواعد العامة التي تحكم علاقات جهتين حكوميتين ، فينقل إليها مثلاً، موظفو الأجهزة الحكومية الأخرى طبقاً لإجراءات وأصول نقل الموظفين ، وتخضع لقانون الملاك ، ويخضع موظفوها لما يخضع له موظفو القطاع العام من قوانين وأحكام كقانون الانضباط وقانون التقاعد والخدمة المدنية وغيرها^(٣٢).

المطلب الثاني

نماذج أجهزة الرقابة في العراق

إن أهم الأجهزة التي تتولى الرقابة الإدارية الخارجية في العراق هي:-.

١- الامبودسمان العراقي:- من الأنظمة الجديدة التي دخلت إلى العراق بعد أحداث ٢٠٠٣ ما يعرف بالامبودسمان العراقي الذي تم تشكيله استناداً إلى أمر سلطة الائتلاف رقم ٩٨ لعام (٢٠٠٤)^(٣٣).

وقد جاء في الأسباب الموجبة لتشكيل هذا الجهاز هو الحاجة إلى تعزيز وتطوير أطار فعال للمسؤولين في الحكومة العراقية للمشاركة في الإشراف على احتجاج الأرااد في العراق ، مع ضرورة إيجاد وسيلة فعالة مستقلة للتحقيق في الشكاوى من سوء المعاملة وتعزيز حقوق الإنسان .

لذلك نلاحظ أن الامبودسمان العراقي قد

أخذ بنفس الأسلوب الذي أخذ به الامبودسمان الألماني عن طريق حصر نطاق عمله بنطاق معين وهو الجانب العسكري ، أما عن التنظيم الإداري لهذا الجهاز فهو يتألف من :-

أ- الامبودسمان :- إذ يجوز لرئيس الحكومة بناءً على ترشيح من وزير العدل تعيين الامبودسمان^(٣٤) ويكون التعيين لمدة ٧ سنوات قابلة للتجديد ولأغراض إدارية فقط ودون المساس بالسلطات المخولة للامبودسمان يعدّ الامبودسمان موظفاً في وزارة العدل^(٣٥).

ب- النواب :- يجوز للامبودسمان العراقي أن يعين نائباً أو أكثر لممارسة بعض السلطات والاختصاصات المتعلقة بأحوال المعتقلين . من أجل إجراء أي تحقيق أو استفسار .

ج- المساعدون :- يجوز للامبودسمان أن يوظف عدداً من المساعدين على النحو الذي يراه مناسباً من أجل إجراء التحقيق ، وعند الانتهاء من التحقيق يعرض الامبودسمان تقريره على وزير العدل . وهذا الأمر يحد من استقلالية الامبودسمان.

٢- هيئة النزاهة:- هيئة النزاهة هيئة مستقلة تم تشكيلها بموجب أمر سلطة الائتلاف رقم ٥٥ لسنة ٢٠٠٤ بأسم (مفوضية النزاهة العامة) ، وهي إحدى الهيئات الدستورية المستقلة التي نصت عليها المادة ١٠٢ من الدستور^(٣٦) ، و تتمتع بالشخصية المعنوية^(٣٧) ، ويمثلها رئيسها أو من يختاره الرئيس ويشكل مجلس النواب العراقي لجنة مؤلفة من ٩ أعضاء من لجنة النزاهة والقانونية لاختيار ثلاث مرشحين لمنصب الرئيس وهو يكون بدرجة وزير ولمدة ٥ سنوات . وينظم عملها

الآن القانون رقم ٣٠ لسنة ٢٠١١، الذي غير اسمها إلى (هيئة النزاهة).

كما تم تشكيل محاكم تحقيق النزاهة في عموم رئاسات محاكم الاستئناف الاتحادية في العراق لتؤدي وظيفتها بأجراء التحقيق في دعاوي جزائية تنطوي على قضايا فساد ويعدّ هذا الاختصاص النوعي لهيأة النزاهة من النظام العام فلا تجوز مخالفته ، وفي حالة التنازع بشأنه فأن محكمة التمييز هي جهة الفصل فيه^(٣٨).

٣- المفتش العام:- تم تشكيل مكاتب المفتشين العموميين في العراق بموجب الأمر ٥٧ الصادر عن سلطة الائتلاف المنحلة ، حيث نص القسم الثاني من الأمر على تشكيل مكاتب مستقلة للمفتشين العموميين تمكنهم من القيام بمهامهم بالتحقيق والتقييم والتفتيش ، وأي نشاط آخر للمراجعة على الأداء وفقاً للمعايير المهنية المعترف بها دولياً^(٣٩).

ويتم تعيين المفتش العام حالياً من قبل رئيس الوزراء^(٣٩)، ومصادقة مجلس النواب ويتم التعيين لمدة خمس سنوات قابلة للتجديد كما يمكن للوزير المعني أن يقبل المفتش العام^(٤٠) في حالة وجود سبب يبرر ذلك ويتم الإقالة بعد إعلام رئيس الوزراء ومجلس النواب ، ويمكن لمجلس النواب ابطال قرار الإقالة إذا وجد أنه غير مبرر^(٤١).

ويستطيع كل مكتب من مكاتب المفتشين العموميين إنشاء الهياكل التنظيمية المناسبة لتنفيذ المهام والوظائف المنوطة بهم^(٤٢) ، وعلى النحو الذي يتسم بالكفاءة والفاعلية، ومن هذه الأقسام (قسم التفتيش ، قسم التحقيق،

قسم قانوني، قسم العقود، القسم الهندسي، القسم المالي ، القسم الإداري، قسم المعالجة الإلكترونية..) وتلتزم كل وزارة بتوفير التمويل المناسب الخاص بمكاتب المفتشين العموميين التابع لها من ميزانيتها^(٤٣).

هذا ويرفع المفتش العام تقريره الى الوزير المعني مباشرة ، إلا إذا كان تقريره متضمناً شكوى على أداء الوزير، عندئذ يرفعه الى هيئة النزاهة .لذلك يكون نطاق عمل المفتشين العموميين محصور بالوزارات التابعين لها. وقد أكدت هيئة النزاهة العامة تمتع مكتب المفتش العام بمظاهر الاستقلال^(٤٤).

٤- ديوان الرقابة المالية الاتحادي :- وهو يعد من أقدم الأجهزة الرقابية في العراق ، وقانونه مر بالعديد من التعديلات التي لاجمال ذكرها .

المبحث الثاني

علاقة الأجهزة الرقابية مع السلطة التشريعية

هناك علاقة وثيقة تربط الجهاز الرقابي بالسلطة التشريعية أساسها أن نشاط الجهاز الرقابي إنما كان تلبية لرغبة البرلمان الملحة في إيجاد هيئة مستقلة عن السلطة التنفيذية لتتولى الرقابة على أعمالها وتعاون البرلمان في أداء دوره الرقابي وتقدم له تقارير محايدة عن أداء أجهزة السلطة التنفيذية^(٤٥).

وتقوم العلاقة بين البرلمان والأجهزة الرقابية على مسلمتين، الأولى أن البرلمان وعقب سنه للتشريعات المختلفة التي تصدر بشأن أجهزة السلطة التنفيذية ، وعقب تصديقه

أولاً:- تشريع البرلمان لقوانين الأجهزة الرقابية :

بما إن البرلمان هو الجهة الوحيدة التي تمتلك الحق بإصدار التشريعات، لذلك فهو الجهة الوحيدة القادرة على تحديد أحكام وقواعد الاختصاص المتعلقة بتلك الأجهزة. وبما أن التشريعات هي أساس عمل الأجهزة الرقابية ، فإن البرلمان يكون بيده إنجاح الجهاز الرقابي وبيده كذلك افشاله^(٤٨).

ويقع على عاتق الأجهزة الرقابية التزام أساسي مفاده احترام القوانين الرقابية الصادرة عن البرلمان والالتزام بالاختصاصات التي منحها القانون وعدم تجاوزها شأنها في ذلك شأن أي سلطة أخرى ، إلا أن الأجهزة الرقابية تتميز بكونها متحررة في بعض الأمور في الحالات الآتية :-

- ١- عند اختيار مواضيع الرقابة .
- ٢- عند التخطيط لعملياتها الرقابية .
- ٣- عند تنظيم وإدارة الجهاز الرقابي .

ثانياً:- الموافقة على تعيين رؤساء الاجهزة الرقابية واقتالهم:-

يتولى البرلمان في اغلب الدول التي أخذت بهذا النظام الموافقة على تعيين رؤساء الأجهزة الرقابية بناءً على ترشيح السلطة التنفيذية ، أو من لجنة خاصة تشكل لهذا الغرض ، ففي هولندا نص الدستور على أن "يعين المفوض الوطني ومفوض الاستئناف من قبل الغرفة الثانية للبرلمان وفقاً لما يضبطه القانون ويجري اغاؤهم بناءً على طلبهم لبلوغهم سن التقاعد التي يحددها القانون ، كما يمكن للغرفة

على ما تنوي تلك الأجهزة اتخاذه من سياسات وخطط وبرامج ، فإنه يصبح مطالباً بمباشرة اختصاصاته الرقابية للتأكد من التزام تلك الأجهزة بالتشريعات وأنها تسير بخطتها وبرامجها وسياساتها في المسار الصحيح، ولتحقيق ذلك تعدّ الأجهزة الرقابية أحد أهم المصادر التي يمكن أن تمد أعضاء البرلمان بمعلومات موضوعية ومستقلة وموثوق بها^(٤٩)

والمسلمة الثانية هي أن علاقة الجهاز الرقابي بالبرلمان تضمن للجهاز قوة إضافية في مواجهة الكافة ، كما تضمن له نفاذ اعماله ، ومدى مرونة علاقة الجهاز الرقابي بالبرلمان هو من يساهم في انجاح اعماله . لذلك لفهم هذه العلاقة سنحاول تسليط الضوء على اهم ما يربط البرلمان بالأجهزة الرقابية عن طريق الآتي:-

المطلب الأول

العلاقات التي يخضع بها الجهاز الرقابي للبرلمان

إن الخضوع المقصود في العلاقة بين الأجهزة الرقابية والبرلمان لا يقصد به الخضوع الإداري التدريجي على النحو المعروف في المركزية الإدارية ، حيث أن الأجهزة الرقابية لا تخضع للبرلمان خضوعاً رئاسياً، ولكن التبعية أو الخضوع المقصود بهذا الفرع هو أن تكون إحدى الجهات ملتزمة بواجب أتجاه الأخرى ، وإن يكون هذا الواجب قد فرضه القانون^(٤٧)، ومن اهم العلاقات التي ترجح بها كفة البرلمان على الجهاز الرقابي:-

ثالثاً:- الخضوع لرقابة البرلمان:-

نص دستور العراق لعام ٢٠٠٥ ”..ويرتبط ديوان الرقابة المالية ... بمجلس النواب ” كما نص على ”.. وهيأة النزاهة هيئات مستقلة تخضع لرقابة مجلس النواب، لذلك واستناداً لهذه النصوص يمتلك مجلس النواب الحق في الرقابة على اعمال الأجهزة الرقابية ، وتتم هذه الرقابة عن طريق متابعة أعمال الأجهزة الرقابية ، والتأكد من قيامها بأداء اعمالها على أتم وجه ، أما عن الألية التي تتم بها هذه الرقابة، فهي تكون عن طريق لجنة النزاهة ، إذ نصت المادة ٩٢ من النظام الداخلي لمجلس النواب على أنه ”تختص لجنة النزاهة بما يأتي :-... ، ثانياً :- متابعة ومراجعة عمل هيئات ومؤسسات النزاهة (هيأة النزاهة، دائرة المفتش العام، ديوان الرقابة المالية) وغيرها من الهيئات المستقلة.

رابعاً:-مسألة البرلمان رؤساء الأجهزة الرقابية:-

إذا ما وجد البرلمان وعن طريق متابعته لأعمال الأجهزة الرقابية أن هناك أي خلل أو مخالفات ،ي مكن عندها تحريك مسؤولية الأجهزة الرقابية^(٥٣)، وفي العراق نصت المادة ٦١ من الدستور العراقي ”لمجلس النواب حق استجواب مسؤولي الهيئات المستقلة وفقاً للإجراءات المتعلقة بالوزراء وله اعفائهم بالأغلبية المطلقة“^(٥٤). ونصت المادة ٢٤ من قانون ديوان الرقابة المالية الاتحادي ”لمجلس النواب استجواب رئيس الديوان وفقاً لإجراءات استجواب الوزراء المنصوص عليها في الدستور وله اعفائه من منصبه وفقاً لما منصوص عليه ”،، كما نص قانون هيئة

الثانية للبرلمان أن تقبلهم أو تعفيهم من مهامهم وفقاً للحالات التي يضبطها القانون ويقوم القانون بتحديد وضعتهم القانونية“^(٥٥) ، وفي العراق أكد قانون هيئة النزاهة في المادة الرابعة المتعلقة باختيار رئيس هيئة النزاهة بأن اختيار رئيس الهيئة يكون عن طريق تشكيل لجنة مؤلفة من تسع أعضاء من لجنة النزاهة والقانونية في مجلس النواب لاختيار ثلاثة مرشحين لمنصب رئيس الهيئة وبعدها يتم المصادقة على احدهم بالأغلبية المطلقة لعدد اعضاء مجلس النواب ،وللباحث بعض الملاحظات على هذا النص :-

٤- بالاطلاع على نص المادة ٦١ الفقرة خامساً من الدستور نصت على أن صلاحية مجلس النواب تقتصر بالموافقة

على تعيين ”...ب- السفراء واصحاب الدرجات الخاصة باقتراح من مجلس الوزراء ...“ لذلك فأن مجلس الوزراء له دور في تعيين العديد من الوظائف المهمة وليس له دور في تعيين رئيس هيئة النزاهة ، ويمكن حسب اعتقاد الباحث اشراك مجلس الوزراء في اللجنة المشكلة للاختيار.

٥-النص لم يبين الية الترشيح والاختيار ،هل يكون بالإعلان عن الوظيفة ؟ أم أن الأمر متروك للجنة المشكلة ؟^(٥٦). وهذا نقص بالتشريع على المشرع ان يتلافاه.

أما عن مسألة إقالة البرلمان لرئيس الجهاز الرقابي ، ففي الدنمارك يمكن للبرلمان أن يقيل الامبودسمان إذا لم يكن يتمتع بثقة البرلمان^(٥٧). وفي العراق نص قانون هيئة النزاهة على ”يعفى رئيس الهيئة بنفس الإجراءات التي يتم أعاء الوزير بموجبها“^(٥٨).

النزاهة“لمجلس النواب استجواب رئيس الهيئة وفقاً لإجراءات استجواب الوزراء المنصوص عليها في الدستور”، والملاحظ عن طريق دراسة النصوص الخاصة بمسؤولية رئيس الجهاز الرقابي أمام البرلمان في العراق ما يأتي :-

١- إن آلية المساءلة لا تختلف عن آلية مساءلة الوزراء .

٢- إن الجرائم التي يتساعل عنها رئيس الجهاز الرقابي غير محددة ، وهذا يمنح البرلمان سلطة تقديرية والحرية في مساءلته عن اي إجراء يراه مخالفاً للقانون أو فيه اضرار بالمصلحة العامة(٥٥)

٣-إن القانون قصر آلية المسألة على الاستجواب فقط دون الوسائل البرلمانية الأخرى (السؤال ،التحقيق البرلماني) فهل هذا يعني أن القانون قد قصر الأمر على وسيلة واحدة؟ وإذا كان الأمر كذلك ، فلماذا نص القانون على أن آلية المساءلة لا تختلف عن آلية مساءلة الوزراء على الرغم من أن آلية مساءلة الوزراء تتضمن كل الأدوات البرلمانية ؟ وإذا كان الأمر يشمل كل الوسائل البرلمانية فلماذا لم يتم النص عليها؟ صحيح أن الاستجواب يشمل كل الوسائل البرلمانية الأخرى ، حيث أن من يملك الاستجواب يملك السؤال والتحقيق البرلماني ، إلا أن الأمر مع ذلك بحاجة إلى تحديد حتى لا تبقى نصوص القوانين العراقية عرضه للتفسيرات والتأويلات.

فقد يفسر من يملك حق الاستجواب أنه لا يملك غيره، ومن ثم لا يكتفي بمجرد السؤال وإنما قد يستجوب رئيس الجهاز الرقابي عن

مواضيع عادية يمكن أن يوجه عنها سؤال فقط. ٤- إن إجراءات مجلس النواب تقتصر على رؤساء الأجهزة الرقابية دون الأعضاء. ويفهم من ذلك أن الجهاز الرقابي مسؤول مسؤولية تضامنية ، وأن الرئيس مسؤول عن كافة أعمال الجهاز الرقابي دون الأعضاء .

ومن الجدير بالذكر أن لجنة النزاهة قد مارست دورها في الرقابة على أعمال هيئة النزاهة عندما اتهمت رئيس هيئة النزاهة القاضي راضي الراضي بالفساد؛ الأمر الذي أدى إلى هروبه خارج العراق(٥٦)

خامساً:- مرور شكاوى الجهاز الرقابي على البرلمان:-

جعلت بعض الدول العلاقة بين البرلمان والجهاز الرقابي تتجسد بكون البرلمان هو الحلقة الأولى التي يجب اجتيازها للوصول إلى الجهاز الرقابي ، ففي بريطانيا على سبيل المثال لا يمكن تقديم الشكوى إلا عن طريق عضو البرلمان الذي يقوم بدراستها بشكل دقيق ، ويمكن أن يقوم بمعالجتها بنفسه أو إحالتها إلى الجهاز الرقابي ، فهو يكون بمثابة مصفاة للحد من سيل الشكاوى التي تقدم إلى المفوض البرلماني(٥٧) . وكذلك الحال في فرنسا ، إذ يتم تقديم الشكوى إلى احد أعضاء البرلمان كما أن أعضاء البرلمان يمكنهم أن يرفعوا الشكوى مباشرة إلى الوسيط بصفتهم البرلمانية عن بعض الأمور التي تدخل في مجال اختصاصه ، كما أن رئيس مجلس الشيوخ ورئيس الجمعية الوطنية يمكنهم أن يحيلوا إلى الوسيط الفرنسي بعض الشكاوى التي قدمت أساساً إلى احدى اللجان البرلمانية في البرلمان الفرنسي من أجل استطلاع رأيه فيها رغم أن الأفراد لم يقدموها إلى الوسيط(٥٨).

أما في العراق ، فلا توجد مثل هذا النوع من العلاقة بين البرلمان والجهاز الرقابي ، إذ يمكن للمواطن أن يقوم بمراجعة الجهاز الرقابي مباشرة دون الحاجة لمراجعة مجلس النواب، ويعتقد الباحث أن مراجعة الجهاز الرقابي مباشرة في الدول النامية أفضل من مراجعة البرلمان ، حيث أن أعضاء البرلمان في الدول النامية عادة ما يختفون بعد الانتخابات، ويجد المواطن العادي صعوبة بالغة في الاتصال بهم، ولو ترك تقديم الشكاوى إلى الجهاز الرقابي عن طريقهم لما استطاع الجهاز الرقابي العمل .

سادساً :- استدعاء البرلمان لأعضاء الجهاز الرقابي:-

نصت قوانين بعض الأجهزة الرقابية على إمكانية قيام البرلمان باستدعاء رئيس الجهاز الرقابي لحضور جلسات مناقشة التقارير التي أعدها الجهاز ، ففي الإمارات العربية المتحدة على سبيل المثال نص قانون ديوان الرقابة المالية ” لرئيس المجلس الوطني الاتحادي أن يدعو رئيس الديوان لحضور جلساته التي تناقش فيها تقارير الديوان ويكون لرئيس الديوان الادلاء بوجهة نظره في المسائل محل المناقشة وما تقدمه الحكومة من إجابات أو بيانات متعلقة بها “^(٩٠)، أما في العراق فلم تنص قوانين الأجهزة الرقابية على هذه الحالة، ويقترح الباحث ضرورة النص عليها لأنها تحمل في طياتها مظهراً للديمقراطية. وحتى لا نرجع في كل شيء إلى القواعد العامة وإنما لآداب من وجود نص قانوني .

سابعاً:-تقديم التقارير الرقابية للبرلمان :-

يلتزم الجهاز الرقابي في كافة الدول بتقديم تقرير الى البرلمان قبل نهاية السنة بمدة مناسبة^(٩١)، وتأتي أهمية الجهاز الرقابي

بالنسبة للبرلمان عن طريق هذه التقارير التي تتضمن المعلومات والتفصيلات عن نشاط الحكومة ، ولولا التقارير الرقابية التي يعدها الجهاز الرقابي حول أعمال السلطة التنفيذية لما استطاع البرلمان أن يمارس سلطته الرقابية على الحكومة ، وبالنسبة للجهاز الرقابي ذاته فإن حق رفع التقارير إلى البرلمان يتضمن فرصة أكبر لإدخال توصياته حيز التنفيذ ، حيث أن رفع التقارير للبرلمان يعطي للأجهزة الرقابية قوة إضافية في مواجهة الإدارة التي تتخوف من عرض مخالفتها أمام البرلمان ولولا هذه المساندة من جانب البرلمان لما استطاع الجهاز الرقابي أن يعمل ولما كانت لأعماله أهمية تذكر^(٩٢) .

وقد لاحظ الباحث في موضوع التقارير الرقابية المسائل الآتية :-

١-لم يبين القانون الجهة الأولى التي يقدم إليها التقرير الرقابي وفيما إذا كان بإمكان الأجهزة الرقابية أن تقوم بنشر التقرير قبل رفعه إلى السلطة التشريعية.

٢-لم يبين القانون شكل التقرير المرفوع إلى مجلس النواب ، هل هو مشابه إلى التقرير المنشور في وسائل الإعلام ام يختلف ؟

٣-لم يبين القانون الحكم في حالة اعتراض الإدارة على المعلومات الواردة في التقرير.

لذلك يقترح الباحث أن يتضمن القانون مسار التقارير الرقابية وأن التقرير يذهب أولاً إلى مجلس النواب ، وأن يتضمن التقرير المرفوع إلى مجلس النواب كافة الوثائق التي تثبت المخالفات المثبتة في التقرير ، كما يجب أن يتضمن القانون الألية التي يمكن للإدارة أن تعترض على المعلومات الواردة في التقرير وأن تكون عن طريق تقديم اعتراض إلى

الجهاز الرقابي وكذلك البرلمان وأن يرفق مع الاعتراض الإدلة التي تثبت عدم صحة المعلومات الواردة في تقرير الجهاز الرقابي.

المطلب الثاني

خضوع البرلمان للجهاز الرقابي

من المعلوم أن البرلمان يمثل الإرادة الشعبية ، وبالتالي لا يمكن تصور خضوعه أو التزامه اتجاه سلطة أخرى ، إلا أن هذا الالتزام يمكن أن يتحقق إذا ما كان يصب في مصلحة الشعب ، فكل السلطتين (البرلمان والجهاز الرقابي) يعملان لمصلحة الشعب ، ومع ذلك تبقى مظاهر خضوع البرلمان اتجاه الجهاز الرقابي محدودة مقارنة بمدى خضوع الجهات الأخرى اتجاه البرلمان ، وأبرزها الآتي :-

أولاً:- تقديم كشف المصالح المالية:-يلتزم جميع أعضاء السلطة التشريعية بتقديم كشف إلى هيئة النزاهة عند نهاية كل سنة عن أموالهم ووضعهم الاجتماعي^(٦٢) ، وهذا الالتزام الذي يقع على كافة أعضاء السلطة التشريعية هو للوقوف على الوضع المالي لعضو البرلمان ، وفيما إذا كان قد تربح على حساب المال العام أو استفاد من الامتيازات الممنوحة له بحكم منصبه، وفي ذلك نص قانون هيئة النزاهة عند تعدادها للمكلفين بتقديم الكشف على "ثانياً:- أعضاء السلطة التشريعية.."^(٦٣) وإذا ما تم اكتشاف أي زيادة غير مبررة يمكن للجهاز الرقابي اتخاذ الإجراءات القانونية ، حيث نص قانون هيئة النزاهة على أن "ترفع الهيئة أمر من تنسب إليه كسباً غير مشروع إلى قاضي التحقيق الذي يقيم المكلف ضمن اختصاصه المكاني ، لينظر في تكليفه بأثبات مصادر مشروعة للزيادة التي ظهرت في أمواله أو في أموال زوجته أو في أموال احد اولاده التابعين

له خلال مدة يحددها على أن لا تقل عن ٩٠ يوماً"^(٦٤)

ثانياً:-تقييم الجهاز الرقابي لإجراءات البرلمان:-في النزويج يمكن للجهاز الرقابي في حالة تولد بعض الشكوك عنده عن تصرف غير طبيعي داخل البرلمان كأن يكون هناك نقص في الاعمال التحضيرية لتشريع معين أن يقوم بتفحص الموضوع بشكل دقيق وابداء رأيه واعتراضه وتنظيم ذلك بتقرير خاص يرسل إلى البرلمان ولا ينشر هذا الموضوع في التقرير السنوي^(٦٥)، وفي العراق لا يوجد مثل هذا النص في قوانين الأجهزة الرقابية، ويقترح الباحث إمكانية الأخذ به لما له من أهمية كبيرة في تنظيم الإجراءات البرلمانية خاصة وأن العراق اليوم يعاني من خلل كبير في هذه الإجراءات ، لذلك يمكن الاستفادة من خبرة الجهاز الرقابي في انتقاد اجراءات البرلمان وتوعية الرأي العام بما يحصل في جلساته من قصور.

ثالثاً:- التزام البرلمان بتوصيات الجهاز الرقابي وارانته المتعلقة بحقوق الإنسان:-الجهاز الرقابي يتولى الدفاع عن حقوق المواطنين الواردة في الدستور، وقد تعدد هذه الوظيفة من اهم وظائف الجهاز الرقابي في الدول المتقدمة، ففي اسبانيا يعدّ مدافع الشعب بمثابة المندوب السامي للمواطنين في البرلمان، إذ نص قانون مدافع الشعب الإسباني " أمين المظالم هو المندوب السامي في البرلمان يعينه لهم للدفاع عن الحقوق الواردة في الباب الأول من الدستور ،"^(٦٦). لذلك يلتزم البرلمان بالأخذ بتوصيات المدافع المتعلقة بالحقوق والحريات أو على اقل تقدير يعمل على تقريب وتنسيق إجراءاته مع طلبات المدافع ، لذلك لا تجد غرابة في حضور رئيس الجهاز الرقابي في

الدول المتقدمة جلسات البرلمان عند مناقشة مشاريع القوانين المتعلقة بحقوق الإنسان ، إذ يلتزم البرلمان بدعوته لهذه المناقشات ، أما في الدول النامية بشكل عام والعراق بشكل خاص ، فلا توجد مظاهر لممارسة الجهاز الرقابي مثل هذه الصلاحيات ، لذلك ترى اغلب القوانين التي تصدر لا يراعى فيها حقوق الإنسان ولا ينكشف ذلك إلا بعد التطبيق وحصول اضرار بالمواطنين .

المطلب الثالث

العلاقات التعاونية مع البرلمان

ليس الغرض من التعاون تنمية الصداقات والعلاقات الاجتماعية بين الأجهزة الرقابية والبرلمان ، إذ إن هذا النوع من التعاون هو المحظور الذي يجب عدم الوقوع فيه خشية من تأثر مبادئ الحياد والنزاهة والموضوعية ، وبالتالي حدوث اختلال في عدالة الرأي الذي يبيده الجهاز الرقابي ، إن المقصود بالتعاون هو اتخاذ الاجراءات التنسيقية التي من شأنها أن تؤدي في مجملها إلى تحقيق اهداف الجهاز الرقابي.

وهناك العديد من مظاهر العلاقات التعاونية التي تربط الأجهزة الرقابية مع البرلمان والتي لها اهمية كبيرة في عمل الجانبين ، يمكن تسليط الضوء عليها بالآتي :-

اولاً:- اقتراح القوانين:-

إن اجهزة الرقابة الخارجية تتولى تنفيذ القوانين والرقابة عليها في شتى المجالات ، وفي ضوء الأبحاث والدراسات التي تعدها والتي تبين عن طريقها عدم ملاءمة قانون ما لمقتضيات المصلحة العامة تكون الأجهزة

الرقابية على دراية تامة بما تريد عرضه أمام البرلمان من اقتراحات بشأن مشروعات قوانين ترى ضرورتها للعمل بسهولة أكبر ، كما تستطيع تقديم التوصيات اللازمة بشأن سد الثغرات التي تصيب التشريعات السارية^(٦٧)

وعن دور الأجهزة الرقابية في اقتراح القوانين ، يتبين أنه بالنسبة لحق الجهاز الرقابي باقتراح القوانين العادية انقسمت الدول إلى قسمين ، الأول أعطى للجهاز الرقابي الحق باقتراح مشروعات القوانين مباشرة ، وقد برر هذا الحق بأن الأجهزة الرقابية تمتلك الخبرة والدراسة التي تمكنها من تقدير ما هو أفضل للمجتمع ، وبالتالي تقترحه على البرلمان ، ففي السويد على سبيل المثال أكد قانون الامبودسمان على أن تدخل من ضمن اختصاص الامبودسمان مسألة الكشف عن أوجه القصور أو التعارض في القوانين واللوائح والعمل على تعديلها^(٦٨) ، كما يقوم بدراسة التشريعات القائمة ويحيط البرلمان بما يراه لازماً من التعديلات والمقترحات ، ويقوم بتقديمها أما عن طريق التقرير السنوي للبرلمان أو عن طريق تقرير مستقل ، وفي فرنسا يقوم الوسيط ومنذ عام ١٩٧٦ بتطوير سياسة المؤسسات العامة، إذ يقوم بصياغة ما يراه ضرورياً لسد القصور في التشريع ويقدم مقترحاته للبرلمان لدراستها والنظر في إمكانية تبنيها كتشريعات^(٦٩)

أما القسم الثاني من الدول فإنه لم ينص صراحة على هذا الحق ، إلا أنه عن طريق قراءة نصوص القوانين نلاحظ أن الأجهزة الرقابية في تلك الدول تمتلك الحق أن توجه انتباه البرلمان إذا ما وجدت أي قصوراً أو نقص في التشريعات ، ففي الدنمارك اشار القانون رقم ٤٧٣ لسنة ١٩٩٦ على أن المحقق البرلماني وإذا ما وجد أن هناك قصور في

القوانين السارية المفعول أو القرارات الإدارية فيجب عليه الإبلاغ عنه للبرلمان أو الوزير المعني وبالنسبة للقصور في القرارات الصادرة من البلديات والمحافظات فيجب على المحقق البرلماني الإبلاغ عنه لإدارة البلدية أو مجلس المحافظة^(٧٠)، وفي مصر نص قانون الرقابة الإدارية على "متابعة تنفيذ القوانين والتأكد من أن القرارات واللوائح والأنظمة السارية وافية لتحقيق الغرض منها" ^(٧١)

أما بالنسبة إلى اقتراح مشروعات القوانين المتعلقة بالعمل الرقابي، فيكون دور الجهاز الرقابي أكثر وضوحاً إذ أن الأجهزة الرقابية ادري بالقوانين التي تحتاجها في أعمالها الرقابية، ففي العراق نص قانون هيئة النزاهة على "إعداد مشروعات قوانين فيما يساهم في منع الفساد أو مكافحته ورفعها إلى السلطة التشريعية المختصة عن طريق رئيس الجمهورية أو مجلس الوزراء أو عن طريق اللجنة البرلمانية المختصة بموضوع التشريع المقترح"^(٧٢).

ثانياً: تفسير القوانين :-

اتناء عمل الأجهزة الرقابية قد تبرز ضرورة ملحة أمامها لتفسير بعض القواعد القانونية التي سبق وأن فسرت تفسيراً خاطئاً أو غير دقيق، ولهذا الدور أهمية بالغة، إذ أنها بمثابة رقابة وقائية لحل الخلافات المستقبلية التي قد تحدث بشأن هذه القاعدة، أما عن أساس سلطة التفسير، فقوانين الأجهزة الرقابية في الغالب لم تنص عليها صراحة، وإنما تقوم الأجهزة الرقابية بذلك عن طريق الاستشارات والتوصيات التي تطلب منها وهذا يجعل تفسيرات الأجهزة الرقابية غير ملزمة ويمكن للإدارة مخالفتها^(٧٣)

ومن الجدير بالذكر أن التفسيرات التي يقدمها الجهاز الرقابي ليست فقط لحل الخلافات الحاصلة بين الأفراد والإدارة، ولكنها في كثير من الأحيان تتم بمبادرة الجهاز الرقابي، عندما يقوم بدراسة بعض القواعد القانونية وهو بذلك يعمل ضمن اطار سلطته الولائية التي هي من الوظائف الأساسية للجهاز الرقابي التي لا تقل أهمية عن وظائفه الأخرى، حيث أنه بذلك يحقق وحدة التفسير بين الهيئات المختلفة ويجاد اتفاق في طريقة العمل .

ثالثاً:- الاعتراض على مشاريع القوانين :-

ففي فنلندا على سبيل المثال يحق للامبودسمان الاعتراض على مشروع القانون أمام رئيس الدولة قبل المصادقة عليه، وفي هذه الحالة على رئيس الدولة إحالة المشروع المعارض عليه إلى المحكمة العليا للنظر فيه، وفي حالة اتفاق رأي المحكمة العليا مع رأي الامبودسمان فإن رئيس الدولة يرفض القانون ويعيده للبرلمان^(٧٤). وفي اسبانيا أعطى الدستور الاسباني لمدافع الشعب الحق بأن يطعن أمام المحكمة الدستورية بعدم دستورية قرار أو قانون معين، أما العراق فلم ينص على مثل هذه الحالة، لذلك يقترح الباحث اعطاء احد الأجهزة الرقابية مثل هذا الحق للاستفادة من خبرتها في هذا المجال، فقد يعطي الجهاز الرقابي بعض الملاحظات التي قد تكون غائبة عن انظار البعض كما أنه لا ضير من أعطائه هذا الحق طالما سيتم دراسة ملاحظاته من الجهات المسؤولة.

رابعاً:- تعديل القوانين :-

في السعودية يستطيع ديوان المظالم تقديم اقتراحاته إلى الملك ومجلس الوزراء بما يراه من اجراءات كفيلة بتقديم بعض الأمور^(٧٥)، وهذا يستوعب كل ما يمكن أن يقدمه الديوان

من تعديل للتشريعات ، وفي مصر فإن هيئة الرقابة الإدارية بإمكانها تقديم مقترحاتها بتعديل القوانين إلى مجلس الوزراء التي تتوصل إليها عن طريق بحثها في الشكاوى المعروضة أمامها أو عن طريق ما تقوم به من دراسات قانونية خاصة بها، وللمجلس اتخاذ ما يراه مناسباً بشأن هذه الاقتراحات. وفي العراق نصت المادة ٤ من النظام الداخلي لديوان الرقابة المالية "يرأس الدائرة القانونية موظف بعنوان مدير عام حاصل على شهادة جامعية أولية في الأقل في القانون تتولى تقديم المشورة القانونية ودراسة القوانين والأنظمة والتعليمات المعروضة على الديوان"، كما نصت المادة ٤ أولاً "ج : دراسة التشريعات المالية والإدارية وتقديم المقترحات والتوصيات المناسبة في شأنها"، ويلاحظ أن الصلاحيات الممنوحة إلى الأجهزة الرقابية في العراق لا تتضمن اقتراح التعديل صراحة وأن دورها في عملية تعديل القوانين يتم عن طريق التوصيات والاستشارات التي تقدمها والتي تتمتع بالسمعة الحسنة بين سلطات الدولة ، لذلك يقترح الباحث اعطاء الأجهزة الرقابية الحق في اقتراح تعديل القوانين صراحة إذا ما وجدت أي قصور فيها وأن تقدم هذا الاقتراح إلى الجهات المختصة التي تتولى عرضه على البرلمان .

خامساً: متابعة البرلمان لتقارير الأجهزة الرقابية :-

يعدّ البرلمان من أهم الجهات التي تتولى متابعة التقارير التي يصدرها الجهاز الرقابي لغرض التأكد من إجراءات الإدارة بصدد المخالفات المذكورة في هذه التقارير ، ففي السويد اوجبت المادة ٢٥ من قانون الامبودسمان ، على الامبودسمان أن يقدم إلى البرلمان كافة الوثائق والمستندات ومحاضر

الجلسات وشرطة التسجيل والصحف المتعلقة بالقضايا المذكورة في التقرير ثم يقوم البرلمان بإحالة التقرير وما يتضمنه إلى اللجنة البرلمانية الدستورية التي تقوم بفحص المعلومات المدرجة فيه ومن ثم تقوم بتقديم نتائجها إلى البرلمان متضمنة توصياتها عن كل فقرة من فقرات التقرير ، ويقوم البرلمان بعدها ببحث كل فقرة في جلساته^(٧٦). وفي بريطانيا فإن المفوض البرلماني بعد ان يقدم تقريره إلى البرلمان ، يقوم الأخير بتعيين لجنة من الاحزاب المؤتلفة تكون مهمتها دراسة هذا التقرير وعرض آرائها ومعالجتها وتوصياتها والتي تستند إلى أدلة تحصل عليها من الجهات المختصة، اما في العراق ، فالمسألة تم تنظيمها بنص غير واضح وهو نص المادة ٩٢ من النظام الداخلي لمجلس النواب على أنه "تختص لجنة النزاهة بما يأتي :-... ، ثانياً :- متابعة ومراجعة عمل هيئات ومؤسسات النزاهة (هيئة النزاهة - دائرة المفتش العام - ديوان الرقابة المالية) وغيرها من الهيئات المستقلة، فهل أن هذه المتابعة والمراجعة تشمل متابعة تنفيذ توصيات الجهاز الرقابي في التقرير السنوي ؟ لذلك يقترح الباحث تنظيم المسألة بطريقة أكثر وضوحاً، ويقترح الباحث الأخذ بما نصت عليه المادة ٢٥ من قانون الامبودسمان السويدي ، ولا يؤيد الباحث الأخذ بما هو مطبق في بريطانيا نظراً للاختلاف الجذري لكيفية عمل الاحزاب السياسية في العراق عنها في بريطانيا وخوفاً من تشويه النموذج المطبق هناك . حيث لو ترك أمر متابعة تقارير الأجهزة الرقابية إلى لجنة تتألف من الأحزاب السياسية في العراق ، فلا نعلم ما يمكن أن يحدث، فقد نجد اللجنة لازالت تناقش إلى هذا اليوم أول تقرير صدر

من الجهاز الرقابي دون أن تصل إلى حل.

سادساً:- اصدار القوانين التي يحتاجها الجهاز الرقابي:-

وباعتقاد الباحث أن التعاون الحاصل بين الجهاز الرقابي والسلطة التشريعية له أهمية كبيرة في تطوير العمل الرقابي إذ إن هذا التعاون يمكن الجهاز الرقابي من ملاءمة التجارب الدولية في المجال الرقابي مع الظروف الداخلية عن طريق القوانين التي يصدرها البرلمان والتي تتعلق بالجانب الرقابي . فإذا ما وجد الجهاز الرقابي بعض المتطلبات الدولية التي لا بد من وجودها لتطوير عمله الرقابي فيمكنه عندها أن يطلب من البرلمان اصدار التشريع الملئم الذي يغطي هذه المتطلبات . ومرونة العلاقة بين الجهاز الرقابي والبرلمان هي التي تحكم سرعة اصدار هذه القوانين.

سابعاً:- البيان السنوي لرئيس الجهاز الرقابي امام البرلمان:-

إن البيان السنوي الذي يلقيه رئيس الجهاز الرقابي أمام البرلمان يعدّ مصدرأ مهمأ في مناقشات اعضاء البرلمان. إذ يعرض عن طريقه أعمال الجهاز الرقابي، وما تم اكتشافه من قصور في جميع الميادين التي راقب على اعمالها كذلك يبين رئيس الجهاز الرقابي عن طريق البيان الخطوط العامة لما سيقوم به الجهاز في المستقبل ، الأمر الذي يجعل من أهمية هذا البيان لا تقل عن أهمية التقارير الرقابية التي يصدرها الجهاز ، فهو يساعد البرلمان في توفير المعلومات.

لذلك نصل إلى أن فعالية الرقابة الحكومية والامتياز الرقابي الذي يتمتع به البرلمان يعتمد كلاهما إلى حد كبير على تعاون الجهاز الرقابي والبرلمان فيما بينهما ، فإذا تبنى الجهاز الرقابي

والبرلمان موقفاً مشتركاً تجاه الإدارة فأن التوصيات الصادرة عن الجهاز الرقابي يمكن أن تدخل حيز التنفيذ بسهولة أكبر إذا ما ساندته البرلمان، ومن جهة اخرى يكون البرلمان في مركز افضل لممارسة امتياز الرقابي بفاعلية إذا ما اعتمد على تقارير الأجهزة الرقابية وأعمالها الدقيقة.

الخاتمة

إن وجود الجهاز الرقابي هو للتأكد من تطبيق القانون الذي اصدره المشرع ، وقد تحقق ذلك عن طريق إيجاد جهة تنظر إلى القانون من وجهة نظر مشرعه وليس بروح التنفيذ التي تنظر عن طريقها السلطة التنفيذية، وكان الجهاز الرقابي قادر على اظهار إرادة المشرع الحقيقية أكثر من السلطة التنفيذية اثناء تنفيذها للقانون، فهذه الجهة الرقابية هو التأكد من التطبيق الصحيح للقانون وفهم روح التشريع وحماية المصلحة التي ارادها المشرع من تشريعه للقانون ، فهو بقربه من السلطة التنفيذية ومراقبة التطبيق اليومي للقانون من جهة ، وقربه من السلطة التشريعية وفهمه لروح المشرع يكون الجهاز الرقابي قادراً أكثر من أي مؤسسة أخرى مراقبة تنفيذ القانون ، وقد لا يبالغ الباحث إذا قال أنه أفضل من كلا السلطتين (التشريعية والتنفيذية) في ضمان هذا التطبيق .

١- ضرورة نص قوانين الأجهزة الرقابية على الجهة الأولى التي يقدم إليها تقرير الأجهزة الرقابية ، وإن يبين القانون صراحة شكل التقرير الذي يرفع إلى البرلمان وأنه مختلف عن التقارير التي ترفع لوسائل الإعلام والجمهور بكون التقرير الذي يرفع إلى البرلمان يتضمن كافة الأدلة والوثائق التي تثبت صحة

الوحدة أيضاً توحيد الآراء الاستشارية و يمنح لها الحق بمفاتيح رئيس الجهاز الرقابي في حالة إذا م وجدت أي تعارض أو اختلاف في هذه الاستشارات .

ضرورة النص في قوانين الأجهزة الرقابية على أن الجهاز الرقابي عليه واجب مشترك مع الإدارة في عدم تنفيذ المشاريع ، وأنه يجب عليه ابلاغ البرلمان عن أي قصور يحدث في التنفيذ وأن لا يعتمد فقط على التقارير الرقابية لأعلام البرلمان وإنما يجب أن يقوم بإصدار تقارير خاصة لهذا الغرض .

٥- ضرورة نص قوانين الأجهزة الرقابية على قيام الجهاز الرقابي بأشعار الجهة التي يتبعها الموظف عن كل إجراء يتم اتخاذه بشأنه ، وذلك لكي تكون الإدارة المعنية على علم بالموقف القانوني لموظفيها ويقترح الباحث تطبيق التجربة الكندية في هذا المجال بعدد جلسة تشاور مع الوزير المعني بشأن الموظف ومناقشة الحقائق وما سيتم اتخاذه بحق الموظف.

النص صراحة في قوانين الأجهزة الرقابية على إمكانية استعانة القضاء بخبرات الأجهزة الرقابية وعدم ترك الأمر للسلطة التقديرية للجهاز الرقابي عند طلب القاضي هذه الاستشارات أو الخبرات.

الهوامش

1-www.mnbasher.info

٢- فريك كيلر : العلاقة بين الأجهزة العليا للرقابة والبرلمان، بحث منشور في مجلة الرقابة الدولية، العدد ٦ سنة ٢٠٠٧ ص ١٤٥ .

٣- في العراق على سبيل المثال لا يمنع كون الدعوى من قضايا الفساد قيام قاضي التحقيق بأجراء التحقيق فيها دون ان يتوقف ذلك على اذن الهيئة ، وهو ملزم فقط بأعلام الهيئة التي تمتلك سلطة تقديرية في تحمل مسؤولية التحقيق في اي وقت تشاء .

المعلومات الواردة في التقرير وكذلك يجب أن ينص القانون صراحة على حق الإدارة بالاعتراض على المعلومات الواردة في التقرير ويجب أن يحدد الجهة التي يتم فيها الاعتراض ولضمان عدم حصول فوضى أو تضارب في الآراء يقترح الباحث أن يتم النص على عرض التقرير على البرلمان أولاً ثم الدائرة ثم يعرض على وسائل الإعلام ويكون متاحاً للجمهور .

٢- النص في قوانين الأجهزة الرقابية على اختصاص الجهاز الرقابي في تقييم اجراءات البرلمان كالأعمال التحضيرية وجلسات البرلمان وغيرها على غرار ما موجود في السويد حيث أن العراق يعاني من نقص وتأخير كبير في هذه الإجراءات لذلك لابد من قيام الجهاز الرقابي بتقييم هذه الأعمال وذكرها في التقرير لتوعية الرأي العام بما يحصل في جلسات البرلمان .

٣- إعطاء الجهاز الرقابي الحق باقتراح تعديل القوانين كما هو الحال في مصر والسعودية ، وذلك من أجل الاستفادة من خبرات الجهاز الرقابي في هذا المجال .

٤- يقترح الباحث أن يقوم الجهاز الرقابي بإصدار كتيب أو دليل يبين فيه بعض من الاستشارات أو الآراء المهمة التي اصدرها خلال السنة والمستندة إلى القوانين والآراء الفقهية والتجارب في الدول الأخرى ، ويوزع هذا الدليل على جميع الدوائر ليتسنى اطلاع الجميع عليها ومعرفة رأي الجهاز الرقابي ووجهة نظره ليتسنى لها تطبيق هذا الرأي دون الحاجة إلى مفاتيح الجهاز الرقابي في المستقبل ، كما يقترح الباحث تشكيل شعبة أو وحدة في كل جهاز رقابي تتولى تجميع الآراء الاستشارية التي اصدرها الجهاز الرقابي وفروعه في جميع انحاء البلاد وتتولى هذه

- ٢٠- رياض الزهيري: الهيئات المستقلة في العراق، مكتبة السيبان، بغداد، ٢٠١٣، ص٢.
- ٢١- نصت المادة ١٠٢ من دستور العراق على "تعد المفوضية العليا لحقوق الإنسان، والمفوضية العليا المستقلة للانتخابات وهيئة النزاهة هيئات مستقلة تخضع لرقابة مجلس النواب وتنظم اعمالها بقانون"، كما نصت المادة ١٠٣ ".....وديون الرقابة المالية..... هيئات مستقلة ماليا واداريا؛..."
- ٢٢- اورده عبد الله حنفي: السلطات الادارية المستقلة، مصدر سابق، ص٢١.
- ٢٣- عز الدين العيساوي: الهيئات الادارية المستقلة في مواجهة الدستور، بحث منشور على شبكة المعلومات www.startimes.com/?t=23292005
- ٢٤- رياض الزهيري: الهيئات المستقلة في العراق، مكتبة السيبان، بغداد، ٢٠٠٤، ص٨.
- ٢٥- القرار رقم ٨٨-اتحادية ٢٠١٠ والصادر في ١٨-١-٢٠١١ منشور في مجموعة احكام وقرارات المحكمة الاتحادية العليا لسنة ٢٠١٠ ص٢٣.
- ٢٦- القرار رقم ٨٨-اتحادية ٢٠١٠ والصادر في ١٨-١-٢٠١١ منشور في مجموعة أحكام وقرارات المحكمة الاتحادية العليا لسنة ٢٠١٠ ص٢٣.
- ٢٧- هشام جميل كمال: الهيئات المستقلة وعلاقتها بالسلطة التشريعية، اطروحة دكتوراه، جامعة تكريت، ٢٠١٢، ص٣٥.
- ٢٨- عبد الغني بسيوني: التنظيم الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٤، ص٢٩.
- ٢٩- جورج فيدل وبيار دلفولفي: القانون الإداري، الجزء الثاني، ترجمة منصور القاضي، الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ٢٠٠١، ص٣٤٤.
- ٣٠- طعيمة الجرف: القانون الإداري، مصدر سابق، ص١١٦.
- ٣١- المادة ٢ من قانون رقم ٥٤ لسنة ١٩٦٤ المعدل.
- ٣٢- رحيمة العكيلي: علاقة هيئة النزاهة بغيرها من الأجهزة الحكومية، بحث منشور على شبكة المعلومات، ٢٠١٢، ص٢.

- ٤- ماجد محمد الخزرجي: استقلالية الأجهزة العليا للرقابة المالية والمحاسبة، بحث منشور في مجلة الرقابة المالية، س١٤، العدد ١٩٨٨، ص٣٣، ص٢.
- ٥- المادة ٣٨ من اتفاقية الامم المتحدة لمكافحة الفساد.
- ٦- الدكتور محمد رسول المعموري: الرقابة المالية العليا، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الاولى، ٢٠٠٥، ص٥٤.
- ٧- ماجد محمد الخزرجي: استقلال الاجهزة العليا للرقابة المالية والمحاسبة، بحث منشور في مجلة الرقابة المالية، ديوان الرقابة المالية السوري، السنة ٤ - العدد ٣٣-١٩٨٨، ص٢.
- ٨- نواف كنعان: مبادئ القانون الاداري وتطبيقاته في دولة الإمارات العربية المتحدة، مصدر سابق، ص٧٨.
- ٩- ماجد راغب الحلوي: ع لم الإدارة العامة، مصدر سابق، ص١٣١.
- 10-Bernad Schwartz, the perlamantery commissioner and his office the bre-tishombedesman in operation.colompya un, 1973, p1.
- ١١- جعفر عبد السادة بهير: التوازن بين الحرية والسلطة في الانظمة الدستورية، اطروحة دكتوراه، جامعة بغداد، ٢٠٠٦، ص٨.
- ١٢- القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٩ المادة ٦٢.
- ١٣- عبد الله حنفي: السلطات الادارية المستقلة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠، ص٥.
- ١٤- المادة ٣ من الاعلان العالمي لحقوق الانسان.
- ١٥- علما، إن الدول تطلق عدة تسميات اخرى على هذه الاجهزة مثل (سلطات-هيئات -دواوين-جهاز... الخ).
- ١٦- القسم الخامس من اعلان ليما
- ١٧- ابراهيم حميد كامل: الاختصاص الجنائي لهيئة النزاهة في العراق، رسالة ماجستير، جامعة النهدين، ٢٠١٣، ص٣٨.
- ١٨- القسم السادس من اعلان ليما
- ١٩- المادة ٧٨ الفقرة أ من دستور هولندا لعام ٢٠٠٢.

للجان النوعية بحث منشور على شبكة المعلومات على الرابط www.eaddla.org ،
٤٧- رائد الجابري: الرقابة الإدارية، بحث منشور على شبكة المعلومات، ص٤.

٤٨- اكد اعلان بالي الصادر عن منظمة الاسيوساي عام ١٩٨٨ على ضرورة ان يكون للأجهزة الرقابية السلطة والدعم القانوني الذي يمكنها من الرقابة.
٤٩- المادة ٧٨/ ٢/أ من دستور المملكة الهولندية لعام ٢٠٠٢ النافذ.

٥٠- عبد الأمير كاظم عمّاش: السياسة الجنائية في جرائم الفساد الإداري والمالي في القانون العراقي، رسالة ماجستير، جامعة بابل، ٢٠١٢، ص١٥٩.

٥١- المادة ٣ من قانون رقم ٤٧٣ لسنة ١٩٩٦

٥٢- المادة ٧ الفقرة ٢ من قانون هيئة النزاهة رقم ٣٠ لسنة ٢٠١١ النافذ.

٥٣- رمضان محمد بطيخ: التطبيقات العملية لضوابط الحصانة البرلمانية ووسائل واجراءات البرلمان الرقابية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣، ص٧١.

٥٤- الفقرة ١٨هـ من دستور جمهورية العراق ٢٠٠٥.

٥٥- وفي الدنمارك نصت المادة ٢٩ الفقرة ١ من قانون امين المظالم "اذا كانت الظروف تؤدي الى الشك في نزاهة امين المظالم يجب احالة الامر الى لجنة الشؤون القانونية في الفولكتينغ"

٥٦- صباح عبد الكاظم شبيب: دور السلطات العامة في مكافحة ظاهرة الفساد الإداري في العراق، اطروحة دكتوراه، جامعة بغداد، ٢٠٠٨، ص٢٧٤.

٥٧- ليلى تكلا: الامبودسمان، دراسة تحليلية مقارنة لنظام المفوض البرلماني، القاهرة مكتبة الانكلو مصرية ١٩٧١، ص٦٢.

٥٨- علي بدير: مهمة الوسيط في النظام الفرنسي لحماية الأفراد، مجلة العلوم القانونية، المجلد ١١ العدد الثاني، ١٩٩٦، ص٩٧.

٣٣- الوقائع العراقية، رقم العدد ٣٩٨٥ تاريخ ١-٧-٢٠٠٤.

34-Chapter two/1 ombodesman of Iraq/ cpa/ord98/2004

35- Chapter two/3 ombodesman of Iraq/ cpa/ord98/2004

٣٦- التي نصت "تعد المفوضية العليا لحقوق الإنسان، والمفوضية العليا المستقلة للانتخابات، وهيئة النزاهة، هيئات مستقلة تخضع لرقابة مجلس النواب، وتنظم اعمالها بقانون"

٣٧- هاشم الشمري و اياد الفضلي: الفساد الإداري والمالي واثاره الاقتصادية والاجتماعية، البيورزي ٢٠٠٩، ص١٥.

38 -<http://www.iraqja.iq/view/> .

٣٩- امر رقم ١٩ لسنة ٢٠٠٤

٤٠- وباعتقاد الباحث أن هذا الإجراء غير صحيح لأنه يحد من استقلالية المفتش العام.

٤١- القسم الرابع الفقرة الثانية من أمر سلطة الائتلاف، ونجد ان الامر استخدم مصطلح الاقالة وكان الاصح استعمال مصطلح الاعفاء، للمزيد ينظر علي غني عباس، عمر ماجد ابراهيم، هبة خالد نجم: رقابة المفتش العام في مكافحة الفساد الإداري والمالي، ب حث منشور في مجلة المنصور، العدد ١٧/ ٢٠١٢، ص١٧٩.

٤٢- القسم ٧ الفقرة ١ من الامر ٥٧.

٤٣- القسم ٧ الفقرة ٢ من امر سلطة الائتلاف .

٤٤- كتاب هيئة النزاهة المرقم (١٠٢٧) في (١١-٣-٢٠٠٩).

٤٥- الدكتورة حنان محمد القيسي: مفهوم الاستقلال والهيئات المستقلة في دستور ٢٠٠٥، بحث منشور في مجلة الحقوق، العددان ٢٣/٢٤ السنة السادسة ٢٠١٤، ص٢.

٤٦- عبد الرحمن محمد عبد الرحيم: الكيفية التي يتم بها قراءة تقارير الجهاز المركزي للمحاسبات المحالة

٥٩- المادة ٤٦ من قانون رقم ٨ لسنة ٢٠١١ .
٦٠- في العراق ١٢٠ يوم من تاريخ انتهاء السنة حسب
المادة ٢٦ من قانون هيئة النزاهة والمادة ٢٨ الفقرة
أ من قانون ديوان الرقابة المالية الاتحادي.
٦١- نص القسم ١٦ من اعلان ليما "....ويديم فرص
تنفيذ نتائج الجهاز الاعلى للرقابة".
٦٢- عثمان سلمان غيلان :اخلاقيات الوظيفة العامة
، الطبعة الاولى ، منشورات الحلبي الحقوقية
، ٢٠١٤، ص٣٩٣.
٦٣- المادة ١٧ الفقرة ثانياً من قانون هيئة النزاهة
رقم ٣٠ لسنة ٢٠١١ النافذ .
٦٤- المادة ١٩ من قانون هيئة النزاهة رقم ٣٠ لسنة
٢٠١١ النافذ.

الشهود والمخبرين والضحايا والخبراء -ابدت هيئة
النزاهة رأيتها بشأن قانون العفو العام رقم ١٩ لسنة
٢٠٠٨ وخصوصاً فيما يتعلق بجرائم الفساد وقد
طلبت الهيئة استثناء موظفيها من مشروع قانون
العفو العام حتى يكون رادعاً لهم).
٧٣- عبد الكريم درويش وة ليلى تكلا : اصول الادارة
العامة، مكتبة الانكلو مصرية، ١٩٨٠، ص١٦٢ .
٧٤- سعد الهنداوي :مصدر سابق، ص ١٧٣ .
٧٥- المادة ٤ من قانون ديوان المظالم السعودي
٧٦- حاتم لبيب جبر : المفوض البرلماني في السويد
وهيأة الادعاء العام في الاتحاد السوفيتي ،مجلة
الادارة العدد الثالث ،القاهرة ، ١٩٧٢ ، ص٢٥ .

قائمة المصادر والمراجع

اولاً: الكتب

١- درائد الجابري، الرقابة الادارية، موسوعة
الثقافة القانونية، الطبعة الاولى، ٢٠٠٨ .
٢- د. رمضان محمد بطيخ: التطبيقات
العملية لضوابط الحصانة البرلمانية ووسائل
واجراءات البرلمان الرقابية ،دار النهضة
العربية ، القاهرة، ٢٠٠٣ .
٣- د.عبد الرحمن الصحبان :الرقابة
الادارية، المنظور الاسلامي والمعاصر
والتجربة السعودية ، الطبعة الاولى، دار العلم
للطباعة والنشر ،جدة ، ١٩٩٤ .
٤- د.عبد الكريم درويش والدكتورة ليلى
تكلا: اصول الادارة العامة، مكتبة الانكلو
مصرية، ١٩٨٠ .
٥- عثمان سلمان غيلان :اخلاقيات الوظيفة
العامة ، الطبعة الاولى ، منشورات الحلبي
الحقوقية ، ٢٠١٤ .
٦- لندولاور فيك: عناصر الادارة، ترجمة علي

٦٥- حاتم لبيب جبر :نظام المفوض البرلماني في أوروبا،
مصدر سابق ص٢٣٢ .
٦٦- المادة ١ من قانون مدافع الشعب الاسباني
٦٧- هشام جميل كمال ارحيم :الهيئات المستقلة وعلاقتها
بالسلطة التشريعية في العراق ، اطروحة دكتوراه
، جامعة تكريت ٢٠١٢، ص١٤٧ .
٦٨- تعليمات امناء المظالم البرلمانية السويدي ٢٠١١
المادة ٤ .
٦٩- مازن ليلو راضي :القضاء الإداري ،مصدر سابق
، ص٦٢ .
٧٠- المادة ١٢ من قانون رقم ٤٧٣ لسنة ١٩٩٦
٧١- المادة ٢ الفقرة ب من قانون الرقابة الادارية في
مصر .
٧٢- المادة الثالثة الفقرة الرابعة من قانون هيئة
النزاهة رقم ٣٠ لسنة ٢٠١١ النافذ ،ومن القوانين
التي اقترحتها هيئة النزاهة في العراق والتي تمت
المصادقة عليها من قبل البرلمان (قانون هيئة
النزاهة -قانون مكافحة الفساد- المشاركة في وضع
مسودة قانون المفنشين العموميين -قانون الغاء
نص الفقرة ب من المادة ١٣٦ من قانون اصول
المحاكمات الجزائية رقم ٢٣ لسنة ١٩٧١ المعدل-
مشروع قانون حفظ الوثائق -مشروع قانون حماية

حامد بكر، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٦.

٧- د. ليلي تكللا: الامبودسمان، دراسة تحليلية مقارنة لنظام المفوض البرلماني، القاهرة مكتبة الانكلو مصرية ١٩٧١.

٨- د. مازن ليلو راضي: القضاء الاداري، مطبعة جامعة دهوك، ٢٠١٠.

ثانياً: البحوث

١- د. حاتم لبيب جبر: المفوض البرلماني في السويد وهيئة الادعاء العام في الاتحاد السوفيتي، مجلة الادارة العدد الثالث، القاهرة، ١٩٧٢.

٢- د. حاتم لبيب جبر: نظام المفوض البرلماني في اوربا، مجلة مصر المعاصرة، السنة ٦٢، العدد ٣٤٦، لسنة ١٩٧١.

٣- د. حنان محمد القيسي: مفهوم الاستقلال والهيئات المستقلة في دستور ٢٠٠٥، بحث منشور في مجلة الحقوق، العددان ٢٣-٢٤ السنة السادسة، ٢٠١٤.

٤- د. عبد الرحمن محمد عبد الرحيم: الكيفية التي يتم بها قراءة تقارير الجهاز المركزي للمحاسبات المحالة للجان النوعية، بحث منشور على شبكة المعلومات على الرابط www.eaddla.org/parlaman

٥- د. علي بدير: نظام الوسيط الفرنسي، بحث منشور في مجلة الانكلو مصرية.

٦- د. علي بدير: مهمة الوسيط في النظام الفرنسي لحماية الافراد، مجلة العلوم القانونية، المجلد ١١ العدد الثاني، ١٩٩٦.

ثالثاً: الاعلانات الدولية

اعلان بالي الصادر عن منظمة الاسيوساي عام ١٩٨٨.

رابعاً: الدساتير

١- دستور جمهورية العراق ٢٠٠٥

٢- دستور المملكة الهولندية لعام ٢٠٠٢ النافذ.

خامساً: الرسائل والاطاريح

١- هشام جميل كمال ارحيم: الهيئات المستقلة وعلاقتها بالسلطة التشريعية في العراق، اطروحة دكتوراه، جامعة تكريت ٢٠١٢.

٢- صباح عبد الكاظم شبيب: دور السلطات العامة في مكافحة ظاهرة الفساد الاداري في العراق، اطروحة دكتوراه، جامعة بغداد، ٢٠٠٨.

٣- سعد الهنداوي: رقابة الهيئات المستقلة لضمان حقوق الافراد، اطروحة دكتوراه، جامعة بغداد.

سادساً: القوانين

١- قانون هيئة النزاهة في العراق.

٢- قانون ديوان الرقابة المالية الاتحادي (العراق).

٣- تعليمات امناء المظالم السويدي.

٤- قانون مدافع الشعب الاسباني.

٥- قانون الرقابة الادارية في مصر.

٦- قانون ديوان المظالم السعودي

Administrative control bodies and their relation to the legislative authority In Iraq

Prof. Dr. Ghazi Faisal (*)

Assist. Prof. Dr. Ali Hassan Abdel Ameer ()**

Abstract

Varied formations regulatory agencies in the states, where does one system for these devices also does not have a perfect model can emulate and benefit from other countries, so that the states regulate the regulators as its political system, according to their need and circumstances, and this led to a difference in the way the formation of these devices, some gave this power to the Council of Ministers and others gave it to the authority of the parliamentary representative parliament, and the scope and terms of reference of the regulatory agencies are also different between the states, some states have exaggerated the granting SAI some powers and others made him merely subservient to the executive department or legislature, was the practical application significant impact on expanding or reducing these legal terms of reference of SAIs

Regulators and has many specialties that reflect the importance of these devices Kaltvic, investigation and audit, investigation, and despite the enjoyment of these terms of reference, but the measure in which prejudice public freedoms enshrined in the Constitution, should be made after due process and knowledge of the judiciary protector of rights, law of the SAIs Ayalo to the will of the legislature and the constitutional rights of the people.

Regulators also have the means to exercise its powers Maysaadha Kostlam citizens' complaints and Alakhbarat, and receive financial receivables reports of senior officials as well as the power settings, and other means to facilitate the performance of the terms of reference.

(*)Alnahreen University/ College Of Right

(**)Al Mustansiryah University/ College Of Law

الملحقات وأثارها السلبية في الموازنات العامة العراقية

أ.م.د. حيدر وهاب عبود (*)

مما تسبب في تشوه معالم الموازنة وفقدانها لتماسكها وانسجامها، ويمكن القول أن الملحقات تخطت قوانين الموازنات لتقتحم أسوار قوانين مالية أخرى، وذلك لأسباب عديدة منها خلو دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ من نص صريح يوجب إقتصار قانون الموازنة السنوي على الأحكام المتصلة بتقدير إيرادات الدولة ونفقاتها، وسكوت قانون الإدارة المالية النافذ لسنة ٢٠٠٤ وعدم إتخاذه موقفاً صريحاً إزاء تلك الظاهرة.

وإزاء اتساع ظاهرة الملحقات كان لزاماً علينا التصدي لها عن طريق تبصير القائمين على الموازنة العامة، سواء أكانوا أعضاء في السلطة التنفيذية أم أعضاء في السلطة التشريعية، بخطورة هذا المسلك التشريعي وما ينجم عنه من آثار سلبية تمس مالية الدولة العراقية.

المقدمة

يتفق الجميع على أن الموازنة العامة هي عصب حياة الدولة، والشريان الحيوي الذي يغذي خزينتها العامة بالأموال اللازمة لسير المرافق العامة بانتظام واطراً فبدون الأموال تعجز أجهزة الدولة عن تقديم الخدمات

الملخص

إن مشكلة الملحقات مشكلة مزمنة عانت ولا تزال تعاني منها الموازنات العامة العراقية، إذ أنها قد تسببت بتأخر إصدار الموازنة والنيل من مصداقيتها وهدر مواردها، فضلاً عن وقوع قانونها في شرك المخالفات الدستورية.

وإذ كانت الموازنة العامة هي عصب حياة الدولة والشريان الحيوي الذي يغذي خزينتها العامة بالأموال اللازمة لسير المرافق العامة بانتظام واطراد، وإذا كان نجاح الموازنة العامة في تحقيق الأهداف المنوطة بها يتوقف على مدى تماسكها وانسجامها ووضوحها وصدقها، فإن صياغتها بطريقة سليمة تجمع عنصرها الممثلين بتقدير الإيرادات العامة والنفقات العامة، وتمنع اية عناصر غريبة عنها يعد من أسباب نجاحها، ومن ثم فإن اقحام المشرع في الموازنة نصوصاً لا تمت لها بصلة، وهو ما يسمى بالملحقات، يؤدي الى قشل الموازنة في بلوغ الأهداف المرسومة لها.

وقد غالى المشرع العراقي بالإعتماد على الملحقات، وإفراط بإقحام أحكام غريبة عن الموازنة وبعيدة عن روحها وجوهرها

(*) الجامعة المستنصرية/ كلية القانون

في مجلس النواب العراقي فطنوا إلى خطورة ظاهرة الملحقات، وطالبوا بالحد منها^(١) إلا أن المؤسسة التشريعية لم تعر تلك المطالبات اهتماماً، ولم تُلق لها أذناً صاغية؛ بل أن ما حدث هو العكس تماماً عندما تخطت الملحقات قوانين الموازنات لتتقحم أسوار قوانين مالية أخرى^(٢). وازاء اتساع ظاهرة الملحقات كان لزاماً علينا التصدي لها عن طريق تبصير القائمين على الموازنة العامة، سواء أكانوا أعضاء في السلطة التنفيذية التي تتولى اعدادها أم أعضاء في السلطة التشريعية التي تختص بإقرارها تبصيرهم بخطورة هذا المسلك التشريعي، وما ينجم عنه من آثار سلبية تمس مالية الدولة العراقية.

أهمية البحث: يستمد موضوع البحث أهميته من الناحيتين النظرية والعملية على حد سواء، فمن الناحية النظرية يلاحظ شحة المراجع الفقهية التي تناولت ظاهرة الملحقات بحثاً وتمحيصاً. أما من الناحية العملية فقد تسببت الملحقات بمشاكل كثيرة تركت آثاراً وبيلة في المالية العراقية، مما تطلب تسليط الضوء على تلك المشاكل والآثار لعل المشرع يلتفت إليها ليحد منها عن طريق تقليل اعتمادها على الملحقات.

خطة البحث: سوف نجري في هذا المبحث على خطة مكونة من ثلاثة مباحث، نتناول في المبحث الأول: التعريف بملحقات الموازنة، ونتكلم في المبحث الثاني: عن عيوب الملحقات والتصدي لها، ونكرس المبحث الثالث: للكلام عن ظاهرة الملحقات في الموازنات العامة العراقية.

المطلوبة لتلبية الحاجات العامة، وعن تحقيق الأهداف المتنوعة، مثل: تعجيل عملية التنمية الاقتصادية، وتطوير البنى التحتية، وتوسيع مظلة الرعاية الاجتماعية. ويتوقف نجاح الموازنة العامة في تحقيق الأهداف المنوطة بها على مدى تماسكها، وانسجامها، ووضوحها، وصدقها، فكلما أحسن المشرع صياغة الموازنة بطريقة سليمة وجامعة لعنصرها الممثلين بتقدير الإيرادات العامة والنفقات العامة، ومانعة لكل عناصر غريبة عنها، فإن النجاح يكون حليف تلك الموازنة. أما إذا حدث العكس وأقم المشرع في الموازنة نصوصاً لا تمت لها بصلة، فإن الفشل في بلوغ الأهداف المرسومة يصيب لا محالة الموازنة. وعلى الرغم من بساطة المبدأ المذكور ووضوحه إلا أن المشرع في دول كثيرة لم يتورع في أن يلحق بالموازنة نصوصاً دخيلة عليها، وغريبة عنها، ولم يشذ المشرع العراقي في اتباع هذا المسلك التشريعي المعيب، إن لم يزد عليه، فقد أثقلت الملحقات كاهل قوانين الموازنات العامة العراقية حتى أن القارئ لها ليخال أنه أمام قانون آخر غير قانون الموازنة، والدليل على قولنا هذا: أن موازنة العراق سنة ٢٠٠٥ ضمت (ثمان عشرة مادة) فقط بينما قفزت مواد موازنة سنة ٢٠١٧ إلى (ستين) مادة؛ أي أن الزيادة بلغت ما يقارب الثلاث أضعاف، وهي زيادة جُلها يعود إلى حشو المشرع تلك الموازنات بالملحقات، وهذا ما تسبب بحدوث فوضى تشريعية أفقدت الموازنات معناها، وصدّعت مبناها، وأربكت عمل القائمين على تنفيذها، وأجهدت الجهات التي تتولى الرقابة عليها. وعلى الرغم من أن أعضاء

المبحث الأول

التعريف بملحقات الموازنة العامة

يتطلب الإلمام بالملحقات الوقوف على جملة من الموضوعات يقف في مقدمتها مفهوم الملحقات ، وأنواعها ، وخصائصها ، وطبيعتها القانونية . ونظراً لما لهذه الموضوعات من أهمية فإننا سوف نعكف على بيانها في المطلبين الآتيين :

المطلب الأول : مفهوم الملحقات وتمييزها عما يشابهها من مصطلحات .

المطلب الثاني : خصائص الملحقات وطبيعتها القانونية .

المطلب الثالث : أنواع الملحقات وأسبابها .

أما اصطلاحاً : فملحقات الموازنة ، هي: عبارة عن نص أو مجموعة من النصوص يلحقها المشرع بقانون الموازنة العامة ، وتتضمن تلك النصوص موضوعات بعيدة عن جوهر الموازنة المتمثل بتقدير إيرادات الدولة ونفقاتها خلال السنة المقبلة .

يلاحظ مما تقدم مدى اقتراب المعنى الاصطلاحي لملحقات الموازنة العامة من المدلول اللغوي ، إذ يشير كلاهما إلى الإلتحاق بالشيء والإلتصاق به . لكنهما يختلفان بالوصف ، فملحقات الموازنة مقصورة على البرنامج المالي السنوي للدولة ، فهي بهذه المثابة تتسم بالخصوصية إزاء المعنى اللغوي الذي له طابع العمومية .

الفرع الثاني

تمييز الملحقات عما يشابهها من مصطلحات

من الضروري أن نميز الملحقات من المصطلحات المالية التي تقترب منها ، مثل: الموازنة العامة للدولة ، والموازنات الملحقة ، وهذا ما سوف نتوافر عليه حالاً :

أولاً : تمييز الملحقات من الموازنة العامة للدولة

لعلنا لا نخطئ القول إن أشد المفردات المالية اقتراباً من الملحقات ، هي : الموازنة العامة ، وهذا يعد أمراً طبيعياً ، لأن الملحقات ما أسبغ عليها هذا الأسم إلا لإلتحاقها بالموازنة العامة ، ومع ذلك يبقى التمييز بينهما أمراً ضرورياً . وهذا ما سوف نقف عليه حالاً في البيان الآتي :

المطلب الأول

مفهوم الملحقات وتمييزها عما يشابهها من مصطلحات

لملحقات الموازنة مفهوم محدد يحسن بنا بيانه ، وتمييزه عما قد يختلط به من مفاهيم مالية أخرى قريبة منه ، وهذا ما سوف نقف عليه في الفرعين الآتيين :

الفرع الأول

المقصود بملحقات الموازنة العامة

الملحقات لغةً : جمع ملحق ، وهي كلمة مشتقة من (لحق) . يقال لحق به (لحاقاً) بالفتح أي أدركه . وفي الدعاء (أن عذابك بالكفار ملحق) أي لاحق ، وتلاحقت المطايا لحق بعضها بعضاً والملحق الدعوي الملصق⁽³⁾ .

١ - تعريف الموازنة العامة

ملحقات الموازنة . وهذا ما سوف نتناوله في
البيان الآتي :

١ - تعريف الموازنات الملحقة

هي موازنات تتضمن إيرادات بعض
الإدارات والمصالح العامة ذات الصبغة
التجارية أو الصناعية ، أو الإجتماعية ، أو
الثقافية ونفقاتها^(٦) . وتظهر تلك الموازنات
ملتصقة بوثيقة الموازنة العامة كأجزاء ملحقة
بها^(٧) . ففي لبنان تصدر هذه الموازنات مع
الموازنة العامة في قانون واحد ، وهذا مشابه
تماماً لما هو متبع في فرنسا إذ أصبح القانون
المالي السنوي يجمع في كتاب واحد الموازنة
العامة ، والموازنات الملحقة^(٨) . علماً أن
المشرع العراقي لا يتبنى هذا النوع من
الموازنات في الوقت الحاضر .

هذا وتتميز الموازنات الملحقة بالخصائص
الآتية^(٩) :

أ - إنها موازنات إدارات عامة غير
متمتعة بالشخصية المعنوية المستقلة عن
شخصية الدولة .

ب - الأصل في إيرادات هذه الإدارات
ونفقاتها أن تدخل ضمن الموازنة العامة للدولة
إلا أن المشرع ميّز هذه الإدارات ، وخصص
لها موازنة ملحقة لاعتبارات خاصة ، منها :

- طبيعتها التجارية والصناعية التي
تستدعي ضرورة معرفة نتائج أعمالها من ربح
أو خسارة .

- وضع نظام مالي ومحاسبي خاص بها
يتفق مع ظروفها ، ويتلائم مع أوضاعها حتى
تقوم بأعمالها بشيء من المرونة ، وتحرر

عرف بعضهم الموازنة العامة بأنها :
(بيان تقديري لإيرادات الدولة ونفقاتها عن مدة
مستقبلية تحدد عادة بسنة ميلادية)^(٤) .

ورأى آخرون أن الموازنة العامة هي :
(عمل تشريعي إداري يحتوي على تقديرات
للنفقات والإيرادات لسنة قادمة ويصادق عليها
من قبل السلطة التشريعية)^(٥) .

ويمكن لنا أن نعرف الموازنة العامة بأنها :
(وثيقة قانونية تتضمن تقديراً لإيرادات عامة
يُخمن جبايتها ، ونفقات عامة يُتوقع صرفها من
قبل الدول في مدة قادمة ، غالباً ما تكون السنة،
تحقيقاً للنفع العام) .

٢ - اختلاف الملحقات عن الموازنة العامة

تبين لنا من تعريف الموازنة العامة انها
قانون مالي يتناول موضوعاً محدداً ، وله
غاية مخصصة ، وهدفاً معيناً يتمثل بإدارة
البرنامج المالي السنوي للدولة بشقيه الإيرادي
والإنفاقي . أما الملحقات فهي النصوص التي
تلتحق بالموازنة وتدخل في إطارها القانوني
من الناحية الشكلية لكن تختلف عنها من
الناحية الموضوعية ؛ لأن الملحقات تتناول
موضوعات مغايرة للموازنة مغايرة تامة ، ولا
تكون لها صلة مباشرة بتقدير إيرادات الدولة
ونفقاتها ، ومع ذلك يقرن المشرع بالموازنة
الملحقات لأسباب عدة نقف عليها في موضعها
من البحث .

ثانياً : تمييز ملحقات الموازنة من الموازنات الملحقة

يتطلب منا هذا التمييز التعريف بالموازنات
الملحقة ، ثم بيان أوجه الاختلاف بينها وبين

من القيود الروتينية التي قد تفرضها قواعد المحاسبة العامة المطبقة على الإدارات الداخلة في الموازنة .

- إلزامها بتغطية نفقاتها من إيراداتها الخاصة دون أن تعتمد في ذلك على الموازنة العامة . علماً أن المشرع قد يخرج عن هذه الخصيصة ، فلا يسمح للإدارة ذات الموازونات الملحقة أن تحتفظ بالفائض من إيراداتها بل ينص على تحويله إلى الموازنة العامة ، وبالمثل أيضاً يتولى المشرع تغطية العجز الذي يصيب الموازونات الملحقة ، ويظهر المبلغ المدفوع إلى تلك الإدارات في جانب النفقات العامة للدولة على شكل اعانة .

ج - تطبيق على الموازونات الملحقة القواعد المتعلقة بالموازنة العامة من حيث :

- اعتمادها ونشرها .

- اشراف وزارة المالية عليها .

- بدء السنة المالية وانتهائها .

٢ - اختلاف ملحقات الموازنة عن الموازونات الملحقة

من الجلي أن تمت تشابهه وتقارب بين ملحقات الموازنة والموازونات الملحقة ، فكلاهما يلحقان بالموازنة ، ويظهر أن في قانونها السنوي ، ويمران بالإجراءات ذاتها التي تمر بها الموازنة من جهة العرض على السلطة التشريعية لأجل المناقشة والإعتماد ، ثم الإصدار والنشر في الجريدة الرسمية .

لكن هذا التقارب بين ملحقات الموازنة

والموازونات الملحقة لا ينفى وجود اختلاف بينهما من الناحيتين الشكلية والموضوعية . فمن الناحية الشكلية لا تتضمن الملحقات جداول رقمية بل تحتوي عادة على نصوص قانونية على خلاف الموازونات الملحقة التي تظهر على شكل جداول وبيانات رقمية . ومن الناحية الموضوعية لا تتضمن الملحقات تقديراً لمجموع الإيرادات والنفقات السنوية ، وإجازة لجباية الإيرادات وصرف النفقات ، بل تتناول موضوعات غريبة عنها خلافاً للموازونات الملحقة التي تضم جانبين نفقات يتوقع صرفها ، وإيرادات يُخمن جبايتها .

وتأسيساً على ما تقدم فإن الموازونات الملحقة تتشابه مع الموازنة العامة من الناحيتين : الشكلية والموضوعية ولهذا السبب لا يعدّ الكثير من الكتاب الموازونات الملحقة استثناءً حقيقياً على مبدأ وحدة الموازنة العامة بل تمثل إعادة توزيع لنفقات بعض الإدارات العامة وإيراداته بغية معرفة حقيقة نشاطها^(١٠) . في حين أن ملحقات الموازنة إن كانت تتصل بالموازنة العامة من الناحية الشكلية إلا أنها تتفصل عنها من الناحية الموضوعية ؛ لذلك تعدّ الموازونات الملحقة أوثق صلة بالموازنة العامة من ملحقاتها .

المطلب الثاني

خصائص الملحقات وطبيعتها القانونية

تتسم الملحقات بخصائص عدة أضفت عليها طابعاً قانونياً محدداً ، وسوف نتناولها قبل بيان طبيعتها القانونية ، وذلك في الفرعين الآتيين :

الفرع الأول

خصائص ملحقات الموازنة العامة

تتضمن ملحقات الموازنة قواعد قانونية مؤقتة تخلو من صفة التوقع ، وتضاف إلى الموازنة العامة للدولة من جانب السلطة التنفيذية والسلطة التشريعية من أجل تعديل قوانين قائمة أو إلغائها . وسوف نقف على الخصائص المذكورة في البيان الآتي :

أولاً : ملحقات الموازنة قواعد قانونية مؤقتة

من المعلوم أن قانون الموازنة هو من القوانين المؤقتة ، لأن مداه الزمني محدد بسنة واحدة هي السنة المالية المتعلقة بتنفيذ موازنة الدولة^(١١) . وبما أن الملحقات تعدّ جزءاً من قانون الموازنة ، فإن مفعولها ينتهي بنهاية السنة المالية للموازنة .

ثانياً : خلو الملحقات من عنصر التوقع

يعدّ عنصر التوقع والإجازة من سمات الموازنة العامة للدولة . ونعني بالتوقع : تخمين ما سوف تحصل عليه الدولة من إيرادات ، وما سوف تنفقه من مصروفات في السنة المقبلة . بيد أن تحصيل الإيرادات في بعض الدول وصرف النفقات يستلزم صدور أذن أو موافقة من السلطة التشريعية لتكتسب عملية الجباية والصرف صفة المشروعية . وتصدر السلطة التشريعية موافقتها بإعتماد قانون الموازنة سنوياً . وتفتقر ملحقات الموازنة لوجود عنصر التوقع فمضمونها يخلو من تخمين لإيرادات الدولة ونفقاتها في السنة المقبلة .

ثالثاً : اشتراك السلطتين التنفيذية والتشريعية في الإعتدال على ملحقات الموازنة

المعتاد هو أن السلطة التنفيذية هي التي تلجأ إلى الملحقات عندما تضمها إلى مشروع قانون الموازنة العامة السنوي وتقدمها إلى السلطة التشريعية لغرض إقرارها ، ومع ذلك قد تخرج السلطة التشريعية عن المألوف وتلجأ هي الأخرى إلى الملحقات بالإتفاق مع السلطة التنفيذية أو بدون الإتفاق معها .

رابعاً : إنطواء الملحقات على أحكام تعدل قوانين قائمة أو تلغيها

تضم ملحقات الموازنة غالباً أحكاماً تعدل قوانين قائمة وذلك بإلغاء نص أو أكثر من النصوص الواردة فيها وإعادة صياغتها . ويمكن أن تُضيف الملحقات للقانون القائم مواداً ونصوصاً أخرى . وقد تكتفي الملحقات بحذف بعض النصوص الواردة في قانون قائم وهو ما يعرف بالإلغاء الجزئي^(١٢) .

وقد لا يكتفي المشرع بالإلغاء الجزئي بل يذهب إلى أبعد من ذلك ويلحق بالموازنة أحكاماً تلغي قانوناً قائماً إلغاء كلياً ، وذلك بإنهاء سريانه ، ووقف العمل به نهائياً بتجريده من القوة الملزمة له . عموماً فإن إلغاء القانون ، سواء كان كلياً أم جزئياً ، يمكن أن يكون صريحاً كما يمكن أن يكون ضمناً . ويكون الإلغاء صريحاً حين يقرر النص الملحق بالموازنة بشكل واضح وصريح إلغاء نص سابق وارد في قوانين أخرى ، ويتحقق الإلغاء الضمني حين لا يتضمن النص الملحق بالموازنة حكماً صريحاً بإلغاء نص سابق عليه وإنما هناك تضارب أو عدم توافق بين النص الجديد الملحق بالموازنة

والنص السابق وإذ يستحيل تطبيقهما في الوقت ذاته أو أن ينظم المشرع من جديد في قانون الموازنة لموضوع سبق أن نظمه بقانون سابق^(١٣).

الفرع الثاني

الطبيعة القانونية لملاحقات الموازنة

ذهب كثير من الشراح إلى أن ملاحقات الموازنة تعدّ من جهة طبيعتها القانونية قانوناً من الناحيتين : الشكلية والموضوعية . وبهذا الوصف تتميز الملاحقات من الموازنة العامة ذاتها التي تعدّ قانوناً من الناحية الشكلية فقط بالنظر لصدورها من السلطة التشريعية . أما من الناحية الموضوعية فإن الموازنة تعدّ عملاً إدارياً محضاً لخلوها من قواعد عامة جديدة ، ودائمة ، وملزمة ؛ ولأن الموازنة لا تزود الحكومة بصلاحيات أو سلطات جديدة ، فالإيرادات التي تمارس الحكومة صلاحية تحصيلها ، والنفقات التي يسمح لها بتنفيذها هي أصلاً صلاحيات ناشئة عن قوانين سابقة على الموازنة^(١٤).

وقد تبنت هذا الرأي محكمة القضاء الإداري المصرية في أحد أحكامها الذي قالت فيه بأن : (قانون ربط الميزانية لا يتضمن عادة قواعد عامة مجردة ، وإنما هو تحديد للإيرادات من مصادرها ، وتوزيع لها على مصارفها العامة بما يكفل سير مرافق الدولة في فترة محددة من الزمن في الغالب عام واح وهذا العمل بطبيعته تنفيذي إداري ولكن لأهميته ولتحمل أفراد الدولة أعباءه وآثاره تقرر أن يصدر من السلطة التشريعية التي تمثل إرادة الأمة في أفرادها نواباً وشيوخاً . ولما كانت أغلب أعمال السلطة

التشريعية تصدر في قوانين كانت الميزانية تربط هي الأخرى بقانون)^(١٥).

وهذا الرأي ، من وجهة نظرنا ، مرجوح ، لأنه لا يصح أن نطلق ابتداءً وصفاً قانونياً محدداً على موازنة الدولة بل أن إسباغ هذا الوصف مرهون بطبيعة الأداة القانونية التي تصدر بها الموازنة .

السؤال الذي يطرح هنا ما الأداة القانونية لصدور الموازنة ؟

تصدر الموازنة العامة بقانون يسن من قبل السلطة التشريعية ، وهذا اتجاه دستوري تبنته كثير من الدول من بينها العراق^(١٦) ، والكويت^(١٧) ، وفرنسا^(١٨) بيد أن دولاً أخرى أسندت صلاحية إصدار الموازنة إلى السلطة التنفيذية بقرار إداري (تنظيمي) يصدر منها يتخذ صورة مرسوم ملكي كما هو معمول به في المملكة العربية السعودية ، إذ يتولى مجلس الوزراء هناك إدارة الشؤون المالية للدولة^(١٩) ، فيصدق سنوياً نظاماً للموازنة يشتمل على تخمينات الواردات والمصاريف لتلك السنة^(٢٠) ، ويرفع إلى الملك ليصادق عليه بموجب مرسوم ملكي^(٢١) .

وقد تتخذ أداة صدور الموازنة صورة مرسوم أميري كما كان معمولاً به في قطر في ظل أحكام النظام الأساسي الموقت الملغى لسنة ١٩٧٢^(٢٢) ، إذ يعرض مشروع الموازنة على مجلس الوزراء^(٢٣) ، فإذا أقره يصدر قرار أميري بإعتماد الموازنة^(٢٤) .

لكن ماذا لو سكت الدستور عن بيان الأداة القانونية لصدور الموازنة ؟ أتصدر بقانون أم بقرار إداري ؟

أثير هذا التساؤل في ظل دستور مصر لسنة ١٩٥٦ الذي جاء خلوا من نص يبين طريقة إصدار الموازنة . وقد أفتى قسم الرأي بمجلس الدولة المصري في يوليو سنة ١٩٥٦ بأنه لا يجوز في ظل الدستور المذكور إصدار الموازنة بقانون ، وأن الأداة الصحيحة لإصدارها هي قرار من رئيس الجمهورية (وأعتمد المجلس في ذلك على أن إصدار الميزانية بقانون يخالف طبيعتها ، لأنها لا تعدو أن تكون عملاً تنفيذياً بحتاً ، باعتبارها برنامجاً تعده السلطة التنفيذية مقدماً لبيان سير أعمالها خلال السنة المالية . أما القانون فهو عبارة عن مجموعة من القواعد العامة المجردة التي تتضمن أمراً أو نهياً ويكون لها جزاء الأمر الذي لا يتفق مع طبيعة الميزانية من جهة وضعها القانوني ، وأنه لما كان اختصاص السلطة التشريعية في إتمامها للميزانية ليس الإظهار من مظاهر الرقابة على أعمال السلطة التنفيذية وليس هناك ما يلزم بأن يكون هذا الإتماد في شكل قانون بل يكفي في ذلك قرار يصدره المجلس التشريعي).

(وأنه تأكيداً لذلك صدر الدستور الجديد (دستور سنة ١٩٥٦) ولم يتضمن أي نص يلزم بإصدار الميزانية بقانون متمشياً في ذلك مع الأوضاع الصحيحة التي تعدّ الميزانية عملاً من أعمال السلطة التنفيذية)^(٢٥)

لقد ظل الرأي الإفتائي المتقدم معمولاً به حتى في ظل الدستور المؤقت للجمهورية العربية المتحدة الصادر سنة ١٩٥٨ الذي لم يأت بحكم جديد في هذا الموضوع ، وكذلك في ظل الدستور الصادر في مارس (آذار) سنة ١٩٦٤ الذي بقي محافظاً على هذا التقليد^(٢٦) .

ولا نتفق مع ما ذهب إليه مجلس الدولة

المصري في فتواه ؛ لأن الأصل هو أن تصدر الموازنة بقانون ، وهذا الأصل إستخلاصته المجالس النيابية بعد صراع تاريخي طويل مع الحكام نبئت أرهاصاته الأولى عام ١٢١٥م والذي شهد صدور وثيقة العهد الأعظم في بريطانيا^(٢٧) التي أرست مبدأ دستورياً هاماً قوامه أن لا موازنة عامة بدون إجازة تشريعية^(٢٨) ، ولا يجوز الخروج عن هذا المبدأ الا بنص صريح ؛ لأن الخروج يعد استثناء من الأصل ، والإستثناء لا يجوز الخروج عليه أو التوسع في تفسيره ما لم يأذن بذلك المشرع بنص واضح وجلي ، وما دام النص الذي يقرر الإستثناء غير موجود فينبغي التمسك بالأصل وهو وجوب صدور الموازنة العامة بقانون لا بقرار إداري .

يتشرح لنا من كل ما تقدم أن الطبيعة القانونية للموازنة العامة مرهونة بأداة صدورها، فإن صدرت بقانون عُدت قانوناً، وإن صدرت بمرسوم عُدت قراراً إدارياً تنظيمياً . والنقطة الجديرة بالإهتمام أن الوصف القانوني الذي يسبغ على الموازنة ينسحب كذلك على ملحقاتها ، فإن صدرت الموازنة بقانون عُدت هي وملحقاتها قانوناً ، وإن صدرت بمرسوم عُدت هي وملحقاتها قراراً إدارياً تنظيمياً .

لكن هب أن الموازنة صدرت بقانون فهل صحيح إنها تعدّ قانوناً من الناحية الشكلية دون الناحية الموضوعية على رأي بعض الكتاب ؟

لا نشايح ما ذهب إليه هذا البعض من الكتاب ، لأن الموازنة متى ما صدرت بقانون عُدت قانوناً من الناحيتين الشكلية والموضوعية . ولا صحة للترقية بين الناحيتين مطلقاً ، وإذا كنا نتفق مع الكتاب الذين عدّوا الموازنة قانوناً

المراكز القانونية من حالة العمومية والتجريد إلى حالة الخصوصية والتجسيد بإصدار أعمال شرطية تتمثل بقرار صرف المستحقات المالية إلى موظفين معينين بذواتهم . ولا يختلف الأمر كثيراً بالنسبة للإيرادات العامة ، لأن المشرع يضع تقديرات عامة تتحول إلى أوضاع وحالات خاصة عندما تصدر الإدارة قرارات تحصيل الإيرادات من مكلفين معينين بذواتهم ، وما تلك القرارات سوى أعمال شرطية .

ثانياً : احتواء قانون الموازنة العامة على قواعد ملزمة

تعدّ قواعد الموازنة قواعد أمرية لتعلقها بالنظام العام ، ومن ثم فلا يجوز للأفراد أو الإدارة مخالفتها ، فهي قواعد ذات صلة بالمصلحة المالية العليا للدولة ، لكونها تنظم البرنامج المالي السنوي المتوقع تطبيقه في السنة المقبلة ، لذلك فأن صفة الإلزام تعدّ صفة لصيقة بالقواعد المنظمة لإيرادات الدولة ونفقاتها حسب التفصيل الآتي :

١ - الإلزامية قواعد الموازنة المتعلقة بالنفقات العامة

يتجلى وجه الإلزام في المسائل الآتية:

أ - لا يحق للإدارة تجاوز الاعتمادات المرصدة في الموازنة^(٢٩) ، ما لم تحصل على موافقة مسبقة من البرلمان^(٣٠) .

ب - يمنع على الإدارة استعمال الاعتمادات المخصصة في الموازنة في غير الوجه المخصص لها قانوناً^(٣١) .

ج - تستعمل الإدارة الاعتمادات المرصدة في الموازنة لمدة سنة مالية واحدة ، لأن الأصل

من الناحية الشكلية ، فإننا لا نتفق معهم بشأن نزع صفة القانون عن الموازنة من الناحية الموضوعية ، لأننا نرى أن قانون الموازنة مثله مثل بقية القوانين الأخرى ، يضم قواعد قانونية عامة ، ومجردة ، وملزمة ، لكن الفرق بين قانون الموازنة والقوانين الأخرى أن القواعد القانونية الواردة في الموازنة هي قواعد قانونية رقمية أما القواعد الواردة في القوانين الأخرى فهي قواعد قانونية لفظية . وهذا الاختلاف لا يعدّ إختلافاً موضوعياً ، كما توهم البعض ، بل إختلاف في الصياغة القانونية أو القالب أو الشكل الذي يفرغ فيه المشرع أفكاره ، والمعلوم أن العبرة هنا بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني .

لكن ما الأدلة التي تثبت أن قواعد قانون الموازنة العامة هي قواعد عامة ومجردة وملزمة ؟

هذا ما سوف نقف عليه حالاً :

أولاً : احتواء قانون الموازنة العامة على قواعد عامة ومجردة الأدلة على ذلك هي :

١ - لا يخاطب قانون الموازنة أفراداً معينين بذواتهم بل يخاطب أشخاصاً عامة تتولى إدارة مرافق عامة وتسييرها ، وتسعى إلى تحقيق المصلحة العامة .

٢ - يسهم قانون الموازنة في إنشاء المراكز القانونية العامة ، فلو تفحصنا على سبيل المثل المراكز القانونية للموظفين ، فإننا نلاحظ أن قانون الموازنة يسهم في إنشاء هذه المراكز عن طريق رصده الاعتمادات السنوية المطلوبة لتغطية الرواتب والأجور المدفوعة للموظفين بصورة عامة ، ثم تأتي الإدارة وتنقل

أن هذه الإعتمادات تسقط ما لم تستعمل في السنة المالية التي تخصص لها^(٣٢).

د - يحظر على الإدارة الإرتباط بنفقة لا يوجد إعتقاد مقرر لها في الموازنة أو خصص للنفقة إعتقاد إلا أنه نفذ بسبب إستعماله^(٣٣).

٢ - إلزامية قواعد الموازنة العامة المتعلقة بالإيرادات .

تتبدى مظاهر الإلتزام في المسائل الآتية:

أ - توجد إيرادات يجب على الإدارة أن تلتزم بتقديراتها الواردة في الموازنة العامة من ذلك على سبيل المثل القروض العامة التي يأذن البرلمان للإدارة إبرامها في حدود مبالغ معينة لا يجوز للإدارة تجاوزها^(٣٤).

ب - ينبغي على الإدارة التي تتوقع الحصول على إيرادات في صورة منح أو مساعدات أو إعانات القيام بمجموعة من الإجراءات لضمان إكتساب الإيرادات المذكورة صفة المشروعية، ومن أهم تلكم الإجراءات^(٣٥).

- الحصول على موافقة وزير المالية الإتحادي لقبول المنح والمساعدات .

- يقيد مبلغ التبرع أو المنحة إيرادا نهائيا للخزينة العامة .

- يعاد تخصيص مبلغ التبرع والمنح للإدارة التي منحت لها .

- يصرف المبلغ المذكور من قبل الإدارة الممنوح لها وفقاً للأغراض التي منحت لأجلها.

صفوة ما تقدم أنه ليس ثمت أختلاف بين قانون الموازنة وملحقاتها من جهة الطبيعة

القانونية ، فكلاهما يعد قانونا من الناحيتين الشكلية والموضوعية لصدورهما من السلطة التشريعية ، ولإحتوائهما على قواعد عامة ومجردة وملزمة بيد أنهما يختلفان في الموضوعات التي يتناولانها ، جهة تتناول الموازنة تقديرات لإيرادات ونفقات عامة بينما تتناول الملحقات موضوعات أخرى لا علاقة لها بالتقدير المذكور .

المطلب الثالث

أنواع الملحقات وأسبابها

تنطوي الملحقات على أنواع كثيرة ، تقف ورائها أسباب عدة يحسن بنا تناولها في الفرعين الآتيين :

الفرع الأول

أنواع الملحقات

تتنوع الملحقات التي تتبع الموازنة إلى انواع متباينة ، وتختلف باختلاف الزاوية التي ينظر عن طريقها إلى تلك الملحقات . ويمكن لنا أن نقسمها على نوعين : ملحقات من جهة الشكل ، وملحقات من جهة الموضوع . وسوف نسلط الضوء على هذين الضربين من الملحقات في البيان الآتي :

أولاً : الملحقات من جهة شكلها

تأخذ الملحقات من جهة صياغتها أو مظهرها الخارجي مظهرين اثنين ، الأول: ملحقات تتخذ شكل نصوص متعددة تتناول بالتنظيم موضوعات مختلفة ، لا يجمعها عنوان واحد وقد تأخذ الملحقات شكل قانون متكامل

يُقنن موضوعاً محدداً ، ويضم مواد متعددة يجمعها عنوان واح ومن أمثلة هذا النوع من الملحقات قانون رسم الأيلولة على التركات المصري الملغى الذي ألحق بقانون الموازنة العامة المصرية لسنة ١٩٣٩ (٣٦) .

ثانياً : الملحقات من جهة موضوعها

تنقسم الملحقات من جهة موضوعها على ثلاثة أنواع ، مالية : تجارية ، وإدارية . والملحقات المالية هي : أحكام ذات صبغة مالية يلحقها المشرع بقانون الموازنة ليفرض بموجبها أعباء مالية جديدة على المكلفين أو يخفف منها أو يلغئها .

أما الملحقات الإدارية فهي النصوص التي ترد في الموازنة ، وتعالج موضوعات إدارية بطبيعتها ، مثل : تنظيم أوضاع العاملين في المرافق العامة للدولة من جهة تعيينهم على الملاك الدائم أو المؤقت ، وحقوقهم وواجباتهم الوظيفية .

وأخيراً قد ترد في الموازنة نصوص ينظم المشرع بمقتضاها عمليات ذات طبيعة تجارية ، مثل : تنظيم الأعمال المصرفية ، والإستثمارية .

الفرع الثاني

أسباب الملحقات

تمت سببان يدفعان السلطات العامة سيما السلطة التنفيذية إلى إقرار مشروع الموازنة بالملحقات . والسببان هما :

أولاً : إجتناّب البطء المؤلف في الإجراءات التشريعية المعتادة ، فبدلاً من قيام السلطة

التنفيذية بإعداد مشروعات قوانين مستقلة بالأحكام القانونية المراد إصدارها ، وما يتطلبه ذلك من مدد طويلة ، وإجراءات معقدة ، فإن السلطة المذكورة تعتمد إلى حشر تلك الأحكام بمشروع الموازنة ، وتقديمه إلى السلطة التشريعية مستفيدة من أن المهلة المعطاة للسلطة التشريعية لإقرار الموازنة هي مهلة قصيرة نسبياً ، لا تتجاوز عادة الشهرين .

ثانياً : إخراج السلطة التشريعية التي يخشى منها عدم الموافقة على التشريع الملحق إذا نظرت فيه على حدة ، فبضم التشريع إلى الموازنة يغدو قبول السلطة التشريعية للموازنة مقروناً بقبول التشريع الملحق (٣٧) .

المبحث الثاني

الموقف من ملحقات الموازنة

ثبت ، لكثير من الدول ، إن إلحاق أحكام بالموازنة العامة غريبة عنها ، وإن كان يوفر وقتاً وجهداً ، ويضمن السرعة في إصدار تلك الأحكام ، إلا أن ذلك يعدّ مسلكاً تشريعياً معيباً ، تترتب عليه عواقب وخيمة على مالية الدولة . فكان طبيعياً إزاء خطورة الملحقات أن تتصدى لها التشريعات ، وأن يُبدي الفقه موقفه منها ، وإن يُصدر القضاء أحكامه فيها . وسوف نقف في هذا المبحث على المعالجات المذكورة في المطلبين الآتيين :

المطلب الأول : الموقفان الدستوري والقانوني من ملحقات الموازنة .

المطلب الثاني : الموقفان الفقهي والقضائي من ملحقات الموازنة .

المطلب الأول

الموقفان الدستوري والقانوني من ملحقات الموازنة

تصدت كثير من الدول لموضوع ملحقات الموازنة ، لكن الدول المذكورة تباينت في نوع الأداة القانونية التي استعملتها في معالجة الملحقات ، فالبعض فضل أن يتصدى لها في الدستور ، ودول أخرى اختارت معالجة الظاهرة المذكورة في قوانينها . وسنقف على دينك الإتجاهين في الفرعين الآتيين :

الفرع الأول

المعالجة الدستورية لملحقات الموازنة

تباينت المعالجات الدستورية لظاهرة ملحقات الموازنة ، فثمت دساتير وسعت من نطاق حظر الملحقات ، ودساتير أخرى ضيقت من النطاق المذكور ، ودساتير وقفت موقفاً وسطاً بين الإتجاهين السابقين . وحسبنا الآن الوقوف على هذه الإتجاهات الدستورية .

أولاً : الدساتير التي وسعت من نطاق حظر الملحقات

أخذت بعض الدساتير موقفاً صارماً من ملحقات الموازنة فوسع من نطاق حظرها . ومن الأمثلة على تلك الدساتير : الدستور الكويتي النافذ الذي منع من أن يلحق بقانون الموازنة (أي نص من شأنه إنشاء ضريبة جديدة ، أو زيادة في ضريبة موجودة ، أو تعديل قانون قائم أو تقادي إصدار قانون خاص في أمر نص هذا الدستور على وجوب صدور قانون في شأنه)^(٣٨) .

ثانياً : الدساتير التي ضيقت من نطاق حظر الملحقات

لم تتشدد بعض الدساتير في منع ملحقات الموازنة بل سلكت مسلكاً مرناً عندما منعت إلحاق أحكام بعينها بالموازنة . فالدستور الأردني على سبيل المثال منع تقديم أي إقتراح أثناء مناقشة الموازنة يتضمن إلغاء ضريبة موجودة ، أو فرض ضريبة جديدة ، أو تعديل ضريبة مقررة قانوناً زيادة أو نقصاناً^(٣٩) .

إن المنع المذكور ، كما هو واضح ، مقصور على نوع واحد من الملحقات هو الملحقات الضريبية دون سواها من الملحقات الأخرى .

ثالثاً : الدساتير التي إتخذت موقفاً وسطاً من الملحقات

أخذت بعض الدساتير موقفاً وسطاً من الملحقات ، فلم ترفضها رفضاً كاملاً ولم تُجزها بصورة مطلقة دون قيود ومن الأمثلة التي تذكر هنا موقف المشرع الدستوري المصري الذي أجاز في الدستور النافذ لسنة ٢٠١٤ بأن تلحق بقانون الموازنة نصوصاً تعدل في قانون قائم بعد توافر الشروط الآتية :

١ - إن يستهدف التعديل إيجاد موارد مالية تحقق التوازن بين كفتي الإيرادات والنفقات العامة .

٢ - إن الزيادة في الموارد المالية ينبغي أن تكون بالقدر اللازم لتحقيق التوازن المذكور .

٣ - أن تتفق الحكومة مع مجلس النواب على الزيادة .

٤ - لا يجوز أن يتضمن قانون الموازنة أي نص من شأنه تحميل المواطنين أعباء مالية جديدة^(٤٠).

والمعلوم هنا أن المواطنين هم الذين يحملون الجنسية المصرية، ووفقاً لمفهوم المخالفة، فإنه يجوز أن يتضمن قانون الموازنة نصاً أو نصوصاً من شأنها أن تحمل الأجانب المقيمين على الأراضي المصرية أعباء مالية جديدة.

رابعاً : المفاضلة بين الإتجاهات الدستورية السابقة

نرى أن موقف الدستور الكويتي الذي توسع في منع الملحقات يبرز موقف الدساتير الأخرى، لأنه كلما تضاعف عدد الملحقات أمكن للسلطة التشريعية أن تتفرغ لدراسة مشروع الموازنة دراسة دقيقة ومستفيضة بما يضمن إقرار موازنة منضبطة ومتلائمة مع الأوضاع الاقتصادية والاجتماعية العامة.

الفرع الثاني

المعالجة القانونية لملاحقات الموازنة

اختلفت الدول التي أتخذت القوانين أداة للتصدي لظاهرة ملحقات الموازنة، فتمت دول فضلت التصدي للظاهرة المذكورة في القوانين التنظيمية، ودول أخرى عالجت الظاهرة بواسطة القوانين الإعتيادية. وسوف نقف على الإتجاهين المذكورين في البيان الآتي :

أولاً : تصدي القوانين التنظيمية لظاهرة ملحقات الموازنة

فضّل المشرع في بعض الدول التصدي لظاهرة الملحقات في قوانين تنظيمية،

فالدستور المغربي على سبيل المثال أحال إلى القانون التنظيمي بيان الشروط والإجراءات التي يجب أن يصدر القانون المالي على أساسها^(٤١). والمعلوم أن القوانين التنظيمية هي قوانين مكملّة للوثيقة الدستورية إنطلاقاً من أن الوثيقة المذكورة لا تستوعب القواعد التي تتصل بنظام الحكم جميعها، فمن الجائز أن ترد هذه القواعد في قوانين تنظيمية تسنها السلطة التشريعية^(٤٢). وتأخذ القوانين المذكورة مرتبة وسطى بين الوثيقة الدستورية والقوانين العادية عندما يخص الدستور القوانين التنظيمية بنظام إجرائي يختلف عن ذلك المتبع في القوانين الأخرى^(٤٣) وقد خص الدستور المغربي النافذ القوانين التنظيمية بنظام إجرائي متميز لا تخضع له القوانين العادية التي تصدر من مجلس النواب. ومن أبرز ملامح هذا النظام هو خضوع القوانين التنظيمية بصورة إجبارية لرقابة المجلس الدستوري للثبوت من مطابقتها للدستور^(٤٤).

وقد صدر القانون التنظيمي المغربي سنة ٢٠١٥، وأصبح نافذ المفعول ابتداء من يناير ٢٠١٦^(٤٥) والنقطة الجديرة بوصفه أن القانون المذكور عالج ظاهرة ملحقات الموازنة عندما نص صراحة بأنه: (لا يمكن أن تتضمن قوانين المالية إلا أحكاماً تتعلق بالموارد والتكاليف أو تهدف إلى تحسين الشروط المتعلقة بتحصيل المداخل وبمراقبة استعمال الأموال العامة)^(٤٦).

وإذا كان النص المذكور قيد كثيراً من صلاحيات مجلس النواب بإضافة ملحقات لا مساس لها بأصل الموازنة إلا أن المشرع المغربي فسّر عبارة (تحسين الشروط المتعلقة بتحصيل المداخل) تفسيراً واسعاً عندما سمح

المطلب الثاني

الموقفان الفقهي والقضائي من ملحقات الموازنة

أفصح الفقه المالي عن موقفه إزاء ظاهرة
ملحقات الموازنة كما أبدى القضاء وجهة
نظره في الموضوع وحسبنا تناول الموقفين
الفقهي والقضائي في البيان الآتي :

الفرع الأول

الموقف الفقهي من ظاهرة ملحقات الموازنة

حمل الكتاب على ملحقات الموازنة حملة
شعواء ، لكونها وسيلة يمجها الذوق السليم ،
وتخلو من مقتضيات الكياسة ، فالموازنة تنظيم
مالي مؤقت يستمر مفعوله لمدة سنة واحدة
في الغالب ، فمن الخطل الظاهر أن نقرن بها
أحكاماً عامة دائمة حتى لو كانت تلك الأحكام
ذات صبغة مالية . كما أن تعدد الملحقات
بتعدد الموازونات من شأنه أن يشنت الأحكام ،
ويبعثرها على مر السنين والأعوام مما يخلق
عنتاً عند الباحثين والمختصين في تتبع الأحكام
في مظانها المتعددة ، ثم أن ملحقات الموازنة
تحمل في ثنايا اعدادها واعتمادها خطورة على
مالية الدولة ، لأن الملحقات كثيراً ما تتناول
مسائل بالغة الأهمية ، مثل : فرض أعباء مالية
جديدة على المكلفين مما يتطلب أن لا تتقرر
إلا بعد تودة وترو بعيد ، وهذا غير متحقق ؛
لأن السلطة التشريعية غالباً ما تتناول الملحقات
بل الموازنة برمتها بسرعة وعجالة كيما تتمكن
من إقرارها قبل بدء السنة المالية الجديدة ،
وهذا من شأنه أن يحمل المكلفين بتلك الأعباء
تكاليف مالية غير عادلة^(٤٠).

أن يتضمن القانون المالي المغربي أحكاماً تُنشأ
موارد عامة أو تُغيرها أو تُحذفها^(٤٧) . شريطة
أن تنال الأحكام المذكورة موافقة الحكومة^(٤٨) .

ثانياً : تصدي القوانين الإعتيادية لظاهرة ملحقات الموازنة

يلحظ في بعض الدول مثل لبنان أن
دستورها النافذ لسنة ١٩٢٦ إلترم الصمت ولم
يتخذ موقفاً صريحاً من ملحقات الموازنة بيد
أن المشرع العادي أعلن صراحة في قانون
المحاسبة العمومية أن قانون الموازنة هو النص
المتضمن إقرار السلطة التشريعية لمشروع
الموازنة ، وأن هذا القانون يحتوي على أحكام
أساسية تتضمن تقدير النفقات والواردات
وإجازة الجباية وفتح الإعتمادات ، وعلى أحكام
خاصة تقتصر على ما له علاقة مباشرة بتنفيذ
القوانين^(٤٩) . وبهذا النص لم يعد جائزاً إحتواء
قانون الموازنة على أحكام غريبة عنها أو بعيدة
عن جوهرها .

خلاصة ما تقدم أن الدول اختلفت فيما
بينها حول الأداة القانونية المستعملة للتصدي
لظاهرة ملحقات الموازنة ، وإذا أردنا المفاضلة
بين الإتجاهات السابقة لرجحنا الإتجاه الذي
يعهد بهذه المهمة إلى الدستور ؛ لأن النص
الدستوري إذا كان جامداً ، وهو الإتجاه الغالب
في معظم دول العالم ، يعجز المشرع العادي
أن يطاله بالتعديل أو الإلغاء خلافاً للنص الوارد
في القانون التنظيمي أو القانون الإعتيادي إذ
يستطيع المشرع المذكور أن يتناوله تعديلاً
وإلغاءً مما يُفقد منع الملحقات أهميته .

الفرع الثاني

الموقف القضائي من ظاهرة ملحقات الموازنة

نتناول هنا موقف المجلس الدستوري في فرنسا ، وموقف المحكمة الدستورية الكويتية ، وموقف المحكمة الإدارية العليا في مصر من ملحقات الموازنة .

أولاً : موقف المجلس الدستوري في فرنسا من ملحقات الموازنة

حدد الدستور الفرنسي لسنة ١٩٥٨ الموضوعات التي يجب أن يحتويها قانون الموازنة عندما نص ما يأتي :

(تحدد قوانين الموازنة موارد الدولة وأعباءها وفق الشروط ، وفي ظل التحفظات التي يقرها قانون أساسي)^(٥١) .

وانطلاقاً من هذا التحديد الدستوري لمضمون قانون الموازنة أكد المجلس الدستوري في قراره الصادر بتاريخ ٣٠ سبتمبر ١٩٧٩ أن التشريع الذي لا يمثل لما يتطلبه الدستور والأمر الصادر في ٢ يناير ١٩٥٩ ، من موضوعات مخصصة للموازنة العامة لا يعدّ من قوانين الموازنة^(٥٢) . فقانون الموازنة كما يذهب القاضي الدستوري الفرنسي يحتوي على الموضوعات التي يتضمّنهما القانون الأساسي . علماً أن القانون الأساسي الذي ينظم الموازنة العامة في فرنسا صدر في ٢ يناير ١٩٥٩ وقد ألغي هذا القانون وحل محله قانون أغسطس / آب ٢٠٠١ .

وفي المعنى نفسه أكد المجلس الدستوري في ٢٩ / ديسمبر ١٩٨٦ بمناسبة قانون الموازنة العامة لسنة ١٩٨٧ على المحتوى الموضوعي للموازنة ، فعندما قرر البرلمان الفرنسي تعويض المدرسين في المؤسسات الخاصة ، وادخالهم ضمن التعويضات المقررة للوظائف العامة للمدرسين ، فإن هذا القانون لا يمكن وصفه قانون الموازنة العامة ، ذلك أن موضوعه من الموضوعات التي لا تدخل ضمن الموازنة العامة^(٥٣) .

نستنتج مما تقدم أن قانون الموازنة العامة الفرنسي يستقل بموضوعاته عن القوانين الأخرى ، فلا يجوز أن تتداخل القوانين ، أو أن يعتدى إحداها على الأخرى . وفي هذا المعنى استقر المجلس الدستوري على التمييز بين السلطة التشريعية للبرلمان في مجال القانون ، والسلطة التشريعية للبرلمان في مجال قانون الموازنة العامة ، مؤكداً عدم دستورية اعتداء أي من هاتين السلطتين على السلطة الأخرى^(٥٤) .

ثانياً : موقف المحكمة الدستورية الكويتية من ملحقات الموازنة

ذهبت المحكمة الدستورية الكويتية إلى (إن قانون الموازنة العامة لا يمكن أن يشتمل على موضوعات من شأنها إنشاء ضريبة جديدة أو تعديل قانون أشرط الدستور صدور قانون خاص فيه . بمعنى أن قانون الموازنة لا يستطيع تعديل أي قانون موضوعي)^(٥٥) .
ثالثاً : موقف المحكمة الإدارية العليا المصرية من ملحقات الموازنة

أصدرت المحكمة الإدارية العليا المصرية

حكما قالت فيه : (وفقاً لما جرى به القضاء الإداري في مجال تكييف طبيعة قانون الموازنة العامة على أنه في مرتبة القانون من حيث الشكل ، ومن صنف الأعمال الإدارية من جهة المحتوى والموضوع ، فإنه ينبغي على ذلك أنه ولأن كانت الموازنة العامة للدولة تصدر بقانون إلا أنه لا يسوغ لها مخالفة أي قانون قائم وقيام وزارة المالية بتقسيم الديوان العام في موازنتها إلى ثلاثة كوادرات قائمة بذاتها لا يستند إلى أساس سليم من القانون ، وأن الوضع المالي لهذه الكوادرات أنها ثابتة بديوان عام وزارة ، ومن ثم فإنها لا تعدو أن تكون قطاعات داخل الديوان العام الذي يعد وحدة واحدة ، وأنه لا يجوز الاستناد إلى صدور قانون الموازنة الذي قرر لكل كادر من الكوادرات الثلاثة المشار إليها اقدمية مسبقة عن اقدمية العاملين بالكادرات الأخرى ، ذلك لأن هذا القانون لا يجوز له أن يخالف الأحكام القانونية الواردة بقانون نظام العاملين المدنيين بالدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٨ ...) (٥٦) .

يتضح من الحكم المتقدم أن المحكمة الإدارية العليا قضت بعدم جواز إحتواء قانون الموازنة على نصوص من شأنها تعديل قوانين أخرى استناداً إلى أن قانون الموازنة يعد من الناحية الموضوعية عملاً إدارياً ، فهو بهذا الوصف لا يقوى أن يمس القوانين الأخرى إلغاءً أو تعديلاً ، والفكرة التي أستندت إليها المحكمة ، فكرة خاطئة ، في رأينا ؛ لأن الموازنة كما أوضحنا آنفاً ، لا تخرج من جهة طبيعتها القانونية عن كونها عملاً إدارياً محضاً أو قانوناً محضاً حسب الأداة القانونية

لصدورها ، فالموازنة لا تحمل وصفاً مزدوجاً (قانون من الناحية الشكلية ، وعمل إداري من الناحية الموضوعية) . وكان بإمكان المحكمة المذكورة ، أن تستند في حكمها إلى حجة أكثر مقبولية وهي أن قانون الموازنة يعد من القوانين ذات الموضوعات المتخصصة يتبغى تنظيم مالية الدولة بشقيها الإيرادي والإنفاقي عن مدة مقبلة ، فلا يجوز أن تلحق به نصوصاً تبعه عن موضوعه المحدد أو غايته المخصصة .

المبحث الثالث

ظاهرة الملحقات في الموازنات

العامة العراقية

لا يجد القارئ عنثاً أو إرهاباً في ملاحظة ظاهرة الملحقات في الموازنات العامة العراقية سيما الصادرة بعد عام ٢٠٠٣ ، إذ حفلت تلك الموازنات بأحكام دخيلة عليها ، وبعيدة عن جوهرها مما ولد آثاراً سلبية على مالية الدولة العراقية ، وسوف نسلط الضوء في هذا المبحث على توسع المشرع العراقي في الإعتماد على الملحقات ، وموقف المحكمة الاتحادية العليا من هذا التوسع ، والآثار السلبية التي نجمت عنه حسب التفصيل الآتي :

المطلب الأول : مغالاة المشرع العراقي في

الإعتماد على ملحقات الموازنة .

المطلب الثاني : موقف المحكمة الاتحادية

العليا من ملحقات الموازنة .

المطلب الثالث : الآثار السلبية لملاحقات

الموازنة العامة العراقية .

المطلب الأول

مغلاة المشرع العراقي في الإعتماد على ملحقات الموازنة

إزداد عدد الملحقات في الموازنات العراقية حتى بات وجودها ظاهرة مالية لا تخطوها العين . ولعل السؤال الذي يطرح هنا ما أنواع الأحكام التي ألحقها المشرع بالموازنات السنوية ؟ وما أسباب إفراط المشرع في الإعتماد على الملحقات ؟ هذا ما سوف نجيب عنه في الفرعين الآتيين :

الفرع الأول

أنواع الملحقات في الموازنات العامة العراقية

من العسير على أي باحث استقصاء الملحقات جميعها الواردة في الموازنات العراقية ؛ وذلك بسبب كثرة تلك الملحقات ، وتنوعها ، واختلاف مضمونها . لكن يمكن لنا أن نقدم صورة عنها عن طريق ردها إلى ثلاثة أنواع: مالية ، وإدارية ، وتجارية . وسوف نقف على الأنواع المذكورة في البيان الآتي :

أولاً : الأحكام المالية الملحقة بالموازنات العامة العراقية

لا تتطوي الأحكام المالية التي تلحق بالموازنة العامة على تقدير لإيرادات الدولة ونفقاتها لكنها تتضمن فرض لأعباء مالية جديدة ، أو زيادة في أعباء مالية قائمة ، أو تخفيض أو إعفاء منها . وقد وردت الأحكام المالية بالمعنى المتقدم في قوانين موازنات متعددة لكن المشرع العراقي أضاف إليها أحكاماً أخرى أبتغى من

ورائها ترشيد النفقات العامة للدولة . وسوف نستعرض أمثلة على الأحكام المذكورة في البيان الآتي :

١ - الملحقات التي تتضمن فرض أعباء مالية جديدة

دأب المشرع العراقي على استحداث ضرائب جديدة ، وفرضها في صلب قوانين الموازنات العامة . وشمل هذا الإستحداث الضرائب بنوعها : المباشرة ، وغير المباشرة . ومن أمثلة النوع الأول أستقطاع ما نسبته ٣,٨ من مجموع الرواتب والمخصصات لموظفي الدولة والقطاع العام والمتقاعدين كافة^(٥٧) . ومن أمثلة النوع الثاني : فرض ضريبة مبيعات على بطاقة تعبئة الهاتف النقال ، وشبكة الأنترنت بنسبة ٢٠٪ من قيمة الكارت^(٥٨) .

إن المشرع لم يكتف بفرض ضرائب جديدة بل فرض رسوماً مالية في قوانين الموازنات . ومن الأمثلة التي تذكر هنا : فرض رسم المطار على تذاكر السفر^(٥٩) .

٢ - الملحقات التي تتضمن زيادة في أعباء مالية قائمة

من أمثلة الملحقات المذكورة : زيادة سعر ضريبة العقار المفروضة بموجب القانون رقم (١٦٢) لسنة ١٩٥٩ من ١٠٪ إلى ١٢٪^(٦٠) .

٣ - الملحقات التي تتضمن تخفيض في أعباء مالية قائمة

قرر المشرع العراقي في موازنة سنة ٢٠٠٨ مضاعفة مبالغ السماحات الضريبية للموظفين الواردة في قانون ضريبة الدخل النافذ رقم ١١٣ لسنة ١٩٨٢^(٦١) .

٤ – الملحقات التي تتضمن الإعفاء من الأعباء المالية

من أمثلة هذا النوع من الملحقات : إعفاء شركات القطاع العام والخاص من الغرامات التأخيرية التي يستحق فرضها بسبب تلكؤ إنجاز المشاريع إذا كان التلكؤ سببه عدم صرف المستحقات المالية للجهات المذكورة^(٦٢)

٥ – الملحقات التي تهدف الى ترشيد النفقات العامة

ومن أمثلتها : تخفيض الإيفادات الخارجية^(٦٣) . وغلق السفارات والبعثات الدبلوماسية العراقية في الدول التي ليس لها تمثيل دبلوماسي في العراق ، وفقا لمبدأ المعاملة بالمثل^(٦٤) . ودمج بعض السفارات العراقية في سفارة واحدة إقليمية^(٦٥) .

ثانياً : الأحكام الإدارية الملحقة بالموازانات العراقية

حفلت قوانين الموازنات العامة العراقية بأحكام تناولت موضوعات إدارية بطبيعتها ، ومن الأمثلة عليها :

١ – إنشاء أشخاص عامة

مثل : تأسيس صندوق لإعادة إعمار المناطق التي دمرها الإرهاب^(٦٦) .

٢ – تنظيم المراكز القانونية للموظفين

مثل : عدم التعيين في أية وظائف قيادية (مدير عام فما فوق) ما لم يوجد لها درجة في قانون الوزارة أو الجهة غير المرتبطة بوزارة

أو تعليمات شغل المنصب^(٦٧) ومنح الموظف إجازة لمدة أربع سنوات براتب أسمي وبدون راتب لما زاد عن ذلك^(٦٨) .

٣ – تنظيم اختصاص الهيئات المستقلة

مثال على هذا النوع من الأحكام : إلزام ديوان الرقابة المالية بتدقيق المستحقات المالية بين الإقليم والحكومة الاتحادية للسنوات ٢٠٠٤ ولغاية ٢٠١٦^(٦٩) .

ثالثاً : الأحكام التجارية الملحقة بالموازنة العامة

أحتوت الموازنات العراقية على أحكام نظمت عمليات غلب عليها الطابع التجاري ، منها على سبيل المثال :

١ – تخويل بعض الوزارات استثمار الأبنية والمشاريع المنجزة والمشاريع قيد الإنجاز بالمشاركة مع القطاع الخاص^(٧٠) .

٢ – فتح البنك المركزي نوافذ إسلامية في المصارف الخاصة الراغبة بذلك^(٧١) .

الفرع الثاني

أسباب إفراط المشرع العراقي بالإعتماد على ملحقات الموازنات

أسهمت أسباب كثيرة في انتهاز المشرع العراقي فرصة إعتماد مشروع الموازنة لإحداث أحكام مغايرة لها مغايرة تامة . وتلك الأسباب لا تخرج ، في رأينا عن ثلاثة : أسباب دستورية ، وقانونية ، واقتصادية . يحسن بنا الوقوف عليها في البيان الآتي :

أولاً : عدم معالجة الدستور العراقي لظاهرة ملحقات الموازنة

جاء دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥
خلوا من نص صريح يمنع ملحقات الموازنة ،
أو على الأقل يحد منها، وهذا ما ولد قناعة عند
المشرع الاعتيادي بأن له سلطة تقديرية في
إلحاق ما يشاء من أحكام في قوانين الموازونات
مادام أنه صاحب الإختصاص الأصيل بسن
القوانين . علماً أن الدستور العراقي ليس
بدعاً في موقفه هذا ، لأن الدساتير التي سبقته
خلت هي الأخرى من نصوص تعالج ظاهرة
الملحقات .

ثانياً :خلو قانون الإدارة المالية من نص صريح يمنع ملحقات الموازنة

يعدّ قانون الإدارة المالية النافذ رقم (٩٥)
لسنة ٢٠٠٤ القانون المختص بتنظيم الموازونات
العامة الإتحادية من جهة إعدادها، وإعتمادها ،
وتنفيذها ، والرقابة عليها^(٧٢) . ولو أمعنا النظر
في نصوص القانون المذكور لألقينا الآتي :

١ – إن قانون الإدارة خلا من نص واضح
وجلي يمنع إقحام أحكام دخيلة على الموازنة .

٢ – نصت الفقرة (٢) من القسم (٧)
من قانون الإدارة بأن (يتضمن قانون الميزانية
السنية :

أ – تقديرات الإيرادات..... .

ب – تقديرات النفقات..... .

ت – استعمال الفائض وتمويل العجز .

ث – احتياطي الطوارئ

ج – تحديد واضح لقواعد المصادقة على
المصروفات

يلاحظ على النص المتقدم أنه تكلم عن
محتويات قانون الموازنة السنوي ، لكن لا
توجد في النص عبارة تدل دلالة قاطعة على أن
المحتويات المذكورة ، هي وحدها دون غيرها ،
التي يجب أن يتضمنها القانون المذكور أو أن
إيراد غيرها لا يُعدّ جائزاً كما فعل المشرعان
المغربي واللبناني على سبيل المثال. وهذه
الصياغة ، كما نظن ، سمحت للمشرع العراقي
في أن يلحق بالموازنة أحكاماً لا تمت لها بصلة.

ثالثاً : شحة الموارد المالية بسبب هبوط أسعار النفط

تعرض العراق ، مثله مثل بقية الدول
البتروولية ، إلى أزمة اقتصادية خانقة كان
سببها الهبوط الحاد في أسعار النفط العالمية
الذي أدى الى انخفاض العوائد النفطية مما
تسبب بتعمق الفجوة المالية بين نفقات الموازنة
العامة وإيراداتها ، الأمر الذي أستخدم اتخاذ
إجراءات عاجلة لمواجهة الأزمة المذكورة ،
والحد من آثارها السلبية . ووجد المشرع أن
إعتماد مشروع الموازنة يعد فرصة مواتية
لإلحاق أحكام أتخذ الكثير منها طابعاً مالياً
استهدف ترشيد النفقات العامة ، وزيادة موارد
الدولة حسب التفصيل الأنف الذكر .

المطلب الثاني

موقف المحكمة الإتحادية العليا من ملحقات الموازنة

لم يؤدّ سكوت دستور جمهورية العراق
لسنة ٢٠٠٥ عن منع ملحقات الموازنة الى
تشجيع السلطة التنفيذية على حشو مشاريع
الموازونات بالملحقات ، بل شجع كذلك السلطة
التشريعية على القيام بذلك ، وهي نتيجة شاذة

وغير مألوفة ، لأن المعتاد هو أن السلطة تنفيذية هي التي تستعين بالملحقات دون السلطة التشريعية .

وقد عرضت على المحكمة الاتحادية العليا قضية طعن في الحكومة في المادتين (٤٦) و (٤٧) من قانون الموازنة العامة الاتحادية للسنة المالية ٢٠١٢ . وهاتان المادتان أضافهما مجلس النواب إلى مشروع قانون الموازنة المقدم من مجلس الوزراء دون الحصول على موافقته . وقد أصدرت المحكمة المذكورة قرارا جاء فيه : (وجدت المحكمة أن مجلس النواب أضاف مادة الى مشروع القانون وهي (٤٦) إذ ألزمت بموجبها وزارة الخارجية مراعاة النسب السكانية لكل محافظة أثناء التعيين والقبول في دورات معهد الخدمة الخارجية دون أن يكون لهذا النص علاقة بقانون الموازنة العامة الاتحادية ودون أن يكون ذلك من صلاحية مجلس النواب، وأن الموضوع يدخل ضمن صلاحيات السلطة التنفيذية المقررة في المادة (٨٠) من الدستور^(٧٣)، ومخالفاً بذلك المادة (٦٠) من الدستور^(٧٤) . وكذلك الحال بالنسبة للمادة (٤٧) من القانون حيث ألزمت المحافظة بفتح حساب بأسم المحافظة في البنوك والمصارف ، وهذا الأمر ليس له علاقة بالميزانية وكذلك ليس من صلاحية مجلس النواب بموجب الدستور إلزام المحافظات بفتح الحساب في البنوك والمصارف ، وأن ذلك يعد من الصلاحيات ومن الأعمال التي تختص بها السلطة التنفيذية وليس التشريعية وللأسباب المتقدمة قررت المحكمة الاتحادية العليا الحكم بعدم دستورية الإجراءات التي اتخذها مجلس النواب العراقي بتعديل المادة (٤٧) والمادة (٤٨) من قانون الموازنة

العامة الاتحادية رقم (٢٢) لسنة ٢٠١٢ إذ لم تكن وفق صلاحياته الدستورية . لذا فإن تلك المواد تعد مخالفة للدستور ، وبناء على ذلك قرر الحكم بعدم دستوريتهما^(٧٥) .

يتضح من الحكم المتقدم أن المحكمة الاتحادية العليا على الرغم من إشارتها الصريحة إلى أن المادتين (٤٧) و (٤٨) محل الطعن لا علاقة لهما بالموازنة العامة ، فإن المحكمة أستندت في إلغائهما الى تناول تلك المادتين موضوعات تدخل ضمن صلاحية السلطة التنفيذية حصراً ، وأن إضافتهما من قبل مجلس النواب يعد تعدياً على اختصاص السلطة التنفيذية . لكن هَب أن إضافة هاتين المادتين كان قد حظى بموافقة مجلس الوزراء فهل بإمكان المحكمة أن تحكم بعدم دستوريتهما فيما لو طعن عليهما من أشخاص آخرين لهم مصلحة بالطعن ؟

نرى أن بإمكان المحكمة أن تحكم بعدم دستورية المادتين المذكورتين ، وقد يقول قائل : إن الدستور النافذ يخلو من نص صريح يمنع وجود الملحقات في الموازنة فكيف يحكم القاضي بعدم دستورية الملحقات ؟

بإمكان المحكمة أن تحكم بذلك استناداً إلى القواعد العامة التي بمقتضاها تعد الموازونات برامج مالية سنوية تتضمن تقديراً لإيرادات الدولة ونفقاتها ، وهذا الفهم العام يحتم على المحكمة تطهير الموازنة من الموضوعات الغريبة عنها استجابة لطبيعة الأشياء والفهم السليم لروح الموازنة ، ثم أن قاعدة تماثل أو توازي الأشكال تعد هي الأخرى سنداً يمكن للمحكمة الإتكاء عليه ، و التماثل هنا ينبغي أن يكون قائماً بين القانون الذي يفرض الأعباء

ذلك سوف يؤثر حتماً في تنفيذها ، ويفرغ قانونها من محتواها ، ويعطل بقدر التأخر إنجاز المشاريع المقررة.

على أساس ما تقدم تقتضي السياسة التشريعية السليمة أن تُعتمد الموازنة وينشر قانونها في الجريدة الرسمية قبل بداية السنة المالية على أن يعمل به فور بدايتها ، أو أن ينشر القانون في الجريدة الرسمية في بداية السنة ، ويعمل به من تاريخ النشر . بيد أن المتتبع لقوانين الموازنات العامة الاتحادية العراقية يلاحظ أنها غالباً ما كانت تصدر ، وتنشر بعد بدء السنة المالية^(٧٦) . ولعل وجود الملحقات كان سبباً رئيساً في حدوث التأخر ؛ لأن وجود الملحقات استنزف من مجلس الوزراء ومجلس النواب وقتاً في مناقشة قانون الموازنة ، والإتفاق على مضمونه ، وهذا ما تسبب في تأخر إقراره ، والأسوء من ذلك هو أن التأخر أدى إلى العمل بنظام الموازنات الشهرية ، وهي موازنات يغلب عليها الطابع التشغيلي دون الإستثماري كما هو معلوم^(٧٧) .

الفرع الثاني

تسبب الملحقات بإسقاط قوانين الموازنات في هوة المخالفات الدستورية

نجم عن وجود الملحقات في قوانين الموازنات التسبب بوقوع تلك القوانين في شَرَك المخالفات الدستورية . ومن أمثلة تلك المخالفات أعمال النصوص الضريبية بأثر رجعي ، وفرض الرسوم بناء على قانون . وسوف نتناول تينك المخالفتين في البيان الآتي:

المالية ، والقانون الذي ينص على تعديلها أو إلغائها . فما دام المشرع فرض ضريبة بقانون معين حمل أسماها (كأن تكن ضريبة دخل على سبيل المثال) فلا يجوز أن تعدل أو تلغى إلا بقانون آخر يحمل الأسم ذاته لا أن تعدل أو تلغى بقانون الموازنة الذي هو قانون مختلف ، ويحمل أسما مغايراً للقانون الذي فرض تلك الأعباء . علماً أن الأسباب الموجبة لكليهما مختلفة ، وقس على ذلك بالنسبة لبقية الملحقات الأخرى .

المطلب الثالث

الآثار السلبية لملحقات الموازنات العامة العراقية

ترك الملحقات آثاراً وبيلة في مالية الدولة العراقية تمثلت بتأخر إقرار قوانين الموازنات ، ووقوعها في شَرَك المخالفات الدستورية ، والنيل من صدقها ، وضياع مواردها ، وسوف نقف على الآثار المذكورة في الفروع الأربعة الآتية :

الفرع الأول

تسبب الملحقات بتأخر إقرار قوانين الموازنات

عانت مالية الدولة العراقية من مشكلة مزمنة قوامها تأخر إقرار قانون الموازنة . والمعلوم أن قانون الموازنة قانون مؤقت يسري مفعوله لمدة زمنية محدودة لا تتجاوز غالباً اثنا عشر شهراً . عليه فإن التطبيق السليم للقانون المذكور مرهون باستكمال مدته المقررة قانوناً ، فإذا ما حصل تأخر في إقرار الموازنة ، فإن

ذكرنا آنفاً أن قوانين الموازنات العامة العراقية عانت من التأخر في إصدارها ونشرها، إذ غالباً ما كان النشر في الوقائع العراقية بالنسبة لتلك القوانين يتم بعد بدء السنة المالية بيد أن المشرع العراقي اعتاد أن ينص في القوانين المذكورة بأن يسري مفعولها بوصفه من بداية السنة المالية، أي بأثر رجعي^(٧٨). ولو كان المشرع العراقي متمسكاً بالطابع الموضوعي للموازنة بوصفها برنامجاً مالياً يترجم رقمياً أهداف الدولة لما أعترت موقفه شائبة أو مثلبة دستورية لكن ذلك لم يتحقق؛ لأن المشرع تعمد حشو الموازنات بنصوص بعضها أستحدثت ضرائب ورسوم جديدة، وبعضها الآخر أبقى المكلفين من ضرائب ورسوم قائمة، كما مر بنا سابقاً، وهنا وقع المحذور، لأن سريان تلك النصوص على الماضي يخالف أحكام الدستور الذي منع صراحة سريان قوانين الضرائب والرسوم بأثر رجعي^(٧٩).

عليه فإن النصوص الواردة في قوانين الموازنات العامة الاتحادية التي تناولت الضرائب والرسوم من حيث فرضها، أو تعديلها أو الإعفاء منها، والتي قرر المشرع سريانها على الماضي تعد نصوصاً باطلة، ولو سلمنا جدلاً بدستورية الملحقات من جهة الأصل، وهذا ما لا نميل إليه لأسباب قدمناها آنفاً، فإن البطلان المذكور يلحق النصوص المذكورة بالقدر الذي تجري فيه المخالفة وهو سريانها على الماضي فقط، أي المدة المحصورة بين بداية السنة المالية، وتاريخ نشر قانون الموازنة في الجريدة الرسمية.

نص دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ بأن: (لا تفرض الضرائب والرسوم، ولا تعدل، ولا تجبى، ولا يعفى منها، إلا بقانون^(٨٠) . وعلى الرغم من صراحة النص المتقدم إلا أن المشرع العادي خالف ما جاء فيه من أحكام عندما ألحق بقانون الموازنة العامة لسنة ٢٠١٦ نصاً خوّل بموجبه الوزارات، والجهات غير المرتبطة بوزارة، والمحافظات صلاحية فرض رسوم جديدة أو تعديل الرسوم القائمة بموجب تعليمات يصدرها الوزير المختص، أو رئيس الجهة غير المرتبطة بوزارة أو المحافظة^(٨١).

وقد كرر المشرع في قانون الموازنة العامة لسنة ٢٠١٧ تخويله الوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة ومجالس المحافظات صلاحية فرض رسوم جديدة، وتعديل الرسوم النافذة، وفق ضوابط يصدرها الوزير المختص، أو رئيس الجهة غير مرتبطة بوزارة، أو المحافظ^(٨٢).

وقد استنتى المشرع في القانونين المذكورين من التخويل نوعاً من الرسوم أطلق عليه وصف الرسوم السيادية التي عرّفها بأنها: الرسوم المقررة بموجب القوانين الاتحادية النافذة^(٨٣).

وهذا الإستثناء لا يظهر، في رأينا، مسلك العراقي من المخالفة الدستورية، لأن النص الوارد في الدستور العراقي لا يستثني طائفة معينة من الرسوم، فجميعها لا تفرض أو تعدل أو يعفى منها إلا بقانون.

الفرع الثالث

تسبب الملحقات بالنيل من مصداقية الموازنات

يعدّ مبدأ الصداقية من المبادئ المالية المستحدثة ويقصد به أن الأرقام الواردة في الموازنة والمتعلقة بالتكاليف والموارد ، يجب أن تقترب من الحقيقة ، ولا يمكنها أن تكون كذلك بدون أن تبنى على معطيات حقيقية ، وعلى توقعات تراعي الظروف الاقتصادية والاجتماعية السائدة في الدولة^(٨٤) .

وقد نص بعض التشريعات المالية على مبدأ الصداقية صراحة من ذلك على سبيل المثل القانون المالي الفرنسي النافذ لسنة ٢٠٠١^(٨٥)، والقانون التنظيمي المغربي النافذ لسنة ٢٠١٥^(٨٦) . أما قانون الإدارة المالية العراقي النافذ فقد جاء خلوا من نص يذكر مبدأ الصداقية صراحة بيد أن القانون المذكور المح إلى المبدأ عندما أستلزم أن تقدم الموازنة بطريقة تسهل التحليل ، وتعزز الثقة بها^(٨٧) ، وأن تحدد بدقة مصادر الإيرادات في الموازنة مع نفقات السنة المالية^(٨٨) تأسيساً على ما تقدم فإن مبدأ الصداقية ينبغي أن يؤطر قانون الموازنة العامة، وأن يهيمن على نصوصه جميعها^(٨٩). بيد أن ذلك لم يتحقق في قوانين الموازنات العامة العراقية إذ قرن بها المشرع أحكاماً لم تبن على معطيات حقيقية ، ولم تراعي التوقعات والظروف المختلفة التي تمر بها الدولة مما أفقد تلك الأحكام والموازنة عموماً الكثير من مصداقيتها . ومن الأمثلة التي تُذكر في هذا المقام احتساب حصة إقليم كردستان، والمحافظات غير المنتظمة في إقليم في الموازنات العامة . فقد اعتاد المشرع العراقي

منذ موازنة سنة ٢٠٠٥^(٩٠) ، أن يحتسب لإقليم كردستان نسبة (١٧ ٪) من مجموع الإنفاق الفعلي (الجاري والإستثماري) للموازنة العامة بعد استبعاد النفقات السيادية^(٩١).

إن النسبة المذكورة تم تحديدها على أساس نسبة سكان إقليم كردستان من مجموع سكان جمهورية العراق ، وإذا كانت هذه النسبة على إفتراض صحتها مقبولة سنة ٢٠٠٥ ، فإنها لم تعدّ كذلك في الوقت الحاضر لتغير عدد السكان، ومع ذلك بقيت النسبة المذكورة على حالها ولم يطرأ عليها تغير يذكر ؛ لأن الحكومة لم تلتزم بإجراء إحصاء وتعداد عام للسكان على الرغم من أن المشرع العراقي ألزمها مراراً في قوانين الموازنات بإجراء ذلك الإحصاء والتعداد^(٩٢) .

والحقيقة أن إمتناع الحكومة عن القيام بواجبها الإحصائي ، فضلاً عن أنه يشكل مخالفة قانونية صريحة ، كما تقول المحكمة الاتحادية العليا^(٩٣)، فإنه أفقد قوانين الموازنات صدقيتها ؛ لأن نسبة (١٧ ٪) لم تعدّ تبنى على أسس حقيقية بل جزافية ، وهذا ما أثار حفيظة ثلّة من النواب الذين ساورهم الشك حول صحة النسبة المذكورة^(٩٤) . والغريب أن المشرع العراقي يعترف بأن نسبة (١٧ ٪) تخلو من المصداقية بدليل أنه يكرر النص سنوياً في قوانين الموازنات بوجوب أن يُعاد النظر في حصة إقليم كردستان في ضوء نتائج الإحصاء والتعداد عند إجرائه ، وعلى أن يتم في ضوءه تحديد المبلغ الحقيقي لحصة الإقليم^(٩٥) .

وكان ينبغي على مجلس النواب أن يمارس دوره الرقابي ، وأن يحاسب الحكومة بإثارة مسؤوليتها السياسية بسبب تراخيها في إجراء التعداد والإحصاء بيد أن ذلك لم يتحقق مما ينم

ورد في دستورنا النافذ^(٩٨). وكان يفترض أن تُستقطع من المكلفين مبالغ مالية تعادل مبالغ السماحات التي أحتسبت لهم دون وجه قانوني خلال السنوات الثلاث المذكورة. بيد أن المشرع فضل إبراء ذم هؤلاء المكلفين من تلك الديون مما أدى الى فقدان الخزينة لموارد مالية مستحقة لها.

ومن جانبنا فإننا نرى أن النصوص القانونية الواردة في قوانين الموازنات العامة التي تتضمن نزول الخزينة عن ديون ضريبية مستحقة لها في سنوات سابقة لا تعد نصوصاً موافقة للدستور النافذ بل مخالفة له، ووجه المخالفة هو سرريان تلك النصوص على الماضي، أي على ديون نشأت واكتملت في سنوات سابقة، وهذا ما لا يجيزه الدستور العراقي الذي حظر سرريان النصوص الضريبية على الماضي صراحة^(٩٩).

الخاتمة

كشفت الصحائف السابقة النقاب، وأماطت اللثام عن مشكلة الملحقات، وهي مشكلة مزمنة عانت منها، ولا تزال، الموازنات العامة العراقية، وتسببت بتأخر إصدار الموازنة، والنيل من مصداقيتها، وهدر مواردها، فضلاً عن وقوع قانونها في شَرَك المخالفات الدستورية. وقد أسهمت عوامل عدة في مغالاة المشرع العراقي بالاعتماد على الملحقات كان من بينها خلو دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ من نص صريح يوجب إقتصار قانون الموازنة السنوي على الأحكام المتصلة بتقدير إيرادات الدولة ونفقاتها، وسكوت قانون الإدارة المالية النافذ لسنة ٢٠٠٤ وعدم إتخاذة موقفاً صريحاً إزاء تلك الظاهرة، وهذا ما أدى

عن وجود خلل واضح في أداء المجلس، ويدل على أن الإستمرار باحتساب نسبة (١٧٪) طيلة السنوات الماضية كان نتيجة إتفاقات رضائية بين الكتل السياسية^(٩٦) داخل مجلس النواب. والأسوء من كل ذلك أن التقديرات الجُزافية لم تقف عند احتساب حصة إقليم كردستان وحدها بل شملت كذلك حصص المحافظات غير المنتظمة في إقليم، لأن المشرع أوجب أن يُراعى عدد سكان المحافظات عند احتساب حصصها من النفقات المذكورة، وأن يُعاد النظر بالحصص في ضوء نتائج الإحصاء الذي لم ير النور لغاية الآن^(٩٧).

الفرع الرابع

تسبب الملحقات بفقدان الخزينة العامة لمواردها المالية

أدت الملحقات الى ضياع موارد مالية على الخزينة العامة. والمثل الذي يذكر هنا أن المشرع العراقي نص على مضاعفة السماحات الضريبية للموظفين في قانون الموازنة العامة للسنة المالية ٢٠٠٨، كما ذكرنا آنفاً، وقد أنتهى مفعول هذا النص بنهاية السنة المالية التي وضعت تلك الموازنات لها، ولم ينص المشرع على مضاعفة السماحات في قوانين الموازنات للسنوات ٢٠٠٩ و ٢٠١٠ و ٢٠١١، وهذا ما كان يوجب على الإدارة الضريبية أن توقف العمل بمضاعفة السماحات خلال تلك السنوات لعدم توافر السند القانوني للإعفاء. بيد أن الإدارة الضريبية أستمرت بمضاعفة السماحات للموظفين مما شكّل مخالفة مالية وقانونية، لأن السماحات هي إعفاءات شخصية، والإعفاءات لا تنتقرر بقرارات إدارية بل بقانون حسبما

دستور جمهورية العراق النافذ لسنة ٢٠٠٥ يمنع إقحام الملحقات سيما الضريبية منها في قوانين الموازنات على غرار ما منصوص عليه في الدستور الكويتي النافذ لسنة ١٩٦٢ يبقى مقترحاً هاماً لقطع دابر كل خلاف حول عدم دستورية الملحقات ، ولوضع نهاية للفوضى التشريعية التي سببتها الملحقات في قوانين الموازنات العامة العراقية .

الهوامش

١- ابدى النائب (عبود وحيد عبود العيساوي) اعتراضه على الملحقات صراحة عند مناقشة مشروع قانون الموازنة العامة الاتحادية للسنة المالية ٢٠١٧ عندما جهر قائلا (لديّ ملاحظات كثيرة وسأقدمها في تقرير لكن أؤكد على المادة (٤٥) التي أكدت على أن وزارة المالية تبيع حصصها من أراضي زراعية خارج حدود أمانة بغداد والبلديات وفق قانون بيع وإيجار الأراضي وأموال الدولة، اعتقد أن هذه الفقرة تتدرج في الموازنة غير صحيح والمفروض أن يكون هناك تعديل على قانون إيجار وبيع الأراضي وهذا يحتاج إلى وقت طويل والخزينة سوف لن تستفيد منه فضلا عن إلى أن هذه الأراضي فيها حق التصرف يمتد إلى الجد أو جد الأب ومن ثم هذه سلسلة من الورثة ومن الحصص ومن ثم سوف تدخل في وقت وجدل وشكاوى ومشاكل كان المفروض أن يضاف التعديل على قانون بيع وإيجار أموال الدولة أفضل مما يكون في الموازنة) .

ينظر محضر جلسة رقم (٣١) ، الأربعاء (٢٠١٦ / ١١ / ٩) الدورة الانتخابية الثالثة ، السنة التشريعية الثالثة ، الفصل التشريعي الأول ، منشورة على موقع مجلس النواب العراقي .تاريخ الزيارة ٢٠١٧/٢/١٣

WWW.Parliament.iq.

٢ - نذكر على سبيل المثل قانون واردات البلديات

إلى إفراط المشرع العراقي بإقحام أحكام غريبة عن الموازنة ، وبعيدة عن روحها وجوهرها مما تسبب في تشوه معالم الموازنة ، وفقدانها لتماسكها وانسجامها . وعلى الرغم من إصدار المحكمة الاتحادية العليا حكماً وتراً لم يشفع بعد تطرقت فيه صراحة إلى ظاهرة ملحقات الموازنة العامة عام ٢٠١٢ ، وأعترفت أن المشرع يورد في قانون الموازنة نصوصاً لا تمت لها بصلة ، إلا أن هذا الحكم لا يعد كافياً للكشف بصورة واضحة عن توجهات المحكمة إزاء ظاهرة الملحقات ، كون أن المحكمة أستندت في الحكم بعدم دستورية تلك النصوص تضمنها أعتداء من جانب مجلس النواب على اختصاصات مجلس الوزراء ، وهذا ما دعانا أن نتساءل هل أن المحكمة ستصدر الحكم ذاته ، وتقضي بعدم دستورية النصوص التي لا علاقة لها بالموازنة لو لم تجد فيها أعتداء على اختصاصات مجلس الوزراء ؟ بمعنى آخر هل ستتخذ المحكمة من إنقضاء الصلة بين قانون الموازنة والملحقات سبباً كافياً للحكم بعدم دستوريتهما ؟

الذي نراه أن الملحقات بأنواعها كافة المالية ، والإدارية ، والتجارية غير دستورية ، لأن قانون الموازنة حسب الفهم المتعارف عليه في الدستور العراقي ، وغيره من الدساتير الأخرى ، هو قانون له موضوع محدد ، ونطاق متعارف عليه ، وغاية مخصصة قوامها تقدير إيرادات الدولة ونفقاتها عن مدة مستقبلية ، فكل نص لا ينسجم مع هذه الفكرة ، وروحها يعد نصاً غير دستوري ، ويتعارض مع الأسباب الموجبة لقانون الموازنة .

ومع كل ما تقدم فإن إيراد نص صريح في

- WWW.Parliament. تاريخ الزيارة ١٣ / ٢ / ٢٠١٧
- ٣ - محمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي ، مختار الصحاح ، دار الرسالة ، الكويت ، ١٩٨٣ ، ص ٥٩٣ .
- ٤ - ماجد راغب الحلو ، القانون الدستوري ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، ٢٠٠٨ ، ص ٣٣٥ .
- ٥ - اعداد علي حمود ، موجز في المالية العامة والتشريع المالي ، الكتاب الأول ، الموازنة ، الإيرادات ، النفقات ، بيت الحكمة ، بغداد ، ١٩٨٩ ، ص ١٠١ .
- ٦ - حسن عوضاوة و عبد الرؤوف قطيش ، المالية العامة ، الموازنة ، الضرائب والرسوم ، دراسة مقارنة ، الطبعة الأولى ، دار الخلود ، بيروت ، ١٩٩٥ ، ص ٦٧ - ٦٨ .
- ٧ - محمد شاكر عصفور ، أصول الموازنة العامة ، الطبعة الثانية ، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة ، عمان ، ٢٠٠٩ ، ص ١٨٣ .
- 8- Jules Kaseya ,Gestion des finances publiques et son impact sur l'évolution de la croissance économique en RDC, Université de Lubumbashi-Licence 2011,P.5
- منشور على الموقع : www.memoireonline.com
- ينظر كذلك حسن عوضاوة ، و عبد الرؤوف قطيش ، المصدر السابق ، ص ٦٨ .
- ٩ - طارق حمدي الساطي ، رقابة ديوان المحاسبات على مشروعية تنفيذ النفقات العامة ، رسالة مقدمة الى كلية الحقوق ، جامعة القاهرة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم الإدارية والمالية ، ١٩٦٨ ، ص ٢٥٦ . كذلك محمد شاكر عصفور ، المصدر السابق ، ص ١٨٣ .
- ١٠ - حسن عوضاوة و عبد الرؤوف قطيش ، المصدر السابق ، ص ٢٦٠ .
- ١١ - منذر الشاوي ، فلسفة القانون ، مطبوعات المجمع العلمي العراقي ، بغداد ، ١٩٩٤ ، ص ٢٣١ .

الذي الحق به المشرع العراقي نصاً يمنع استيراد المشروبات الكحولية ، وتصنيعها ، وبيعها . وقد طعن على هذا القانون أمام المحكمة الاتحادية العليا ، وجاء في عريضة الدعوى (...انه بتاريخ ٢٢ / ١٠ / ٢٠١٦ ، وفي جلسة مجلس النواب المرقمة (٢٤) تم اقرار قانون (واردات البلديات لسنة ٢٠١٦) ، وقد تضمن المادة (١٤) منه (أ) - يحظر استيراد وتصنيع وبيع المشروبات الكحولية بكافة أنواعها (ب - يعاقب من يخالف البند (أ) من هذه المادة بغرامة لا تقل عن عشرة ملايين ولا تزيد عن خمسة وعشرون مليون دينار) وان اقرار المادة أنفاً جاء مخالفاً للدستور والنظام الداخلي لمجلس النواب من جهة أن القانون محل الطعن يعنى بتنظيم واردات البلديات ولا علاقة له بحظر استيراد وتصنيع وبيع المشروبات الكحولية ، كون هذه الأمور تخرج عن الأسباب الموجبة لتشريعها وكان المقضى تشريع قانون خاص بهذا الشأن وليس اقحام المادة (١٤) منه ضمن بنوده) .

لقد وقع الطاعن في خطأ قانوني فوت على نفسه فرصة كسب الدعوى مثلما فوت على الباحثين والمختصين فرصة التعرف على حقيقة موقف المحكمة الاتحادية العليا من ملحقات القانون بصورة عامة ، ذلك لأن المدعي استعجل في رفع دعواه ، ولم يتريث لحين نشر القانون المطعون عليه في الجريدة الرسمية ، فقررت المحكمة رد دعواه شكلاً ، وجاء في قرارها (... تبين لهذه المحكمة بأن المادة المطعون بعدم دستوريتها وردت ضمن قانون (واردات البلديات لسنة ٢٠١٦) الذي لم ينشر في الجريدة الرسمية بتاريخ اقامة الدعوى المصادف (٢٦ / ١٠ / ٢٠١٦) لذا فإنه لم يكن نافذاً أو معمولاً به في ذلك التاريخ ، وإذ أن المحكمة الاتحادية العليا تختص بالرقابة على دستورية القوانين والأنظمة النافذة بموجب المادة (٩٣) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ فتكون الدعوى واجبة الرد من هذه الجهة (...) . حكم المحكمة الاتحادية العليا عدد ٨٨ / اتحادية / اعلام / ٢٠١٦ . منشور على موقع المحكمة الاتحادية العليا .

- ١٢- المصدر السابق ، ص ٢٣٢ - ٢٣٣ .
- ١٣- سعيد عبد الكريم مبارك ، أصول القانون ، مديرية دار الكتب للطباعة والنشر ، جامعة الموصل ، ١٩٨٢ ، ص ١٦٣ - ١٦٥ .
- ١٤- فوزي فرحات ، المالية العامة ، الإقتصاد المالي ، دراسة التشريع المالي اللبناني مقارنة مع بعض التشريعات العربية والعالمية ، بدون ذكر مكان ودار النشر ، ٢٠١٠ ، هامش رقم ٢ ص ٣٧ .
- كاظم السعيد ، ميزانية الدولة ، النظريات العامة وتطبيقاتها في العراق ، بغداد ، مطبعة الزهراء ، ١٩٦٩ ، ص ٣١ .
- ١٥- طاهر الجنابي ، علم المالية العامة والتشريع المالي ، بغداد ، دار الكتب للطباعة والنشر ، الموصل ، بدون ذكر السنة ، ص ١٠٥ - ١٠٦ .
- ١٦- نصت الفقرة (أولاً) من المادة (٦٢) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ بأن : (يقدم مجلس الوزراء مشروع قانون الموازنة العامة ... الى مجلس النواب لإقراره) .
- ١٧- نصت المادة (١٤٤) من دستور دولة الكويت لسنة ١٩٦٢ بأن : (تصدر الميزانية العامة بقانون (١٨) نصت المادة (٣٤) من دستور فرنسا لسنة ١٩٥٨ بأن : (تحدد قوانين الموازنة موارد الدولة وأعباءها) .
- ١٩- نصت المادة (٢٨) من نظام مجلس الوزراء السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (٣٨) لعام ١٣٧٧هـ بأن : (شؤون الدولة المالية مرجعها مجلس الوزراء) .
- ٢٠- تنظر المادة (٣٧) من نظام مجلس الوزراء السعودي المذكور في أعلاه .
- ٢١- محمد شاكر عصفور ، المصدر السابق ، ص ١٠٧ .
- ٢٢- الغي النظام المذكور وحل محله دستور دولة قطر النافذ لسنة ٢٠٠٤ الذي ناط صلاحية إقرار الموازنة العامة الى مجلس الشورى وهو المجلس الذي يتولى سلطة التشريع طبقاً لأحكام المادة (٧٦) من الدستور المذكور .
- ٢٣- تنظر المادة (١٣) من القانون رقم (٥) لسنة ١٩٨٩ بشأن الموازنة العامة للدولة القطري .
- ٢٤- تنظر المادة (١٤) من قانون الموازنة العامة القطري لسنة ١٩٨٩ .
- ٢٥- طارق حمدي الساطي ، المصدر السابق ، هامش رقم (٢) ص ٢٠٦ - ٢٠٧ .
- ٢٦- سليمان محمد الطماوي ، السلطات الثلاث في الدساتير العربية المعاصرة وفي الفكر السياسي الإسلامي ، تكوينها ، اختصاصاتها ، معهد الدراسات العربية العالية ، جامعة الدول العربية ، دار الحاملي للطباعة ، بدون ذكر مكان النشر ، ١٩٦٧ ، ص ١١٤ - ١١٥ .
- 27- R.E.C.Jewell ,British Constitution ,Teach yourself books, London .P.32-33.
- Ian Lienert, Role of the Legislature in Budget processes ,International Monetary Fund ,Fiscal Affairs Department,Washington,2010,p.1
- ٢٨ - تنظر نصوص وثيقة العهد الأعظم باللغة الانكليزية على الموقع : www.bl.uk/magna/treasures/collection/html تاريخ الزيارة ٢٢ / ٢ / ٢٠١٧
- ينظر كذلك :
- Paul Posner and Chung – Keun Park , Role of the Legislature in the Budget Process : Recent Trends and Innovations ,OECD Journal on Budgeting ,Volume ٣,٣, N٠,٣, ٢٠٠٧, P.٣-٧
- ٢٩- نصت الفقرة (٥) من القسم (٩) من قانون الإدارة المالية والدين العام المعدل النافذ رقم (٩٥) لسنة ٢٠٠٤ بأن : (لوحداث الإنفاق أن لا تلتزم بعملية صرف تزيد عما مخصص لها في الميزانية السنوية ما لم ينص على خلاف ذلك بقانون الميزانية) . كما نص البند (ج) من من الفقرة (١) من القسم (١٢) من القانون ذاته بأن (تكون وزارة المالية مسؤولة

على سبيل المثال على إدارة واجبات الخزينة الآتية:
التأكد من أن منفذ الميزانية لا يتجاوز مخصصاته السنوية .

٣٠ - نصت الفقرة (٥) من القسم (٧) من قانون الإدارة المالية العراقي لسنة ٢٠٠٤ بأن: (يجوز تعديل الميزانية الفدرالية السنوية عن طريق ميزانية تكميلية... ويجب أن يقر مجلس الوزراء الميزانية التكميلية بناء على توصية من وزير المالية، وأن تصادق من جهة تتمتع بسلطة تشريعية وطنية) .

٣١ - نصت الفقرة (٣) من القسم (٩) من قانون الادارة المالية لسنة ٢٠٠٤ بأن: (تستعمل وحدات الإنفاق الأموال المقررة في الميزانية الفدرالية، وبموجب خطة إنفاق يصادق عليها وزير المالية) .
ونصت الفقرة (٤) من القسم المذكور بأن: (يتحمل منفذ الميزانية المسؤولية عن ضمان الاستعمال القانوني للأموال المخصصة ضمن وحدات الصرف التابعة لهم) .

٣٢ - نصت الفقرة (٤) من القسم (٩) من قانون الإدارة المالية السنة ٢٠٠٤ بأن: (تستعمل الأموال المرصودة لوحدة الإنفاق لغاية ٣١ كانون الأول من السنة المالية) .

٣٣ - نصت الفقرة (١) من القسم (٩) من قانون الإدارة المالية سنة ٢٠٠٤ بأن: (لن يتم الصرف من حساب الخزينة النظامي إلا بموجب تخصيص في قانون الميزانية السنوية أو الميزانية التكميلية) .

٣٤ - نص البند (ب) من الفقرة (ثانياً) من المادة (٢) من قانون الموازنة لسنة ٢٠١٦ بأن: (يخول وزير المالية الإتحادي الإستمرار بالإقتراض نقداً أو بإصدار سندات أو حوالات بعد مصادقة مجلس الوزراء لغرض سد العجز الفعلي في الموازنة أو لأي غرض آخر ورد في هذا القانون من:

١ - قرض البنك الإسلامي للتنمية بمبلغ (٥٠٠) مليون دولار .

٢ - قرض من الوكالة اليابانية للتعاون الدولي بمبلغ ٧٤٢٣٧٣ مليون دولار (...)

٣ - تنظر الفقرات (ثانياً) و(ثالثاً) و(رابعاً) من

المادة (١) من قانون الموازنة العامة الإتحادية للسنة المالية ٢٠١٦ .

٣٦ - طاهر الجنابي، المصدر السابق، هامش رقم (٦)، ص ١٣٢ .

٣٧ - محمد عبدالله العربي، ميزانية الدولة، النظريات العامة، الطبعة الأولى، بغداد، مطبعة دار المعرفة، ١٩٥٤، ص ٤٥ . كذلك عبد اللطيف قطيش، الموازنة العامة للدولة، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٥، ص ١٨٤ .

٣٨ - تنظر المادة (١٣٤) من الدستور الكويتي النافذ لسنة ١٩٦٢ .

٣٩ - تنظر الفقرة (٥) من المادة (١١٢) من الدستور الأردني النافذ لسنة ١٩٥٢ .

٤٠ - تنظر المادة (١٢٤) من الدستور المصري النافذ لسنة ٢٠١٤ .

٤١ - يُنظر الفصل (٧٥) من الدستور المغربي النافذ لسنة ٢٠١١ بأن: (يصدر قانون المالية... وذلك طبق الشروط المنصوص عليها في قانون تنظيمي....) .

٤٢ - منذر الشاوي، فلسفة الدولة، الطبعة الأولى، الذكرة للنشر والتوزيع، بغداد، ٢٠١٢، ص ٣١٢ .

٤٣ - فتحي فكري، القانون الدستوري، المبادئ الدستورية العامة، دستور ١٩٧١، الكتاب الأول، المبادئ الدستورية العامة وتطبيقاتها في مصر، شركة وناس للطباعة، بدون ذكر مكان النشر وسنة الطبع، ص ٥٨ .

٤٤ - ينظر الفصل (الثامن والخمسون) من الدستور المغربي النافذ .

٤٥ - تنظر المادة (٦٩) من القانون التنظيمي المغربي رقم (١٣٠،١٣) لقانون المالية الصادر في ١٤ شعبان (٢ يونيو ٢٠١٥) المنشور في الجريدة الرسمية المغربية عدد (٦٣٧٠)، فاتح رمضان (١٤٣٦) (١٨ يونيو ٢٠١٥) .

٤٦ - تنظر المادة (٦) من القانون التنظيمي المغربي لقانون المالية لسنة ٢٠١٥ .

الموازنة العامة الاتحادية لجمهورية العراق للسنة المالية ٢٠١٧ ، منشور في الوقائع العراقية عدد (٤٤٣٠) في ٩ / ١ / ٢٠١٧ . علماً أن الإستقطاع المذكور يفرض لأول مرة بنسبة (٣ ٪) بموجب الفقرة (أولاً) من المادة (٣٩) من قانون الموازنة العامة للسنة المالية ٢٠١٦ ، منشورة في الوقائع العراقية عدد (٤٣٩٤) في ١٨ / ١ / ٢٠١٦ .

٥٨ - تنظر الفقرة (أولاً) من المادة (٢٣) من قانون الموازنة العامة للسنة المالية ٢٠١٧ ، علماً أن الضريبة المذكورة فرضت لأول مرة بموجب الفقرة (أ) من المادة (٣٣) من قانون الموازنة العامة للسنة المالية ٢٠١٥ منشورة في الوقائع العراقية عدد (٤٣٥٢) في ١٦ / شباط / ٢٠١٥ بنسبة (٢٠ ٪) من قيمة الكارت وتكرر فرضها بالنسبة ذاتها في الفقرة (أ) من المادة ٢٤ من قانون الموازنة للسنة المالية ٢٠١٦ .

٥٩ - تنظر الفقرة (ثانياً) من المادة (٢٣) من قانون الموازنة العامة العراقية للسنة المالية ٢٠١٧ علماً أن الرسم المذكور فرض لأول مرة بموجب الفقرة (أ) من المادة (٣٣) من قانون الموازنة للسنة المالية ٢٠١٥ ، وتكرر الفرض بموجب الفقرة (أ) من المادة (٢٤) من قانون الموازنة للسنة المالية ٢٠١٦ .

٦٠ - تنظر المادة (٣٧) من قانون الموازنة العامة للسنة المالية ٢٠١٧ .

٦١ - تنظر الفقرة (أولاً) من المادة (٢٠) من قانون الموازنة العامة الاتحادية للسنة المالية ٢٠٠٨ منشور في الوقائع عدد (٤٠٦٧) في ١٣ / ٣ / ٢٠٠٨ .

٦٢ - تنظر المادة (٣٦) من قانون الموازنة العامة الاتحادية للسنة المالية ٢٠١٧ .

٦٣ - تنظر الفقرة (رابعاً) من المادة (٣٢) من قانون الموازنة العامة الاتحادية للسنة المالية ٢٠١٧ .

٦٤ - ينظر الفقرة (رابعاً) من المادة (٣٢) من قانون الموازنة لسنة ٢٠١٧ .

٦٥ - ينظر البند (أ) من الفقرة (خامساً) من المادة (٣٢) من قانون الموازنة لسنة ٢٠١٧ .

٤٧ - تنظر المادة (٣٦) من القانون التنظيمي المغربي لقانون المالية لسنة ٢٠١٥ .

٤٨ - تنظر المادة (٥٦) من القانون التنظيمي المغربي لقانون المالية لسنة ٢٠١٥ .

٤٩ - تنظر المادة (الخامسة) من المرسوم الإشتراعي رقم (١٠) في ٢٩ / ١٢ / ١٩٥٤ مذكورة لدى فوزي فرحات ، المصدر السابق ، ص ١٣٤ .

٥٠ - سوزي علي ناشد ، أساسيات المالية العامة ، النفقات العامة ، الإيرادات العامة ، الميزانية العامة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٩ ، ص ٢٢٩ . كذلك محمد عبدالله العربي ، المصدر السابق ، ص ٤٤ . و حسن عواضة ، المالية العامة ، دراسة مقارنة ، الموازنة ، النفقات والواردات العمومية ، القروض والخزينة ، منشورات دار الطليعة ، بيروت ، ١٩٦٧ ، ص ١٣٩ - ١٤٠ .

٥١ - المادة (٣٤) من الدستور الفرنسي لسنة ١٩٥٨ .
C.C.24 كذلك C.C.29 December 2003
et 30 dec ,1979,vote du budget ,Sirey.

مذكورة لدى إبراهيم محمد الحمود ، فلسفة المبدأ الدستوري لسنوية الميزانية العامة ، مجلة الحقوق ، جامعة الكويت ، العدد ٢ ، السنة ٣٢ ، يونيو ٢٠٠٨ ، ص ٤٢ - ٤٣ .

53 - C .C.29 December ,1986 .

مذكور لدى إبراهيم محمد الحمود ، المصدر السابق ، ص ٣٤ .

٥٤ - قرار المجلس الدستوري الصادر في ٢١ ديسمبر ١٩٦٩ وقراره في ٢٧ يوليو ١٩٧٨ . مذكورة لدى إبراهيم محمد الحمود المصدر السابق ، ص ٤٧ .

٥٥ - القرار التفسيري رقم (٢٠٠١ / ٩) مذكور في مجلة الكويت اليوم عدد (٥٥١) في ٣ / ٣ / ٢٠٠٣ مذكور لدى إبراهيم محمد الحمود ، المصدر السابق ، ص ٤٣ .

٥٦ - الطعن رقم (٥٢٠٣) لسنة ٤٣ ق جلسة ٥ / ١٥ / ١٩٩٥ منشور على الموقع

www.samehbstway.baYr.org

٥٧ - تنظر الفقرة (أولاً) من المادة (٣٣) من قانون

٧٥- رقم القرار (٢٥ / اتحادية / ٢٠١٢) في ٢٢ / ١٠ / ٢٠١٢ ، منشور في مؤلف جعفر ناصر حسين و فتحي الجوازي ، أحكام وقرارات المحكمة الاتحادية العليا لعام ٢٠١٢ ، مجلة التشريع والقضاء ، المجلد الخامس ، آذار ٢٠١٣ ، ص ٥٨ .

٧٦ - نُشر على سبيل المثل قانون الموازنة لسنة ٢٠٠٥ في الوقائع العراقية بتاريخ ١٧ / آذار / ٢٠٠٥ وقانون الموازنة لسنة ٢٠٠٦ بتاريخ ٢ / شباط / ٢٠١٦ ، وقانون الموازنة لسنة ٢٠٠٩ بتاريخ ١٣ / نيسان / ٢٠٠٩ ، وقانون الموازنة لسنة ٢٠١٠ بتاريخ ١٤ / آذار / ٢٠١١ ، وهكذا بالنسبة لبقية القوانين الأخرى .

٧٧ - نصت الفقرة (٤) من القسم (٧) من قانون الإدارة المالية لسنة ٢٠٠٤ بانه : (إذا لم تصادق الجهة ذات السلطة التشريعية الوطنية على الميزانية الفدرالية حتى ٣١ من شهر كانون الأول ، فلوزير المالية أن يصادق وعلى أساس المصادقة الشهرية على أموال وحدات الإنفاق ولغاية نسبة ١ / ١٢ من المخصصات الفعلية للسنة المالية السابقة الى حين المصادقة على الميزانية . وتلك الأموال يمكن أن تستعمل فقط لسداد الالتزامات ، والمرتبات ، والتقاعد ، ونفقات الأمن الإجتماعي ، وخدمات الديون) .

٧٨- تنظر على سبيل المثل المادة (٥٤) من قانون الموازنة العامة الاتحادية للسنة المالية ٢٠١٦ التي نصت بأن (يُنشر هذا القانون في الجريدة الرسمية وينفذ اعتباراً من ١ / كانون الثاني / ٢٠١٦) .

٧٩- نصت الفقرة (تاسعا) من المادة (١٩) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ بأن : (ليس للقوانين أثر رجعي ما لم يُنص على خلاف ذلك ، ولا يشمل هذا الإستثناء قوانين الضرائب والرسوم) .

٨٠ - تُنظر الفقرة (أولاً) من المادة (٢٨) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ .

٨١ - تُنظر المادة (٢٥) من قانون الموازنة العامة الاتحادية للسنة المالية ٢٠١٦ .

٨٢ - تُنظر الفقرة (أ) من المادة (٢٤) من قانون الموازنة العامة الاتحادية للسنة المالية ٢٠١٧ .

٦٦ - تنظر المادة (٤١) من قانون الموازنة لسنة ٢٠١٧ . علماً أن المشرع سبق أن أورد النص ذاته في المادة (٢٨) من موازنة سنة ٢٠١٥ ، وهذا يعد من الأمور المعيبة ؛ لأنه لا يجوز النص مرتين على تأسيس شخص معنوي واح

٦٧ - تنظر الفقرة (أ) من المادة (١٨) من قانون الموازنة لسنة ٢٠١٧ .

٦٨ - تنظر الفقرة (أ) من المادة (٣٨) من قانون الموازنة لسنة ٢٠١٧ .

٦٩ - ينظر البند (ج) من الفقرة (أولاً) من المادة (٩) من قانون الموازنة لسنة ٢٠١٧ .

٧٠- تنظر الفقرة (سادساً) من المادة (١٤) من قانون الموازنة لسنة ٢٠١٧ .

٧١ - تنظر الفقرة (ثانياً) من المادة (٢٧) من قانون الموازنة لسنة ٢٠١٧ .

٧٢ - نص القسم (١) من قانون الإدارة المالية العراقي بأن : (ينظم هذا القانون الإجراءات التي تحكم تنمية وتبني وتسجيل وإدارة وتنفيذ الموازنة الفدرالية للعراق والأمور المتصلة بها) .

٧٣- نصت المادة (٨٠) من دستور جمهورية العراق النافذ لسنة ٢٠٠٥ بأن : (يمارس مجلس الوزراء الصلاحيات الآتية : أولاً : تخطيط وتنفيذ السياسة العامة للدولة ، والخطط العامة ، والإشراف على عمل الوزارات ، والجهات غير المرتبطة بوزارة. ثانياً : اقتراح مشروعات القوانين . ثالثاً : إصدار الأنظمة والتعليمات والقرارات بهدف تنفيذ القوانين. رابعاً : إعداد مشروع الموازنة العامة والحساب الختامي وخطط التنمية . خامساً : التوصية الى مجلس النواب بالموافقة على تعيين وكلاء الوزارات والسفراء ، وأصحاب الدرجات الخاصة سادساً : التفاوض بشأن المعاهدات والإتفاقيات الدولية ، والتوقيع عليها أو من يخوله) .

٧٤- نصت المادة (٦٠) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ بأن : (أولاً : مشروعات القوانين تُقدم من رئيس الجمهورية ومجلس الوزراء . ثانياً : مقترحات القوانين تقدم من عشرة من أعضاء مجلس النواب أو من إحدى لجانه المختصة) .

الثاني سنة ٢٠١٠ وذلك لمخالفته للفقرة (ب) من المادة (٢٠) من قانون الموازنة العامة رقم (٦) لسنة ٢٠٠٩ والتي نصت بأن (تقوم الحكومة بإجراء إحصاء وتعداد السكان في جميع أنحاء العراق في مدة لا تتجاوز (٣١ / ١٢ / ٢٠٠٩) ولدى التأمل وجد أن تأجيل التعداد العام للسكان جرى بموجب قرار صدر من مجلس الوزراء برقم (٣٠٤ لسنة ٢٠٠٩) بناء على التوصيات المقدمة اليه من وزارة التخطيط والتعاون الإنمائي ومن الهيئة العليا للتعداد العام للسكان والمسكن التي تملك الصلاحية في تحديد التوقيتات للتعداد العام للسكان إستناداً الى نص الفقرة / أولاً / من المادة (٦) من قانون التعداد العام للسكان والمسكن رقم (٤٠) لسنة ٢٠٠٨ والتي نصت بأن تتولى في / أولاً (إقرار الخطة الشاملة للتعداد العام للسكان والمسكن والخطط الفرعية حسب مراحلها وتوقيتاتها الزمنية ومتطلباتها البشرية والمادية اللازمة لإنجاح التعداد) . وأن مجلس الوزراء وإن كان يملك صلاحية إقرار تلك التوصيات الداخلة في صلاحياته الدستورية أستناداً إلى الفقرة (أولاً) من المادة (٨٠) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ إلا أن تلك الصلاحية مقيدة بالمدة المحددة في قانون الموازنة العامة لعام (٢٠٠٩) والتي حددت بإجراء التعداد في مدة لا تتجاوز (٣١ / ١٢ / ٢٠٠٩) ولا يجوز لمجلس الوزراء تجاوز تلك المدة عند إجراء تأجيل التعداد ، لأن النصوص القانونية لا يمكن تجاوزها إلا عن طريق إلغائها أو تعديلها وفقاً للسياقات التشريعية المتبعة ، إذ إن المدة المعينة لإجراء التعداد العام للسكان في قانون الموازنة العامة الاتحادية لعام (٢٠٠٩) قد حددت بأن لا تتجاوز (٣١ / ١٢ / ٢٠٠٩) وأن مجلس الوزراء بقراره المرقم (٣٠٤) والمؤرخ في (٣٠ / ٨ / ٢٠٠٩) قد قرر إجراء التعداد في شهر تشرين الثاني من عام (٢٠١٠) ولما تقدم وإذ إن المدة المحددة لإجراء التعداد العام للسكان في قانون الموازنة الاتحادية لعام ٢٠٠٩ قد أنهت دون تنفيذ إجراء التعداد العام للسكان في الموعد المقرر لذا فإن موضوع الدعوى أصبح خارج المستطاع بالعودة

إلى تاريخ مضي فضلاً عن أن مجلس النواب عند إقراره قانون الموازنة العامة لعام ٢٠١٠ نص على إجراء التعداد العام للسكان في موعد لا يتجاوز (٣١ / ١٢ / ٢٠١٠) مما يكون الحكم على وفق الطلب الوارد في عريضة الدعوى متعزراً إلا في الجانب الدستوري إذ وجدت المحكمة الاتحادية أن تجاوز الحكومة المدة المحددة في قانون الموازنة العامة لسنة ٢٠٠٩ لإجراء التعداد العام ينطوي على مخالفة قانونية إذ كان المقتضى التقدم بمشروع قانون لتعديل المدة المنصوص عليها في المادتين (٢٠) و (٤٠) من قانون الموازنة العامة لسنة ٢٠٠٩ ، بناء على ما ورد من أسباب في القرار الوزاري المطعون بعدم قانونيته والذي لا يصلح من جهة التدرج التشريعي سبباً لتعديل القانون لذا قررت المحكمة الاتحادية العليا تثبيت هذه المخالفة القانونية) . منشور على موقع المحكمة الاتحادية العليا : WWW.Iraqja.iq. تاريخ الزيارة ٢٠١٧ / ٣ / ١٦

٩٤ - أشارت النائبة (عالية نصيف جاسم العبيدي) هذا الطرح داخل قبة مجلس النواب عند مناقشة مشروع قانون الموازنة العامة الاتحادية للسنة المالية ٢٠١٧ بقولها : (لماذا لم يكن هناك تحديد نسبة لسكان الأقاليم . لمئة مرة نقول فلنشرع قانون التعداد السكاني العام حتى كل ذو حق يأخذ حقه . لماذا نحن نؤجل هذا القانون ونثير نفس الخلاف في كل موازنة بأن نضع موازنات إعتبارية (كذا) وليست موازنات حقيقية ؟) محضر جلسة رقم (٣١) الأربعاء (٩ / ١١ / ٢٠٠٦) منشورة على موقع مجلس النواب العراقي : WWW.Parliament.iq. تاريخ الزيارة ٢٠١٧ / ٣ / ١٦

٩٥ - تُنظر على سبيل المثل المادة (١٦) من قانون الموازنة لسنة ٢٠١١ ، والمادة (١٥) من قانون الموازنة لسنة ٢٠١٢ ، والمادة (١١) من قانون الموازنة لسنة ٢٠١٣ ، والمادة (١٢) من قانون الموازنة لسنة ٢٠١٥ ، والمادة (١١) من قانون الموازنة لسنة ٢٠١٦ ، والمادة (١٠) من قانون الموازنة لسنة ٢٠١٧ .

العمومية ، القروض والخزينة ، منشورات دار
الطبعة ، بيروت ، ١٩٦٧ .

٤ - حسن عواضة و عبد الرؤوف قطيش ،
المالية العامة ، الموازنة ، الضرائب والرسوم ،
دراسة مقارنة ، الطبعة الأولى ، دار الخلود ،
بيروت ، ١٩٩٥ .

٥ - سعيد عبد الكريم مبارك ، أصول
القانون ، مديرية دار الكتب للطباعة والنشر ،
جامعة الموصل ، ١٩٨٢ .

٦ - سليمان محمد الطماوي ، السلطات
الثلاث في الدساتير العربية المعاصرة وفي الفكر
السياسي الإسلامي ، تكوينها ، واختصاصاتها ،
معهد الدراسات العربية العالية ، جامعة الدول
العربية ، دار الحماس للطباعة ، بدون ذكر
مكان النشر ، ١٩٦٧ .

٧ - سوزي عدلي ناشد ، أساسيات المالية
العامة ، النفقات العامة ، الإيرادات العامة ،
الميزانية العامة ، منشورات الحلبي الحقوقية ،
بيروت ، ٢٠٠٩ .

٨ - طاهر الجنابي ، علم المالية العامة
والتشريع المالي ، بغداد ، دار الكتب للطباعة
والنشر ، الموصل ، بدون ذكر السنة .

٩ - عبد اللطيف قطيش ، الموازنة العامة
للدولة ، دراسة مقارنة ، الطبعة الأولى ،
منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٥ .

١٠ - فتحي فكري ، القانون الدستوري ،
المبادئ الدستورية العامة ، دستور ١٩٧١ ،
الكتاب الأول ، المبادئ الدستورية العامة
وتطبيقاتها في مصر ، شركة وناس للطباعة ،
بدون ذكر مكان النشر وسنة الطبع .

٩٦ - صرح رئيس مجلس النواب في إحدى مداخلته
التي طرحها أثناء مناقشة مشروع قانون الموازنة
العامة الاتحادية للسنة المالية ٢٠١٧ بأن : (هناك
عدد من النصوص التي احتواها قانون الموازنة
قائمة على أساس التفاهات ضمن إطار مبدأ عام
يتفق عليه بين الجميع ليس فيه تجاوز على أحد انما
تأكيد لمبدأ عام وهذه (يقصد الفقرة خامسا من المادة
ثامنا من المشروع) من بين النصوص التي حصل
التفاهم عليها والقرار للمجلس) .

ينظر محضر جلسة رقم (٣٥) ، الأحد ٤ / ٢١ /
٢٠١٦) منشورة على موقع مجلس النواب العراقي
المشار اليه سابقا . تاريخ الزيارة ٦ / ٣ / ٢٠١٧ .

٩٧ - تُنظر على سبيل المثل المادة (١٠) من قانون
الموازنة العامة الاتحادية للسنة المالية ٢٠١٧ .

٩٨ - نصت الفقرة (أولا) من المادة (٢٨) من دستور
جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ بأن : (لا تُفرض
الضرائب والرسوم ، ولا تُعدل ، ولا تُجبي ، ولا
يُغفى منها ، إلا بقانون) .

٩٩ - تُنظر الفقرة (تاسعا) من المادة (١٩) من دستور
جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ المذكورة آنفا .

قائمة المصادر والمراجع

أولاً : الكتب العربية

١ - اعداد علي حمود ، موجز في المالية
العامة والتشريع المالي ، الكتاب الأول ،
الموازنة ، الإيرادات ، النفقات ، بيت الحكمة ،
بغداد ، ١٩٨٩ .

٢ - جعفر ناصر حسين و فتحي الجوازي ،
أحكام وقرارات المحكمة الاتحادية العليا لعام
٢٠١٢ ، مجلة التشريع والقضاء ، المجلد
الخامس ، آذار ٢٠١٣ .

٣ - حسن عواضة ، المالية العامة ،
دراسة مقارنة ، الموازنة ، النفقات والواردات

٢ - عبد النبي اضريف ، صدقية الميزانية على ضوء القانون التنظيمي للمالية الجديد ، مجلة دفاتر الحكمة ، العدد الثاني ، ٢٤ نوفمبر ، ٢٠١٥ .

ثالثاً: الرسائل الجامعية

طارق حمدي الساطي ، رقابة ديوان المحاسبات على مشروعية تنفيذ النفقات العامة ، رسالة مقدمة إلى كلية الحقوق ، جامعة القاهرة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم الإدارية والمالية ، ١٩٦٨ .

رابعاً: الدساتير

- ١ - دستور المملكة الأردنية الهاشمية لسنة ١٩٥٢ .
- ٢ - دستور فرنسا لسنة ١٩٥٨ .
- ٣ - دستور دولة الكويت لسنة ١٩٦٢ .
- ٤ - دستور دولة قطر لسنة ٢٠٠٤ .
- ٥ - دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ .
- ٦ - دستور المملكة المغربية لسنة ٢٠١١ .
- ٧ - دستور جمهورية مصر العربية لسنة ٢٠١٤ .

خامساً: القوانين والأنظمة

- ١ - قانون الموازنة العامة القطري رقم (٥) لسنة ١٩٨٩ .
- ٢ - القانون التنظيمي المتعلق بالقوانين المالية الفرنسي رقم ٢٠٠١ - ٦٩٢ بتاريخ ١ آب ٢٠٠١ .

١١ - فوزي فرحات ، المالية العامة ، الإقتصاد المالي ، دراسة التشريع المالي اللبناني مقارنة مع بعض التشريعات العربية والعالمية ، بدون ذكر مكان ودار النشر ، ٢٠١٠ .

١٢ - كاظم السعيد ، ميزانية الدولة ، النظريات العامة وتطبيقاتها في العراق ، بغداد ، مطبعة الزهراء ، ١٩٦٩ .

١٣ - ماجد راغب الحلو ، القانون الدستوري ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، ٢٠٠٨ .

١٤ - محمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي ، مختار الصحاح ، دار الرسالة ، الكويت ، ١٩٨٣ .

١٥ - محمد شاكر عصفور ، أصول الموازنة العامة ، الطبعة الثانية ، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة ، عمان ، ٢٠٠٩ .

١٦ - محمد عبدالله العربي ، ميزانية الدولة ، النظريات العامة ، الطبعة الأولى ، بغداد ، مطبعة دار المعرفة ، ١٩٥٤ .

١٧ - منذر الشاوي ، فلسفة الدولة ، الطبعة الأولى ، الذكرة للنشر والتوزيع ، بغداد ، ٢٠١٢ .

١٨ - منذر الشاوي ، فلسفة القانون ، مطبوعات المجمع العلمي العراقي ، بغداد ، ١٩٩٤ .

ثانياً: البحوث

١ - إبراهيم محمد الحمود ، فلسفة المبدأ الدستوري لسنوية الميزانية العامة ، مجلة الحقوق ، جامعة الكويت ، العدد ٢ ، السنة ٣٢ ، يونيو ٢٠٠٨ .

١٧ - نظام مجلس الوزراء السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (٣٨) لعام ١٣٧٧ هـ .

سادسا : الكتب الأجنبية

1-Ian Lienert , Role of the Legislature in Budget processes ,International Monetary Fund ,Fiscal Affairs Department,Washington,2010.

2 - Jules Kaseya , Gestion des finances publiques et son impact sur l'evolution de la croissance économique en RDC,Université de Lubumbashi- Licence 2011.

3 -Paul Posner and Chung – Keun Park , Role of the Legislature in the Budget Process : Recent Trends and Innovations ,OECD Journal on Budgeting ,Volume 7-N0.3, 2007 .

4 - R .E .C .Jewell ,British Constitution ,Teach yourself books,London.

٣ - قانون الإدارة المالية والدين العام العراقي رقم (٩٤) لسنة ٢٠٠٤ .

٤ - قانون الموازنة الفدرالية للعراق لسنة ٢٠٠٥ .

٦ - قانون الموازنة العامة الاتحادية للسنة المالية ٢٠٠٦ .

٧ - قانون الموازنة العامة الاتحادية للسنة المالية ٢٠٠٨ .

٨ - قانون الموازنة العامة الاتحادية للسنة المالية ٢٠٠٩ .

٩ - قانون الموازنة العامة الاتحادية للسنة المالية ٢٠١٠ .

١٠ - قانون الموازنة العامة الاتحادية للسنة المالية ٢٠١١ .

١١ - قانون الموازنة العامة الاتحادية للسنة المالية ٢٠١٢ .

١٢ - قانون الموازنة العامة الاتحادية للسنة المالية ٢٠١٣ .

١٣ - قانون الموازنة العامة الاتحادية للسنة المالية ٢٠١٥ .

١٤ - القانون التنظيمي المغربي رقم (١٣٠,١٣) لقانون المالية الصادر في ١٤ شعبان (٢ يونيو ٢٠١٥) .

١٥ - قانون الموازنة العامة الاتحادية للسنة المالية ٢٠١٦ .

١٦ - قانون الموازنة العامة الاتحادية للسنة المالية ٢٠١٧ .

The annexes and their effects on Iraqi public budget

Prof.Dr. Haider Whab Abood*

Abstract

The problem of annexes is a long-lasting problem that Iraqi public budgets has suffered and still suffers from, as it has caused postponed issuance of the budget and weaken its credibility and wasted its resources, as well as the fall of its law in the trap of constitutional violations.

Public budget is the backbone of a state and the vital artery that nourishes its public treasury with the necessary funds, that are necessary for the regular and steady functioning of public utilities, and if the success of the public budget in achieving its objectives depends on its coherence, harmony, clarity and honesty. the sound formulation of budges that combines its elements, and prevent any foreign elements from it, is another reasons for its success, therefore, when the legislator puts in the budget unrelated texts called the appendices, leads to the failure of the budget to achieve the objectives above.

Iraqi legislator exaggerated in depending on annexes, and inserted strange provisions that are far from budget's spirit and essence. That resulted in distortion of the features of the budget and the loss of its coherence and harmony, it said that the annexes exceeded the laws of budgets to invade other financial laws. That was for several reasons, such as the absence of a clear provision in the annual budget law requires that it should be limited to the provisions relating to the estimation of state revenues and expenditures in the Constitution of the Republic of Iraq for The 2005.

In view of the widening phenomenon of annexes, we had to address them by enlightening the budget holders, whether they are members of the executive or members of the legislature, with the seriousness of this legislative behavior and its negative effects on the financial status of Iraq.

(*) College Of Law/ Al-Mustansiryah University

المعالجة الجنائية للاستغلال الجنسي عبر الانترنت

(دراسة مقارنة بين التشريعين الكويتي والجزائري)

أ.م.د. محمد عزت(*)

استعمالها في الاستغلال الجنسي عن طريق الانتفاع من الغير بدون وجه حق بارتكاب افعال التحريض أو الاغواء أو المساعدة على الدعارة والفجور، وقد يصل درجة الاتجار في ذلك.

وسيتيم في هذا البحث دراسة جريمة الاستغلال الجنسي عبر الانترنت دراسة قانونية تنصب بالدرجة الأساس وفق القانون الكويتي والجزائري وفق منهجية مقارنة.

ويهدف البحث إلى تناول الجريمة وتحليل عناصرها بهدف مواكبة الأساليب الحديثة في ارتكاب الجرائم وتحديد اوجه النقص والغموض في التشريعات محل الدراسة ولا سيما أن الجريمة تتخذ طابع عالمي عابر للحدود وصولاً إلى تطوير قواعد التشريع الجنائي، والاستفادة من ذلك في تطوير القانون العراقي الذي لم يفرد نصوصاً خاصة لمعالجة الجرائم الإلكترونية بضمناها الاستغلال الجنسي.

وتدور إشكالية البحث حول عدد من التساؤلات اهمها ما طبيعة الجريمة؟ وكيف عالجتها بعض التشريعات الخاصة؟ وما مدى كفاية النصوص الجنائية التقليدية لمواجهة الجريمة؟

وانسجاماً مع تلك الإشكالية فأن البحث ينطلق من فرضية قوامها أن إيجاد نصوص

الملخص

تعدّ الوسائل الإلكترونية مظهراً متقدماً في مختلف المجتمعات المعاصرة بالنظر إلى طبيعتها القائمة على اندماج الحوسبة والاتصال، وقد نشأ عنها مجموعة جرائم جديدة تختلف باختلاف المجال الذي ترتكب فيه ومن ضمنها التحريض الإلكتروني على الدعارة والفجور، والاتجار بالبشر لهذا الغرض.

لم يعالج المشرع الجزائري الجريمة محل البحث بنص خاص، إنما تخضع للنصوص التقليدية في قانون العقوبات، مما جعله غير كافٍ لمعالجة الجريمة. بينما كان القانون الكويتي المقارن افضل في معالجة صور السلوك المكون للجريمة.

المقدمة

على الرغم من مزايا نظام الاتصالات الرقمية المتمثلة بالحواسيب واجهزة الهاتف النقال وما يلحق بهما من شبكة معلوماتية من جهة سهولة تبادل المعلومات وممارسة حرية التعبير، إلا أن البعض أساء استعمالها في ارتكاب عدد من الأفعال المضرة بمصالح الأفراد والدولة كالفقرنة والتجسس وانتهاك الخصوصية والاتلاف الإلكتروني، فضلاً عن

(*) جامعة الموصل / كلية الحقوق

تشريعية مناسبة يعدّ أمر مهم لاستقرار الحياة الاجتماعية في الدولة.

ولأجل ذلك أعتدنا المنهج التحليلي القائم على بيان النصوص القانونية وشرحها وتحليلها وبيان ما جاء به الفقه من توجهات، وبيان الرأي والتدخل فيما نجاه ضرورياً ومناسباً.

وتم تقسيم البحث على تمهيد ومبحثين: تناول الأول المعالجة الجنائية للاستغلال الجنسي في ظل التشريع الكويتي. بينما درس الثاني موقف التشريع الجزائري. ومن أهم النتائج والتوصيات التي تم التوصل إليها.

تمهيد: فكرة الاستغلال الجنسي عبر الانترنت

ينطوي الاستغلال الجنسي على الحث في ممارسة الدعارة وصولاً إلى الاتجار بالبشر لأغراض جنسية عبر الوسائل الالكترونية بما في ذلك مشاركة الشباب دون السن القانونية في نوادي التعري، والزواج المبكر^(١).

وهو يعدّ شكلاً من أشكال الاعتداء الجنسي الذي له مدلول واسع يشمل العنف، والاستغلال الذي يستهدف في العادة الأطفال والشباب، بينما يكون الفاعل من الكبار لتحقيق الاشباع الجنسي أو تحقيق مكاسب مالية، مما يمس حق الإنسان في الكرامة بحكم ما يمثله من إيذاء^(٢).

لا يوجد تعريف محدد لـ"الاستغلال الجنسي"، أو "استغلال الدعارة"، وإنما يتخذ أشكال متعددة، لكن المادة (٣٤) من اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل لسنة ١٩٨٩ حددت مظاهر "الاستغلال الجنسي للأطفال"، بارتكاب أي سلوك ينطوي على:

(أ) حمل الأطفال أو إكراههم على الانخراط في النشاط الجنسي غير قانوني.

(ب) الاستخدام الاستغلالي للأطفال في الدعارة أو غيرها من الممارسات الجنسية غير المشروعة.

(ج) الاستخدام الاستغلالي للأطفال في العروض والمواد الداعرة^(٣).

ثم اكدت ذلك المفهوم وثيقة العمل الدولي المشترك في ٢٤ فبراير ١٩٩٧ التي جاءت بعد مؤتمر ستوكهولم العالمي^(٤). ومن ثم فإن مصطلح "الاستغلال الجنسي" يشمل أي فعل من افعال الإساءة أو محاولة للإساءة بحق موقف ضعيف، أو علاقات الثقة لأغراض جنسية، بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر بهدف تحقيق أرباح نقدية أو اجتماعية أو سياسية^(٥).

وينطوي الاستغلال على ممارسة البغاء أو مشاركة الأطفال والمراهقين لأداء عروض إباحية، ومن اساليب الجناة للاستغلال الجنسي قيامهم بجذب الضحايا من الأطفال والتلاعب والسيطرة عليهم عموماً من قبل متمرسين، الذي قد يستعملون التهديدات والقوة البدنية والابتزاز، والخداع أو غيرها من التهديد النفسي^(٦). ويتضمن استغلال الأطفال ايضاً استخدامهم لممارسة الجنس مقابل المال والسلع الاستهلاكية^(٧).

ويتخذ الاستغلال الجنسي عبر الإنترنت عدة صور منها التحريض في مجال السياحة الجنسية والأنتجار، وإشراك الأطفال والشباب في الدعارة^(٨). وعادةً ما يتم الفعل عن طريق مواقع الدردشة التي تسمح للمستخدمين بإرسال

الأمن القومي وحماية الصحة والأخلاق العامة^(١٤).

وقد أكد المكتب الوطني لضحايا الجريمة الأمريكي عام ٢٠٠٤ أن نسبة المراهقين من ذوي الأعمار (١٢-١٥) هم يبلغوا ضعف الضحايا الذين تعرضوا للاستغلال الجنسي^(١٥). مما يتطلب من الحكومات تعزيز حقوق وكرامة الإنسان، وخاصة حقوق الأطفال، على النحو المنصوص عليه في اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل، بما في ذلك الحق في أن يكبر خالٍ من إساءة المعاملة^(١٦). أي أن الأطفال هم أكثر عرضة على شبكة الإنترنت، عن طريق التعرض إلى مواد غير لائقة أو السلوك المقيت أو المواد الإغوائية لكسب ثقة الطفل وترتيب لقاء معه وجهاً لوجه^(١٧). كما حذر التقرير السنوي لدائرة المخابرات الجنائية في كندا (CISC) لسنة ٢٠٠٠ من توزيع المواد الإباحية عن الأطفال، الذي أخذ يتوسع بشكل متناسب مع استعمال الإنترنت، واستعمال غرف الدردشة المتاحة في جميع أنحاء المجتمع العالمي الإنترنت..، ويحذر التقرير من أن التكنولوجيا توفر المزيد من فرص عدم الكشف عن هوية الجناة وسهولة نقل الصور والمعلومات على شبكة الإنترنت، ويوصي التقرير بضرورة وجود شراكات بين قوات الشرطة في الدول للوصول إلى الجناة^(١٨).

لذا فعندما يصبح الطفل مجرد أداة قابلة للتداول فإنه يشكل انتهاكاً جسيماً لحقوقه، ولعل للأسباب الاجتماعية أثرها في استغلال الطفل كالفقر وعدم المساواة بين الرجال والنساء^(١٩). إذ يصل الاستغلال الجنسي للقاصرين درجة

الصور الشخصية ، وأنواع أخرى من الملفات، واستعمال كاميرات الويب سواء بإنشاء أسماء حقيقية أو وهمية^(٢٠). كما يتخذ شكل الاغواء على الدعارة الذي كثيراً ما يحصل عن طريق الانترنت عن طريق نشر مواد إباحية أو تسويقها فضلاً عن الإعلان عن مراكز التدليك واستغلال الجماعات المهاجرة ، ومما يعقد من تتبع الجناة هو استعمالهم لبرامج تحول دون سهولة الوصول إليهم^(٢١). كما يمكن استعمال الإنترنت لتسهيل تجارة الجنس وتقديم مواقع سياحة لأماكن الدول، ولا سيما التي فيها قوانين ضعيفة من جهة حماية الأطفال من الاستغلال الجنسي^(٢٢).

هذا وقد عدت اتفاقية لمكافحة الإتجار بالبشر واستغلال دعارة الغير لسنة ١٩٤٩ الإتجار لأغراض الدعارة أمر يتنافى مع كرامة وقيمة الشخص الإنسان ويشكل خطراً على رفاهية الفرد، والأسرة والمجتمع، وأكدت على معاقبة أي شخص يقوم، إرضاء لأهواء آخر بـ:

١. توظيف الفرد، أو غوايته أو تضليله للدعارة حتى برضاء.

٢. باستغلال دعارة شخص آخر، حتى بالتراضي^(٢٣).

كما يعدّ الاستغلال الجنسي للأطفال شكل من أشكال العنف والممارسة الإجرامية التي تنتهك حقوقهم، ولا عبرة برضاه لكونه غير معتبر قانوناً، إذ لا يمكن الموافقة على الإساءة له^(٢٤). ولا يمكن اعتبار نشر المواد الإباحية المتعلقة بالأطفال على شبكة الإنترنت جزء من حرية التعبير لكونها تتعارض مع متطلبات

بتجريم الإنتاج العالمي، والتوزيع، وتصدير واستيراد ونقل وحيازة المواد الإباحية المتعلقة بالأطفال عمداً والترويج لها والتأكيد على أهمية التعاون والشراكة بين السلطات العامة ومقدمي خدمة الإنترنت، وعلى أهمية تعزيز الشراكة العالمية أيضاً، وأن الوعي العام ضروري للحد من الطلب الذي يسبب بيع الأطفال وبغاء الأطفال^(٢٤).

وهكذا فإن الاستغلال الجنسي يتخذ عدة مراحل بدءاً من التحريض أو الإغواء أو المساعدة وصولاً إلى الدعارة أو الفجور سواء بمقابل مادي أو بدون مقابل ولا سيما عندما يتخذ شكل الاحتراف، مما يتطلب بحث طبيعة المعالجة الجنائية للسلوك في ظل بعض التشريعات.

المبحث الأول

المعالجة الجنائية للاستغلال الجنسي عبر الإنترنت في ظل التشريع الكويتي

يعدّ القانون الكويتي لمكافحة جرائم تقنية المعلومات رقم (٦٣) لسنة ٢٠١٥ أحد التوجهات التشريعية الحديثة التي عالجت الجريمة في نصوص خاصة على الرغم من عدم وجود تعريف محدد للاستغلال الجنسي. وقد عالج المشرع واقعة استعمال الوسائل التقنية في التحريض على ممارسة الدعارة أو الفجور بالنص على ما يأتي: (يعاقب بالحبس مدة لا تجاوز سنتين وبغرامة لا تقل عن ألفي دينار ولا تجاوز خمسة آلاف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين.. كل من كل من حرض أو أغوى ذكراً أو أنثى لارتكاب أعمال الدعارة

الاتجار في الدول الفقيرة، إذ يتم شراؤهم بثمن بخس أو مقابل وعد، وكثيراً ما يكونوا أطفال الشوارع فريسة سهلة لمرتكبي الجرائم الجنسية للأطفال، فضلاً عن زيادة عدم المساواة، والحروب، والهجرات السكانية، والعنف الأسري^(٢٥). يقف إلى جانب أسباب دعارة الأطفال الفوارق الاقتصادية والاجتماعية العرقية، والتمييز ضد النساء والفتيات، وتفكك النظام التقليدي الأسرة والمجتمع، وجهل غالبية الآباء والأمهات وحالة الشراء من الأفراد، والرضا العام عن الاستغلال الجنسي: "الطبيعية"، "الثقافة"^(٢٦).

ومن الأسباب أيضاً ضعف التنظيم القانوني إذ أن ٦٠-٧٠٪ من النساء اللاتي في هولندا تجبرهن مجموعات العمل على الدعارة، مما حدا بالحكومة إلى إعداد مشروع قانون "قانون لتنظيم الدعارة ومكافحة التجاوزات في صناعة الجنس" في نوفمبر تشرين الثاني عام ٢٠٠٩، من أجل خلق إطار سياسة أكثر شمولاً للقطاع، ومكافحة سوء المعاملة في صناعة الجنس، والاتجار بالبشر، ودعارة القصر والبغاء القسري^(٢٧).

ولعل المسألة في أوروبا فرضت مراقبة تحرير سوق الدعارة للقضاء على الاتجار بالبشر، ولكي يسهل ذلك عمل أجهزة إنفاذ القانون من حيث فرض أنواع مختلفة من العقوبات في حالة عدم الامتثال لتشريعات تسجيل دور الدعارة، ومنح تصاريح العمل، وإجراء اختبارات الفحص^(٢٨).

وفي إشارة إلى المؤتمر الدولي لمكافحة المواد الإباحية على شبكة الإنترنت، الذي عقد في فيينا عام ١٩٩٩ فقد طالب البعض

والفجور أو ساعده على ذلك باستعمال الشبكة المعلوماتية أو بإحدى وسائل تقنية المعلومات . فإذا كان الفعل موجهاً إلى حدث فتكون العقوبة الحبس مدة لا تجاوز ثلاث سنوات والغرامة التي لا تقل عن ثلاثة آلاف دينار ولا تجاوز عشرة آلاف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين^(٢٥).

يستفاد من النص أن قيام الجريمة يتطلب ارتكاب سلوك يتمثل بالتحريض على الدعارة أو الفجور أو الإغواء أو المساعدة على ذلك وذلك باستعمال الوسائل التقنية وأن يتوجه المحرض بنشاطه إلى ذكر أو أنثى قاصداً تحقق الدعارة أو الفجور، وبذلك يتضح أن قيام الجريمة يتطلب توافر العنصر المفترض، والعنصر المادي والمعنوي، كما عالج المشرع واقعة الإتجار بالبشر بموجب قانون رقم ٩١ لسنة ٢٠١٣ في شأن مكافحة الاتجار بالأشخاص وتهريب المهاجرين^(٢٦). وفيما يأتي سندرس طبيعة النموذج القانوني للحماية وفق قانون رقم ٦٣ لسنة ٢٠١٥ في المطالب الاتية:

المطلب الأول

العنصر المفترض

ويعني هذا العنصر أن ترتكب احدى صور السلوك المادي للاستغلال الجنسي باستعمال اما الشبكة المعلوماتية أو احدى وسائل تقنية المعلومات، إذ يمثل العنصر المفترض في الجريمة ، ويراد بالأولى ارتباط بين مجموعتين أو أكثر من البرامج المعلوماتية ووسائل تقنية المعلومات التي تتيح للمستعملين الدخول وتبادل المعلومات، وقد تطلب المشرع الكويتي ارتكاب الفعل

باستعمال اما الشبكة المعلوماتية التي حددها بأي ارتباط بين أكثر من منظومة اتصالات لتقنية المعلومات للحصول على المعلومات وتبادلها، بينما اصطلح المشرع على مكان إتاحة المعلومات على الشبكة المعلوماتية عن طريق عنوان محدد بـ(الموقع)، واما باستعمال أي وسيلة تقنية المعلومات والتي عرفها بأنها (أداة إلكترونية تشمل كل ما يتصل بتكنولوجيا المعلومات وذو قدرات كهربائية أو رقمية أو مغناطيسية أو بصرية أو كهرومغناطيسية أو ضوئية أو وسائل أخرى مشابهة سلكية كانت أو لاسلكية وما قد يستحدث من في هذا المجال^(٢٧).

وساد اصطلاح " تقنية المعلومات " أو "التقنية العالية" بعد اندماج الحوسبة بالاتصال والتي تمثل النظم الآلية أو الإلكترونية للتعامل مع المعلومات وتشمل وسائل الحوسبة والاتصال وما نتج عن اندماجهما من وسائط تقنية عالية يعبر عنها بالعموم بنظام الكمبيوتر Computer System^(٢٨).

ولعل الطبيعة العلمية والفنية التي تعمل بها الوسائل التقنية يجعل الجرائم الناشئة عنها تتسم بسمات تتميز عن الجرائم التقليدية ومن أبرزها أنه لا حدود جغرافية لها عند استعمال شبكة الإنترنت^(٢٩). ولا تحتاج إلى مجهود عضلي وإنما إلى مجهود ذهني، فالجاني فيها يكون شخص ذو خبرة عالية في مجال الحاسوب والتقنيات^(٣٠).

وقد يصعب العثور على اثر مادي للجريمة ولاسيما أنه من السهولة محو الدليل والتلاعب فيه، كما أنها تحتاج إلى خبر فنية عالية للوصول إلى مرتكبيها^(٣١). كما أن أساليب

الإثبات يغلب عليها الصفة العلمية والحدائثة والتي لم يتم الاتفاق على نتائجها حتى الآن فضلاً عن كونها أكثر مساساً بحقوق الأفراد وحررياتهم^(٣٢).

ويستوي في قيام الجريمة ارتكاب الفعل بشكل غير علني، أو علني عن طريق استعمال موقع الكتروني يكون متاحاً للجميع. ويتسم باستمراره على مدار الساعة والأيام، ويتألف من مجموعة من الصفحات التي تؤدي عدة وظائف كالاتصالات وإدارة وتوزيع المعلومات العلاقات العامة وتبادل الرسائل ولمحادثات وغير ذلك من المهام^(٣٣). وليس بالضرورة تحقق النشر عبر مواقع بل يكون عن طريق منتديات أو مجلات أو مواقع أخرى.

المطلب الثاني

العنصر المادي

جاء المشرع الكويتي بعدة صور للسلوك المكون للركن المادي للجريمة المنصوص عليها في المادة (٥/٤) السالفة الذكر، إذ يكفٍ تحقق احداها لقيام الجريمة وأن لم تقع الفحشاء فعلاً، إذ أن نتيجتها الجرمية اما تكون قانونية عندما لا تقع الفحشاء فعلاً بناء على سلوك المحرض أو قد تكون قانونية ومادية عندما تقع الفحشاء ومن ثم فإن العدوان المحتمل على المصلحة المحمية قانوناً محل التجريم يكفي لقيام الجريمة. ومن ثم فإن السلوك المادي يتطلب ما يأتي:

أولاً: التحريض

يذهب جانب من الفقه إلى تعريف التحريض بأنه (كل ما من شأنه التأثير في نفسية الجاني

وذلك بحضه أو حثه أو دفعه أو حمله على ارتكاب الفعل). كما يذهب جانب آخر نحو تعريف التحريض بأنه (كل ما يبديه المحرض من وسائل من شأنها أن تؤثر على المجني عليه أو عليها وتهيج شعوره بحيث يكون من شأنه أن يندفع إلى ارتكاب الجريمة)^(٣٤). كما عرف بأنه (خلق فكرة الجريمة لدى شخص ثم تدعيمها كي تتحول إلى تصميم على ارتكابها)^(٣٥).

ويشترط في التحريض أن يكون ذات تأثير حاسم ومباشر منصباً على ارتكاب فعل غير مشروع^(٣٦). والتحريض عبر الوسائل التقنية لا يمكن أن يتخذ إلا صور معينة كأن يكون بواسطة الكتابة أو بعرض الرسوم والصور كما لو كانت تمثل أوضاع جنسية داعرة تشجع على ارتكاب الغاوية في نفس المجني عليه أو عليها^(٣٧). إذ يندفع نحو الدعارة والفجور.

إذ ينطوي الفجور على دفع الذكور نحو إفساد أخلاقهم، أي سلوك يقترفه الرجل يتضمن مباشرة الفحشاء مع الغير من دون تمييز، بينما الدعارة تنطوي على دفع الإناث لمباشرة الفحشاء مع الغير^(٣٨).

ويلحظ إن المشرع لم يشترط لقيام الجريمة صفة خاصة في المجني عليه إذ أنها تقع بصرف النظر عن عمر وجنسية المجني عليه أو عليها.

ثانياً: الإغواء:

عرف الفقه الإغواء بتعاريف عدة منها تعريفه بأنه (ترغيب الشخص في شيء ما وتحبيبه وتقريبه منه وفي الوقت نفسه ينطوي على تحضير ذهن المجني ليقبله قبلاً سهلاً^(٣٩)). كما عرف بأنه (كل تصرف يأتيه المرء ذكراً

وهناك نوعان من المواد الإباحية أما أن تكون صريحة أو ضمنية لا تتضمن مواد صريحة، بل عروض وصور مغرية للأطفال كإظهارهم عراة، أو إظهارهم مشاركين في النشاط الجنسي، مما يتطلب من الدول تفسير مصطلح "النشاط الجنسي" تفسيراً واسعاً يشمل:

(أ) ممارسة الجنس عن طريق الأعضاء التناسلية، أو عن طريق الفم، الشرج سواءً بين الأطفال، أو بين شخص بالغ وطفل من نفس الجنس أو الجنس الآخر.

(ب) ممارسة العادة السرية.

(ج) سوء المعاملة السادية في سياق الجنسي.

(د) معرض فاسق من الأعضاء التناسلية أو منطقة العانة للطفل^(٤٢).

ثالثاً: المساعدة على ارتكاب الدعارة أو الفجور

يقصد بالمساعدة أن يقدم الجاني إلى الفاعل الوسائل والإمكانات التي تهيئ له ارتكاب الجريمة أو تسهل له ذلك. والتي قد تكون مادية أو معنوية وقد تكون سابقة على الجريمة وهي ما توصف بالأعمال المجهزة وقد تكون معاصرة لتنفيذ الجريمة وهي ما توصف بالأعمال المسهلة أو المتممة لارتكابها.

ويلاحظ أن المساعدة على ارتكاب الدعارة أو الفجور عبر الوسائل التقنية لا يمكن أن تكون إلا معنوية كما في حالة تقديم تعليمات أو إرشادات إلى الفاعل للتخلص من العقبات التي قد تعيق ارتكاب الفعل أو استعمال الوسائل الإلكترونية أو التخابر الهاتفي في تنظيم

كان أو أنتى وبأية وسيلة من شأنه أن يؤثر في نفس شخص آخر فيجمله على إنشاء علاقات حميمة أو غرامية أو حتى زناوية^(٤٣). في تقديرنا أن التعريف الأخير أقرب إلى التحريض منه إلى الإغواء بخلاف التعريف الأول، إذ يختلف الإغواء عن التحريض في كونه ليس ذات تأثير جسيمي يهيج شعور المجني عليه فيندفع نحو ارتكاب الجريمة.

مثال ذلك كما لو كان الإغواء بطريق الرسائل النصية أو الرسوم والصور ذات جسامه معينة تقل عن جسامه تلك الصور والرسوم والكتابات التي تشكل تحريضا، أو كأن ترغيب المجني عليه نحو الإقدام على الدعارة والفجور كما لو كان قدم الجاني شروح لمزايا واهمية اللجوء إليه.

وقد يثار خلاف حول تفسير التعبيرات المتعلقة بالصور والرسوم وغيرها فيما إذا كانت اغراء أو تحريضا أو ذمماً وغير ذلك، لكن حلها يكون بالرجوع إلى القواعد العامة هي^(٤٤):

١- إن يتم التفسير على مجمل الكلام أو الرسم أو الحركة التعبيرية ككل بدون تجزئة.

٢- إن يتم التفسير حسب المعنى العادي المستفاد من الرسم أو الكتابة مباشرة.

٣- يؤخذ بمعيار الرجل العادي من نفس الوسط الذي حدث فيه التعبير.

٤- يجب النظر إلى الظروف التي نشرت فيها الكتابة أو الرسم.

٥. لا عبارة في تفسير التعبير بالمعنى الذي يفهمه المجني عليه.

الأوقات المناسبة لممارسة الفعل الفاحش أو في إرشاد الجاني إلى مكان ارتكاب الفعل أو شخص المجني عليه أو عليها وذلك عن طريق إرسال رسائل أو فيديو أو صورة تبين المكان الذي سيقع فيه الفعل أو المجني عليه أو عليها.

وتتسم الصور السابقة للمساعدة بأنها سابقة على تنفيذ الفعل أي أنها أعمال مجهزة للجريمة، أما الأعمال المسهلة التي تعاصر ارتكاب الفعل إذ يكون فيها الجاني في مرحلة التنفيذ والتي تهدف إلى الاستمرار في تنفيذ الجريمة^(٤٣).

في تقديرنا أنه لا يمكن تصور المساعدة بطريق الوسائل التقنية في الأعمال المسهلة على ارتكاب الدعارة أو الفجور وذلك لأن ارتكاب الفعل الفاحش لا يستلزم عدة عمليات تنفيذية حتى يكون هناك مجال للوسائل التقنية، لأن تساعد في استمرار تنفيذ الجريمة، أما الأعمال المتممة التي تهدف إلى مساعدة الفاعل من الانتهاء من تنفيذ الجريمة فإنه يتصور فيها المساعدة عبر الوسائل التقنية كما في حالة التخابر الهاتفي أو الرسائل النصية التي توضح للجاني كيفية الخروج أو إزالة آثار الجريمة.

المطلب الثالث

العنصر المعنوي

تعدّ جريمة الاستغلال الجنسي بالتحريض أو الإغواء أو المساعدة على ارتكاب الدعارة أو الفجور جريمة عمدية لا تقوم إلا إذا توافر القصد الجنائي والقصد الجنائي المطلوب لقيام الجريمة هو القصد العام الذي يقوم على

عنصري العلم والإرادة، أي يجب أن يكون الجاني عالماً بطبيعة نشاطه وخطورته وأن يعلم بأن من شأنه ارتكاب الدعارة أو الفجور ومن ثم يجب أن تتصرف الإرادة إلى كل عنصر من عناصر الجريمة. أما البواعث التي دفعت الجاني إلى ارتكاب الجريمة فكما ظاهر من نص المادة (٥/٤) فلا يعتد بها.

أما إذا اشتمل سلوك الجاني على إنشاء أو إدارة موقعاً إباحياً أو أشرف عليه أو بث أو أرسل أو خزن معلومات أو بيانات عن طريق الشبكة المعلوماتية مواد إباحية، وكل ما من شأنه المساس بالأداب العامة، فإن السلوك لا يخضع للفقرة (٥) بل للفقرة (٤) من المادة نفسها شريطة توفر قصد خاص يتمثل بالاستغلال أو التوزيع أو العرض على الغير^(٤٤).

ويلاحظ أن المشرع الكويتي عدّ الجريمة موضوع البحث من جرائم الخطر المجرد التي لا يستلزم المشرع فيها أن تتعرض الحقوق والمصالح للتهديد، بل أن مجرد ارتكاب السلوك يراه المشرع خطراً بصورة عامة ويكون كافياً لتحقيق الجريمة، إذ يكون الخطر مفترض وليس عنصراً في الجريمة مما لا يمكن معه بحث الرابطة السببية بين السلوك والنتيجة لحصول الأخيرة تلقائياً بمجرد ارتكاب السلوك، ومع ذلك يرى غالبية الفقه أن إثبات الخطر أو التعريض له لازم في جميع الجرائم^(٤٥). وهو ما نؤيده لكن تحديد الخطر بحد ذاته يقود إلى وجود سلطة تقديرية للقضاء الجنائي في تكيف السلوك، لذا فإن استقلاله وكفاءته تضمن عدم المغالاة التشريعية في التجريم.

رأينا في المعالجة الجنائية

بعد تحليل عناصر الجريمة وعقوبتها في القانون الكويتي كان للباحث بعض الملاحظات حول المواجهة الجنائية للجريمة بحكم طبيعتها الإلكترونية والتي هي:

١. إن القانون الكويتي قد عاقب على التحريض أو الإغواء أو المساعدة حتى وأن لم يقع الفجور أو الدعارة فعلاً، وبذلك يكون المحرض أو المساعد أو من يقوم بالإغراء يتحمل المسؤولية الجنائية بصفة أصلية.

٢. ساوى المشرع في العقاب سواء تحققت النتيجة التي قصدها الجاني أو لم تتحقق، في حين كان يجدر بالمشرع أن يخضع الجاني لمسؤولية أخف عند عدم تحقق النتيجة الجرمية.

٣. لم يميز المشرع بين التحريض أو الإغواء العام الذي يتوجه به الجاني باستعمال لوسائل التقنية لأشخاص غير معينين كما في حالة المواقع الإباحية التي تبت ما يدفع أو يغوي إلى ارتكاب الدعارة أو الفجور وكذلك الرسائل المرسلة إلى عدد غير محدد عبر البلوتوث، وبين التحريض الفردي أو الشخصي الذي يتوجه به الجاني إلى شخص أو أشخاص معينين.

٤. وكان الأجدر بالمشرع الكويتي اعتبار توفر قصد الاستغلال المادي ظرفاً مشدداً للعقاب.

٥. كما لم يتضمن التشريع الكويتي لسنة ٢٠١٥ أحكام إجرائية للوقوف على مرتكبي الجريمة الإلكترونية سوى الإشارة إلى أن

بينت المادة (٤) من قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات العقوبة المقررة للجريمة بالحبس مدة لا تجاوز سنتين وبغرامة لا تقل عن ألفي دينار ولا تجاوز خمسة آلاف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين، بيد أن المحتوى الإباحي إذا كان موجهاً ضد حدثاً لم يتجاوز الثامنة عشر من عمره قد صمم لإغراء الأحداث، فإن العقوبة هي الحبس مدة لا تجاوز ثلاث سنوات والغرامة التي لا تقل عن ثلاثة آلاف دينار ولا تجاوز عشرة آلاف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين^(٤٦). ولم يحدد المشرع الكويتي مضمون المحتوى الإباحي. والذي يعني محتوى المواد الإباحية "تبادل الرسائل أو الصور الجنسية التي تنطوي على خلق وتبادل وتوجيه إيحاءات جنسية عارية عن طريق الهواتف المحمولة والإنترنت"^(٤٧). وتتسع المواد الإباحية لتشمل الأفلام، وأشرطة الفيديو وأقراص الفيديو الرقمية والرسومات واللوحات والمنحوتات ونسخ الأقراص المرنة ووسائل تخزين البيانات الأخرى بما في ذلك كتابات في الكتب والنشرات والصحف والتسجيلات الصوتية^(٤٨).

مما أكدت عليه بعض القوانين كالقانون الاتحادي رقم (٥) لسنة ٢٠١٢ بشأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات، الذي بين معنى مواد إباحية الأحداث بأي صور أو تسجيلات أو رسومات أو غيرها مثيرة جنسياً لأعضاء جنسية أو أفعال جنسية حقيقية أو افتراضية أو بالمحاكاة لحدث لا يتجاوز الثامنة عشر من عمره^(٤٩).

للموظفين الذين يصدر بتحديدهم قرار من الوزير المختص ضبط الجرائم التي تقع بالمخالفة لأحكام هذا القانون وتحرير المخالفات عنها ، وإحالتها إلى النيابة العامة ، وعلى جميع الجهات ذات الصلة تقديم التسهيلات اللازمة لهؤلاء الموظفين^(٥٠).

تجدر الإشارة إلى أن هناك بعض التشريعات في الدول العربية التي بعضها يقترب من التشريع الكويتي، وبعضها الآخر لم تعالج الجريمة^(٥١).

ويذهب رأي آخر إلى أن وجود قانون لتنظيم الدعارة يساهم في تحسين الوضع القانوني للعاهرات وتحسين وضعهم الاجتماعي وظروف عملهم والحد من الجريمة في الدعارة، ومساعدة الأشخاص الراغبين في ترك البغاء^(٥٢). في تقديرنا أن وجود هكذا قانون إنما هو نسبي يعتمد على القيم والمعتقدات السائدة عند الشعوب من حيث مدى تقبلها لهكذا قانون.

هذا وقد اقترحت مجموعة ECPAT الدولية أن تتولى الحكومات وضع خطط عمل وطنية ضد استغلال الأطفال الجنسي لأغراض تجارية منها ملاحقة الجناة خارج الحدود الإقليمية كما في بلجيكا، فرنسا، ألمانيا، هولندا، استراليا والجزائر، اثيوبيا^(٥٣).

ويعدّ تعددًا في الجرائم وفق القانون الكويتي إذا كان الفعل مقترن بالإتجار بالبشر، فعندئذ سيخضع للمادة المذكور، فضلاً عن قانون رقم ٩١ لسنة ٢٠١٣ في شأن مكافحة الاتجار بالأشخاص وتهريب المهاجرين الذي عرف الاتجار بأنه (تجنيد أشخاص أو استخدامهم أو نقلهم أو إيواؤهم أو استقبالهم بالإكراه، سواء

باستعمال القوة أو بالتهديد أو باستعمالها أو بغير ذلك من أشكال الاختطاف أو الاحتيال أو الخداع أو القسر أو استغلال السلطة أو النفوذ أو استغلال حالة الضعف أو إعطاء أو تلقي مبالغ مالية أو مزايا عينية، وذلك بغرض الاستغلال الذي يشمل استغلال دعارة الغير أو أي شكل من أشكال الاستغلال الجنسي..)^(٥٤).

ونص أيضاً على أن : (الاتجار بالأشخاص مع عدم الإخلال بأي عقوبة أشد ينص عليها قانون آخر، يعاقب بالحبس خمس عشرة سنة كل من قام بالإتجار بالأشخاص ..)^(٥٥). ويلحظ على هذا القانون أن المشرع لم يحدد أشكال الاستغلال الجنسي على خلاف ما يفرضه مبدأ الشرعية الجزائية من تحديد واضح لأحكام التجريم، كما أنه يصعب من تطبيق أحكام قانون الجزاء الكويتي رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠ الخاصة بتعدد الجرائم والتي تقضي بأنه إذا ارتكب شخص جملة جرائم لغرض واحد إذ ارتبطت بعضها ببعض ارتباطاً لا يقبل التجزئة، وجب ألا يحكم بغير العقوبة المقررة لأشدها، وإذا كون الفعل الواحد جرائم متعددة، وجب اعتبار الجريمة التي عقوبتها أشد والحكم بهذه العقوبة دون غيرها، وإذا ارتكب شخص جملة جرائم في غير الحالتين السابقتين، تعددت العقوبات التي يحكم بها عليه^(٥٦).

مما تقدم أن التشريع الكويتي وسع من الحماية الجنائية للعرض عن طريق تعدد أوجه السلوك المكون للجريمة والاكتفاء بالقصد العام لقيامها فضلاً عن جعلها من جرائم الخطر المجرد، وأن كان لم يميز بين التحريض والاغواء العلني عن غير العلني على الرغم من العلانية والصفة العابرة للحدود التي تتسم بها الجريمة.

المبحث الثاني

المعالجة الجنائية للاستغلال الجنسي في ظل التشريع الجزائري

لم يعالج المشرع الجزائري بقانون خاص الجرائم الناشئة عن الاستعمال السيئ للوسائل التقنية التي من شأنها الاستغلال الجنسي ومنها التحريض على الدعارة أو الفجور ، مما ينبغي الرجوع إلى قانون العقوبات . فمن جهة شدد العقاب إذا كان المجني عليه وفق عمر معين على انه(كل من حرص قصراً لم يكملوا التاسعة عشر على الفسق أو فساد الأخلاق أو تشجيعه عليهم أو تسهيله لهم ، وكل من ارتكب ذلك بصفة عرضية بالنسبة لقصّر لم يكملوا السادسة عشرة يعاقب بالحبس من خمس سنوات إلى عشر سنوات وبغرامة من ٥٠٠ إلى ٢٥,٠٠٠ دج. ويعاقب على الشروع في ارتكاب الجرح المشار إليها في هذه المادة بالعقوبات ذاتها المنصوص عليها بالنسبة لتلك الجرح)^(٥٧).

ومن جهة أخرى نص القانون على أن (يعاقب بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات وبغرامة من ٥٠٠ إلى ٢٠,٠٠٠ دج وما لم يكن الفعل المقترف جريمة أشد، كل من ارتكب عمدا أحد الأفعال الآتية: بكل من ساعد أو عاون أو حمى دعارة الغير أو أغرى الغير على الدعارة وذلك بأية طريقة كانت)^(٥٨). ونص أيضاً على أنه (يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى سنتين وبغرامة من ١,٠٠٠ إلى ٢٠,٠٠٠ دج كل من قام علناً بإغراء أشخاص من أي من الجنسين بقصد تحريضهم على الفسق وذلك بالإشارة والأقوال أو الكتابات أو بأية وسيلة أخرى. ويعاقب على الشروع

بالعقوبات ذاتها المقررة للجريمة التامة)^(٥٩).

ويلحظ ان المشرع لم يتطلب لأجل تطبيق النصوص المذكورة وسيلة معينة، فقد تكون تلك الوسيلة عادية أو تقنية، وسندرس النموذج القانوني للجريمة وفق المواد المذكورة وكما يأتي:

المطلب الأول

العنصر المادي

تناول المشرع أكثر من صورة للسلوك المكون للجريمة محل البحث إذ أن تحقق أي منهما يكفي لقيام الجريمة قانوناً حتى وأن لم تقع الفحشاء فعلاً، مما يجعلها من جرائم السلوك الخطر ذات النتيجة القانونية التي تقع اعتداءً على المصلحة المحمية قانوناً والمصلحة محل الحماية هنا هي مصلحة عامة يراد منها حماية الحرية الجنسية من الاعتداء عليها. وهذه الصور وهي :

١. تحريض القاصر غير بالغ سن التاسعة عشر على الفسق أو فساد الأخلاق أو تشجيعه عليه أو تسهيله له. والذي يخضع لحكم المادة (٣٤٢). والتي جاءت بأحكام شددت من المسؤولية الجنائية سواء من جهة ثقل العقاب أو من جهة الموضوع إذ جاء بتعابير واسعة الدلالة منها "فساد الاخلاق"^(٦٠) أو تشجيع المجني عليه أو تسهيله له. ولم لم يقع الفعل فعلاً، كما يخضع لنفس النص من يرتكب من القصر ولو بصفة عرضية ايأ من افعال الفسق أو افساد الأخلاق بناءً على التحريض. وفي ذلك اشترطت المحكمة العليا في احدي قراراتها أن

يقوم المحرض بالفعل لإشباع شهوات الغير، لكن إذا حصل لرغبات الفاعل الشخصية لا تنطبق عليه النص^(٦١).

٢. سلوك المساعدة أو المعاونة أو الاغراء على الدعارة بصرف النظر عن عمر المجني عليه وبخضع لحكم المادة (٣٤٣). وفي الحقيقة أن تلك الصور لها مدلول واسع مستوعب لمختلف مظاهر السلوك المخل بالأخلاق العامة.

فبالنسبة للمساعدة فتعني اتخاذ الجاني فعل أو أفعال يهدف من وراءها إلى أن يبسر للجاني مباشرة الفسق أو قيام الجاني بالتدابير اللازمة لممارسة الفحشاء وتهيئة الفرصة له^(٦٢). ومن ثم فإن مدلول المساعدة يتسع ليشمل المعاونة ايضاً.

اما الإغراء فهو من غرّه يغرّه بالضم غروراً اي خدعه فيقال كيف أجرأت^(٦٣). ويمائل الاغواء من جهة المدلول، وبشكل مما يثير الرّغبة أو الشّهوة عن طريق توسّل المفاتن، وإمّا بالكلام المبطن الواع وكثيراً ما يحدث الاغراء عبر الإنترنت عن طريق إرسال صور إباحية عبر البريد الالكتروني تغوي إلى ارتكاب الفعل كأن تشجع على ممارسة الجنس أو الحضور إلى أماكن الدعارة^(٦٤). أو عن طريق الطلب بكشف عن جسم الضحية عن طريق الكاميرا التي تفتح في غرفة الدردشة من أجل إشباع الرغبات الجنسية لدى المعتدي^(٦٥).

ولم يحدد القانون مفهوم الدعارة بل تركها للعرف وتفسيرات المحاكم، إذ لم ينسبها للمرأة

دون الرجل، على الرغم من اتجاه بعض المحاكم إلى التركيز على الرضا والعلنية والبلوغ والاعتیاد في تحديد الدعارة، في حين يذهب بعض الفقه إلى أن ذلك ما يميز الدعارة عن الفسق، فالأخير يشمل الاعمال الشهوانية المخالفة للأداب، وعده القضاء الفرنسي تصرف مخل يتم بدون مقابل مادي^(٦٦).

٣. سلوك الإغراء العلني بقصد التحريض على الفسق: إذ تناول المشرع في المادة (٣٤٧) هذا السلوك وجعل عقوبته اقل جسامة مما ورد في المادة (٣٤٣) التي لم تشترط العلانية في قيام الجريمة، وما نراه أن الإرادة الضمنية للمشرع تجعل الاغراء وفق المادة (٣٤٧) مقترن بقصد خاص، بخلاف المادة (٣٤٣) إذ لم تتطلب ذلك. ولعل الإرادة الضمنية للمشرع حاولت حماية حرية التعبير بدليل أن الفعل يجب أن يقترن بقصد خاص، الذي بدون قد تضيق الحرية.

وبناءً على ذلك أن أوجه الشبه بين المشرعين الكويتي والجزائري أنهما قد عدا المساعدة أو الاغراء سلوكيين مكونين للجريمة فارتكاب أي منهما يكفي لقيام الجريمة وإن لم تقع الفحشاء فعلاً، اما أوجه الاختلاف فيمكن في أن المشرع الكويتي قد أشار إلى التحريض كسلوك لقيام الجريمة بينما قصره المشرع الجزائري على حالة ما إذا كان المجني عليه دون سن الرشد، فضلاً عن الإشارة إلى الفجور الذي يتضمن كل فعل يقع من الرجال ينطوي على مباشرة الفحشاء مع الآخرين.

المطلب الثاني

العنصر المعنوي

عدّ المشرع الجزائي جريمة التحريض أو التسهيل على الفسق أو افساد الأخلاق وفق المادة (٣٤٢) من الجرائم العمدية ذات القصد الجنائي العام أي ان يكون الجاني عالماً بأن سلوكه يشكل تحريضاً أو تسهياً من شأنه أن يؤدي إلى ارتكاب الفحشاء أو بالفسق وأن يكون عالماً بأن نشاطه موجهاً نحو ذكر أو أنثى لم تكمل الثامنة عشر من العمر ومن ثم انصراف الإرادة الى ذلك. ويلحظ أن القانون يفترض علم الجاني بسنن من وقعت عليه الجريمة ومن ثم فلا يمكن له وفقاً لقاعدة الجهل بالقانون لا يعد عذراً الاحتجاج بأن ظاهر سن المجني عليه أو عليها قد أوقعه في خطأ إلا إذا اثبت بأنه قد بذل ما في وسعه لتحري السن الحقيقي إلا أنه مع ذلك وقع في خطأ في التقدير عندها يجوز للجاني الدفع بالجهل بالوقائع؛ لأنه عذر مقبول لرد التهمة^(١٧).

وفي ذلك نجد أن ذلك الدفع لا يمكن قبوله عند وقوع الجريمة عبر النشر كما لو قام الجاني بفتح تقنية البث أو الإرسال الممرض أو المساعد على الدعارة أو الفجور في جهاز البلوتوث أو تم ذلك عبر الشبكة المعلوماتية إذ أن الإهمال في اتخاذ الحيطة والحذر في التحري عن سن المجني عليه يكون جلياً.

بيد أن تخلف القصد الجنائي عند الجاني لا يعني عدم إمكان مساءلته عن أية جريمة فمن الممكن أن يُكيف السلوك تحت احكام المادتين (٣٤٣-٣٤٢) من قانون العقوبات. وكذلك يكفي القصد العام بقيام جريمة الاغراء على

الدعارة وفق المادة (١/٣٤٣) , بينما تطلب لقيام الإغواء العلني على وفق المادة (٣٤٧) من القانون تحقق القصد العام كعلم و ارادة والخاص كتوفر نية التحريض على الفسق.

وقد يبدو للوهلة الأولى أن مجرد النقل والتوزيع للصور والفيديوهات الفاحشة -سواء بالوسائل التقليدية أو الالكترونية- ذات الجسامة يكون الجاني يعني تحقق الاغواء على الدعارة، وهو غير صحيح بل يعتمد ذلك على تحقق المتطلبات المعنوية لقيام الجريمة. فلو كان الجاني يرمي إلى دفع الغير الدعارة أو الفسق فانه سيخضع لحكم احد المادتين (٣٤٧،٣٤٢) على وفق القصد الجنائي، اما مجرد الإخلال بالأداب العامة عن طريق المساس بأسس الكرامة الأدبية للجماعة وهدم أركان حسن سلوكها ودعائم سموها المعنوي^(١٨). والذي يخضع للمادة (٣٣٣ مكرر) من قانون العقوبات التي نصت على أنه: (يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنتين وبغرامة من ٥٠٠ إلى ٢,٠٠٠ دج كل من .. وزع أو .. أو لصق أو أقام معرضاً أو عرض أو شرع في العرض للجمهور أو باع أو شرع في البيع أو وزع أو شرع في التوزيع كل مطبوع أو محرراً أو رسم أو إعلان أو صور أو لوحات زيتية أو صور فوتوغرافية أو أصل الصورة أو قالبها أو أنتج أي شيء مخل بالحياء. (فعدنذ لا يشكل الفعل تعدياً في الجرائم، بل لا يعدو أن يكون تناز عاً ظاهرياً طريقة حسمه يتم بتطبيق احد النصين أو كلاهما حسبما يقصده الجاني. مثال ذلك أخذ صورة إباحية عن طريق التصوير المباشر له تحت تأثير التهيب أو الترغيب أو طريق التلصص عليه في غرفة الدردشة عبر الانترنت أي عند إغواءه في تلك الغرفة

بالكشف عن الجسم على الكاميرا التي تفتح أثناء الدردشة ثم التقاط الصورة ويقوم بعرضها على الإنترنت أو تعريض طفل لصور فاضحة أو أعمال شائنة غير أخلاقية أو إجباره على التلفظ بعبارات لا أخلاقية^(٦٩).

المطلب الثالث

عقوبة الجريمة

لقد شدد العقاب في جريمة التحريض على الدعارة أو المساعدة عليه وفق المادة (٣٤٢) بالنظر إلى كون المجني عليه شخص قاصر دون سن الرشد إذ جعل الجريمة عقوبتها الحبس من خمس سنوات إلى عشر سنوات وبغرامة من ٥٠٠ إلى ٢٥,٠٠٠ دج، إذ لم يميز بين من يحرض قسراً لم يكملوا التاسعة عشر، وبين من يرتكب الفعل بصفة عرضية بالنسبة لقصر لم يكملوا السادسة عشرة على الرغم من وقوعه بناءً على التحريض، كما نص على أن يعاقب على الشروع في ارتكاب الجحة المنصوص عليها في هذه المادة بالعقوبات المقررة للجريمة التامة. ولم يميز بينهما.

بينما عقوبة الاغواء على الدعارة أو المساعدة عليه وفق المادة (٣٤٣) هي الحبس من سنتين إلى خمس سنوات وبغرامة من ٥٠٠ إلى ٢٠,٠٠٠ دج ما لم يكن الفعل المقترف جريمة أشد ويعاقب على الشروع بالعقوبات ذاتها المقررة للجريمة. بينما الاغواء العلني وفق المادة (٣٤٧) عقوبته الحبس من ستة أشهر إلى سنتين وبغرامة من ١,٠٠٠ إلى ٢٠,٠٠٠ دج، ويعاقب على الشروع بالعقوبات ذاتها المقررة للجريمة. أي أن المشرع ساوى في العقاب بين الشروع والجريمة التامة مما

يتعارض مع مبدأ التناسب. إذ يتصور الشروع بقيام الجاني بإرسال رسالة أو صورة تتضمن التحريض أو المساعدة على ارتكاب الفسق أو الفجور عبر جهاز الموبايل أو البلوتوث فإذا بالجهاز المرسل إليه مغلقاً أو قام المجني عليه برفض استلام الرسالة أو مسحها قبل الاطلاع عليها وغير ذلك من الحالات أو حال الفلتر أو حاسوب الخادم الرئيس دون إتمام الإرسال المتضمن التحريض أو المساعدة على الدعارة أو الفجور.

ولم يأخذ المشرع بنظر الاعتبار شخصية الجاني ودوافعه في تخفيف أو تشديد العقاب، بيد أن الفقه اختلف حول طبيعة العقوبة في الجريمة التقنية إلى اتجاهين أساسيين هما^(٧٠):

الأول: ويرى هذا الاتجاه أن العقوبة يجب أن تتناسب مع تأثير الجريمة، فإذا وقعت بقصد التسلية والفضول فإن العقوبة تكون اخف.

الثاني: ويرى هذا الاتجاه أن أي حالة من حالات التجاوز المعلوماتي يجب أن يعاقب عليها القانون بشدة دون النظر إلى تأثير ودوافع القائمين بها، لابل يذهب رأي فقهي إلى ضرورة مساواة بعض هذه الجرائم بالجرائم التقليدية على الرغم من الاختلاف في الوسائل. وإن من المناسب فرض عقوبة صادرة المعدات والأدوات المستعملة في الإنتاج والتوزيع، وحياسة المواد الإباحية عبر الإنترنت، وإن تفويض الحكومة سلطة اصدار مذكرات استدعاء بحق مقدمي خدمة الإنترنت للمشاركين للتثبت من المعلومات المتعلقة بالحسابات المستعملة في جرائم الاستغلال لتحقيق السرعة الإدارية^(٧١). وإلى جانب ذلك يجب السماح للسلطات المختصة بإصدار أوامر

التفتيش لتسهيل عمليات البحث الإلكترونية^(٧٢).

وقد لاحظ أحد الكتاب بأنه لا يمكن إعفاء الأطفال من المسؤولية الجنائية عن أعمال الدعارة على الرغم من صغر سنهم، مما يوجب تخفيفها^(٧٣). ويلحظ على التشريع المقارن أنه لم يضمن احكام تدين الضحية عند اقرارهم للعمل. هذا وأن المشرع عالج جريمة الاتجار بالأشخاص عندما عده بأنه (كل تجنيد أو نقل أو تنقل أو إيواء أو استقبال شخص أو أكثر بواسطة التهديد بالقوة أو باستعمالها أو غير ذلك من أشكال الإكراه، أو الاختطاف أو الاحتيال أو الخداع أو إساءة استعمال السلطة أو استغلال حالة استضعاف أو بإعطاء أو تلقي مبالغ مالية أو مزايا لنيل موافقة شخص له سلطة على شخص آخر بقصد الاستغلال. ويشمل الاستغلال دعارة الغير أو سائر أشكال الاستغلال. ويعاقب على الاتجار بالأشخاص بالحبس من ثلاث (٣) سنوات إلى عشر سنوات وبغرامة من ٣٠٠,٠٠٠ دج إلى ١,٠٠٠,٠٠٠ دج. ويعاقب على الاتجار بالأشخاص، بالحبس من خمس (٥) سنوات إلى خمس عشرة (١٥) سنة وبغرامة من ٥٠٠,٠٠٠ دج إلى ١,٥٠٠,٠٠٠ دج، إذا سهل ارتكابه حالة استضعاف الضحية الناتجة عن سنها أو مرضها أو عجزها البدني أو الذهني، متى كانت هذه الظروف ظاهرة أو معلومة لدى الفاعل^(٧٤)). ويؤخذ على المشرع الجزائري أنه لم يحدد أشكال الاستغلال الجنسي، مما يوسع من سلطة القاضي.

وكثيراً ما يتحقق الاقتران بين جريمة التحريض والاعواء وجريمة الاتجار، لدرجة أن المصلحة المعتدى عليها اضحت مصلحة ذات طابع دولي، بالنظر لكونها من الجرائم

المنظمة. مما يعدّ تعدد في الجرائم يخضع لأحكام المواد (٣٢-٣٥) من الأمر رقم ٦٦-١٥٦ المؤرخ في ٨ يونيو سنة ١٩٦٦ قانون العقوبات المعدل والمتمم.

وفي ذلك ذكرت وزارة العدل الأمريكية في دراسة لها أن تجارة الدعارة والإباحية الخلقية في العالم عبر الإنترنت أصبحت تجارة شائعة جداً يبلغ رأس مالها ثمانية مليار دولار تقريباً، ولها صلة وثيقة ترتبط بالجريمة المنظمة، إذ تفيد إحصاءات الاستخبارات الأمريكية (FBI) بأن تجارة الدعارة هي ثالث أكبر مصدر دخل للجريمة المنظمة بعد المخدرات والقمار^(٧٥).

مسؤولية شركات الإنترنت:

تخضع الشركة في الأصل لمبدأ حرية توفير الخدمات، التي تعدّ واحدة من الحريات الأساسية التي تحكم إنشاء وتشغيل السوق الداخلية^(٧٦). بيد أن هناك التزام قانوني على مزودي خدمات الإنترنت لتطبيق القانون إذا كان بمقدورهم العلم بوجود أي من المواد غير المشروعة على النحو المحدد في القانون الجنائي على الخادم الخاص بهم، والتأكد من ترخيص مقدمي خدمة الإنترنت وسحبها في حالة إدانة المرخص له في جريمة جنسية محددة تنطوي على الطفل أو جريمة بموجب هذا القانون^(٧٧).

وتنهض مسؤولية الجاني بمجرد ارتكاب السلوك من دون النظر إلى ارتكاب الدعارة فعلاً وبالتالي فهي ليست كالمسؤولية التبعية التي لا تقوم إلا إذا وقع الفعل بناءً على سلوك المحرض أو المساعد وفق القواعد العامة.

وبالإمكان مساءلة الشركة المزودة لخدمة الاتصال عبر الإنترنت أو الهاتف النقال عن

المساعدة في ارتكاب الجريمة عند توافر القصد الجنائي طبقاً للقواعد العامة في المساهمة التبعية بوصفها شريكة بطريق المساعدة في ارتكاب الجريمة. وعلى وفق المادة (٤٢) من قانون العقوبات، التي نصت على أنه يعدّ شريكاً في الجريمة من لم يشترك اشتراكاً مباشراً، ولكنه ساعد بكل الطرق أو عاون الفاعل أو الفاعلين على ارتكاب الأفعال التحضيرية أو المسهلة أو المنفذة لها مع علمه بذلك^(٧٨). إذ يفرض القانون على عاتق كل شخص من أطراف العلاقة في البيئة الإلكترونية واجب اتخاذ الحيطة والحذر في مباشرة تصرفاته سواء بالنسبة لمزودي خدمات الاتصالات أو مستعملها لكي لا تتعرض المصالح المحمية قانوناً للخطر أو العدوان^(٧٩).

وتتصور مسائلة الشركة في حالة المساعدة السلبية إذ يذهب اتجاه من الفقه كالـدكتور محمود نجيب حسني والدكتور ماهر عبد شويش إلى إمكان تحقق المساعدة بسلوك سلبي كأن تكون في صورة إزالة العقوبات التي تعترض تنفيذ الجريمة، لا بل أن المساعدة السلبية في بعض الأحيان تكون أجدى من المساعدة الإيجابية^(٨٠). وهو ما نؤيده؛ لأن المشرع لم يحدد طبيعة المساعدة كمساهمة تبعية في الجريمة؛ ومن ثم فإن أي سلوك يمكن الفاعل في تنفيذ مشروعه الإجرامي يجعله مساعد تبعي في الجريمة. إذ ينبغي أن يكون عند كل شركة اتصالات سياسة تأمين الشبكات وزرع خطة للأمن الداخلي على كل شخص يستعمل النظام عن طريق التشفير^(٨١).

هذا وأن القانون الجزائري الخاص بالوقاية من الجرائم المتعلقة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها لسنة ٢٠٠٩ يفرض

على مقدمي الخدمات تقديم المساعدة للسلطات المكلفة بالتحريات القضائية لجمع وتسجيل المعطيات المتعلقة بمحتوى الاتصالات في حينها التي يتعين عليهم حفظها ووضعها تحت تصرف السلطات المذكورة. ويترتب على مخالفة ذلك قيام جريمة خاصة عقوبتها الحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر ولا تزيد على خمس سنوات والغرامة لا تقل عن ٥٠٠٠٠ الف دج ولا تزيد على ٥٠٠٠٠ دج^(٨٢).

ويلحظ من ذلك أن المشرع الجزائري الزم الشركة في ذلك القانون بتدابير تهدف إلى تسهيل عملية التحري من حيث حفظ المعطيات ووضعها تحت تصرف السلطة، وهو نص مقتضب لم يعالج تفاصيل التزامات الشركة، بخلاف الحال في التشريع المقارن كما في قطر^(٨٣). كما تناول المشرع الكويتي مسؤولية الشركة بشكل صريح بالنص على انه (مع عدم الإخلال بالمسؤولية الجزائية الشخصية لمرتكب الجريمة، يعاقب الممثل القانوني للشخص الاعتباري بذات العقوبات المالية المقررة عن الأفعال التي تُرتكب بالمخالفة لأحكام هذا القانون، إذا ثبت أن إخلاله بواجبات وظيفته أسهم في وقوع الجريمة مع علمه بذلك. ويكون الشخص الاعتباري مسؤولاً عما يحكم به من عقوبات مالية أو تعويضات إذا ارتكبت الجريمة لحسابه أو باسمه أو لصالحه)^(٨٤).

واخيراً تخضع الجريمة محل البحث للاختصاص العيني عندما نص المشرع على أن تطبق العقوبات المنصوص عليها في المواد (٣٤٢ - ٣٤٤) حتى ولو كانت بعض الأفعال المكونة لعناصر الجريمة قد وقعت خارج أراضي الجمهورية^(٨٥).

مما تقدم أن جريمة التحريض على الدعارة

القاضي الجنائي في تفسير النصوص على خلاف التشريع الكويتي.

٥. لم يحدد القانون الجزائي مسؤولية جنائية محددة لشركات الاتصالات والإنترنت، خلافاً للتشريع الكويتي.

ثانياً: التوصيات:

١. ضرورة التمييز بين سلوك الاغواء وسلوك التحريض والمساعدة وعد الأول أقل جسامة من الثاني بما يترتب عن ذلك من إمكانية تخفيف العقاب.

٢. التمييز بين السلوك العلني والسلوك غير العلني في العقاب بالنظر إلى كون مديات الأول غير محددة آثاره.

٣. التمييز في العقاب بين مجرد التحريض أو المساعدة على الدعارة والفجور، وبين تحقق الأخير فعلاً عن طريق عدّه ظرفاً مشدداً للعقاب.

٤. إضافة الجريمة محل البحث إلى الجرائم الخاضعة للاختصاص الشامل في القانون الجنائي لكون المصلحة المعتدى عليها هي ذات طابع دولي.

الهوامش

1- Genevieve Cameron, Ellie Mendez Sayer, Louisa Thomson and Sophie Wilson - OPM

Child Sexual Exploitation, A study of international comparisons Desk Review for the Department for Education, virtual staff college, UK , July 2015, p.53.

والفجور عبر الوسائل التقنية تخضع في التشريع الجزائي لحكم للقواعد التقليدية، الذي جاء بأكثر من صورة للتجريم والعقاب، بينما كان التشريع الكويتي اوجز من جهة الصياغة.

الخاتمة

بعد الانتهاء من دراسة موضوع المعالجة الجنائية للاستغلال الجنسي عبر الإنترنت في التشريع الكويتي والجزائري تم التوصل إلى النتائج والتوصيات الآتية:

أولاً: النتائج:

١. يتصور الاستغلال الجنسي عبر الوسائل الحديثة بخلق فكرة الاقدام على ارتكاب الممارسات اللاأخلاقية عند المجني عليه أو مساعدته أو اغواءه، بشكل يتطلب احتواء السلوك جنائياً.

٢. وسع التشريع الكويتي والجزائري من الحماية الجنائية للعرض عن طريق تعدد أوجه السلوك (التحريض أو المساعدة أو الإغواء) المكون للجريمة والاكتفاء بالقصد العام لقيامها، فضلاً عن جعلها من جرائم الخطر المجر

٣. لم يميز المشرع الكويتي بين التحريض والاغواء العلني عن غير العلني على الرغم من العلانية والصفة العابرة للحدود التي تتسم بها الجريمة، بينما جعل المشرع الجزائري الاغواء العلني مقترن بقصد خاص وله عقوبة أخف.

٤. إن خضوع الجريمة لنص تقليدي وفق القانون الجزائري من شأنه أن يوسع من سلطة

- 7-Mélanie Gnandi, L'ABUS ET L'EXPLOITATION SEXUELS D'ENFANTS COMME DOMESTIQUES EN AFRIQUE, Faire face ECPAT International ,Bangkok, Septembre 2007 Droits d'auteurs, p.15.
- 7 -Maria Ospina, Christa Harstall, op.cit, p5-6.
- 9 -op.cit, p.3-4.
- 10 -Kimberly J . Mitchell & Lisa M . Jones, Internet -Facilitated Commercial Sexual Exploitation of Children, crimes against children research center, university of new Hampshire, November 2013, p.3, Des recherches publiées sur le site suit: http://www.unh.edu/ccrc/pdf/Final_IFCSEC_Bulletin_Nov_2013_CV262.pdf
- 11-Canadian Resource Centre for Victims of Crime, Child sexual hild Exploitation And The Internet, p.5. A report published in October 17, 2000: <https://crcvc.ca/docs/childsexualexpl.pdf>
- 12 -Grégoire Théry, op.cit, p.23.
- 13 -Patchareeboon Sakulpitakphon, Le développement touristique en Afrique et l'exploitation sexuelle des enfants à des fins commerciales, Faire face ECPAT International, Bangkok, Septembre 2007 Droits d'auteurs. P.6.
- 14 -Valérie KAISER, La protection des mineurs sur Internet : la problématique de la pédopornographie et des contenus jugés préjudiciables 1, Ce texte est la version remaniée du mémoire présenté
- 2-Maria Ospina, Christa Harstall, Liz Dennett, Sexual Exploitation of Children and Youth Over the Internet, Institute of Health Economics, April 2010, p.5.
- 3-Erika Schulze, Sandra Isabel Novo Canto, M. Peter Mason, Maria Skalin, L'exploitation sexuelle et la prostitution et leurs conséquences sur l'égalité entre les femmes et les hommes, DIRECTION GÉNÉRALE DES POLITIQUES INTERNES-Parlement Bruxelles 2014, p.77.
- 4-op.cit, p.61.
- وقد عرف مجلس رعاية الطفولة كاليفورنيا الاستغلال الجنسي للأطفال بأنه الاتجار بالأطفال الجنس، والمواد الإباحية، والسياسة الجنسية التي تستهدف الأطفال وجميع أشكال الاستغلال الجنسي للأطفال وأشكال أخرى من الاعتداء الجنسي، بما في ذلك إغراء للأطفال لأفعال جنسية واعتصاب، والذي غالبا ما تؤدي إلى استغلال الضحايا وارتكاب أكثر من شكل واحد من الانتهاكات. See; Genevieve Cameron, op.cit, p.52.
- 5 -Grégoire Théry, Prostitution et droits humains : État du droit international et des obligations qui en pour les États, CAP international, février 2016, p.22. Des recherches publiées sur le site suit; www.cap-international.org
- 6-Violence Ou Exploitation Sexuelle Des Enfants Et Des : Fiched' Information Du ministère De la justice Du CANADA , department of justice CANADA, p.2. Des recherches publiées sur le site suit: http://www.securitepublique.gouv.qc.ca/fileadmin/Documents/police/prevention/information_jeunes/sex_abu.pdf

- جرائم الانترنت والحاسب الآلي ووسائل مكافحته، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٤، ص١٥.
- ٣٠- علي احمد عبد الزغيبي، حق الخصوصية في القانون الجنائي (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، كلية القانون، جامعة الموصل، ٢٠٠٤، ص٢٣٠.
- ٣١- منير محمد الجنبهي وآخرون، المصدر السابق، ص١٩.
- ٣٢- جمال جرجس تاوضروس، الشرعية الدستورية لأعمال الضبطية القضائية، شركة النسر الذهبي للطباعة، مصر، ٢٠٠٦، ص٤١٨، ٤١٩.
- ٣٣- احمد خالد العجلوني، التعاقد عن طريق الانترنت (دراسة مقارنة)، ط١، الدار العلمية الدولية لنشر والتوزيع، الأردن، ٢٠٠٢، ص١٦.
- ٣٤- ماهر عبد شويش الدرّة، الأحكام العامة في قانون العقوبات، دار الحكمة للنشر والطباعة، جامعة الموصل، ١٩٩٠، ص٢٦٥، ٢٦٧.
- ٣٥- يعقوب يوسف الجدوع، ومحمد جابر الدوري، الجرائم المخلة بالأخلاق العامة في التشريع الجنائي العراقي، مطبعة نعمان، النجف، ١٩٧٢، ص٤٨٨، ٤٨٩.
- ٣٦- المصدر نفسه، ص٤٩٣، ٤٩٩.
- ٣٧- مصطفى الشاذلي، الجرائم الماسة بالشرف والاعتبار والاداب، المكتب العربي الحديث، الإسكندرية، ص١٦.
- ٣٨- مستشار سيد البغال، الجرائم المخلة بالآداب العامة فقهاً وقضاءً، دار الفكر العربي للطبع والنشر، مصر، ١٩٨٣، ١٨٧.
- ٣٩- ماهر عبد شويش الدرّة، المصدر السابق، ص٢٧١، ٢٧٢.
- ٤٠- علي ابو حجيبة، الحماية الجنائية للعرض في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، ط١، دار وائل للنشر، ٢٠٠٣، ص٣٣٧.
- ٤١- محسن فؤاد فرج، جرائم الفكر والرأي والنشر، ط١، دار الغد العربي، القاهرة، ١٩٨٧، ص٨٥.
- 42-Catherine Beaulieu, Renforcer, Les lois contre l'exploitation sex-
- à l'UCL en vue de l'obtention du grade de maître en droit, Louvain-La-Neuve, 2009, p.49.
- 15 -Kimberly J . Mitchell & Lisa M . Jones, op.cit, p.1.
- 16-Genevieve Cameron, op.cit, p.79.
- 17 -Canadian Resource Centre for Victims of Crime, op.cit, p.4.
- 18 -op.cit, p.6.
- 19 -Hindowa Lebbie, Le mariage d'enfant, ou l'exploitation sexuelle des enfants africains à des fins commerciales, Faire face ECPAT International, Bangkok, Septembre 2007 Droits d'auteurs, p.28.
- 20 -Leonardo Plasencia, La prostitution infantine dans le monde, Fondation Scelles –france, juillet , 2007, p. 7. Des recherches publiées sur le site de ce qui suit: <http://ecpat-france.fr/>
- 21 -op.cit, p.8.
- 22 -Erika Schulze, op.cit, p.42.
- 23 -op.cit, p.25..
- ٢٤- Valérie KAISER, op.cit, p.10.
- ٢٥- المادة (٥/٤) من القانون رقم (٦٣) لسنة ٢٠١٥ لمكافحة جرائم تقنية المعلومات. منشور في الجريدة الرسمية في ٧/٧/٢٠١٥.
- ٢٦- المادة (١) من قانون رقم ٩١ لسنة ٢٠١٣ في شأن مكافحة الاتجار بالأشخاص وتهريب المهاجرين.
- ٢٧- المادة (١) من القانون نفسه.
- ٢٨- يونس عرب، ورقة عمل بعنوان "التشريعات والقوانين المتعلقة بالإنترنت في الدول العربية"، مقدمة الى مؤتمر ومعرض التكنولوجيا المصرية العربية والدولية - اتحاد المصارف العربية - الأردن، ٢٨-٢٩ تشرين أول ٢٠٠٢، ص٢.
- ٢٩- منير محمد الجنبهي، وممدوح محمد الجنبهي،

على جريمة تسهيل أو ترويج الدعارة باستخدام تلك الوسائل وجعل عقوبتها الحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر والغرامة (م/٩ج، ١٠) من قانون مكافحة الجرائم الإلكترونية الاردني رقم ٢٧ لسنة ٢٠١٥ . بينما لم نلاحظ وجود نص في قانون رقم (١٤) لسنة ٢٠١٤ القطري بشأن مكافحة الجرائم الإلكترونية, وقانون مكافحة الجرائم الإلكترونية السعودي لسنة ٢٠٠٧ يعالج الجريمة محل البحث سوى تناول جريمة انتاج أو ارسال أو خزن ما يخل بالأداب العامة.

Erika Schulze, op.cit, p.44 -52

Patchareeboon Sakulpitakphon, op.cit. -53
P.١٢.

٥٤- المادة (١) من قانون رقم ٩١ لسنة ٢٠١٣ الكويتي في شأن مكافحة الاتجار بالأشخاص وتهريب المهاجرين.

٥٥- المادة (٢) من القانون نفسه.

٥٦- المادة (٨٤) من قانون الجزاء الكويتي رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠ المعدل.

٥٧- المادة (٣٤٢) من الأمر رقم ٦٦-١٥٦ المؤرخ في ٨ يونيو سنة ١٩٦٦ قانون العقوبات المعدل والمتمم.

٥٨- المادة (١/٣٤٣) من الأمر نفسه.

٥٩- المادة (٣٤٧) من الأمر نفسه.

٦٠- يعني إفساد الخلاق " دفع المجني عليه نحو القيام بأي فعل من الأفعال الجنسية غير المشروعة المناقبة للأخلاق وهو ما ذهبت إليه محكمة النقض المصرية في احد قراراتها اذ قضت بان " أن إفساد الأخلاق لا يعني بالضرورة ارتكاب الفحشاء فعلاً بل يشمل إفساد الأخلاق بأية طريقة كإرسال والد ابنته للرقص في الملاهي أو مجالسة الرجال في محل معد للدعارة وغير ذلك ". مشار إليه في: محمد احمد عابدين ومحمد حامد قمحاوي, جرائم الآداب العامة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٨٨، ص ٣٩.

٦١- على الدعارة والفسق في القانون الجزائري، بحث

٤٣- ماهر عبد شويش الدرّة، المصدر السابق، ص ٢٧٢.

٤٤- المادة (٤/٤) من القانون رقم ٦٣ لسنة ٢٠١٥ لمكافحة جرائم تقنية المعلومات.

٤٥- عبد الباسط محمد سيف الحكيمي، النظرية العامة للجرائم ذات الخطر العام، ط١، دار العلمية الدولية للنشر والتوزيع- دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ٢٠٠٢، ص ٦١-٦٣، ٦٧، ١٠٤.

٤٦- المادة (٤) من القانون رقم (٦٣) لسنة ٢٠١٥ لمكافحة جرائم تقنية المعلومات.

47-United nation office on drugs and crime Vienna, Study on the Effects of New Information Technologies on the Abuse and Exploitation of Children, United Nations, New York, May 2015, p.22.

48 -Catherine Beaulieu, op.cit, p.76

٤٩- المادة (١) من القانون الاتحادي الاماراتي رقم (٥) لسنة ٢٠١٢ بشأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات.

٥٠- المادة (١٥) من القانون رقم (٦٣) لسنة ٢٠١٥ لمكافحة جرائم تقنية المعلومات.

٥١- المادة (٥/٤) من القانون نفسه تقابلها المادة (١٩)

من القانون الاتحادي رقم (٥) لسنة ٢٠١٢

لمكافحة جرائم تقنية المعلومات، وان جاء القانون

الاماراتي بعقوبة أش تقابلها المادة (١٩) من

القانون الاتحادي رقم (٥) لسنة ٢٠١٢ لمكافحة

جرائم تقنية المعلومات، وان جاء القانون الاماراتي

بعقوبة أش بينما ضيق المشرع الاردني في قانون

مكافحة الجرائم الإلكترونية رقم ٢٧ لسنة ٢٠١٥

عند عاقب على من يستخدم الوسائل التقنية لغايات

استغلال من لم يكمل الثامنة عشر من العمر او

معاق نفسياً او عقلياً في اعمال الدعارة او الاباحية

بالأشغال الشاقة المؤقتة والغرامة. بينما تم النص

72-Canadian Resource Centre for Victims of Crime, op.cit, p.17.

73 -Catherine Beaulieu, op.cit, p.66.

٧٤- الامر رقم ٦٦- ١٥٦ في ٨ يونيو ١٩٦٦ المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم بقانون ٠٩-٠١ في ٢٥ فبراير ٢٠٠٩.

٧٥- د. مشعل بن عبد الله القدهي، المواقع الإباحية على شبكة الانترنت وأثرها على الفرد والمجتمع، ٢٠٠٩/٥/١٥، بحث منشور على موقع المنشاوي للبحوث والدراسات: www.minshawi.com

76 -Valérie KAISER, op.cit, p.50.

77 -Canadian Resource Centre for Victims of Crime, op.cit, p.16.

٧٨- المادة (٤٢) من الأمر رقم ٦٦- ١٥٦ المؤرخ في ٨ يونيو سنة ١٩٦٦ قانون العقوبات المعدل والمتمم.

٧٩- وليد خالد عطية، الانفتاح الالكتروني وأثره على الحياة الخاصة، مجلة القانون المقارن، جمعية القانون المقارن العراقية، ع ٤٤، ٢٠٠٧، ص ٨١.

٨٠- محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات(القسم العام)، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٦٢، ص ٥١١؛ ماهر عبد شويش الدرة، مصدر سابق، ص ٢٧٣.

٨١- س كيو ريسيرشر، التحكم في الإنترنت (هل يمكنها البقاء كشبكة عالمية غير خاضعة للرقابة؟)، مجلة باحث دورية الكونجرس الربع سنوية، ع ١٨١٦، ١٢ مايو ٢٠٠٦، ص ٤٠٩، ٤١١، ٤١٢. منشوره على الموقع الآتي:

www.cqresearcher.com

٨٢- المادتين (١٠، ١١) من قانون رقم ٠٩-٠٤ لسنة ٢٠٠٩ الجزائي القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتعلقة بتكنولوجيات الاعلام والاتصال ومكافحتها. ينظر: الجريدة الرسمية، العدد (٤٧)، في ١٦ غشت ٢٠٠٩.

منشور على موقع المحاكم والمجالس القضائية في ٢٠١٦/١٢/١٢، وعلى الموقع الآتي: <http://www.tribunal.dz.com/forum/t2192>

٦٢- مصطفى الشاذلي، المصدر السابق، ص ٤٥، محمد احمد عابدين وآخرون، المصدر السابق، ص ٤١. ويعقوب يوسف الجدوع وآخرون، المصدر السابق، ص ٥٠٣.

٦٣- محمد بن ابي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، ب.ب.ت، ص ١٩٧.

٦٤- عدي جابر هادي، المصدر السابق، ص ٢١٦، ٢١٨.

٦٥- المصدر نفسه، ص ٢١٦.

٦٦- جريمة تحريض القصر على الدعارة والفسق في القانون الجزائي، بحث منشور على موقع المحاكم والمجالس القضائية في ٢٠١٦/١٢/١٢، وعلى الموقع الآتي: <http://www.tribunal.dz.com/forum/t2192>

٦٧- يعقوب يوسف الجدوع وآخرون، المصدر السابق، ص ٥١٠، ٥١١.

٦٨- شمس الدين إبراهيم احمد، المصدر السابق، ص ٩٥.

٦٩- يوسف حسن يوسف، جريمة استغلال الاطفال وحمائتهم وفق القانون الدولي والشريعة الإسلامية، ط١، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١٣، ص ١٤١.

٧٠- هلال البياتي وآخرون، المصدر السابق، ص ٦٥.

71 -Dr.Joann Grayson, Preventing Sexual Exploitation via Internet and Technology, vcpn, Virginia Child Protection Newsletter, Volume 89, Summer, 2010, p. 8 . VCPN is on the web –Visit us at: www.psychweb.chbs.jmu.edu/Graysonjhpdfs/Volume089.pdf,

٤. ماهر عبد شويش الدرة، الأحكام العامة في قانون العقوبات، دار الحكمة للنشر والطباعة، الموصل، ١٩٩٠.

٥. محسن فؤاد فرج، جرائم الفكر والرأي والنشر، ط١، دار الغد العربي، القاهرة، ١٩٨٧.

٦. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات (القسم العام)، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٦٢.

٧. شمس الدين إبراهيم احمد، وسائل مواجهة الاعتداءات على الحياة الشخصية في مجال تقنية المعلومات في القانون السوداني والمصري، دراسة مقارنة، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥.

٨. محمد احمد عابدين ومحمد حامد قماوي، جرائم الآداب العامة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٨٨.

٩. مستشار سيد البغال، الجرائم المخلة بالآداب العامة فقهاً وقضاءً، دار الفكر العربي، مصر، ١٩٨٣.

١٠. مصطفى الشاذلي، الجرائم الماسة بالشرف والاعتبار والآداب، المكتب العربي الحديث، الإسكندرية، ب. ت.

١١. منير محمد الجنيهي، وممدوح محمد الجنيهي، جرائم الانترنت والحاسب الآلي ووسائل مكافحته، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٤.

١٢. يعقوب يوسف الجدوع، ومحمد جابر الدوري، الجرائم المخلة بالأخلاق

٨٣- إذ لزم المشرع القطري أجهزة الدولة ومؤسساتها وهيئاتها والجهات والشركات التابعة لها بعدد من الالتزامات هي اتخاذ التدابير الأمنية الوقائية اللازمة لحماية أنظمتها المعلوماتية ومواقعها الإلكترونية وشبكتها المعلوماتية والبيانات والمعلومات الإلكترونية الخاصة بها. فضلاً عن سرعة إبلاغ الجهة المختصة... ينظر: المادة (٢٢) من قانون رقم ١٤ لسنة ٢٠١٤ القطري بشأن مكافحة الجرائم الإلكترونية.

٨٤- المادة (١٤) من قانون رقم (٦٣) لسنة ٢٠١٥ لمكافحة جرائم تقنية المعلومات.

٨٥- المادة (٣٤٥) من الأمر رقم ٦٦-١٥٦ المؤرخ في ٨ يونيو سنة ١٩٦٦ قانون العقوبات المعدل والمنتم.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً:- العربية

أولاً: المعاجم

١. محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، ب. ت.

ثانياً: الكتب

١. جمال جرجس تاووروس، الشرعية الدستورية لأعمال الضبطية القضائية، شركة النسر الذهبي للطباعة، مصر، ٢٠٠٦.

٢. عبد الباسط محمد سيف الحكيمي، النظرية العامة للجرائم ذات الخطر العام، ط١، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع- دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ٢٠٠٢.

٣. علي أبو حجيبة، الحماية الجنائية للعرض في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، ط١، دار وائل للنشر، ٢٠٠٣.

للرقابة؟)، مجلة باحث دورية الكونجرس الربع سنوية، ع ١٨١٦، ١٢ مايو ٢٠٠٦. منشوره على الموقع الآتي: www.cqresearcher.com

سادساً: القوانين:

١. قانون الجزاء الكويتي رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠ المعدل.

٢. الأمر رقم ٦٦-١٥٦ المؤرخ في ٨ يونيو سنة ١٩٦٦ قانون العقوبات الجزائري المعدل.

٣. نظام مكافحة الجرائم الإلكترونية السعودي لسنة ٢٠٠٧ .

٤. القانون الاتحادي الإماراتي رقم (٥) لسنة ٢٠١٢ لمكافحة جرائم تقنية المعلومات.

٥. قانون رقم (١٤) لسنة ٢٠١٤ القطري بشأن مكافحة الجرائم الإلكترونية.

٦. قانون رقم ٦٣ لسنة ٢٠١٥ الكويتي بشأن مكافحة الجرائم الإلكترونية.

٧. قانون مكافحة الجرائم الإلكترونية الأردني رقم ٢٧ لسنة ٢٠١٥ .

ثانياً :-المصادر الأجنبية:

Firstly; The English;

A. The book;

1. Genevieve Cameron, Ellie Mendez Sayer, Louisa Thomson and Sophie Wilson - OPM, Child

العامية في التشريع الجنائي العراقي، مطبعة نعمان، النجف، ١٩٧٢ .

ثالثاً: الرسائل الجامعية

١. علي احمد عبد الزغبي، حق الخصوصية في القانون الجنائي (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية القانون، جامعة الموصل، ٢٠٠٤.

رابعاً: الدوريات:

١. حسين توفيق فيض الله، الإباحية بالأطفال على شبكة الانترنت، مجلة القانون المقارن، جمعية القانون المقارن العراقية، ع٣٧٤، ٢٠٠٥.

٢. عدي جابر هادي، جريمة استغلال الأطفال جنسياً عبر شبكة الانترنت، مجلة القانون المقارن، جمعية القانون المقارن العراقية، ع٥٥٤، بغداد ٢٠٠٨.

٣. وليد خالد عطية، الانفتاح الإلكتروني وأثره على الحياة الخاصة، مجلة القانون المقارن، جمعية القانون المقارن العراقية، ع٤٤٤، ٢٠٠٧.

٤. يونس عرب، ورقة عمل بعنوان "التشريعات والقوانين المتعلقة بالإنترنت في الدول العربية"، مقدمة الى مؤتمر ومعرض التكنولوجيات المصرفية العربية والدولية - اتحاد المصارف العربية - الأردن، ٢٨-٢٩ تشرين أول ٢٠٠٢.

خامساً: المواقع على الإنترنت

١. س كيو ريسيرشر، التحكم في الإنترنت (هل يمكنها البقاء كشبكة عالمية غير خاضعة

recherches publiées sur le site suit:
http://www.unh.edu/ccrc/pdf/Final_IFCSEC_Bulletin_Nov_2013_CV262.pdf

3. dr.Joann Grayson, Preventing Sexual Exploitation via Internet and Technology, vcpn, Virginia Child Protection Newsletter, Volume 89, Summer, 2010. VCPN is on the web – Visit us at: <https://psychweb.chbs.jmu.edu/Graysojh/pdfs/Volume089.pdf>

Secondly; The France;

A. The book;

1. Catherine Beaulieu, Renforcer, Les lois contre l'exploitation sexuelle des enfants Guide pratique, Saladaeng Printing Co. Ltd, ECPAT International, Thailand 2008

2. Erika Schulze, Sandra Isabel Novo Canto, M. Peter Mason, Maria Skalin, L'exploitation sexuelle et la prostitution et leurs conséquences sur l'égalité entre les femmes et les hommes, DIRECTION GÉNÉRALE DES POLITIQUES INTERNES-Parlement Bruxelles 2014.

3. Hindowa Lebbie, Le mar-

Sexual Exploitation, A study of international comparisons Desk Review for the Department for Education , virtual staff college, UK , July 2015.

2. Maria Ospina, Christa Harstall, Liz Dennett, Sexual Exploitation of Children and Youth Over the Internet, Institute of Health Economics, April 2010.

3. United nation office on drugs and crime Vienna, Study on the Effects of New Information Technologies on the Abuse and Exploitation of Children, United Nations, New York, May 2015.

B.The internet;

1. Canadian Resource Centre for Victims of Crime, Child sexual hild Exploitation And The Internet. A report published in October 17, 2000: <https://crcvc.ca/docs/child-sexualexpl.pdf>

2. Kimberly J . Mitchell & Lisa M . Jones, Internet -Facilitated Commercial Sexual Exploitation of Children, crimes against children research center, university of new Hampshire , November 2013: Des

pour les États, CAP international, février 2016. Des recherches publiées sur le site suit; www.cap-international.org

2. Leonardo Plasencia, La prostitution infantile dans le monde, Fondation Scelles – France, juillet, 2007. Des recherches publiées sur le site de ce qui suit: <http://ecpat-france.fr/>

3. Violence Ou Exploitation Sexuelle Des Enfants Et Des : Fiched' Information Du ministère De la justice Du CANADA , department of justice CANADA. Des recherches publiées sur le site suit: http://www.securitepublique.gouv.qc.ca/fileadmin/Documents/police/prevention/information_jeunes/sex_abu.pdf

iage d'enfant, ou l'exploitation sexuelle des enfants africains à des fins commerciales, Faire face ECPAT International, Bangkok, Septembre 2007 Droits d'auteurs.

4. Mélanie Ghandi, L'Abus Et D'enfants Comme Domestiques En Afrique ,Faire face ECPAT International ,Bangkok, Septembre 2007 Droits d'auteurs.

5. Patchareeboon Sakulpitakphon, Le développement touristique en Afrique et l'exploitation sexuelle des enfants à des fins commerciales, Faire face ECPAT International, Bangkok, Septembre 2007 Droits d'auteurs.

6. Valérie KAISER, La protection des mineurs sur Internet : la problématique de la pédopornographie et des contenus jugés préjudiciables 1, Ce texte est la version remaniée du mémoire présenté à l'UCL en vue de l'obtention du grade de maître en droit, Louvain-La-Neuve, 2009.

B. The internet;

1. Grégoire Théry, Prostitution et droits humains : État du droit international et des obligations qui en

Criminal protection from sexual exploitation Via the internet

Assit.Prof. Dr. Mohammed Ezzit^(*)

Abstract

Modern Electronic devices represent the most supostecated phenomena of all contemporary advanced communities due to its very nature which based upon the operation of merging computer sciences with tele communications. These available modern device may lead to be as assistant factors for a certain group of crimes that differentiate according to the very sphere that could be committed in. These crimes include Electronic incitement to prostitution and debauchery.

The Algerian legislator did not treat these above mentioned crimes through a special provision. Whereas such crime Subject to Conventional texts. this article had treated the crime by a general traditional provision . Therefore, the provision was not sufficient for convicting technical crèmes. While Kuwait law was the best in terms of dealing with incriminating pictures to a large extent.

^(*) College of Rights/ Al- Mousel University

التكييف القانوني لتعمد نقل العدوى بفيروس الايدز والتهاب الكبد الوبائي -C-

د. عودة يوسف(*)

التقليدية لم تعد كافية لمواجهة هذا النموذج الجديد للسلوك الاجرامي، ومن جهة أن السياسة الجنائية الحديثة توجب مواجهة ومواكبة التغيرات في الانماط السلوكية الاجرامية، عبر التجريم والعقاب، والذي ينبغي أن لا يقتصر على العقاب فقط في حال حدوث الضرر، بل يجب أن تكون له وظيفة وقائية تقوم على مواجهة الجريمة قبل وقوعها، فقد اضحى من الضروري مواجهة انتشار هذه الفيروسات المميتة قانوناً، وتجريم كل الافعال العمدية التي من شأنها أن تؤدي الى انتشارها عبر نقل العدوى للغير، حتى وأن لم تحصل هذه العدوى انسجاماً مع الدور الوقائي للقانون الجنائي، لذا لا بد وأن يتجه المشرع الجنائي العراقي الى النص على تجريم تحريض الغير لخطر الاصابة بالأمراض المميتة وفي مقدمتها مرض الايدز ومرض التهاب الكبد الوبائي.

المقدمة

اهمية البحث: مرض الايدز وكذلك مرض التهاب الكبد الوبائي -C-، من الامراض الخطرة، المميتة، والتي تسببها فيروسات لا يوجد لها علاج حتى الان، ومما يزيد المخاطر المحدقة بحياة البشر، وفي مختلف المجتمعات هو انتشار هذه الامراض على نطاق واسع، حتى نكاد لا نجد دولة تخلو من

الملخص

تكمن وراء مرض الايدز ومرض التهاب الكبد الوبائي فيروسات خطيرة، وتعد هذه الامراض امراضا مميتة وتشكل خطراً محدقاً بالصحة العامة للمجتمع. ومما يزيد المخاطر المحدقة بحياة البشر، وفي مختلف المجتمعات هو انتشار هذه الامراض على نطاق واسع، حتى نكاد لا نجد دولة تخلو من تسجيل اصابات بهاذين المرضين، فهي أمراض سريعة الانتشار وليس لها علاج حتى الان. وهي من اخطر وسائل الاعتداء على حياة وسلامة الانسان، وتكمن خطورتها في ان المجنى عليه لا يستطيع مواجهتها او الدفاع عن نفسه ضدها، ولما كانت هذه الامراض تتكون في حقيقة الامر من كائنات رقيقة حية غير مرئية وتتكاثر وتنتشر بمرور الوقت، فقد اصبحت سلاحاً غالباً ما يتعدى الحدود التي قصدها الجاني اذ قد يتعدى المرض المجنى عليه الى اخرين لم يقصدهم الجاني في مشروعه الاجرامي، ففي ظل وجود هذا السلاح الخفي وغير المرئي يستطيع الجاني ان يصيب عائله بأكملها، وعلى هذا الاساس فان من الممكن ان تكون هذه الفيروسات الخطرة ايسر وسيلة للاعتداء على ارواح وحياة الآخرين.

ولما كانت نصوص قانون العقوبات

(*) كلية الرافدين الجامعة

تسجيل اصابات بمرض الايدز، وكذلك مرض التهاب الكبد الوبائي C- وبالنسبة لمرض الايدز فإنه أخذ ينتشر حتى في البلدان التي تعد بلدان محافظة، تتمسك بقيم اخلاقية، وعادات وتقاليد اجتماعية، تمنع من حصول هذا المرض، او انتقال العدوى به، على الاقل بالنسبة لاهم وسيلة من وسائل العدوى وهي الواقعة الجنسية، وإذ أن القانون الجنائي في ظل السياسة الجنائية الحديثة اصبحت له وظيفة وقائية ومنيعة تقوم على اساس مواجهة الجريمة قبل وقوعها ومنعها، بوصفها توقيع العقاب بعد حدوث الجريمة لم يعد فعالاً في توفير الحماية الجنائية للمصالح الاجتماعية خاصة إذا انصب الفعل الاجرامي على المساس بأهم المصالح، والتي تتمثل بالحق في الحياة، والحق في سلامة الجسم.

لذا فقد اضحى من الضروري مواجهة انتشار هذه الفيروسات المميتة قانوناً، وتجريم كل الافعال العمدية التي من شأنها أن تؤدي الى انتشارها عبر نقل العدوى للغير، حتى وأن لم تحصل هذه العدوى انسجاماً مع الدور الوقائي للقانون الجنائي، من هنا تكمن اهمية هذا البحث في كونه يسلط الضوء على موضوع يمس حياة الناس وسلامتهم الصحية، لاجل الوصول الى حالة من التكامل بين المواجهة القانونية لهذه الامراض المميتة والمواجهة الطبية لها، على النحو الذي يحصل كل من القانون والطب يكمل ويتكامل مع الاخر لتحقيق الغاية في حماية ارواح الناس وضمان امنهم الصحي

اشكالية البحث : يعد فيروس الايدز

وفيروس التهاب الكبد الوبائي C- من الفيروسات المعدية والقاتلة، وهي من اخطر

وسائل الاعتداء على حياة وسلامة الانسان، ومن الممكن أن تكون سلاح خطر لا يستطيع المجنى عليه مواجهته او الدفاع عن نفسه، خاصة وأن فيروس الايدز يتعلق بجانب من حياة الانسان، يمثل اخص خصوصياته، وهو حياته الجنسية، وحتى الذي يصاب به يبقى في حالة حرج اجتماعي كبير، خشية الاحتقار الذي قد يتعرض له في مجتمعه، ولما كانت هذه الامراض تتكون في حقيقة الامر من كانت رقيقة حية غير مرئية وتتكاثر وتنتشر بمرور الوقت، فقد اصبحت سلاحاً غالباً ما يتعدى الحدود التي قصدها الجاني اذ قد يتعدى المرض المجنى عليه الى اخرين لم يقصدهم الجاني في مشروعه الاجرامي، ففي ظل وجود هذا السلاح الخفي وغير المرئي يستطيع الجاني ان يصيب عائله بأكملها، وإذ إن نتيجة الاصابة بهذه الامراض هي الوفاة، ذلك ان فيروس الايدز يعدم فاعلية اهم اجهزة جسم الانسان وهو جهازه المناعي، وكذلك فيروس التهاب الكبد الوبائي C- الذي يؤثر على الكبد ويجعل المصاب عرضة للموت ولو بعد حين.

وعلى هذا الاساس فإن من الممكن أن تكون هذه الفيروسات الخطرة ايسر وسيلة للاعتداء على ارواح وحياة الاخرين، ومن هنا تبرز اشكالية البحث من ناحية قواعد القانون الجنائي الموضوعية -التجريم والعقاب- ومن ناحية القواعد الجنائية الاجرائية، اما من الناحية الموضوعية، فقد اختلف الفقه الجنائي، وتباينت احكام القضاء الجنائي ووقوف القوانين العقابية من التكييف القانوني لتعمد نقل العدوى بهذه الامراض، فضلاً عن الخلاف الذي يدور حول مدى الحاجة للتدخل التشريعي من قبل المشرع الجنائي، بغية صياغة نصوص عقابية جديدة

من شأنها ان تجعل المواجهة القانونية لمنع هذه الامراض، اكثر فاعلية، أم أن النصوص العقابية التقليدية كافية لتحقيق هذا الغرض.

اما من الناحية الإجرائية فتبدو الإشكالية القانونية في المعوقات والصعوبات التي تواجه عملية اثبات الجريمة خاصة وأن هذه الامراض لها فترة صامتة طويلة جداً، وتصل الفترة الصامتة لمرض الايدز الى ١٢ سنة في حين تتراوح الفترة الصامتة لمرض التهاب الكبد الوبائي من ٣٠-٤٠ سنة، وما يترتب على ذلك من صعوبات تواجه اثبات رابطة السببية، خاصة أن وسائل وطرق نقل العدوى متعددة، وقد لا يحصل الظن بحصولها بفعل ارادي عمدي، الامر الذي يؤدي الى افلات العديد من الجناة من العقاب.

اهداف البحث: يتمثل هدف هذا البحث في توجيه المشرع الجنائي الى ضرورة صياغة نصوص عقابية خاصة أن تكون كفيلة بمنع انتشار مرض الايدز و التهاب الكبد الوبائي C- وتفعيل الدور الوقائي للقانون الجنائي في ضوء متطلبات السياسة الجنائية الحديثة، فضلاً عن صياغة قواعد قانونية لمعالجة المشاكل التي تنشأ عن حصول هذه الامراض، بغية تحقيق حالة مكن التكامل بين القانون الجنائي وغيره من فروع القانون الاخرى.

منهجية البحث: سيتم بعون الله تعالى اعتماد المنهج الوصفي والتحليلي في دراسة موضوع التكيف القانوني لتعمد نقل العدوى بفيروس الايدز و التهاب الكبد الوبائي C-، فضلاً عن المنهج المقارن، وذلك بمقارنة موقف قانون العقوبات العراقي من هذا الموضوع مع غيره من القوانين العقابية من النظامين اللاتيني

والانكلوسكسوني، كما تقتضي الاشارة الى أن البحث سيتناول الآراء الفقهية التي ابدت في الموضوع، فضلاً عن استقراء موقف القضاء المقارن من خلال الأحكام القضائية ذات الصلة بموضوع البحث، والتي صدرت في الدول محل المقارنة بالدراسة.

خطة البحث: سيتم تقسيم البحث على مبحث تمهيدي للتعريف بمرض الايدز، ومرض التهاب الكبد الوبائي C-، ومبحثين، المبحث الاول نخصه لدراسة تكييف تعمد نقل العدوى بفيروس الايدز و التهاب الكبد الوبائي C- على انه جريمة قتل عمد، او جريمة ضرب مفضي الى موت، اما المبحث الثاني فسوف نبحت فيه تكييف تعمد نقل العدوى بفيروس الايدز و التهاب الكبد الوبائي على أنه جريمة احداث عاهة مستديمة، او جريمة من الجرائم المضرة بالصحة العامة، مع بيان وجهة نظر الباحث.

المبحث تمهيدي

التعريف بمرض الايدز و التهاب الكبد الوبائي
Definition of AIDS and hepatitis
الكبد الفيروسي، نقسم هذا المبحث التمهيدي على مطلبين، نخصص المطلب الاول للتعريف بمرض الايدز اما المطلب الثاني فسوف نبحت فيه التعريف بمرض التهاب الكبد الفيروسي.

المطلب الاول

التعريف بمرض الإيدز

مرض الإيدز أو كما يطلق عليه ((مرض نقص المناعة المكتسب)) يعد اليوم من اخطر

الأمراض التي عرفتها البشرية لعدم وجود علاج فعال له ولسرعة انتشاره حتى أن البعض يطلق عليه طاعون القرن العشرين^(١).

والإيدز مرض خطر ويستمد خطورته من الفيروس المسبب له يسمى بالانكليزية (H.I.V) وبالفرنسية (VIH) ويدمر هذا الفيروس جهاز المناعة الذي خلقه الله سبحانه وتعالى للإنسان ويترك المصاب فريسه تنتهشه الأمراض، ومن يصاب به مقضى عليه لا محالة، ولا تظهر اعراض الاصابه به الا بعد فترة طويلة قد تصل الى إثني عشر سنة تسمى الفترة الصامتة، يكون المصاب خلالها sero-positif قادراً على نقل العدوى إلى الآخرين^(٢).

وهذه هي المرحلة الاولى لمرض الإيدز، اما المرحلة الثانية وفيها يدخل الشخص طور المرض الفعلي Aids sida وذلك عندما ينشط الفيروس، ويستيقظ المارد ليهدم جهاز المناعة.

ولمرض الإيدز تعريفان، والتعريف الاول والذي يطلق عليه التعريف الاوربي للمرض، وقد وضع أول مره من قبل مركز مقاومة الأمراض المعدية في اطلنطا بالولايات المتحدة الامريكية عام ١٩٨٢ (C.D.S)^(٣)، وقد سارت منظمة الصحة العالمية على نهج هذا التعريف، إلا أن الولايات المتحدة، عدلت عن هذا التعريف الى تعريف ثاني للمرض في عام ١٩٩٣.

ويقوم التعريف الاول على القياس البيولوجي او البارومتري لتطور المرض، إذ يقسم المرض الى اربعة مراحل تبدأ من لحظة العدوى المبدئية، فالمرحلة الاولى وهي مرحلة العدوى المبدئية pRimo-infection وهي

عبارة عن عرض (symptom) او مجرد اشارة عابره للمرض سرعان ماتختفي، ويمكن التعرف على المرض خلال فترة من ٢-٨ اسابيع بعد التعرض للعدوى، اما المرحلة الثانية ويسمى الشخص أنه حامل للفيروس porteur وAsymptomotique وهو يحمل الفيروس دون اية اعراض اكلينيكية، عدا وجود تورم في بعض الغدد الليمفاوية، وفي هذه المرحلة يمكن أن تنتقل العدوى الى الاشخاص الاخرين ويمكن أن تستمر هذه المرحلة عدة أشهر بالنسبة للأطفال و عدة سنوات بالنسبة للبالغين، ويسمى الشخص خلالها sero positive بمعنى أنه شخص معدي وليس مريضاً.

اما المرحلة الثالثة ويسمى الشخص فيها بالادينوباتس، وتقسم الى خمسة مراحل من أ الى E طبقاً لتفاهم الألام، والاعراض المرضية التي يعانيتها وفيها يظهر السرطان، والتهاب الرئة، ويعاني من الانخفاض في مستوى الخلايا الليمفاوية والسعترية T-Helper-Lymphocyte.

وتتمهد المرحلة الثالثة الى المرحلة الرابعة والاخيرة من مراحل المرض اذ يصاب بسرطان الأوعية الدموية أو الاوعية الليمفاوية أو كليهما، او يصاب بفشل تام للجهاز المناعي وفي هذه المرحلة يشتد الألم ويصاب المريض بالاضمحلال الذهني والجسمي ويعجز عن مواجهة ابسط الشؤون الحياتية اليومية^(٤).

اما التعريف الثاني للإيدز والذي اعتمد في الولايات المتحدة الامريكية، وقد نشر التعريف في مجلة Monde في عددها الصادر ٣٠ ديسمبر لسنة ١٩٩٢، وقد وضع كسابقة من قبل مركز مقاومة الأمراض المعدية،

نقل الدم، أو انتقال الفيروس من الأم المصابة إلى الجنين، الأمر الذي جعل العدوى بفيروس الإيدز ارضاً خصبة، وميدان واسع لفقه القانون الجنائي سواء حصلت العدوى عن جريمة عمدية أو عن جريمة غير عمدية^(٧).

المطلب الثاني

التعريف بمرض التهاب الكبد الفيروسي

يعد مرض التهاب الكبد الفيروسي الوبائي من نوع c من أخطر انواع الامراض التي تصيب الكبد إذ نقل خطورة العدوى بفيروسات التهاب الكبد الاخرى من فئة A,B, خاصة بعد اكتشاف التطعيم الواقي منها، وقد تم التعرف على المرض لأول مره في عام ١٩٨٩.

وقد اصبح فحص الاجسام المناعية للفيروس في مختلف الدول اجبارياً منذ عام ١٩٩٠، ويظل الشخص بمجرد تعرضه للعدوى بالفيروس حاملاً له لمدة تتراوح من ٣٠- الى ٤٠ سنة وخلال هذه الفترة يمكن أن يشفى أو يدخل في طور المرض الفعلي وتؤكد الدراسات ان ٥٪ من حاملي الفيروس يدخلون في دور المرض الفعلي الذي ينتهي بحدوث الالتهاب الكبدي ثم الوفاة بعد الاصابة بسرطان الكبد، وذلك على عكس الحال بالنسبة للعدوى بفيروس الإيدز، حيث نسبة الوفاة لاتقل عن ١٠٠٪ وتؤكد الدراسات أن نسبة الذين يعبرون الى الالتهاب الكبدي تبلغ ٢٥٪ بينهم ١٢,٥٪ من حاملي الفيروس، والعبور الى هذه المرحلة يكون بطيئاً بعد ١٠ سنوات من العدوى أو ٢٠ سنة في الاغلب الاعم، وأن نسبة الاصابة بالسرطان تبلغ ٢,٥٪ من حاملي الفيروس ونسبة الوفيات

فأذا كان التعريف الاول استند الى معطيات اكلينيكية باثولوجية بالمعنى الضيق للكلمة فأن التعريف الثاني يقوم في جوهره على قياس مدى انخفاض، او انحدار نسبة الدفاع المناعي للجسم وصفها من اللحظة التي يقل فيها مستوى الخلايا الليمفاوية السعترية، Lymphocy te- T٤ عن ٢٠٠ في المليتر المكعب^(٥).

وهذا التدني أو النقص يبدأ عند الاشخاص الذين مازالوا في المرحلة الثانية وفق التعريف الاول وبالتالي لم يكونوا قد دخلوا في طور المرض الفعلي SiDA-Avere ، ومن الناحية العلمية الطبية يكون التعريف الثاني اكثر دقة من التعريف الاول لمرض الإيدز، كونه يقوم على اساس نسبة النقص الحاصل في مناعة الجسم، وتظهر اهمية تحديد المفهوم العلمي لمرض الإيدز من الناحية القانونية وكذلك بالنسبة للقضاء الجنائي والمدني، فيما يتعلق بتغيير الوصف القانوني لنقل عدوى فيروس الإيدز عمداً بحسب حالة المريض التي وصل اليها هذا من ناحية القضاء الجنائي وهو ما سيوضح لاحقاً من خلال البحث، اما من ناحية القضاء المدني فقد سار القضاء المدني في بعض الدول على تقدير التعويض المستحق للمصاب بحسب المرحلة التي يكون فيها واتجه القضاء نحو حفظ حق الضحية في جزء من المبالغ المقدرة للتعويض حتى المرض الفعلي^(٦).

اما بشأن طرق انتقال العدوى بفيروس الإيدز فهي متعددة، فقد تحصل العدوى بفيروس الإيدز عن طريق واقعة ارادية اثناء الاتصال الجنسي بشخص يحمل الفيروس أو استعمال المخدرات بطريق الحقن أو بواقعة لا دخل لارادة الانسان فيها كما هو الحال في عمليات

من حاملي الفيروس لا تتجاوز ٥٪^(٨).

اما عن طرق العدوى بفيروس التهاب الكبد الوبائي فقد ينتقل عن طريق نقل الدم الملوث بالفيروس الى شخص سليم، أو عن طريق الحقن الملوثة، وكذلك عن طريق الادوات الطبية الملوثة التي تستخدم في العمليات الجراحية، او تلك التي يتم استخدامها من قبل اطباء الاسنان، وقد ينتقل الى الاشخاص المخالطين للمرضى من الأطباء والمرضى وغيرهم، وكذلك عقب العمليات الجراحية أو حوادث الطريق التي تستدعي نقل الدم وكذلك مرضى سيولة الدم Haemophilia ولا يوجد ما يؤكد انتقال فيروس التهاب الكبد الوبائي عن طريق الممارسة الجنسية، كما هو الحال في انتقال فيروس الإيدز.

ومما تقدم يظهر الفارق بين الاصابة بفيروس الإيدز والاصابة بفيروس التهاب الكبد الوبائي من حيث الاضرار المترتبة على كل منهما، اذ ان الاضرار التي تحدث للمصاب بفيروس الإيدز أشد خطورة من حامل فيروس الكبد -C- فالاول يحمل في جسده فيروس الفناء ويعلم أنه ميت لا محالة، فالمرض حتى هذه اللحظة التي ندون فيها بحثنا لا علاج له، فضلاً عن الآلام الحادة والمبرحة الجسدية، ناهيك عن الآلام النفسية التي يشعر بها المصاب خاصة بعد ظهور اعراض المرض وتشخيصه^(٩)، الامر الذي يجعل المصاب يستشعر الحرج، ويرى الاحتقار من اقرب الناس اليه، كما ان فترة حمل فيروس الإيدز قصيرة مقارنة بفيروس التهاب الكبد اذ تبلغ اقصاها ١٢ سنة مع استخدام الأدوية التي تعمل على اطالة الفترة الصامتة، وعلى عكس ذلك فإن ضحية التهاب

الكبد -C- يمر بفترة صامتة لا تقل عن ٣٠ الى ٤٠ سنة قبل أن يمر بمرحلة سرطان الكبد ثم الوفاة، وكما اسلفنا ان الاحصاءات في العديد من الدول تؤكد ان ٥٪ فقط من حاملي فيروس التهاب الكبد -C- تحصل لهم الوفاة بنسبة ١٠٠٪ من حاملي الإيدز و مصيرهم الوفاة، كما أن المصاب بالتهاب الكبد C لا يتعرض للنفي الجماعي او الاحتقار الذي يتعرض له المصاب بالإيدز، كما أن علامات واعراض التهاب الكبد -C- لا تظهر بوضوح على المصاب به، ولا يسبب له خلال فترة المرض نفس الآلام التي يتعرض لها ضحية الإيدز^(١٠)، ومن هنا يمكن القول أن الاوصاف الجنائية التي تنطبق على فعل نقل العدوى بفيروس الإيدز تختلف عن تلك الأوصاف الجنائية التي يمكن ان تنطبق على فعل نقل العدوى بفيروس التهاب الكبد -C- وهذا ما سنعرض عليه في المباحث القادمة.

المبحث الاول

تكييف تعمد نقل العدوى بفيروس الإيدز والتهاب الكبد الوبائي -C- على أنه جريمة قتل عمد أو جريمة ضرب مفضي الى الموت

سوف نقسم هذا المبحث على مطلبين، نخصص المطلب الاول لدراسة تكييف تعمد نقل العدوى بفيروس الإيدز والتهاب الكبد الوبائي -C- على أنه جريمة قتل عمد، اما المطلب الثاني فسوف نخصصه لدراسة تكييف تعمد نقل العدوى بفيروس الإيدز على أنه جريمة ضرب مفضي الى الموت.

المطلب الاول

تكيف تعدد نقل العدوى بفيروس الإيدز والتهاب الكبد الوبائي -C- على أنه جريمة قتل عمد

تتكون جريمة القتل من ثلاثة أركان الركن الاول يتمثل بمحل جريمة القتل وهو انسان حي، أذ يقع القتل اعتداء على حق الانسان في الحياة، والركن الثاني وهو الركن المادي المتمثل بالسلوك الاجرامي فعل القتل، والنتيجة الاجرامية متمثلة بازهاق روح المحي عليه وعلاقة السببية إذ تسند الوفاة الى فعل الجاني، اما الركن الثالث فهو الركن المعنوي الذي يتمثل بالقصد الجنائي لدى الجاني، والذي يقوم على عنصري العلم والإرادة، فيجب ان يكون الجاني على علم بأنه يوجه فعله إلى أنسان حي، وأن من شأن الفعل الذي يأتيه ان يؤدي الى ازهاق روح المحي عليه، وأن تتجه ارادته إلى إتيان الفعل المكون للنشاط الاجرامي في القتل وأن تتجه نيته الى أحداث النتيجة بالمجنى عليه^(١١).

وبناءً على ماتقدم يرى اتجاه في الفقه الجنائي أن النشاط الإجرامي المكون لجريمة القتل العمد يتحقق فيمن يقوم بنقل عدوى الإيدز أو التهاب الكبد -C- الى الغير عمداً بصرف النظر عن الوسيلة التي يعتمدها الجاني فسواء حصل نقل العدوى بالاتصال الجنسي بالنسبة لفيروس الإيدز أو عن طريق نقل الدم أو بأي طريق اخر بالنسبة لنقل العدوى بفيروس الأيدز او فيروس التهاب الكبد الوبائي -C- مادام هذا المرض كافيًا لإحداث النتيجة بالمجنى عليه وهي الوفاة^(١٢).

وإذا لم تتحقق نتيجة الوفاة فالجاني يسأل

عن شروع في جريمة القتل متى كان عدم تحقق النتيجة راجعاً لسبب خارج عن ارادة الجاني^(١٣).

ويذهب هذا الاتجاه الفقهي الذي يرى انطباق وصف جريمة القتل العمد، على تعدد نقل عدوى الإيدز والتهاب الكبد الوبائي -C- أن الجريمة تعد جريمة قتل بالسم، بوصف أن هذه الجريمة تقع بكل سلوك إجرامي يقدم على اتيانه الجاني ويكون من شأنه جعل المرض يتصل مباشرة بجسم المجنى عليه ومباشرة تأثيره على وظائف الحياة في الجسم تأثيراً مباشراً، سواء قام بأعطائه الفيروس المسبب للمرض عن طريق الحقن، او عن طريق جرح لم يلتئم بعد او عن طريق الاتصال الجنسي^(١٤)، ولما كان اصطلاح السم في جرائم القتل العمد هي المواد التي تدس للمجنى عليه دون علم منه فيتناولها عن طريق الفم أو الحقن أو الاستنشاق وتؤدي الى وفاته عن طريق التفاعل ما بين هذه المواد خلال الجسم إذ يتم اتلاف نوايا الخلايا الحيوية في الجسم^(١٥).

لذا ثار الخلاف في الفقه الجنائي إذ يرى اتجاه حتمية أن تكون المادة المستخدمة سماً بما له من دلالة علمية يترتب على اعطائها حدوث تفاعلات كيميائية في جسم الانسان تؤدي الى تدمير الخلايا الحيوية بجسم الانسان^(١٦)، ومن ثم فإن القتل الذي يحدث نتيجة استخدام مرض معد وقاتل لا يعد قتلاً بالسم يستوجب الحكم على فاعله بالإعدام^(١٧).

ويضيف انصار هذا الاتجاه أن العله من التشديد لا تتوافر إلا إذا كانت المادة سماً إذ هي بصفة خاصة التي يصعب على المجنى عليه اكتشافها ويصعب تتبع اثرها في الجسم^(١٨)،

وهناك من يرى على ذلك بالقول إن صعوبة وتعذر اكتشاف المادة السامة تتوافر بقدر اوضح وأكبر في حالة نقل العدوى بفيروس الإيدز والتهاب الكبد الوبائي -C- كون هذه الفيروسات كانت دقيقة غير مرئية ويستحيل على المجنى عليه اكتشافها الا بادر الفحوصات والتحليل المختبرية، وحتى أن تمكن المجنى عليه من اكتشافه فلن يكون بمقدوره أن يوقف أثره بترياق، على عكس المادة السامة التي قد يستطيع المجنى عليه إيقاف تأثيرها باستخدام الترياق المناسب^(١٩).

وإذا كانت من بين علل تشديد عقوبة القتل العمد بالسلم لما في ذلك من خيانة الجاني للمجنى عليه والغدر به وبالثقة التي يوليها له. وضعف وعجز المجنى عليه، عن الدفاع عن نفسه ضد من يثق فيه، خاصة وهو يستخدم سلاحاً خفياً لا يراه المجنى عليه، فإن هذه العلة متوافره في فعل تعمد نقل العدوى بفيروس الإيدز وفيروس التهاب الكبد الوبائي-C-.

والجدير بالذكر والاشارة اليه، إن ثمة فارق جوهري بين القتل بالسلم وبين تعمد نقل العدوى بفيروس الإيدز وفيروس التهاب الكبد الوبائي، من الناحية الاجرائية تمكن في الاثبات، وفي اسناد الفعل الى شخص مرتكبه، ففي جريمة القتل بالسلم وعند الاشتباه بحصول قتل باستخدام مادة سامة، سيتم تشريح جثة المتوفى، وسوف يكتشف الطبيب العدلي اثر السم في الدم والاحشاء والامعاء، عندها تبدأ سلطات التحقيق، بالبحث والتحري عن الجاني، بخلاف المتوفي نتيجة اصابته بالإيدز والتهاب الكبد الوبائي -C- فلن يكشف عن هذه الامراض وإنما يكشف عن المرض الاخير الذي نتج عن فيروس الإيدز أو التهاب الكبد الوبائي -C-.

وهو عادة السرطان بالنسبة لمريض الإيدز او غيره لانعدام مناعته ضد مختلف الامراض، وسرطان الكبد بالنسبة لمريض التهاب الكبد الوبائي -C- وإن كشف عنها، فالوضع الطبيعي أن الاصابة بها حصلت من الوسط البيئي، والاجتماعي المحيط بالمجنى عليه وليس بفعل فاعل، واكثر من ذلك أن الكثير من المجنى عليهم يلقون حتفهم بدون ان يعرفوا المرض الذي اصيبوا به، ناهيك عن طول الفتره الصامته التي يمر بها المصاب بالإيدز او التهاب الكبد الوبائي^(٢٠).

وفي المجال القضائي، ولعدم وجود احكام جزائية صدرت من القضاء العراقي بخصوص هذا الموضوع، فكان لابد من اللجوء الى القضاء الجنائي المقارن، بغية الاطلاع على اتجاهاته بشأن التكييف القانوني لتعمد نقل العدوى بالإيدز او التهاب الكبد الوبائي -C- وعلى اقل تقدير الوقوف على اتجاه القضاء المقارن بالنسبة للاعتداء بالامراض والفيروسات التي تتشابه مع الامراض موضوعه البحث، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية بتوافر جريمة القتل بالسلم في حق الجاني الذي قام بحقن المجنى عليه بمرض التيفوئيد وادى ذلك الى وفاته^(٢١).

كما قضت المحكمة نفسها بملاحقة الجناة في قضية نقل الدم الملوث التي وقعت في فرنسا بتهمة القتل بالسلم، على الرغم من سبق محاكمتهم عن جنحة الغش في سلعة^(٢٢)، وفي المانيا قضت احدى المحاكم في عام ١٩٨٩ بادانة احد الاشخاص المصابين بالإيدز عن جريمة شروع في إحداث أذى بدني جسيم وقد أسست حكمها على توافر القصد الاحتمالي لدى الجاني، وتتلخص وقائع القضية ان الجاني

الفصل الاول من الكتاب الثالث والذي جاء تحت عنوان (الضرب المفضي الى الموت والقتل الخطأ).

وتضمن قانون العقوبات المصري هذه الجريمة في المادة (٢٣٦) منه^(٢٧)، تحت اسم جريمة إعطاء مواد ضارة، و نص عليها قانون العقوبات الفرنسي في المادة (١٥-٢٢٢) منه.

وتتمثل المصلحة محل الحماية الجنائية في العقاب على هذه الجريمة، بالحق في سلامة الجسم، والذي يتحدد في سلامة جسمه بثلاث عناصر، الاول الحق في الحفاظ على الصحة العامة لجسم الانسان وهذا يشمل الجانب البدني والعقلي والنفسي، ومن ثم كل اعتداء من شأنه أن يحدث مرض للانسان لم يكن موجود أو يؤدي الى تفاقم مرض موجود لديه سابقاً يحقق هذه الجريمة اما العنصر الثاني فيتمثل بالحفاظ على كل اجزاء مادة الجسم سليمة، اما العنصر الثالث هو الحق بالتمتع بانعدام الاحساس بالألم ولذلك يتحقق الاعتداء بأي فعل يؤدي الى الاحساس بالألم لم يكن موجوداً أو الى زيادة قدر الألم الذي كان يعاني منه، وان لم يحصل مساس بمادة الجسم، ويكفي لتحقيق جريمة الضرب المفضي الى الموت توافر ركنان هما الركن المادي والركن المعنوي، ويتوافر الركن المادي بتحقيق عناصره المتمثلة بفعل الاعتداء والذي يقع بأحدى الصور التي اوردها القانون وهي الجرح ، او الضرب ، او اعطاء مواد ضاره، او بالعنف ، او بأي فعل مخالف للقانون^(٢٨)، والى جانب فعل الاعتداء لايد من تحقق النتيجة الاجرامية والمتمثلة بالوفاة كعنصر ثاني، اما العنصر الثالث فهو توافر العلاقة السببية بين فعل الاعتداء والوفاة.

كان مصاباً بالإيدز، وهو يعلم بأنه مصاب بهذا المرض، وسبق وأن حذره الاطباء من اجراء عمليات الاتصال الجنسي بدون حماية الطرف الاخر، ومع ذلك تجاهل هذه التحذيرات، وقام بممارسة الجنس بعدد كبير من الفتيات دون استخدام واقي ذكري، وقد وجدت المحكمة أن الجاني قام بممارسة الجنس مع الفتيات وهو يدرك تماماً أن هذه الممارسة الجنسية تؤدي احتمالاً نقل العدوى بالإيدز للضحايا، ومع ذلك قام بعمله قابلاً للمخاطرة بحصول عدوى الإيدز^(٢٩).

وفي الولايات المتحدة الامريكية قضت محكمة استئناف (Indiana) بادانة شخص بالشروع في القتل عندما حاول الانتحار بقطع شرايين يده، وعندما حضر رجال الشرطة بغية القبض عليه، ولمالم يستجيبوا لطلباته قام بالبصق عليهم وقذف الدماء الملوثة بفيروس الإيدز عليهم، بقصد اصابتهم بالإيدز، وتأيد للمحكمة اتجاه ارادة الجاني نحو ذلك الفعل بقصد نقل العدوى بالإيدز لرجال الشرطة لذا أدانته عن شروع بالقتل^(٣٠).

اما القضاء المصري فقد استقر قضاء محكمة النقض المصرية على عدم اشتراط ان تكون المادة سامة بطبيعتها بل يكفي أن تحدث الموت دون تحديد طبيعتها^(٣١).

المطلب الثاني

تكيف تعمد نقل العدوى بفيروس الإيدز والتهاب الكبد الوبائي -C- على انه جريمة ضرب مفضي الى الموت
عالج المشرع جريمة الضرب المفضي الى الموت في المادة (٤١٠) ق.ع^(٣٢)، ضمن

اما الركن المعنوي في جريمة الضرب المفضي الى الموت فيتحقق بتوافر قصد جنائي من نوع خاص يطلق عليه الفقه الجنائي (القصد المتعدي) لذا نجد ان المشرع عالج الجريمة مباشرة بعد جريمة القتل العمد وقبل جريمة القتل الخطأ، أخذاً بنظر الاعتبار قصد الجاني من ناحية والنتيجة الاجرامية متمثلة بالوفاة من ناحية اخرى^(٢٩)، فالركن المعنوي فيها مركب من قصد جنائي وخطأ اذ يتطلب توافر قصد الايذاء لدى الجاني، اما مسؤوليته عن النتيجة المتمثلة بالوفاة فتكون بوصفها جريمة غير عمدية^(٣٠)، وتبرير ذلك هو أن النتيجة الاجرامية لا بد وان تكون على اقل تقدير ممكنة الوقوع، ذلك ان الفعل غير الارادي لا يصلح ان تترتب عليه مسؤولية جزائية ولو كانت مسؤولية غير قصدية، وكذلك النتيجة التي لا يمكن توقعها لا تصلح ان تكون الخطأ لأنها تكون عندئذ من قبيل الحدث الفجائي^(٣١)، عليه يتحقق الركن المعنوي في هذه الجريمة بتوافر قصد جنائي عام وهو قصد المساس بسلامة جسم المجنى عليه، وإن لا يتوافر لديه قصد ازهاق روح المجنى عليه والاقام قصد القتل لدى الجاني، ولما كانت هذه الجريمة تقوم إذا ارتكب الجاني فعلاً من شأنه ان يحدث اختلال في السير الطبيعي لوظائف الجسم، لذا فإنه يدخل في عداد المواد الضاره إصابة المجنى عليه بمرض الإيدز الذي يهاجم جهاز المناعة في مقتل ويسبب ضعف الدفاعات المناعية عند المجنى عليه وهو بالنتيجة النهائية ميت لا محال^(٣٢).

وتقع الجريمة بكل فعل يجعل مرض الإيدز او التهاب الكبد الوبائي -C- يتصل بدم أو بجسم

المجنى عليه سواء عن طريق الاتصال الجنسي أو حقن دم ملوث بقصد اصابته بالفيروس^(٣٣)، أو إذا حصلت العدوى بأي طريقة بما في ذلك مجرد تلامس الجنسين^(٣٤)، ولا يشترط نقل العدوى بالفيروسات بأي طريقة ومن خلال أي عضو في الجسم سواء عن طريق الفم أو الدم^(٣٥).

وتبقى العبره بتأثير تلك المادة في جسم المجنى عليه وحالته الصحية، فأذا ترتب على اتصالها بجسم المجنى عليه اضطراب في حالة الجسم الصحية او اختلال بالسير الطبيعي لوظائف الجسم لحدوث المرض، وهو ما يحدث في حالة الاصابة بفيروس الإيدز وفيروس التهاب الكبد الوبائي، ويمكن أن تقع هذه الجريمة من قبل المشتغلين في المجال الطبي، وذلك بطريق الامتناع إذ يكون على الجاني التزام بالقيام بواجب قانوني تمليه عليه وظيفته كالطبيب الذي يمتنع عن الفصل بين المرضى المصابين بأمراض معدية وقاتلة كالتهاب الكبد الوبائي -C- والطاعون والكوليرا وانفلونزا الطيور والخنازير وغيرهم من المرضى^(٣٦).

وتتوافر جريمة الضرب المفضي الى الموت في كثير من الحالات التي يتعمد الجاني فيها نقل عدوى الإيدز او التهاب الكبد الوبائي -C- دون أن ينتوي ازهاق روح المجنى عليه بل قصد ايذاء المجنى عليه.

وفي هذا الاتجاه قضت محكمة النقض الفرنسية في عام ٢٠٠٦ بتأييد حكم محكمة استئناف Cacalmar والذي قضى بالسجن ست سنوات على شخص أقام العديد من

المطلب الاول

تكييف تعمد نقل العدوى بفيروس الإيدز والتهاب الكبد الوبائي -C- على انه جريمة اعتداء بقصد احداث عاهه مستديمة او جريمة اعتداء افضى الى عاهه مستديمة

نقسم هذا المطلب على فرعين نبحت في الفرع الاول تكييف تعمد نقل العدوى بفيروس الإيدز او التهاب الكبد الوبائي -C- على أنه جريمة اعتداء بقصد احداث عاهه مستديمة اما الفرع الثاني فسوف نبحت فيه تكييف تعمد نقل فيروس الإيدز او فيروس التهاب الكبد الوبائي -C- على أنه جريمة اعتداء افضى الى احداث عاهه مستديمة.

الفرع الاول

تكييف تعمد نقل عدوى الإيدز او التهاب الكبد الوبائي -C- على انه جريمة اعتداء بقصد احداث عاهه مستديمة

نصت المادة (١/٤٢١) من قانون العقوبات العراقي على جريمة الاعتداء بقصد احداث عاهة مستديمة بالقول ((من اعتدى عمداً على آخر بالجرح او بالضرب أو بالعنف أو باعطاء مادة ضاره أو بارتكاب أي فعل آخر مخالف للقانون قاصداً احداث عاهه مستديمة به يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على خمس عشرة سنة).

وتتوفر العاهه المستديمة إذا نشأ عن الفعل قطع أو إنفصال عضو من اعضاء الجسم أو بتر جزء منه أو فقد منفعته أو نقصها أو جنون أو عاهه في العقل أو تعطيل احدى الحواس تعطيلاً كلياً أو جزئياً بصورة دائمة أو تشوية

العلاقات الجنسية مع الفتيات وكان يعلم أنه مصاب بمرض الإيدز وأخفى عمد حالتها الصحية عنهن إذ ادانته على وفق احكام المادة ٢٢٢-١٥ من قانون العقوبات الفرنسي وقد عللت حكمها إن جريمة القتل بالسم لا تنطبق وفعّل الجاني ذلك أن هذه الجريمة تتطلب فيما وراء فعله نية القتل، وهذه النية لم تكن كامنة لديه وغير واضحة، ولا يمكن استنتاجها لمجرد كون الجاني كان يعلم بأصابته بمرض الإيدز، وإذ ان جريمة الاعتداء المفضي الى الموت لا تتطلب سواء أن تكون المادة المستخدمة من شأنها أن تحدث الوفاة لذا فإن فعله لا يشكل جريمة قتل بالسم وانما اعتداء افضى الى الموت^(٣٧).

المبحث الثاني

تكييف تعمد نقل فيروس الإيدز والتهاب الكبد الوبائي -C- على أنه جريمة اعتداء تقصد احداث عاهه مستديمة أو جريمة اعتداء افضى الى عاهه مستديمة أو جريمة مضره بالصحة العامة

نقسم هذا المبحث على مطلبين نخصص المطلب الاول لدراسة تكييف تعمد نقل فيروس الإيدز والتهاب الكبد الوبائي -C- على انه جريمة اعتداء بقصد احداث عاهه مستديمة أو جريمة اعتداء افضى الى عاهه مستديمة اما المطلب الثاني فسوف نبحت فيه تكييف تعمد نقل العدوى بفيروس الإيدز والتهاب الكبد الوبائي -C- على انه جريمة مضره بالصحة العامة.

جسيم لا يرجى زواله أو خطر حال على الحياة)).

وتتحقق جريمة الاعتداء بقصد احدثا عاهة مستديمة بتوافر الركن المادي والركن المعنوي ويتمثل الركن المادي بفعل الاعتداء والذي أورد النص صورته، وبالنتيجة الاجرامية المتمثلة بالعاهة المستديمة التي يصاب بها المجنى عليه، ويتضح أن المشرع العراقي عدد حالات كثيرة يمكن أن تكون شاملة لجميع الصور التي تتحقق فيها العاهة المستديمة، والعنصر الثالث والذي يتمثل بالرابطة السببية بين الفعل والنتيجة، اما الركن المعنوي فلا بد من توافر القصد الجنائي ولا يكفي القصد الجنائي العام، أي توافر العلم والارادة بخصوص الجرح أو الضرب أو العنف أو اعطاء مادة ضارة أو الفعل المخالف للقانون، وانما لا بد من توافر القصد الخاص والمتمثل بانصراف إرادة الجاني الى احدثا العاهة المستديمة.

ويرى جانب من الفقه الجنائي أن الاصابة بفيروس الإيدز وفيروس التهاب الكبد الوبائي C- تعد بمثابة اصابة بعاهة مستديمة، كون اصابة المجنى عليه بالإيدز تشل الجهاز المناعي للجسم، وكذلك اثر التهاب الكبد الوبائي C- على الكبد وكل منهما يلزم المجنى عليه حتى الموت^(٣٨).

وتطبيقاً لنص المادة (٢٢٣-١) من قانون العقوبات الفرنسي الجديد^(٣٩)، قضت محكمة النقض الفرنسية ان اصابة المجنى عليه بمرض الإيدز بسبب اتصال الجاني جنسياً به يشكل

جريمة احدثا عاهة مستديمة مبررة حكمها بأن مرض الإيدز يهاجم جهاز المناعة في مقتل ويسبب ضعف المجنى عليه ويجعله فريسة سهلة للإصابة بالعديد من الامراض والجرائم لفقده جهاز المناعة^(٤٠).

وفي قضية اخرى اكدت محكمة النقض الفرنسية أن الاصابة بمرض اصابه بعاهة مستديمة وقد جاء في حيثيات الحكم، أن قيام الجاني بالانخراط في علاقات جنسية وهو يعلم بأصابته بمرض الإيدز ويدرك كذلك أن عدم اتخاذ احتياطات معينه لحماية من اتصل بهن جنسياً وهن فتيات صغار، من شأنه أن يؤدي الى اصابتهن بالإيدز، وهو ما حصل فعلاً إذ حدثت الاصابة لبعضهن بفيروس الإيدز، فإن ذلك يعد دليلاً على تحقق الركن المادي لجريمة إعطاء مواد ضارة أفضت إلى عاهة مستديمة متمثلة بمرض الإيدز الذي يعدم جهاز المناعة ويشل عمله بشكل نهائي، اما بالنسبة للركن المعنوي فقالت المحكمة انه ثابت في حق المتهم ويستنتج من واقع تعمد إخفاء حالته الصحية وكونه مصاب بالإيدز عن المجنى عليهم وعدم اتخاذه الاحتياطات اللازمة التي من شأنها أن تحول دون حصول الاصابة بالإيدز^(٤١).

وعدت محكمة النقض الفرنسية ان مرض الإيدز مرض يستمر مع الفرد طوال حياته، وليس له حتى الآن علاج، لذا فإن الاصابة به تمثل اصابة بعاهة مستديمة، مادام أن الإيدز يعطل عمل جهاز المناعة لدى الانسان^(٤٢).

الفرع الثاني

تكيف تعمد نقل فيروس الإيدز والتهاب الكبد الوبائي -C- على أنه جريمة احداث عاهة مستديمة دون قصد

تنص المادة (٢/٤١٢) على أنه ((وتكون العقوبة السجن مدة لا تزيد على سبع سنوات او بالحبس إذا نشأت عن الفعل عاهة مستديمة دون ان يقصد الجاني إحداثها)).

إذا كان الركن المادي لهذه الجريمة يتمثل مع الركن المادي لجريمة احداث عاهة مستديمة عن قصد، فإن الفارق يكمن في الركن المعنوي اذ يتكون هذا الركن من قصد جنائي وخطأ كما هو الحال في جريمة الضرب المفضي الى الموت، ولانطباق هذا الوصف على من يتسبب بنقل عدوى الايدز او التهاب الكبد الوبائي-C- لابد وأن يكون قد تعمد الفعل الذي أدى الى نقل العدوى دون أن يقصد احداث هذه النتيجة، مادامت النتيجة التي وقعت تبقى متوقعة ان تنشأ عن الفعل المرتكب، وبهذا قضت محكمة النقض الفرنسية في قضية نقل دم ملوث بفيروس الإيدز الى احد الاشخاص، إذ ادانة الطبيب القائم بنقل الدم بجريمة اعطاء مواد ضاره افضت الى احداث عاهة مستديمة ذلك كون نقل الدم الملوث بفيروس الإيدز ادى الى نقل عدوى الايدز الى المجنى عليه، وان مسألة كون الدم ملوث يعد أمراً متوقعاً، وكان على الطبيب التأكيد من خلو الدم من فيروس الإيدز وغيره، وأن عدم قيامه بذلك يجعله مسؤولاً عن جريمة اعطاء مواد ضاره افضت الى احداث عاهة مستديمة^(٤٣)، ومع ذلك فإن هناك احكام قضائية استبعدت مسؤولية الطبيب

عن هكذا حوادث بعده أن الطبيب غير ملزم بفحص الدم، وبالتالي لا يكون قد ارتكب فعل خاطئ يرتب مسؤوليته عن العدوى بفيروس الإيدز إلا إذا وقع منه الخطأ بعملية نقل الدم أو كان نقل الدم غير ضروري أو غير مفيد للمريض وفقاً للأصول العلمية المرعية^(٤٤).

المطلب الثاني

تكيف تعمد نقل عدوى الإيدز والتهاب الكبد الوبائي -C- على أنه جريمة مضرة بالصحة العامة

نص قانون العقوبات العراقي على الجرائم المضرة بالصحة العامة في الفصل السابع من الباب السابع من الكتاب الأول وذلك في المادتين ٣٦٨^(٤٥) و ٣٦٩^(٤٦).

وقد تضمنت العديد من القوانين العقابية نصوص تجرم الافعال المضرة بالصحة العامة والتي منى شأنها أن تؤدي الى نشر الامراض الخطيرة والمعدية ومنها قانون العقوبات الاماراتي^(٤٧)، وقانون العقوبات السويسري^(٤٨)، وقانون العقوبات النمساوي^(٤٩)، وقانون العقوبات السويدي^(٥٠)، وقانون العقوبات الفرنسي الجديد^(٥١)، وقانون العقوبات الكندي^(٥٢)، ونجد في كندا تطبيقات قضائية بشأن تكيف فعل نقل عدوى الإيدز كجريمة من الجرائم المضرة بالصحة العامة، اذ قضت المحكمة العليا في كندا تطبيقاً لنص المادة ١٨٠ من قانون العقوبات بادانة المتهم ويدعى -Thornton- بجريمة تعريض صحة الجمهور للخطر، وتتلخص وقائع القضية في ان المتهم المذكور قام بالتبرع بالدم لهيئة الصليب الاحمر في كندا، وهو يعلم بأنه مصاب

لخطر الموت باعطاء مواد ضاره، وذلك لقيامه بالاتصال الجنسي بالعديد من الفتيات وهو يعلم بانه مصاب بمرض الإيدز^(٥٥).

رأينا في الموضوع: بعد استعراض التكييفات انفة الذكر بشأن تعمد نقل العدوى بفيروس الإيدز وفيروس التهاب الكبد الوبائي -C- نجد أن تكييف تعمد نقل العدوى بفيروس الإيدز أو التهاب الكبد الوبائي على أنه جريمة قتل بالسم هو تكييف غير دقيق، وينطوي على توسع في تفسير نصوص القانون، ذلك أن جريمة القتل العمد وجريمة القتل بالسم تتطلب تحقيق نتيجة معينة تتمثل في اذهاق روح انسان حي، وهذا ما لا يمكن تصوره في الحالات التي يبقى فيها المجنى عليه الذي نقلت اليه عدوى الإيدز أو التهاب الكبد الوبائي -C- على قيد الحياة، فكيف يتم معاقبة الجاني عن جريمة قتل عمد أو جريمة قتل بالسم والمجنى عليه حياً، خاصة وأن الفترة الصامتة والتي لا تنطوي على اي اعراض اكلينيكية لهذه الامراض طويلة جداً، تتراوح في مرض التهاب الكبد الوبائي -C- بين ٣٠-٤٠ سنة، وتبلغ في مرض الايدز ١٠ او ١٢ سنة، وما سبق بيانه ينطبق على تكييف تعمد نقل العدوى بفيروس الإيدز او التهاب الكبد الوبائي -C- على أنه جريمة ضرب مفضي الى الموت، كونها تتطلب نتيجة مادية تتمثل بوفاة المجنى عليه، اما بالنسبة لتكييف تعمد نقل العدوى بفيروس الايدز او التهاب الكبد الوبائي -C- على أنه جريمة احداث عاهة مستديمة فنجدها التكييف الاقرب الى دقه في كافة الحالات التي يتعمد فيها الجاني نقل العدوى الى المجنى عليه، اما في الحالات التي تحدث فيها الاصابة بالإيدز او التهاب الكبد الوبائي -C- دون أن يكون الجاني قاصداً نقل

بمرض الإيدز وعلى الرغم من عدم اصابة احد جراء عملية التبرع بالدم التي قام بها المتهم، إلا أن المحكمة وجدته مذنباً، كونه كان يعلم بأصابته بمرض الإيدز، وأن من شأن تبرعه بالدم ان يترتب عليه عدوى الاشخاص الذين يتم اعطائهم هذا الدم الملوث بفيروس الإيدز، وأن كان المتهم لم يقصد ذلك إلا أن عمله ينطوي على أخلال بواجب الحيطة والحذر الذي يفرض عليه الاخبار عن اصابته بمرض الإيدز، او على الاقل عدم المبادرة بالتبرع بالدم، وعلى الرغم أن أي اصابه بمرض الإيدز لم تحصل نتيجة التبرع بالدم من قبل المتهم، إلا إن النتيجة الاجرامية في هذه الجريمة حصلت عند تبرعه بدم ملوث بفيروس الإيدز وتتمثل بتعريض الجمهور لخطر الإصابة بمرض الإيدز^(٥٦).

كما قضت المحكمة نفسها في قضية اخرى وهي قضية (R.V.summer) عام ١٩٨٩ بأدانة المتهم المدعو (summer) عن جريمة تعريض أمن وصحة الاخرين لخطر الاصابة بمرض خطير، وتتخلص وقائع القضية في قيام المتهم (summer) بالانخراط في علاقات جنسية مع مجموعة من الاشخاص وهو يعلم انه مصاب بالإيدز وفيروس التهاب الكبد الوبائي -C- ولم يقم بأبلاغ شركاءه باتخاذ أي نوع من أنواع الحماية وعلى الرغم من عدم إصابة أي منهم بالإيدز أو فيروس التهاب الكبد الوبائي -C- ومع ذلك ادانته المحكمة بجريمة تعريض حياة وصحة الاخرين لخطر الاصابة بالإمراض المعدية والخطيرة وهي مرض الإيدز ومرض التهاب الكبد الوبائي -C-^(٥٧).

كما قضت محكمة النقض الفرنسية بأدانته احد الاشخاص عن جريمة تعريض الغير

العدوى ولكنها تقع نتيجة فعله فنرى انطباق وصف جريمة الاعتداء المفضي لاحداث عاهة مستديمة على نقل عدوى بفيروس الإيدز او فيروس التهاب الكبد الوبائي -C- ذلك أن الاصابة بهذه الامراض من شأنه ان يؤدي الى تعطيل احد اجهزة الجسم الضرورية لديمومة الحياة، والعيش دون الم، فالإيدز يصيب جهاز المناعة بالشلل، اما التهاب الكبد الوبائي -C- فإنه يؤثر على الكبد، ويعطل وظيفته في تخليص جسم الانسان نت السموم، ويبنى على ذلك فقد منفعة هذه الاجهزة الضرورية واللازمة لحياة الانسان وسلامة جسمه وقبل الختام لابد من التنويه الى، ن توقيع العقاب بعد تمام حدوث الجريمة لم يعد فعالاً في صيانة الحقوق والمصالح الاجتماعية، وانما ولكي تكون الحماية الجنائية اكثر فاعليه لابد وان يتدخل القانون الجنائي قبل ارتكاب الجريمة، فوظيفة القانون الجنائي على وفق السياسة الجنائية الحديثة، هي وظيفة وقائية ومنعية تقوم على اساس مواجهة الجريمة قبل وقوعها، وذلك لايتأتى إلا بالعقاب على أي سلوك سلبي أو ايجابي ينطوي على تعريض الغير للخطر، لذا نرى انه من الضروري ان يكون للقانون الجنائي دور في الوقاية من انتشار فيروس الإيدز و التهاب الكبد الوبائي -C-، وذلك بأيجاد توازن بين حق المجتمع في حماية أفراد من انتشار هذه الفيروسات القاتله وحقوق افراد هذا المجتمع في احترام الحياة الخاصة لكل منهم وفي ضمان حرياتهم الأساسية، ومن هذا المنطلق نرى ضرورة تجريم نقل العدوى بفيروس الإيدز وفيروس التهاب الكبد الوبائي -C-، وعلى صورتين الاولى تجريم احتياطي لكل الافعال التي من شأنها ان تؤدي

الى تعريض الغير لخطر الاصابة بالإيدز أو التهاب الكبد الوبائي -C- اي عدها جريمة من جرائم الخطر، تكون النتيجة الاجرامية فيها مجرد تعريض حياة الآخرين لخطر الاصابة بالامراض المذكورة وأن لم تحصل العدوى فعلاً ليشمل التجريم على سبيل المثال، المرض الذي يستخدم أبرة (سرنجة) واحدة لاكثر من مريض، وأن لم يترتب على سلوكه أي ضرر، وكذلك الطبيب الذي يستخدم أدوات طبية غير معقمة في فحوصاته او عملياته الجراحية، وكذلك الزوج المصاب بالإيدز الذي يستمر بالاتصال الجنسي مع زوجته وأن لم تصاب الزوجة بالمرض، اما الصورة الثانية، فهي التجريم الاصلي، إذ يعاقب القانون على كل فعل يؤدي الى اصابة الاخرين بفيروس الإيدز او التهاب الكبد الوبائي -C-، وعندها تكون الجريمة من جرائم الضرر وليس من جرائم الخطر، والأدلة على الحاجة للتدخل التشريعي لمواجهة انتشار فيروس الإيدز وفيروس التهاب الكبد الوبائي -C- تكمن في تعدد الفروض والمشكلات التي تتعلق بهذا النوع من الفيروسات من جهة حضانة الأم المصابة بالإيدز لطفلها وحق المصابين بالتعليم، وضرورة الابلاغ عن حالات الاصابة والحق في العلاج بالنسبة للمصابين، واجتماع صفتي الجاني والضحية في الجاني المصاب بالإيدز او التهاب الكبد الوبائي -C-.

يضاف الى ذلك أن ضرورة التجريم الخاص لتعمد نقل هذه الفيروسات تكمن في الحيلولة دون افلات الجاني من العقاب، لأن تحقق رابطة السببية بين سلوك الجاني والنتيجة قد تستغرق فترة زمنية طويلة، كما أن الجاني المصاب بالإيدز او التهاب الكبد الوبائي

c- قد يكون حال تعمد نقل عدوى الإيدز أو عدوى التهاب الكبد الوبائي C- الى الغير في المراحل المتأخره منه ومن ثم يمكن أن يموت قبل أن يكتشف المرض المنقول منه.

لكل ما تقدم نرى أن هناك ضرورة قانونية وعملية لتدخل المشرع الجنائي العراقي لتجريم كل الافعال التي من شأنها تعريض الغير لخطر الاصابة بهذه الفيروسات مع الأخذ بنظر الاعتبار ضرورة تشديد العقوبة عند حصول الإصابة فعلاً بهذه الامراض

الخاتمة

لقد توصلنا من بحث موضوع التكيف القانوني لتعمد نقل العدوى بفيروس سي الايدز والتهاب الكبد الوبائي C- الى جملة من النتائج والتوصيات والتي نوردها تباعاً:-

اولاً:- النتائج.

إن اهم النتائج التي توصلنا اليها تتمثل في الاتي:-

١- إن كل من مرض الايدز ومرض التهاب الكبد الوبائي تسببها فيروسات خطيرة ومميتة، وإن هذه الامراض لاعلاج لها عند الاصابة بها، وإن الفترة الصامته لهذه الامراض، والتي لا يظهر فيها أي اعراض مرضية تدل على المرض، وهي طويلة نسبياً إذ تتراوح فيها مرض الايدز من ١٠-١٢ سنة، وفي مرض التهاب الكبد الوبائي C- من ٣٠-٤٠ سنة.

٢- إن العدوى بمرض الايدز ومرض التهاب الكبد الوبائي C- تنتقل بطرق عديدة بعضها يتعلق بعمليات نقل الدم الملوص بالفيروس، فضلاً عن عمليات غسيل الكلي او

الاستخدام الادوات الطبية الملوثة بالفيروس، فضلاً عن مرض الايدز ينتقل عن طريق الاتصال الجنسي، او عن طريق الحمل، اذ ينتقل من الام الى الجنين والاطخر من ذلك اثبتت الدراسات والابحاث الحديثة أن المرض ينتقل عن طريق اللعاب.

٣- أن مرض الايدز ومرض التهاب الكبد الوبائي C- فضلاً عن الى كونها من الامراض المميتة، فهي الى جانب ذلك تؤدي الى اثاره العديد من المشكلات الاقتصادية ذات الصلة بتكاليف العلاج، ومشكلات اجتماعية خاصة بالنسبة لمرض الايدز الذي يتصل باخص خصوصيات حياة الانسان، وهي حياته الجنسية، فضلاً عن المشكلات الطبية.

٤- يعد تعمد نقل عدوى الايدز او التهاب الكبد الوبائي C- عملاً مجرماً، وإذا كان نقل العدوى الى الغير بهذه الامراض، يؤدي حتماً الى هلاك المجنى عليه، إلا أننا وجدنا اختلاف موقف التشريعات والقضاء والفقهاء من التكيف القانوني لفعل تعمد نقل فيروس الايدز والتهاب الكبد الوبائي فهناك من ذهب الى أنه يشكل جريمة قتل عمد، وهناك من رأى أنه يشكل جريمة قتل عمد بالسهم، وهناك من رأى أنه يشكل جريمة ضرب مفضي الى الموت، وهناك من ذهب الى أنه يشكل جريمة احداث عاهة مستديمة وهو الرأي الذي يؤيده الباحث في الحالات التي يتوافر فيها نص عقابي خاص يعاقب على فعل تعمد نقل فيروس الايدز والتهاب الكبد الوبائي.

٥- لاعبرة برضاء المجنى عليه في نقل العدوى اليها بفيروس الايدز، او فيروس التهاب الكبد الوبائي C-.

ثانياً:- التوصيات.

إن اهم التوصيات التي نرى ضرورة اعتمادها، او اخذها بعين الاعتبار من قبل المشرع الجنائي العراقي عند رسم السياسة الجنائية لمواجهة انتشار مرض الايدز ومرض التهاب الكبد الوبائي -C- تتمثل بالاتي:-

١- إن السياسة الجنائية الحديثة توجب على المشرع الجنائي عند صياغته للقانون العقابي مواكبة التطورات والتغيرات الحاصلة في المجتمع والتي تغرز انماط جديدة من السلوك الاجرامي، وإن يعمد الى مواجهة هذه الانماط والتصدي لها بالتجريم والعقاب الرادع لتحقيق حماية فعالة للحق في الحياة وسلامة الجسم لافراد المجتمع، ويجب أن تكون المواجهة القانونية في مرحلة الخطر، وقبل وقوع الضرر، لمنع الجريمة قبل وقوعها، لاسيما أن موضوع بحثنا إذ أن وقوع فعل تعدد نقل العدوى بفيروس الايدز او فيروس التهاب الكبد الوبائي، معناه حصول ضرر بالمجتمع ككل، بسبب ازدياد فرص انتشار هذه الامراض، وتقليل فرص الحد من انتشارها، عليه يجب على المشرع الجنائي العراقي ان يعيد النظر في السياسة الجنائية التي تبناها في التجريم والعقاب، وان يترك المبادئ التقليدية التي اصبحت عاجزة وقاصرة في ظل المعطيات العلمية الحديثة والتطورات التكنولوجية، والتي يستفيد منها الجناة في ارتكاب الجرائم، في الوقت الذي تتعمد فيه ارتكاب الجريمة ونسبتها الى فاعلها وعلى وجه الخصوص في جرائم الاعتداء بالفيروسات المميتة ومنها فيروس الايدز وفيروس التهاب الكبد الوبائي -C- لما يشكل هذا السلوك (الناقل للعدوى) من خطورة على الصحة العامة لفاعليته الشديدة وامتداد العدوى

زمنياً ومكانياً، وعلى مستوى الاشخاص، اذ لا يقتصر اثر الفعل لشخص المجنى عليه، وانما يصاب اخرين من غير المستهدفين بالجريمة.

٢- ينبغي النص صراحة على تجريم تعريض الغير لخطر الاصابة بالامراض المميتة سواء وقع ذلك بالسلوك السلبي او الايجابي من العاملين في المجال الطبي او من الاشخاص العاديين، لان التجريم الاحتياطي الوقائي يحمل في طياته حماية باتجاهين، الاول تجريم أي سلوك خطر يمثل تهديداً باحداث ضرر لحياة الشخص او سلامته البدنية وينذر بحدوث ضرر، اما الاتجاه الثاني فيتمثل بتجريم كل سلوك اجرامي ينتج عنه ضرر يلحق حقا او مصلحة يحميها القانون، خاصة مع امكانية استخدام الفيروسات المسببة للامراض المميتة كمرض الايدز ومرض التهاب الكبد الوبائي -C-.

الهوامش

١- يطلق على مرض الايدز في اللغة العربية مرض Ac نقص المناعة المكتسب وفي اللغة الانكليزيةquired immune Deficiency syndrome وهو SIDA ويعرف في اللغة الفرنسية بالسيدا syndrome Dimmuno-Deficience Aquise واختصار لجملته

٢- ينظر د. جميل عبد الباقي: القانون الجنائي والإيدز، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥، ص ٥٠. وتفسير ذلك علمياً انه عندما تحدث العدوى فأن الفيروس يتحول الى مقاتل شرس ضد خلايا الجسم حيث يحتل أماكن معينة على سطح الخلايا ثم لا يلبث أن يخترق جدار الخلية في هجوم مرعب ثم يدفع بأسلحته الفتاكة المكونات البروتينية (RNA) إلى نواة الخلية الضحية فيسبب لها خلل في النظام، وارتباك في الكروموزومات، ثم يقبض بشكل

كلي على نشاط الخلية، وميكانيكيتهما وتحت هذه الظروف السيئة التي تجري فيها المعركة تندثر الخلايا الليمفاوية السعترية، ويضعف تحكمها في بقية الخلايا، وتتلاشى قدرتها على المقاومة، ويقف إنتاج الأجسام المضادة-Antibodies وهكذا يتحطم جهاز المناعة بالجسم إذ لا تقوم له بعد ذلك قائمة فاذا انتقلت هذه الخلايا الليمفاوية المصابة إلى الأشخاص الأصحاء فانها تسبب لهم العدوى بالإيدز-ولفيروس الإيدز مقدره خارقة على اختراق خلايا المخ، واصابته محدثاً خللاً واضحاً في الجهاز الحركي للجسم، والتركيب السيكلولوجي، والاضمحلال في الحالة النفسية والفكرية للمريض، وفقدان الذاكرة، فاذا علمنا أن العديد من الأدوية لا يمكن أن تخترق حواجز المخ -Blood bRian BaR-RieR فإن العلاج يصبح مستحيلًا، وقد اثبتت الابحاث أن فيروس الإيدز ينتمي الى عائلة الفيروس المتراجع وهو Retrovirus وهو الأخطر لأنه يتغير من وقت لآخر، ويمكن أن يغير تركيبه الجيني Mutation ثم أن الكثير من الصفات التركيبية والمكونات التحليلية لهذا الفيروس لا تزال مجهولة حتى اللحظة.

ينظر د. محمد كمال عبد العزيز: الانتقام بالإيدز، مطبعة ابن سينا، القاهرة، ١٩٩١، ص ١٤.

٣- المقصود مركز مقاومة الامراض المعدية:

Centre for Disease control dAtlanta.

٤- ينظر في تفصيل ذلك:

John Langone, Aids, The facts-Lihie Brown and company Boston-Toronto, 1988, p401.

Cahil K.M. The AiDs, Epedemic, Newyourk 1983-CA.came, AiDs, A BritisH .Association, publication, 1989, p301-320.

٥- وتفسير ذلك من الناحية الطبية أن جهاز المناعة ويتكون اساساً من خلايا ليمفاوية وهي نوعان: الخلايا الليمفاوية السعترية (ليمفوسايت تي)

والخلايا الليمفاوية الناتجة من نخاع العظام (ليمفوسايت) والاولى تتولد من نخاع العظام تنتج إلى غدة التايمس ويسمى بالخلية السعترية (Lymphocytes) حيث تندرب هناك على أول دروس المناعة، وتكسب صفات قادرة على التعرف على تركيبات الجسم الانساني الذي نشأت فيه، وكذلك التعرف على كل ماهو غريب عن الجسم وتقوم هذه الخلايا بانتاج الاجسام المضادة التي تهاجم الجراثيم، وهذه الخلايا تتركز في الطحال، والغدد الليمفاوية والثانية تتركز في نخاع العظم الاحمر لعظام القفص الصدري، والحوض، والجمجمة، والعمود الفقري، وهي تقوم بافراز مايسمى جلوبينات المناعة (immunoglobulines) التي تقوم بمهاجمة الجراثيم وشل حركتها، وبذلك تشكل الخلايا الليمفاوية السعترية (اليمفوسات ت) والخلايا الليمفاوية الناتجة من نخاع العظام (ليمفونسات ت) والخلايا الليمفاوية الناتجة من نخاع العظام (ليمفوسايت ت) أهم خطوط الدفاع ضد الميكروبات، والجراثيم، والفيروسات، وأي نوع آخر من الخلايا الغريبة عن الجسم كالخلايا السرطانية مثلاً.

- R-Hemon Transmission reticale du virus viH-in Lambert,Le cout Mondial .du siDA,p30

٦- فقد قضت محكمة النقض الفرنسية في اول حكم لها بشأن تطبيق القانون الصادر في ٣١ ديسمبر ١٩٩١ بأن السماح بالاحتفاظ بجزء من التعويض الذي يستحقه المصاب بالإيدز الى حين وصول المصاب من مرحلة حامل الفيروس الى مرحلة المرض الفعلي مسألة موضوعية تتعلق بالسلطة التقديرية للمحكمة في كل حالة على حده.

M.M.Mazeaud, par Tunc, Traite de La Responsabilite civile T-1-6em-ed n216.

Flouret Aubert, Les obligations, le fait juridique 5em-em 1991 n 133.

7 -M,Danti-Juan,Les Responsabilites penalesnes de la dissemination Trnansfu-

sionnelle du SIDA, R D pen.crim.1992-1102.

وهناك من يرى أن العدوى بفيروس الإيدز يمكن أن تحصل بمجرد التقبيل من الفم إذ ذكرت بعض المصادر الطبية أنه تم اكتشاف فيروس الإيدز في اللعاب البشري لبعض الأشخاص وقد دعم هذا من الافتراض القائل بإمكانية نقل فيروس الإيدز عند تقبيل المريض حامل الفيروس.

- ينظر في تفصيل ذلك:

- د.ابراهيم عبد الحميد: الإيدز طاعون العصر، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣، ص٤٨-٥٠.

8 -RLefever les Hepatites post Transfusio-nnelles RF domin.corpo 1993.p35.

٩- د.مسبيرو فاخوري : الأمراض المتناقلة عبر الجنس ، بيروت ، ١٩٩١ ، ص٩٥.

١٠- ينظر في تفصيل ذلك د.محمد صادق صبور : مرض نقص المناعة المكتسب ، -إيدز- مركز الاهرام للترجمة والنشر ، ط٣ ، ١٩٩٣ ، ص٢ ومابعدها.

١١- ينظر د.فوزية عبد الستار: شرح قانون العقوبات القسم الخاص ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٠ ، ص٣٤٠ ومابعدها.

- وكذلك د.منصور ساطور : شرح قانون العقوبات ، القسم الخاص ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٥ ، ص٢١٦ ومابعدها.

- د.رمسيس بهنام : شرح قانون العقوبات ، القسم الخاص ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٨٦ ، ص٧٩٧-٨٠٠.

- ينظر كذلك د.ماهر عبد شويش: شرح قانون العقوبات ، القسم الخاص ، الناشر العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ٢٠٠٨ ، ص١٣١ ومابعدها، ينظر كذلك د.فخري عبد الرزاق الحديثي : شرح قانون العقوبات ، القسم الخاص، مكتبة السنهوري، ٢٠١٦، ص١٣١. وتجدر الإشارة الى أن هناك من يعبر عن ارتكاب جريمة القتل بمتطلبات جريمة القتل، ويرى ان

متطلبات جريمة القتل هي المتطلبات الموضوعية وتشمل (الركن الاول والثاني) والمتطلبات المعنوية وتشمل الركن الثالث المتمثل بالقصد الجنائي، ويؤكد ان السم لا يجعل جريمة القتل لاسيما وإنما هو مجرد ظرف عيني يشدد العقوبة عليها.

- ينظر د.جمال ابراهيم الحيدري : الوافي في قانون العقوبات ، القسم الخاص ، الناشر مكتبة السنهوري ، ٢٠١٢ ، ص٢٢٠ ومابعدها.

١٢- ينظر د.جميل عبد الباقي الصغير: القانون الجنائي والإيدز ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٥ ، ص٤٩.

١٣- ينظر سامح السيد جاد: شرح قانون العقوبات ، القسم الخاص ، دار النهضة العربية، القاهرة ، ١٩٨٧ ، ص١٥ ومابعدها.

14 -Rassat, M.L., Droit penal special in-fraction des et contre Les particuliers dalloz 2 edition 1999. No, 254, p251.

وقد ذهب اتجاه في الفقه الجنائي المصري الى أن المصاب بالإيدز إذا قام بالمخالطة الجنسية مع الغير وهو يعلم بصابته بالإيدز فأن فعله هذا يعد بمثابة قتل بالسم.

- أنظر د.عبد العظيم مرسي وزير: قانون العقوبات ، القسم الخاص ، جرائم الاعتداء على الأشخاص ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩١ ، ص٩٨ ومابعدها - د.محمد عبد الغريب: قانون العقوبات ، القسم الخاص ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، ١٩٩٣ ، ص٣٣٤.

١٥- ينظر في تفصيل ذلك، د.عوض محمد: جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال ، دار المطبوعات الجامعية ، ١٩٨٥ ، ص٨٧.

- د.هدى حامد قشقوش: التلوث بالاشعاع النووي في نطاق القانون الجنائي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٧ ، ص١٣٧ ومابعدها - د.محمود ابراهيم اسماعيل ، شرح قانون العقوبات المصري في جرائم الاعتداء على الأشخاص وجرائم التزوير ، ١٩٥٠ ، ص٣٩.

ويظهر بوضوح ان المشرع الجنائي العراقي لم يعرف المواد بالسّم ومن ثم ترك الامر للقضاء مستعيناً بالخبرة العلمية والطبية بهذا الشأن.

١٦- ينظر د.محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات ، القسم الخاص ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٢ ، ص٤٩٤ .

- د.فتوح الشاذلي: أبحاث في القانون والإيدز ، دار المطبوعات الجامعية ، تلاكندرية ، ٢٠٠١ ، ص١٢٥ .

وكذلك د.فتوح الشاذلي: شرح قانون العقوبات ، القسم الخاص ، دار المطبوعات الجامعية ، ١٩٩٦ ، ص٥١٦ . - د.جلال ثروت، مرجع سابق ، ص١١٦ . - د.احمد شوقي أبوخطوة : القسم الخاص في قانون العقوبات ، جرائم الاعتداء على الاشخاص ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٣ ، ص١٠٠ .

- وتجدر الاشارة الى أن هناك من يذهب الى القول ان القتل بالسّم يتحقق سواء كانت المادة سامة في حقيقتها، او كانت مادة اخرى من شأنها ان تسبب الموت.

- ينظر د.جمال ابراهيم الحيدري، مرجع سابق ، ص٨٠ .

- ويؤكد انصار هذا الرأي في فرنسا ومصر على أن المشرع تطلب ان تكون المادة التي تقوم بها جريمة القتل بالسّم مادة سامة تؤدي الى اتلاف الخلايا الحيوية بالجسم وأن تعتمد نقل العدوى بفيروس الإيدز وغيره من الفيروسات المميتة لا يتوافر فيه خاصية إماته الخلايا أو شل الاعصاب أو تحلل الأعضاء عن طريق احداث تفاعلات كيميائية في الجسم تؤدي الى ذلك.

١٧- ينظر د.فتوح الشاذلي: أبحاث في القانون والإيدز ، مرجع سابق ، ص١٢٦ .

وينظر كذلك Smith and Hogan,criminal Law, Eleventh Edition, 2005, p.563 .

- وتجدر الاشارة الى أن المشرع الفرنسي نص على جريمة القتل بالسّم في المادة ٣٠١ من قانون العقوبات الفرنسي القديم والتي استبدلت بها المادة

- د.احمد شوقي أبوخطوة: جرائم الاعتداء على الاشخاص ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٣ ، ص٩٩ . - د.جلال ثروت: نظام القسم

الخاص ، ج ١ ، جرائم الاعتداء على الاشخاص ، المكتب المصري الحديث ، ١٩٧١ ، ص١٧٦ . - د.جميل عبد الباقي: قانون العقوبات ، جرائم الدم ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٧ ، ص٥٧ . ٥٨ .

- ويرى الفقه الجنائي العراقي ان المادة السامة هي التي تؤدي الى الوفاة عن طريق التفاعل الكيميائي، سواء كانت مادة سائلة أو صلبة أو غازية ويصرف النظر عن مصدرها نباتي أو حيواني أو معدني.

- ينظر د.جمال ابراهيم الحيدري، مرجع سابق ، ص٢٨٠ .

- د.ماهر عبد شويش ، مرجع سابق ، ص١٥٧ . - د.فخري عبد الرزاق الحديثي ، مرجع سابق ، ص١٣٠ .

وعلى مستوى التشريع يلحظ ان المشرع العراقي لم يعرف المادة السامة باستثناء ما ورد في قانون مزاوله مهنة الصيدلة رقم ٤٠ لسنة ١٩٧٠ (بانها المواد التي تقل جرعتها عن نصف غرام بموجب اي دستور من دساتير الأدوية المعترف بها في العراق).

وقد ورد تعريف للمادة السامة في المادة ٣٠٠ من قانون العقوبات الفرنسي والمادة ٢٢٣ من قانون العقوبات المصري، وقانون الصيدلة والسموم ومستحضرات التجميل السوداني لسنة ١٩٩٤ عرفها ((أي مادة أو خليط من المواد ينتج عن تعاطيها أو بلعها أو استنشاقها أو ملامستها خلل أو ضرر لصحة الانسان أو الحيوان أو أي تفاعلات جانبية غير مرغوب فيها وتشمل اي مادة واردة في قائمة السموم)).

اما المشرع الجنائي العراقي فقد نص في المادة ٤٠٥ على انه ((من قتل نفساً عمداً يعاقب بالسجن المؤبد أو المؤقت)).

ونص في المادة (٤٠٦) على انه ((يعاقب بالاعدام من قتل نفساً عمداً في احدى الحالات التالية :- أ-.... ب-إذا حصل القتل باستعمال مادة سامه، أو مفرقه أو متفجرة)).

تأثيرها في الجسم بأسلوب التفاعل الكيميائي باتلاف
نوايا الخلايا الحيوية بالجسم أو شل بعض الاعصاب
ولكن يكفي أن تحدث تلك المادة الوفاة.

- ينظر د. فوزية عبد الستار: شرح قانون العقوبات ،
القسم الخاص ، دار النهضة العربية ، القاهرة ،
طبعة ٢٠٠٠ ، ص ٤٠٢ .

19- Brenda, s. Faison, The Aids, acomplete
Guide to Education and Awareness,
1991, pp.26-29.

- وفي مصر يذهب جانب من الفقه الجنائي هناك ان
المشرع اراد التوسع في مفهوم المادة السامة ليدخل
في حكمها اي مادة من شأنها احداث الموت.

- ينظر د. محمد زكي ابو عامر ، مرجع سابق ، ص ٥٠٥ .

20- john langon, Aids the facts Little
brown and company, 1991, p.88.

Josh powell, Aids and HIV Related
Diseases, in sight Book, 1996, p.102.

٢١- ينظر الحكم الصادر في عام ١٩٥٢ والمنشور في
دالوز : crim 18 juillet 1952, Dalloz,
1952.

22-Hilaier, D.S.L'affair du sang contaminede
la tripte ambiguite de larrot de la cham-
ber criminelle du 22 juin 1994 GAZ pal
de q October 1994, voir aussi, crim 22
jum 1994, J.C.P. 1994. No 41, p.326.

٢٣- نقلاً عن :

Nigel foster and Satish German, Legal
system and Laws, oxford University
press, third edition, 2002, p.305.

٢٤- نقلاً عن:

jon athan Herring, criminal Law, pal-
grave macmillan, Fourth edition, 2005,
p.451.

وفي تفصيل اشكال الشروع في القتل باستخدام
الفيروسات المميتة او الامراض القاتلة ينظر:

William, Wilson, criminal law Doctrine

(٢٢١-٥) من قانون العقوبات الفرنسي الجديد
لسنة ١٩٩٤ ونص قانون العقوبات المصري على
جريمة القتل بالسم في المادة (٢٣٣) منه.

١٨- ينظر:

Gattegno, pDroit penal, special Edition
Dalloz, p.27

- وتجدر الاشارة الى أن الفقه الجنائي المصري انقسم
الى اتجاهين بشأن اشتراط المشرع المصري أن
تكون المادة المستخدمة في القتل مادة سامة بطبيعتها
أو أن تكون من شأنها احداث الموت بأية كيفية كانت
اذ يرى اتجاه انه يجب أن تكون المادة المستخدمة
في القتل مادة سامه، بالنظر الى تفاعلها مع أنسجة
الجسم تفاعلاً كيميائياً، وأن وصف الجاني بأنه يعد
قاتلاً بالسم دليل على استعمال مادة سامه لازهاق
روح المجنى عليه.

- ينظر في تفصيل هذا الرأي د. محمود نجيب حسني:
شرح قانون العقوبات القسم الخاص ، دار النهضة
العربية ، القاهرة ، ١٩٨٨ ، ص ٣٧٢ - د. احمد
فتحي سرور: الوسيط في قانون العقوبات ، القسم
الخاص ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط ٣ ،
١٩٨٥ ، ص ٥٧٢ ، والطبعة الرابعة ، ١٩٩١ ،
ص ٥٤٥ .

- د. عمر السعيد رمضان: شرح قانون العقوبات القسم
الخاص ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٦ ،
ص ٢٥١ . د. محمد زكي ابو عامر: قانون العقوبات،
القسم الخاص ، بدون دار نشر ، ١٩٨٩ ، ص ٥٠٦ .

- وذهب هذا الرأي أن المعيار في تحديد طبيعة المادة
المستخدمة في القتل فيما اذا كانت سامة من عدمه
هو بالنظر الى طريقه تفاعلها مع أنسجة الجسم إذ
عد كل مادة تؤدي الى الموت عن طريق التفاعل
الكيميائي هي مادة سامة.

- ينظر د. طارق سرور: قانون العقوبات ، القسم الخاص
، جرائم الاعتداء على الاشخاص والاموال ، دار
النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٣ ، ص ٧٠ .

- وذهب اتجاه ثاني الى انه لا يشترط في جريمة القتل
بالسم أن تكون المادة المستخدمة في جريمة القتل
مادة سامة بالمعنى الفني، ولا يشترط أن تمارس

الى الموت وهذا ما اعتمده اساتذة القانون في العراق في مؤلفاتهم.

- وينظر د.ماهر عبد شويش ، مرجع سابق ، ص ١٨٤ .

- د.فخري عبد الرزاق الحديثي ، مرجع سابق ، ص ١٧٣ .

٢٧- تنص المادة (٢٣٦) من قانون العقوبات المصري على انه ((كل من جرح أو ضرب أحدًا عمدًا أو اعطاه مواد ضاره ولم يقصد من ذلك قتلاص ولكنه افض الى الموت يعاقب بالسجن الشديد أو السجن من ثلاث إلى سبع سنوات أما إذا سبق ذلك اصرار أو ترصد تكون العقوبة السجن)).

٢٨- ينظر د.ماهر عبد شويش ، مرجع سابق ، ص ١٨٤ .

٢٩- يذهب جانب من الفقه الجنائي ان المشرع بتحديد صور السلوك الاجرامي المحقق لعنصر الاعتداء في هذه الجريمة لم يضع فكرة جامعة للسلوك الذي يعد عدواناً على سلامة الجسم، الامر الذي يتطلب توسيع الحماية الجنائية للمصلحة المحمية بالتجريم وذلك بشمول كل صور المساس بسلامة الجسم مادام ان هذا المساس يتطابق مع علة تجريم افعال الجرح والضرب والعنف واعطاء المواد الضارة.

- ينظر د.جلال ثروت: قانون العقوبات ، القسم الخاص ، جرائم الاعتداء على الاشخاص والمال المنقول ، جرائم الاعتداء على المصلحة العامة، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية ، ٢٠١٣ ، ص ٣٧٠-٣٧١ .

٣٠- ينظر د.جمال ابراهيم الحيدري ، مرجع سابق ، ص ٣٤١ .

٣١- ينظر د.فخري عبد الرزاق الحديثي ، مرجع سابق ، ص ١٧٥ وما بعدها .

٣٢- ينظر د.جلال ثروت ، مرجع سابق ، ص ٣٨٧-٣٨٨ .

٣٣- ينظر:

Catherine Elliott and frances quinn, op.cit., p.121, p.310-311.

and Theory, second edition, 2003, p.525.

كذلك ينظر:

Janet Dine and games, gobert, cases Materials on criminal Law oxford University press, fourt edition, 2003, pp.563-569.

وكذلك:

Catherine Elliott and frances guinn, criminat Law pearson, fifth edition, 2004, pp.204-207.

٢٥- ينظر قرار محكمة النقض المصرية نقض ٢ اكتوبر ١٩٩٥ ، مجموعة احكام النقض ، س ٤٦ ، رقم ١٥٣ ، ص ١٠٣ .

٢٦- تنص المادة ٤١٠ من قانون العقوبات العراقي على أنه ((من إعتدى عمدًا على آخر بالضرب أو بالجرح أو بالعنف أو باعطاء مادة ضارة أو بارتكاب اي فعل آخر مخالف للقانون ولم يقصد من ذلك قتله ولكنه افضى الى موته يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على خمس عشرة سنة، وتكون العقوبة السجن مدة لا تزيد على عشرين سنة إذا ارتكبت الجريمة مع سبق الاصرار أو كان المجنى عليه من اصول الجنائي أو كان موظفاً أو مكلفاً بخدمة عامة ووقع لاعتداء عليه اثناء تأدية وظيفته أو خدمته أو بسبب ذلك)).

- ويفضل جانب من الفقه الجنائي العراقي ان يطلق على هذع الجريمة تسمية جريمة الاعتداء المفضي الى الموت معللاً وجهة نظره بالقول ان فعل الضرب ليس الا احد صبور الافعال التي تتحقق فيها الجريمة، ومن ثم ليس من الصحيح ان تسمى الجريمة بفعل من الافعال المحققة لها.

- ينظر د.جمال ابراهيم الحيدري ، مرجع سابق ، ص ٣٢٩-٣٢٨ .

- اما الباحث فيرى ان الحجة اعلاه رغم منطقيتها الا انه من الضروري التزام صريح النص القانوني الذي اورد تسميته خاصة الجريمة الضرب المفضي

- ٣٤- ينظر: Crim, 10 janvier 2006, D.No3 Mars 2006, p.12 voir Aussi Recueil Dalloz 2006, No.16, p1096 voir Aussi, prothair (A) le sida par.
- ٤٤- ينظر: Chapleau, B, La penalization de La transmission de virus de l'immundefieience. Humaine par voie sexuelle dr. oen. No 10 octobre 2006, p.55.
- ٣٥- ينظر د.جلال ثروت، مرجع سابق، ص٣٨٩.
- ٣٦- ينظر الحكم الصادر في القضية: Crime, q fevrier 1933, caz-pal, 1933. pp.697.
- ٣٧- ينظر: .Smith and Hogan, op.cit, p380
- ٣٨- مشار اليه لدى: Richard Elloit, criminal Law/Hiv/Aids final Report anadian HIV/Aids Legal Network and Canadian Aids society, .Montreal, 1996.p22
- ٣٩- ينظر: .R;chard Elliott, criminal Law, op, cit. p40
- ٤٠- تنص المادة (١/٢٢٣) من قانون العقوبات الفرنسي الجديد على عقاب كل فعل يؤدي مباشرة لتعريض الغير لخطر حال بالموت او الجرح الذي يؤدي لفصل عضو أو عاهة مستديمة إذا خالف باختيابه التزاماً خاصاً بالأمان أو الحذر المفروض قانوناً.
- ٤١- ينظر: Catherine Elliott and frances quinn, op.cit, p.311.
- ٤٢- ينظر حكم محكمة النقض الفرنسية: Ca colmar, 4 janvier 2004, Dalloz, 2005, No, 16-7201, p.1068 note paul, A,L administration volontaire de substances nuisibles entrainant une infirmité permanente, en Iespece Le virus VIH suite ala multiplication de relations, sexue lle non protegees apres que le prevue ail ete informe de sq seropositive constitue I infraction d une substance de nature anuire ala sante.
- ٤٣- ينظر: - وتجدد الاشارة ان عدوى الايدز اثارا المسؤولية الدولية لفرنسا امام المحكمة الاوربية لحقوق الانسان وذلك عن نقل عدوى الايدز، وذلك استناداً لنص المادة ٦ من الاتفاقية الاوربية لحقوق الانسان.
- ٤٦- نصت المادة ٣٦٨ على أنه ((يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات كل من ارتكب عمداً فعلاً من شأنه نشر مرض خطير مضر بحياة الافراد. فاذا نشأ من الفعل موت انسان أو اصابته بعاهة مستديمة عوقب الفاعل بالعقوبة المقررة لجريمة الضرب المفضي الى الموت أو جريمة العاهة المستديمة (حسب الاحوال)).
- ٤٧- نصت المادة ٣٦٩ على أنه ((يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة أو بغرامة لا تزيد على مائة دينار كل من تسبب بخطئه في انتشار مرض خطير مضر بحياة الافراد، فاذا نشأ عن الفعل موت انسان أو اصابته بعاهة مستديمة عوقب الفاعل بالعقوبة المقررة لجريمة القتل خطأ أو جريمة الايذاء خطأ (حسب الاحوال)).
- ٤٨- نصت المادة (٢٢٩) من قانون العقوبات الاماراتي على انه ((يعاقب بالسجن المؤبد أو المؤقت كل شخص يقدم عمداً على تعريض حياة الاشخاص او سلامتهم لخطر حدوث الموت أو ضرر جسيم بالصحة وذلك بوضعه جراثيم أو اشياء اخرى في بئر أو خزان مياه أو أي شخص آخر معد للاستعمال العام للناس)).
- ٤٩- تضمنت المادة ١٢٩ من قانون العقوبات السويسري معاقبة كل من عرض الغير لخطر الموت الوشيك سواء عن عمد او بدون تبصر بنشر مرض خطير.

قائمة المصادر والمراجع

اولاً، الكتب العربية

١. د. ابراهيم عبد الحميد، الإيدز طاعون العصر، دار النهضة العربية، القاهرة، د.ت.
٢. د. احمد شوقي أبو خطوة، القسم الخاص في قانون العقوبات، جرائم الاعتداء على الاشخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣.
٣. د. احمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات، القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ط ٣، ١٩٨٥، وط ٤، ١٩٩١.
٤. د. جلال ثروت، قانون العقوبات، القسم الخاص، جرائم الاعتداء على الاشخاص والمال المنقول، جرائم الاعتداء على المصلحة العامة، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ٢٠١٣.
٥. د. جلال ثروت، نظام القسم الخاص، ج ١، جرائم الاعتداء على الاشخاص، المكتب المصري الحديث، ١٩٧١.
٦. د. جمال ابراهيم الحيدري، الوافي في قانون العقوبات، القسم الخاص، الناشر مكتبة السنهوري، ٢٠١٢.
٧. د. جميل عبد الباقي الصغير، القانون الجنائي والإيدز، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥.
٨. د. جميل عبد الباقي، قانون العقوبات، جرائم الدم، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧.
٩. د. رمسيس بهنام، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٨٦.

٥٠- تضمنت المادة ١٦٨ من قانون العقوبات النمساوي على معاقبة كل من يرتكب فعلاً من الافعال التي تخلق خطر تفشي الامراض المعدية للانسان.

٥١- تضمنت المادة ٩ من قانون العقوبات السويدي لسنة ١٩٦٥ على معاقبة كل من عرض الغير لخطر الضرر البدني الشديد نتيجة عدم الاكتراث.

٥٢- تضمنت المادة (١-٢٢٣) من قانون العقوبات الفرنسي معاقبة من تسبب بتعريض الغير لخطر حال بالموت او الجرح.

٥٣- تضمنت المادة ١٨٠ من قانون العقوبات الكندي معاقبة من يمتنع عن القيام بواجب قانوني ويترتب على سلوكه تعريض أمن أو صحة أو حياة أي شخص للأذى أو الضرر.

- وتجدر الاشارة الى ان هناك العديد من الدول جرمت نقل العدوى بفيروس الإيدز بنصوص خاصة ومنها الكويت بموجب القانون رقم ٦٢ لسنة ١٩٩٢، وفي روسيا القانون الصادر سنة ١٩٨٧ وقانون الامراض المعدية في السويد لسنة ١٩٧٣.

٥٤- ينظر:

Richard Elliott, op.cit. p34-37.

- وتجدر الاشارة الى ان هناك من يرى ضرورة تجريم نقل العدوى بمرض الإيدز على غرار تجريم الامراض الزهريية وشرطية ان تكون العقوبة اشد كون مرض الإيدز مرض مميت ولا يمكن علاجه.

- ينظر د. فتوح الشاذلي: اضواء على الجوانب القانونية لمرض الإيدز، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠١، ص ٧٢.

٥٥- ينظر:

Jaen pradel, Droit penal compare, Dalloz edition, 1995, N182, p.259.

العقوبات القسم الخاص ، دار النهضة العربية ،
القاهرة ، ط ، ١٩٩٠

٢٠ . د.ماهر عبد شويش، شرح قانون
العقوبات ، القسم الخاص، الناشر العاتك
لصناعة الكتاب، القاهرة ، ٢٠٠٨ .

٢١ . د.محمد زكي ابو عامر، قانون
العقوبات ، القسم الخاص ، بدون دار نشر ،
١٩٨٩ .

٢٢ . د.محمد صادق صبور ، مرض
نقص المناعة المكتسب ، -إيدز- مركز الاهرام
للترجمة والنشر ، ط ٣ ، ١٩٩٣ .

٢٣ . د.محمد عبد الغريب، قانون
العقوبات، القسم الخاص ، دار المطبوعات
الجامعية ، الاسكندرية ، ١٩٩٣ .

٢٤ . د.محمد كمال عبد العزيز، الانتقام
بالإيدز ، مطبعة ابن سينا ، القاهرة ، ١٩٩١ .

٢٥ . د.محمود ابراهيم اسماعيل ، شرح
قانون العقوبات المصري في جرائم الاعتداء
على الاشخاص وجرائم التزوير ، ١٩٥٠ .

٢٦ . د.محمود نجيب حسني، شرح قانون
العقوبات ، القسم الخاص ، دار النهضة العربية
، ١٩٩٢ .

٢٧ . د.محمود نجيب حسني، شرح قانون
العقوبات القسم الخاص ، دار النهضة العربية ،
القاهرة ، ١٩٨٨ .

٢٨ . د.مسبيرو فاخوري ، الأمراض
المتناقلة عبر الجنس ، بيروت ، ١٩٩١ .

٢٩ . د.منصور ساطور ، شرح قانون
العقوبات ، القسم الخاص ، دار النهضة
العربية ، القاهرة ، ١٩٩٥ .

١٠ . سامح السيد جاد، شرح قانون
العقوبات، القسم الخاص ، دار النهضة العربية،
القاهرة ، ١٩٨٧ .

١١ . د.طارق سرور، قانون العقوبات ،
القسم الخاص ، جرائم الاعتداء على الاشخاص
والاموال ، دار النهضة العربية ، القاهرة ،
٢٠٠٣ .

١٢ . د.عبد العظيم مرسي وزير، قانون
العقوبات ، القسم الخاص ، جرائم الاعتداء على
الاشخاص ، دار النهضة العربية ، القاهرة ،
١٩٩١ .

١٣ . د.عمر السعيد رمضان، شرح قانون
العقوبات القسم الخاص ، دار النهضة العربية ،
القاهرة ، ١٩٨٦ .

١٤ . د.عوض محمد، جرائم الاعتداء
على الاشخاص والاموال ، دار المطبوعات
الجامعية ، ١٩٨٥ .

١٥ . د.فتوح الشاذلي، أبحاث في القانون
والإيدز ، دار المطبوعات الجامعية ،
تلاسكندرية ، ٢٠٠١ .

١٦ . د.فتوح الشاذلي، شرح قانون
العقوبات، القسم الخاص، دار المطبوعات
الجامعية ، ١٩٩٦ .

١٧ . د.فخري عبد الرزاق الحديثي ،
شرح قانون العقوبات ، القسم الخاص، مكتبة
السنهوري ، ٢٠١٦ .

١٨ . د.فوزية عبد الستار، شرح قانون
العقوبات ، القسم الخاص ، دار النهضة
العربية، القاهرة ، ط ٢٠٠٠ .

١٩ . د.فوزية عبد الستار، شرح قانون

tions, le fait juridique 5em-em 1991 .

10. G.viney, la Responsabilite dufabricant et de distributeur Rapp, colloque Droit de consomtion 20-21 septembre 1974.

11. Gattegno, pDroit penal, special Edition Dalloz .

12. Hilaier, D.S.L'affair du sang contamine la tripte ambiguite de larrot de la chamber criminelle du 22 juin 1994 GAZ pal de q October 1994, voir aussi, crim 22 jum 1994, J.C.P. 1994. No 41.

13. j.Huel Respona bilite de vendenr. Et garantie conter les vieces, caches itfect, 1987,.

14. Jaen pradel, Droit penal compare, Dalloz edition, 1995, N182, p.259.

15. Janet Dine and games, gobert, cases Materials on criminal Law oxford University press, fourt edition, 2003,.

16. John Langone, Aids, The facts-Lihie Brown and company Boston-Toronto, 1988,.

17. jon athan Herring, criminal Law, palgrave macmillan, Fourth edition, 2005,.

18. Josh powell, Aids and HIV Related Diseases, in sight Book, 1996.

٣٠. د.هدى حامد قشقوش، التلوٲ بالاشعاع النووي في نطاق القانون الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧.

ثانيا: الكتب الاجنبية

1.Brenda,s.Faison, The Aids, acomplete Guide to Education and Awareness, 1991,

2.Cahil K.M. The AiDs, Epe-demic, New-yourk 1983-CA.came, AiDs, A BritisH .Association, publication, 1989

3.Catherine Elliott and frances guinn, criminat Law pearson, fifth edition, 2004,

4.Chapleau, B, La penalization de La transmission de virus de l im-mundefieience. Humaine par voie sexuelle dr. oen. No 10 octobre 2006.

5.Crim, 10 ganvier 2006, D.No3 Mars 2006, p.12 vair Aussi Recueil Dalloz 2006, , p1096 vair Aussi, prothair (A) le sida par.

6. Ca colmar, 4 janvier 2004, Dalloz, 2005

7. Crime, q fevrier 1933, caz-pal, 1933.

8. e facts Little brown and company, 1991.

9. Flouret Aubert, Les oblig-

ثالثاً: القوانين والقرارات

١. قانون العقوبات العراقي المادة
٤٠٦، ٣٦٩، ٤١٠، ٤٠٥، ٣٦٨، (١/٤٢١)
٢. قانون العقوبات المصري المادة
٢٣٣، ٢٣٦
٣. قانون العقوبات الفرنسي القديم والتي
استبدلت بها المادة (٥-٢٢١) من قانون
العقوبات الفرنسي الجديد لسنة ١٩٩٤
٤. الاتفاقية الاوربية لحقوق الانسان المادة
٣٦٩، ٤٦٨
٥. من قانون العقوبات الاماراتي المادة
٢٢٩
٦. قانون العقوبات السويسري المادة ١٢٩
٧. قانون العقوبات النمساوي المادة ١٦٨
٨. قانون العقوبات السعودي المادة ٩ لسنة
١٩٦٥
٩. قانون العقوبات الفرنسي المادة ٢٢٣-١
١٠. قانون العقوبات الكندي المادة ١٨٠
١١. قرارات محكمة النقض الفرنسية .
١٢. قرار محكمة النقض المصرية .

19. M,Danti-Juan,Les Respon-
sabilites penalesnes de la dissemi-
nation Trnansfu-sionnelle du SIDA,
R D pen.crim.1992-1102.

20. M.M.Mazeaud, par Tunc,
Traite de La Responsabilite civile
T-1-6em-ed n216.

21. Nigel foster and Satish Ger-
man, Legal system and Laws, ox-
ford University press, third edition,
2002, p.305.

22. Rassat, M.L., Droit penal
special infraction des et contre Les
particuliers dalloz 2 edition 1999.
No, 254, p251.

23. R-Hemon Transmission
reticale du virus viH-in Lambert,Le
cout Mondial du siDA,.

24. Richard Elloit, criminal
Law/Hiv/Aids final Report ana-
dian HIV/Aids Legal Network and
Canadian Aids society, Montreal,
1996..

25. RLefever les Hepatites post
Transfusionnelles RF domin.corpo
1993.

26. Smith and Hogan,criminal
Law,Eleventh Edition,2005.

27. William, Wilson, criminal
law Doctrine and Theory, second
edition, 2003.

Legal adaptation to intentionally transmitting HIV and hepatitis – C– infection

Dr. Awdah Yousef Salman^(*)

Abstract

It is known that dangerous viruses cause AIDS and hepatitis. These diseases are fatal diseases and pose a threat to the public health of society. What increases the risks to human lives, and in various societies these diseases are spread on a large scale, so that we hardly find a country without registration of infections with these two diseases, they are rapidly spreading diseases and have no treatment yet.

They may be described as one of the most dangerous means of attacking the life and safety of man, and the danger lies in the fact that the victim cannot confront or defend himself against these diseases, and since these diseases in fact consist of thin, living, invisible creatures that multiply and spread over time, they have become a weapon that often exceeds the boundaries intended by the perpetrator himself, as the victim's disease may extend to others that the perpetrator did not intend in his criminal project, in light of the existence of this hidden and invisible weapon, the perpetrator can infect the whole family, and on this basis, it is possible that these dangerous viruses may be the easiest way to attack the lives of others

-fus regnol on era edoC laneP lanoitidart eht fo snoisivorp eht ,saerehh nredom ecnis dna ,roivaheb lanimirc fo mgidarap wen siht retnuoc ot tneicfi lanimirc ni segnahc gniynapmocca dna gnitnorfnoc seriuqer ycilop lanimirc dluohs hcihw ,tnemhsinup dna noitazilanimirc hguorht ,snrettap laroivaheb sah stum rehtar tub ,egamad fo tneve eht ni ylno tnemhsinup ot detimil eb ton .derrucco ti erofeb emirc eht gnitnorfnoc no desab noitcnuf evitneverp a

sesuriv yl daed eseht fo daerps eht tnorfnoc ot yrassedecen emoceb sah ti yb daerps rieht ot dael dluow taht stca lanoitnetni lla ezilanimirc dna ,yllagel ni rucco ton seod noitcefni siht fi neve ,srehto ot noitcefni eht gnittimsnart

^(*)college of Law/ Al Rafdeen University



العلاقة بين القانون الدولي العام والقانون الداخلي

(دراسة في ضوء احكام القضاء الدولي)

م. جاسم محمد عز الدين(*)

أكثر المفاهيم أهمية وألوية ذلك هو مفهوم التنازع، الذي احتل الصدارة في سلم الأجندة القانونية، وقبل تفصيل ذلك لابد من الإشارة إلى جملة من النقاط لتكون لنا سند ودليل لدراستنا وكالاتي:

أولاً: الأهمية: تتبع أهمية العلاقة بين القانونيين من الدور المهم الذي تحتله في القضايا، فالاختصاص هو الحكم الفصل بين ما هو دولي وما هو داخلي.

ثانياً: الإشكالية: ننتقل من إشكالية عامة مفادها: الاختلاف والخلاف في الاختصاص بين القانونين نجم عنه إشكالية هل يسمو القانون الدولي على القانون الداخلي؟ وما طبيعة العلاقة التي تربط بينهما؟

ثالثاً: الفرضية: استندنا على فرضية أساس مفادها: (العلاقة بين القانونين علاقة ثنائية، الأولى: مستقلة، والثانية: اختصاصية تحدد بالاحالة والاستقبال والتحويل والاندماج) وهذا ما نحاول إثباته في متن البحث.

رابعاً: المنهجية: تطلب منا اعتماد المنهج المقارن إذ تناول البحث المقارنة بين قواعد القانون الدولي العام والقواعد القانونية الداخلية.

خامساً: الهدف: يهدف البحث إلى تشخيص طبيعة العلاقة بين القانون الدولي العام والقانون الداخلي.

الملخص

يهدف البحث على طبيعة العلاقة بين القانون الدولي والقانون الداخلي، إذ تثير إشكالية قانونية، تتعلق أساساً بهرمية القاعدة القانونية وهي: هل القانون الدولي العام يتنازع مع القانون الداخلي؟ وبالمقابل كيف يتعامل القاضي الوطني في حال وجود تنازع أي من القانونين يطبق؟ هذه الإشكالية أسفرت عن وجود العديد من الآراء الفقيه لإيجاد الحلول العملية لها، ونفرق في هذا الصدد بين ثلاث مذاهب: الأول: يميل إلى وجود وحدة في القانون، والثاني: إلى وجود ثنائية بين القانونين الدولي والداخلي، والثالث: ويوفق بين القانونين ومن أجل إيجاد مكانة القانون الدولي في النظام القانوني الداخلي نجد أن الدستور الداخلي في كل دولة هو الذي يحدد العلاقة بينهما، وهذا ما سوف نوضحه بالتركيز على احكام القضاء الدولي، وبعض الأحكام القضائية الداخلية.

المقدمة

تعدّ العلاقة بين القانونين الدولي والداخلي من الضرورات التي يتحتم على رجال القانون إدراكها، فهي الأساس الذي يمارس عن طريقه القضاة اختصاصاتهم في ظل القانونين، ليظهر لنا مفهوم شغل بال واهتمام الكثيرين، فعّد من

(*) كلية البرموك الجامعة

سادساً: النطاق: انحصر نطاق البحث بين نطاقين واختصاصين هما الدولي والداخلي.

سابعاً: الصعوبات: إن لكل دراسة أو بحث صعوبات يعاني منها الباحث، وهذا حال موضوع الدراسة، إذ عانى الباحث من صعوبات شتى منها: كثرة الدراسات السابقة ذات الصلة بموضوع الدراسة والتمسك بحرفتها دون التجديد فيه، وكذلك الاختلاف والخلاف الفقهي فيما يخص موضوع البحث.

ثامناً: الهيكلية: واستكمالاً لما يتطلب موضوع البحث من دقة في التحديد الاختصاصي وبحثاً عن اغناء المادة العلمية اعتمدنا الهيكلية المتضمنة (مقدمة ومبحثين وخاتمة واستنتاجات) واستجابة لهذا المنطق عرضنا نبذة مختصرة حول موضوع البحث المعنون (العلاقة بين القانون الدولي العام والقانون الداخلي: دراسة في ضوء احكام القضاء الدولي)، بعد أن رأى الباحث ضرورة تقسيم البحث على مبحثين وكالاتي: المبحث الأول: انصب على بيان النظريات التي حددت العلاقة وشطرنها إلى ثلاث مطالب، الأول: نظرية: "وحدة القانونين"، أما الثاني: "نظرية ثنائية القانونين"، والثالث: نظرية التوفيق بين القانونين، المبحث الثاني: تناولنا فيه: "أحكام القضاء الدولي"، واستكمالاً لمتطلبات الدراسة جاءت الخاتمة لتكون الخلاصة .

توطئة: إن فهم العلاقة بين القانونين من متطلبات سير العلاقة بين الدولة والنظام الدولي؛ كونها العلامة المميزة للأنشطة القانونية الخارجية والداخلية التي يمارسها أشخاص القانون الدولي العام، وإذا كانت تلك العلاقة واضحة فأنها ستسمح لأشخاص

القانون الدولي العام بتنظيم وتقنين تفاعلاتهم، فإنها تشكل في نفس الوقت الأداة المثالية لتحقيق الاختصاص القانوني، وكذلك تطوره.

ومن المسلم به أنه لكافة أشخاص القانون الدولي العام الحق في ابرام ما يشاءون من اتفاقيات، وإن لها من القوة الملزمة ما يجعلها مصدراً للحقوق والالتزامات فيما يتعلق بالعلاقات القائمة بين أطرافها، فكانت الصورة المألوفة للاتفاق بين الدول إلى عهد قريب هي صورة المعاهدة، غير إن صوراً أخرى متعددة أخذت مكانها في الحياة الدولية، خاصة في السنوات الأخيرة، إذ لم تعدّ المعاهدة الصورة الوحيدة لكنها الأهم .

وفي الواقع إن الاتفاقيات والمعاهدات الدولية من أهم مصادر القاعدة الدولية ويلبها العرف الدولي ومن ثم المصادر القانونية الدولية الأخرى، فإنها المصدر الرئيس للالتزامات الدولية.

وأنقسم الفقه في تحديد طبيعة العلاقة بين القانونين إلى اتجاهين رئيسيين: الأول: يعرف بنظرية ثنائية القانونين، والثاني: يعرف بنظرية وحدة القانونين، ويجب إن نغفل وجود اتجاه فقهي ثالث: نادى بالتوفيق بين القانونين ضمن ما يعرف بنظرية التوفيق بين القانونين ونستدل بالأحكام القضائية، وهذا ستعرضه على النحو الآتي:

المبحث الأول

العلاقة بين القانونين الدولي العام والداخلي: رؤية نظرية

تعدّ دراسة القضايا المتعلقة بمواضيع القانون الدولي العام مهمة في معرفة القواعد القانونية التي تحكم أشخاص القانون الدولي،

لو لم يتم دمجها بتشريعات داخلي^(٤)، ويسلم أنصار هذه النظرية بإمكانية وجود تنازع بين القانونين مع الاختلاف في تقرير رجحان أحدهما على الآخر ضمن اتجاهين.

أولاً: وحدة القانونين مع سمو القانون الداخلي: يدعو هذا الاتجاه إلى وحدة القانونين مع سمو القانون الداخلي بوصفها إن هناك ترابط بينهما، مع مراعاة سمو القانون الوطني عند التعارض، إذ أن لا وجود لسلطة تعلق سلطة الدولة، فكل دولة تحدد التزاماتها بحرية وتحدد كيفية تنفيذ تلك الالتزامات، ومن أنصارها الفقهاء (زورن، اريك كوفمان، وف.ي ارنديير^(٥))

والقانون الدولي العام وفقاً لهذا الاتجاه جزء لا يتجزأ من القانون الداخلي؛ فيسمى القانون العام الخارجي، وما دام القانون الدولي العام ليس إلا مجموعة من الالتزامات الدولية الاتفاقية، إذ أن الدولة تستمد قدرتها على إبرام الاتفاقيات والمعاهدات من دستورها الوطني، فإن ذلك يسمح بالقول: بخضوع المعاهدات كأحد مصادر القانون الدولي شكلاً وموضوعاً للقانون الدستوري ولا بد من مراعاة الاختصاص عند إبرام المعاهدات الدولية، ومن ثم فإن عدم مراعاة الإجراءات الدستورية الداخلية يؤدي إلى إبطال المعاهدة^(٦).

ويؤخذ على الفقه عند معالجته لهذا الاتجاه استعمال مفهوم سمو القانون الداخلي على القانون الدولي، وإن كان جوهر هذا الاتجاه يتمثل في سمو الدستور على القانون الدولي ومن ثم الاختلاف حول تكييف المعاهدات بعدها مساوية للدستور أو مساوية للقانون العادي، كما يؤخذ على هذا الاتجاه ما يأتي :

خصوصاً العلاقة بين الدولة والنظام الدولي، ولعل ما يثار من قضايا هي طبيعة العلاقة بين القانونين التي خاض فيها الكثير من الفقهاء؛ فأنقسموا إلى عدة اتجاهات في تحليل تلك العلاقة، إذ نجد منهم من قال: بأن القانون الداخلي مستقل عن القانون الدولي وهم اصحاب اتجاه نظرية ازدواج القانونين، والفريق الآخر قال: بأن كل من قواعد القانون الدولي والقانون الداخلي تعد واحدة، وعلى الرغم من أنهم اتفقوا في وحدة القانون إلا أنهم اختلفوا في مسألة علوية أحدهما على الآخر، ولتوضيح ذلك أكثر عمدنا إلى تقسيم المبحث إلى الآتي:

المطلب الأول

نظرية وحدة القانونين

تبنى هذه النظرية فقهاء المدرسة النمساوية كلاً من: كانز كلسن^(١)، الفريد روس وجوزيف كاينز^(٢) يؤيدهم من المدرسة الاجتماعية الفرنسية، جورج سل^(٣)، وأساس هذه النظرية وحدة القانونين مع تبعية القواعد القانونية بعضها للبعض الآخر في نظام هرمي متدرج، أي أنها تقوم على إن القانونين يشكلان نظاماً قانونياً واحداً، وهذا النظام بجميع فروعه الداخلية والخارجية يكون وحدة واحدة وفقاً لمبدأ التدرج والخضوع، إذ إن كل قاعدة قانونية تستمد وجودها من القاعدة الاسمي منها ضمن بناء قانوني واحد متدرج، ولا يمكن تفسير قاعدة من قواعد أي فرع إلا بالرجوع إلى القاعدة الأعلى منها، والقانون الدولي العام ما هو إلا جزء من قانون الدولة يختص بتنظيم علاقاتها مع الدول الأخرى وسلطانه بالنسبة إلى هيئات الدولة الداخلية كسلطان القانون الداخلي حتى

١. عدّ القانون الدولي العام مجموعة من الالتزامات الدولية الاتفاقية يؤدي إلى قتل مصادره على الاتفاقيات والمعاهدات دون غيرها من المصادر الأخرى كالعرف الدولي، ثم أنه من الخطأ القول: إن القانون الدولي العام جزء من القانون الداخلي لاختلاف مصادرهما وطبيعتهما والمخاطبين بأحكامهما^(١).

٢. يتعارض هذا الاتجاه مع التعامل الدولي، فإذا كانت الالتزامات الدولية تستند إلى دستور الدولة فإن منطق هذا الاتجاه يجعل سرياتها خاضعاً لسريان الدستور الذي استندت إليه، ومن ثم فإن كل تغيير في الدستور؛ يؤدي إلى ابطال المعاهدات، لكن جرى التعامل الدولي على أن التقلبات الطارئة على دساتير الدول لا تنال من سريان المعاهدات المبرمة من قبلها^(٢).

ثانياً: وحدة القانونين مع سمو القانون الدولي: يدعو هذا لوحدة القانونين مع سمو القانون الدولي العام، إذ يعدّ القانون الداخلي منبثقاً عن القانون الدولي العام الذي يسمى على القانون الداخلي، ويعدّ الاسمى منه مع تبعية القانون الداخلي له، ومن أنصاره (كلسن، وكينز، وبوركمان، ودوجي، وجورج سل)^(٣).

ويستند هذا الاتجاه إلى الحجج الآتية:

١. إن كل نظام قانوني يعطي المخاطبين بأحكامه حقوق أو صلاحيات لا يمكنهم التمتع بها بدونها، إذ أن كل نظام قانوني يسمى على أشخاصه وإلا انعدمت الزاميته ووجوده، إذ أن الدول هي أشخاص القانون الدولي العام، وإن كل دولة مخاطبة بقواعده هي بالضرورة ملزمة بأحكامه، مما يسمح بالقول: سمو القانون الدولي العام على القانون الداخلي^(٤).

٢. إن تغليب القانون الداخلي يؤدي إلى مخالفة القانون الدولي العام من أساسه، إذ تستطيع الدول التحلل من التزاماتها متى شاءت بوضع نهاية لقواعد القانون الدولي العام عن طريق تعديل تشريعاتها الداخلية^(٥).

وتوصل هذا الاتجاه إلى النتائج الآتية:

١. القانون الدولي العام يمكن أن يلغي أو يعدل القواعد القانونية الداخلية بحكم سموه، وإذا ما تعارضت إحدى قواعد التشريع الداخلي مع قاعدة دولية وجب على القاضي أن يطبق القاعدة الدولية، لأن القانون الدولي العام ينسخ كل مبدأ داخلي يتعارض معه، وأحكام القانون الوطني لا يمكن أن تتغلب أو تعلق على أحكام المعاهدات والأعراف الدولية^(٦).

٢. تلتزم المحاكم الوطنية باحترام القانون الدولي وتطبيقه وتفسيره، كما تلتزم جميع السلطات والأشخاص داخل الدولة باحترام تلك القواعد، وفي حال مخالفة التشريعات الداخلية للقانون الدولي العام تترتب المسؤولية الدولية على الدولة، كما أن القانون الداخلي لا يمكن أن يخالف معاهدة دولية سبق على الدولة الالتزام بها، وأن المعاهدات التي تتضمن قاعدة تخالف تشريعاً داخلياً تنتسخ حكمها القاعدة الداخلية لسمو المعاهدة على القانون الداخلي، بما في ذلك القواعد الدستورية^(٧).

يؤخذ على هذا الاتجاه ما يأتي:

١. إن وحدة القانون تخالف الحقائق التاريخية والواقع، إذ أن كليهما نشأ نشأة مستقلة عن الآخر، ويعدّ القانون الداخلي الأسبق ظهوراً، كما أن أحدهما يختلف عن الآخر من

المطلب الثاني

نظرية ثنائية القانونين

تقوم نظرية ثنائية القانونين على عدّ القانون الدولي العام نظاماً قانونياً منفصلاً ومستقلاً تماماً عن القانون الداخلي، ومن أبرز من نادى بهذه النظرية الفقيه "هنريش تريبييل"^(١٩)، والفقيه "أنزيلوتي"^(٢١).

وفي ضوءها يمكن تشبيه العلاقة بين القانونين باعتبارهما نظامين قانونين مستقلين غير متداخلين ومتساويين، إذ ينفصل كل منهما عن الآخر ولا يختلط به ولا يخضع أي منهما، وهذا من شأنه تأكيد استقلال كل منهما من حيث الموضوع دون انتفاء وجود علاقة وثيقة بينهما، إذ يمكن تحديد الموضوعات التي تندرج في دائرة كل منهما، فقانون الجنسية والقانون الإداري الخاص مثلاً ينتميان وفقاً لهذا التصور إلى دائرة القانون الداخلي، أما القواعد القانونية التي تنظم الحرب والحياد تنتمي إلى دائرة القانون الدولي العام^(٢٠).

أولاً: أسانيد النظرية :

تستند هذه النظرية إلى مجموعة من الأسانيد منها :

١. **اختلاف مصادر كل منهما:** إن مصادر القانون الداخلي تقوم على إرادة الدولة، أما مصادر القانون الدولي العام فهي الإرادة المشتركة للدول^(٢٢) فالقانون الداخلي ينبع من الإرادة المنفردة للدولة أي يصدر عن سلطة عليا تفوق لإرادة المخاطبين بأحكامه، أما القانون الدولي العام ينبع من اتفاق دولتين أو أكثر دون وجود سلطة عليا تفرضه على

جهة المصدر وطبيعة العلاقات محل التنظيم وطبيعة قواعده^(١٤).

٢. إن قواعد القانون الداخلي لا تخضع للإبطال التلقائي؛ كونها الأدنى رتبة ولا يحدث إلغاء أو تعديل للقانون الداخلي إلا باتباع إجراءات مماثلة لتلك التي وضعت عن طريقه^(١٥)

٣. إن دمج القانونين أمر يؤدي إلى صعوبة التمييز بين القانون الدولي العام والقانون الداخلي^(١٦).

ومن الردود التي يثيرها أنصار هذا الاتجاه على الانتقادات السابقة:

١. عدم إنكارها التمييز بينهما، وإنما لا بد من قصر ذلك على نطاقه الحقيقي عن طريق عدم إنكار التنوع وترجيح القانون الأسمى ضمن النظام القانوني الواحد الذي تنادي به هذه النظرية.

٢. في سبيل تحديد طبيعة العلاقة بينهما يجب غض النظر عن النشأة التاريخية والاهتمام بالمنطق القانوني المجرد، إذ أنها تقوم على التسلسل المنطقي وليس الأقدمية الزمنية لظهور القاعدة القانونية^(١٧).

٣. إن الناحية الشكلية لا بد أن تستبعد القانون الدولي العام، فهي لا تنطبق عليه^(١٨)

ثانياً : نتائج نظرية ثنائية القانونين:

يترتب على هذه النظرية مجموعة من النتائج هي:

١. **عدم التعارض بين قواعدهما:** بما أن التعارض يحدث بين القواعد القانونية التي تنتمي إلى نظام قانوني واحد يقوم على فكرة التدرج بين القواعد التي تنتمي إليه، لذا لا يتصور وقوعه بين قواعدهما لاختلاف دائرة انطباق كل منهما، مما يعدم تأثر أحدهما بالآخر، فعدم مشروعية العمل في القانون الدولي العام لا يؤثر على مشروعيته في القانون الداخلي^(٢٦)

٢. **عدم تطبيق كل منهما في دائرة انطباق الآخر:** أي إن لكل قانون منهما دائرة انطباق تختلف عن الدائرة التي ينطبق عليها القانون الآخر، فالقانون الدولي العام لا يطبق مباشرة داخل الدول، والعكس صحيح بالنسبة إلى القانون الداخلي^(٢٧).

٣. **لا يحق للقاضي الوطني تفسير القاعدة الدولية أو تطبيقها:** إذ أن المحاكم الوطنية لا تطبق ولا تفسر إلا القانون الداخلي، ولا يستطيع القضاء الدولي تطبيق القوانين الوطنية أو تفسيرها إلا إذا اكتسبت وصف القواعد القانونية الدولية^(٢٨)، إذ لا تسري قواعد القانون الدولي العام بصفة إلزامية في النظام القانوني الداخلي مباشرة ولكن لا بد من تحويلها إلى قواعد داخلية وفقاً لما يتم النص عليه في الدساتير الوطنية لغايات تطبيق الاتفاقيات الدولية^(٢٩).

ثالثاً : الاستثناءات :

من الاستثناءات التي يقر أنصار هذه النظرية فيها بفاذ قواعد القانون الدولي العام في نطاق القانون الداخلي ما يأتي:

الأشخاص المخاطبين به، والقانون الدولي العام بحكم استناده إلى إرادة الدول المتبلورة بصورتها الصريحة (المعاهدة) أو الضمنية (العرف) (أو المفترضة) (المبادئ العامة للقانون، أما القانون الداخلي فبحكم استناده إلى الإرادة المنفردة للدولة فمصدره التشريع الداخلي، ولذلك ليس لأي من القانونين سلطة وضع قواعد الآخر أو تعديلها أو إلغائها، فالقانونان ينبعان من مصادر مختلفة^(٣٠).

٢. اختلاف موضوعهما وأشخاصهما :

فالقانون الداخلي ينظم العلاقات بين الأشخاص في إطار القانون الخاص أو تلك العلاقات التي تظهر فيها الدول كطرف صاحب سلطة وسيادة في إطار القانون العام، بينما ينظم القانون الدولي العام العلاقة بين أشخاص ذلك القانون، والتي تشمل بصورة أساسية الدول والمنظمات الدولية، ويترتب على هذا الاختلاف، اختلاف آخر يتركز حول الشخص المخاطب بالقاعدة القانونية في كل من القوانين، فقواعد القانون الداخلي تخاطب الأفراد والسلطات العامة داخل الدولة أما قواعد القانون الدولي العام تخاطب الدول والمنظمات الدولية بصورة أساسية^(٣١).

٣. اختلاف الطبيعة القانونية والبناء

القانوني لهما: فالبناء القانوني في الداخل يشمل عدة هيئات وسلطات بلغت درجة عالية من الكفاءة والتنظيم وتقوم بفرض احترام القانون كالمحاكم والسلطات التنفيذية بينما يفتقر القانون الدولي العام لوجود مثل هذه السلطات والهيئات وأنه أوجد بعضها، فإنه لا يعدو أن يكون بدائياً^(٣٢).

نتاج متطلبات الحياة الاجتماعية ولا اختلاف بينهما في هذا المجال إلا في طريقة التعبير التقنية، إما إذا نظرنا إلى المصدر من الناحية الشكلية، أي بعده وسيلة التعبير عن القاعدة القانونية وجدنا إن المصدرين الرئيسيين للقانون الدولي العام هما: المعاهدات الدولية والعرف الدولي بينهما نجد المصدرين الرئيسيين للقانون الداخلي هما: التشريع والعرف الداخلي، وهذا الاختلاف الطفيف لا يبرر اختلاف النظامين وبخلاف ذلك نصل إلى نتيجة مفادها: إن القاعدة المستمدة من التشريع في نطاق القانون الداخلي تختلف عن تلك المستمدة من العرف الداخلي فتعدد الأنظمة القانونية في الدولة الواحدة بتعدد مصادر القاعدة القانونية فيها^(٣٢).

٢. اختلاف موضوعهما وأشخاصهما :

إن اختلاف أشخاص كل من القوانين لا يعد مبرراً للقول بثنائية القانونين، من جهة فإن القانون الدولي العام وإن خاطب مباشرة الدول فإنه في الواقع لا يخاطب إلا الأفراد فالدولة ليست بالكانن الموجود حقيقة، وإنما ما هي إلا مجموعة من الأشخاص المرتبطين بإقليم مع مراعاة توافر الشروط الأخرى لقيامها^(٣٣)، فضلاً عن ذلك إن قواعد القانون الدولي العام تخاطب الأفراد مباشرة كما إن القانون الداخلي لدولة ما لا يخاطب الأشخاص المكونين لها فقط وإنما يخاطب الدولة نفسها، وأن اختلاف الأشخاص المخاطبين بالقاعدة القانونية موجود حتى في النظام القانوني الداخلي، فهذا لا يدفع للاعتقاد بثنائية النظام القانوني الداخلي، ومن جهة أخرى أكدت محكمة نورمبرغ العسكرية الدولية لمحاكمة مجرمي الحرب عدم وجود اختلاف بين القانونين بسبب اختلاف المخاطبين بأياً منهما^(٣٤).

١. الإحالة: وهي أن يحيل القانون الداخلي على القانون الدولي العام ما يتعلق بالقواعد التي تنظم مسألة أو وصفاً معيناً، كأن يقر القانون الداخلي بتمتع المبعوثين الدبلوماسيين بالحصانات الدبلوماسية ويحيل على القانون الدولي تحديد المقصود بالمبعوثين الدبلوماسيين والحصانات الدبلوماسية.

٢. التحويل: وهي تحويل قاعدة من قواعد القانون الدولي العام إلى قاعدة داخلية عن طريق إصدارها بصورة تشريع داخلي، ويختلف التحويل عن الاستقبال في أن التحويل يكون لقاعدة قانونية دولية موجودة بالفعل يتم تحويلها إلى قاعدة وطنية عبر الإجراءات الداخلية، أما الاستقبال يسبق وجود القاعدة الدولية، وذلك بالإحالة إلى مجموعة قواعد القانون الدولي العام في مجال معين لتطبيقها في ذلك المجال سواء ما كان منها موجوداً بالفعل أو ما يمكن إن يوجد في المستقبل^(٣٥).

٤. الإدماج: ويحدث عندما يحتوي الدستور الداخلي على نص يعدّ قواعد القانون الدولي العام جزءاً من القانون الداخلي، فتطبقها المحاكم الوطنية باعتبار أن المشروع الوطني سمح بتطبيقها^(٣٦).

رابعاً: الانتقادات التي وجهت لهذه النظرية:

وجهت لهذه النظرية مجموعة من الانتقادات منها:

١. اختلاف مصادرهما : تركز الانتقاد على عدم صحة هذا السند بعده بني على خلط بين مفهوم المصدر كسبب منشئ للقاعدة القانونية ومفهومه بعده عنصر التعبير عنها، فالقانونين

٣. اختلاف الطبيعة والبناء القانونين

لهما: فإن الاختلاف بين القانونين لا يعدم التشابه بينهما، إذ عرف القانون الدولي العام مؤسسات قضائية كمحكمة العدل الدولية والمحكمة الجنائية الدولية ومؤسسات تنفيذية كمجلس الأمن، أي إن الاختلاف بينهما محدود ولا يعدو أن يكون اختلافاً في درجة تركيب البناء القانوني وليس اختلافاً في طبيعة البناء القانوني^(٣٥).

إن ضعف التركيب المنطقي لهذه النظرية عن طريق مناداتها بالمساواة في السريان بين القواعد المتناقضة على الرغم من أنه لا يمكن تصور قبول سريان قاعدتين متناقضتين تعالجان موضوعات متماثلة أو متشابهة، كما إن التطور الذي شهدته المعاهدات الدولية بظهور المعاهدات الشارعة أكد تماثل الطبيعة القانونية بين المعاهدات الدولية والتشريعية الداخلية، فضلاً على عجز نظرية ثنائية القانونية عن تفسير ما تضمنه القانون الدولي العام من قواعد تخاطب الأفراد مباشرة كتلك التي تحدد المركز القانوني للأمين العام للأمم المتحدة^(٣٦).

المطلب الثالث

نظرية التوفيق (الاتجاه التوفيق)

تجنب هذه النظرية الخلاف الناشئ عن انقسام الرأي بين ثنائية القانونين ووحدتهما، نظراً لأن نتائج كلاً منهما تتعارض مع سلوك الأجهزة والمحاكم الدولية والوطنية، وتقيم هذه النظرية حل الإشكال على دور القاضي الوطني في التوفيق بين قواعد القانونين عندما يكون باستطاعته أن يفعل ذلك، أي أن قواعد القانون

الدولي العام تكون متاحة للقاضي الوطني ليس على أنها قواعد دولية وإنما على أنها قواعد قانونية تترك له الحرية في التنسيق بينها بحسب مصلحة بلاده الوطنية ويحاول التوفيق بينها كما هو الحال عليه عندما يوافق بين القوانين الداخلية^(٣٧).

ويؤيد ذلك الفقيه "شارل شومون"، إذ يرى أنه لا ينبغي النظر إلى مبدأ سمو القانون الدولي العام على أنه سمو قانون أجنبي مفروض على الدولة فالأولوية أو السمو لا تعني سيطرة القانون الدولي العام أو تسلطه وطغيانه على القانون الداخلي وإنما هي مجرد اتساق وتناغم في النشاط القانوني للدولة وسلوكها^(٣٨).

إن الفقهاء الذين ينحازون للقانون الوطني ويغلبونه على القانون الدولي العام تناسوا أن للدولة نشاطاً قانونياً ذا شقين، الأول: شق داخلي يعبر عنه عبر القواعد القانونية الوطنية، والثاني: شق خارجي يعبر عنه بواسطة المعاهدات الدولية والأعراف والمبادئ العامة للقانون، وكما تخضع الدولة في نشاطها الداخلي للقانون الداخلي، وفي نشاطها الخارجي تخضع للقانون الدولي العام، أي إن الأمر ليس بمعركة أو حرب بين القانونين^(٣٩).

ونعتقد أنه ليس في مجال تطبيق القانون الدولي العام ما يرجح إحدى النظريتين على الأخرى، وإنما يميل هذا التطبيق إلى فكريتي الانفصال والاتصال معاً، أي إن القانونين لا يكونان كتلة قانونية واحدة كما أنهما ليسا في الوقت نفس منفصلين تمام الانفصال، فالإتصال قائم بين القانونين إلى حد كبير دون أن يصل لدرجة اندماجهما في نظام واحد، إذ يحتفظ كل منهما بكيانه الخاص وبنطاق تطبيقه المستقل، ومن مظاهر الإتصال بينهما:

بواجباتها الالتزامات الدولية، دون أن ينفي ذلك تحملها المسؤولية الدولية المترتبة على ذلك الإخلال وفي المقابل لا تملك الدولة تعديل أو إلغاء قاعدة من قواعد القانون الدولي العام إلا إذا أقرت ذلك جماعة الدول التي تعارفت على تلك القاعدة .

ويخضع القاضي الوطني لنصوص القانون الداخلي لدولته، ويلتزم بتطبيق تلك النصوص وأن تعارضت مع القانون الدولي العام دون أن ينفي ذلك تحمل دولته المسؤولية الدولية المترتبة على هذا التعارض، وممكن أن يحيل أحد القانونيين على الآخر حل مسألة معينة كإحالة القانون الداخلي على القانون الدولي العام تحديد الأشخاص الذين تسري عليهم حصانات وامتيازات المبعوثين الدبلوماسيين الواردة في التشريع الداخلي أو أن يبين القانون الدولي العام واجبات الدول تجاه الأجانب ويحيل إلى القانون الداخلي مهمة تحديد مفهوم الوطني والأجنبي والمقيم وغير المقيم^(٤١).

المبحث الثاني

احكام القضاء الدولي

إن الذي يتطلع إلى احكام القضاء الدولي يفهم طبيعة العلاقة بين القانونيين، إذ أن تلك الأحكام فسرت طبيعة العلاقة بينهما بعد أن تتازع القانونيين على الاحقية في التطبيق، فحدث نوع من التناقض والاختلاف بين رجال القانون الدولي العام ورجال القانون الداخلي حول الصلاحية والاختصاص، ولتوضيح ذلك أكثر تم تقسيم المبحث على الآتي:

١. تقييد الدولة بقواعد القانون الدولي العام يقتضي أن تلتزم بتوفيق نصوص قانونها الداخلي معه، وأن تصدر التشريعات التي تكفل تنفيذ التزاماتها الدولية على أكمل وجه.

٢. تترتب المسؤولية الدولية على عاتق الدولة عن كل أخلال بقواعد القانون الدولي العام أو بالتزاماتها الدولية ينشأ عن تعارض قانونها الداخلي مع تلك القواعد أو الالتزامات أو نقص فيه، ولا يجوز للدولة التحلل من تلك المسؤولية بحجة أن نصوص قانونها الداخلي لم تسمح لها بمراعاة تلك القواعد أو تنفيذ تلك الالتزامات.

٣. تتضمن القوانين الداخلية لبعض الدول كثيراً من القواعد الدولية كذلك المتعلقة بامتيازات المبعوثين الدبلوماسيين وحصاناتهم.

٤. يطبق القاضي الوطني قواعد القانون الدولي العام على المسائل التي تعرض عليه والتي لم ينظمها القانون الداخلي ما لا يترتب على هذا التطبيق الإخلال بنصوص القانون الداخلي^(٤٢).

ومن مظاهر استقلال كل من القانونيين:

ليس لقواعد القانون الدولي العام سلطان مباشر على قواعد القانون الداخلي، فلا يمكن أن تلغي قاعدة دولية بحكم وجودها وحدة قاعدة داخلية تتعارض معها، وإنما يحصل الإلغاء أو التعديل عن طريق الإجراءات التشريعية التي يقتضها القانون الداخلي للدولة.

وتستقل الدولة بتعديل أو إلغاء أي قاعدة بقانونها ولو أدى ذلك إلى الإخلال

المطلب الأول

موقف محكمة العدل الدولية الدائمة من العلاقة بين القانونين

تطرق محاكم التحكيم لموضوع العلاقة بين القانونين، وحرصت على تأكيد سمو القانون الدولي العام سواء كانت القواعد الدولية عرفية أم اتفاقية، ومن الأمثلة على ذلك: "ما قضت به محكمة التحكيم الدولية في" قضية الألباما" (Alabama) بين الولايات المتحدة الأمريكية و انكلترا عام ١٨٧٢ بخصوص مخالفة انكلترا القواعد الدولية العرفية المتعلقة بالحياد في الحرب الأهلية الأمريكية بين ولايات الشمال وولايات الجنوب؛ كونها سمحت ببناء السفن وتجهيزها في موانئها، ومنها السفينة "الألباما" (Alabama) لمصلحة ولايات الجنوب، إذ أكدت المحكمة إن قصور القوانين الانكليزية لا يعفي الحكومة من الالتزامات بإتباع العرف الدولي المستقر والمتعلق بواجبات المحايدين، إذ إن وجود نصوص في التشريع الوطني أو عدم وجودها لا يعد أساساً مقبولاً للدفع بعدم الالتزام بقواعد القانون الدولي العام، فإذا كانت الدولة تتمتع بحرية في مجال التشريع الوطني فهذا مشروط بعدم التأثير على التزاماتها الدولية^(٤٢).

ومن الأحكام الأخرى في هذا المجال، حكم محكمة التحكيم في قضية شوفيلت المستثمر الأمريكي، عام ١٩٢٢ التي أثار خلافات بين الولايات المتحدة الأمريكية وغواتيمالا، فابرم المستثمر المذكور عقد استثمار مع حكومة غواتيمالا، ووافق البرلمان على ذلك الأبرام، إلا أنه أصدر قانوناً داخلياً يلغي عقد الاستثمار ويتضمن وضع يد الدولة على مشروعات

ذلك المستثمر، مما دفع الحكومة الأمريكية إلى مطالبة غواتيمالا بالتعويضات لصالح مواطنها، وعرض الخلاف على محكمة تحكيم دولية، إذ أكدت تلك المحكمة سمو القانون الدولي العام على القانون الداخل، ولم تقبل احتجاجها بدستورية القانون الذي أجاز لها إلغاء العقد ووضع اليد مشيرة إلى إن مسألة دستورية ذلك القانون تكون صحيحة من وجهة نظر القانون الداخلي إلا أنها غير صحيحة من وجهة نظر القانون الدولي العام، لان المبدأ الثابت في القانون الدولي العام عدم جواز قبول الاحتجاج بالقوانين الوطنية بغرض التنصل من الالتزامات الدولية وحرمان دولة أخرى من المطالبة بحقوقها بسبب الإضرار التي لحقت بمواطنيها من جراء صدور ذلك القانون المدعي بدستوريته^(٤٣).

اتجهت محكمة العدل الدولية الدائمة إلى تأكيد سمو القانون الدولي العام على الداخلي في العديد من أحكامها ومنها: حكم المحكمة في قضية السفينة "ويمبلدون" (Wimbledon) في ١٧ آب عام ١٩٢٣ قامت ألمانيا وعلى الرغم من التزامها إتاحة حق المرور عبر قناة كييل وابقائها مفتوحة أمام السفن التجارية والحربية بصورة متساوية بالنسبة لجميع الدول التي هي في حالة سلم معها بموجب (م ٣٨٠) من معاهدة فرساي لعام ١٩١٩، بعدم السماح للسفينة "ويمبلدون" بالمرور بحجة التزامها بالحياد في الحرب بين الاتحاد السوفيتي وبولندا بموجب أوامر تشريعية داخلية اصدرتها بعد الاتفاقية، وأكدت المحكمة إن قناة كييل لم تعد ممرأ مائياً داخلياً، إذ إن استخدامها بواسطة سفن الدول الأخرى يخضع لحرية التصرف للدولة الشاطئية ذات العلاقة، فتلك القناة

أصبحت ممراً مائياً دولياً استناداً إلى ما ورد في اتفاقية فرساي التي اتاحت بموجبها تسهيل عملية المرور عبرها إلى البلطيق لمصلحة جميع دول العالم^(٤٤).

ووفقاً لهذا فإن قناة كييل يجب إن تبقى مفتوحة وعلى قدم المساواة لجميع السفن دون تمييز؛ بشرط إن تكون تلك السفن تنتمي إلى الدولة التي تكون في حالة سلم مع ألمانيا، إما ما يتعلق بمسألة استناد ألمانيا إلى واجباتها كطرف محايد بمقتضى تشريعها المتعلق بالحياد مما يخولها عدم السماح للسفينة بدخول "قناة كييل" على الرغم من أحكام (م ٣٨٠) من اتفاقية فرساي، إذ أكدت محكمة العدل الدولية إن التشريع الألماني المتعلق بالحياد لا يمكن بأي حال من الأحوال إن يعلو على نصوص اتفاقية السلام (فرساي)^(٤٥).

وأشارت محكمة العدل الدولية في رأيها الاستشاري الصادر في "قضية معاملة الرعايا البولنديين في مدينة دانزنغ الحرة" الناص على: "إن من الأمور التي يجدر ملاحظتها أنه استناداً إلى المبادئ العامة فإن الدولة لا تستطيع أن تستند في مواجهة دولة أخرى إلى نصوص دستور تلك الدولة الأخرى، وإنما يمكنها فقط الاستناد إلى القانون الدولي العام، ومن جهة أخرى لا يمكن للدولة أن تحتج بدستورها لتجنب الالتزامات التي التزمت به وفقاً للقانون الدولي العام، وبتطبيق ذلك على المسألة المتعلقة بمعاملة الرعايا البولنديين مدينة دانزنغ الحرة وغيرهم من الأشخاص من أصول بولندية أو الناطقين باللغة البولندية يتبين أنه لا بد من حلها بصورة حصرية استناداً لقواعد القانون الدولي العام ونصوص المعاهدة النافذة بين بولندا ودانزنغ"^(٤٦)

وسارت محكمة العدل الدولية على نهج محكمة العدل الدولية الدائمة في تأكيدها سمو قواعد القانون الدولي العام العرفية والمكتوبة على القانون الداخلي في العديد من أحكامها وأرائها الاستشارية كتلك التي صدرت في "قضية الرعايا الأمريكيين في المغرب" ١٩٥٢، وكذلك نجد "قضية نوتنبوم" (Nottebohm) لعام ١٩٥٥، "والفتوى" الصادرة في ٢٦ نيسان/ ابريل ١٩٨٨ بصدد النزاع بين الولايات المتحدة الأمريكية ومنظمة الأمم المتحدة حول تطبيق شرط اللجوء إلى التحكيم وفقاً لاتفاقية المقر، ولكن في "قضية اللوتس" كان الحكم حكماً جوهرياً حول مبدأ الإقليمية، ففي عام ١٩٢٦، اصطدمت سفينة فرنسية بسفينة تركية، مما أدى إلى موت العديد من المواطنين الأتراك، وأصدرت محكمة العدل الدولية قرارها بأن تركيا تمتلك الاختصاص لمقاضاة الملازم الفرنسي البحري بسبب الإهمال الجنائي؛ لأن الحادث وقع خارج حدود الأراضي التركية، وسعت هذه القضية من نطاق مبدأ الإقليمية لتغطية القضايا التي تحدث خارج إطار حدود الدولة، ولكن يكون لها تأثير كبير على مصالح الدولة أو على مواطنيها، فأما "قضية مضيق كورفو" فحادثها يشير إلى ثلاثة أحداث منفصلة اشتركت فيها سفن البحرية الملكية البريطانية في كورفو عام ١٩٤٦، وهي: "الأول: تعرض سفن البحرية الملكية البريطانية لإطلاق نار من الحصون الألبانية، والثاني: ضرب سفن البحرية الملكية البريطانية للألغام البحرية، والثالث: وقع عندما قامت البحرية الملكية بعمليات إزالة للألغام من مضيق كورفو ولكن في المياه الإقليمية الألبانية، وتوجهت ألبانيا حينها بشكوى لدى

الأمم المتحدة، هذه السلسلة من الحوادث أدت إلى قضية مضيق كورفو، إذ اقامت المملكة المتحدة دعوى ضد ألبانيا لدى محكمة العدل الدولية، أصدرت المحكمة قراراً بموجبه تدفع ألبانيا ٨٤٤,٠٠٠ جنيه استرليني لبريطانيا العظمى^(٤٧).

وصولاً إلى "حكم محكمة العدل الدولية الصادر ١٤ شباط/فبراير ٢٠٠٢ في" القضية المتعلقة بمذكرة اعتقال وزير خارجية الكونغو، (Abdulaye Yerodia Ndombasi)، الصادرة في ١١ نيسان /ابريل ٢٠٠٠ وذلك تنفيذاً للقانون البلجيكي الصادر بتاريخ ١٦ حزيران/يونيو ١٩٩٣، والمتعلق بالمعاقبة عن الانتهاكات الخطيرة لاتفاقيات جنيف لعام ١٩٤٩، والبروتوكولين الأول والثاني لعام ١٩٧٧ والمعدل بالقانون الصادر بتاريخ ١٠ شباط/فبراير عام ١٩٩٩، إذ إن (٧م) من القانون المشار إليه نصت على اختصاص المحاكم البلجيكية بالنسبة إلى الجرائم المنصوص عليها فيه بغض النظر عن مكان ارتكابها، كما إن (٣م-٥) من ذلك القانون أكدت إن الحصانة التي يتمتع بها الشخص بحكم منصبه لن تحول دون تطبيق القانون البلجيكي المشار إليه^(٤٨).

وتوصلت المحكمة إلى أنه من الثابت والراسخ في القانون الدولي العام تمتع مسؤولين معينين في الدولة ممن يحملون رتباً رفيعة بحصانات من ولاية الدول الأخرى، وإن اتفاقية فينا للعلاقات الدبلوماسية لعام ١٩٦١، واتفاقية نيويورك المتعلقة بالبعثات لعام ١٩٦٩ لا تحتويان على أي نص معين يحدد الحصانات

التي يتمتع بها وزراء الخارجية، إذ يتوجب تحديد تلك الحصانات وفقاً للقانون الدولي العرفي، ووجدت المحكمة إن طبيعة الوظائف التي يمارسها وزير الخارجية تستدعي أن يكون طيلة وجوده في منصبه متمتعاً وهو خارج بلاده بالحصانة التامة من الاختصاص الجنائي^(٤٩).

وفتوى محكمة العدل الدولية بشأنه "الأثار القانونية الناشئة عن تشييد جدار في الأراضي الفلسطينية المحتلة" في تموز/يوليو ٢٠٠٤، التي أكدت فيها "أن تشييد الجدار الذي تقوم إسرائيل ببنائه في الأراضي الفلسطينية المحتلة بما في ذلك القدس الشرقية وما حولها والنظام المرتبط به يتعارض مع القانون الدولي العام، وأشارت إلى نصال قرار ٤٧٨ المؤرخ ٢١ اب/أغسطس ١٩٨٠ الذي صدر عقب اعتماد إسرائيل في ٣٠ يوليو/تموز ١٩٨٠ للقانون الأساسي الذي يجعل القدس عاصمة إسرائيل والذي تضمن تقرير أن سن ذلك القانون الأساسي يشكل انتهاكاً للقانون الدولي العام وأن جميع التدابير الإجراءات التشريعية والإدارية التي اتخذتها إسرائيل بالاحتلال والتي غيرت طابع مدينة القدس هي ملغاة وباطلة"^(٥٠).

المطلب الثاني

سوابق المحاكم الدولية ومتطلبات المحكمة الدولية اللبنانية الخاصة

تتعلق هذه الدراسة بإحدى طرق ممارسة المحكمة الجنائية الدولية لاختصاصها الوظيفي، وهي طريقة الإحالة من قبل مجلس

وسلطتها القضائية، لكنها تحديات عدة منها انعدام التعاون من طرف الدولة التي تقام عليها الدعوى أو من دول أخرى اطراف فيها، إلا أن مجلس الأمن وفق نص الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة يلزم الاطراف المعنية بالخضوع لإرادة المحكمة الخاصة، وتثير آمالاً وطنية لتحقيق العدالة القضائية^(٥٥).

”إن طبيعة تلك المحاكم هي المواءمة بين القوانين الدولية -الوطنية للوصول إلى الحقيقة، ومن ثمّ تحقيق العدالة الدولية، وتنشأ باتفاقية خاصة بين الدولة صاحبة الشأن ومنظمة الأمم المتحدة، أو بقرار من مجلس الأمن“^(٥٦).

أما السوابق التي يستفاد منها في تحديد العلاقة بين القانونين هي عديدة نذكر أبرزها وعلى النحو الآتي :

السابقة الأولى: المحكمة الدولية الخاصة في كمبوديا حول الجرائم المنسوبة إلى الخمير الحمر: ”إبان الحرب الأهلية الكمبودية بين الأعوام (١٩٧٥-١٩٧٩) ، صدر قرار عن الأمم المتحدة بتاريخ ١٣/ايار/مايس/٢٠٠٣ يتضمن الموافقة على الاتفاق الموقع بينها والحكومة الكمبودية على شكل المحكمة وما يتعلق بها من إجراءات ونص الاتفاق على إنشاءها من ثلاثة قضاة كمبوديين يعينون بقرار من مجلس القضاء الأعلى الكمبودي ومن قاضيين دوليين، وكذلك إنشاء محكمة عليا تنتظر كمحكمة استئناف وكمراجع أخير وتعد غرفة من غرف محكمة التمييز وتتشكل من أربعة قضاة كمبوديين يعينون كذلك من قبل مجلس القضاء الأعلى ومن ثلاثة قضاة أجانب،

الأمن، إذ أن المحكمة الجنائية الدولية تمارس ولايتها القضائية على النحو الآتي: ”إما بإحالة الدعوى إليها من قبل الدول الأطراف، أو الدول التي ترغب بممارسة اختصاص المحكمة على قضية تتعلق بها أو بمواطنيها، أو بإحالة الدعوى إليها من قبل مجلس الأمن“^(٥١) ، فبعد صدور تقرير المحقق الدولي في جريمة اغتيال الرئيس رفيق الحريري في ١٤ شباط ٢٠٠٥، سيجر برامرتز، وما سبقه من حراك سياسي لبناني حول المحكمة التي يمكن اللجوء إليها، اتجه مجلس الأمن، نحو اللجوء إلى المحكمة الدولية الخاصة للنظر في هذه القضية.

إن من بين التجارب المستفاد منها هي تجربة المحكمة الجنائية الدولية الخاصة ليوغوسلافيا^(٥٢)، ”لظهور نموذج جديد للعدالة هي المحاكم الخاصة، وتشكل هذه الطريقة محاولة للمقاربة القانونية بين ما هو دولي وما هو داخلي، فأقيمت في سيراليون، ونجحت تلك المحكمة وتحقق الغرض منها، وعمم هذا النموذج في كل من تيمور الشرقية، ويوغسلافيا (سابقاً) ورواندا“^(٥٣).

في الحقيقة، بدأ هذا الواقع يتبدل مع تأسيس المحكمة الدولية الخاصة بلبنان؛ كونها الأولى في المنطقة العربية، وتحظى بوجود بارزٍ لقضاة وموظفين ومدربين من لبنان ومن كثيرٍ من البلدان الأخرى في المنطقة، وشكل هذا تطوراً إيجابياً، فانشاء محكمة خاصة له وقع في المنطقة عموماً وببروت تحديداً^(٥٤).

لا شك، إن المحكمة الجنائية الدولية الخاصة كان لها صدى؛ كونها تفرض هيبتها

ويعهد إلى هذا القضاء الخاص أمر المحاكمة ومنها جرائم الإرهاب^(٥٧).

والسابقة الثانية: المحكمة الدولية الخاصة في سيراليون: "استناداً لقرار مجلس الأمن ١٣١٥ بتاريخ ١٤/تموز/ يوليو/٢٠٠٠، تأسست المحكمة المؤلفة من قضاة سيراليونيين ودوليين للنظر بالجرائم الخطيرة التي حدثت في العام ١٩٩٦، مع ملاحظة بعض التعديلات كذلك على القوانين الوطنية بما تتوافق والمعايير الدولية لإجراءات المحاكمة والأحكام"^(٥٨).

أما السابقة الثالثة: المحكمة الدولية الخاصة في تيمور الشرقية: "المنشأة بقرار مجلس الأمن الدولي الرقم ١٢٧٢ تاريخ ٢٥/ تشرين الثاني/ ١٩٩٩ الذي وضع تيمور تحت إدارة انتقالية تابعة للأمم المتحدة، بهدف محاكمة المسؤولين عن الجرائم ضد الإنسانية المرتكبة منذ العام ١٩٧٥، وعمدت الأمم المتحدة على إنشاء قضاء خاص تألف من قضاة وطنيين ومن ممثلين متخصصين للأمم المتحدة تم تعيينهم من قبلها، والذي ينظم هذا القضاء استناداً لقواعد القانون الدولي العام التي تحكم المحاكمات العادلة والنزيهة والمنصوص عليها خصوصاً في العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية"^(٥٩).

والسابقة الرابعة: المحكمة الدولية الخاصة بقضية دارفور: "وتجسدت في الدور القضائي الذي من الممكن أن يؤديه مجلس الأمن عن طريق علاقته بالمحكمة الجنائية الدولية بشكل واضح في تعامله مع أزمة دارفور التي أحييت

من قبله إلى المحكمة بموجب القرار (١٥٩٣) لعام ٢٠٠٥، وكان لها بالغ الأثر في الكشف عن التناقضات التي اشتمل عليها مفهوم "التكامل"، فترتب على استخدام المجلس لسلطته في تحريك الدعوى بشأن الوضع في دارفور نتائج في غاية الخطورة والتشعب"^(٦٠) وإذا كانت هذه السوابق يمكن الاستفادة منها في الحالة اللبنانية، فتلك الفائدة تبلورت على شكل قرارات اهمها الغاء حكم الاعدام^(٦١) "وإذا كان هناك من سبب يمكن أن تواجه انعقاد المحكمة المختلطة على الأراضي اللبنانية لدواع مختلفة كما هو مشار في تقرير الأمين العام للأمم المتحدة إلى مجلس الأمن، فمن الممكن انعقادها خارج لبنان وهو أمر بدوره يستلزم بعض الإجراءات يتفق عليها وهذا ما دفع بمجلس الأمن بتاريخ ٣٠ ايار/ ماي ٢٠٠٧ إلى اصدار القرار رقم ١٧٥٧ بتكليف الأمين العام للأمم المتحدة باتخاذ كافة التدابير اللازمة من أجل إنشاء محكمة لبنان"^(٦٢) إن المحكمة الدولية الخاصة بقضية الحريري حُضيت بمتابعة ومراقبة عن كثب؛ نظراً لحساسية القضية التي تنظر فيها، وما لها من أثر على الراي العام اللبناني والراي العام العالمي، إذ عدت تحدياً كبيراً للكثير من الاطراف الدولية التي تدخلت فيها بشكل مباشر أو غير مباشر؛ ولذلك اخذت اهتماماً عالمياً بهدف الوصول إلى مبتغاهها، فضلاً عن إن قرار انشاء تلك المحكمة جاء لدعم القضاء اللبناني وتحقيق نقلة نوعية تؤهله لاسترجاع اعتباره وهيبته^(٦٣).

الخاتمة

وبعد عرضنا للنظريات التي تناولت العلاقة بين القانونين والقيمة العلمية لها، وما يجري عليه التعامل الدولي بشأنهما، نجد أن كليهما يشترك في تنظيم الحياة الاجتماعية الدولية، وهذا الاشتراك كثيراً ما يفتح المجال للتداخل والتعارض بينهما، ومن أجل إيجاد مكانة القانون الدولي العام في النظام القانوني الداخلي وجدنا أن الدستور الداخلي في كل دولة كان هو همزة الوصل بينهما، وإن كانت غالبية دساتير العالم تميل نحو الأخذ بوحدة القانون مع سمو القانون الدولي العام وتفضيله على القانون الداخلي لعدة اعتبارات؛ لعل أهمها أن في ذلك تأكيداً على التأسيس للقانون الدولي العام، وضرورة الالتزام باحترام قواعده، فإننا نؤكد في خاتمة هذه الدراسة على العلاقة القائمة بين القانون الدولي العام والقانون الداخلي عن طريق التكامل الذي نلمسه يربط بينهما عملياً؛ فكثيراً ما اعتمد القضاء الدولي على أحكام القانون الداخلي والعكس كذلك، كما أننا وجدنا اشتراك معظم الأنظمة القانونية في الدول المختلفة في الاعتراف بسمو القانون الدولي العام الاتفاقي على القواعد القانونية الداخلية، وهذا ما أدى إلى تطور طرق الموافقة على قواعد القانون الدولي العام عن طريق الممارسة الدولية، هذه النتيجة تقودنا إلى حتمية الاعتراف بسمو القواعد القانونية الدولية على القواعد القانونية الداخلية.

النتائج

١. انقسم الفقه الدولي ولا يزال منقسماً بشأن طبيعة العلاقة بينهما إلى مدرستين رئيسيتين هما مدرسة الوحدة، ومدرسة الثنائية.
 ٢. أنه إذا كان القضاء الدولي استقر بوضوح على علو القانون الدولي العام على القوانين الداخلية للدول وإذا كان الاتجاه في الدساتير الحديثة هو النص صراحة على علو القانون الدولي العام، فمن الدساتير المعاصرة ما يزال متأثر بمذهب الثنائية ومنها ما لم يحسم بالنسبة للمشكلة محل البحث.
 ٣. من المسلم به أن الكثير من الدساتير في الشرق الأوسط لم تحسم صراحة مشكلة العلاقة ما بين القانون الدولي العام والقانون الداخلي.
 ٤. الدساتير الغربية مثل الولايات المتحدة الأمريكية والعديد من الدول الأوربية حسمت شكل العلاقة بين القانونين لاسيما تفضيلها القانون الدولي العام على القانون الداخلي.
 ٥. حسم القضاء الدولي مسألة النزاع لصالح القانون الدولي العام.
 ٦. قوة القانون الدولي أكثر شمولاً واتساعاً في التطبيق، والقوانين الداخلية الأقل تطبيقاً وفي الكثير من الأحيان تعدّ مخالفة قانونية تتحمل الدولة مسؤولية دولية جراء إهمال القانون الدولي العام وتطبيق القانون الداخلي المخالف لقواعد القانون الدولي من قبل القاضي الوطني.
- بعد أن توصلنا لهذه النتائج أكدّت صحة فرضيتنا الناصّة على: (إن العلاقة بين

القانونيين علاقة ثنائية، الأولى : مستقلة والثانية: اختصاصية تحدد بالحالة والاستقبال والتحويل والاندماج)

الهوامش

- ١١- احمد عطية أبو الخير ، نفاذ المعاهدات الدولية في النظام الداخلي، مصدر سبق ذكره، ص ٤٠ .
- ١٢- علي إبراهيم، النظام القانوني الدولي، مصدر سبق ذكره، ص ٦٤. وكذلك: أبو الخير احمد عطية، "نفاذ المعاهدات الدولية"، مصدر سبق ذكره، ص ٤٠ .
- ١٣- عوض الجليل الترساوي، الرقابة القضائية على مشروعية المعاهدات الدولية، مصدر سبق ذكره، ص ٢١. وكذلك: علي صادق أبو هيف، القانون الدولي العام، مصدر سبق ذكره، ص ٩٣ .
- ١٤- سعيد الجدار، تطبيق القانون الدولي أمام المحاكم المصرية، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، ١٩٩٩، ص ٢٤. وكذلك: عوض الجليل الترساوي، "الرقابة القضائية على مشروعية المعاهدات الدولية"، مصدر سبق ذكره، ص ٢١ .
- ١٥- علي صادق أبو هيف، القانون الدولي العام، مصدر سبق ذكره، ص ٩٤
- 16 -Rousseau Ch., «Droit international», op. Cit., P.65.
- 17 -Rousseau Ch., «Droit international», op. Cit., P.66.
- ١٨- سعيد الجدار، دور القاضي الوطني في تطبيق وتفسير قواعد القانون الدولي العام، مصدر سبق ذكره، ص ٢٦ .
- 19 -Triepel H., «Les rapports entre le droit international et droit interne», 1923, P.77 – 121.
- 20 -Anzilotti D., «Cours de droit international», Paris, Siery, 1929, P.49-65.
- ٢١- مفيد محمود شهاب، القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨، ص ٤٧-٤٨ .
- ٢٢- إبراهيم العناني، القانون الدولي العام، الجزء الأول: التقاعد القانونية الدولية، ١٩٩٧، ص ٢٠٧. وكذلك:
- ١- H.Kelsen «Principles of international law», 1966, P.553-588.
- 2 -J.L., Kunz, «The changing law of nations», OHIO, Columbus, 1968, P. 59-60
- ٣- علي صادق أبو هيف، القانون الدولي العام، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٦٦، ص ٩٣ .
- ٤- احمد عطية عمر الخير، نفاذ المعاهدات الدولية في النظام القانوني الداخلي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣، ص ٣١ .
- ٥- سهيل حسين الفتلاوي، الوسيط في القانون الدولي العام، دار الفكر العربي، بيروت، ١٩٩٧، ص ٣٠
- 6 -Ferrandiere A. Decenciere, «Considerations sur droit international dans ses rapports avec le droit de l'Etat», 1933, P.45 – 70
- ٧- عوض عبد الجليل الترساوي، الرقابة القضائية على مشروعية المعاهدات الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨، ص ٢٤ .
- ٨- المصدر نفسه، ص ٢٩
- 9 -Rousseau CH., «Droit international», Paris, 1970, P.38, Starke J.G., «introduction to international law», London, Ed., Butter Wraths, 1989, P.53.
- ١٠- علي إبراهيم، النظام القانوني الدولي والنظام القانوني الداخلي، دار النهضة العربية، ١٩٩٧، ص ٦٤

- pal and fundamental rights», N.I.L.R., 1977, P.192.
- ٣٤- سعيد الجدار، تطبيق القانون الدولي امام المحاكم المصرية، مصدر سبق ذكره، ص١٦.
- 35 -Rousseau Ch., «Droit international», op. cit., P.42-43.
- ٣٦- سعيد علي حسن الجدار، "دور القاضي الوطني في تطبيق وتفسير قواعد القانون الدولي العام، مصدر سبق ذكره، ص ٣٦-٣٥.
- ٣٧- سعيد علي حسن الجدار، "تطبيق القانون الدولي العام المحاكم المصرية"، مصدر سبق ذكره، ص٢٦.
- 38 -Chaumont Ch., «Cours general de droit international public», R.C.A.D.I., 1970, P.491-493.
- ٣٩- علي إبراهيم، النظام القانوني الدولي والنظام القانوني الداخلي، مصدر سبق ذكره، ص٧٢.
- ٤٠- علي صادق أبو هيف، القانون الدولي العام، مصدر سبق ذكره، ص٩٥.
- ٤١- علي صادق أبو هيف، القانون الدولي العام، مصدر سبق ذكره، ص٩٨.
- ٤٢- نقلاً عن: علي إبراهيم، النظام القانوني الدولي، مصدر سبق ذكره، ص ٧٦-٧٧.
- ٤٣- المصدر نفسه، ص ٨٤-٨٥.
- 44 -Permanent Court of international Justice, Case of the S.S. «WIMBLE-DON» on august 17th , 1923, E.B. , Docket III, P21
- 45 -Permanent Court of international Justice, Case of the S.S. «WIMBLE-DON» , Ibid., PP(22.23
- حسنية شرون، علاقة القانون الدولي بالقانون الداخلي، مجلة الباحث، عدد ٥، ٢٠٠٧، ص١٦٠.
- 23-Morelli G., «Gours general de droit international public», 1956, P.483.
- ٢٤- أبو الخير احمد عطية، نفاذ المعاهدات الدولية في النظام القانوني الداخلي، مصدر سبق ذكره، ص١٥.
- ٢٥- عصام العطية، القانون الدولي العام، ط٢، المكتبة القانونية، بغداد، ص٤٠.
- 26 -Boye A., «L»application des regles du droit international public dans les ordnes juridiques internes», en droit international: Bilan et perspectives, T.I., M. Bedjaoui, Paris, Pedone, 1991,p21.
- ٢٧- احمد أبو الوفا، الوسيط في القانون الدولي العام دار النهضة العربية، ٢٠٠٤، ص ٤٩ وما بعدها.
- ٢٨- سعيد الجدار، تطبيق القانون الدولي امام المحاكم المصرية، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، ١٩٩٩، ص١٣.
- ٢٩- حسنية شرون، علاقة القانون الدولي بالقانون الداخلي، مصدر سبق ذكره، ص ١٦٠.
- 30 - Morelli G., «Cours general de droit international public», op. cit., P.488-489, Ferrari – Bravo L., «international and Municipal law», the complementarily of legal system», op. cit., P.730-742.
- ٣١- سعيد الجدار، "تطبيق القانون الدولي امام المحاكم المصرية"، مصدر سبق ذكره، ص١٦.
- 32 -Rouseau Ch. , «Droit international», op. cit., P.40
- 33 -Meuwissen D. H., «The relationship between international law and Munic-

مرتكبي الجرائم ضد الإنسانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ٢٠٠٥، ص ١٨٣.

٥٣- نقلاً عن: كوسة فضيل، المحكمة الجنائية الدولية لرواندا، دار هومه للنشر والتوزيع، الجزائر، ٢٠٠٧، ص ١٣٤.

٥٤- أنطونيو كاسيزي، القانون الجنائي الدولي، ط٣، ترجمة: الصادر، دار صادر الحقوقية للنشر والتوزيع، ٢٠١٥، ص ٧.

٥٥- نقلاً عن: نصر الدين بوسماحة، المحكمة الجنائية الدولية شرح اتفاقية روما مادة مادة، ج ١، دار هومه، الجزائر، ٢٠٠٨، ص ٩.

٥٦- نقلاً عن: علي يوسف الشكري، القضاء الجنائي الدولي في عالم المتغير، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٨، ص ١٢٧.

٥٧- نقلاً عن: عامر عبد الفتاح الجومرد، وعبد الله علي عيو، المحاكم الجنائية المدولة، مجلة الرافدين للحقوق، العراق، مج ٨، عدد ٢٩، ٢٠٠٦، ص ١٩٣ وما بعدها

٥٨- نقلاً عن: محمد طي، بين محكمة لبنان والمحاكم الدولية الأخرى: نموذج سيراليون، صحيفة الأخبار، بيروت، العدد ٢٣٩ الخميس ٣١ أيار ٢٠٠٧.

٥٩- نقلاً عن: ولد يوسف مولود، تحولات العدالة الجنائية الدولية ودورها في حماية وتطوير الحق في المحاكمة العادلة والمنصفة، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، فرع تحولات الدولة، كلية الحقوق والعلم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وز، الجزائر، ص ٩٢.

٦٠- نقلاً عن: لؤي محمد حسين النابف، العلاقة التكاملية بين المحكمة الجنائية الدولية والقضاء الوطني، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد ٢٧، العدد ٣، ٢٠١١، ص ٥٣٧.

٦١- نقلاً عن: ولد يوسف مولود، تحولات العدالة الجنائية الدولية ودورها في حماية وتطوير الحق

46-Permanent Court of international Justice, Advisory Opinion, Case of (Treatment of polish nationals and other persons of polish origin or speech In the Danzig Territory, Twenty-Third session, February 4th, General List No.42, 1932, P24.

٤٧- نقلاً عن: صلاح الدين احمد، دراسات في القانون الدولي العام، مركز ابحاث القانون المقارن، اربيل، ٢٠١٠، ص ٢٥٦ وما بعدها

48 -International Court of Justice, Arrest Warrant Of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo V. Belgium) Judgment of 14th, February 2000, PP.9-10.

٤٩- محكمة العدل الدولية، قضية جمهورية الكونغو الديمقراطية ضد بلجيكا (الحكم الصادر بتاريخ ١٤ شباط ٢٠٠٢، موجز الأحكام والفتاوى والأوامر الصادرة عن محكمة العدل الدولية ١٩٩٧-٢٠٠٢، الامم المتحدة: نيويورك، ٢٠٠٥ منشورات الأمم المتحدة، ص ص ٢٢٩-٢٣٠.

٥٠- نقلاً عن: فتوى محكمة العدل الدولية بشأن الآثار القانونية الناشئة عن تشييد جدار في الأرض الفلسطينية المحتلة، ٩ يوليو ٢٠٠٤، القائمة العامة ١٣١، رقم الوثيقة (A/ES/٢٧٣/١٠).

٥١- نقلاً عن: ممدوح حسن العدوان. وعمر صالح العكور، انعقاد الاختصاص القضائي للمحكمة الجنائية الدولية بطريق الإحالة، مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون، جامعة العلوم الإسلامية العالمية، مج ٤٣، عمان، عدد ١، ٢٠١٦، ص ٢٣٣.

٥٢- عيد القادر البقيرات، العدالة الدولية الجنائية ومعاقبة

٧. سهيل حسين الفتلاوي، "الوسيط في القانون الدولي العام"، دار الفكر العربي، بيروت، ١٩٩٧.

٨. صلاح الدين احمد، دراسات في القانون الدولي العام، مركز ابحاث القانون المقارن، اربيل، ٢٠١٠، ص ٢٥٦ وما بعدها

٩. عبد القادر البقيررات، العدالة الدولية الجنائية ومعاينة مرتكبي الجرائم ضد الإنسانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ٢٠٠٥.

١٠. عصام العطية، القانون الدولي العام، ط٢، المكتبة القانونية، بغداد ٢٠١٢

١١. علي إبراهيم، "النظام القانوني الدولي والنظام القانوني الداخلي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧.

١٢. علي صادق أبو هيف، "القانون الدولي العام"، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٦٦.

١٣. علي يوسف الشكري، القضاء الجنائي الدولي في عالم المتغير، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٨.

١٤. عوض الترساوي، "الرقابة القضائية على مشروعية المعاهدات الدولية"، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨.

١٥. عوض عبد الجليل الترساوي، "الرقابة القضائية على مشروعية المعاهدات الدولية"، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨.

١٦. كوسة فضيل، المحكمة الجنائية الدولية لرواندا، دون طبعة، دار هومه، الجزائر، ٢٠٠٧.

في المحاكمة العادلة والمنصفة، مصدر سبق ذكره، ص ٢٠.

٦٢- نقلاً عن: ايمن سلامة، المحكمة الجنائية الدولية ذات الطابع الدولي: نظام قانوني او مشروع سياسي، مجلة السياسة الدولية، مج ٤٤، عدد ١٧١، كانون الأول ٢٠٠٨، ص ٩٨ وما بعدها.

٦٣- ثقل العجمي، مجلس الامن والمحكمة الخاصة باغتيال الحريري، مجلة الحقوق الكويتية، عدد ٢، حزيران ٢٠١٠، ص ٨٥ وما بعدها.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: الكتب العربية والمترجمة

١. إبراهيم العناني، "القانون الدولي العام"، الجزء الأول: التقاعد القانونية الدولية، دار النهضة للنشر والتوزيع، القاهرة، ١٩٩٧.

٢. أبو الخير احمد عطية عمر، نفاذ المعاهدات الدولية في النظام القانوني الداخلي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣.

٣. احمد أبو الوفا، "الوسيط في القانون الدولي العام"، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤.

٤. أنطونيو كاسيزي، القانون الجنائي الدولي، ط٣، ترجمة: مكتبة صادر ناشرون، دار صادر الحقوقية، بيروت، ٢٠١٥.

٥. سعيد الجدار، "تطبيق القانون الدولي أمام المحاكم المصرية"، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، الاسكندرية، ١٩٩٩.

٦. سعيد الجدار، "تطبيق القانون الدولي أمام المحاكم المصرية"، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، الاسكندرية، ١٩٩٩.

١٧. مفيد محمود شهاب، "القانون الدولي العام"، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨.
١٨. نصر الدين بوسماحة، المحكمة الجنائية الدولية شرح اتفاقية روما مادة مادة، الجزء الأول، دار هوم، الجزائر، ٢٠٠٨.

ثانياً: المجالات والدوريات

١. ايمن سلامة، المحكمة الجنائية الدولية ذات الطابع الدولي: نظام قانوني او مشروع سياسي، مجلة السياسة الدولية، مج ٤٤، عدد ١٧١، كانون الأول ٢٠٠٨.

٢. ثقل العجمي، مجلس الامن والمحكمة الخاصة باغتيال الحريري، مجلة الحقوق الكويتية، عدد ٢، حزيران ٢٠١٠.

٣. حسنية شرون، "علاقة القانون الدولي بالقانون الداخلي"، مجلة الباحث، عدد ٥، ٢٠٠٧.

٤. عامر عبد الفتاح الجومرد، وعبد الله علي عبو، المحاكم الجنائية المدوّلة، مجلة الرافدين للحقوق العراق، مج ٨، عدد ٢٩، ٢٠٠٦.

٥. لؤي محمد حسين الناييف، العلاقة التكاملية بين المحكمة الجنائية الدولية والقضاء الوطني، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، مج ٢٧، عدد ٣، ٢٠١١.

٦. ممدوح حسن العدوان. وعمر صالح العكور، انعقاد الاختصاص القضائي للمحكمة الجنائية الدولية بطريق الإحالة، مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون، جامعة العلوم الإسلامية العالمية، مج ٤٣، عدد ١، عمان، ٢٠١٦.

ثالثاً: منشورات وقرارات دولية

١. فتوى محكمة العدل الدولية بشأن الأثار القانونية الناشئة عن تشييد جدار في الأرض الفلسطينية المحتلة، ٩ يوليو ٢٠٠٤، القائمة العامة ١٣١، رقم الوثيقة (A/ES-١٠/٢٧٣).

٢. محكمة العدل الدولية، قضية جمهورية الكونغو الديمقراطية ضد بلجيكا (الحكم الصادر بتاريخ ١٤ شباط ٢٠٠٢).

٣. منشورات الامم المتحدة، نيويورك، ٢٠٠٥.

٤. موجز الأحكام والفتاوى والأوامر الصادرة عن محكمة العدل الدولية ١٩٩٧-٢٠٠٢.

رابعاً: الرسائل والاطاريح

١. ولد يوسف مولود، تحولات العدالة الجنائية الدولية ودورها في حماية وتطوير الحق في المحاكمة العادلة والمنصفة، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، فرع تحولات الدولة، كلية الحقوق والعلم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وز، الجزائر، ٢٠١٢.

خامساً: الصحف والجرائد

١. محمد طي، بين محكمة لبنان والمحكم الدولية الأخرى: نموذج سيراليون، صحيفة الاخبار، بيروت، العدد ٢٣٩ الخميس ٣١ أيار ٢٠٠٧.

سادساً: المصادر الأجنبية

1. Anzilotti D., «Cours de droit international», Paris, Siery, 1929.

10. Permanent Court of international Justice, Advisory Opinion, Case of (Treatment of polish nationals and other persons of polish origin or speech In the Danzig Territory, Twenty-Third session, General List No.42, February 4th, 1932.

11. Permanent Court of international Justice, Case of the S.S. ««Wimbledon»», No3, August 17th , 1923,

12. Rousseau CH.,»Droit international», Paris, 1970, P.38, Starke J.G., «introduction to international law», London, Ed., Butter Wraths, 1989.

13. Triepel H., «Les rapports entre le droit international et droit interne», R.C.A.D.I., 1923.

2.Boye A., «L»application des regles du droit international public dans les ordnes juridiques internes», en droit international: Bilan et perspectives, T.I., M. Bedjaoui, Paris, Pedone, 1991.

3.Chaumont Ch., «Cous general de droit international public», R.C.A.D.I., 1970.

4.Decenciere – Ferrandiere A., «Considerations sur droit international dans ses rapports avec le droit de l'Etat», 1933.

5.International Court of Justice, Arrest Warrant Of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo V. Belgium) Judgment of 14th, February 2000.

6.Kelsen H., «Principles of international law», 1966.

7.Kunz J.L., «The changing law of nations», OHIO, Columbus, 1968.

8.Meuwissen D. H., «The relationship between international law and Municipal and fundamental rights», N.I.L.R., 1977.

9.Morelli G., «Gours general de droit international public», 1956.

The relationship between public international law and domestic law

Lecturer Jasim Mohammed Izz al-Din^(*)

Abstract

The research focuses on the nature of the relationship between international law and domestic law, as it raises a legal dilemma, which is primarily related to the pyramid of legal rule: Is public international law conflict with domestic law? On the other hand, how does the national judge deal in the event of conflict with which international or internal law applies? This problem has resulted in the existence of many theoretical positions to find practical solutions to them. In this regard, we differentiate between three doctrines: I: tends to the existence of unity in law; second, to the existence of a dualism between international and internal law; and third: International Law In the internal legal system we find that the internal constitution of each state determines the relationship between them, and this is what we will clarify by focusing on the provisions of the international judiciary and some internal judicial rulings.

^(*)Al- Yarmook University College

محددات النظام العام الحديث

م.م. عبد الكريم جاسم حسين(*)

المقدمة

من أليات القانون – من ضمن ما يسعى اليه – الوصول الى الأستقرار الأقتصادي والسياسي والأخلاقي والأقتصادي داخل منظومة المجتمع ، عن طريق تحقيق جوانب متعددة من أحتياجات المجتمع ، ومنها ضمان سلامة تنفيذ التعهدات ، عدم الأضرار بالغير، وكثير هي الغايات المبتغاة من ذلك .

ونتيجة لذلك ظهرت فكرة النظام العام لغرض توفير أليات قانونية لضمان تحقيق هذا الهدف ، ومنذ ظهور النظام العام التقليدي أصبح هو الحارس للخطوط الحمراء للمجتمع وسلامة مرتكزاته الأساسية ، ولكن نتيجة التطور الهائل الذي حصل في المسيرة الأنسانية فلم يعد هذا النظام يساير هذا مستوى من التطور ، وكان لا بد من إيجاد بديل يمضي في هذه المسيرة بثبات ويحافظ على الأستقرار المجتمع وقيمة وأسسه لكي يتحقق التوازن المطلوب بين الحداثة والتطور وبين المرتكز الاساسي لحماية المجتمع وهو ما يظهر في النظام العام المعاصر ، وعلى العكس من النظام العام التقليدي الذي كان محدد بدور في واجباته ، فإن النظام العام المعاصر سمح للدولة بالتدخل في كل جوانب الحياة الأتجماعية الأقتصادية للمجتمع ، فبعد أن كان سلطان الإرادة في النظام العام التقليدي

الملخص

في هذا النوع الجديد للنظام العام، فإن عمل هذا النظام هو عمل موسع ويشمل التوجيه والحماية ، إذ يقسم النظام العام الى النظام الأقتصادي والأتجماعي التوجيهي والنظام العام الحمائي ، وأن النظام العام الأقتصادي والأتجماعي التوجيهي يهدف الى تمكين سلطة الدولة في تحديد وجهات التعاقد سواءاً التقليدي أو الالكتروني عبر سلسلة طويلة من الاوامر والمحددات في كل مراحل التعاقد، بما يضمن أنسجام حركة التعاقدات مع المصلحة العليا للدولة وسياساتها الأتجماعية والأقتصادية، فهنا التدخل أما بالتوجيه أو التحديد أو وضع الشروط من أجل أن يتحدد سلطان الأرادة في القالب الذي تبتغية الدولة وبما يؤمن سياستها، ثم يأتي دور النظام العام الحمائي، وهو النوع الأخر من النظام العام المعاصر والذي يتدخل بعد عملية التعاقد ، بفرض الحماية لصالح الطرف الضعيف في عملية التعاقد ، وهنا يكون المستهلك هو الأهم هدف لهذا النوع من النظام العام ، فيعمل على حماية في هذه المرحلة إذا ما تعرض الى الغش أو الخداع أو كان العقد المبرم عقد أذعان ، فإن النظام العام الحمائي يتدخل لصالح المستهلك في رفع الغبن و أرجاع العقد الى التوازن مما يجعل المستهلك في حماية قانونية تدفع الأذى عنه

(*) كلية السلام الجامعة / قسم القانون

هو المهيمن على عمليات التعاقد ، أصبحت يد الدولة هي اليد الطولى في كل مراحل عملية التعاقد ومنها التعاقد الالكتروني ، والغرض من ذلك هو الحد من غلو نظرية سلطان الإرادة أما بالمنع أو التوجيه أو المراقبة، بقصد حماية الطرف الضعيف في العمليات التعاقدية ، بعده أن الدولة هي المرجع اعلى لحركة الحياة في أي مجتمع .

تمهيد: بعد أن أصبح النظام العام التقليدي لا يلبي متطلبات الحياة الاقتصادية والاجتماعية لم يكن هنالك من بد في تدخل الدولة لتسيير حركة الحياة الاقتصادية والاجتماعية وهكذا ظهر النظام العام الحديث . فبعد ان كان سلطان الإرادة هو المهيمن على عمليات التعاقد ، تدخلت الدولة في كافة الميادين التعاقدية كالبيع والشراء والقروض الايجار والتأمين ، اما يقصد مراجعتها او يقصد تحديد اسعارها او يقصد حماية الطرف الضعيف فيها . وكل ذلك للحد من الغلو في نظرية سلطان الارادة ، اما بالمنع او التوجيهية او المراقبة .

ويقسم الباحث هذا الموضوع على مبحثين وكالاتي .

المبحث الاول: محددات النظام العام الاقتصادي والاجتماعي التوجيهي .

المبحث الثاني : محددات النظام العام الاقتصادي والاجتماعي الحمائي .

المبحث الاول

محددات النظام العام الاقتصادي والاجتماعي التوجيهي

محددات النظام العام الاقتصادي والاجتماعي التوجيهي الاسلامي ، لقد اجازت

المبادئ الاقتصادية والاجتماعية الاسلامية للدول التدخل في مختلف مجالات الحياة،تحقيقاً لمصالح عامة بنصوص قاطعة ولو كان ذلك على حساب حريات الافراد الماليه والاقتصادية، إذ منع تخصيص بعض الاموال ذات الطابع العام من لها اهمية كبرى ومنها ما قال به الرسول (صلى الله عليه وسلم): (ثلاث لا يمنعن الماء والكلاء والنار) (١) وهي من الملكية العامة وذلك احتفظت الدولة بملكيتها لهذه الاشياء (٢)

عرف الفقه النظام العام الحديث بأنة ” مجموعة القواعد القانونية الملزمة في الروابط التعاقدية والمتعلقة بالتنظيم الاقتصادي والاجتماعي لهذه الروابط ، اي بالوضع الاقتصادي الداخلي للعقد بصفة عامه ” (٣) .

وان ظهور طائفة من القواعد للنظام العام الاقتصادي والاجتماعي انما هو نتيجة لتطور دور القانون وتوسع وظائفه ، وزيادة تدخله في تنظيم سلطان الارادة ، وهو الامر الذي يترتب عليه تغير طبيعة التصرف القانوني ذاته، إذ يدخل في التنظيم القانوني والاقتصادي والاجتماعي المفروض كعنصر موضوعي في التصرف القانوني ويجعل التوازن مع العنصر الشخصي المتمثل في سلطان الارادة ، ولهذا كلة محددات على هذا النوع من النظام لكي لا يجور على سلطان الارادة (٤) .

والنظام العام الاقتصادي والاجتماعي التوجيهي هو تلك المبادئ التي تضعها السلطة والتي على الافراد اتباعها واقدامها بما يضمن تحقيق المصلحة العامه الاقتصادية، والاجتماعية، إلا أن تأثير العنصر الموضوعي الذي يمثله النظام العام الاقتصادي

والاجتماعي , على العنصر الشخص المتمثل في قدرة الافراد على ترتيب الاثار القانونية لسلطان الإرادة، أنما يتوقف على حدود التي تقف عندها السلطة في سلطان الإرادة الخاصة بين الافراد ، وهو الامر الذي يتبين معه أن هذا النظام جاء ليحدد الحرية الممنوحة لسلطان الإرادة وهذا التوجية اصبح ظاهرة لكل الانظمة على الرغم من تباينها (٥).

ويرى الباحث أن المحددات التي يصيغها كل نظام يختلف من دولة الى الاخر ، حسب مقدار التدخل التي تضعه الدولة في الحياة الاقتصادية والاجتماعية، وهذه المحددات توضع بواسطة ادوات كثيره ، منها الاقتصاد، والمال الذي يتمثل في السياسه النقدية والضريبية للدولة، كما توجد محددات تشريعية كأداة قانونية رئيسة بين مختلف هذه السياسات مندمجاً فيها ، مبرراً لنا ما يمكن أن نسمية بقواعد النظام العام التوجيهي إذ يساهم بتوجيه الاقتصاد الوطني ، وذلك بأستبعاد كل مايمكن ان يعارضه في العقود الخاصة ومنها العقود الالكترونية ، إذ يظهر كقواعد امرة، وأن مخالفة تؤدي الى البطلان، والنظام العام في هذا المفهوم الحديث هو الذي يوجهه المواطن نحو احترام هذه الانظمة وعدم تجاوزها لتحقيق المصلحة العامه العليا التي يسمو على المصلحة الخاصة للأفراد، إذ تتمثل في بعض العمليات الاقتصادية التي تتدخل الدولة في تنظيمها وضبطها كنظام البورصة ونظام الشركات والتأمين وقوانين النقل ، وعقود التي تتم عبر المواقع الالكترونية كحماية المستهلك من مقدمي الخدمة ، ولقد اصبح تدخل المشرع بموجب قواعد متصفه بطابع النظام العام امر شائعاً في النظام العام الاقتصادي المعاصر،

وعليه فإن كل اتفاق أو عقد يجري ضمن سلطان الارادة ، سواءً تعلق الامر بالقانون الداخلي للدولة او القانون الدولي الخاص . ويمس هذه الانظمة ، يكون مصيره البطلان المطلق لأنه يشكل تجاوزاً على مصلحة عليا للدولة أحاطها المشرع بالحماية القصوى ولا يجوز خرقها ، لأنه يتسبب بأضرار الكبير في موضع حماية التي يقرها القانون للحياة العامة ، وبما أن البطلان المطلق قد شرع من أجل حماية المصلحة العامه فأنته يحق لكل فرد أو صاحب مصلحة طلب إبطال العقد المخالف للنظام العام التوجيهي كما يحق للمحكمة أثاره هذا البطلان من تلقاء نفسها عندما تجد أن هنالك مساساً بالنظام العام ، وبما أن الدولة هي صاحبة الامر في توجيهه اقتصاداً وحماية مجتمعها عن طريق مؤسساتها المختلفة ، وفي تنظيم سلطان الارادة الخاصة بين الافراد فإن الامر يظهر في طريقتين وهي :

الفرع الاول

التدخل المجرد

وهو التدخل الذي لا يحد من سلطان الارادة للمتعاقدين بطريقة مباشرة ، ولكن يقصد حسن التنظيم واستعمال هذه الحرية ، بما لا يتعارض مع المصلحة العامه ، ولا يلحق ضرر بالأقتصاد القومي، و الاجتماعي ، ويظهر ذلك في كافة القواعد التي تنظم المنافسة المشروعة بصورة محددة (٦).

ويرى جانب من الفقه (٧) أن يقوم النظام العام الاقتصادي التوجيهي بأكثر من الدور المحدد والمتمثل في التدخل المجرد ، نحو المزيد من الفعالية في التدخل ، ليتحقق نوع من

في سبيل أن تجري عملية الاقتصاد القومي بصورة منتظمة ومتكاملة ، وهذا الأسلوب نراه في الأنظمة الرأسمالية ، والتي تستعمل أسلوب التخطيط الملزم ، من أجل ادماج المشروعات الخاصة ضمن تخطيطات الدولة^(٨).

ب- أسلوب التشريع .

وهو عبارة عن قواعد قانونية ترمي الدولة من ورائها إدارة الاقتصاد وتوجيهه، وتحديد تلك القواعد التي تنجّه إلى العقود الخاصة، ولتستبعد كل ما يمكن أن يكون متعارضاً مع السياسة الاقتصادية، والاجتماعية المتبعة لدى الدولة ، وقاعدة النظام العام التوجيهي تتميز بالخصوصية معينة ، وهي أنها موجهة للمصلحة العامة والتي تبقى فوق كل اعتبار ، فلا يبقى للأفراد الاضطرار هذه القواعد والاسس .

واعطى الفقه امثلة لذلك^(٩) ، ويرى الباحث أن القواعد التي تعني بالنقود والأسعار ويمكن اضافة سلطان الارادة في عقود التجارة الالكترونية ، فمذهب التدخل في عقود التجارة الالكترونية الدولية يجعل العقد يتجه صوب ما تراه الدولة ويوائم سياستها إذ يعد أحد الدعائم المهمة في بسط الدولة لنفوذها من خلال سيادتها في تحقيق سياستها الاقتصادية والاجتماعية بحجة المصلحة العامة اعتماداً على فكرة النظام العام .

الفرع الثاني

ادارة الدولة المباشرة للأقتصاد

وهذا النوع من الإدارة يمثل تحدياً حقيقياً لسلطان الإرادة ، لأنه التنظيم الذي تفرضه الدولة لا يقف عند حد الرقابة على التصرفات

التوازن الاقتصادي الفعلي ، و ذلك بتخفيض مستوى الاسعار التي تخضع للرقابة لمصلحة المستهلكين ، وعليه فان الضوابط الموضوعية او عدم مشروعية بعض التصرفات مثل تجاوز التسعيرة الجبرية او الامتناع عن البيع بقصد الاحتكار ، ومخالفة سائر الاحكام التعاقدية المنظمة من اجل فرض جزاءات جنائية عقابية، ويظهر هذا النوع من التدخل من اثناء اعداد برنامج معد سلفاً يتوضح فيه دور الدولة ومدى حجم التدخل في التوجيه ، تحقيقاً للمصلحة العامة وهذا هو المعيار الاساسي لمبدأ النظام العام الاقتصادي، والاجتماعي التوجيهي ويرى الباحث لغرض الاستفادة من التدخل يجب وضع برنامج معد سلفاً يوضح دور الدولة وما هي حدودها تحقيقاً للمصلحة العامة ، وهو المعيار الاساسي للنظام العام وهذا يقتضي وجود إدارة اقتصادية تضع خططا مستقبلية من اجل الوصول الى الهدف من خلال الآتي .

أ- أسلوب الحث والتحريض للتوازن.

دائماً الدول تحاول أنجاح المشروعات العامة ضمن البرنامج الاقتصادي والاجتماعي وتشجيعها من أجل أنجاح الخطة الاقتصادية، وذلك عن طريق الحث وهو تشجيع المشاريع وحتى العقود الخاصة للأفراد ومنها العقود التجارية الالكترونية لغرض التكامل الاقتصادي للبلد بما يخدم المصلحة العامة، إذ تلجأ الدولة الى تخفيض سعر التيار الكهربائي أو الاعفاء الجزئي أو الكلي من الضرائب أو أستلام المحصول من المشاريع المبتدئة بسعر مجزي ، والتحريض هو إعطاء المشورة والنصيحة والتشجيع لكل من يعمل في الجانب الاقتصادي وترى الدولة الحاجة الى دعم دورة

ج- سياسة حماية المستهلك والرقابة عليها .

بموجب قانون حماية المستهلك العراقي رقم (١) لسنة ٢٠١٠ وفي نص المادة (١) رابعاً حماية المستهلك : الحفاظ على حقوق المستهلكين ومنع الضرر عنهم ، ويهدف هذا القانون في المادة (٢) اولاً . ضمان حقوق المستهلك الأساسية وحمايتها من الممارسات غير مشروعة التي تؤدي الى الاضرار به (١٢) . أما قانون تنظيم ومنع احتكار السوداني لسنة ٢٠٠٩ فجاء فيه ضمن الفصل الثالث حماية المستهلك إذ نصت المادة (٧) « لا يجوز القيام بأي أعمال أو ممارسة أي نشاط يتصل بالمنافسة الاقتصادية يكون من شأنه خداع المستهلك » .

ولهذا فأنه من ضمن حماية المستهلك اتباع سياسة تسعير كافة المواد فوق اقليم الدولة ، فقواعد التسعير من النظام العام الاقتصادي التوجيهية ، لانها تهدف بالاساس الى ضبط الاسعار وأخضاع الحياة الاقتصادية ، وبالتحديد التبادل الاقتصادي الى نوع من الرقابة يهدف الى الحفاظ على الاقتصاد الوطني ، ويمنع التضخيم والمضاربة في الاسعار ، وهي تؤدي مباشرة الى فرض أو امر على المنتجين والباعة ، بالأ تتجاوز اسعار السلع محل التداول ما حدده المشرع ، وهي التي رأي فيها انها تتناسب مع الحياة الاقتصادية والاجتماعية داخل الجماعة ، فهي قواعد قانونية أمره تنصيب على العقود ذات الاهداف الاقتصادية والاجتماعية وبهذا فهي تنتمي الى النظام العام التوجيهي وحسب ما جاء في نص المادة (٢) من القانون ٩٩-٦ المتعلق بحرية الاسعار والمنافسة المغربي "تحدد أسعار السلع والمنتجات والخدمات عن

القانونية ، وأنما تجاوز ذلك الى حلول هذا التنظيم الموضوعي محل سلطان الارادة في العقود والاتفاقيات ومنها العقود الالكترونية ، مما يجعل منه الطرف المسيطر في تبادل الاموال وتوزيع السلع والخدمات ، وهذا الامر يؤدي الى وضع الاقتصاد تحت مفهوم الاقتصاد المدار والذي يتحول فيه كل شيء الى واقع (١٠) ، ويختفي بذلك تأثير سلطان الارادة في البرنامج الاقتصادي ، إذ ينفذ ذلك المفهوم لادارة بواسطة مرحلتي التخطيط والقطاع العام .

أ-التخطيط : أي جعل الاقتصاد وبرامجه في فقرات محددة تشمل كافة مفاصل العملية الاقتصادية ، وهي تدخل ضمن النظام العام التوجيهي ، وتصدر بقانون وتنفيذ وفقاً لقرارات والوائح تنظيمية ، وهذا النوع من التخطيط يعد سلفاً وفقه خطه محكمة وهي بذلك تتحكم في سلطان الارادة ، مما يجعل تداول الاموال والثروات والسلع والخدمات المتمثلة بالاقتصاد القومي تحت ادارة المباشرة للدولة ، وهذه الخطة تعد قيوداً موضوعياً خطيراً على سلطان الارادة ، وقدرتها على تحديد الاثار المترتبة في التصرف القانوني (١١) .

ب- القطاع العام : في هذا النوع من النشاط تقوم الدولة بنفسها بمباشرة اوجه النشاط الاقتصادي التي كانت تخص سلطان الارادة للأفراد ، وهي لا تكتفي بمجرد التدخل بالعقود الخاصة او مجرد التخطيط للنشاط الخاص بما يتفق مع هذه المصلحة العامة وهي المصالح العليا للدولة اقتصادياً واجتماعياً ، وما يقتضيه ذلك من حلول الدولة محل الافراد بمختلف مؤسساتها العامة أو شبه العامة و هو ما يعبر عنه في هذا الصدد بالقطاع العام.

طريق المنافسة الحرة مع مراعاة المواد ٣ - ٥٤ - ٨٣ وبعده».

أسوة بالقوانين المقارنة ولا سيما التشريع الفرنسي الذي سبق أن أحرر المادة ذاتها منذ أواخر النصف الأول من القرن الماضي (١٣) .
وطبقاً لذلك يرى الباحث أن الدولة تتفرد بسياسة التسعير لكافة المواد فوق أقليمها ولها كامل الحق في أنشرف والمراقبة على نظام التسعيرة لأنها من النظام العام الاقتصادي التوجيهي ومخالفتها تجعل العقود والاتفاقيات ومن ضمنها العقود التي تتم بواسطة سلطان الإرادة ضمن عقود التجارة الالكترونية باطلة ومن ثم يتم اللجوء الى الجزاء الجنائي .

د- السياسة الاقتصادية والاجتماعية للبلاد

تتدخل الدولة في الأنشطة الاقتصادية عن طريق نمطين من التدخل متعارضين في الأساس , ولكنهما متكاملان , وهما التدخل اللبرالي الرأسمالي , والنظام الاقتصاد الموجة أن الأول ودون أن يتعارض مع سلطان الإرادة يرمي الى التحرك في وجه الممارسات الخاصة في الأنشطة التي تسخر نظام السوق في مصلحة المؤسسات والاتجاهات الاقتصادية التي تعتمد على هذا السوق , وعمل الدولة هنا عن طريق تحديد أسعار البضائع والعمل على منع التضخم وزيادة الأسعار المصطنعة , والتدخل اللبرالي الجديد لا يهدف اليوم الى الحفاظ على النظام اللبرالي المجرد , بل يستند على فكرة أن النظام اللبرالي الذي يخضع للتنظيم القانوني , إذ يضمن بصورة الأسعار مناسبة للمستهلك وهو المقياس الأساسي من اجل تعيين التصرفات الاقتصادية المشروعة وغير المشروعة .

أما نظام الاقتصاد الموجه , فهو يتعارض مع سلطان الإرادة , لانه يهدف بصورة مباشرة الى تنظيم الأنشطة الاقتصادية خاصة وأن هذه الاخير مسيرة في اتجاه واحد , وهو خدمة الدولة بحجة مراعاة المصلحة العامه , ومثلها عقود التأمين المفروضه على مستلمي المركبات الالية السائرة على الطريق العام . وهذا بدوره يدخل في اطار النظام العام الاقتصادي والاجتماعي والتوجيهي (١٤)

ويرى الباحث أن النظام العام الاقتصادي والاجتماعي التوجيهي , هو كل نشاط تعمله الدولة في سبيل تكون هنالك منافسة عادلة ومتكافئة بين السلع والمنتجات سواءاً داخل الدولة الواحدة أو المستوردة من خارجها , بفرض ضبط حركة الاسواق عن طريق فرض تسعيره تكون عوناً للمستهلك المحلي داخل الدولة بما لا يلحق الضرر به , ومن أجل ذلك تضع الدولة محددات في قوانين لهذا الغرض وتجعلها ضمن ضوابط النظام العام الذي يستطيع بواسطته المتضرر (المستهلك) من الدفع به , كما أنه دفع تلقائي من قبل المحكمة , وهذا كله لغرض توفير كامل الحماية القانونية للمستهلك .

المبحث الثاني

محددات النظام العام الاقتصادي والاجتماعي الحمائي

لغرض توضيح النظام العام الاقتصادي والاجتماعي الحمائي ومحدداته , تنص الفقرة الثانية من المادة (١٤٦) من القانون المدني العراقي على انه « ٢- اذا اطرت حوادث

الضعيف اثناء ابرام التصرفات القانونية واعادة التوازن العقدي ، فهي والحال كذلك لا تتجه الى غايات اقتصادية تحاول توجيهها بفعالية، عن طريق اساليب اقتصادية معينة ، بل هي قواعد تعني حماية الطرف الاضعف في العملية التعاقدية حتى وهي تتم مبدأ سلطان الارادة ، ومنها سلطان الارادة في العقود الالكترونية^(١٦)

إن النظام العام الاقتصادي، والاجتماعي الحمائي ، هو الصفه القانونية التي يقصد بها اعادة التوازن التعاقدية في التصرف القانوني بين الايرادات المتقابلة ، وتحقيق المساواة القانونية والعملية ، وحماية ارادة الطرف الضعيف في التصرف القانوني^(١٧) .

ويرى الباحث أن ما تحقق أكثر ما يكون في سلطان الارادة في عقود التجارة الالكترونية حيث كثيراً ما يطرح منتج أو سلعة أو خدمة على المواقع الكترونية بشروط ومواصفات يمكن أن يكون المستهلك او الطرف الضعيف في العملية قد تعرضه الى ظلم أو اذعان بسبب الحاجة وقلة الحيلة لدى المستهلك مما يؤدي الى تحملة تبعات اقتصادية وقانونية اكبر بكثير من قيمة الصفقة ولهذا فإن هذه النصوص القانونية قد جاءت لرفع الغبن عن طرف الضعيف في العلاقة دون المساس بحقوق الطرف الاخر .

أي أن إذا كان النظام العام الاقتصادي والاجتماعي التوجيهي يهدف الى تنظيم تأثير التصرف القانوني على الاقتصاد القومي، فإن النظام العام الحمائي يهدف لحماية تأثير التصرف القانوني على الوضع الداخلي الخاص لكلا المتعاقدين في نفس التصرف القانوني ، ويقوم النظام العام الحمائي بدورة الاساسي

استثنائية عامة لم يكن من الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدية ، وأن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين إذ يهدده بخسارة فادحة جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن تنقص الالتزام المرهق الى الحد المعقول ، وأن اقتضيت العدالة ذلك، ويقع باطلا ” كل اتفاق على خلاف ذلك ” .

كما أشار القانون العراقي في نص المادة (١٦٧) الفقرة الثانية على انه ”٢- اذا تم العقد بطريق الاذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للمحكمة أن تعدل هذه الشروط أو تعطي الطرف المذعن منها وذلك ، وفقا كما تقتضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك^(١٥) . يتضح من خلال النصين السابقين ، أن المشرع العراقي قد نص صراحة على جوات تخفيض الالتزامات التي يتحمل بها المعين أو اعفائه منها ، اذا كان الالتزام التعاقدية قد اصبح مستحيلا ، أو أنه يتضمن شروطا تعسفية ، كما أن هذين النصين يعدان من التطبيقات النظام العام في مجال حماية الطرف الضعيف في العملية التعاقدية ، فالنظام العام الاقتصادي والاجتماعي الحمائي يمثل النوع الاخر من القواعد النظام العام الحديث أما المشرع السوداني فقد تناول ذلك في المادة (١١٨) من قانون المعاملات المدنية السوداني حيث نص على ” اذا تم العقد بطريقة الاذعان وتضمن شروطاً تعسفية جاز للمحكمة أن تعدل هذه الشروط أو أن تعفي الطرف المذعن منها وذلك وفقاً لما تقتضي به العدالة ويقع باطل كل اتفاق على خلاف ذلك ” ، أن قواعد النظام العام الحمائي تعني بالدرجة الاساس حماية الطرف

في طائفة عقود الاذعان التي يوجد فيها طرف ضعيف يخضع لكل الشروط التي يميلها الطرف القوي في العملية التعاقدية، ومثلها ايضا في عقود العمل ونقل والتأمين فتدخل القاضي طبقا لمفهوم فكرة النظام العام الحمائي هو محدد لحماية الطرف الضعيف ويعيد ترتيب أحكام العقد بما يحقق التوازن ، ويرفع الشروط التعسفية الالتزامات المرهقه الى الحد المعقول ، ويمثل هذا المجال تدخل العنصر الموضوعي لتقييد وتحديد سلطان الارادة ، وعلى ذلك حاولت القوانين المتعلقة بالتجارة الالكترونية تقديم محددات للعقد الالكتروني اثناء تشريعات تنصف الطرف الضعيف في العقد الالكتروني و بالنظر الى أن عقود التجارة الالكترونية من عقود المسافة أو عقود الاتصال عن بعد ، ومن ثم فان المستهلك في العقد الالكتروني ليس لديه الامكانية الفعلية لمعاينة السلعة والامام بخصائص الخدمة قبل أبرام العقد لان العقد يتم عن بعد فأنه يجب ان يتمتع بحق العدول وقرر هذا الحق للمستهلك بنص المادة ٢٦/١٢١ من تقنين الاستهلاك الفرنسي وعمليات البيع عن بعد والمعروف بقانون ٨ ايناير لسنة ١٩٩٢ ، والذي يعطي الحق للمستهلك في رد الشئ المببيع بعد تسلمة وأسترداد الثمن اثناء سبعة ايام محسوبة من تاريخ تسلمة لهذا المبيع (١٨) . وقد اقر مشروع قانون التجارة الالكترونية المصري هذا الحق للمستهلك وذلك في الفصل السابع بعنوان ” حماية المستهلك ” فأجاز للمستهلك أن يفسخ العقد المبرم الكترونيا اثناء (١٥) يوما ومن ثم على تاريخ تسلمة للسلعة أو من تاريخ التعاقد على تقديم الخدمة ، وذلك دون الحاجة الى تقديم مبررات دون الاخلال

بأحكام الضمان القانونية والاتفاقية، والمستهلك وأن كان يمكنه الحصول على ماتحتاجه عن طريق عقد رضائي لسلطان الارادة إلا أنه غالبا ما يتم التصرف القانوني للأستهلاك بواسطة عقد إذعان، ولا سيما وأن كان العقد يتعلق بسلعة تعد ضرورية للمستهلك (١٩) وعلى ذلك فإن ايجاد نوع من المساواة وتهيئة الظروف حتى يتم التكافؤ في الفرص بين المتعاقدين من اجل الحصول على رضا سليم خال من كل عيب (٢٠) ويرى الباحث أن أثر التطور في النظم القانونية اذ تحولت من نظام الفردي الحر وتحت تأثير الاتجاهات الأشتراكية من المبدأ المقرر للسلطات المطلقة لسلطان الارادة ، الى تقييد هذه الارادة في بداية الامر ، بما لا يتعارض مع مصلحة العامة الاقتصادية والاجتماعية ، الى مرحلة التدخل في التصرفات الارادية حماية للطرف الضعيف ، الى مباشرة الدولة مختلف صور النشاط الاقتصادي محل الانشطة وعمل لسلطان الارادة . ومثال ذلك حماية المستهلك لسلطان الارادة في العقد الالكتروني، وهذا ما سوف يتم توضيحه بالتفصيل .

الفرع الاول

حماية المستهلك في سلطان الارادة للعقد الالكتروني

أن المستهلك في نطاق التجارة الالكترونية هو الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية وحماية هي من أهم محددات للنظام العام الاقتصادي، والاجتماعي الحمائي ، ولهذا سوف نوضح بالتفصيل مسألة حماية المستهلك في التعاقدات الالكترونية لبيان مفهوم المحدد الذي ينصف الطرف الضعيف . فكثيرا ما

أولاً: مفهوم المستهلك عبر الإنترنت .

أن توفير الحماية للمستهلك لانة الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية ، بينما اصحاب المنتج هم الاقوى ، كذلك تكون المعاملات الالكترونية يتم التعاقد فيها عن بعد ولا يكون المنتج محل التعاقد بين يدي أو فى حوزة المستهلك ، كما ان البائع يتعاقد الكترونيا مع كل من يرغب في شي من أنتاجه ، وتلك مسألة عادية بالنسبة له ، فمصلحة سئظل دوما قائمة ومحدده، لانة الاعمال التي يؤديها هي سياق حياة ، وكل احتمالات لغرض التعاقد تبقى قائمة طوال الوقت فهو أنما يتم عملية اليومية^(٢٤) ، والعملية الاستهلاكية تبقى ذات خطورة في جميع مراحلها ، ولأنة المستهلك يبقى بدون دعائم تقوي موقفه اثناء التعاقد للحصول على مبتغاه ، وجب على المشرع ضمن النظام العام الحمائي ، أن يوفر الحماية للمستهلك في التعاملات الالكترونية لاستخراج الاليات اللازمة لاعادة التوازن في العملية الاستهلاكية، بما يرفع الخطورة عن المستهلك، ولا يشمل ذلك المستهلك العملي فقط بل يتعداه الى المعاملات الالكترونية الدولية التي تتم عبر النت ويشترك فيها أفراد مستهلكون من غير دولة المنتج أو مقدم الخدمة . مما يستدعي توحيد النظام القانوني الدولي بهدف التنسيق بين المراكز القانونية للمتعاقدين وتأمين حماية افضل للمستهلك^(٢٥)

أ-تحديد المقصود بالمستهلك عبر شبكة الانترنت .

المستهلك مصطلح يتداول في اوساط الاقتصاديين الا اننا نعرفه لكي نوفر له الحماية القانونية^(٢٦)

وأهمية التعريف بالمستهلك إذ يتوقف تحديد نطاق حماية المستهلك في التجارة عبر النت ،

يتعرض المستهلك للغش والخداع والتحايل عند أبرام العقود الالكترونية وتنفيذها ، في الوقت الذي تكون فيه الادوات القانونية على المستوى المحلي والدولي قاصرة عن حماية، وما يزيد الامور تعقيدا من الناحية القانونية، كون العلاقة التعاقدية عبر الانترنت هي علاقة عابرة للدول، تتضمن في غالب الاحيان عنصراً اجنبياً^(٢٧) كما اننا نجد ان الدعاية والاعلان في نطاق العقد الالكتروني بصفة خاصة قد تلعب دورا عظيما في ايقاع المستهلك في غلط يدفعه الى التعاقد دفعا ، خاصة اذا ما اخذنا في الاعتبار قوة شبكة الانترنت من جهة الانتشار، التأثير ،الدعاية ،الاعلان والقدرة على نفاذ بسرعة وسهولة للمستهلك حتى اصبح ذو خيارات محددة ، ليكتشف بعد فوات الاوان أنه ضحية لمؤامرتين ، الاولى من وسائل الدعاية والاعلان والثانية من قبل التاجر أو المنتج صاحب السلعه التي يسوقها عن طريق الانترنت ، كل ذلك يستوجب حماية المستهلك الالكتروني من الغش والتحايل الذي يتعرض له من خلال عقود التجارة الالكترونية عبر النت^(٢٨).

أما القوانين الحماية للمستهلك الوطني. وخاصة في اوربا وامريكا بعدها رائدة في هذا المجال ، هذه القوانين كثيرا ما تفشل في معالجة أي من المشكلات الجديدة التي تواجه المستهلكين نتيجة للابتكار التكنولوجي السريع، التوسع السريع في منتجات تكنولوجيا المعلومات من اجل مواجهة هذه التحديات، ثم وضع النظام العام العملي قوانين جديدة لحماية المستهلك التي تختلف ليس فقط إذ الشكل الذي تتطلبه تلك الحماية ولكن من جهة جوهر هذه الحماية^(٢٩)

ولا يوجد تعريف تشريعي او فقهي محدد له ، مما يؤدي الى تعارض أحكام القضاء وتضاربها عند أسباب الحماية على هذا المستهلك ، ويوجد بوجه عام مفهوم (المستهلك) المفهوم الضيق والمفهوم الواسع .

ويذهب اول الرأيين حيث يصف المفهوم الضيق للمستهلك بأنه الشخص الذي يتصرف الاشباع حاجاته المنزلية أو الاسرية ، مما يؤدي الى انحسار القواعد الاقتصادية الحمائية التي توفرها قوانين الاستهلاك (٢٧) ، أما الرأي الاخر فأنه يصف المستهلك بمفهومية الواسع " كل شخص طبيعي او معنوي يتعاقد بقصد استهلاك مال او استعمال خدمة " . ووفقا لهذا الرأي وهو المرجح عند الباحث فإن الاستهلاك بصورة عامة لا ينصرف الى فئة معينة أو طائفة ، وانما يشمل كل فرد سواء أكان طبيعيا أو معنويا لأنه يوفي الغرض من الاستهلاك ولمعرفة المستهلك وفق ما تقدم نعرضها كما يأتي .

(١)التعريف الضيق للمستهلك : هنالك آراء متفاوتة للفقهاء والتشريع والاحكام القضائية التي تأخذ بتحديد نطاق الحماية القانونية التي يتمتع بها المشتري ((المستهلك)).

(أ)المستهلك في نظر الفقه : فهناك تعريف وفقا للمفهوم الضيق في الفقه المصري على أنه " كل شخص يتعاقد بهدف تلبية واشباع حاجاته ورغباته الشخصية والعائلية " (٢٨) . أما الرأي الاخر الذي يخرج المستهلك لكل من يقوم بأبرام تصرفات قانونية موجهة لأغراض المهنة أو الحرفة (٢٩) ، أما الفقه الفرنسي فهو متأرجح بين الرأيين إذ يشير الفقه Jaques (٣٠) ، أن المستهلك " هو الشخص الذي يصبح طرفا

في عقد للتزود بالسلع أو الخدمات لحاجاته الشخصية غير المهنية وعرفه فقهية آخر هو «Malinvan» المستهلك هو الذي يتعاقد بهدف الاستهلاك لاشباع حاجاته الشخصية أو العائلية " (٣١).

مما تقدم يتفق الباحث مع الفقه الذي يرى أن المستهلك يتمتع بثلاثة صفات .

١- هو شخص يكتسب أو يستعمل سلعة أو خدمة على أن لا تكون لغرض مهني و هذا يجعل الشخص المعنوي ضمن هذه الدائرة كما في الجمعيات أو الاندية غير الربحية .

٢- أن يتعلق محل العقد بالسلع أو الخدمات على ان يتم استعمالها أو اكتسابها لغرض غير مهني بغض النظر عن كونها تستهلك مباشرة أو تدوم لمدة طويلة ، وسواء كانت مواد استهلاكية أو خدمات بمختلف انواعها يدوية أو ذهنية أو عالية .

٣- الغرض من الاستهلاك أن لا يكون بسبب المهنة ، إذ يعد ذلك العنصر المعياري الجوهرى للفرقة بين المستهلك والمهني بمعنى يعد مستهلكا كل من يكتب أو يستعمل سلعة أو خدمة لغرض غير مهني أي اغراض شخصية أو عائلية ، ولكن تظهر مشكلة اخرى بين المستهلك والمهني . وهي عندما يشتري شخص سلعة أو خدمة لغرض مهني أو غير مهني في نفس الوقت فهل يعد مستهلكاً أو مهنياً في هذا الطرف ؟ الفقه الفرنسي قال بأن الفرع يرجع الى الاصل فالاستعمال الغالب للسلعة أو الخدمة تحدد صفتها وهنا أرجع الفقه الحكم الى القضاء بسلطة التقديرية (٣٢).

(ب)تعريف القانوني للمستهلك :

عرف المشرع العراقي في المادة (١)

الصادر في ٢٠ مايو ١٩٩٧ المتعلق بحماية المستهلكين في العقود عن بعد وفقاً للمادة ٢/٢ المستهلك بأنة " كل شخص طبيعي يتصرف لاشباع حاجات لا تدخل في اطار نشاطه المهني أو التجاري ". والتوجيه الاوربي يميل الى فكرة التضيق على معنى المستهلك لشمولة بحماية القانونية^(٣٤).

(ج) أما الموقف القضائي من المستهلك .

فقد مر القضاء الفرنسي في تحديده لمفهوم المستهلك بمرحلتين أساسيتين وهي المرحلة من (١٩٨٧-١٩٩٣) تبنى فيها معيار الاختصاص أو التخصص المهني وأعتبر المهني مستهلكا حيث قضت محكمة النقض الفرنسية ١٩٨٧ بأن المهني الذي يبرم تصرفاً تجارياً يتعلق بتجارة ولكن خارج تخصصه الدقيق فأنه يتشابه مع المستهلك عديم الخبرة والتجارة .

أما المرحلة الثانية فيلاحظ ان محكمة النقض الفرنسية في حكم جديد لها ٢٤ نوفمبر ١٩٩٣ رفضت الدائرة المدنية الاولى تطبيق المادة (١/١٣٢) من قانون الاستهلاك في الدعوى التي كان محلها عقد بيع اشجار تفاح بين المشتل وزارع هذه التشجرات لانه الزارع عده مهني وليس مستهلك ولذلك تنتفي عنه الحماية القانونية للمستهلك وهذا الرأي يتماشى مع المفهوم المقيد لفكرة المستهلك .

وحكم آخر رفضت في وصفه تاجراً مستهلكا بالنسبة للعقد توريد المياة الخاصة بمحلة التجاري ورفضت تطبيق المادة ١/١٣٢ من قانون الاستهلاك والخاص بالشروط التعسفية على هذا العقد لوجود صلة مباشرة بين العقد ونشاط التاجر^(٣٥).

خامساً من قانون حماية المستهلك رقم (١) لسنة ٢٠١٠ العراقي المستهلك " الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يتزود بسلعة أو بخدمة بقصد أفادة منها " بينما لم يتم لحد الان صدور قانون حماية المستهلك السوداني أما قانون حماية المستهلك المصري رقم ٦٧ لسنة ٢٠٠٦ فقد نص في المادة الاولى منه بأنة " كل شخص تقدم الية احدى المنتجات لاشباع احتياجاته الشخصية أو العائلية أو يجري التعامل أو التعاقد معه بهذا الخصوص " ولفظ المنتجات في القانون هنا يشمل السلع والخدمات معاً، فالتعريف السابق يقوم على الغرض من التصرف ، فإذا كان الغرض بعيداً عن نشاطه المهني وغير مرتبط به ، مثل التصرفات التي يجريها لأشباع حاجاته اليومية أو الاسرية فأنه يكون مستهلكا ، بخلاف ما اذا كان الغرض من التصرف يتعلق بنشاط الشخص المهني ، إذ لا يعد في هذه الحالة مستهلكا جديرا بالحماية، ولو أتمم مركزه الاقتصادي بالضعف^(٣٦) أما المشرع الفرنسي فأن يتبنى المفهوم الضيق للمستهلك ، لا سيما أن المادة (٢٥) من القانون رقم (٢٣) الصادر في ١٠ يناير ١٩٧٨ الخاص بحماية المستهلك من الشروط التعسفية، وكذا قانون الاستهلاك الفرنسي الصادر في ٢٦ يوليو ١٩٩٣ .

كما عرفة التوجيه الاوربي رقم ٩٣/١٣ بشأن الشروط التعسفية في العقود المبرمة مع المستهلك في المادة (٢) بانها " تلك العقود التي تبرم بين التاجر والمستهلك والتي يبرمها هذا الاخير بصفة عامة لإغراض الشخصية وليس لأغراض تجارية أو مهنية " .

كما عرفة التوجيه الاوربي رقم (١٩٩٧/٧)

ويرى الباحث من مجمل المواقف التي تبناها الفقه، والقانون القضاء بالنسبة للمفهوم الضيق للمستهلك، أن الحماية القانونية التي يجب أن توفر للمستهلك ضمن المفهوم الضيق يكون النظام العام الحمائي هو الغطاء القانوني لها، غير أن حصر المستهلك بالشخص الطبيعي أمر لا يحقق العدالة في كثير من أوقات، وعليه يجب معالجة الحالات التي يكون فيها الشخص المعنوي هو الطرف الضعيف في التعاقد وخاصاً في المجالات العلمية التخصصية الدقيقة وجعل المعالجة لها ضمن السلطة التقديرية للقضاء

(٢) التعريف الواسع للمستهلك : تباينت الاراء لاصحاب الاتجاه الذي ينادي بتوسيع نطاق الحماية على هذا النحو .

(أ) التعريف الفقهي الواسع للمستهلك : وسع اصحاب هذا الرأي وادخلوا كل من يستعمل مالا أو خدمة في دائرة المستهلكين وبذلك يعرف المستهلك بأنه " كل شخص يتعاقد بهدف الاستهلاك " . كما يذهب هذا الاتجاه على أنه يشمل كل شخص يقوم بتصرف قانوني، من أجل استخدام السلع والخدمات ، باستخدام الشخصي أو المهني ، أي أن المهني قد يكون شخصاً طبيعياً أو شركة أو منتجاً وذلك يشمل المعاملات التجارية بين المنتجين انفسهم ، أي المعاملات التي تتعلق بنشاطهم المهني ، بشرط أن لا تكون ضمن اختصاصهم المهني .

هذا وقد تناول الوسائل القانونية لضبط فكرة المستهلك في اطار الاتجاه الموسع فظهر معياران الاول : هو معيار عدم الاختصاص والمعيار الثاني المعيار لاسناد المباشر على النمو التالي (٣٦) ، معيار عدم الاختصاص .

وهو معيار اكثر اتساعاً ويتوافق مع المقارنة التي أجرتها قوانين الاستهلاك بين المهني والغير مهني ، أي يعني عندما يتعاقد المهني على خدمات أو منتجات لا تمس عملة المهني فإن ذلك يدخل ضمن الحماية القانونية للمستهلك .

أما المعيار الاخر : فهو المعيار المباشر، يعتمد على وجود صلة تربط بين العقد الذي تم والمهنة التي يمارسها أي أن هذا المعيار يخدم بالدرجة الاساس المهني . وانتقد هذا المعيار على وصف أنه يهدم الاساس الذي يقوم عليه تعريف المستهلك ، بالاضافة الى انه لا يؤدي الى حماية الطرف الضعيف في الرابطة العقدية أي لا يحمي المستهلك . ويرى الباحث تأييد ما ذهب اليه الاتجاه الاول لانه المهني خارج اختصاصه يجب أن يعامل معاملة خاصة لا تحرمه من حقوق المواطنة أي يعامل كباقي الافراد ويفضل في نطاق الحماية القانونية للمستهلك، وحمايته تستند الى أن مهنة لا تقدم له أي امتياز يختلف عن الافراد العاديين من المستهلكين ولذلك فإنه يدخل ضمن حماية النظام العام للمستهلك .

- التعريف بالمستهلك عن طريق التشريع .

من التشريعات التي اخذت بالمفهوم الموسع لمصطلح المستهلك التشريع العراقي والتشريع العماني والتشريع التونسي ، التشريع العراقي (٣٧) ، عرف المستهلك في المادة الاولى الفصل الاول من قانون حماية المستهلك رقم (١) لسنة ٢٠١٠ م بأنه " الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يتزود بسلعة أو خدمة بقصد الاستفادة منها " ويلاحظ على هذا التعريف أن المشرع العراقي أخذ بالمعنى الواسع للمستهلك حيث ادخل الشخص المعنوي واستعمل السلع

والخدمات وهو ما يعطي شمولية وسعة وتكامل للمعرف و أما المشرع العماني (٣٨) ، فقد عرفه وفق المرسوم السلطاني (٢٠١٤/٢٦) بأنه "كل شخص طبيعي أو اعتباري يحصل على سلعة أو يتلقى خدمة بمقابل أو بدون مقابل ، وهو تعريف لا يختلف عن التشريع العراقي من إذ الشخص الاعتيادي ولكنه ادخل عبارة بدون مقابل إذ جعل الاستهلاك لذاته سواء كانت بالمقابل أو بدون مقابل ويبدو أنه كان أكثر تحديدا لهذا المفهوم ممن سبقة .

أما التشريع التونسي (٣٩) ، فإن قانون حماية المستهلك ظهر في القانون رقم (٩٢/١١٧) الصادر بتاريخ ٧ ديسمبر ١٩٩٢ المتعلق بحماية المستهلك عرفة بأنه " الطرف الذي يشتري منتجاً لغرض استهلاكه " .

وهو تعريف يتسم بالغموض فمن هو الطرف المقصود هل هو الشخص الطبيعي أو الطبيعي والمعنوي ولماذا لم يتطرق الى الخدمات ، علاوة على ذلك لم يبين هذا التعريف الفرق بين المستهلك والمهني ، فهذا الأخير يمكن له شراء منتج ، (لغرض الاستهلاك) في ادارة اعماله أو نشاطاته التجارية ، ويمكن أن يكون سبب النقص يرجع الى أنه من اوائل القوانين التي عالجت هذه المشكلة قبل نظيرة الفرنسي والاربي الذين لم يضعوا قانونا ينظم القواعد التي تكفل حماية المستهلك الا سنة ١٩٩٣ (٤٠)

(٣) التعرف القضائي للمستهلك .

أتجة محكمة النقض الفرنسية الى أضفاء صفة المستهلك على الشخص المعنوي ، بعد أن تبنى القضاء الفرنسي احكاماً في صالح

الاتجاه الموسع لفكرة المستهلك ، فقد قضت بأعتبر احدى الشركات التجارية العاملة في مجال العقارات من قبيل المستهلكين على اساس أن تعاقدتها كان خارج مجال تخصصها ، وذلك بفرض الاستفادة من نصوص قانون حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية الصادر في ١٠ يناير ١٩٧٨ ، إذ كانت هذه الشركة قد تعاقدت على شراء جهاز بغرض حماية مواقعها ، إلا أنه تبين فيما بعد أن هذا الجهاز به بعض العيوب الفنية ، فأقامت الشركة دعوى قضائية يطلب أبطال العقد الذي يربطها بالبايع ، عدت المحكمة شروط العقد التعسفية ، وأن الشركة تعمل في مجال العقارات الا أن هذا التعاقد خارج نطاق تخصصها الفني والتقني بنظام اجهزة الانذار .

وأن الشركة تعد في مكانه تساوي المستهلك العادي (٤١) ، وهو ما يمثل المرحلة الاولى للقضاء الفرنسي التي سبق الاشارة اليها، إلا أن هذا الاتجاه تغير منذ عام ١٩٩٣ ليتجه القضاء الفرنسي الى تضيق مفهوم المستهلك قاصداً بذلك قصر الحماية التي يقرها القانون للمستهلك على الشخص غير مهني .

رأي الباحث : بعد تناولنا موضوع المستهلك نرى أن النظام العام الاقتصادي، والاجتماعي الحمائي وضع محددات حقيقية لحماية الطرف الضعيف في الفقه والتشريع والقضاء ، على الرغم من تباين التشريعات لموضوع الشخص المعني بالحماية وهو شخص طبيعي بعده الطرف الضعيف في مواجهة الشركات الي لها من الوسائل ما يجعلها تتجاوز على حقوق المستهلك ، أما فيما يخص الشخص المعنوي فهناك من الاشخاص المعنوية من هم بحاجة

الى الحماية القانونية التي يوفرها النظام العام الحمائي ، وذلك لوجود اساليب في هذا المجال الحديث تمتاز بحرفية وتقنية عالية تجعل من العسير اكتشافها في حينها حتلا للبعض من الاشخاص المعنوية ، وأن تحديد ضوابط لهذه الفئة ضمن النظام العام الحمائي مطلب يحقق العدالة .

الفرع الثاني

حماية المستهلك من الجور في تعاملاته الالكترونية

عندما نهض النظام العام الاقتصادي والاجتماعي الحمائي لتوفير الحماية للمستهلك وحفظ حقوقه وضمان تلك الحقوق في مواجهة أصحاب المصالح (المهنيين بكافة اشكالهم) إذ تعد حماية المستهلكين أهم القضايا التي يواجهها المتعاملون في التجارة الالكترونية ولهذا عندما يبرم المستهلك الصفقات عبر كل وسائل التجارة الالكترونية ، حيث تعزى هذه المخاطر الى طبيعة العالمية أو أنفتاحية لشبكة الانترنت، وغياب المعلومات عن طبيعة الاموال والخدمات المعروضة ، كما انه لا يوجد اتصال مباشره بين البائع والمشتري ، وعدم إمكانية التأكد من شخصية وهوية مؤدي الخدمة. الامر الذي جعل النظام العام الاقتصادي الحمائي يضع محددات قانونية وقضائية لأجل حماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية حتى لو كانت ضمن سلطان الارادة . وعلى سبيل المثال فإن البرلمان الاوربي دعى الى ضرورة توفير هذه الحماية اثناء ما اصدره في قراره (في ٦ ابريل ٢٠١١) تحت عنوان ” سوق واحد للشركات والنمو ” حيث جاء

في المادة (٢٠) من هذا القرار تحت عنوان ” السوق الرقمية الموحدة“ ، تدعو المفوضية الاوربية والدول الاعضاء الى اتخاذ التدابير الملائمة لتعزيز ثقة قطاع الاعمال والمواطنين في مجال التجارة الالكترونية ، اثناء من خلال ضمان مستوى عال لحماية المستهلك في هذا المجال..^(٤٢) وتسهم الجهود الاخيرة التي قام بها الاتحاد الاوربي ، والمحاكم الامريكية، ولجنة التجارة الاتحادية في توفير درجة معينة من الحماية للمستهلكين، إذ توجد بعض صور التصرفات التي تتم بين غائبين، مثل البيوع الجبرية والبيوع الاستفزازية أو الاستدرجية التي تستهدف انتزاع موافقة أو رضا المستهلك دون أن يكون لديه فرصة في التفكير ، وتم حظر هذه التصرفات من قبل التوجهات الاوربية ومنع تزويد المستهلك سلعة أو خدمة لم يطلبها والا فأنه غير ملزم بسدادها^(٤٣).

اولاً: الحماية التشريعية ضمن النظام العام الحمائي للمستهلك . من اوائل الدول التي أظهرت اهتماما بوضع تشريع يحكم عملية ارسال رسائل البريد الالكتروني غير مرغوب فيها او ال spam ، فقد اصدر الكونجرس الامريكي تشريعا جديداً في ١٧ تموز سنة ٢٠٠٠ وهو : Unsolicited commercial electrince act الذي يضع على عاتق مطلقي الرسائل الدعائية مجموعة من الالتزامات، أبرزها تضمين هذه الرسائل بياناً واضحاً الطبيعية المرسل سواء الدعائية أو التجارية، وبيان اخر لحقوق المرسل اليه في ابلاغ المرسل رغبة في عدم تلقي البريد الدعائي، ويتم ذلك عن طريق البريد الالكتروني^(٤٤) كما تتم المصادقة من قبل الرئيس الامريكي على قانون التحكم في الرسائل الالكترونية

غير المرغوب فيها سواءً كانت في صورة المواد الاباحية أو التسويقية يعرف هذا القانون اختصاراً (CAN-SPAM ACT) والرساله البريد الالكتروني هي ” أي رسالة بريد الكتروني الغرض الاساس منها هو الاعلان أو الترويج التجاري لمنتج أو خدمة تجارية ، بما في ذلك محتوى الموقع على شبكة الانترنت الذي يعمل لأغراض تجارية “ . والقانون يسمح للمسوقين بأرسال البريد الالكتروني التجاري غير المرغوب فيه طالما انه يتم الالتزام بثلاثة انواع اساسية من الالزامات تم تعريفها في قانون CAN-SPAM تتمثل في التقيد بالغاء الاشتراك في جميع رسائل البريد الالكتروني ، يمكن للمستهلكين استبعاد الطلبات في غضون (١٠) ايام واخيراً الالتزام بمحتوى الرسالة، وهنا يلاحظ ان المشرع الامريكي قد اتخذ موقفاً وسطاً بين حظر وإباحة ارسال الرسائل البريد الالكتروني غير مرغوب فيها . أما المشرع الفرنسي فأنة تعرض لذلك بقانون الثقة في الاقتصاد الرقمي LCEN الفرنسي الصادر في ٢١ تموز ٢٠٠٤ لمسألة تنظيم البريد الالكتروني غير مرغوب فيه ، عندما نصت المادة ٢٢ منه:أستخدم عناوين رسائل الكترونية في إغراض تجارية دعائية يخضع للرضا المسبق من جانب الأشخاص المعنيين^(٤٥) ويرى الباحث غياب التشريع المماثل في القوانين العربية الذي يوكب قوانين الدول الغربية ، وهذه القوانين مهمه في نطاق الحماية القانونية ضمن النظام العام الحمائي لأن هذا المجال حديث وواسع ويحتاج الى تشريعات كثيرة لمعالجة المشاكل الجديده التي تظهر في عالم التجارة الالكترونية ، وهذا مما يجعل زيادة كبيرة في المشاكل التي تظهر في

الدول العربية ولا يوجد لها حلول حقيقية.

ثانياً : الحماية القضائية للمستهلك .

ضمن النظام العام الاقتصادي والاجتماعي الحمائي وما يوفره من حماية للمستهلك عن طريق القضاء إذ نرى احكام القضاء وبصفة خاصة في الولايات المتحدة الامريكية وكندا مشددة في مواجهة الرسائل الالكترونية غير المرغوب فيها .

إذ أصدر القضاء الامريكي والكندي لمواجهة رسائل spam الحكم الصادر في قضية

Facebook jnk. V.adam Guerbuez and Atlontis Blue Capital إذ إصدارت المحكمة الجزائية في شمال مقاطعة كاليفورنيا في الولايات المتحدة الامريكية حكماً في (٢١ نوفمبر ٢٠٠٨) وانتهى الحكم الى الزام (Adam Buerbuez) وشركة (Atlantis Blue capital) بدفع مبلغ 873277200 دولار لصالح موقع التواصل الاجتماعي في امريكا^(٤٦) facebook us وذلك تعويضا للموقع عن قيام الشركة (Atlantis Blue capita) والتي يقع مقرها في كندا بإرسال اكثر من (٤) ملايين رسالة من البريد المزعج اثناء شبكتها ، تنتهك به حسابات مستخدمي موقع التواصل الاجتماعي فيس بوك في مخالفة للقانون الامريكي لمكافحة اعتداء المواد الاباحية والتسويقية الصادر في ٢٠٠٣ (CAN-SPAM ACT) .

هذا وتم عرض امر التنفيذ ذلك الحكم على

المحكمة مقاطعة كيبيك في كندا والتي أصدرت بدورها قرارا بتنفيذ ذلك الحكم^(٤٧).

وهذا الحكم يبين خطورة النتائج التي ظهرت في الحكمين ، سواءاً من المحكمة الأمريكية أو الحكم التنفيذي الصادر من مقاطعة كيبيك، الأمر الذي يتطلب مراعاة القائمين على الممارسات التسويقية على الانترنت لضمان توافقها مع قوانين كل من أمريكا وكندا .

لمنع التضليل بتغير المواصفات . وهذه الحالة هي خداع المستهلك إذ يتعاقد على سلعة معينة بمواصفات محددة ولكن عند الاستلام والمعاناة يتبين للمستهلك وجود اختلاف عن ماحملته له الاعلانات الكاذبة .

كما يذهب القضاء الفرنسي للحماية من الاعلانات الكاذبة كما في قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر في ٥ نوفمبر عام ١٩٩٨ من الدائرة المدنية ، والزم المحكمة حيث اثبات علم المشتري بمواصفات السلعة المباعة على عاتق التاجر ، وطبقت قانون امارة لوكسمبرج على المشتريين في فرنسا^(٤٨).

وترجع وقائع الدعوى أن زوجين قاما بالانتقال الى لوكسمبورج لأستلام سيارة قاما بشرائها بعد رؤيتهم اعلانا عنها اثناءموقع الشركة تدعى SARL Occasion Angelom على الانترنت ، وعندما انتقلا الى مقر الشركة وجدا أن موديل السيارة على الانترنت مختلف عن موديل السيارة التي تعاقدوا على شرائها ، فأقاما دعوى تعويض على الشركة بسبب هذا التضليل امام المحكمة الكائنة في موطنهما وهي محكمة Jurisdiction de

proximite dEpernay ، التي طبقت قانون امارة لوكسمبورج ، ولقد الزمت الشركة في حكمها الصادر في ١٣ ديسمبر ٢٠٠٥ بتعويض المدعين مبلغ ٣٤٣٤٠٠٠ يورو، وقامت الشركة بالطعن على الحكم الصادر، ورفض الطعن ، على اساس أن الشركة لم تثبت أن الزوجين كانا على علم بعدم مطابقة موديل السيارة المعروضه للبيع عن تلك التي قاما بالتعاقد عليها ، والمعلن عنها من خلال موقع الشركة على الانترنت وأن قانون امارة لوكسمبورج لاسيما قانون الاستهلاك هو القانون الواجب التطبيق على الواقعة .

ويرى الباحث اثناء أحكام السابقة أن القضاء قد أخذ بمبدأ النظام العام الحمائي لتوفير حماية حقيقية في هذه الاحكام ، اثناء الحكم الصادر الذي يبين فعالية النتائج التي ظهرت في الحكمين وما تمثله من عملية ردع حقيقي لكل من يتعامل بسوء وخداع في هذا النوع من التجارة ، الامر الذي يتطلب من كل المتعاملين في هذا المجال التسويقي أن يضعوا بالحسبان هذه الاحكام الرادعه التي تعزز الثقة بالأحكام القضائية ضمن النظام العام الحمائي .

الخاتمة

أن ظهور النظام العام الحديث هو نتيجة طبيعية لتطور فكرة ومبادئ النظام العام التقليدي الذي أصبح لا يواكب التوسع الهائل في الحياة الاقتصادية، والأجتماعية للمجتمعات، إذ أظهرت قصور النظام العام التقليدي فكان لا بد من حركة توسع لأليات عمل النظام العام، تتماشى مع التطورات التي تجري بسرعة

٤- د.نزوية المهدي ، المدخل لدراسة القانون ، الجزء الاول ، مكتبة النهضة ، ط٣ ، ١٩٨١ ، ص ٦٤

5. G.Ripert , Lordre economique op.cit ...p 42

٦- د.نزويه المهدي ، محاولة توثيق بين المذهب الشخصي والموضوعي في الالتزام ، مجلة القانون والاقتصاد المصرية ، مطبعة جامعة القاهرة ، عدد ١٠٢ ، ب ط ، ١٩٨٢ ، ص ٢٩

٧- د.محمد طه ابراهيم ، ” مشروعية محل الالتزام بين الشريعة والقانون ” ، دار النهضة ، القاهرة ١٩٧٩ ، ص ٩٦ .

٨- د.ابو جعفر عمر المنصوري ، المرجع السابق ، ص ٣٣٦

9- Farjot : lordre public economiques , op- cit p43

١٠-جاك حبستان ، الالتزامات ، نظرية العقد ، باريس، ١٩٨٠ ، بند ١١٩ ص ٨٤

١١-طه محمد ابراهيم سيد ، ”مشروعية محل الالتزام بين الشريعة والقانون ، دار النهضة العربية ، القاهرة، ب ط ، ١٩٩٧ ، ص ٩٦

12-www.Iraq-IG-Iaw-org-com

١٣-جاء في المادة الاولى من امر فاتح دجيتير ١٩٨٦ بشأن حرية الاسعار والمنافسة بفرنسا

”les prix des biens , produits et services rel- erant antierien rement de la dite ordon- nance sont librement determines parle jeude la comcurrere.“.....

١٤-ابو جعفر عمر المنصوري ، المرجع السابق ، ص ٣٤٤ .

١٥-محمد الكثير ، الكراء المدني والكراء التجاري،مطبعة النجاح ، الدار البيضاء ، ط٢، ٢٠٠١ ، ص ٩

في كافة مناصي الحياة، فكان لا بد من تدخل الدولة بعدها الساهرة على مصالح مواطنيها في حركة الاقتصاد وتوجيهه الى غايات مدروسة تستطيع اثناء تأمين المتطلبات الكثيرة لأفراد المجتمع بما يؤمن مصالح الدولة ومصالح الأفراد ، وهذا التدخل شمل كل شئ أبتدأ من ضبط حركة سلطان الأرادة في العقود الى التدخل في تفاصيل هذه التعاقدات وتوجهها نحو تكامل اقتصادي يخدم المصلحة العامة للدولة ، حتى لو ضحية بمصالح بعض الأفراد، كما أن الطريق الأخر الذي تدخلت به الدولة هي الزيادة في المفردات التي يتدخل بها النظام العام الحمائي و توجيهه للفئات الأكثر ضعفاً ومنها (المستهلك) وجعل النظام العام الحمائي يتدخل في تفاصيل العقود اذا ما شابها غبن أو تدليس أو طرق احتيالية تؤدي في النتيجة الى حصول اعتداء على حقوق الطرف الضعيف (المستهلك) بما يجعل سلطة الدولة واضحة في الحفاظ على التوازن بين أطراف المجتمع كافة سواء كانت أطراف قوية أو ضعيفة , فهي تنتصر للضعيف وتكبح جماح القوي لتحقيق توازن مطلوب ، هو من صميم عمل الدولة .

الهوامش

١. ابن ماجه : الجزء الثاني ، دار الفكر ، بيروت ، لسنة ٢٧٥ هـ ، ص ٩٢ .

٢. طه محمد ابراهيم السيد، مشروعية محل التزام بين الشريعة والقانون، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ب ط ، ١٩٩٧ ، ص ٣٣٩ .

3. farjat : lordre public economique , These ,Dijon , 1961 , p=38

٢٤-د.اسامة احمد بدر ، ضمانات المشتري في عقد البيع الالكتروني ، دار الجامعة الجديدة ، طبعة ٢٠١١ بند ١١ ، ص ١٩ .

٢٥-د/خالد ممدوح ، حماية المستهلك في عقود التجارة لالالكترونية مقال منشور في -http://www.pal-moon.net/7/topic-2810-65htm

٢٦-د.محمود عبد الرحيم الديب ، الحماية المدنية للمستهلك ، دار الجامعة الجديدة ، ٢٠١١ ، ص ٩ .

٢٧-د.نبيل محمد احمد صبيح ، حماية المستهلك في التعاملات الالكترونية ، منشور بكلية الحقوق جامعة الكويت ، العدد الثاني ، لسنة ٣٢ ، ٢٠٠٨ ، ص ١٧٤ .

٢٨-د.جمال زكي الجريدي ، البيع الالكتروني للسلع المقلدة عبر شبكة الانترنت ، الطبعة الاولى ، دار الفكر الجامعي ، ٢٠٠٨ ، ص ٦٦ .

٢٩-محمد مسلوم ، حماية المستهلك من الشروط التعسفية اثناء العقد ، مجلة المحاكم المغربية ، عدد ١٠٠ يناير - فبراير ، ٢٠٠٦ ، ص ١٠٤ .

٣٠-يوسف الزوجال ، مفهوم المستهلك في التشريع والفقهاء والقضاء المغربي والمقارن ، ص ٢٥ الموقع الالكتروني : http://www.majalah.new.ma

31-Philippe malinvand : «La protection des consommateurs» , RDS ,1981 ,7eme cahier , chron, p 49

٣٢-منير البصري -احمد المنصوري ، حماية المستهلك من الشروط التعسفية عيف منشور في

http://droitcivil.over-blog.com/article-5145031.htm

٣٣- نافذ ياسين محمد المرهون ، النظام القانوني لحماية التجارة الالكترونية ، رسالة لنيل الدكتوراه في الحقوق ، ٢٠٠٧ ، ص ١٨٧ .

٣٤-نبيل محمد احمد صبيح ، حماية المستهلك في

١٦-احمد ماسي ، مفهوم النظام العام في قانون الشغل ، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا ، جامعة محمد الخامس ، كلية الحقوق ، ١٩٨٤ ، ص ٣٦ .

١٧-(١)طه ابراهيم محمد : ” مشروعية محل الالتزام بين الشريعة والقانون “ ، دار النهضة العربية، ١٩٧٩ ، ص ٩٧

١٨-د/ابراهيم الدسوقي ابو الليل ، العقد غير لازم،دراسة بين الشريعة القانون ، جامعة الكويت ، ط١، ١٩٩٤ ، ص ٣٥ .

١٩-وقد بينت محكمة النقض المصرية في حكم لها عام ١٩٧٤ المقصود بالسلع الضرورية بقولها :” السلع الضرورية هي التي لا غنى عنها للناس ، والتي لا تستقيم مصالحها بدونها ، إذ يكونون في وضع يضطرهم الى التعاقد بشأنها ، ولا يمكنهم رفض الشروط التي يضعها الموجب ، ولو كانت جائرة وشديدة ، كما ان افراد الموجب بأننتاج سلعة او الاتجار فيها لا يعد احتكارا يترتب عليه عد العقد المبرم بشأنها من عقود إذعان ما لم تكن السلعة من الضروريات الاولية للجمهور بالمعنى المتقدم ، مجموعة المكتب الفني ، الطعان رقم ٣٩٦ ، ٣٩٨ س ٣٧ ق ، س ٢٥ ، جلسة ١٢/٣/١٩٧٤ ، ص ٤٩٢ .

20-Ghesfin :Traite de Droit civil,les obligations,le contrat L.G.D.J. 1980 ,cit ,n122,p=88

٢١-د.عبد الفتاح حجازي، التجارة الالكترونية وحمايتها القانونية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية ، ٢٠٠٠، ص ١٠

٢٢-د.حداد العيد ، الحماية المدنية والجناحية للمستهلك برلنت ، المؤتمر المغربي الاول حول المعلوماتية والقانون اكااديمية الدراسات العليا طرابلس ليبيا ٣٠/٢٧ اكتوبر ٢٠٠٩ ، ص ٣

٢٣-د.صفوان حمزة ابراهيم عيسى الهواري ، مرجع سابق ، ص ٢٧٩ .

٤٥-نبيل محمد احمد صبيح، حماية المستهلك في
التعاملات الالكترونية ، المرجع سابق، ص ٢٠١
46-facebook , Inc , v.Adam Gnerbuez
and Atlantis Blue capital case number
5:2008 cv 03889 – posted on site.

المشار اليه في د.صفوان الهواري ، المرجع السابق ،
ص ٢٩٩ .

٤٧-من التطبيقات العملية على الاعلان
الالكتروني،الرسائل القصيرة التي يتم ارسالها
الى الهواتف النقاله للمستهلكين او الى البريد
الالكتروني، وقد تكون هذه الرسائل مصحوبة
بالصوت و الصورة .

٤٨-هاله جمال الدين محمد محمود ، الاحكام الخاصة
في اثبات عقود التجارة الالكترونية الدولية وفقا
لطرق الاثبات الحديثة ، رسالة دكتوراه بقانون
التجاري،كلية الحقوق جامعة القاهرة ، ٢٠١١ م
ص ١٩٦ .

قائمة المصادر والمراجع

اولا: الكتب العربية

١. ابراهيم الدسوقي ابو الليل ، العقد غير
لازم ، دراسة بين الشريعة القانون ، جامعة
الكويت ، ط١، ١٩٩٤ .

٢. احمد ماسي ، مفهوم النظام العام في
قانون الشغل ، رسالة لنيل دبلوم الدراسات
العليا ، جامعة محمد الخامس ، كلية الحقوق ،
١٩٨٤ .

٣. اسامة احمد بدر ، ضمانات المشتري في
عقد البيع الالكتروني ، دار الجامعة الجديدة ،
طبعة ٢٠١١ بند ١١ .

٤. جاك حبستان ، الالتزامات ، نظرية

التعاملات الالكترونية ، المرجع السابق ، ص ١٧٦
٣٥-منير البصري – احمد المنصوري ، حماية المستهلك
من الشروط التعسفية ، المرجع السابق، ص ٢
٣٦-د.صفوان حمزة ابراهيم عيسى الهواري ، مرجع
سابق ، ص ٢٨٨ .

٣٧-قانون حماية المستهلك العراقي رقم (١) الصادر
سنة ٢٠١٠

٣٨-قانون حماية المستهلك العماني رقم (٦٦) لسنة
٢٠١٤ .

٣٩-قانون حماية المستهلك التونسي رقم (١١٧/٩٢)
بتاريخ ٧ ديسمبر ١٩٩٢ .

٤٠-يوسف الزوجال ، مفهوم المستهلك ، المرجع
السابق ، ص ٢٠٠ .

41-cass cir , 1,28 arril 1987 , somm .p455
obs-Aubert : 6/1/1993 J-C-P-1993 note
paisant

مشار لهذا القرار لدى عبدالله ذيب عبدالله محمود ،
حماية المستهلك في التعاقد الالكتروني ، اطروحة
ماستر،كلية الدراسات العليا ، جامعة النجاح
الوطنية ، نابلس ، ٢٠٠٩ ، ص ١٧ .

42-Hossein kaviar ,Abolfazl Ahmadi , Ju
dicial Jurisdiction solutions for Elec
tronic consumer contracts in European
Union Date :7/5/2011 on site

مشار اليه د.صفوان حمزه الهواري ، المرجع السابق،
ص ٢٩٤

43-j.passa «commerce electronique et la
protection du consommateur in le Dal
loz – cahierdroit des affaires 2002 – p
555

٤٤-طوني ميشال عيسى ، التنظيم القانوني لشبكة
الانترنت ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق الجامعة
اللبنانية بيروت ، ٢٠٠١ ، ص ٢٦٧ .

- العقد، باريس، ١٩٨٠، بند ١١٩ .
٥. ابوجعفر عمر المنصوري، فكرة النظام العام والأداب العامة في القانون والفقه مع التطبيقات القضائية، دار الجامعة الجديد، طرابلس .
٦. جمال زكي الجريدي، البيع الالكتروني للسلع المقلدة عبر شبكة الانترنت، الطبعة الاولى، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٨ .
٧. حداد العيد، الحماية المدنية والجنائية للمستهلك برلنت، المؤتمر المغاربي الاول حول المعلوماتية والقانون اكااديمية الدراسات العليا طرابلس ليبيا ٢٧/٣٠ اكتوبر ٢٠٠٩ .
٨. صفوان حمزة ابراهيم عيسى الهواري، الأحكام القانونية لعقود التجارة الالكترونية، ط٣، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٦ .
٩. طه محمد ابراهيم السيد، مشروعية محل التزام بين الشريعة والقانون، دار النهضة العربية، القاهرة، ب ط، ١٩٩٧ .
١٠. طوني ميشال عيسى، التنظيم القانوني لشبكة الانترنت، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق الجامعة اللبنانية بيروت، ٢٠٠١، ٤ .
١١. عبدالفتاح حجازي التجارة الالكترونية وحمايتها القانونية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٠ .
١٢. عبدالله ذيب عبدالله محمود، حماية المستهلك في التعاقد الالكتروني، اطروحة ماستر، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، ٢٠٠٩ .
١٣. قانون حماية المستهلك التونسي رقم (١١٧/٩٢) بتاريخ ٧ ديسمبر ١٩٩٢ .
١٤. قانون حماية المستهلك العراقي رقم (١) الصادر سنة ٢٠١٠ .
١٥. قانون حماية المستهلك العماني رقم (٦٦) لسنة ٢٠١٤ .
١٦. القزويني ابن ماجه: الجزء الثاني، دار الفكر، بيروت، ٢٧٥ .
١٧. محمد الكثير، الكراء المدني والكراء التجاري، مطبعة النجاح، الدار البيضاء، ط٢، ٢٠٠١ .
١٨. محمد طه ابراهيم، ” مشروعية محل الالتزام بين الشريعة والقانون ”، دار النهضة، القاهرة ١٩٧٩ .
١٩. محمد مسلوم، حماية المستهلك من الشروط التعسفية اثناء العقد، مجلة المحاكم المغربية، عدد ١٠٠ يناير - فبراير، ٢٠٠٦ .
٢٠. محمود عبد الرحيم الديب، الحماية المدنية للمستهلك، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١١ .
٢١. نافذ ياسين محمد المرهون، النظام القانوني لحماية التجارة الالكترونية، رسالة لنيل الدكتوراه في الحقوق، ٢٠٠٧ .

٢- منير البصري - احمد المنصوري ،
حماية المستهلك من الشروط التعسفية بحث
منشور في

<http://droitcivil.over-blog.com/article-5145031.html>

3-

<http://www.majalah.new.ma>

ثالثا: الكتب الاجنبية

1 - farjat : lord republic
economique , These ,Dijon , 1961

2- Philippe malinvand : “La protection des consommateurs” , RDS
,1981 ,7eme cahier , chron

3- Ghestin :Traite de Droit
civil,les obligations,le contrat
L.G.D.J. 1980 ,cit ,n122

٢٢. نبيل محمد احمد صبيح ، حماية
المستهلك في التعاملات الالكترونية ، المرجع
السابق .

٢٣. نبيل محمد احمد صبيح ، حماية
المستهلك في التعاملات الالكترونية ، منشور
بكلية الحقوق جامعة الكويت ، العدد الثاني،
لسنة ٣٢، ٢٠٠٨ .

٢٤. نزيه المهدي ، المدخل لدراسة القانون،
الجزء الاول ، مكتبة النهضة ، ط٣ ، ١٩٨١ .

٢٥. نزيه المهدي ، محاولة توثيق بين
المذهب الشخصي والموضوعي في الالتزام،
مجلة القانون والاقتصاد المصرية ، مطبعة
جامعة القاهرة ، عدد ٢، ١ ، ب ط ، ١٩٨٢ .

٢٦. هاله جمال الدين محمد محمود ، الاحكام
الخاصة في اثبات عقود التجارة الالكترونية
الدولية وفقا لطرق الاثبات الحديثة ، رسالة
دكتوراه بقانون التجاري ، كلية الحقوق جامعة
القاهرة ، ٢٠١١ م .

٢٧. يوسف الزوجال ، مفهوم المستهلك
في التشريع والفقهاء والقضاء المغربي والمقارن.

ثانيا: المواقع الالكترونية

١- خالد ممدوح ، حماية المستهلك في
عقود التجارة الالكترونية مقال منشور في
<http://www.palmoon.net/7/topic-2810-65htm>

The determinants of modern public order

Assit.Tech.Abdul Kareem Jassim^(*)

Abstract

In This new type of public order , The work of this system is extensive work and includes guidance and protection , where the public order is divided into the general economic and social guideline and the criminal public order , the general economic and social guideline system aims to enable the state authority to determine the destinations of the contract , whether traditional or electronic , through along series of orders and determinations at all stages of the contract , Ensuring that the movement of contracts is consistent with the supreme interest of the state and its social and economic policies , Here is the intervention either by directing , defining or setting the conditions in order to determine the power of will in the mold desired by the state and in order to secure its policy , Then comes the role of public protectionist system , which is the other type of modern with the process of contracting , To impose protection for the weaker party in the contracting process , Here the consumer is the most important target of this type of public order , And works to protect him at this stage if he was subjected to fraud or deception or the contract was a contract of obedience , the protective public intervenes in favor of the consumer in inlifting the injustice and returning the contract to the balance , which makes the consumer in legal protection harm is far him .

^(*)Al- Salam University/ Law Dept



قراءة قانونية في قانون إقامة الأجانب الجديد رقم ٧٦ لسنة ٢٠١٧

م. م آيات محمد سعود (*)

إعادة النظر بإحكامه وبما يتلاءم و الظروف
الموضوعية لجمهورية العراق ومن أجل
تشجيع الاستثمار والسياحة وتسهيل الحصول
على سمة الدخول تم تقنين هذا القانون.

الكلمات المفتاحية: قانون الإقامة الجديد ،
إقامة الاجنبي، سمات الأجني، إبعاد الأجني،
اخراج الأجني.

المقدمة

لا توجد دولة في العالم ليس فيها أجانب
ويكاد لا يوجد شخص لم يحمل صفة الأجني
في يوم من الأيام لفترات قد تطول أو تقصر
بسبب التعرب عن الوطن سواءاً للدراسة أو
للعمل أو السياحة أو العلاج أو الحج وغيرها،
وقد ازدادت الحاجة إلى انتقال الأشخاص من
دولة إلى أخرى منذ أن ظهر نظام الدولة،
ووجود الأجني داخل اقليم الدولة يحتم عليها
أن تمنحه مركزاً قانونياً يؤهله بالتمتع بمجموعة
من الحقوق القانونية ، ويتم تنظيم ذلك المركز
بموجب منظومة مستقلة من القوانين المعنية
بشأن الأجني كقانون إقامة الأجانب، ففي
العراق صدرت عدة قوانين تنظم إقامة الأجني
كالقانون رقم (٣٦) لسنة ١٩٦١ والقانون
رقم (١١٨) لسنة ١٩٧٨ والقانون رقم
٧٦ لسنة ٢٠١٧، وما يمنها في ذلك القانون
الأخير كون دراستنا تتمحور حوله فقد صدر

الملخص

صدر قانون إقامة الأجانب العراقي الجديد
بتاريخ ٢٣/١٠/٢٠١٧ بواقع ٥٤ مادة قانونية
ونشر في الجريدة الرسمية (الوقائع العراقية)
بالعدد ٤٤٦٦، الذي ألغى قانون إقامة الأجانب
السابق رقم (١١٨) لسنة ١٩٧٨ الذي كان
يتكون من ٢٤ مادة، هذا على الصعيد النظري
أما على الصعيد العملي فما زال العمل بالقانون
القديم قائماً على قدمٍ وساق، وفق ما نصت عليه
المادة ٥٢ بأنه: "يلغى قانون إقامة الأجانب رقم
(١١٨) لسنة ١٩٧٨ ويستمر العمل بالتعليمات
الصادرة بموجبه بما لا يتعارض وأحكام هذا
القانون لحين صدور ما يحل محلها أو يلغيها"،
فيما يرجع السبب في سن تشريع هذا القانون
الجديد إلى كثرة التعديلات الجارية على قانون
إقامة الأجانب رقم ١١٨ لسنة ١٩٧٨ فضلاً
عن المستجدات والنوازل التي تحتاج لإعادة
النظر ومعالجة قانونية سلمية لا تتعارض مع
ما الدستور الحارس والسياح الأكبر للدولة
ولتشجيع الاستثمار والسياحة وتسهيل الحصول
على سمات الدخول تم تقنين هذا القانون ،
وهو ما جاء في الأسباب الموجبة لصدور
القانون بأن تشريعه يعزى إلى كثرة التعديلات
الجارية على قانون إقامة الأجانب رقم ١١٨
لسنة ١٩٧٨ ولظهور حالات جديدة تستوجب

(*) جامعة عين شمس /كلية الحقوق

قانون إقامة الأجانب العراقي الجديد بتاريخ ٢٣/١٠/٢٠١٧ بواقع ٥٤ مادة قانونية ونشر في الجريدة الرسمية (الوقائع العراقية) بالعدد ٤٤٦٦، وألغى قانون إقامة الأجانب السابق رقم (١١٨) لسنة ١٩٧٨ الذي كان يتكون من ٢٤ مادة، هذا على الصعيد النظري أما على الصعيد العملي فما زال العمل بالقانون القديم قائماً على قدمٍ وساق، وفق ما نصت عليه المادة ٥٢ بأنه: "يلغى قانون إقامة الأجانب رقم (١١٨) لسنة ١٩٧٨ ويستمر العمل بالتعليمات الصادرة بموجبه بما لا يتعارض وأحكام هذا القانون لحين صدور ما يحل محلها أو يلغيها"، فيما يرجع السبب في سن تشريع هذا القانون الجديد إلى كثرة التعديلات الجارية على قانون إقامة الأجانب رقم ١١٨ لسنة ١٩٧٨ فضلاً عن المستجدات والنوازل التي تحتاج لإعادة نظر ومعالجة قانونية سلمية لا تتعارض مع ما الدستور الحارس والسياج الأكبر للدولة ذلك لتشجيع الاستثمار والسياحة وتسهيل الحصول على سمات الدخول تم تقنين هذا القانون ، وهو ما جاء في الأسباب الموجبة لصدور القانون بأن تشريعه يعزى إلى كثرة التعديلات الجارية على قانون إقامة الأجانب رقم ١١٨ لسنة ١٩٧٨ ولظهور حالات جديدة تستوجب إعادة النظر بإحكامه وبما يتلاءم و الظروف الموضوعية لجمهورية العراق ومن أجل تشجيع الاستثمار والسياحة وتسهيل الحصول على سمة الدخول تم تقنين هذا القانون. ووفقاً لما تقدم سنبحث هنا القانون بتقسيمها الى مايتي :

المبحث الأول: نطاق تطبيق قانون الإقامة رقم ٧٦ لسنة ٢٠١٧.

المطلب الأول: النطاق الشخصي لقانون الإقامة رقم ٧٦ لسنة ٢٠١٧ .

المطلب الثاني: النطاق الموضوعي لقانون الإقامة رقم ٧٦ لسنة ٢٠١٧

الفرع الأول: دخول الاجنبي للعراق.

الفرع الثاني: إقامة الاجنبي في العراق والسمات التي تمنح له.

الفرع الثالث : حق الاجنبي في الخروج من اقليم الدولة.

المبحث الثاني: الإجراءات والعقوبات التي تفرض على الأجنبي بموجب قانون الإقامة رقم ٧٦ لسنة ٢٠١٧.

المطلب الأول: الإجراءات التي تتخذ بحق الاجنبي بموجب قانون الإقامة رقم ٧٦ لسنة ٢٠١٧.

المطلب الثاني: العقوبات المفروضة على الأجنبي بموجب قانون الإقامة رقم ٧٦ لسنة ٢٠١٧.

المبحث الأول

نطاق تطبيق قانون الإقامة رقم ٧٦ لسنة ٢٠١٧

إن الحديث عن نطاق تطبيق قانون الإقامة الجديد يحتم علينا بيان كل من النطاق الشخصي والنطاق الموضوعي للقانون وكما يأتي:

المطلب الأول

النطاق الشخصي لقانون الإقامة رقم ٧٦ لسنة ٢٠١٧

يسري قانون الإقامة الجديد على الشخص الطبيعي الأجنبي، والأجنبي في دولة معينة هو كل شخص لا يتمتع بجنسيتها، سواء أكان يحمل جنسية دولة أخرى أم كان لا يحمل جنسية دولة ما أي عديم الجنسية، وسواء أكان مقيماً على إقليمها أم لا وعرفه قانون الجنسية الجديد على كل شخص لا يحمل الجنسية العراقية (١)، وبالتالي يخرج من نطاق تطبيق هذا القانون فئات حددها القانون على سبيل الحصر وهي :

١- رؤساء الدول والملوك ورؤساء الحكومات الأجنبية وأفراد أسرهم ومن هم برافتهم أثناء الزيارة.

٢- رؤساء البعثات الدبلوماسية والقنصلية وموظفيها الرسميين المعتمدين وغير المعتمدين ممن هم بمسؤوليتهم فعلاً من أفراد عائلاتهم مع مراعاة مبدأ المقابلة بالمثل على أن يزود هؤلاء بهويات خاصة من وزارة الخارجية.

٣- المسؤولين عن تسيير السفن والطائرات والقطارات القادمة إلى جمهورية العراق خلال مدة بقاء السفينة أو الطائرة أو القطار بشرط أن تؤشر السلطة العراقية المختصة وثائق سفرهم في الدخول والخروج.

٤- ركاب السفن والطائرات والقطارات إذا كانت السلطات العراقية المختصة قد أذنت لهم بالنزول أو البقاء مؤقتاً في أراضي جمهورية

العراق مدة بقاء السفينة أو الطائرة أو القطار .

٥- من يعفى بموجب اتفاقيات دولية تكون جمهورية العراق طرفاً فيها.

٦- القاصرين المشمولين بجوازات سفر ذويهم .

٧- سكان مناطق الحدود من تبعة الدول المجاورة الذين يدخلون أراضي جمهورية العراق براً لقضاء أشغالهم المعتادة ممن تشملهم الاتفاقيات المعقودة بين جمهورية العراق ودولهم بعلم السلطات الحدودية .

٨- العراقيين وأولادهم من حملة الجوازات الأجنبية، وهي فئة جديدة لم تكن موجودة ضمن القانون السابق.

فالفتات السابقة الذكر كما هو واضح لا يسري عليها قانون الإقامة الجديد الذي سنه المشرع العراقي بل يسري عليهم قانون الدولة التي يحملون جنسيتها وذلك لاعتبارات عديدة كأن تكون هنالك اتفاقيات دولية مبرمة بهذا الشأن، أو مراعاة مبدأ المعاملة بالمثل، أو عملاً لقواعد المجاملات الدولية.

المطلب الثاني

النطاق الموضوعي لقانون الإقامة رقم ٧٦ لسنة ٢٠١٧

نظم قانون الإقامة الجديد عدة مواضيع كدخول الاجنبي وإقامته في العراق وخروجه منه بعدة نصوص قانونية سنبحث فيها عن طريق تقسيم هذا المطلب إلى ما يأتي:

الفرع الأول

دخول الأجنبي للعراق

تتمتع الدولة وفقاً لمبدأ السيادة بسلطة واسعة في مجال تنظيم حق الاجانب في دخول دولتها، ويقصد بهذا الحق السماح للأجنبي بالدخول لإقليم الدولة لغرض الإقامة أو المرور منها ، وقد حددت المادة ٣ من قانون إقامة الأجانب الجديد الشروط القانونية الواجب توفرها لدخول الأجنبي الأراضي العراقية وهي:

-الشروط القانونية الواجب توفرها لدخول الأجنبي إلى العراق :

١- إن يكون عند الأجنبي جواز أو وثيقة سفر نافذتين: ويعرف الجواز على أنه وثيقة رسمية صادرة من السلطة المختصة في الدولة التي ينتمي إليها حامله ، وتتحدد بمقتضاه شخصية حامل الجواز وجنسيته وموطنه وتاريخ ولادته ومهنته ، فضلاً عن أية علامة مميزة له (٢) .

وقد ألزمت المادة ٣ ف ١ من القانون الجديد أن يكون عند الأجنبي الراغب بالدخول الى العراق جواز أو وثيقة سفر نافذتين مدة لا تقل عن (٦) ستة أشهر وصالحتين لدخول جمهورية العراق أو الخروج منها، وبذلك تكون هذه المادة قد قيدت صلاحية نفاذ الجواز بما لا يقل عن ٦ اشهر بخلاف القانون الملغى والذي كان ينص أن يكون الجواز أو الوثيقة التي تقوم مقامه سارية المفعول من دون تحديد مدة النفاذ .

٢- إن يكون حائزاً على سمة دخول نافذة

المفعول: لا يكفي لدخول الأجنبي للعراق أن يكون عنده جواز سفر بل لا بد من توفر سمة أو تأشيرة دخول (visa) والتي هي عبارة عن إذن صادر من سلطات الدولة المختصة بالموافقة على دخول الأجنبي اراضيها، وهو ما اشترطته ف ٢ من المادة ٣ بأن يكون الأجنبي حائزاً على سمة دخول نافذة المفعول مؤشرة في جواز سفره أو وثيقة سفره بختم الدخول عند قدومه إلى جمهورية العراق وبختم الخروج عند مغادرته لها.

٣- أن يكون سالماً من الأمراض المعدية والسارية والعوز المناعي وأن يقدم ما يثبت ذلك وهو أمر لم يذكر في القانون الجديد.

٤- إن يسلك الأجنبي في دخوله وخروجه من وإلى أراضي جمهورية العراق المنافذ الحدودية الرسمية ، وبعد التأشير على جواز أو وثيقة سفره بختم الدخول عند قدومه إلى جمهورية العراق وبختم الخروج عند مغادرته لها، علماً إن القانون الجديد الغى شرط ملئ استمارة خبر الوصول التي يقرر شكلها الوزير.

ويلتزم ضابط الإقامة في مراكز الإقامة والجوازات في المنافذ الحدودية العراقية إحالة أي أجنبي كان قاصداً دخول الأراضي العراقية إذا ثبت في جواز أو وثيقة سفره تحريف في البيانات الشخصية أو التأشيرات العراقية وغير عراقية أو تلاعب في الصورة المثبتة في الجواز أو وثيقة سفره إلى الجهات المختصة للتحقيق بذلك مع مراعاة مبدأ المقابلة بالمثل (٣)

الفرع الثاني

إقامة الاجنبي في العراق والسمات التي تمنح له

أولاً إقامة الاجنبي في العراق : تعرف الإقامة على أنها الترخيص للأجنبي بالبقاء في اقليم الدولة والسماح له بممارسة نشاطه الاقتصادي، والاجتماعي، طوال مدة الإقامة المرخص بها^(٤)، وعرفت المادة الأولى وثيقة الإقامة على أنها تلك الوثيقة التي تتضمن الإذن بالإقامة في العراق صادرة من سلطة عراقية مختصة.

وتقسم غالبية التشريعات الإقامة إلى :

أ- الإقامة العادية: وهي التي تمنح لغالبية الأجانب الذين يوفدون إلى اقليم الدولة بقصد العمل أو الدراسة أو السياحة أو الزيارة ، وقد نظم المشرع العراقي هذه الإقامة في المادة ٩ والتي بينت بأنه يحق للمدير العام أو من يخوله منح الأجنبي سمة الدخول لأراضي جمهورية العراق والإقامة فيها لمدة سنة واحدة قابلة للتجديد في أي من الحالات الآتية:

١- من أجل الالتحاق برب أسرته أو ولي أمره.

٢- للدراسة بإحدى الجامعات أو الكليات أو المعاهد العراقية أو طلبة الحوزات العلمية وعوائلهم أو الالتحاق بدورة تدريبية أو تخصصية في إحدى الهيئات أو المؤسسات العامة.

٣- الأجنبية التي توفي عنها زوجها العراقي أو طلقها.

٤- لزوج وأولاد العراقي أو العراقية الذين يحملون جوازات سفر أجنبية.

ب- الإقامة الخاصة: وهذه الإقامة تمنح لفئة خاصة خولها المشرع بإقامة متميزة نظراً لعمق الصلة التي تربطهم بين الجماعة الوطنية مادياً ومعنوياً وخول المشرع بموجب المادة-٢١- أولاً- مدير عام مديرية الإقامة العامة أو من يخوله منح هذه الإقامة إلى الفئات التالية أن يسمح للأجنبي الإقامة في جمهورية العراق لمدة (٣) ثلاث سنوات لكل مرة تجدد عند الطلب للمدة ذاتها بشرط أن يقدم خدمة نافعة للبلد في إحدى الحالات الآتية

أ- الأجانب الذين ولدوا في جمهورية العراق واستمر على الإقامة فيه.

ب- الأجنبي المستمر في إقامته في جمهورية العراق مدة (١٥) خمس عشرة سنة فأكثر وكان دخوله بصورة مشروعة.

وقد راعى المشرع هذه الفئة والفئة أ بسبب ارتباطهم وتمسكهم بالعراق بأن جعل إقامتهم مستمرة إذا كانت مدة بقائهم خارج جمهورية العراق لا تزيد على (٦) ستة أشهر في كل سنة لأسباب مقبولة ، بينما الاصل وفق هذا القانون أنه إذا غادر الأجنبي جمهورية العراق مدة تزيد على (٦) ستة أشهر تلغى المدة الباقية الممنوحة له وعليه عند عودته أن يحصل على وثيقة جديدة للإقامة، وهو ما بينته المادة ١٩ ف ٥.

ج- الأجنبي الذي يقدم أعمالاً وخدمات علمية أو ثقافية أو فنية للبلد ومضت على إقامته في جمهورية العراق (٣) ثلاث سنوات.

د- المقيم في جمهورية العراق مدة لا تقل عن (٦) سنوات بموجب عقد عمل أو استعمال مع الحكومة و رغب في الإقامة بعد انتهاء مدة عقده.

هـ- من حصل على الانتساب في إحدى الحوزات العلمية لغرض الدراسة فيها.

و- المستثمرون ورجال الأعمال الذين لديهم أعمال استثمارية أو تجارية داخل البلد.

في الحقيقة إن الفئة (هـ ، و) هي فئات جديدة تم استحداثها في ظل القانون الجديد كون الظروف التي مرت على البلد قد فرضت تواجدها بالعراق.

ء-يسمح للمرأة الأجنبية المتزوجة من عراقي بالإقامة في جمهورية العراق للمدة المنصوص عليها في البند (أولاً) من هذه المادة ٢١ وهي (٣) ثلاث سنوات لكل مرة تجدد عند الطلب للمدة ذاتها

ي- يسمح للأجنبي المتزوج من عراقية مع استمرار العلاقة الزوجية بالإقامة في جمهورية العراق مدة (٣) ثلاث سنوات لكل مرة تجدد عند الطلب للمدة ذاتها.

ج-الإقامة المؤقتة: وهي التي تمنح للأجانب الذين لا تربطهم بأفراد الدولة روابط قوية ، كما في حالة الأجانب المستحقين للإقامة العادية والخاصة ، وما يميزها عن غيرها أنها لا تقتزن بنية الاستقرار في اقليم الدولة^(٥) .

ثانيا- السمات التي تمنح للأجنبي : حتى يستطيع الأجنبي الدخول لاقليم الدولة لابد من منحه تأشيرة دخول وعرفت المادة الأولى من القانون الجديد سمة الدخول بأنها الموافقة على دخول الأجنبي أراضي جمهورية العراق تؤشر في جواز سفره من القنصل العراقي أو من يقوم مقامه أو أي جهة ترعى مصالح جمهورية العراق في الخارج أو من يخوله الوزير بذلك، ولقد جاء قانون الإقامة الجديد بسمات قانونية جديدة اضيفت على السمات الموجودة في القانون الملغي بموجب المادة السابعة منه مع تعديل في السمات السابقة التي ابقيت في قانون الإقامة الجديد^(٦) ، وعلى ذلك يمكن أن نقسم هذه السمات إلى السمات المعدلة والسمات المستحدثة :

أ-السمات المعدلة: وتتمثل بما يأتي:

١- سمة اعتيادية : وهي سمة تمنح للأجنبي لدخول العراق لمرة واحدة فقط وتكون مدتها القانونية هي ستين يوماً فقط تسري من تاريخ منحها، بذلك يكون المشرع قد قلل من السقف الزمني للسمة الاعتيادية حيث كانت في ظل القانون السابق لا تزيد عن ثلاثة أشهر.

٢- سمة المرور:- وهي سمة تمنح للأجنبي مرة واحدة فقط تخوله دخول أراضي العراق خلال (٣٠) ثلاثين يوماً من تاريخ منحها ، أي أن صلاحية هذه السمة هي ٣٠ يوماً تبدأ من تاريخ المنح، بخلاف سمة المرور الموجودة في القانون الملغي التي كانت صلاحيتها ثلاثة أشهر ، ويمكن للأجنبي بموجب سمة المرور

الجديدة هذه أن يقيم في العراق مدة لا تزيد عن ٧ أيام.

٣- **سمة المرور بدون توقف:** - وهي سمة تمنح للأجنبي لغرض المرور عبر أراضي جمهورية العراق خلال (٣) ثلاثة أيام تحت إشراف السلطات المختصة بدون توقف ولمرة واحدة خلال (٣٠) ثلاثين يوماً من تاريخ منحها.

٤- **سمة الزيارة:** تخول حاملها دخول أراضي جمهورية العراق مرة واحدة خلال (٩٠) تسعين يوماً من تاريخ منحها والإقامة فيه مدة (٣٠) ثلاثين يوماً ولا يحق لصاحبها العمل في أي مكان في جمهورية العراق سواءاً بأجر أو بدون أجر.

٥- **سمة سياحية:** - تمنح لزيارة المناطق السياحية والدينية وتخول حاملها دخول أراضي جمهورية العراق مرة واحدة خلال (٦٠) ستين يوماً من تاريخ منحها والإقامة فيه مدة (٣٠) ثلاثين يوماً وتكون بكفالة المؤسسات والهيئات والشركات العاملة في مجال السياحة ولا يحق لحاملها العمل في أي مكان سواءاً كان بأجر أو بدون أجر ولا تشترط الكفالة إذا كانت السياحة بصورة فردية أو عائلية

٦- **السمة الاضطرارية** - تمنح من ضابط الإقامة للأجنبي الذي يصل إلى أراضي جمهورية العراق قاصداً دخولها ولم يكن حائزاً على سمة الدخول على أن يبلغ المدير العام مباشرةً.

ب- السمات المستحدثة: وتمثل ب:

١- **سمة خاصة** - تمنح بقرار من وزير الداخلية بالتنسيق مع وزير الخارجية لاعتبارات تتعلق بالمعاملات الدولية ويخول حاملها البقاء في جمهورية العراق مدة (٣٠) ثلاثين يوماً من تاريخ دخوله

٢- **سمة دخول سريعة:** على أن تمنح خلال يوم واحد .

٣- **السمة الدبلوماسية** - وتمنح للأشخاص الذين يحملون جوازات سفر دبلوماسية على وفق تعليمات يصدرها وزير الخارجية بالتنسيق مع وزير الداخلية.

وحتى يتم منح السمات السابقة لا بد من توفر ذات الشروط القانونية الواردة في الخامسة من القانون الملغي^(٧)، والتي تكفلت المادة الخامسة من هذا القانون بالنص عليها غير أنها اضافت اليها ما يتعلق بثبوت خلوه من الأمراض السارية والمعدية والعوز المناعي المكتسب على وفق القانون (على وفق تعليمات وزارة الصحة العراقية).

وتجدر الإشارة بهذا الصدد أن مديرية الإقامة تلتزم بمتابعة الأجانب الذين يدخلون الأراضي العراقية بموجب تأشيرات دخول ولا يغادرونها خلال المدة المصرحة لهم وكذلك الأجانب الذين تنتهي مدة الإقامة الممنوحة لهم ولا يبادرون إلى تمديدها كما يجب على الوزارة ان تقوم بجولات تفتيشية للتأكد من عدم مخالفة القوانين و القرارات و اتباع الإجراءات

القانونية المقررة بحقهم للتفتيش وضبط المخالفين من الفئات الآتية^(٨):

١- المتسللين ومن يقومون بتهريبهم ومساعدتهم للدخول إلى الأراضي العراقية والبقاء فيها يقومون بتشغيل غير مكفوليهم .

٢- من لا يقومون بتشغيل مكفوليهم ويتزكونهم للعمل عند الغير.

٣- المكفولين الهاريين من كفلائهم والذين يعملون عندالغير.

٤- مرتكبي أية مخالفة اخرى .

الفرع الثالث

حق الأجنبي في الخروج من اقليم الدولة

المبدأ العام بهذا الصدد هو حرية الاجنبي في مغادرة اقليم الدولة وهو حق كفلته المواثيق الدولية فقد نصت المادة ١٢ من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة ١٩٤٨ على هذا الحق بأنه: " يحق لكل فرد أن يغادر أية بلاد بما في ذلك بلده كما يحق له العودة إليها"، ويمنح الأجنبي وفق القانون سمة المغادرة وللدير العام الغاء سمة الدخول وللأجنبي حق الاعتراض على قرار الإلغاء أمام وزير الداخلية غير أن حق الأجنبي في مغادرة اقليم أي دولة لم يعد مطلقاً بل خضع لبعض القيود التنظيمية فلا يحوز للأجنبي وفق قانون الإقامة الجديد إلا بعد أن تتوفر فيه الضابط الآتية:

١- إن يحل على سمة مغادرة من السلطة المختصة ومثبته في جواز سفره.

٢- إن يسلك الأجنبي عند خروجه من إقليم الدولة أحد الطرق المشروعة.

٣- إن لا يكون هنالك مانع قانوني يحول دون مغادرته، فوفقاً للمادة ١٩ لا يجوز للأجنبي الذي عنده عقد عمل أو التزامات أخرى مغادرة جمهورية العراق الا بعد أن تثبتت السلطة المختصة من براءة ذمته استناداً الى وثيقة صادرة من الجهة التي يعمل عندها.

وتجدر الإشارة هنا أنه يمكن للوزير أو من يخوله أو السلطات القضائية عند وجود أسباب خاصة تتعلق بالأمن أو النظام العام أن يؤجل مغادرة الأجنبي لأراضي جمهورية العراق للمدة التي تقتضيها تلك الأسباب بما لا يزيد على (٣٠) ثلاثين يوماً .

وعلى القائمين على الفنادق أو النزل أو اي محل آخر يسكن فيه الأجنبي أن يبلغوا ضابط الإقامة عن تاريخ دخول ومغادرة الأجنبي وعلى كل من يستعمل أجنبياً ان يبلغ ضابط الإقامة اثناء ثمان وأربعين ساعة من استعمال الأجنبي وعلى كل من استقدم أجنبياً لغرض العمالة أن يودع تأمينات مالية أو بطاقة عودة تذكرة سفر لضمان عودة الأجنبي وعلى الاجنبي الذي يرغب بالبقاء في العراق أكثر من المدة المحددة المسموح بها في السمة الاعتيادية أن يحصل قبل انتهاء تلك المدة على بطاقة الإقامة من ضابط الإقامة مدة لا تزيد على سنة واحدة .

المبحث الثاني

الإجراءات والعقوبات التي تفرض على الأجنبي بموجب قانون الإقامة رقم ٧٦ لسنة ٢٠١٧

إذا سمحت الدولة للأجنبي بالدخول إلى إقليمها فإنه يتمتع بكافة الحقوق التي يتمتع بها الفرد في علاقته بالجماعة التي يعيش فيها وهذه الحقوق تنفرع عن وجوب احترام كيان الفرد الإنساني، وبالمقابل فإن الدولة تملك بما لها من حق في سلامتها وأمنها أن تضع على حقوق الأجنبي في هذا الصدد كافة القيود اللازمة لحماية كيانها السياسي والأمني والاقتصادي والاجتماعي^(١)، وعلى ذلك يجب على الأجانب المقيمين في دولة غير دولتهم ضرورة مراعاة القوانين النافذة في الدولة التي يقيمون أو يوجدون فيها ويحترمون عادات وتقاليد شعب هذه الدولة، وبخلاف ذلك فإن الأجنبي سيكون معرض لمجموعة من الإجراءات والعقوبات التي تتخذ بحقه متى ما خالف ضوابط وشروط إقامته فيها أو عند ارتكابه لأفعال مجرمة قانوناً، وقانون الإقامة الجديد سار على ما تسير عليه قوانين إقامة الأجانب المقارنة من إخراج الأجنبي من العراق ومنعه من الدخول فضلاً عن عقوبات بدنية ومالية سنذكرها في هذا المبحث عن طريق تقسيمه إلى ما يأتي:

المطلب الأول

الإجراءات التي تتخذ بحق الأجنبي بموجب قانون الإقامة رقم ٧٦ لسنة ٢٠١٧

من الاجراءات التي تتخذ بحق الأجنبي اجراء الابعاد والاعراج، إذ فرق القانون بين قرار الابعاد وقرار الاعراج إذ يقصد بالأول طلب السلطة المختصة (مديرية الإقامة العامة) من أجنبي مقيم في جمهورية العراق بصورة مشروعة الخروج منها عندما يفقد الأجنبي شرعية إقامته في الدولة ويستند حق الدولة في ذلك إلى حقها في حفظ أمنها وكيانها وصيانة النفس^(١٠)، أما الثاني فيتمثل بإعادة الأجنبي الذي دخل أراضي جمهورية العراق بصورة غير مشروعة إلى خارج الحدود بقرار من السلطة المختصة، أما قرار الاعراج : فيمكن أن يصدر من الوزير أو المدير العام أو من يخوله ذلك وهو ما نصت عليه المادة-٢٦- بأن للمدير العام أو من يخوله صلاحية إخراج الأجنبي الذي دخل إلى أراضي جمهورية العراق بصورة غير مشروعة إلى خارج الحدود، وبذلك يكون القانون الجديد قد ألغى الصلاحية المعطاة لمحافظين المحافظات المجاورة للحدود بموجب المادة ١٤ من القانون السابق وحصرها بيد الوزير والمدير العام أو من يخوله ذلك^(١١).

يتضح مما تقدم أن الإخراج هو قرار يحمل بين طياته معنى العقوبة كون الأجنبي لم يسلك الطرق المشروعة للدخول للعراق، بينما

المطلب الثاني

العقوبات التي تفرض على الأجنبي بموجب قانون الإقامة

ونص القانون الجديد على العقوبات التي تفرض على الأجنبي الموجود في العراق والمقيم فيه وذلك في الفصل السابع منه إذ يعاقب قائد أية وسيلة من وسائل النقل أو المسؤول عنها إذا ادخل شخصاً أو حاول ادخاله خلافاً لأحكام القانون بالحبس مدة لا تزيد على سنة وبغرامة لا تقل عن خمسمئة الف دينار ولا تزيد على مليون دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين ويعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة واحدة وبغرامة لا تقل عن خمسمئة الف دينار ولا تزيد على مليون أو بإحدى هاتين العقوبتين كل أجنبي دخل جمهورية العراق خلافاً لأحكام القانون أو لم يطع أمراً صادراً بترحيله ويعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات وبغرامة لا تقل عن خمسمئة الف دينار ولا تزيد على ثلاثة ملايين كل من خالف المادتين ١١ و ٣٢ من القانون ، و يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة وبغرامة لا تزيد على مليون الأجنبي المقيم في العراق الذي لم يجدد جواز سفره خلال مدة ٣٠ يوماً من تاريخ انتهاء نفاذه ولم يراجع ضابط الإقامة لتثبيت مشروعية إقامته، وقد وسع القانون الجديد من الصلاحيات الممنوحة للمدير العام فقد منحه سلطة قاضي جنح وسلطة قاضي تحقيق وبمنح الصلاحية الأولى لغرض فرض الغرامة المنصوص عليها في المواد (٣٨) و (٣٩) و (٤٠) و (٤١) و (٤٢) و (٤٣) و (٤٤) من هذا القانون، لغرض فرض الغرامات التأخيرية عن عدم مراجعة الأجنبي خلال مدة (١٥) خمسة عشر يوماً

في الإبعاد نجد أن الأجنبي هو مقيم بصورة قانونية غير أن المصلحة العامة هي من تتطلب ابعاده وعليه لا بد من أن يصدر قرار الإبعاد حصراً من وزير الداخلية أو من يخوله ذلك ، ولا يمكن للمدير العام أن يصدر هذا القرار^(١٢) ، كما حدد المشرع الحالات القانونية التي توجب ابعاد الأجنبي والتي تتمثل بعدم استيفاء الأجنبي لأحد الشروط القانونية الواردة في المادة الثامنة أو في فقدانه لأحدى هذه الشروط بعد منحه الإقامة ، أو إذا ثبت على الأجنبي حكم قضائي بات يتضمن الإيحاء بإبعاده من أراضي جمهورية العراق^(١٣).

والأصل أن قرار الإبعاد هو قرار شخصي لا يسري إلا على شخص الأجنبي غير إن المادة ٣٠ من القانون الجديد أجازت أن يشمل قرار إبعاد الأجنبي أفراد عائلته المكلف بإعالتهم بشرط أن يتم ذكرهم في قرار الإبعاد .

ومن الأمور المستحدثة بموجب القانون الجديد مسألة تحديد الجهة التي تتولى مسألة نفقات ابعاد واخراج الأجنبي وهي تكون حسب المادة ٣٣ من القانون الجديد على النفقة الخاصة للجانب الذي تم ابعاده أو اخراجه أو على نفقة كفيله، وإذا لم يكن عنده مال كاف فيكون على نفقة الدولة التي ينتمي إليها ، وإذا تعذر ذلك فأن وزارة الداخلية العراقية هي من تتحمل تبعات الأبعاد أو الاخراج غير إنه في هذه الحالة سوف يمنع الأجنبي من دخول العراق مرة أخرى.

للأجانب الذين لا يلتزمون بقانون الإقامة سواء أكانوا إرهابيين لم تتحد الفرصة لهم لارتكاب جرائمهم لأسباب خارجة عن إرادتهم أم أجانب أقاموا بصفة غير مشروعة لأسباب أخرى.

الخاتمة

مما تقدم فقد اتضح إن علة تشريع هذا القانون راجعة إلى كثرة التعديلات الجارية على قانون إقامة الأجانب رقم ١١٨ لسنة ١٩٧٨ إضافة للمستجدات والنوازل التي تحتاج لإعادة النظر ومعالجة قانونية سلمية لا تتعارض مع ما الدستور الحارس والسياس الأكبر للدولة ومن أجل تشجيع الاستثمار والسياحة وتسهيل الحصول على سمات الدخول للأجنبي الوافد الى العراق ، وقد استحدثت قانون الإقامة الجديد أمور جديدة لم تكن موجودة في ظل القانون السابق تم ذكرها ضمن حيثيات بحثنا، ويمكن أن نلخص من بحثنا هذا إلى أبرز النتائج:

١- يسري قانون الإقامة الجديد على الشخص الطبيعي الأجنبي، وهو كل شخص لا يحمل الجنسية العراقية.

٢- تقسم الإقامة إلى إقامة عادية ومؤقتة وخاصة وكل فئة تمنح وفق ضوابط قانونية نظمتها القانون الإقامة الجديد.

٣- حتى يتم منح سمة الدخول للأجنبي فلا بد من توفر شروط قانونية تكفلت المادة الخامسة من هذا القانون بالنص عليها وهي ذات الشروط الواردة في القانون الملغي غير أنها أضافت إليها ما يتعلق بثبوت خلوه من الأمراض السارية والمعدية والعوز المناعي المكتسب على وفق القانون (على وفق تعليمات وزارة الصحة العراقية).

الأولى من تاريخ دخوله بغرامة مالية لا تقل عن (١٠٠,٠٠٠) مئة ألف دينار عراقي وتضاف إليها (١٠,٠٠٠) عشرة آلاف دينار عراقي عن كل يوم تأخير وعلى أن لا يزيد مبلغ الغرامات المالية عن (٥٠٠,٠٠٠) خمسة ملايين دينار عراقي ويستثنى من فترة المراجعة المذكورة أعلاه أيام العطل الرسمية، أما الصلاحية الثانية والمتمثلة بصلاحية قاضي تحقيق وبموجبها تخول المدير العام توقيف الأجنبي مدة لا تزيد على (٧) سبعة أيام قابلة للتعميد تمهيداً لإبعاده أو إخراجه من أراضي جمهورية العراق.

يتضح مما تقدم أن قانون إقامة الأجانب الجديد الغى عقوبة الإقامة غير المشروعة للأجنبي في العراق المنصوص عليها في القانون القديم الذي كان يقرر عقوبة السجن المؤبد ومصادرة الأموال المنقولة وغير المنقولة للأجنبي عند إقامته غير المشروعة في العراق في حين أن القانون الجديد قرر الغاء تلك العقوبة وتبديلها بعقوبة الغرامة المالية التي لا تزيد على خمسة ملايين دينار، وهكذا تحولت عقوبة إقامة الأجنبي غير القانونية من عقوبة شديدة هي السجن المؤبد والمصادرة الى عقوبة "شكلية أو رمزية" "خفيفة تافهة" هي الغرامة المالية، وهو أمر تم انتقاده من قبل الكتاب بأن هذا التخفيف من قبل المشرع العراقي ليس هنالك ما يبرره فالإرهابيين الذين يتم القبض عليهم في العراق قبل تنفيذ الجريمة سواء لحدائثة دخولهم أو لعدم تمكنهم من ارتكاب الجريمة الإرهابية سيعاقبون بهذه العقوبة "التافهة"، بعد أن كانت المحاكم تحكم عليهم بعقوبات الحبس والسجن وعليه فإن المشرع العراقي ارتكب أمراً خطيراً بتخفيف العقوبة بهذا الشكل ذلك أن التخفيف رحمة غير مقبولة

٤- على الأجانب الوافدين ضرورة مراعاة القوانين النافذة في الدولة التي يقيمون أو يوجدون فيها ويحترمون عادات وتقاليد شعب هذه الدولة وبخلاف ذلك يتعرض إلى اجراء الابعاد أو الاخراج.

٥- توصلنا إلى أن الاخراج هو قرار يحمل بين طياته معنى العقوبة كون الأجنبي لم يسلك الطرق المشروعة للدخول للعراق، بينما في الابعاد نجد أن الأجنبي هو مقيم بصورة قانونية غير أن المصلحة العامة هي من تتطلب ابعاده وعليه لا بد من أن يصدر قرار الابعاد حصراً من وزير الداخلية أو من يخوله ذلك ولا يمكن للمدير العام أن يصدر هذا القرار.

٦- من الأمور المستحدثة بموجب القانون الجديد مسألة تحديد الجهة التي تتولى مسألة نفقات ابعاد واخراج الاجنبي وهي تكون حسب المادة ٣٣ من القانون الجديد على النفقة الخاصة للأجنبي الذي تم ابعاده أو اخرجه أو على نفقة كفيله، وإذا لم يكن لديه مال كاف فيكون على نفقة الدولة التي ينتمي اليها، وإذا تعذر ذلك فأن وزارة الداخلية العراقية هي من تتحمل تبعات الابعاد أو الاخراج غير إنه في هذه الحالة سوف يمنع الأجنبي من دخول العراق مرة أخرى.

٧- إن قانون إقامة الأجانب الجديد الغى عقوبة الإقامة غير المشروعة للأجنبي في العراق المنصوص عليها في القانون القديم الذي كان يقرر عقوبة السجن المؤبد ومصادرة الأموال المنقولة وغير المنقولة للأجنبي عند إقامته غير المشروعة في العراق في حين أن القانون الجديد قرر الغاء تلك العقوبة وتبديلها بعقوبة الغرامة المالية التي لا تزيد على خمسة

ملايين دينار، وهكذا تحولت عقوبة إقامة الأجنبي غير القانونية من عقوبة شديدة هي السجن المؤبد والمصادرة إلى عقوبة "شكلية أو رمزية" "خفيفة تافهة" هي الغرامة المالية.

الهوامش

- ١- المادة ١ ب قانون الجنسية رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٦.
- ٢- محمد جلال حسن. قبول الاجنبي في اقليم الدولة، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الموصل، ٢٠٠٩، ص ١٣٨.
- ٣- المادة الرابعة من القانون الجدي
- ٤- عباس العبودي. شرح احكام قانون الجنسية رقم سنة ٢٠٠٦، بغداد مكتبة السيسان، ٢٠١١، ص ٢٨٢.
- ٥- فؤاد عبد المنعم رياض. ص ٤٨٠.
- ٦- هنالك حالات يعفى فيها الاجنبي من الحصول على سمات الدخول لإقليم الدولة وتتمثل حالات الاعفاء هذه بما ورد في قرار وزارة الخارجية رقم ٧٢٠٤٦/٤/٨ في ٢٠٠٤/٦/٢٩ والقرار ٨/٤/٧٢٢١٠ في ٨/٧/٢٠٠٤، واستناداً الى هذين القرارين تم استثناء رعايا دول التحالف من سمة الدخول وهي (الولايات المتحدة الامريكية، المملكة المتحدة، هولندا، بولندا، اوكرانيا، استراليا، ايطاليا، البرتغال، كوريا الجنوبية، اليابان).
- ٧- أولاً- أن يقدم إلى ممثلات جمهورية العراق في الخارج و منافذ الدخول ما يثبت قدرته المالية للمعيشة اثناء مدة بقائه في جمهورية العراق. ثانياً - عدم وجود مانع يحول دون دخوله أراضي جمهورية العراق لسبب يتعلق بالصحة العامة أو بالأداب العامة بالأمن العام بالتنسيق مع الجهات المختصة. ثالثاً- أن لا يكون متهماً أو محكوماً عليه خارج جمهورية العراق بجناية. رابعاً- أن لا يكون قد صدر قرار بأبعاده أو إخرجه من أراضي جمهورية العراق إلا بعد زوال إلا بعد زوال أسباب إبعاده أو إخرجه ويشترط مرور (٢) سنتين على قرار الإبعاد أو الإخراج الصادر بحق الأجنبي.

ثانياً:- الرسائل والإطاريح

محمد جلال حسن. قبول الاجنبي في اقليم الدولة، اطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق، جامعة الموصل، ٢٠٠٩.

ثالثاً:- الانترنت

١. طارق حرب. قانون إقامة الأجانب الجدي مقال منشور على شبكة الانترنت تاريخ السحب

http://newsabah. 30/1/2018
com/newspaper/137910

٢. يوسف احمد الزمان مركز الأجانب القانوني وحقوقهم في الدولة، جريدة الشرق الاوسط . مقال منشور ، على شبكة الانترنت تاريخ السحب 2018 /29/1 :
https://www. ٢٠١٤/٠٤/٢١/al-sharq.com/opinion

رابعاً:القوانين والاعلانات الدولية

١- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ١٩٤٨.

٢- دستور ٢٠٠٥.

٣- قانون إقامة الأجانب رقم (٣٦) لسنة ١٩٦١.

٤- قانون إقامة الأجانب رقم (١١٨) لسنة ١٩٧٨ .

٥- قانون إقامة الأجانب رقم ٧٦ لسنة ٢٠١٧.

٦- قانون الجنسية رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٦.

٨- يوسف احمد الزمان مركز الأجانب القانوني وحقوقهم في الدولة، جريدة الشرق الاوسط . مقال منشور، على شبكة الانترنت تاريخ السحب ١/٢٩/ ٢٠١٨ :
https://www.al-sharq.com/ opinion/21/04/2014

٩- المصدر السابق.

١٠- نصت المادة ١٤ على أنه لمحافظي المحافظات المجاورة للحدود وللمدير في المحافظات الأخرى أن يأمرؤا بإخراج أي أجنبي يدخل أراضي الجمهورية العراقية بصورة غير مشروعة.

١١- نصت المادة ٢٧- بأن للوزير أو من يخوله إبعاد الأجنبي الذي دخل العراق بصورة مشروعة إذا ثبت أنه لم يكن مستوفياً أياً من الشروط المنصوص عليها في المادة (٨) من هذا القانون أو المقيم الذي يفقد أحد هذه الشروط بعد دخوله.

١٢- نصت المادة-٣١- على أنه" للوزير أو من يخوله أن يقرر إبعاد الأجنبي الذي صدر عليه حكم قضائي بات يتضمن الإيضاء بإبعاده من أراضي جمهورية العراق.

١٣- طارق حرب. قانون إقامة الأجانب الجدي مقال منشور على شبكة الانترنت تاريخ السحب

http://newsabah.com/newspaper/13791
30/1/2018

قائمة المصادر والمراجع

اولاً:-الكتب

١- عباس العبودي . شرح احكام قانون الجنسية رقم سنة ٢٠٠٦، بغداد مكتبة السيسبان، ٢٠١١

٢- فؤاد عبد المنعم رياض. تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨ .

A legal Reading in the New act Law of foreigner Residence No.76/2017

Assist. Lecturer Ayat Mohammed^(*)

Abstract

The new Iraqi Aliens Act was issued on October 23, 2017 with 54 articles and published in the official Gazette (Iraqi Chronicle) No. 4466, which abolished the former Foreign Residence Act No. 118 of 1978, which consisted of 24 articles, On the practical level, the work of the old law is still in full swing, as stipulated in Article 52: «The Law on the Residence of Aliens No. 118 of 1978 shall be repealed and the instructions issued thereunder shall continue to comply with the provisions of this Law until such time as it is replaced or Cancel», and the reason for the enactment of this new law to a large number of amendments The current law on the residence of foreigners No. 118 of 1978 in addition to developments and vacations that need to be reviewed and legal treatment of peaceful do not contradict with the Constitution Guard and the largest fence of the state to encourage investment and tourism and facilitate access to access features have been codified this law, which is the reasons for the issuance of the law That its legislation is due to the frequent amendments to the Law on the Residence of Aliens No. 118 of 1978 and the emergence of new cases that require reconsideration and in accordance with the objective conditions of the Republic of Iraq. In order to encourage investment and tourism and facilitate access to the entry feature, Law

^(*)College Of Law/Baghdad University

Contents

Research and Studies

Editor.....	15
The adjunct in studying the problems of arbitration in Iraqi law Prof. Dr. Ali Fawzi.....	36
Administrative control bodies and their relation to the legislative authority Prof. Dr. Ghazi Faisal Assist. Prof. Dr. Ali Hassan Abdel Amer.....	58
The annexes and their effects on Iraqi public budget Assist. Prof. Dr. Haider Whab.....	94
Criminal protection from sexual exploitation via the internet Assist. Prof. Dr. Mohammed Ezzit.....	120
Legal adaptation to intentionally transmitting HIV and hepatitis C infection Dr. Awdah Yousef Salman.....	148
The relationship between public international law and domestic law Lecturer Jasim Mohammed Izz al-Din.....	170
The determinants of modern public order Assist. Tech. Abdul Kareem Jassim.....	192
A legal Reading in the New act Law of foreigners' residence No.76/2017 Assist. Lecturer Ayat Mohammed.....	207

Ethics of Publishing in the Journal of Legal Studies

- Journal of Legal Studies adopts the rules of confidentiality and objectivity in the arbitration process, for both the researcher and the readers . It assigns each arbitrable research to certified readers who have the specialized expertise and competence in the research subject to assess and evaluate it according to specific standards and criteria . In case that the assessment conflicts with readers, the Journal refers the research on another reader.

- Journal of Legal Studies adopts reliable, experienced and authentic readers in their specialty.

- Journal of Legal Studies adopts an accurate internal organization that clearly defines the duties and responsibilities in the work of the editorial staff and its functional ranks.

- Editors and readers, except for the direct administrator of the editing process (the editor-in-chief or his / her designee) may not discuss paper (researches) with anyone else, including the author. Any privileged information or opinion obtained through reading is kept confidential and neither of them may be used for personal use.

- In the light of readers' reports, the Journal provides technical, methodological and information support to researchers, as needed and serves to improve research.

- The Journal is obliged to inform researchers of the approval of the research publication without modification , or according to certain amendments based on what is stated in the reading reports, or apologize for not publishing with an explanation of the reasons.

- Journal of Legal Studies is committed to the quality of the investigative, editorial, printing and electronic services it provides for researches.

- Respect for the rule of non-discrimination: Editors and reviewers assess research material according to intellectual content, taking into account the principle of non-discrimination on the basis of race, gender , faith, political philosophy of the author . ●Assessment and evaluation is never based on discrimination but on adherence to academic approaches and rules in presenting , analyzing and discussing ideas, trends, and topics.

- Respect for the rule of non-conflict of interest between editors and researchers, whether as a result of a competitive or cooperative relationship or other relationships or links with any author, company or research-related institution.

- Journal of Legal Studies shall not allow any of its members or editors to use the unpublished material contained in the research assigned to the Journal in their own researche

terms of what percentile it is in ? Is it in the top 25% of papers in this field ? You might wish to do a quick literature search using tools such as Scopus to see if there are any reviews of the area. If the research has been covered previously, pass on references of those works to the editor.

Organization and Clarity:

- Title: Does it clearly describe the article ?

- Abstract: Does it reflect the content of the article ?

- Introduction: Does it describe what the author hoped to achieve accurately, and clearly state the problem being investigated ? Normally, the introduction should summarize relevant research to provide context, and explain what other authors' findings, if any, are being challenged or extended. It should describe the experiment, the hypothesis(es) and the general experimental design or method.

- Method: Does the author accurately explain how the data was collected?

Is the design suitable for answering the question posed ? Is there sufficient information present for you to replicate the research ? Does the article identify the procedures followed ? Are these ordered in a meaningful way ? If the methods are new, are they explained in detail ? Was the sampling appropriate ? Have the equipment and materials been adequately described

Guidelines for Reviewers

The Responsibility of the Peer Reviewer

The peer reviewer is responsible for critically reading and evaluating a manuscript in their specialty field, and then providing respectful, constructive, and honest feedback to authors about their submission. It is appropriate for the Peer Reviewer to discuss the strengths and weaknesses of the article, ways to improve the strength and quality of the work, and evaluate the relevance and originality of the manuscript.

Before Reviewing

Please consider the following:

1. Does the article you are being asked to review match your expertise ?

If you receive a manuscript that covers a topic that does not sufficiently match your area of expertise, please notify the editor as soon as possible. Please feel free to recommend alternate reviewer.

2. Do you have time to review the paper ?

Finished reviews of an article should be completed within two weeks. If you do not think you can complete the review within this time frame, please let the editor know and if possible, suggest an alternate reviewer. If you have agreed to review a paper but will no longer be able to finish the work before the deadline, please contact the editor as soon as possible.

3. Are there any potential conflicts of interests ?

While conflicts of interest will not disqualify you from reviewing the manuscript, it is important to disclose all conflicts of interest to the editors before reviewing. If you have any questions about potential conflicts of interests, please do not hesitate to contact the receiving editorial office.

The Review:

When reviewing the article, please keep the following in mind:

- Content Quality and Originality.

Is the article sufficiently novel and interesting to warrant publication ? Does it add to the canon of knowledge ? Does the article adhere to the journal's standards ? Is the research question an important one ? In order to determine its originality and appropriateness for the journal, it might be helpful to think of the research in

**Department Of Private
Law(LR)**

Jurisprudence LR/002
Maritime & Air Law LR/003
Personal Property LR/006
Contract Law LR/008
Family Law LR/009
Civil Procedure LR/010
Commercial Law LR/011
Company Law LR/012
Industrial Law LR/013
Land Law LR/014
Conveyancing LR/015
Law of Evidence LR/016
Equity & Trusts LR/017
Copyright Law LR/018
Notary Law LR/020
Labour Law LR/021
Consumer Law LR/023
Civil Law Systems LR/025
Islamic Sharia Law LR/030
American Law LR/034

**Department Of Public
Law(LB)**

Administrative Law LB/001
Local Government LB/002
Central Government LB/003
Constitutional Law LB/004
Planning Law LB/005
Taxation Law LB/006
Public Liberties LB/007
Petroleum Law LB/008
Administrative Contract LB/009
Budgets Law LB/010
Judicial Censorship Over Admin-
istration Work LB/011
Constitutional Censorship LB/012
Public Administration LB/013
Philosophy of Public Law LB/015
Laws of Public Money Protection
LB/016
International Econom Law LB/017

for not publishing, within three months of the receipt of the research.

Fifth: The Journal is morally committed to respect privacy, confidentiality, objectivity and academic honesty. The editors, auditors and members of the editorial board do not disclose any information about the research.

-The arrangement of researches is subject to technical procedures irrelevant to the status of the researcher.

-Journal depend Mail System in order margins and sources

-The Journal does not pay financial rewards for published materials – researches, studies and articles - as it is applied by international academic journals. The Journal does not receives fees for publication.

Sixth: The journal relies on the publication of research and studies, the following scientific disciplines:

Law(I)	PublicInternational Law LI/003
Department of Criminal	Common Market Law LI/004
*Law(LP)	InternationalOrganization LI/005
Criminal Law &Producer Lp/001	InternationalEconomicLaLI/006
Military Law LP/002	Human Rights LI/007
Penology Lp/003	InternationalLaw Of Sea LI/008
Criminology LP/004	EnvironmentInternationalLI/009
Criminal Policy LP/005	Setting International disputLI/010
Criminal Private Law LP/006	International Law of Human Rights LI/011
DepartmentofInternational	Humanitarian International Law LI/012
Law(LI)	
International Law LI/001	
Private International LI/002	

prepared in a new way for the Journal provided that the researcher refers to this providing sufficient data concerning the thesis title, the discussion date and the university where the discussion took place.

-A research should be within the field of the Journal's goals and research concerns.

-The Journal is interested in critical reviews of important books recently published in the fields of its specialization in any the languages, provided that these books published not more than three years. A review does not exceed 2800-3000 words. Books reviewed should be within the field of the researcher's specialization or his basic research interests. Book reviews are subject to the same assessment criteria followed in the assessment of researches.

-The Journal devotes a special forum for the discussion of an idea, a theory or an issue raised in the field of social studies. The number of words in the discussion does not exceed 2800-3000 words. Discussions are subject to the same assessment criteria.

-The number of a research words, including references to sources and footnotes, bibliography, list of words of tables, if any, and annexes, if any, are between 8000 and 10,000 words. The journal may publish, in its discretion and in exceptional cases, some research and studies whose words exceed the number of words mentioned above

-Charts, figures, equations, graphs or tables are to be sent in the way they are originally used in Excel or Word. They be supplemented a good quality original pictures in a separate file as well.

- Researches and studies may published in Arabic or English.

Fourthly: Each research is subject to a complete confidential assessment conducted by two readers (referees) who are competent and specialized in the subject of the research, have the academic expertise of what has been accomplished in concerned field and who are accredited in the list of readers in Bayt al-Hikma. In case there are contradictions in assessment results, the research is sent to a third reader. The Journal is committed to provide the researcher with its final decision: publishing / publishing after making specific amendments / apologies

Author Guidelines

The “Journal of Legal Studies“ depends, in the selection of its content, certain formal and intellectual specification as they are manifested in the international refereed journals, according to the following:

Firstly: the search has to be original specially prepared for the Journal, not published in full or in any other way, in paper or electronically, or presented in an academic event held Beit al-Hikma or organized by any other party.

Second: a C.V., in both Arabic and English, must be attached to the research.

Third: The research should include the following elements:

-Research title in Arabic and English and a brief introduction to the researcher and the academic foundation where s/he works in an independent page.

-An abstract of the research in Arabic and English in about 250-300 words, followed by the key words. The abstract should state the in short, accurate and clear sentences the main problem of research, methods used and conclusions.

-The identification of research problem, objectives of the study, its significance, the critical reviews written including the latest materials published on the subject, defining the specifications of the research hypothesis, the conceptual perception and its main indicators, a description of methodology, analysis, results, and conclusions; provided that a list of sources and references referred to by the researcher or used in the research body. The list should include the research date in its original foreign language in case of using several sources in several languages.

-A research should abide by documentation conditions in accordance with the reference assignment depended by Bayt al-Hikma which is compatible with the international standards research methodology.

-The Journal does not publish chapters or researches taken ready made from university endorsed theses except for certain cases where they are

The Journal Objectives

Intellectual property rights: Bayt al-Hikma (The House of Wisdom) owns the intellectual property rights of the articles published in its academic journals and may not be reproduced in whole or in part, either in Arabic or translated into foreign languages, without express written permission from Bayt al-Hikma.

- Journal of Legal Studies complies with the publication of translated articles in full compliance with a permission of the foreign periodical ; and complies with the respect of intellectual property rights.

- Free Publishing : Journal of Legal Studies is committed to free publication, and exempts researchers and authors from all publishing fees.

Journal of Legal Studies is a referee semi-annual periodical issued by Bait al-Hikma, carrying the international standard number (ISSN2223-819)It is specialized in legal academic studies and research, supervised by a cadre of experts and academics from various Iraqi and Arab universities. It is published in hard and doft copies (paper and electronic). It aims to:

- 1 -.Publish and disseminate academic research, which has not been published previously, prepared by researchers in the academic fields related to legal issues, and encourage researchers to publish their academic output in the Journal , in order to enrich and develop academic research in these fields. .

2. Provide the opportunity for academic assessment and evaluation of research by subjecting research to the academic opinion which assesses the academic and methodological aspects in academic research.

- 3.consolidate and strengthen academic links and to intellectual ties between the Legal Studies Department, scholars and the corresponding institutions of mutual interest, in addition to achieve scientific communication and to create channels of communication between specialists in the legal field.

- 4.Address contemporary humanitarian issues in the context of academic research and enrich knowledge within the framework of law and employing it in the service of humanity.

- 5.Follow up academic movement trends within the scope of law in different branches by following up academic results of all research issued by educational institutions and research centers, as well as follow up modern legislation and new judicial trend

The Journals Vision

The vision of Legal Studies Journal is that law may be different of all other branches of knowledge as a branch in the process of permanent formation ; hence , it assimilates the methodologies of all other branches and their approaches within its open methodology, including the approaches of scientific branches . Within the framework of this vision, the Journal encourages research and studies based on statistical tables and field surveys that bring law closer to the field of experimentation, thus making it interactive with other branches . The Journal also seeks to stimulate Arab legal research in all its methods. However , it pays special attention to the researches that are concerned with new and emerging issues, questions and concepts , including the new East-Orography treatments of a law that appears to be “accomplished”. The science of law is defined as the science of research and exploration regardless of the chronology of legal times and times . It is not only the law of the past but also the understanding of the law of the future, without confusing it with the philosophy of teleological law.



Law Studies

Quarterly journal issued by Department of Historical Studies In BaytulHikma

No.(49) Baghdad-2019

Editor -In-Cheif

Prof. Dr.Hanan M. Al kais

BaytUl-Hikma/Law Studies Dept.

Editor Manager

Dr. Thakra Inam Ghaeb

BaitUl-Hikma/Law Studies Dept.

Editonial Board

Prof. dr. Ahmed Abdel - / Assiut University/ Egypt

Prof. dr. El Tayeb Belwadeh / Boudiaf University /Algeria

prof. dr. Tamem Taher Ahmed/ Al-Mustansyriah/Iraq

Prof. dr. Jawad Alrabaa/ University of Ibn Zahr Agadir / Morocco

prof. dr. Said Ghafil / University of Kufa/Iraq

Prof. dr. Amer Zagher / University of Missan/Iraq

Prof. dr. Amer Ayash Abd / University of Tikrit/Iraq

prof. dr. Abdul Ali Swadi / University of Karbala/Iraq

Prof. dr. Adnan Aajel / University of Al-Qadisiyah/Iraq

prof. dr. Fawzi Hussein Salman / University of Kirkuk/Iraq

Linguistic Correction

Dr.Lect.Khmael ShakerI(ArabicLanguage)

Lect.Rania AdnanAziz (English Language)