



دراسات قانونية

مجلة فصلية محكمة تصدر عن قسم الدراسات القانونية في بيت الحكمة - بغداد
العدد (٥٠) لسنة ١٤٤١هـ / ٢٠٢٠م

رئيس التحرير

أ.د. حنان محمد القيسي
الجامعة المستنصرية / العراق

مدير التحرير

د. ذكرى انعام غائب
بيت الحكمة / العراق

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 الربيع / جامعة ابن زهر اكادير / المغرب
أ.د. سعيد علي غافل / جامعة الكوفة / العراق
أ.د. عامر زغير / جامعة ميسان / العراق
أ.د. عامر عياش عيد / جامعة تكريت / العراق
أ.د. عبد علي سوادى / جامعة كربلاء / العراق
أ.د. عدنان عاجل / جامعة القادسية / العراق
أ.د. فوزي حسين سلمان / جامعة كركوك / العراق

المراجعة اللغوية

أ.م. رقية اياد (اللغة العربية)
م. رانيا عدنان عزيز (اللغة الانكليزية)

أهداف المجلة

مجلة (دراسات قانونية) دورية مُحكَّمة تصدر عن مؤسسة بيت الحكمة، تحمل الرقم الدولي المعياري (ISSN2223-8190)، 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 يعدها 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 الإنسانيَّة 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 قُدّم 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 بجمل قصيرة ودقيقة وواضحة إشكالية البحث الرئيسية، 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 مؤشراتته الرئيسية، ووصف منهجية البحث، والتحليل والنتائج، والاستنتاجات. على أن يكون البحث مذيلاً 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	كلية الحقوق
سياسة جنائية	قسم القانون الجزائي
قانون الجزاء الخاص	القانون الجنائي وأجراءاته
قسم القانون الدولي	القانون العسكري
القانون الدولي	علم العقاب

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 المُقيّم

إنّ المهمة الرئيسية للمُقيّم العلمي للبحوث المُرسلة للنشر، هي أن يقرأ المُقيّم البحث الذي يقع ضمن تخصصه العلمي بعناية فائقة وتقييمه وفق رؤى ومنظورٍ علمي أكاديمي لا يخضع لأيّ آراءٍ شخصية، ومن ثمّ يقوم بتثبيت ملاحظاته البناءة والصادقة حول البحث المُرسَل إليه.

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

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

- يجب أن لا تتجاوز عملية التقييم مدّة أسبوعين، كي لا يؤثر ذلك بشكلٍ سلبي على المؤلف.
- عدم الإفصاح عن معلومات البحث ولأيّ سببٍ كان خلال وبعد إتمام عملية التقييم، إلا بعد أخذ الإذن الخطّي من المؤلف ورئيس هيئة التحرير للمجلة، أو عند نشر البحث.
- عدم استخدام معلومات البحث لأيّ منافع شخصية، أو لغرض إلحاق الأذى بالمؤلف أو المؤسسات الراعية له.
- الإفصاح عن أيّ تضاربٍ مُحتمل في المصالح.
- يجب أن لا يتأثر المُقيّم بقومية أو ديانة أو جنس المؤلف، أو أيّة اعتباراتٍ شخصية أخرى.
- هل أنّ البحث أصيلاً ومهم لدرجة يجب نشره في المجلة.
- بيان فيما إذا كان البحث يتفق مع السياسة العامة للمجلة وضوابط النشر فيها.
- هل أنّ 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 أوضّح فيها المؤلف ما هي المشكلة التي قام بدراستها.
- مناقشة المؤلف للنتائج التي توصل إليها خلال بحثه بشكلٍ علمي ومُتقن.
- يجب أن تُجرى عملية التقييم بشكلٍ سري وعدم اطلاع المؤلف على أيّ جانبٍ فيها.
- إذا أراد المُقيّم مناقشة البحث مع مُقيّمٍ آخر، فيجب إبلاغ رئيس التحرير بذلك.
- يجب أن لا تكون هنالك مخاطبات ومناقشات مباشرة بين المُقيّم والمؤلف فيما يتعلّق ببحثه المُرسَل للنشر، ويجب أن تُرسل ملاحظات المُقيّم إلى المؤلف من خلال مدير التحرير في المجلة.
- إذا رأى المُقيّم بأنّ البحث مستلماً من دراساتٍ سابقة، توجّب على المُقيّم بيان تلك الدراسات لرئيس التحرير في المجلة.

• إنّ ملاحظات المُقيّم العلمية وتوصياته سيعتمد عليها وبشكلٍ رئيس في قرار قبول البحث للنشر من عدمه، كما يُرجى من المُقيّم الإشارة وبشكلٍ دقيق إلى الفقرات التي تحتاج إلى تعديلٍ بسيطٍ 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 مرجّحٍ آخر.
- تعتمد مجلة دراسات قانونية قراء موثوقين ومجربين 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 رأي 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 المادة البحثية بحسب محتواها الفكري، مع مراعاة مبدأ عدم التمييز على أساس العرق أو الجنس الاجتماعي أو المعتقد الديني أو الفلسفة السياسية للكاتِب، 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 مجلّاته العلمية المحكّمة، ولا يجوز إعادة نشرها جزئيًا أو كليًا، سواءً باللغة العربية أو مترجمة إلى لغاتٍ أجنبية، من دون إذنٍ خطي صريح من البيت.
- تنقيد مجلة دراسات قانونية في نشرها لمقالاتٍ مترجمةً 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 وقتٍ 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 جهةٍ لنشره كاملاً أو ملخصاً، وهو غير مستل من رسالة ماجستير أو أطروحة دكتوراه (*).

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

٣- في حالة موافقة هيئة تحرير المجلّة 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
- سياسة الدفاع الاجتماعي وأنعكاساتها في القوانين الجزائية
أ.د.جمال ابراهيم الحيدري ١٧
- اللامركزية الإدارية الهجينة في العراق
أ.د.عمار طارق
م.م. عادل حاشوش..... ٤١
- مدى تأثير الولاية القضائية العالمية بالتقادم والعفو
أ.م. د. لى عبد الباقي
م.م. مروة ابراهيم ٨٣
- الرقابة القضائية على أعمال الحرب
أ.م.د. محمد عزت
أ.م. د.قيدار عبد القادر ٩٩
- الفوائد المترتبة على القرص الحكومي العراقي للموظفين
أ.م.د. منى يونس
م.م. فانتن يونس..... ١٢٧
- التعليق على نصوص قانون العقوبات العراقي (سلوك الجاني في جريمة خيانة الأمانة)
أ.م.د.رعد فجر الراوي ١٤١
- تحديد الاختصاص القضائي الوطني في ملاحقة مرتكبي جرائم الإرهاب الدولي في ضوء
القانون الدولي
د. قريبيز مراد ١٥٧
- الانجاب الاصطناعي وتنازع القوانين بشأنه (دراسة تحليلية مقارنة)
د. موفق خالد ابراهيم ١٧٧

كلمة العدد

أؤمن بأن المجالات القانونية، ليست منبراً للباحثين لنشر نتائجهم وافكارهم العلمية وحسب، بل هي إحدى طرق التنقيف والتوعية المجتمعية، ومن هنا خطر لي الحديث في هذا العدد من مجلة دراسات قانونية عن أحد أركان الأنظمة الديمقراطية، خاصة وأنه يكثُر الحديث في هذه الأيام حول مسألة تطرح نفسها على الساحة العراقية ألا وهي مسألة الانتخابات البرلمانية التي شغلت العامة والخاصة على السواء. فمنهم من يؤيد هذا التيار أو يدافع عن المرشح الفلاني بكل ما أوتي من قوة وفصاحة لسان، وآخر يؤيد المرشح الفلاني أو الائتلاف الفلاني ويدافع عنه بكل ما استطاع من قوة.

والعملية الانتخابية تعد أحد أركان النظام الديمقراطي، إذ تعد المؤسسة التشريعية المنتخبة (البرلمان) أحد أركان الدولة الديمقراطية الثلاث، وهي السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية والسلطة القضائية، مما حدا بأكثرية دول العالم – عظمى كانت أم نامية – إلى أن تقوم بإجراء انتخابات عامة.

وعلى الرغم من أن الحضارات الراقية عرفت ظاهرة الانتخابات، إلا أنها تفاوتت في أشكالها وشموليتها، ومن يحق له المشاركة فيها، وصلاحيات البرلمانات المنتخبة عن هذه الانتخابات. واستمر الحال إلى يومنا هذا، إذ لا تمر أيام إلا ونحن نسمع عن انتخابات إما نيابية أو رئاسية أو محلية في هذا البلد أو ذاك، وإن كان تأثير الانتخابات في الحياة السياسية على السكان يتفاوت ويتغير من بلد لآخر ومن منطقة لأخرى تفاوتاً شديداً.

ويبقى السؤال المهم، هل أن إجراء الانتخابات البرلمانية في دولة هو ما يجعلها دولة ديمقراطية؟

والاجابة هي: بالطبع لا، إذ أن دلالة الانتخابات البرلمانية على ديمقراطية الدولة تقتضي توافر بعض الضمانات، ومنها أن تكون الانتخابات عامة ومفتوحة بمشاركة الجميع، وأن يكون الانتخاب سرىاً ودورياً، وأن تكون هنالك مساواة في الانتخابات، مدعومة بوجود تعددية سياسية حزبية، وحرية الحملات الدعائية، ووجود وقت كاف للترشيح، وأخيراً وجود مراقبين.

لكي نستطيع الاطمئنان إلى أن البرلمان الذي ينتج عن هذه الانتخابات يعكس فعلاً إرادة الناخبين ويعبر عن القوى السياسية والاجتماعية والاقتصادية والتنوع السياسي والثقافي والاثني والديني في المجتمع. فإذا تكررت الانتخابات في أي بلد من دون تحقق للضمانات السابقة ومن دون أن تؤدي إلى تداول للسلطة فلا يمكن أن توصف بأنها انتخابات حقيقية، كما لا يمكن أن توصف بأنها انتخابات حرة نزيهة أو عادلة.

رئيس التحرير

البحوث والدراسات



سياسة الدفاع الاجتماعي وانعكاساتها في القوانين الجزائية

أ.د. جمال ابراهيم الحيدري*

كأساس للمسؤولية الجزائية ، واعتماد المنهج العلمي لمعرفة اسباب الجريمة ، وأن للعقوبة دور في النظام الجزائي .

أما بخصوص تأثير مبادئ الدفاع الاجتماعي في القوانين الجزائية فأنها انحصرت في مسألتين مهمتين وهما : تقسيم الدعوى الجزائية الى مرحلتين : مرحلة المحاكمة، ومرحلة تنفيذ العقوبة، وقد تبنت القوانين الجزائية مع اختلاف الانظمة المتبعة بشأنها .

والمسألة الثانية : قاضي الاشراف على تنفيذ العقوبة، وقد اخذت بعض القوانين الجزائية بهذا النظام في حين أن البعض الاخر لم يأخذ به كونه قد منح الادعاء العام دوراً في مرحلة تنفيذ العقوبة ومنها المشرع العراقي .

المقدمة

كان القانون الجزائي ولا يزال الى حد كبير معقد، رجاء الناس في حمايتهم من شرور المجرمين، لأن محاسبة من يخرج عن القواعد السلوكية التي ارتضاها المجتمع لنفسه ومعاقبته وجعله يحس بذنبه ، تؤذيه وتحمله على التوبة واصلاح نفسه كما تحمل غيره على وصفه بما ناله من أذى ، فيأخذ منه عبرة تردعه ، إلا أن

الملخص

يعد الدفاع الاجتماعي من الدعوات الاصلاحية للقانون الجزائي وقد استعمل في معانٍ عدة منها (حماية المجتمع من الجريمة عن طريق استخدام العقوبات الزاجرة)، بمعنى اخر(أن دور القاضي الجزائي هو أن يطمئن الاخير ويوقع الرعب في قلوب الاشرار)، وتتازع فكرة الدفاع الاجتماعي اتجاهين : الاول تقليدي (متطرف)بزعامه (غراماتيكا) الذي انكر القانون الجزائي وكل ما يحتويه من قواعد ومؤسسات، ورفض مفاهيم الجريمة والمجرم والمسؤولية والعقوبة ونادى بالغاء القانون الجزائي، واحلال قانون الدفاع الاجتماعي محله، والثاني جديد (معتدل) بزعامه (مارك انسل) إذ ركز على اهمية القانون الجزائي ولكن اشترط أن يقوم على جملة من القواعد لعل اهمها هو اعتماد الجانب العلمي في تفسير وتطبيق النصوص واختيار التدابير وانطلق مارك انسل) في فكرة الدفاع الاجتماعي من مبادئ اساسية منها أنه رفض الفرضيات القانونية والفلسفية المقررة سلفاً ، ووصف الجريمة مسألة فردية بذاتها ، ومن واجب القاضي أن يتعرف جيداً على شخصية المجرم ، والابقاء على مبدأ الحرية المعنوية

جامعة بغداد / كلية القانون(*)

المطلب الأول

أبعاد سياسة الدفاع الاجتماعي

إن تعبير الدفاع الاجتماعي ليس تعبيراً جديداً بشكل تام ، أذ أن بعض علماء الجزاء استعملوه كثيراً في الماضي ولكنهم لم يستعملوه في معنى واحد ، ومن المؤكد أن أول معنى له هو المعنى الشائع الجاري على كل لسان والذي يعني ” حماية المجتمع من الجريمة عن طريق استخدام العقوبات الزاجرة ” ، وقد أستعمله في هذا المعنى جانب من الفقهاء الفرنسيين حين ذهبوا الى ” أن مقتضيات الإضافة والدفاع الاجتماعي أوصلت الى القسوة الزائدة والاكتثار من العقوبات العنيفة ”^(١) ، واستعمله أحد الفقهاء في هذا المعنى أيضاً حين قال ” أن دور القاضي الجزائي هو أن يضمن الأختيار ويوقع الرعب في قلوب الأشرار ” . ونصح القضاة بأن يكونوا أكثر شدة في أحكامهم مع المجرمين ليخيفوهم ويحموا المواطنين من شرورهم^(٢) .

إسن الدفاع الأجتماعي بهذا المفهوم ، سياسة عملية تعتمد القوة والبطش ، لارهاب المجرم ، وتحذير الأخرين الذين تسول لهم نفوسهم مخالفة قواعد السلوك التي ارتضاها المجتمع لنفسه ... وانطلاقاً من هذا المبدأ ، تفننت المجتمعات في مطاردة المجرمين ومحاولة القضاء عليهم ، فكانت عقوباتها استبدادية تحكيمية لعدم وجود قوانين وضعيه أو لعدم كفايتها ، فقد كان من حق القاضي أن يشدد العقاب الى أفسى درجاته بما في ذلك الحكم بالموت ، وكانت العقوبات تختلف بين المجرمين بحسب خطرهم على النظام ، وبحسب وضعهم الأجتماعي وانتمائهم الطبقي ، لذلك كان أخطر المجرمين مثلاً هو المجرم

هذه الامال أخذت تصطدم بواقع أليم يبعث في النفوس الخوف والرهبه ... لذلك أخذ القانون الجزائي يتعرض اليوم الى نقد لاذع بسبب تفاقم الجريمة تفاقماً لم تعرفه البشرية من قبل ، وأخذت قواعده الراسخة التي اقيمت في القرنين الماضيين تتعرض الى امتحانات قاسية ، حتى بدت وكأنها أخذت تنرسخ تحت الضربات الموجعة - غير أن هذا الصرح الشامخ وقف متماسكاً في وجه الأعاصير - ولكن نيران النقد التي فتحت عليه ، فتحت العيون على وجود تصدعات في بنيانه الضخم ، فكان لا بد من وضع بعض مسائله الكبرى في كفة الميزان من جديد ، لإعادة تقييمها وامعان النظر فيها مرة أخرى ، وقد انطلقت دعوات اصلاحية واعية الى التجديد والتطوير لتقف في وجه الدعوات التي دعت الى رفع علم الثورة أو استخدام معاول الهدم .. ، وكان مرد هذه الدعوات الإصلاحية هو تفاقم الأجرام المعاصر من جهة ، وعدم قدرة الهيئات المختصة على الوقوف في وجهه من جهة أخرى ، مما استدعي ظهور فكرة الدفاع الاجتماعي في اوربا بعد الحرب العالمية الثانية ، وهي ترفع لواء تجديد جذري في نطاق القانون الجزائي واصول المحاكمات الجزائية ، وهذا الأمر يدعونا الى أن نبحت في أبعاد فكرة الدفاع الأجتماعي أولاً ، والاتجاهات الفكرية التي بُني عليها الدفاع الاجتماعي ثانياً ، واخيراً مبادئ الدفاع الاجتماعي في القوانين الجزائية ثالثاً.... ، وهذا ما سنتناوله في ثلاثة مطالب متتالية .

لشل قدرته على الأذى الاجتماعي ، أما باقصاصه المدة التي تقتضيها حالته في مؤسسات خاصة سموها مستعمرات (Manicomes) أو باجتثاثه نهائياً بالقضاء عليه .

ولو نظرنا فيما كتبه الأستاذ (أنريكوفري) في هذا الموضوع ، لوجدنا أن تعبير الدفاع الاجتماعي عنده يعني هذا المفهوم الأساس وهو ” حماية المجتمع ”، ولكن المنهج العلمي الذي سارت عليه المدرسة الوضعية في اعتمادها على الدراسات الأنثروبولوجية وابتعادها عن الفرضيات القانونية المجردة ساعدت على ظهور مدرسة الدفاع الاجتماعي، التي ليست مدرسة بالمعنى العلمي وإنما هي ” حركة تصحيحية ” إذا جاز هذا التعبير.

وقد قام بتأسيسها والدعوة إليها ثلاثة فقهاء رواد وهم ” فون ليست الألماني ” و ” فان هامل الهولندي ” و ” أدولف برنس البلجيكي ” عام ١٨٧٩ ، عندما أسسوا الأتحاد الدولي للقانون الجزائي ” (٨) .

وقد نصت مبادئ الأتحاد الدولي على أن ” علم الجزاء يجب أن يستلهم نتائج الدراسات الأنثروبولوجية و الاجتماعية ويستفيد منه ” وأن ” العقوبة ليست الوسيلة الوحيدة للكفاح ضد الجريمة ” أي أنه يمكن أن توجد وسائل أخرى تنفع في هذا الكفاح، ولكن هذا الأتحاد الدولي ابتعد عن مبادئه الأولى مع الزمن ، لأن (فون ليست) وهو قانوني ضالع في القانون لم يستطع أن يسير طويلاً مع فكرة الدفاع الاجتماعي بسبب تضاربه في كثير من مواقفه مع المبادئ التي يقوم عليها قانون العقوبات (٩) .

غير أن الأستاذ (أدولف برنس) ظل وفيّاً لمبادئ الأتحاد الدولي متحمساً لها لذلك أطلق

السياسي الذي كانوا يعدونه عدواً للمجتمع وليس مجرد مجرم فقط ، كذلك كانت العقوبات القديمة تمتاز بعنفها الذي يثير الهلع في القلوب والأشمنزاز في النفوس ، وخشية من أن يساء استعمال الدفاع الاجتماعي بهذا المفهوم ، قاومه كثير من المفكرين المعاصرين، لأنه في نظرهم يناقض مبدأ الضمانات الأساسية التي يجب توفيرها لصيانة حرية الفرد وكرامته .

ومن ابرز الذين أبدوا تخوفهم منه الأستاذ ريمون سالي (saleilles) (٣) ، وقد أعرب عن هذا التخوف بقوله ” أن القاضي في النظام القديم كان موظفاً لتأمين الدفاع الاجتماعي أي لتأمين حماية المجتمع ، باتباع الوسائل التحكيمية” (٤) ، وقد أيد الأستاذ (غارو) (٥) ، زملاءه التقليديين في مذهبهم هذا ، حين أكد أن فكرة الدفاع الاجتماعي قديمة جداً ، وأن كل ما يستطيع أن يفعله الدعاة الجدد هو مجرد تجديد للعقوبة بتسميتها ” رد فعل الكيان الاجتماعي ضد الجريمة” (٦) .

وحين قامت المدرسة الوضعية التي أسسها ” لومبروزو ، وفري ، وغاروفالو ” في الربع الأخير من القرن الماضي ، تخلت عن القواعد التي قامت عليها المدرسة التقليدية التي أسسها ” بكاريا ، وبنتام ، وفورباخ ” ، وهاجمت مفهوم الحرية المعنوية التي تعد عماد المدرسة الأولى ونفتها ، وقررت أن الجريمة ثمرة تظافر عوامل بيولوجية واجتماعية ونفسية ، ولا حرية ولا إرادة للمجرم فيها (٧) ، ولذلك فإن مسؤوليته عن الجريمة مسؤولية اجتماعية محضة، وعلى هذا الأساس أطلقت تعبير الدفاع الاجتماعي على ” التدبير الوقائي الذي يتخذه المجتمع ” ضد شخص برهن على خطورته

عليه أسم ” الأب الحقيقي للدفاع الاجتماعي ” ، والواقع أنه يعد بحق المؤسس الأول للدفاع الاجتماعي إذ شرح مبادئه حسبما يفهمها في كتابه الذي وضعه عام ١٩١٠ تحت عنوان (الدفاع الاجتماعي وتطور القانون الجزائي)، وقد أنتقد فيه المدرسة التقليدية لعدم كفاية مبدأ الحرية المعنوية التي أقامت عليها مذهبها الجزائي ، فالفاعل هنا في الأصل حر في ارتكاب جريمته أو عدم ارتكابها، لذلك فان مسؤوليته عنها كاملة اذا ارتكبها ولا يعفيه من المسؤولية الجزائية الا ثبوت فقدانه لهذه الحرية كما في حالات القصر الجزائي والجنون والاكراه والدفاع الشرعي، ويعتقد (برنس) أن خيار الفاعل أمر مستحيل لأستحالة اقامة الدليل على حرية المرء ، كذلك فإنه عاب على القضاء هذه الرحمة الزائدة تجاه المجرمين باصدار أحكام بالسجن لمدة قصيرة ، بزعم اقامة تناسب بين العقوبة والمسؤولية المعنوية، وهذه هي نظرية المدرسة التقليدية الحديثة في ” المسؤولية المخففة “ وفي رأيه أن هؤلاء المجرمين الذين تكون حرية اختيارهم ناقصة فعلاً لضعف في ادراكهم هم أخطر المجرمين، لذلك فان الافراج المبكر عنهم يعرض أمن المجتمع للخطر ، ويتركه دون حماية ضد أكثر المجرمين خطراً ، وعلى هذا فان الرحمة الزائدة ليست الأضعفاً مقتعاً، من شأنه أن يترك المواطنين الضعفاء والتعساء دون حماية صحيحة .

ونعتقد أن لهذا النقد أساساً من الصحة فالمدرسة التقليدية ترغب في جعل العقوبة متناسبة مع الخطأ المعنوي المنسوب للمجرم، وهذا هدف مجرد لا يقع تحت الحس ، ثم أنه مطلق ومن ثم فإنه يستحيل تحقيقه بصورة

عادلة، وما دامت العدالة الجزائية من عمل القضاة وهم بشر يتأثرون حين تقدير العقاب بمؤثرات شتى ، منها الفكرة التي كونوها لأنفسهم عن المجرم ومنها حذاقة المحامي ، وسوابق المتهم ، ومنها ثقافتهم الشخصية وأمزجتهم الخاصة وكثرة القضايا التي ينظرونها في اليوم الواحد ، فأنها لا يمكن أن تكون الا عدالة نسبية.

وبسبب هذه المآخذ ، نادى (برنس) ، باحلال مفهوم الحالة الخطرة محل المسؤولية المعنوية، على أن تستخلص المحكمة هذه الحالة الخطرة من واقع مصلحة المجتمع والدولة ، وليس من دراسة شخصية الفاعل المجردة التي لا تكون الجريمة التي ارتكبها الا عرضاً من الأعراض الدالة عليها^(١٠).

وعلى فرض أماكن اكتشاف الحالة الخطرة، فكيف تكافح ؟

لقد أقترح جماعة الدفاع الاجتماعي الأول أطالة مدة حبس الخطرين فقط، ولكن ” برنس ” أضاف الى ذلك وجوب انشاء مؤسسات خاصة بهم تعالج انحرافهم الخطر غير أنه اشترط عدم اتخاذ أي اجراء ضدهم الأ اذا كان القانون ينص عليه ، أي أن مفهوم الحالة الخطرة عنده مفهوم قانوني^(١١)، ولا بد من الاتفاق على تحديد دقيق لمفهوم ” الحالة الخطرة ” كي لا يظل الأفراد تحت رحمة التفسيرات المختلفة ، بسبب تباين ثقافة القضاة واختلاف نظراتهم الى المجرمين، وليس من شك في ان هذه الاختلافات تعرض الحريات الفردية والحقوق الشخصية الى أخطار جسيمة ..، ومن هنا انطلقت الدعوة الى تعريف الحالة الخطرة في نص القانون الجزائي، وقد استجاب المشرعان اللبناني والسوري الى

التدابير الوقائية ، التي تابعت انتشارها الجري فيما بين الحربين العالميتين (ما بين ١٩١٩ و١٩٣٩) ، وقد أخذت بها غالبية القوانين الجزائية بل أن بعضها نسقها تنسيقاً رائعاً ، كالقانون السويدي لعام ١٩٢٧ ، والهنگاري لعام ١٩٢٨ والايطالي لعام ١٩٣٠ ، والدانماركي لعام ١٩٣٠ ، وقانون الدفاع الاجتماعي البلجيكي لعام ١٩٣٠ والبرازيلي لعام ١٩٤٠ ، وقانون ولاية نيويورك لعام ١٩٢٦ (بشأن اعتقال معتادي الاجرام مدى الحياة) ، وقانون كاليفورنيا ومشيغان (بشأن اعتقال مجرمي الجنس) ، كما أن العلماء الفرنسيون انصرفوا الى وضع مشروع قانون للدفاع الاجتماعي كذلك تأثرت الدول العربية بهذا التيار ، فأخذ قانون العقوبات اللبناني بالتدابير الاحترازية عام ١٩٤٤ ، واخذ بها قانون العقوبات السوري عام ١٩٥٠ ، ومشروع قانون العقوبات الموحد لمصر وسورية عام ١٩٥٩ – أما القانون العراقي فقد أدخل تدابير الوقاية الحقيقية في المواد (١٠٠-١٠٢) ق.ع تحت اسم العقوبات التكميلية ، أي أنه جدد في الموضوع نسبياً – لكنه احتفظ بالتسمية القديمة .

ولكن بعد انتهاء الحرب العالمية الثانية ، بدأت مرحلة ازدهار عظمى في تاريخ الدفاع الاجتماعي ، ففي أثناء هذه الحرب تعرضت حقوق الانسان وكرامته في روسيا وألمانيا النازية وايطاليا الفاشية وغيرها من الدول الى أقبح أساليب التعسف والتحكم ، وعومل المجرم السياسي بخاصة معاملة العدو الذي يجب القضاء عليه بكل الوسائل .. وبانتهاء تلك الحرب عام ١٩٤٥ و اعلان حقوق الانسان عام ١٩٤٨ تنفس البشر الصعداء ، ودغدغ المفكرين حلم اقامة المجتمعات الفاضلة .. وقد

هذه الرغبة الحققة ، إذ نصت م(٢١٠)عقوبات سوري على ما ياتي : ” المجرم الخطر هو كل شخص اقترف جريمة اذا كان يخشى أن يقدم على أفعال أخرى يعاقب عليها القانون ” . كما إن المشرع العراقي اخذ هذه بهذه الفكرة من خلال نص(١٠٣) من قانون العقوبات المعدل رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ ، إذ جاء فيها (لايجوز أن يوقع تدبير من التدابير الاحترازية التي نص عليها القانون في حق شخص دون أن يكون قد ثبت ارتكابه فعلا يعد جريمة وأن حالته تعد خطرة على سلامة المجتمع ، وتعد حالة المجرم خطرة على سلامة المجتمع إذا تبين من أحواله وماضيه وسلوكه ومن ظروف الجريمة وبواعثها أن هناك احتمالاً جدياً لإقدامه على إقتراف جريمة أخرى ...) ، وهو تعبير معتدل ، لأنه يشترط ارتكاب جريمة سابقة ، كما يشترط أن يتيقن القاضي من أن هذا المجرم يخشى منه أن يرتكب جرائم أخرى ، وتقدير هذه الخشية أمر لا يخلو مع ذلك من غموض لأنه يظل مرتباً بتقدير القاضي ، وهو شخص كسائر البشر يمكن أن يقع في سوء التقدير .. ولكن المشرع السوري قضى بوجود الخطر حكماً في حالات حددها بدقة ، وذلك حين يصبح الفاعل معتاداً على الاجرام (١٢) .

ويجدر الاشارة الى أن ما فعله ” برنس “ هو تنظيم مذهب الدفاع الاجتماعي الأول ، أما الفكرة نفسها فانها كانت أسبق منه .. فقد رأينا أن المدرسة الوضعية هي التي أدخلت الثورة الكبرى في العلوم الجزائية ، حين أقامت علم الاجرام على أساس علمي أنثروبولوجي ، ونادت باحلال التدابير الوقائية محل العقوبات (١٣) .

وقد تأثر المشرعون في كل مكان بفكرة

المطلب الثاني

الاتجاهات الفكرية في الدفاع الاجتماعي

في خضم التطورات الحاصلة أثناء وبعد الحرب العالمية الثانية ، فقد ظهرت سياسة الدفاع الاجتماعي بوجه جديد ، ورسخت جذورها في مؤتمر سان ريمو عام ١٩٤٧ ، وأعلن المؤتمرون تشكيلها في مؤتمر لياج عام ١٩٤٩ .. وهذه السياسة الجديدة مدينة بانتعاشها الى محام ايطالي هو الأستاذ - غراماتيكا - وكانت تريد أن تجعل من الدفاع الاجتماعي مذهباً مستقلاً ، وأن تدخل في المؤسسات الجزائرية روحاً انسانية جديدة - وهكذا تظل ايطاليا السبابة دوماً في مجال الفلسفة الجنائية .. ولكن الخلاف بين جماعة هذه الفلسفة الجديدة ، ما لبث أن ظهر في المؤتمرات التي عقدها لاسيما في مؤتمر أنفر عام ١٩٥٤ ، إذ تبلور تياران متعارضان ، أحدهما يقوده المتطرف غراماتيكا - والأخر يسير مع المعتدل أنسل .. ، وفيما يأتي تعريف بأفكار هذين الفريقين:

أولاً : الاتجاه التقليدي (المتطرف):

يتزعم هذا الاتجاه الاستاذ الايطالي (غراماتيكا) - مواقف في غاية التباعد عن سبقة من العلماء وعن مفاهيم القانون الجزائي^(١٤).

وتتمثل فلسفته في أنه ينكر القانون الجزائي وكل ما يحتويه من قواعد ومؤسسات ويرفض رفضاً قاطعاً مفاهيم الجريمة والمجرم والمسؤولية والعقوبة ، وينادي بإلغاء القانون الجزائي جملة وتفصيلاً ، واحلال قانون للدفاع الاجتماعي كما يتخيله محله لتنظيم علاقات

تبنت جميع الدول العربية ميثاق الامم المتحدة واعترفت حين وقعت عليه بأنها تقبل بما تضمنه من ضمانات قضائية وانسانية للإنسان والمواطن ... غير أن الذي حدث عملياً هو أن حلم العرب لم يدم طويلاً لأنهم ما كادوا يستفيقون من هول الحرب حتى فوجئوا بغزوة صهيونية استعمارية استيطانية لا مثيل لها في التاريخ فاحتلت الارض ، وطرد السكان من بيوتهم ، وتساحت بأفئتك أنواع الأسلحة ووجد الناس في الديمقراطية كبش فداء واتهموها بالعجز ، فاستولت القوات المسلحة على زمام الأمور في عدد من البلاد العربية، ولكن النتيجة كانت أسوأ ، فالى جانب استمرار ضياع الارض ، أفرغ القانون من محتواه ، وانتشرت أجنحة الارهاب على رؤوس الحراب ، وفتحت أبواب المعتقلات لخصوم النظام السياسي ، وفي أجواء كهذه ، تكتم الأفواه ، وينتحر المفكر ، وتداس الضمانات القانونية ، ويسود شعار ” أهل الثقة ، لا أهل المعرفة ” أما في العالم الغربي فبمجرد أن سكتت المدافع ، أخذت الشعوب مقدراتها بأيديها ، فأسقطت انكلترا تشرشل المنتصر في أول انتخابات عامة ، ولم يطل العهد بديغول محرر فرنسا حتى ذهب الى الظل وعادت الأحزاب تتبارى فيما بينها في حلقات الصراع الديمقراطي لكسب ثقة المواطن بها، وبذلك يكون المناخ العام قد أصبح مواتياً لإعادة دراسة الجريمة بوصفها فعل أنسان ، واتخاذ الوسائل الأكثر جدوى لحماية الناس من المجرمين ، وبعث روح جديدة في التراث الجنائي الضخم .

المتخذة ضده ، لأن هدفها هو حماية المجتمع من أذى المجرم ، وليس دمه بميمس العيب استناداً الى مفهوم أخلاقي، ولكن الدفاع الاجتماعي في مفهوم غراماتيكا شيء آخر مختلف أيضاً عن مفهوم المدرسة الوضعية عنه .. ففي نظر هذا الفقيه أن المسؤولية يجب أن تقدر بالنسبة الى العنصر الذي يجعل الشخص المخالف للقواعد العامة شخصا لا اجتماعيا وهو أرادته وليس بالنسبة الى الفعل المادي الاجرامي كما يفعل الفقهاء الجزائيون اليوم ، وإذاً فهو يريد أن يعد الركن المعنوي في نفس الجاني سندا للمسؤولية ومنطلقاً للتدابير التي تتخذ ضده . أي أنه يهتم بشخصية الجاني وليس بالجريمة منظوراً إليها نظرة موضوعية بوصفها فعلاً مخالفاً للقانون ، ويمكن تقدير هذه الشخصية عن طريق العوامل الاجتماعية والعضوية والنفسية التي تتكون منها، وإذاً فهذه الشخصية هي التي يجب أن تصبح مركز الثقل في الاعتبار القضائي ، أما الفعل فإنه لا يجوز أن يعد أكثر من قرينه على الجاني وليس كشرط أساس للمحاكمة والمعاقبة^(١٦) وهذه النظرة تقتضي الغاء مفهوم المسؤولية الجزائية المرتبطة بالفعل ، واحلال مفهوم آخر محلها وهو اجتماعية أو لا اجتماعية الجاني ، ولا تجوز مواخذة هذا الجاني الأ على أساس الاجتماعية الشخصية .

ولذلك فإنه يعيب على النظام الراهن للقانون الجزائي ، أنه يقوم على صلة اصطناعية بين الدولة والفرد ، فالدولة تختار أفعالاً تحدها وتقول أنها ممنوعة وتعدّها جرائم ، وتعد كل من يرتكب واحدة منها مجرماً مسؤولاً وتعاقبه بعقوبة تتناسب مع جسامة الضرر الناشئ عنه. كما أنه يأخذ على العقوبة في هذه الأيام

المجرم بالمجتمع^(١٥)، وبذلك يكون الدفاع الاجتماعي في نظره فرعا من فروع القانون ، له مؤسساته الخاصة به ، ولكنه أوسع مدى ورقة من القانون الجزائي ، ورأي (غراماتيكا) في ذلك حاسم فهو يقول ” نحن ننطلق من التأكيد التالي ، وهو أنه يجب على قانون العقوبات أن يترك مكانه للدفاع الاجتماعي ” وينعى غراماتيكا على الآخرين ، أنهم أساؤوا استعمال تعبير الدفاع الاجتماعي حين أستخدموه في نظريات متعددة ، تنظر الى العقوبة بأنها ذات هدف نفعي لأنها تهدف الى الدفاع عن المجتمع ضد الأضطراب ، وبصورة خاصة ضد الجريمة ، لذلك فإن تعبير الدفاع الاجتماعي يماثل تقريباً في هذه النظريات تعبير الردع العام .

ويرى غراماتيكا أن هذه النظرة الخاطئة الى العقوبة ، استمرت منذ الفيلسوف ”سينيك ” الى (أرسطو) الذي كان يعد العقوبة وسيلة لأخافة الفرد حتى لا يرتكب الجريمة – الى هوبس – تلميذ المدرسة الطبيعية – الذي يلح كثيراً على دور التخويف بالعقوبة – الى مونتسكيو وروسو وبكاريا ، فهؤلاء جميعاً ينظرون الى العقوبة بأنها أداة قمع تستند تارة الى المصلحة العامة ، وتارة الى اعتبارات معنوية خالصة لمطاردة الجاني وضربه .

وقد حاولت المدرسة الوضعية (التي يمثلها أنريكو فري أفضل تمثيل) أن تستعمل تعبير الدفاع الاجتماعي في مفهوم جديد .. ، فهي بعد أن أنكرت المسؤولية المعنوية المستندة الى الإرادة الحرة ، أقامت نظريتها الفلسفية على مبدأ المسؤولية الاجتماعية – وشل ضرر الجاني دون أية اعتبارات أخلاقية للتدابير

أنها ترتبط بمفهوم الجريمة ، فحين ترتكب جريمة يجب أن تطبق عقوبة . وهذه العقوبة تتراوح بين حدين أدنى وأقصى ولكنه يجوز أن تؤثر فيها بعض المؤسسات القانونية ، كالأسباب المخففة أو المشددة فترفعها عن الحد الأقصى، أو تنزل بها عن الحد الأدنى ، تحت اسم تفريد العقوبات وهذا مذهب خاطئ في نظر غراماتيكا أيضاً ، لأنه يرى أن هذا التفريد ليس إلاطموحاً وهمياً ” وكثيراً ما يكون سبباً لتفريد الظلم الانساني أو عدم التناسب في الحكم ” (١٧) . ولذلك فإن النظام الجديد – أي نظامه – يجب أن يحدث تغييراً جذرياً في المفهوم الجزائي ، نظراً لأن العقوبة الحالية لا تستطيع أن تلبى متطلبات التفريد كما تخيله الأستاذ ”سالي“ – ومن هنا فإنه يطلب إلغاء قانون العقوبات واحلال قانون الدفاع الاجتماعي محله ، لا يكون مستنداً الى فكرة العقوبة وانما يجب أن يتضمن القواعد الخاصة بقرائن اللاأجتماعية فقط ، ويعتمد على تدابير الدفاع الاجتماعي وحدها ، وفي نظره أنه لا بد لمحاربة الجريمة من حماية الصحة العامة وتغيير نظام العقوبة، وتعديل اجراءات المحاكمة واعادة النظر في تكوين طبقات المجتمع ، والقضاء على البطالة حتى يجد كل انسان عملاً يعناش منه ، واصلاح العائلة ، والتعاون الدولي لمطاردة عصابات المخدرات وغير ذلك من التدابير التي لا يملك المشرع الجزائي تغييرها بسهولة .

والدفاع الاجتماعي في مفهوم غراماتيكا ، لا يمكن أن يكون غاية بذاته ، كما هو الحال العقوبة اليوم ، لأنه يتجه الى الفرد بوصفه كائناً انسانياً واجتماعياً، اذاً فيجب عليه وهو يحمي المجتمع أن يستعيد الجاني الى حظيرة هذا المجتمع ويعمل على تأهيله وحمایته بصورة

خاصة من الأسباب والعوامل التي دفعته الى ارتكاب الهفوة الاجتماعية . وفي قناعته أن العقوبة التقليدية عاجزة عن تحقيق هذا الهدف الاصلاحی ، لذلك فان مهمة الدفاع الاجتماعي هي اصلاح الجاني اللاأجتماعي وليس معاقبته (١٨) .

ومن الطبيعي أن يستتبع إلغاء مفهوم المسؤولية الجزائية ، وأحلال مفهوم اللاأجتماعية الشخصية محلها إلغاء العقوبة كوسيلة للتخويف ، واحلال تدابير دفاع اجتماعي محلها ذات طابع وقائي وعلاجي وتربوي ، كإلغاء الحروب، ونشر التعليم والتمسك بأهداب الدين والفضيلة ، والوضع في دار للتشغيل ، أو في مستعمرة زراعية ، والمعالجة الطبية ، ومنع المشروبات الكحولية عن الشخص المنحرف وفي جميع الأحوال يجب أن يتناسب التدبير مع شخصيته ، تماماً كالمريض الذي يجب أن يعالج طبياً فيعطى الدواء المناسب لمرضه ، وكالجاهل الذي يجب أن يتعلم لينسجم مع مجتمعه ، فأذا استحال شفاؤه وجب اقصاؤه عن المجتمع لا انتقاماً منه ولا ايداء له ولكن لحماية المجتمع منه .

ولكن لا بد من التعرف الى الأسباب اللا اجتماعية في شخصيته معرفة مؤكدة ، حتى يمكن وصف التدابير التي تناسبه للشفاء منها، لذلك يجب أن تدرس شخصية الجاني لذاتها، وليس بالنسبة الى نموذج خاص ، والتعرف من النظر الى مجموعة من القرائن الى درجة اللااجتماعية ودرجة خطورتها في شخصيته.

وقد عرف غراماتيكا الشخص اللااجتماعي: بأنه الشخص الذي يرتكب أفعالاً من شأنها أن تنتهك قواعد العيش الاجتماعي التي

مذهب يرمي الى القضاء على المجتمع الراهن واقامة مجتمع اخر محله ، وهذا التفكير لا ينسجم مع طريقة الدفاع الاجتماعي القائم على الإصلاح المستند الى العلم (٢٠).

هذا وقد جوبهت هذه الافكار المتطرفة بمقاومة كبرى حتى بين أنصار الدفاع الاجتماعي أنفسهم لأنها أفكار غامضة جداً ، وأن من شأنها اذا طبقت بمفهومها الخاص عن اللا اجتماعية أن تقضي على الكرامة الفردية وتعرض الحريات الشخصية الى أشد الأخطار ، لذلك انفض الكثيرون من حول غراماتيكا ليلتفوا حول الاستاذ أنسل .

ثانياً: الاتجاه الجديد (المعتدل)

يتزعم هذا الاتجاه الاستاذ (مارك أنسل)، أن أول ما فعله هذا الفقيه الفرنسي لأعلان استقلاليتته عن مذاهب الدفاع الاجتماعي الأخرى كمذهب المدرسة الوضعية ، ومذهب الاستاذ برنس ، ومذهب غراماتيكا أنه اسمى كتابه ” الدفاع الاجتماعي الجديد ” (٢١) ويميز هذا الاتجاه الجديد في أنه يمثل مذهباً وسطاً بين تيار غراماتيكا والقانون الجزائي التقليدي ، وقد أعلن أنه يتبنى قواعد الحد الأدنى التي اتفق عليها أقطاب الدفاع الاجتماعي في مؤتمرهم عام ١٩٥٤ ، حتى لا ينفطر عقدهم ، وفيما يأتي تلخيص لهذه القواعد (٢٢):-

١- يجب أن يعد الكفاح ضد الجريمة إحدى مهمات المجتمع الأساسية .

٢- يجب في هذا الكفاح استخدام وسائل مختلفة منها ما هو قبل ارتكاب الجريمة ومنها ما هو بعد ارتكابها ، ويجب أن يكون قانون العقوبات واحدة من هذه الوسائل للحد من طغيان الجريمة .

تعارف عليها المجتمع الذي يعيش فيه . ويرد غراماتيكا على الذين ينتقدون نظامه بقولهم له (أن الحيوانات تعرف ما هي الجريمة) ، رداً يحسبه حاسماً ، حين يقول ” أن النحل يقتل الذكور ، حين لا تعود نافعة للمجتمع ، وبذلك يعمل للحفاظ على الكيان الاجتماعي ، غير أن الإنسان يقتل بدافع من الشر (١٩) ، وجميع الناس في نظره أنانيون ، متمردون .. غير أن بعضهم يعبر عن تمرده بفعل مادي فيصبح لا اجتماعياً لأن القانون وصفه بهذه الصفة أما الآخرون فكانوا أكثر حذراً فلم يقعوا في اغراء الجريمة، فظلوا غير مجرمين بسبب حذرهم هذا ، اذاً فتصنيف الناس الى مجرمين وغير مجرمين هو تصنيف نسبي بل فاسد لأنه من فعل القانون وحده .

ويظهر تطرف غراماتيكا واضحاً ، في نظراته الى التدابير الشخصية التي تتخذ حيال الجاني ، فهذه التدابير يمكن ان تتخذ بعد وقوع الفعل اللا اجتماعي ، وبسببه كما يمكن أن تتخذ قبل أن يرتكب الفعل ، أي لمجرد أن يتبين للمجتمع أنه شخص لا اجتماعي ، وهذه التدابير لا يجوز أن تكون محددة المدة ، وأنها يمكن أن تنفذ في كل مكان فهي كالتدابير الصحية التي يخضع لها المجنون أو المصاب بمرض معد، لذلك فليس لها محل في السجون لأن هذه السجون يجب أن تلغى .

والاستاذ غراماتيكا يعد المجرم ضحية الدولة والمجتمع لهذا فأنه يطالب بعمل سياسي حاسم ينشر الرخاء في المجتمع ، ويقضي على أسباب الانحراف الاجتماعي، ولكنه يظل في مطالبته هذه أصلاحياً وليس راديكالياً ، أي أنه يرفض مذهب ماركس ولينين وستالين ، لأنه

٣- يجب أن ينظر الى هذه الوسائل على أنها تدابير لحماية المجتمع من المجرمين وتدابير لحماية المجتمع من خطر ارتكاب الجريمة ، شريطة أن يتم ذلك في اطار حماية الحقوق الفردية .

ويتضمن برنامج الحد الأدنى ثلاثة مبادئ كبرى هي :-

١- الاعتراف بأن هدف القانون الجنائي يتمثل في حماية المجتمع والأفراد ضد الاجرام.

٢- ويشترط أن تتم هذه الحماية في اطار احترام القيم الإنسانية ، فعلياً أن نفتتح بأننا لا نستطيع أن نطلب من المجرمين سلوكاً مستقيماً إذا نحن لم نلتزم حيالهم بالوسائل التي تقبلها مفاهيم الحضارة المعاصرة .

٣- أن يظل المجتمع مستمسكاً بكفاحه ضد الجريمة بمبادئ الحرية والقانونية وانطلاقاً من هذه المبادئ الكبرى ، يرى الدفاع الاجتماعي الجديد ، أن النظرة الى القانون الجزائي يجب أن تقوم على القواعد الآتية :-

أ- أن تفسير النصوص الجزائية وتطبيقها يجب أن يكون ذا طابع عملي ، يتطلب دراسة عميقة وعملية لشخصية الفاعل .

ب- يجب عدم اقامة القواعد الجزائية على نظريات غيبية (ميتافيزيقية) مثل الارادة الحرة والخطأ والمسؤولية .

ج- من الضروري أن تتقيد العدالة الجزائية بمتطلبات الوجدان الاجتماعي ، أي مجموع العواطف الفردية التي تحس بالمسؤولية الأخلاقية .

د- يجب أن تكون مسألة اختيار التدبير الذي يتخذ حيال الجاني مسألة عملية بمعنى

أن التدبير يجب أن يهدف الى اصلاح الجاني وتأهيله .

هـ- يجب أن نعترف بأن بعض العقوبات التي تحمل هذه التسمية ، انما هي كذلك من تدابير الدفاع الاجتماعي (مثل مراقبة الشرطة) (٢٣).

وفي النظر الى ما كتبه رئيس هذا الاتجاه (أنسل) والبارزون من أنصاره نستطيع أن نستخلص المبادئ الأساسية لهذا الدفاع الاجتماعي الجديد (٢٤) ، ونعرضها فيما يأتي :

١- أنه يرفض المذهبية النظرية لأنها مغرية في ظاهرها فقط ، أما جوهرها فانه خطر على المجتمع ، لذلك فإن الدفاع الاجتماعي الجديد يرفض الفرضيات القانونية والفلسفية المقررة سلفاً سواء أكانت من فرضيات المدرسة التقليدية أم المدرسة الوضعية ، ويعدّها غير صحيحة ، مثل نظرية أستعارة الشريك الجرمية من الفاعل الأصلي ، وافترض معرفة القانون في كل أنسان ، ونظرية الجريمة المستحيلة .

٢- أنه يعد أن مسألة الجريمة يجب أن تكون مسألة فرد بذاته ، أي أنه ينطلق من الرجل الذي أخطأ وخالف القانون ، وهو الرجل الراهن أمامنا المحسوس في الطبيعة الذي يحيا ويتحرك بأمراضه وعاهاته وماضيه وحاضره وليس الرجل المجرد، الوهمي الذي يتحدث عنه القانون حديثاً مجرداً نظرياً .

وهذا الرجل بهذا المعنى غير الرجل العقلاني ، كما تخيله ديكرت ، وغير الرجل الذي تحركه العوامل البيولوجية والاجتماعية والنفسية دون أن تكون له ارادة في اتخاذ قراراته كما تقول المدرسة الوضعية .

٣- من واجب القاضي أن يتعرف جيداً على شخصية هذا الرجل متحرراً من كل فرضية سابقة عن المجرم ، والتدابير التي يجب اتخاذها حياله .

وهذا المبدأ يعني بتعبير أوضح ، أن القاضي ملزم بدراسة شخصية الجاني دراسة معمقة من كل نواحيها ، وعليه أن ينظم ملفاً كاملاً يتضمن كل ما هو ضروري أن يعرفه عنه ، حتى إذا كون عنه وعن ماضيه وأمراضه وحالته النفسية ومتاعبه المادية فكرة واضحة ، أمكنه اتخاذ التدابير المناسبة لمعاقبته وردعه واصلاحه وتأهيله (٢٥).

ويشترط أنسل أن يقوم بوضع ملف الشخصية هذا أشخاص أكفاء من الأطباء وعلماء النفس وعلماء الاجتماع وعلماء الاجرام وسواهم ، حتى كأنه يريد أن يحل محل المسؤولية القانونية الجزائية ، أسلوباً طبياً أكلينيكياً ، ومن المحقق أنه لا يرى في كل مجرم مريضاً ، ولكنه تأثر بالمكتشفات الطبية المعاصرة كالكروموزومات وما تحتويه من جينات ، يبدو أنها تستطيع أن تلعب أخطر الأدوار في توجيه سلوك الفرد . وتأثير الافرازات الغددية والعصبية والجنسية في أمزجة الناس وتصرفاتهم ، ومن ثم دفعهم في طريق الجريمة تحت تأثير هذه العوامل الخفية الغامضة التي لا بد من كشفها ، وهذه مسألة علمية لا ينفع فيها النص الجزائي المجرد وحده.

٤- لذلك فإن المستشار أنسل يريد أن يطلق يد القاضي الجزائي في اختيار ما يراه مناسباً من تدابير ليفرضها على الفاعل ، سواء أكان ذلك عقوبة أم كان تدبيراً وقائياً أو تربوياً ، ومن الضروري أن تكون هذه التدابير مرنة جداً ،

لتظل ملائمة مع تقلبات شخصية الجاني لاسيما أثناء تنفيذ العقوبة . ولكنه مع كل ذلك ، يعلن أنه يتمسك بالقانون ويرى أن يتم تصرف القاضي في حدوده فقط وفي إطار الضمانات القانونية المشروعة (٢٦). والواقع أن هذا القاضي الكبير (أنسل) متمسك بروحانية واضحة جعلته في كتاباته الحديثة يبدو وكأنه يريد بعث فكرة القانون الطبيعي (٢٧).

وقد اكد (أنسل) ميله الى إعادة الحق الطبيعي الى الحياة بعد أن ضعفت نظريته (٢٨)

٥- انه يطالب بالأبقاء على مبدأ الحرية المعنوية كأساس للمسؤولية الجزائية .

٦- إنه يعتمد التفكير العلمي ومناهجه لمعرفة أسباب الجريمة العضوية والنفسية والاجتماعية .

٧- إنه يرى ان المجتمع لم يوجد الا بواسطة الإنسان ومن أجله ، أذ فهو يتمسك بالقانونية (٢٩). وبقاء قانون العقوبات ، ولكنه يطالب بوجوب تعاون هذا القانون مع علم الاجرام والدفاع الاجتماعي الجديد الذي وضعه هو .

٨- إنه يرى انه لا يزال للعقوبة دور تقوم به في النظام الجزائي ، لاسيما في مجال جرائم الرعونة وبعض الجناح الاصطناعية ، أي أنه لا يطالب بالغاؤها ، غير أنه يريد أن يزيل عن العقوبات - وكذلك عن التدابير - فكرة العيب الاجتماعي الذي يستند الى مفهوم الخطأ في نظام المسؤولية المعنوية ، ويطلب بدمج العقوبات والتدابير في نظام واحد ، ليصبح للمجتمع - قانون عقوبات أنساني - يؤمن له حماية تامة عن طريق حماية جميع أعضائه .

١ - مرحلة المحاكمة

في هذه المرحلة تجري المحاكمة بصورتها المألوفة الاعتيادية اذ يترتب على ممثل المجتمع اثبات ارتكاب الفعل من قبل الجاني ، أي إسناده اليه وأثبات أن هذا الفعل يقع تحت طائلة نص من نصوص القانون الجزائي . وفي مفهوم - غراماتيكا - أن هذه المرحلة يجب أن يكون هدفها اكتشاف لا إجتماعية الجاني وتقديرها^(٣١).

وفي رأي الاسناذ - غرافن (وهو من جماعة أنسل) (٣٢) ” أن مرحلة التحري والبحث عن الجريمة ضرورية لا بد منها^(٣٣)، ولكن طبيعتها ووسائلها هي التي يجب أن تتطور وفقاً لفكرة أكثر عدلاً وسلامة ، سواء بالنسبة للجريمة كفعل مادي ، أو بالنسبة لمرتكبه ، بوصف الفعل والجاني عنصرين لا اجتماعيين ، وليس من وجهة نظر دينية أو تفتيشية لاكتشاف الشر الناجم عن الخطيئة الفضيعة ، انطلاقاً من فكرة العار والكرهية تجاه الجاني ، فقد كفاه ما أصابه خلال مئات القرون السابقة إذ قيد بالسلاسل وعذب بالنار الحمراء ، والقي به الى الحيوانات المفترسة .. ، لذلك فإن على المرحلة الشرطية الجلفة ان تترك مكانها للشرطة العلمية المتخصصة ” ويؤكد غراماتيكا على أن مرحلة المحاكمة يجب أن تكون تقييماً للانسان وليس مجرد محاكمة لفعل ارتكبه^(٣٤)، لأن هذا الفعل لا يجوز أن يعد الأعرض يدل على مرض هو مرض اللا اجتماعية ، أي عنصر المقاومة في شخصية الفاعل ضد قواعد المجتمع وما تمثله هذه المقاومة من خطر .. وبعد ذلك يتم اختيار التدبير المناسب للجاني .

وعلى هذا فإن قانون العقوبات ، اذا كان ينظر الى الوراثة أي الى الجريمة التي ارتكبت في الماضي ليقدرها ويختار لمرتكبا العقوبة التي يراها عادلة ، فإن الدفاع الاجتماعي ينظر الى المستقبل ، أي الى اعادة تأهيل الجاني ودمجه عضواً سليماً في مجتمعة وذلك عن طريق عمل اجتماعي يكون هدفه الوقاية من الجريمة ، وحسن اختيار تدابير اصلاح الجاني وتأهيله^(٣٥).

المطلب الثالث

تأثير مبادئ الدفاع الاجتماعي في القوانين الجزائية

لعل من أهم الاصلاحات التي يطالب بها انصار الدفاع الاجتماعي الجديد مسألتين لا تزال احدهما مثار جدل ، وهي تقسيم الدعوى الجزائية الى مرحلتين، أما الأخرى وهي إيجاد قاضي خاص للأشراف على تنفيذ العقوبات وقد كتب لها التوفيق في العديد من القوانين الجزائية الحديثة (وتعد هاتين المسألتين بمثابة مبادئ انعكست على القوانين الجزائية لاسيما سياسة الدفاع الاجتماعي)

ونظراً لأهمية هذين الموضوعين سنتولى بيانهما فيما يأتي :-

اولاً : تقسيم الدعوى الجزائية

يطالب أنصار الدفاع الاجتماعي بتقسيم الدعوى الجزائية الى مرحلتين: الاولى مرحلة المحاكمة ، والثانية مرحلة تنفيذ العقوبة .. وفيما يأتي عرضاً لهذه الفكرة :

وقد ظهر في مؤتمر (Anvers) للدفاع الاجتماعي عام ١٩٥٤ ، اتجاه واضح الى أن تنظر مرحلتي الدعوى ، وهي التأكد من ارتكاب الجاني للفعل ، واختيار التدبير المناسب ، هيئة قضائية واحدة .. غير أن الأستاذ غراماتيكا لم يشأ أن يلتزم بهذا القرار ، وفضل أن يكون التأكد من وقوع الفعل من اختصاص هيئة قضائية أما اختيار التدبير الملائم فيكون من اختصاص هيئة من الفنينين^(٣٥).

ولا ريب في أن هذه المرحلة على الرغم من محافظتها على الطابع القانوني ، فانها تثير مع ذلك العديد من الصعوبات التي يقف القاضي أمامها حائراً (والقانون أيضاً) ومن الامثلة على هذه الصعوبات ، أن المتهم يرتكب أحياناً مخالفة قانونية يجب أن يعاقب عليها ، ولكن لا يستطيع القاضي في بعض الحالات أن يتقين من أنه شخص خطر لكي يقرر احتياطات شديدة ضده للوقاية منه .

فلو وجد شخص في حالة ضرورة واعتدى على القانون فإنه يعفى من العقاب شريطة أن يثبت القاضي من تحقق الشروط القانونية للضرورة^(٣٦) ، ومن المؤكد أن بعض حالات الضرورة ، تجد قبولاً من أوساط الرأي العام والقضاء على السواء ، ولا يطالب أحد بمعاقبة المضطر ، كالألم التي ظلت جائعة مع أولادها أياماً واضطرت أن تسرق خبزاً لتقيم أودهم .. وكذلك الذي يكسر باب الجار في حالة حريق للنجاة أو المعاونة على اخماد الحريق .

ولكن توجد حالات يصعب على القاضي تقديرها ، ومن امثلة هذه الضرورة حالة غريقين ألقى أحدهما الآخر في الماء لأنقاذ نفسه ، والنجاة على اللوح الخشبي الصغير

الذي اقتتلا عليه ، فهل الناجي يكون مجرماً خطراً ؟ أم أنه يعفى من العقاب لأنه مضطر ؟

وقصة الباخرة الانكليزية (La Mignonette) التي غرقت عام ١٨٨٤ إذ قتل بعض الناجين رفيقا لهم بعد عشرين يوماً من جوع مبرح ليشربوا دمه ، إذ رفضت المحاكم البريطانية تبني حالة الضرورة فحكمت عليهم بالاعدام ، ولكن الملكة أستعملت حقها الدستوري في ابدال الحكم بعقوبة حبس بسيطة (ستة أشهر) ، وكان تعليل المحكمة لحكمها أنه لا يوجد قانون على الارض يمكن أن يسمح بالقتل في مثل هذه الحالة ، وتبنى آخرون مذهب الاعفاء من العقاب لوجود حالة ضرورة .

وهناك مشكلة أخرى ، تصادف في كل يوم ، هي أمر الأمر ، فلو نفذ موظف أمر رئيسه وهو يظن أن عليه أن يطيع الأمر دون مناقشة وارتكب جرمًا من جراء تنفيذ الأمر .. فهل يكون مسؤولاً ، وفي أي الحدود؟^(٣٧)

وتصادف هذه المشكلة في جهاز الوظائف المدنية ، ولكنها تصادف أكثر بكثير في المجال العسكري . ونتائجها فيه أخطر .

ففي هذه الحالات وأمثالها ، يجد القضاء نفسه أمام مشاكل كبرى ، لأن عليه أن يقرر ما اذا كان المتهم ارتكب الفعل ، كما أن عليه أيضاً أن يقرر أنه مسؤول أو غير مسؤول أخلاقياً.. فاذا طبقت مبادئ الدفاع الاجتماعي فإن الأرجح أن يقال ، بأنه مادام الهدف هو حماية المجتمع من شخص يمثل خطراً عليه ، فإن هذه الحالات لا تمثل خطراً مطلقاً ثم أن تأهيل مثل هذا الشخص غاية في السهولة ، بل انه قد لا يحتاج الى تأهيل أصلاً.

ومن الجائز أن يرد الأستاذ أنسل على هذه التساؤلات ، بأنه يترك للقاضي أن يتصرف بحسب المبادئ القانونية التي تمنحه سلطة التقدير . ومعلوم أن أنسل من أنصار ابقاء المحاكمة مرحلة قانونية تخضع لأحكام قانون الجزاء (٣٨).

٢- مرحلة تنفيذ العقوبة

هذه المرحلة هي التي تهتم أكثر من أي شيء آخر سياسة الدفاع الاجتماعي الجديد ، لأنها المرحلة التي يتم فيها اختيار العقوبة المناسبة، فمنهم من يرى انهاء الدور القضائي تماماً، وتسليم المحكوم عليه الى لجنة من الخبراء الفنيين (كالطبيب وعالم الاجتماع والمربي) تختار له العقوبة التي تناسب شخصيته ، ومنهم من يرى أن يكون على رأس هذه اللجنة القاضي الذي أصدر الحكم ليتباحث مع هؤلاء الخبراء بشأن اختيار التدبير المناسب.

ومنهم من ينادي باحداث وظيفة قاض مستقل ، يدعى قاضي تنفيذ العقوبة ، بعد أن تكون المحكمة قد حددتها في حكمها .

والذي يجري حالياً في سائر الدول العربية، هو أن المحكمة هي التي تحدد العقوبة ثم تنفض يدها من المحكوم عليه ، لأنه يصبح من اختصاص ضابط السجن واعوانه من رجال الشرطة . وقد يكون للدعاء العام اشراف على السجن ، ولكن اشرافها غير جدي، وغير مجد من الناحية العملية . ومن الجائز أن يسند الى الادعاء العام أعمالاً محددة كحق الافراج الشرطي والغائه وهذا مانجده في العراق إذ أن

المشرع قد أوكل الادعاء العام جملة من المهام كرقابة وتفتيش المواقف واقسام دائرة الاصلاح العراقية ودائرة إصلاح الاحداث ، ومتابعة تنفيذ الحكم أو تبديله، وأبداء رأيه في طلبات الافراج الشرطي ، وحضوره عند تنفيذ حكم الاعدام (٣٩) .

غير أن الذي يجري على أرض الواقع هو أن المدعي العام يمارس هذا الحق من خلال تقارير رجال الادارة الشرطة المشرفة على السجن ، اما السجنون ، اما السجنون كمؤسسة عقابية واصلاحية فانها تابعة لوزارة الداخلية (أو وزارة العدل كما في سورية والعراق) (٤٠) يديرها ضابط من ضباط الشرطة مرتبط بمدير السجن وهو أحد موظفي وزارة الداخلية ، والغالب أن تكون نظرة هؤلاء الى السجن أنه مكان لأحتجاز الاشخاص الأشقياء والمحافظة عليهم الى أن تنتهي مدة عقوبتهم ، أو يفرج عنهم شرطياً فيطلق سراحهم دون أي اعداد للمستقبل ، ولا يغير من واقع الأمر هذه المحاولات البسيطة لتأهيل الجناة بتعليمهم بعض الحرف العادية .

ثانياً : قاضي الاشراف على تنفيذ العقوبة

إن احداث وظيفة هذا القاضي ، أمر مهم جداً في نظر الدفاع الاجتماعي الجديد . فكونه من القضاة الذين يتمتعون بالحصانة يجعله أكثر استقلالاً من رجال الادارة والشرطة ، ثم أن تكوينه القانوني وما يقوم به من أعمال قضائية ورقابية مستمرة على أحوال السجناء تحفظ للدعوى الجزائية وحدثها فتبدأ قانونية وتنتهي قانونية ، وبذلك يستبعد الخطر الذي ينجم عن

اسناد الاشراف على التنفيذ الى لجان ادارية إذ تبدأ الدعوى قانونية وتنتهي أدارية .

وتختلف صلاحيات هذا القاضي باختلاف النص القانوني الذي يحدثه ، فمن الجائز أن يكون قاضياً للأشراف على تنفيذ العقوبة فقط ، فهو بهذه الصفة يستطيع أن يباشر أموراً كثيرة داخل السجن في حقل تنفيذ العقوبة وفي جواز التعديل في طريقة التنفيذ ، ولكنه يظل مرتبطاً بالمحكمة التي أصدرت الحكم يرجع إليها في المسائل الأساسية ، فمثلا في نطاق الافراج الشرطي يتعين عليه أن يقدم تقديراً مفصلاً عن حالة السجين الى المحكمة لكي يتسنى لها قبول الافراج أو رفضه ، (وهذا يقتضي نقل اختصاص الافراج الشرطي من المدعي العام الى المحكمة ، اذا أريد جعله قضائياً بحتاً .. والنظام السوري الفرنسي وكثير من الانظمة القضائية أخذت بهذا الحل) .

ولكن من الجائز أن يكون قاضياً لتنفيذ العقوبات ، وليس فقط للأشراف على تنفيذها ، وفي هذه الحال يكون له دوراً أخطر وأهم ، إذ يدخل في اختصاصه منح الافراج الشرطي ، وتقصير مدة العقوبة ، وابدالها بتدبير أكثر فائدة ، وربما يكون من اختصاصه اطالة المدة إذا ثبت له أن السجين لا يزال يمثل خطر على المجتمع وأنه لا يصلح بعد للاندماج فيه .

وقد عرفت القوانين المقارنة صوراً متعددة من حالات الاشراف القضائي على تنفيذ العقوبة ولا سيما في عقوبات الاحداث ، والمتسممين بالمسكرات أو المخدرات ، وبعض حالات الأمراض العقلية ففي إيطاليا مثلاً ، وضعت

المؤسسات العقابية كلها تحت اشراف وزارة العدل بالقانون رقم ١٨٩٠ الصادر عام ١٩٢٣ ، وجاء قانون العقوبات الايطالي لعام ١٩٣٠ ، ولائحة المؤسسات العقابية لعام ١٩٣١ لبيسطا سلطة اشراف القضاء على جميع العقوبات والتدابير الاحترازية ، واستحداث قانون الاجراءات الجنائية الفرنسي (الذي اصبح نافذاً منذ عام ١٩٥٨) وظيفة قاضي تنفيذ العقوبات ، وكان هذا عملاً يمتاز بجراته وجدته ، لأنه بسط صلاحيته على جميع العقوبات (وليس عقوبات الاحداث فقط ، كما كان الحال منذ قانون ١٩١٢) ، وقد أصبح من حق هذا القاضي تحديد الأشكال الرئيسية لمعالجة كل مجرم عقابياً ، سواء أكان التنفيذ في مؤسسة مغلقة أم في مؤسسة مفتوحة (م ٧٢٢) من قانون الاجراءات الفرنسية... ، هذا وقد صدر قانون في عام ١٩٧٢ يخول هذا القاضي سلطة تخفيض العقوبة ثلاثة أشهر أو سبعة أشهر عن كل سنة حبس إذا برهن السجين على سلوك حسن ... كما صدر قانون آخر عام ١٩٧٥ يجيز للقاضي أن يمنح نفس التخفيض للسجين الذي ينجح في نيل شهادة ثانوية أو جامعية^(٤١) .

وقد أخذت بنظام قاضي العقوبات دول عديدة مثل بلجيكا ، والنرويج ، ويوغسلافيا والبرازيل ، وتتجة البلاد الأستراكية كبولونيا ورومانيا الى الأخذ به لثبوت فائدته .

ولم تبق الدول العربية بمعزل عن هذا الاتجاه، فقد أدخلت مصر في مشروع قانون الاجراءات الجنائية وظيفه قاضي التنفيذ (م ٣٨٩-٣٩٢) منه وحددت وظيفته في م(٣٩٠) منه ”بالاشراف على تنفيذ العقوبات

والتدابير ، واصدار جميع الأحكام والقرارات المتعلقة بها ، وبالإفراج تحت شرطة والغائه ، وبالفصل في اشكالات التنفيذ ، ورد الاعتبار ، وتكون الاحكام والقرارات والأوامر نهائية .. ، وتقدم الى قاضي التنفيذ التقارير المتعلقة بتنفيذ التدابير ، وعليه زيادة المنشآت العقابية وأماكن تنفيذ التدابير التي تقع بدائرة اختصاصه كل ثلاثة أشهر على الأقل” .

ونعتقد أن هذا النص يكتسب طابعاً من الأهمية ، لأنه سوف يكون له صدى ايجابي في القوانين العربية ، ولكن لكي توتي هذه المؤسسة أكلها الطيب ، يجب ايجاد جهاز فني متخصص يعمل بالتعاون مع قاضي التنفيذ للحصول على اكبر فائدة من تطبيق العقاب ، ومن الضروري أن يضم هذا الجهاز بعض رجال الدين وعلماء الاجرام والاطباء وعلماء النفس وعلماء الاجتماع ، على أن يكون للقاضي حق الاشراف على اعمالهم وحق اتخاذ القرارات التي يراها مناسبة ، لذلك ولأهمية نظام قاضي الاشراف على تنفيذ العقوبة نجد من الضروري أن يأخذ به المشرع العراقي ويضمنه في قانون الاصول الجزائية على أن لا تتقاطع مهامه مع مهام الادعاء العام في مرحلة تنفيذ العقوبة التي نص عليها قانون الادعاء العام

هذا وفي اطار أهمية الدفاع الاجتماعي وانعكاساته وموقعه في السياسة الجزائية ، فقد أخذت الأمم المتحدة في السنوات الأخيرة تهتم بمسألة الدفاع الاجتماعي ، فعهدت في عام ١٩٦٤ الى اللجنة الاجتماعية التابعة للمجلس الاجتماعي والاقتصادي ، بمهمة مقاومة الجريمة ، ومارست هذه اللجنة نشاطها تحت

اسم ” برنامج الدفاع الاجتماعي ” ويعمل جهاز الدفاع الاجتماعي في الامم المتحدة على تطوير سياسة جزائية دولية ، تستهدف أهداف اجتماعية في اطار برنامج عملي ، وقد أخذت على عاتقها تنظيم النشاطات الضرورية لتحقيق هذه السياسة على المستوى العالمي ، وتقديم المساعدة الفنية ، ونشر المعلومات على الدفاع الاجتماعي .

وينص البند الأول من اهداف هذا الجهاز على ان الامم المتحدة تعد الجريمة مشكلة اجتماعية وليس مشكلة قانونية ، لذلك فان برنامجها في هذا المجال يهتم بالتأكيد على الوظيفة الاجتماعية للعقوبة ، وعلى اعادة تهذيب المجرم لإعادة تأهيله ودمجه في المجتمع .. ومن مظاهر نشاط الأمم المتحدة في هذا المضمار انشاء ” معهد أبحاث الدفاع الاجتماعي ” في روما بالاتفاق مع الحكومة الإيطالية بتاريخ ٨/أيار/١٩٦٨ من أجل ” ايجاد سياسة للدفاع الاجتماعي على اساس علمية ” ، ومن مهمات هذا المعهد مساعدة البلاد المختلفة في مكافحة الاجرام ..

وقد نصح مدير المعهد (المستر غالوي) بانشاء معهد اقليمي لدراسات الدفاع الاجتماعي عند زيارته لاحدى دول الخليج العربي عام ١٩٧١ . كذلك فان الجامعة العربية قررت السير مع هذا الاتجاه العالمي ، فقد عقدت عدة حلقات للدفاع الاجتماعي ، كانت اولها في دمشق ، والثانية في القاهرة عام ١٩٦٩ وقد تقرر فيها دراسة المجتمع الذي ينتمي اليه الجاني ، واجراء فحوص بيولوجية ونفسية واجتماعية للمجرم بوصفه عضواً

الى شفاء المجرم واختيار التدبير المناسب له،
ويطالب باحلال التعاون بينهم لما فيه خير
ومصلحة تأهيله .. فكرامة الإنسان وتنمية
شخصيته يجب أن تظلا هدف العدالة الجزائية،
حتى وإن كان هذا الانسان مذنباً ، كما أنه من
الضروري أن تتصف كل التدابير التي تتخذ
حيال المجرم بالروح الانسانية لحماية المجتمع
من خلال التوفيق بين اعتبارات حرية الفرد
وحاجات المجتمع الى الدفاع عن نفسه ، دون
التفوق على فكرة التكفير عن الخطأ المعنوي،
وفي هذا رد على الذين يعتقدون خطأ أن الدفاع
الاجتماعي يطيح بالحرية الفردية ، ومع ذلك،
وعلى الرغم من ادعاء الدفاع الاجتماعي
الجديد بأنه يريد تحقيق أهدافه دون نسف قانون
العقوبات – كما يتهمه بذلك خصومه – فإن ما
يسعى اليه من مطالبته بتخليص المؤسسات
القانونية التقليدية من قانونيتها المفرطة التي
تحجب شخص الجاني ، ومن دعوته الى اطلاق
يد القاضي في اختيار التدبير المناسب – وإن
كان الى جانبه فريق جيد يعاونه في ذلك – يظل
من شأنه أن يثير القلق في النفوس .. ، فقد اخذ
على هذه الدعوة الى جعل العقوبة وسيلة تربوية
لتمكين الجاني من العيش مع الآخرين ، أنها
سوف تحرف العدالة من وظيفتها العقابية الى
وظيفة اجتماعية.

وأذا أردنا أن نقيم الدفاع الاجتماعي ، فإن
علينا أن نلاحظ أبرز مأخذ عليه هو ما يأتي:
أ-تطرف (غراماتيكا) ودعوته الجامعة
الى نسف القانون الجزائي وسائر المؤسسات
العقابية وهو اتجاه لا يمكن أن يقبل به منصف
أو عاقل .

في هذا المجتمع .. ، وأوصت بقبول التدابير
المانعة للجريمة قبل وقوعها ، وبالاهتمام
بالاحصاءات الجنائية .. والمهم في عملها أنها
عدت مصطلح الدفاع الاجتماعي يشير الى
السياسة الاجتماعية والجزائية التي تركز على
دراسة الجريمة والمجرم على ضوء تقدم العلوم
الاجتماعية والانسانية. وفي ربيع عام ١٩٧٠
عقد في احدى الدول العربية المؤتمر العربي
لمنع الجريمة ومعاملة المذنبين ، وقد بحثت فيه
سياسة الدفاع الاجتماعي ، وتوضحت العلاقة
الوثيقة بين خطة التنمية الاقتصادية وبين هذا
الدفاع الاجتماعي ، وتقرر لزوم الاعتماد على
البحث العلمي ، وضرورة مشاركة الجمهور
في مكافحة الجريمة ومعالجة أسبابها ، وتقديم
النصح بإنشاء مراكز بحوث مستقلة عن
الجامعات أو مرتبطة بها ، لأن الجامعات لم تعد
تستطيع التحرك بسرعة بسبب انهاكها بالتعليم
وزيادة اعداد الطلبة فيها زيادة تنوء تحت
أثقالها .. ومن هذه المعاهد في البلاد العربية ..
المركز القومي للبحوث في جمهورية مصر
العربية ، وهو هيئة مستقلة عن الوزارات
ويديره مجلس ادارة له سلطة الوزير ويوجد
مركز اخر في بغداد خاضع لوزارة الداخلية .

الخاتمة

الواقع أن الدفاع الاجتماعي – كما راينا –
يهتم كثيراً بشخصية المجرم وبنادي بدراستها
بفحص علمي دقيق ، لكي يمكن التعرف عليها
جيداً ، وتتخذ حيالها الاجراءات المناسبة ، كما
يهتم بازالة صفة الصراع القضائي بين الخصوم
والادعاء العام ، لأنه في نظره صراع لا مبرر
له ، وما دامت غاية جميع الأطراف منصرفة

ب- أن الأستاذ (أنسل) يهتم اهتماماً مطلقاً بالفرد ويفضل دور المجتمع ، مع أن السلوك الاجرامي لا يمكن أن يفهم الأفي اطار البيئة الاجتماعية .

ج- لا يوجد على أساس الدفاع الاجتماعي منطق يجمع بين مفاهيمه المتعددة ، ولذلك قال أنصاره أنه ” حركة اصلاحية ” ولم يسموه مدرسة أو نظرية ، غير أنه اذا اراد أن تعتمد القوانين فلا بد أن يتخذ له قاعدة علمية تنطلق منها مفاهيمه .

د- أهمل الدفاع الاجتماعي الحديث(مبدأ العدالة) واهتم بتأهيل الفرد اجتماعياً وهذا خطأ ، لأن العدالة ضرورية للجاني لأنها هي التي تشعره بمسؤوليته تجاه المجتمع ، كما أنها ضرورية لضحية الجريمة ، كترضية معنوية له ،؟ وهي جوهرية للمجتمع ككل لأنها تتضمن زجر الآخرين وردعهم .

هـ- أفسح الدفاع الاجتماعي صدره كثيراً لأصحاب الخبرة من الأطباء وعلماء النفس والمربين ، وفي هذا مبالغة زائدة لأنه في المآل سينتهي الى انهاء دور القانون الجزائي وتسليم العدالة الى الفنيين .

وفي اعتقادنا أن الدفاع الاجتماعي الجديد سيكون أكثر من سياسة جزائية للبحث عن أفضل السبل لمقاومة ، الجريمة وتأهيل المجرم بحكمة دون حاجة الى التخلي عن المبادئ الجزائية التي قامت عليها نظرية المدرسة التقليدية الحديثة . لأن هذه المبادئ برهنت على سلامتها ، وعلى أن غالبية الفقهاء يرتاحون إليها ويعدون خيراً سبيل لتحقيق العدالة وأمن

المواطنين واصلاح المجرمين ، ثم إنها لا تغلق الباب على الإصلاحات التي يطالب بها الدفاع الاجتماعي .. وعلى هذا نعتقد أن القانون الجزائي قادر على استيعاب ما ثبت صلاحه من إيجابيات للدفاع الاجتماعي، لأن علماء هذا القانون لا يجهلون، ومن المؤكد أن قانون العقوبات وقانون الإجراءات الجزائية قادران على استيعاب كل ما يطالب به المصلحون من إصلاح و يقيننا أن الشريعة الإسلامية الغراء وهي التي جعلت التوبة ركناً أساسياً من أركانها كما جعلت الدعوة إلى المعروف والنهي عن المنكر ، مسؤولية الحاكم والمحكوم على السواء تفتح صدرها لكل إصلاح عقابي يكشفه ، ويثبت العمل صلاحه ، لأن كل مالم يرد منع بشأنه وكان في صالح المجتمع، فأن الاسلام يقره ويتبناه للوقوف في وجه الجريمة التي هي أصلاً معصية بل ان سياسة الدفاع الاجتماعي في الاسلام تستند الى العديد من الركائز منها :

الموائمة العجيبة بين المصالح، الاجتماعية والحقوق والحريات الفردية ، والارتباط بين السياستين الوقائية ، والعقابية من جانب، والسياستين الاجتماعية والاقتصادية من جانب اخر ، والثبات والاستقرار ومن اهم محاور النظرية الإسلامية في الدفاع الاجتماعي هو المحور الوقائي الذي تقوم العقيدة فيه بدور بارز في مكافحة الجريمة ومن ثم لانتغير النظرية بتغير الزمان ولانتبدال بتبدل الحكم .

ومن تلك الركائز سيجد الفكر الوضعي ضالته لينتهي وسينتهي بما بدا به الاسلاف ألم يقل سبحانه وتعالى ((إنا نحن نزلنا الذكر وإنا له لحافظون)) (٤٢)

الهوامش

د.علي حسين الخلف - د.سلطان الشاوي - المبادئ

العامّة- مرجع السابق - ص ٢١

٩- حين اندلاع الحرب العالمية الأولى عام ١٩١٤
أنفرط عقد الاتحاد المذكور .

١٠- يلاحظ أن المستشار أنسل يعترض على هذا
الأتجاه: ينظر كتابه: الدفاع الاجتماعي الجديد -
ط٢ - ص٩٤

ومن الجدير بالذكر أن العلماء اليوم مختلفون في تعريف
الحالة الخطرة .. فمثلاً الدكتور (solano) الأستاذ
في جامعة (Lima) تذهب الى وجوب حصر حالات
الخطر في الأصناف التالية فقط (النشر - البيغاء -
اللواطية - تعاطي المخدرات - القصر) .. ويضيف
علماء آخرون : اللصوص المحترفون - ناقصي
المسؤولية الذين تدل حالتهم النفسية على استعداد
ثابت نحو الجريمة ويرى (برنس) أن الأشخاص
الخطرين صنفان هما : الشواذ وهم الذين يحتلون
موقعاً وسطا بين العقلاء والمجانين - والعائدون أو
معتادوا الأجرام .

١١- يذكر أن قانون العقوبات السوري أخذ بمبدأ فرض
تدابير وقائية عليهم وفق احكام القانون اما المشرع
العراقي فقد خصص الفصل الثامن من الباب الثامن
من الكتاب الثاني من قانون العقوبات لتجريم بعض
الحالات السابقة على الاجرام ، فعاقب المتسولين
وفق (٣٩٠ و٣٩١) منه . كما نص قانون أصول
المحاكمات الجزائية رقم ٢٣ لسنة ١٩٧١ المعدل في
م(٣١٧ و٣٢٠) منه على إلزام شخص بتقديم تعهد
بكفالة كفيل أو أكثر أو بدونها لمن يخشى أن تقع منه
جناية أو فعلاً يرجح معه الاخلال بالسلام، وكذلك م
(٣٢١-٣٢٤) منه التي ألزمت الشخص الذي ليست
له وسيلة للتعيش بتقديم تعهد بحسن السلوك ، كما
أن قانون رعاية الأحداث رقم ٧٦ لسنة ١٩٨٣ قد
خصص الفصل الثاني من الباب الثالث للتشرد
وإنحراف السلوك م(٢٤-٣٠) منه علماً أن المشرع
العراقي لم يأخذ بفكرة الحظر الاجتماعي كأساس
ومقياس للتجريم وإن كانت له بعض التطبيقات
البسيطة جداً لهذه الفكرة في م (٣١٧-٤٤٦) من
قانون العقوبات والتي تقضي بتخفيف العقوبة فقط

1- Vidal et Magnol – cours de droit
criminel et de science penitenti-
aire – ed9 – t.1 – no , 15.

2- Jean signorel – Le crime et la
defense sociale – 1912 – p . 133.

٣- أستاذ القانون الجنائي في جامعة باريس .

٤- وقف هذا الموقف نفسه ، الأستاذ "غارسون" وهو
معاصر (لسالي) حينما دخل في مناظرات عنيفة مع
العالم الجنائي الألماني (فون ليست) أحد ثلاثة أسسو
مذهب الدفاع الاجتماعي المعاصر ليدافع عن فلسفة
ثورة ١٧٨٩ الفرنسية ، وقد هاجم بشدة التدابير
الوقائية التي أخذت تحتل مكانها في الفقه الجزائي
الى جانب العقوبات ، كما هاجم الاحكام غير محددة
المدة . يراجع: د. عبد الوهاب حومد دراسات معمقة
في الفقه الجنائي المقارن - شركة المطبعة العصرية
- مطبوعات جامعة الكويت - ١٩٨٣ - ص٥٦
-٥٧.

5- Garraud –Traite Theorie et pratique
de droit penal -1913t,1-p.38

٦- يذكر أن فكرة الدفاع الاجتماعي ترجع الى أيام
أرسطو وأفلاطون والحقوق الصينية القديمة والفقه
الأسلامي والحقوق الكنسية .

يراجع: د. عبود السراج - علم الأجرام وعلم العقاب -
١٩٨٠ - ص٣٦٣ .

٧- يراجع في هذا الصدد :

د.علي حسين الخلف - د.سلطان الشاوي - المبادئ
العامّة في قانون العقوبات - مطابع الرسالة -
الكويت - ١٩٨٢ - ص٢٠.

د.فخري الحديثي - شرح قانون العقوبات - القسم العام
- مطبعة أوفسيت الزمان - بغداد - ١٩٩٢ - ص٩

٨- د.ماهر عبد شويش - الأحكام العامة في قانون
العقوبات - مطابع دار الحكمة للطباعة والنشر
الموصل - ١٩٩٠ - ص٥٤ .

ينظر: د.ماهر عبد شويش - الاحكام العامة- مرجع
سابق ص ٥١

143 / J . Ancel – De la revolution d' octobre aux cdes de 1960 – paris – 1962

١٤- يراجع : غراماتيكا - مبادئ الدفاع الاجتماعي - باريس - ١٩٦٤ - ترجمة د. محمد الفاضل - عام ١٩٦٨ .

يراجع كذلك: د. احمد فتحي السرور - سياسة الدفاع الاجتماعي - القاهرة ، ١٩٦٩ - ص ٧٦ وما يليها / د. عبود السراج - علم الاجرام والعقاب - مرجع سابق - ص ٣٦٣ وما يليها

Merle et vitu – traite de droit criminel – t.1 , ed , 2 – p. 73 , 363

ويذكر أن - غراماتيكا . وضع مشروع لقانون العقوبات لجمهورية كوبا عام ١٩٣٨ ، وسماه - مشروع قانون الدفاع الاجتماعي - لكنه أهمل بسبب تطرفه . واليه يعود الفضل في انشاء المركز الوطني للدفاع الاجتماعي في جنوة ، وبذلك أصبح لهذا الدفاع الاجتماعي وضع دولي ، وحين تشكلت الجمعية الدولية للدفاع الاجتماعي أختير أول رئيس لها .

Look:Revue de droit penal et de criminologie – 1980 – p . 597

١٥- د. محمود نجيب حسني - شرح قانون العقوبات اللبناني - القسم العام - دار النهضة العربية بيروت - ١٩٨٤ - ص ٣٠-٣٢ ، د. احمد فتحي السرور - الوسيط في قانون العقوبات - القسم العام - ج ١ - دار النهضة العربية - بيروت - ١٩٨١ - ص ٥٩-٦٤ ، د. علي حسين الخلف - د. سلطان الشاوي - المبادئ العامة - مرجع السابق - ص ٢٣ .

١٦- يراجع تلخيص مبدأ غراماتيكا في ص ٢٣ من كتابه المشار اليه سابقاً .

١٧- غراماتيكا - مبادئ الدفاع - مرجع سابق - ص ٣ .

١٨- غراماتيكا - مبادئ الدفاع - مرجع السابق - ص ٤٩- / د. ماهر عبد شويش - الاحكام العامة - مرجع سابق - ص ٥٢-٥٣ .

١٩- غراماتيكا - مبادئ الدفاع - مرجع سابق - ص ١٠٣ .

٢٠- غراماتيكا - مبادئ الدفاع - مرجع السابق ص ٢٨٧ .

في حالة ظالة اهمية المال المختلس او المسروق .

١٢- عرف المشرع السوري المجرم المعتاد بأنه ” هو الذي ينم عمله الاجرامي على استعداد نفسي دائم فطرياً كان أو مكتسباً لارتكاب الجنايات والجرح ” وان م (٢١٠) عقوبات سوري أطالت ثلاث زمر من المجرمين الخطرين : المجرم بالميل - المجرم المعتاد - المجرم المحترف .

يراجع . د. عبد الوهاب حومد - الحقوق الجزائية العامة - ط ٦ - ١٩٦٣ - ص ٦٤١

١٣- ان عدداً من الفقهاء ساروا في نفس الطريق دون أن يكونوا من جماعة المدرسة الوضعية ويأتي في مقدمتهم الأستاذ (Isarl stoss) واضع أول مشروع للقانون الجزائي السويسري عام ١٨٨٣ ، الذي تبنى مبدأ اجتثاث المجرم أو أقصائه في حالات معينة .. والأستاذ (Getz) الذي يعد بحق اب القانون النرويجي لعام ١٩٠٢ .

كما ان بعض القوانين المستوحاة من فكرة الدفاع الاجتماعي صدرت قبل كتاب ” برنس ” بسنوات طويلة . نذكر منها على سبيل المثال قانون الاقصاء الفرنسي لعام ١٨٨٥ ، الذي يقضي بنقل بعض المجرمين الى مستعمرة الغويات الفرنسية في أمريكا الجنوبية للخلاص منهم . والقانون النرويجي لعام ١٩٠٢ . والقانون الانكليزي لعام ١٩٠٨ (prevention of crime) .. وقد أسقطت الثورة السوفيتية تعبير العقوبة واستعاضت عنه بتعبير الدفاع الاجتماعي في تشريعها الجزائي ، وبذلك تخلى الثوار البروليتاريون عن العقوبات القديمة التقليدية ووضعوا بدلاً عنها في قانون ١٩٢٢ وقانون ١٩٢٦ تدابير الدفاع الاجتماعي متأثرين في ذلك بلغة المدرسة الوضعية . وهذه التدابير ليست في حقيقتها الأ عقوبات تقليديه ، شددت بقسوة لحماية النظام الذي أقامته دكتاتورية العمال والفلاحين ، وهذا ما فعلته أيضاً القوانين الدكتاتورية المعاصرة كالقانون الألماني النازي والقانون الايطالي الفاشي

ينظر

Look:Donnedieu de vabres – La criminelle des Etats autoritaires – paris – 1938 p .

(١٠٨-١١٠) من قانون العقوبات
٢٤ - ينظر المقال الذي كتبه (Andre Marchal) عن
تأبين الأستاذ غراماتيكا في .

Re vue de droit penal et de criminologie –
٥٩٨ . p ١٩٨٠-٦ , No

د. عبود السراج – علم الاجرام والعقاب - مرجع سابق
- ص٣٨٣

٢٥- في التقرير الذي قدمه النائب العام الأمريكي
(Ramsey clark) الى اللجنة الفرعية لمجلس
الشيوخ الأمريكي بتاريخ ٢٤/تموز/١٩٦٨ وطالب
فيه بالغاء عقوبة الاعدام ، تعرض الى مسألة تأهيل
المجرم ولا حظ بشجاعة أن ٩٥٪ من ميزانية العدالة
ينفق على الاعتقال ولا يخصص للتأهيل الا ٥٪ فقط
.. ينظر .مجلة العلوم الجنائية الفرنسية – ١٩٦٩ –
ص٣٧٧ وما يليها

26 -Marc Ansel –La defense Social Nou-
velle o Zee d Cugas-1971-p(2)

٢٧- مجلة العلوم الجنائية الفرنسية -١٩٦٩- ص ٢٢
٢٨- يراجع مقاله عن حماية حقوق الانسان بحسب
مذاهب الدفاع الاجتماعي الجديد – المنشور في
(Melange Graven) – ص ٦

٢٩- أستهوت هذه القانونية ، كثيراً من الفقهاء
الايطاليين الذين أعلنوا انتمائهم الى حركة الدفاع
الاجتماعي ، وكان آخر الذين انضموا من الايطاليين
تحت لواء المدرسة الفرنسية (مدرسة أنسل)
الاستاذ (Nuvolone) وذلك في كتاب هام نشر
عام ١٩٧٥ في (padoue) بعنوان (Sistema de
diritto penale

يراجع :د. عبد الوهاب حومد – علم الاجرام والعقاب -
مرجع سابق – ص٧٣-٧٤

٣٠- رغم هذه الاحتياطات فان المشرع الفرنسي
تخوف من الاندفاع في استلهم الدفاع الاجتماعي
حين وضع قانون الاجراءات الجنائية عام ١٩٦٠
خشية ان تمس كرامة الانسان وحريته بأذى.

٣١- غراماتيكا – مبادئ الدفاع- مرجع سابق –
ص٢٣٤.

21 - M arce Ansel – La defense sociale
nouvelle 0 2e ed – Gugas – 1971

وقد قال الاستاذان – ميرل وفيتو – عن هذا الكتاب ”
أنه صغير وموجز ، ولكنه واضح بصورة مذهلة ،
لذلك فإنه سرعان ما أصبح مدرسة في فرنسا وفي
العالم ”

Merle et vitu – traite de droit penal – t.1 –
no . 75 – 3e ed – 1978 – p.113

ولكن أول من اعترض على تسميته بالمدرسة هو
مؤسسه أنسل نفسه ، لأنه لا يريد الحركة ..
وهذه الحركة حية متحركة ، يتداعى أنصارها الى
عقد مؤتمرات دورية دولية ولها مطبوعات باسمها
كالتالي ينشرها ” مركز دراسات الدفاع الاجتماعي
” وتنتشرها مكتبة (Gujas) في باريس ، كما أن
لها باباً مخصصاً للدفاع الاجتماعي في مجلة العلوم
الجنائية الفرنسية الذائعة الصيت والتي تعد مرجعاً
ثميناً في حقل الدراسات الجنائية .

وقد أنضم الى هذه الحركة عدد من الفقهاء والخبراء ،
التفوا حول المستشار أنسل ، وعاونوه في صياغة
نظرية الدفاع الاجتماعي الجديد ، من ابرزهم الاساتذ
(Graven جنيف) و (Hurwitz كوبنهاغن) و
(Sellin بنسلفانيا ، امريكا) و (Glueck هارفرد ،
امريكا) و (Gornil بلجيكا) و (Levassewr
باريس) و (Legal مونبلييه) و (karanikas
سالونيك ، اليونان) و (Nuvolone ايطاليا) و
(Jes check فرايبورغ ، ألمانيا) وتجدر الإشارة
الى ان هذا الأخير شارك في وضع مشروع قانون
العقوبات الألماني الغربي عام ١٩٦٢ وأثر فيه
بأفكاره الجديده يراجع :د. عبد الوهاب حومد –
دراسات معمقة في الفقه الجنائي – مرجع السابق
- ص٧٠-٧١ .

٢٢- د. احمد فتحي السرور – مرجع سابق – ص٦٦-
٦٧ / د. محمود نجيب حسني – شرح قانون
العقوبات - مرجع سابق – ص٣١-٣٢ / د. علي
حسين الخلف – د. سلطان الشاوي – المبادئ العامة
- مرجع سابق – ص٢٣ .

٢٣- عد المشرع العراقي مراقبة الشرطة من التدابير
الاحترافية المقيدة للحرية الشخصية وذلك من

عليه ألحقت بوزارة العدل مديريات سجون البالغين والأحداث ومرافقهما كافة ونقل الى ملاك وزارة العدل كافة موظفي الإدارات المذكورة .
٤١- هناك من يرى أن هذه الصلاحية أصبحت مقلقة.
Merle et vitu – opcit – no 604
٤٢-سورة الحجرات آية ٩

قائمة المصادر والمراجع

أولاً : المراجع العربية

- ١- د. احمد فتحي السرور - سياسة الدفاع الاجتماعي – القاهرة ، ١٩٦٩
- ٢- د. احمد فتحي السرور – الوسيط في قانون العقوبات – القسم العام – ج١ - دار النهضة العربية – بيروت - ١٩٨١
- ٣- د. عبد الوهاب حومد دراسات معمقة في الفقه الجنائي المقارن – شركة المطبعة العصرية – مطبوعات جامعة الكويت - ١٩٨٣
- ٤- د. عبد الوهاب حومد – الحقوق الجزائية العامة – ط ٦ – ١٩٦٣
- ٥- د. عبود سراج – علم الأجرام وعلم العقاب – ١٩٨٠
- ٦- د. علي حسين خلف – د. سلطان الشاوي- المبادئ العامة في قانون العقوبات – مطابع الرسالة – الكويت - ١٩٨٠
- ٧- غراماتيكا – مبادئ الدفاع الاجتماعي – باريس – ١٩٦٤ – ترجمة د. محمد الفاضل – عام ١٩٦٨
- ٨- د. فخري الحديثي – شرح قانون العقوبات – القسم العام – مطبعة أوفسيت

- ٣٢- في مقاله ” مدخل الى اجراءات عقلية للردع والدفاع الاجتماعي ” منشور في مجلة (Rivista di Defensa sociale) الإيطالية – ١٩٤٩ - ص٤٠١ .
- مشار اليه في كتاب د. عبد الوهاب حومد – دراسات معمقة - مرجع سابق ٠ ص٧٥-٧٦
- ٣٣- بخصوص التحري عن الجرائم وجمع الادلة يراجع : المواد (٣٩-٥٠) من قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي
- ٣٤- غراماتيكا – مبادئ الدفاع - مرجع سابق – ص٢٣٥ .
- ٣٥- غراماتيكا – مبادئ الدفاع - المرجع السابق – ص٢٥١ . وبخصوص اختصاص المحاكم الجزائية في العراق : يراجع المواد (١٣٧-١٤٢) من قانون اصول المحاكمات الجزائية
- ٣٦- بخصوص شروط حالة الضرورة يراجع : م (٦٣) من قانون العقوبات العراقي
- ٣٧- بخصوص اداء الواجب يراجع : م (٣٩،٤٠) من قانون العقوبات العراقي
- ٣٨- الذين كتبوا في دعوى الدفاع الاجتماعي كثيرون نذكر منهم :
-Herzog – vers un droit penal de fense sociale R . S . C . Paris – 1958.
-Ancel – Les droits de l’ homm et La defense sociale R . I . D . P . paris - 1950.
-Graven – introduction a une procedure rationnelle de prevention et de defense sociale.
نقلا عن : غراماتيكا – مبادئ الدفاع - مرجع سابق – ص ٢٣٤ وما يليها
- ٣٩- يراجع م (٥/تاسعاً و١٢) من قانون الادعاء العام رقم ٤٩ لسنة ٢٠١٧
- ٤٠- بموجب أمر سلطة الائتلاف المؤقتة (المنحلة) رقم ٢٠٠٣/١٠ أنهى ارتباط مراكز الاحتجاز والتوقيف والسجون بوزارتي الداخلية والعمل والشؤون الاجتماعية وألحقها بوزارة العدل وبناءً

penal – t.1-no.75-3e ed-1978

9 -Revue de droit penal et de
criminology- No,6-19880

ثالثاً: قانون العقوبات

١- قانون العقوبات العراقي رقم

١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل

٢- قانون الادعاء العام رقم ٤٩ لسنة

٢٠١٧

٣- قانون اصول المحاكمات الجزائية

العراقي رقم ٢٣ لسنة ١٩٧١ المعدل

الزمان – بغداد – ١٩٩٢

٩- د. ماهر عبد شويش – الاحكام العامة
في قانون العقوبات – مطابع دار الحكمة
للطباعة والنشر الموصل - ١٩٩٠

١٠- د. محمود نجيب حسني – شرح

قانون العقوبات اللبناني – القسم العام – ج١ –
دار النهضة العربية – بيروت - ١٩٨٤

١١- مجلة العلوم الجنائية - ١٩٧٦

ثانياً: المراجع الاجنبية

1- Vidal et Magnol – Cours de
droit criminal et de science peniten-
tiaire- ed9-

2- Jean Signorel –Le Crime et
la defense Sociale-1912-

3- Garraud – Traite Theorique
et Pratique de Droit penal -1913

4- Donnedieu du Vabres – La
politique Des Etats Autoritaires-
Paris- 1938

5- J.Ancel- De La Revolution
d'Octobre auxcedes de 1960-paris
1962

6- Revue de droit penal et de
criminology-1980

7- Marc Ansel – La defense
Sociale Nouvelle 0 2e ed-Gue
gas-1971

8 -Merle et vitu –trait de droit

Social defense policy and its reflection in the laws

Prof.Dr.Jamal Al-Haidry*

Abstract

Social defense movement is considered as one of the most important effort to reform criminal justice.

The term social defense is used in many ways, we chose this one : protection of the society through deterrent penalties.

The notion of social defense can be divided into two parts: first one is the radical or the classical trend headed by the Italian jurist gramatica who refused all traditional concepts of the criminal law such as, crime, criminal, responsibility, and criminal law as a whole,for the benefit of new social defense measures.

The second trend is the moderate headed by the jurist mark ancil

He emphasis the importance of criminal law but with a new approach (practical in general)Refusing the philosophical and Pre determined legal assumptions

according to him, crime exists in the individual criminal and judges must study the personality of of criminal, moral blame is the foundation of criminal responsibility, and using the scientific methods for the understanding causes of the crime and choosing punishments.

The influence of social defense upon modern criminal systems can be traced to the following:

1- dividing the criminal procedures to trial phase and execution of punishment phase.

2 -the judicial supervision upon the execution of punishments, Iraqi law is an example of that.

(*) Baghdad University /Colleg of Law

اللامركزية الإدارية الهجينة في العراق

أ.د. عمار طارق (*)

م.م. عادل حاشوش (**)

محكومة برقابة وإشراف الحكومة المركزية، فهي بهذا المفهوم يمكن تطبيقها في الدولة المركبة أو الدولة الموحدة البسيطة^(١)، وهي تختلف هنا عما اصطلح على تسميته بعض كتاب القانون الدستوري (بالعمركية) أو عدم التركيز الإداري، والذي يعني بأن السلطة تمارس على مستوى محلي من قبل الحكام المحليين المعيّنين من قبل الحكومة المركزية ومن ثم فإن العمركية ما هي إلا صورة من صور المركزية الإدارية، ولا تتعد كثيرا عنها، ذلك أن تحويل الوزير بعض صلاحياته إلى المحافظ أو القائم مقام أو مدير الناحية ما هو إلا محاولة للتخفيف من المهام الملقاة على كاهل الوزير ويؤدي بالنتيجة إلى سرعة الانجاز وبكلفة أقل، فجميع رؤساء الوحدات الإدارية يخضعون مباشرة إلى رؤسائهم في المركز^(٢). ولكن يمكن أن يكون لهؤلاء الممثلين المحليين سلطة البت في مسائل معينة دون العودة إلى الوزير المختص ولكنهم ليسوا ببعيدين عن سلطاته ولكن لهم صلاحية الفصل في بعض الأمور على وجه الاستقلال أحيانا ودون الرجوع إلى الوزير في العاصمة وهو ما اصطلح على تسميته (باللاوزارية)^(٣)، كما أنها تختلف عن الفيدرالية أو اللامركزية السياسية، فالنظام الفيدرالي يتميز بوجود سلطتين مختلفتين في الدرجة والاختصاصات وهما السلطة المركزية وسلطات الأقاليم أو

الملخص

إن البلدان التي اعتمدت نظام اللامركزية الإدارية تتميز بوحدة النظام القانوني، وخضوع الهيئات المحلية لرقابة الحكومة المركزية، وفي دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ حدث خلط بين النظام الفيدرالي وبين نظام اللامركزية الإدارية، إذ أصبحت مجالس المحافظات بمنأى عن مراقبة الحكومة المركزية. كما نص قانون المحافظات على منح مجالس المحافظات صلاحية تشريع القوانين. وعلى ضوء ذلك أوردنا عددا من المقترحات لإجراء بعض التعديلات على عدد من النصوص الدستورية والتشريعات التي تخالف الدستور، أو تنتهك المبادئ الأساسية لنظام اللامركزية الادارية.

المقدمة

إن اللامركزية الإدارية هي أسلوب من أساليب التنظيم الإداري القائم على توزيع اختصاصات ومهام الوظيفة الإدارية بين السلطة المركزية وهيئات محلية مستقلة عن سلطة المركز في مهامها الإدارية، تتولى النهوض بمسؤولياتها الإدارية والخدمية تجاه مواطني الوحدات الإدارية التي تعمل في نطاقها، إلا أنها تبقى في ممارسة هذه المهام

(*) (**) جامعة النهرين / كلية الحقوق

وسوف نتناول هذا الموضوع في ثلاثة
مباحث نتحدث في الأول عن مقومات
اللامركزية الإدارية وفق دستور جمهورية
العراق لسنة ٢٠٠٥، و قانون مجالس
المحافظات رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٨ المعدل ،
ومن ثم نبحت في الثاني طرق واليات الرقابة
الاتحادية على الهيئات والمجالس المحلية في
المحافظات، و في المبحث الأخير سنبحث في
تقييم نظام اللامركزية الإدارية وفق دستور
جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ وقانون مجالس
المحافظات رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٨ المعدل .

المبحث الأول

مقومات اللامركزية الإدارية وفق دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ و قانون مجالس المحافظات رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٨ المعدل

تناول المشرع الدستوري المحافظات
التي لم تنتظم في إقليم في الفصل الثاني من
الباب الخامس وتحديدا في المادة (١٢٢) من
دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥، إذ أن
هذه المادة نصت على أن المحافظات تتكون من
الاقضية والنواحي والقرى، وكذلك نصت على
منح المحافظات الصلاحيات الإدارية والمالية
الواسعة وفق مبدأ اللامركزية الإدارية^(٤)،
وسوف نبحت في تشكيل واختصاصات
مجلس المحافظة والمجالس البلدية في الاقضية
والنواحي، ومن ثم نتناول المحافظ ورؤساء
الوحدات الإدارية في القضاء والناحية
واختصاصاتهم تباعا.

الولايات، وهذه السلطات ضمن الدولة الاتحادية
لابد أن تقوم على الاستقلال النسبي في ممارسة
اختصاصاتها الإقليمية في المجالات التشريعية
والتنفيذية، والقضائية، ووفقا لما نص عليه
الدستور الاتحادي من اختصاصات لهذه
السلطات. ولا يمكن للسلطة الاتحادية التدخل
في عمل هذه السلطات وبطريقة تتنافى مع
طبيعة النظام الفيدرالي الذي من مستلزماته أن
تتولى الأقاليم ممارسة اختصاصاتها الدستورية
دون تدخل من السلطة الاتحادية إلا في الحدود
التي يسمح بها الدستور الاتحادي . وفي جميع
الأحوال فان اختصاصات السلطة الاتحادية
أو اختصاصات سلطات الأقاليم تختلف من
بلد لآخر وفقا لما تحدده دساتير تلك البلدان
من اختصاصات لكل من سلطتي المركز
والإقليم، في حين أن من أهم سمات اللامركزية
الإدارية هو الرقابة التي تمارسها الحكومة
المركزية على المجالس والهيئات التي تمارس
اختصاصاتها في الوحدات الإدارية ضمن
الإدارة اللامركزية .

أن من أهم المشاكل التي واجهت تطبيق
اللامركزية الإدارية في العراق هي اقتراب
نظام اللامركزية في العراق من النظام
الفيدرالي إذ يصعب في كثير من الأحيان التمييز
بينهما، ولذلك كان لا بد من بيان المجالات التي
ابتعدت فيها اللامركزية الإدارية في العراق عن
المبادئ العامة للامركزية الإدارية المتعارف
عليها، وبيان سبب هذا الابتعاد وتقييمه من
النواحي السلبية والايجابية .

المطلب الأول

تشكيل و اختصاصات مجلس المحافظة

تشكلت في دول عديدة مناطق معينة، تجمع بين سكان هذه المناطق العديد من الروابط وتهدف إلى حماية المصالح المشتركة بين سكان هذه المناطق، وأحيانا كثيرة يسبق تشكل وجود هذه المناطق وجود الدولة ذاتها، ومثال ذلك فرنسا، فقبل توحيدها كانت هناك وحدات إدارية تشكلت فيها هيئات خاصة كانت مهمتها تلبية الحاجات الضرورية لسكان هذه المناطق، وذلك للصعوبة البالغة التي تواجه السلطة المركزية في القيام بإشباع الحاجات الضرورية لسكان المناطق المحلية عن طريق وكلائها في هذه المناطق، لكون هؤلاء الوكلاء هم ممثلون للحكومة المركزية ولا تربطهم صلات حقيقية بسكان هذه المناطق، فلا يستطيعون التواصل مع سكان هذه المناطق ومن ثم لا يمكنهم معرفة حاجاتهم ووسائل تلبيتها لهم، لذلك فإن إدارة هذه المناطق من قبل سكانها المحليين هو الحل المثالي للصعوبات التي تواجه الحكومات في إدارة شؤون هذه المناطق وذلك عن طريق هيئات محلية منتخبة^(٥).

ونعتقد بأن الأهمية التي اكتسبها موضوع تشكيل مجلس للمحافظة في كافة المحافظات في العراق، بما فيها محافظات إقليم كردستان، يعود لسبب مهم وهو أن مثل هذه التجربة لم تكن وليدة اليوم، وإنما كانت هناك تجارب سابقة لتشكيل مجالس للمحافظات في عهود مختلفة من تاريخ العراق الحديث، لكن الذي عزز هذه الأهمية لمجالس المحافظات هو أن هذه المجالس أصبحت تتمتع بصلاحيات حقيقية وفق الدستور

العراقي النافذ والقانون رقم (٢١) لسنة ٢٠٠٨ المعدل، إذ منحت اختصاصات مالية وإدارية واسعة وحتى اختصاص تشريعي - مع تحفظنا على هذا الاختصاص كونه يخالف الدستور- فضلاً عن اختصاصات الإشراف والرقابة ورسم السياسة العامة. وما يعزز من أهمية مجالس المحافظات هو أن أعضاء هذه المجالس منتخبون و غير معينين، مما يضيف عليهم الشرعية المطلوبة للقيام بمهامهم، فضلاً عن إلى أن المرشحين لعضوية مجالس المحافظات يمثلون طيفاً سياسياً ومناطقياً متنوعاً، وذلك لمساحة الحرية الواسعة المتوفرة والتي تمثلت بالحق في تأسيس الأحزاب والتيارات المختلفة مما خلق بيئة تنافسية شديدة في بداية كل دورة انتخابية لمجالس المحافظات، ذلك أن الأحزاب والتيارات والفعاليات السياسية المختلفة تسعى لإثبات وجودها في هذه المجالس لأن في ذلك كسفاً لمدى قدرة هذه الأحزاب على كسب القواعد الشعبية ومن ثم السعي للتواجد في الانتخابات العامة المتمثلة في مجلس النواب. ونشير إلى أن مجلس المحافظة يتكون من (٢٥) مقعداً يضاف لهم مقعد واحد لكل (٢٠٠٠٠٠) مائتي ألف نسمة لما زاد عن (٥٠٠٠٠٠) ألف نسمة من سكان المحافظة مع تحديد نسبة الربع من المقاعد للنساء حصراً، ويتم اختيار أعضاء مجلس المحافظة عن طريق الانتخاب العام المباشر^(٦).

وقد منح قانون مجالس المحافظات رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٨ العديد من الاختصاصات الهامة لمجلس المحافظة^(٧).

والحقيقة أن مجالس المحافظات إحدى الركائز الأساسية والسمات المميزة للامركزية

الإدارية، إذ أن قانون المحافظات غير المنتظمة في إقليم نص على أن مجلس المحافظة هو (أعلى سلطة تشريعية ورقابية ضمن الحدود الإدارية للمحافظة...) (٨)، ولمجلس المحافظة ذمة مالية مستقلة ويتمتع بالشخصية المعنوية على الرغم من عدم النص على ذلك في قانون المحافظات النافذ، إلا أن نص المادة ١٢٢/ثانياً من الدستور قد أشار إلى منح المحافظات التي لم تنتظم في إقليم الصلاحيات الإدارية والمالية الواسعة بما يمكنها من إدارة شؤونها (٩)، وأن حق الترشيح مكفول لكل مواطن بعد توفر الشروط القانونية اللازمة، ومنها أن يكون عراقياً وكامل الأهلية وأتم الثلاثين سنة من العمر وحاصلاً على الشهادة الإعدادية (١٠).

وفيما يخص اختصاصات مجلس المحافظة فقد نص قانون المحافظات غير المنتظمة بإقليم على الكثير من الصلاحيات وإن هذا القانون منح المجلس صلاحيات تشريعية وكذلك تنفيذية كإصدار الأنظمة والتعليمات لتنظيم الشؤون المالية والإدارية بما يمكن المحافظة من إدارة شؤونها وفق مبدأ اللامركزية الإدارية (١١). وللمجلس كذلك إصدار جريدة تنشر فيها أوامره وقراراته.

وعلى ضوء الصلاحيات التشريعية صوّت مجلس محافظة النجف على قانون إلّا إذ كُلف وإيصال التيار الكهربائي (١٢)، كما شرع مجلس محافظة واسط قانون صندوق دعم الأيتام (١٣).

ونعتقد بوجوب تعديل هذا المنحى في قانون المحافظات، والاكتفاء بمنح مجالس المحافظات الوسائل القانونية الإدارية لممارسة أعمالها والمتمثلة بالقرارات الإدارية التنظيمية والفردية فقط.

ويمارس مجلس المحافظة دور الرقابة والإشراف والمتابعة لكافة أعمال ومهام رؤساء الوحدات الإدارية في عموم المحافظة، ومتابعة أعمال كافة الدوائر التابعة لمختلف القطاعات وجميع أجهزة الإدارة العامة في جميع مناطق المحافظة لضمان حسن أدائها وتقديمها الخدمات للمواطنين في المحافظة.

وفي مجال الدور الرقابي فالمجلس له حق استجواب المحافظ ونائبه بناء على طلب ثلث أعضائه، وقد يؤدي الاستجواب إلى الإقالة إذا توفر أحد الأسباب المنصوص عليها في القانون، كإهدار المال العام أو عدم النزاهة، أو بسبب الإهمال والتقصير المتعمدين في أداء الواجب، ولمجلس المحافظة التصويت على الإقالة بالأغلبية المطلقة لعدد أعضائه، وللمجلس كذلك إقالة رئيس المجلس ونائبه إذا تحققت إحدى الأسباب أعلاه. وتستثنى من رقابة المجلس المحاكم، والوحدات العسكرية والكيانات والمعاهد.

فضلاً عن إلى الدور الرقابي والتشريعي المشار إليهما أعلاه، هناك الدور الذي يتضمن رسم السياسة العامة فيما يخص الواقع الخدمي والاقتصادي و التنموي والأمني، كذلك التنسيق مع الوزارات الاتحادية المختصة، وإعداد مشروع موازنة المجلس والمصادقة على مشروع الموازنة العامة للمحافظة المحال إليه من قبل المحافظ، وكذلك المساعدة في تقديم الخدمات لمواطني المحافظة بالتنسيق مع الدوائر المعنية في المحافظة والوزارات المختصة، وكذلك المصادقة على الخطط الأمنية المقدمة من الأجهزة الأمنية في المحافظة بالتنسيق مع الدوائر الأمنية

الاتحادية، والمصادقة على إجراء التغييرات الإدارية بالدمج و الاستحداث وتغيير الأسماء لبعض المدن والقرى في المحافظة، فضلاً عن إلى العديد من الاختصاصات الأخرى^(٤). ونشير في هذا الموضوع إلى أن ما ورد في المادة (٧/ثالثاً) من القانون رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٨ المعدل، والخاصة باختصاصات مجلس المحافظة هو نص غير دستوري، إذ أن مجلس المحافظة لا يمكنه أن يمتلك سلطة التشريع، لأن نص المادة ١٢٢/ثانياً من الدستور لم تمنح مجلس المحافظة هذا الاختصاص، وإنما أعطت المحافظات التي لم تنتظم في إقليم الصلاحيات الإدارية والمالية الواسعة بما يمكنها من إدارة شؤونها وفق مبدأ اللامركزية الإدارية، ولم يُجز النص الدستوري للمحافظة أن يكون لديها اختصاص تشريعي، وبذلك فإن النص المذكور خالف الدستور، كما أنه خالف القواعد العامة لنظام اللامركزية الإدارية.

وهناك مخالفة أخرى في هذا النص والمتمثلة بجواز إصدار الأنظمة من قبل مجلس المحافظة، علماً أن اختصاص إصدار الأنظمة مقرر لمجلس الوزراء بمقتضى المادة (٨٠/ثالثاً) من دستور ٢٠٠٥، ومن ثم فإن لمجلس المحافظة حق إصدار الأوامر والبيانات والتعليمات و القرارات من خلال جلساته الدورية، كما أن هذا القانون اخضع مجلس المحافظة والمجالس المحلية لرقابة مجلس النواب، وهو مما يشكل مخالفة دستورية أيضاً، ذلك أن المادة (٦١) من الدستور قد أوردت اختصاصات مجلس النواب على سبيل الحصر ولم يكن من بينها رقابة مجلس النواب على مجالس المحافظات، ومن ثم فلا يجوز فضلاً عن اختصاصات جديدة لمجلس النواب

عن طريق تشريع عادي، وكان يفترض أن تكون هناك رقابة من جانب السلطة التنفيذية الاتحادية على مجلس المحافظة والمحافظ بحكم ما تتمتع به السلطة التنفيذية من وسائل فعالة للأشراف والرقابة، دون أن يعني ذلك التدخل في اختصاصات هذه المجالس^(٥)، كما أن الهيئات اللامركزية تعد جزءاً من السلطة التنفيذية المركزية، وتمتلك هذه السلطة مهمة الرقابة الإدارية أو كما يسميها البعض بالوصاية الإدارية التي هي من أساسيات تطبيق اللامركزية الإدارية.

ولا يفوتنا أن نشير إلى أن مجلس النواب قد اقر التعديل الثاني لقانون المحافظات غير المنتظمة في إقليم رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٨ بتاريخ ٢٣/٦/٢٠١٣، الذي تضمن تعديلات عديدة على أصل القانون تناولت غالبية نصوصه، ومنها خضوع كافة الأجهزة الأمنية العاملة في المحافظة لسلطة المحافظ، وعدم تنفيذ أية مهام أمنية إلا بأذنه، وكثير من النصوص التي تضمنت زيادة في اختصاصات مجلس المحافظة والمحافظ، ويجب المصادقة على القانون من رئاسة الجمهورية ومن ثم نشره في الجريدة الرسمية ليصبح نافذاً.

وبخصوص مسألة إخضاع مجلس المحافظة والمجالس المحلية لرقابة مجلس النواب فأن مثل هذا الاختصاص يمكن أن نجده لدى المشرع الانكليزي الذي اقر مثل هذا الاختصاص للبرلمان والمتمثل برقابته للمجالس المحلية، ولكن الأصل أن البرلمان البريطاني هو الذي انشأ مثل هذه المجالس وهو الذي منحها الاختصاصات ومن ثم فله الحق في تعديل سلطاتها والرقابة على أداؤها،

وعلى الرغم من ذلك فإن البرلمان البريطاني لم يستخدم مثل هذا الحق إلا نادرا، وإذا حصل أن تدخل في عمل المجالس فإنه يتدخل لمنحها مزيدا من الصلاحيات والاختصاصات الواسعة دون أن يقيد عملها^(١٦). والملاحظ أن نص المادة (١٢٢/خامسا) من الدستور قد أورد حكما أخرج بمقتضاه المحافظات من اللامركزية الإدارية ليضعها على قدم المساواة مع الأقاليم، وكذلك الأقاليم فإن بينها وبين السلطات المركزية في الأنظمة الاتحادية الكثير من روابط التعاون والتنسيق والتخطيط المشترك في مجالات هامة وإستراتيجية تخص الدولة الاتحادية بشكل عام أو تخص الإقليم ذاته، ذلك أن عدم خضوع مجلس المحافظة لرقابة وإشراف أية جهة أو سلطة من الحكومة الاتحادية يمثل خروج عن احد المبادئ الأساسية للامركزية الإدارية التي من عناصرها رقابة وإشراف الحكومة المركزية على كافة نشاطات ومهام الهيئات والمجالس المحلية. فضلا عن ذلك فإن الكثير من نصوص قانون المحافظات ذاته رقم (٢١) لسنة ٢٠٠٨ تشير إلى التنسيق مع الوزارات الاتحادية بخصوص رسم السياسة العامة للمحافظة وكذلك ترشيح من يشغل المناصب العليا في المحافظة وفي مجال وضع الخطط الأمنية وكذلك وضع السياسات والخطط الإستراتيجية للمحافظة إذ يتطلب كل ذلك التنسيق مع المركز^(١٧).

وبالعودة إلى الاختصاص التشريعي الذي منحه قانون المحافظات رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٨ لمجلس المحافظة، فإننا نرى عدم حاجة مجلس المحافظة إلى أن يكون لديه اختصاص تشريعي، وذلك لتعارضه مع طبيعة نظام اللامركزية ابتداء، ومن جانب آخر فإن المجلس بحاجة

إلى وسائل تنفيذ قانونية، كالقرارات الإدارية التنظيمية والفردية لتساهم في تعزيز سلطته في المحافظة ولتنفيذ القوانين والأنظمة التي تضعها الحكومة الاتحادية، ذلك أن مهام مجلس المحافظة هي إدارية وتخطيطية ورقابية، ولا يملك الحق في أن يكون سلطة تشريعية.

وهذا ما سار عليه المشرع الفرنسي بموجب قانون التنظيم البلدي الصادر عام ١٨٨٤، الذي نص في المادة (٤٦) منه على اختصاصات مجلس المحافظة، التي أجمعها بجميع المسائل ذات الصبغة المحلية^(١٨)، وتمثل بالرقابة والإشراف على كافة المرافق والخدمات التي تنهض بمستوى المحافظة كالطرق، والتربية، والزراعة، والشؤون الاجتماعية، والأنشطة البلدية، وتقديم الإعانة للمحتاجين، وللبلديات المحدودة الموارد، والقيام بأعمال صيانة الطرق الإقليمية التي تكون وسطا بين الطرق الكبيرة التي تتولى تنفيذها الحكومة المركزية، والطرق الداخلية التي تكون من مهام المدينة أو القرية، كما تتولى إدارة بعض المرافق العامة وتقديم الدعم لها، وتسمى (المرافق العامة الإجبارية) المتمثلة بتقديم الإعانة والمساعدات للعجزة، و ذوي العاهات، وحماية الأمومة والطفولة، و الطب الوقائي، والتفتيش الصحي، فضلا عن ذلك فإنها تقوم بإبداء الرأي للسلطة المركزية بخصوص التعديلات الجغرافية للمحافظات والبلديات^(١٩)، وتقوم مجالس المحافظات بهذه المهام تحت رقابة مجلس الدولة ووزارة الداخلية، وان هذه المجالس ليس لها المساس بالمسائل التي تعد من المرافق القومية أو الأمور ذات الصبغة التجارية أو الصناعية وذلك لمنعها من المساس بحرية التجارة أو الصناعة للأفراد والشركات، ويمكن أن تواجه إجراءاتها بالإلغاء

بالواقع الخدمي والمعاشي والأمني لأبناء المحافظات ويقال من عملية الارتباط المزمرة لهذه المحافظات بالعاصمة والتي هي مركز الحكومة الاتحادية، هذا الارتباط الذي ساهم إلى حد بعيد في ضعف الخدمات المقدمة إلى أبناء المحافظات، فضلاً عن إبعاد أبناء المحافظات عن إدارة مناطقهم والإبطاء في الإجراءات الإدارية بسبب البيروقراطية، وبالنتيجة عدم اتخاذ القرارات بالسرعة المطلوبة وخاصة في أوقات الأزمات .

المطلب الثاني

تشكيل واختصاصات مجالس الاقضية والنواحي

إن المفهوم الإداري للديمقراطية يعني أن صناديق الاقتراع يجب أن تؤدي إلى أن يتولى السكان إدارة شؤونهم العامة والخاصة^(٢٣). ولكي نكون أمام مجالس محلية ناتجة عن ممارسة ديمقراطية، فلا بد أن تكون هذه الإدارات المحلية بهيئاتها المختلفة قد جاءت نتيجة إرادة شعبية حرة من خلال الانتخابات، وليس بأسلوب التعيين المفروض من قبل الحكومة المركزية، وهذا يساهم في دفع السلطات الإدارية المحلية إلى ممارسة مهامها في أجواء من الثقة والاطمئنان والتعاون بين السكان المحليين ومن يمثلهم وبين الحكومة المركزية، مما يفسح المجال واسعا للمضي قدما في خطط الأعمار والتنمية في كافة المجالات العمرانية والاقتصادية والاجتماعية. وإن ذلك سوف يؤدي بالتأكيد إلى تعزيز رابطة المواطنة ويجعل المواطن يشعر بأنه جزء من هذا الوطن وإنهم أصحاب مصالح حقيقية في العيش في

من قبل مجلس الدولة الفرنسي الذي يعد صمام الأمان الذي يمنع مجالس المحافظات من تجاوز حدود صلاحياتها أو إساءة استخدامها^(٢٤).

أما في مصر فقد تعددت وتتنوعت الاختصاصات التي منحها القانون^(٢٥) للمجالس المحلية في مصر وفي مختلف مستوياتها، وبخصوص اختصاصات المجالس الشعبية في المحافظات فأنها تتولى الرقابة على أعمال المرافق العامة ومختلف القطاعات الخدمية، وتنفيذ الخطط العامة والخاصة في التنمية الاقتصادية والاجتماعية، والموافقة على إقامة المرافق والمشروعات الإنتاجية ومكافحة الأمية والمحافظة على الأمن وإقرار القواعد العامة لنظام تعامل أجهزة المحافظة والتوصية بتعديل وتطوير القوانين واللوائح والقرارات ذات التأثير على مصالح المجتمع المحلي^(٢٦).

و نعتقد أن مجالس المحافظات والمجالس البلدية المنتخبة من قبل مواطني هذه المناطق، في المحافظات والوحدات الإدارية التابعة لها تعد من المرتكزات المهمة التي يقوم عليها مبدأ اللامركزية الإدارية، وأن مجلس المحافظة والمجالس المحلية وكذلك الأجهزة التنفيذية في المحافظات يجب أن تمنح الصلاحيات اللازمة التي تمكنها من القيام بمهامها في الرقابة والإشراف، ووضع السياسة العامة في المحافظة في مجالات مختلفة، وتقديم الدراسات والمقترحات، ووضع الخطط اللازمة التي تشمل مختلف القطاعات الخدمية والمرافق العامة التي تساهم في دفع عجلة اقتصاد المحافظة ووضع الأسس لنهضة تنموية لمختلف القطاعات، ونرى أن منح مجلس المحافظة مثل هذه الصلاحيات سوف يرتقي

ربوع وطنهم وان جميع حقوقهم محفوظة^(٢٤).

ومن الخصائص المميزة لما يسمى بديمقراطية الإدارة، هي إن هذه الهيئات المحلية ستمارس نشاطاتها المنسجمة مع مصالح وحاجات السكان المحلية دون أن تفرط بالمصالح الوطنية، ذلك أن الأفراد الذين يتولون الإشراف على مختلف القطاعات المحلية هم من سكنة هذه المناطق وجزء من واقعها الخدمي والاقتصادي والاجتماعي مما يكفل نجاح مثل هذه النشاطات والمشاريع الخدمية المقدمة من قبل هذه الهيئات بصورة كبيرة^(٢٥) كما أن هذه الهيئات هي جزء من السلطة التنفيذية المركزية وتعمل في إطار سياستها العامة .

ولتحقيق هذه الأهداف فقد شرع القانون رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٨، الذي نص في الفصل الثاني منه على اختصاصات مجلس المحافظة والتي سبق وان تم الحديث عنها، وسوف نأتي على ما تضمنه القانون من اختصاصات لمجلس القضاء ثم مجلس الناحية وعلى النحو الآتي :

١- اختصاصات مجلس القضاء

نص القانون^(٢٦) على أن من اختصاصات مجلس القضاء هو انتخاب رئيس مجلس القضاء أو إعفاؤه بناءً على تحقيق الأسباب القانونية وبناءً على طلب ثلث أعضاء المجلس وانتخاب القائمقام بالأغلبية المطلقة، وكذلك إقالته بناءً على طلب ثلث الأعضاء أو بناء على طلب المحافظ، حين تحقق الأسباب القانونية المنصوص عليها في المادة (٧/ثامنا) من القانون.

كذلك مراقبة سير أعمال الإدارة المحلية في القضاء والمصادقة على خطط الموازنة لدوائر

القضاء وإحالتها إلى المحافظ و المصادقة على الخطة الأمنية المقدمة من الأجهزة الأمنية في القضاء ومراقبة استغلال الأراضي العامة فضلاً عن العمل على تطوير الزراعة والري وإقرار التصاميم الأساسية للقضاء بالتنسيق مع مجلس المحافظة والوزارة الاتحادية المعنية. كما يتولى المجلس وضع نظام داخلي لتنظيم سير العمل وآلية عقد الاجتماعات واتخاذ القرارات^(٢٧).

٢ - اختصاصات مجلس الناحية

وردت هذه الاختصاصات في قانون المحافظات رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٨، إذ نص على أن مجلس الناحية يختص بانتخاب رئيس المجلس وإعفاؤه، كما يقوم بانتخاب مدير الناحية وإعفاؤه بناءً على طلب ثلث الأعضاء، أو بطلب من القائمقام وكذلك الرقابة على سير أعمال، ونشاطات الإدارة في مختلف القطاعات في الناحية، والمصادقة على خطط الموازنة لمختلف دوائر الناحية وإحالتها إلى مجلس القضاء والمصادقة على الخطط الأمنية المقدمة من الأجهزة الأمنية المحلية بواسطة مدير الناحية، بالفضلاً عن إلى التشاور مع مجالس النواحي الأخرى ومجلس القضاء وبما يحقق مصلحة أبناء الناحية^(٢٨).

أما التشريعات المقارنة فأن المجالس المحلية في القضاء والناحية أو كما تسمى في فرنسا بمجالس (الكومونات)، فأن نطاق عملها يكاد يكون أوسع من عمل مجالس المحافظات وضمن حدود وحداتها الإدارية إذ أنها ذات اختصاص أصيل وتختص بشؤون المدينة كافة أو القرية لتشمل أمور المواطن الحياتية كافة، إذ أن لها اختصاصات فيما يخص المرافق الصحية مثلاً كالإشراف على المستشفيات

المطلب الثالث

المحافظ

أن المحافظ هو الرئيس التنفيذي الأعلى في المحافظة، كما إنه يمثل سلطة الدولة، وذلك في إطار التوصيف المزدوج لوظيفته، فهو ممثل الحكومة الاتحادية ويصدر أمر تعيينه بمرسوم جمهوري، وهو من جانب آخر ممثل للحكومة المحلية المتمثلة بمجلس المحافظة الذي ينتخب المحافظ بالأغلبية المطلقة، وهو من يصوت على إقالته وفق الإلية القانونية، وفي حال توافر احد أسباب الإقالة الموجبة وفق القانون، ولمجلس النواب كذلك وبالأغلبية المطلقة إقالة المحافظ بناء على اقتراح رئيس مجلس الوزراء إذا تحققت احد الأسباب القانونية للإقالة^(٣١). ويمكن أن يكون المحافظ من بين أعضاء مجلس المحافظة المنتخبين أو من خارجه. ويكون للمحافظ نائبان من داخل المجلس أو من خارجه وبدرجة مدير عام إما المحافظ فهو بدرجة وكيل وزارة، وقد منح القانون رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٨ للمحافظ الكثير من الصلاحيات والتي وردت في المادة(٣١) إذ تضمنت احد عشر بندا تناولت اختصاصات المحافظ المختلفة.

جدير بالإشارة إليه، أن منصب المحافظ في الدول التي تأخذ بنظام اللامركزية الإدارية يقوم على أساس التعيين من قبل الحكومة المركزية، وذلك لأنه ممثل هذه الحكومة في المحافظة ومنسق العلاقات بينها وبين مجلس المحافظة المنتخب، وبذلك فإن اختيار المحافظ بالانتخاب يعني أن المحافظة تخلو من ممثل للحكومة المركزية فيها، يسهر على تنسيق الجهود بين الحكومة المركزية وبين الهيئات

وإنشاء مدارس التمريض، وتتولى إنشاء المسارح ودور السينما والمتاحف ورعاية المدارس بأنواعها، وإدارة أملاك البلدية، و الطرق العامة، ولها كذلك اختصاصات اختيارية تتولى القيام بها تبعاً لظروفها وإمكاناتها بدون أن تكون ملزمة بذلك، وتختص كذلك بمسائل الأحوال الشخصية وإدارة المقابر وبناء المساكن لذوي الدخل المحدود، والترخيص لبناء المحلات التجارية والصناعية ورقابة الأغذية والنقل العام والطرق والأرصدة والكهرباء والمياه، وكل هذه الاختصاصات مشروطة بعدم التجاوز على الاختصاصات العامة للدولة.

ويشار إلى أن المشرع الفرنسي قد اخذ بوحدة الأسلوب في إدارة جميع الوحدات الإدارية سواء من الاختصاصات أو العلاقة بالحكومة المركزية دون النظر إلى ظروف الوحدات الإدارية أو عدد السكان أو حجم الموارد المالية، وذلك بأن أجاز لهذه المجالس القيام بكل ما يهم أهالي هذه الوحدات الإدارية ثم قيد جميع هذه الاختصاصات بقيد (الوصاية الإدارية)^(٣٢).

إن توجه المشرع الفرنسي هو عكس المشرع الانكليزي الذي لم يلتزم بوحدة النظام الإداري في التعامل مع الوحدات المحلية المختلفة وإنما ميز بينها، على أساس عدد السكان أو الموارد المالية أو حجم الإمكانيات الاقتصادية، وطبيعة المرافق التي تكون بحاجة إليها بعض الوحدات دون الأخرى، فكان هناك تدرج في الوحدات الإدارية ووضعت معايير مختلفة لكل مستوى من مستويات هذه الوحدات إذ تصنف الوحدات المحلية الانكليزية إلى محافظات ومدن ومراكز حضرية وأخرى ريفية ومدن متوسطة وأخرى صغيرة^(٣٣).

المحلية المنتخبة، ويضمن السير في إطار السياسة العامة للدولة، وبذلك نقترح تعديل النصوص التي تقر اختيار المحافظ من قبل مجلس المحافظة وجعل اختياره من قبل الحكومة المركزية، فما الداعي لوجود هئتين منتخبين في محافظة واحدة .

وسوف نتناول فيما يأتي رئيس السلطة التنفيذية في المحافظة في بندين: يتضمن البند الأول اختصاصات المحافظ، ويتضمن البند الثاني علاقة السلطة التنفيذية في المحافظة بالسلطة التنفيذية الاتحادية والاستعانة ببعض الأمثلة في التشريعات المقارنة.

أولاً- اختصاصات المحافظ

بالنظر لكون المحافظ هو الرئيس التنفيذي الأعلى في المحافظة، فقد منحه قانون المحافظات رقم (٢١) لسنة ٢٠٠٨ المعدل صلاحيات واسعة كي يتمكن من أداء دوره والنهوض بمهامه التي رسمها له القانون. ويمكننا أن نقسم الاختصاصات التي منحها القانون للمحافظ على ثلاثة أنواع هي: الاختصاصات الرقابية، والاختصاصات المرفقية، وإعداد الموازنة، والاختصاصات الضبطية، وسوف نتناول كلاً من هذه الاختصاصات بإيجاز^(٣٢).

١- الاختصاصات الرقابية

يمارس المحافظ اختصاص الرقابة على المرافق العامة في جميع الوحدات الإدارية في المحافظة واستثنى القانون من هذا الاختصاص الجيش والمحاكم والجامعات والكليات والمعاهد^(٣٣).

ويتولى المحافظ تنفيذ القرارات التي

يتخذها مجلس المحافظة بما لا يخالف الدستور والقوانين النافذة^(٣٤). والحقيقة أن النص كان ينبغي أن يتضمن ما يشير إلى أن المحافظ من مسؤولياته تنفيذ القوانين الاتحادية، وكذلك القرارات والتوجيهات الصادرة من الوزراء في الحكومة الاتحادية بما لا يتعارض مع مصلحة المواطنين في المحافظة، وذلك لكون المحافظ يمثل الرئيس الأعلى للجهاز التنفيذي في المحافظة .

وقد منح القانون للمحافظ حق الاعتراض على قرارات مجلس المحافظة، وذلك فيما إذا كانت تخالف الدستور أو القوانين النافذة، أو أنها لم تكن من اختصاص المجلس أو إذا كانت مخالفة للخطط العامة للحكومة الاتحادية أو للموازنة العامة، فيقوم المحافظ بإعادتها للمجلس خلال (١٥) يوماً من تبلغه بها مع توضيح أسباب الاعتراض^(٣٥) وفي حالة إصرار المجلس على قراره أو عدل فيه بما لا يزيل المخالفة فللمحافظ أن يطعن بالقرار أمام المحكمة الاتحادية العليا^(٣٦).

وقد اغفل القانون ذكر الأغلبية المطلوبة لاتخاذ القرار في حالة إصرار مجلس المحافظة على قراره، مما يعني أن الأغلبية البسيطة كافية في هذا الشأن، وكذلك لم تتم الإشارة إلى المدة التي يجب أن يقدم الطعن خلالها أمام المحكمة الاتحادية، وبما أنه من الطعون المقدمة ضد قرار إداري فنقترح أن تكون المدة ستون يوماً. وأشار القانون إلى أن من حق المحافظ اتخاذ الإجراءات القانونية والإدارية بحق المدراء العميين والموظفين وبالأغلبية البسيطة في مجلس المحافظة لكنه لم يبين ماهية هذه الإجراءات، ونعتقد أنها تتعلق بإجراءات

التأديب وإجراءات التنحية عن المنصب .

في النشاطات الداخلية أم الخارجية. ومن اختصاصات المحافظ الأساسية هو إعداد الموازنة العامة للمحافظة باستثناء ما يقع ضمن اختصاصات الحكومة الاتحادية وإحالتها إلى مجلس المحافظة للمصادقة عليها^(٤٢).

٣- الاختصاصات الضبطية

يعد المحافظ رئيساً لهيئات الضبط الإداري وذلك للمحافظة على النظام العام من خلال عناصره المعروفة (الأمن والصحة العامة والسكينة العامة والآداب والأخلاق العامة)^(٤٣). ومثل هذه الاختصاصات يمارسها المحافظ طبقاً للقواعد العامة، التي يقوم بها بوصفها جزءاً من نشاطاته الإدارية والتنفيذية، فله سلطة مباشرة على مختلف الأجهزة الأمنية في المحافظة باستثناء الجيش، وله أن يأمر بأجراء التحقيقات اللازمة بأمر معين وإعلامه بنتائج التحقيق بعد عرضه على القضاء، وله أن يمارس اختصاصه في فتح مراكز الشرطة بموافقة مجلس المحافظة وكلما اقتضت الحاجة لذلك، وله طلب المعونة من وزارة الداخلية حينما يتأكد له بعدم قدرة أجهزة الأمن في المحافظة على أداء واجباتها^(٤٤).

ولا تفوتنا الإشارة هنا إلى أن قرارات المحافظ الإدارية خاضعة للطعن أمام القضاء الإداري، فلا يوجد قرار أو عمل إداري محصن من الطعن، وذلك استناداً إلى المادة (١٠٠) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥.

ونشير إلى أن المادة (٢٧/أولاً) من القانون رقم (٢١) لسنة ٢٠٠٨ نصت على أن يكون للمحافظ نائبان بدرجة مدير عام، ينتخبهما مجلس المحافظة سواء من داخل المجلس

وبخصوص المدراء العاملين فأن قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام نص على العقوبات التي يجوز فرضها على المدير العام^(٣٧).

وما يمكن أن يعد من اختصاص الرقابة الذي يمارسه المحافظ هو إلزام الوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة بأشعار المحافظ بالمخاطبات التي تجريها مع دوائرها في المحافظة. وكذلك على رؤساء الدوائر في المحافظة إعلام المحافظ بجميع مخاطباتهم مع الوزارات والدوائر المركزية^(٣٨).

٢- الاختصاصات المرفقية وإعداد الموازنة

وتتمثل بالعديد من الاختصاصات، ومنها اختصاص استحداث المرافق المحلية في المحافظة كالجامعات والكليات بالتنسيق مع وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، وفي حدود موازنة المحافظة، وموافقة مجلس المحافظة بالأغلبية المطلقة^(٣٩)، وللمحافظ تعيين الموظفين المحليين في المحافظة ممن هم في الدرجة الخامسة فما دون وفقاً لخطة الملاك المقررة من المجلس، وله كذلك تثبيت الموظفين الذين هم فوق الدرجة الرابعة من درجات السلم الوظيفي باستثناء المناصب العليا^(٤٠).

ونرى أن مثل هذا الاختصاص غير مفعّل لأن تعيين الموظفين وتثبيتهم يكون بأوامر وزارية من الوزارات المعنية، كما أن من مهام المحافظ تمثيل المحافظة في المؤتمرات والندوات وإيفاد الموظفين لهذا الغرض^(٤١). ولم يبين القانون فيما إذا كان هذا التمثيل

أم من خارجه ،والمحافظ يصدر تعيينهما ويشترط فيهما ما يشترط في عضو مجلس المحافظة وفق المادة(٥) من القانون بشرط حصولهما على الشهادة الجامعية ، والحقيقة أن اختصاصات النائبين لم تتم الإشارة إليها في القانون وهذا خلل تشريعي ينبغي تلافيه، ونص القانون كذلك على وجود معاونين للمحافظ للشؤون الإدارية والفنية لا يزيد عددهم عن خمسة وبدرجة معاون مدير عام ،كما يرتبط بالمحافظ هيئة استشارية لا تزيد عن سبعة خبراء ويتم اختيارهم من بين المختصين في الشؤون القانونية والفنية والمالية^(٤٥). ونرى عدم وجود أي ضرورة تقتضي تعيين معاونين للمحافظ لعدم وجود صلاحيات واضحة نص عليها القانون يخصهم ولوجود النائبين اللذين هم أصلا لم تحدد صلاحياتهم ونوصي بتحديد صلاحيات النائبين وإلغاء معاونين، والإبقاء على الهيئة الاستشارية. ونعيد التذكير في هذا المقام ما سبق أن تناولناه في اختصاصات الأقاليم، ذلك أن المادة الدستورية (١١٥) نصت أيضا على أن الصلاحيات المشتركة بين المركز والإقليم تكون الأولوية في التطبيق لقانون الأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم ،والحقيقة أن في هذا النص خلطا غير مبرر بين اختصاصات الأقاليم واختصاصات المحافظات، ذلك أن اختصاصات الأقاليم مختلفة تماما عن اختصاصات المحافظات، فالأولى تكتسب ما للأقاليم الفيدرالية من اختصاصات، أما المحافظات فهي تطبيق لمبدأ اللامركزية الإدارية ما لم تعلن المحافظة إقليما أو تنضم إلى إقليم آخر ،لاسيما أن ما ورد في النص الدستوري يناقض أيضا المادة (١٢٢/ثانيا) من الدستور ، التي نصت على

منح المحافظات الصلاحيات الإدارية والمالية الواسعة وفق مبدأ اللامركزية الإدارية، فهذا المبدأ يعني أن الحكومة المركزية تحتفظ بحق الرقابة والإشراف الكاملين على المحافظات التي لم تنتظم في إقليم، فكيف يمنح الدستور قانون المحافظات الأولوية في حالة التعارض مع القانون الاتحادي؟ وهل يجوز أن تمارس الهيئات اللامركزية الوظيفة التشريعية؟ أن هذا يشير إلى أن المشرع الدستوري قد عامل المحافظات على قدم المساواة مع الأقاليم، وهذا خلل دستوري فاضح بحاجة إلى تعديله، ونفس الكلام يمكن أن يقال بخصوص المادة (١٢١/رابعا)، التي نصت على فتح مكاتب للأقاليم والمحافظات في السفارات والبعثات الدبلوماسية في الخارج، والسؤال هو ما هي اختصاصات مثل هذه المكاتب؟ وكيف تتم مساواة ما يترتب للأقاليم من حقوق وما تنص عليه الدساتير الفيدرالية من أحكام بخصوص النظام الاتحادي وبين ما يتعلق بالمحافظات التي تدار وفق مبدأ اللامركزية الإدارية؟ أن الدولة الاتحادية في النظام الفيدرالي تتكون من مجموعة دويلات أو أقاليم، وتتكون دولة الاتحاد تختفي الشخصية الدولية لهذه الدويلات أو الأقاليم وتظهر الشخصية الدولية لدولة الاتحاد وكون الدولة الاتحادية من أشخاص القانون الدولي ولذلك فأنها تمتلك وحدها الحق في التمثيل الدبلوماسي أو الانضمام إلى المنظمات الدولية أو إبرام المعاهدات وغيرها من الاختصاصات السيادية والحصرية لدولة الاتحاد، وتختفي معها كل مظاهر التمثيل الخارجي للدويلات الأعضاء في الاتحاد لهذا نقترح أن يتم إلغاء نص البند(رابعا) من المادة ١٢١ الدستورية لتعارضه مع النظام الفيدرالي، وكذلك مع اللامركزية الإدارية بخصوص المحافظات.

ثانياً- العلاقة بين السلطة التنفيذية الاتحادية والمحافظ

في أثناء تناولنا لاختصاصات السلطتين التنفيذيتين في الحكومة المركزية وفي المحافظة، نجد أن هناك بعض أوجه الربط بينهما، فالمحافظ لا يباشر عمله إلا بعد صدور مرسوم جمهوري بتعيينه بمنصبه^(٤٦)، على الرغم من الشكلية التي تغطي على هذا الإجراء لأن رئيس الجمهورية ليس له الاعتراض على تسمية المحافظ وفق الدستور، في حين أن تعيين وإقالة المحافظ في مصر تتم بموجب قرار من رئيس الجمهورية أي أن المحافظ في مصر معين وليس منتخب^(٤٧).

ولمجلس النواب إقالة المحافظ بالأغلبية المطلقة بناء على اقتراح رئيس مجلس الوزراء، فضلاً عن إلى حق مجلس المحافظة في إقالته بعد استجواب يوجه إليه، وله أن يعترض على قرار الإقالة لدى المحكمة الاتحادية أثناء خمسة عشر يوماً^(٤٨)، ومن المعروف في نظام الإدارة اللامركزية أن تكون إقالة المحافظ موكله إلى رئيس الجمهورية أو رئيس مجلس الوزراء ولا نعلم الحكمة من إناطة هذا الأمر بمجلس النواب^(٤٩).

وقد مر بنا سابقاً أن من الاختصاصات الدستورية لمجلس الوزراء هو تخطيط وتنفيذ السياسة العامة للدولة، ووضع الخطط العامة، والإشراف على عمل الوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة، وإن عبارة السياسة العامة تشمل السياسة الخارجية والداخلية،

وإذ أن المحافظ لا شأن له بالسياسة الخارجية لكنه معني جداً بالسياسة الداخلية التي يضعها مجلس الوزراء في مجالات التنمية الاقتصادية والاجتماعية والتربوية والصحية والبنى التحتية، والتعامل مع الأزمات الداخلية، وكذلك مجالات الأمن، وسيادة القانون، وبالتأكيد فأن جميع هذه المجالات والقطاعات تكون المحافظة جزءاً منها ممثلة بالمحافظ الذي يتولى إعداد الخطط العامة للمحافظة بالتنسيق مع الحكومة المركزية، وبمصادقة مجلس المحافظة ومن ثم يتولى المحافظ وأجهزته الإدارية والخدمية تنفيذ مثل هذه الخطط لمختلف القطاعات. والرابطة المهمة بين المحافظ والحكومة الاتحادية هو موضوع التمويل المالي المتمثل بالموازنة العامة التي تقر من قبل مجلس الوزراء ابتداءً وذلك بعد أن تقوم المحافظات بتقديم موازاناتها التقديرية إلى وزارة المالية الاتحادية^(٥٠).

وعن طريق أوجه الربط هذه والعديد من أوجه التنسيق والتعاون الأخرى بين المحافظات والحكومة المركزية بمختلف سلطاتها، يتبين لنا مدى الحاجة لوضع الآليات المناسبة للارتقاء بالعمل الحكومي، بما يؤدي إلى تقديم أفضل الخدمات للمواطنين، ووضع اطر ثابتة للتواصل والتعاون بين الحكومة المركزية والحكومات المحلية، بما يعكس إيجاباً على المشاريع المنفذة في المحافظات، وازدياد وتيرة الدعم المالي أو الفني، أو في مجال الرقابة والتخطيط من قبل الحكومة الاتحادية لأعمال ونشاطات المحافظات، للنهوض بالواقع المعيشي والاقتصادي والخدمي وفي مجال البنى التحتية لجميع السكان في هذه المحافظات.

المطلب الرابع

اختصاصات رؤساء الوحدات الإدارية في الاقضية والنواحي

تتكون المحافظات من عدد من الاقضية والنواحي والقرى، وذلك بنص الدستور^(٥١). وسوف نبحث اختصاصات رئيس الوحدة الإدارية في القضاء ورئيس الوحدة الإدارية في الناحية.

أولاً : اختصاصات القائم مقام

يعد القائم مقام المسؤول الإداري الأول في القضاء، وأعلى موظف تنفيذي في الوحدة الإدارية، ويتم انتخابه وإقالته من قبل المجلس المحلي في القضاء وبالأغلبية المطلقة لعدد أعضائه، وإقالة القائم مقام تتم بناء على طلب المحافظ أو طلب من ثلث أعضاء المجلس البلدي^(٥٢)، ويقدم طلب الإقالة في حالة تحقق إحدى الأسباب المنصوص عليها في القانون، ومنها عدم النزاهة و التسبب في هدر المال العام أو فقدان احد شروط العضوية أو الإهمال والتقصير في أداء الواجب^(٥٣). ويكون القائم مقام بدرجة مدير عام ويصدر أمر تعيينه بعد انتخابه من مجلس القضاء عن طريق المحافظ ويكون خاضعاً لتوجيهه وأشرافه^(٥٤).

و للقائم مقام العديد من الاختصاصات التي نص عليها القانون منها تنفيذ القرارات المتخذة من مجلس القضاء، بشرط موافقتها للدستور والقوانين النافذة وأشرافه المباشر على دوائر الدولة في القضاء وموظفيها، مع استثناء الجيش والقضاء والجامعات، و للقائم مقام أن يأمر الشرطة بأجراء التحقيق في الجرائم التي تحدث بحدود القضاء وعن طريق إحالتها إلى

القضاء وإعلامه نتائج التحقيق ، كما أن من مهامه هو المحافظة على الأمن وصيانة حقوق الدولة والأموال العامة وتحصيل الإيرادات وفق القانون ، ويتولى كذلك إعداد موازنة القضاء وإحالتها إلى مجلس القضاء لإقرارها، وألزم القانون رؤساء الدوائر الرسمية في المحافظة بتزويد القائم مقام بنسخ من مخاطباتهم مع فروع دوائرهم في القضاء لغرض متابعة تنفيذها وتدارسها مع الدوائر المعنية^(٥٥).

ثانياً : اختصاصات مدير الناحية

يعد مدير الناحية أعلى موظف تنفيذي في الوحدة الإدارية (الناحية)، ويتولى مجلس الناحية انتخابه بالأغلبية المطلقة لعدد أعضائه، وتتم إقالته من قبل المجلس ذاته بالأغلبية المطلقة في حالة توفر احد الأسباب التي اشترطها القانون لإقالة القائم مقام والمذكورة أعلاه، ولمدير الناحية ذات الصلاحيات التي يمارسها القائم مقام في القضاء فمدير الناحية يمارسها في الناحية^(٥٦).

وفي فرنسا فإن التسلسل الهرمي للتنظيم اللامركزي الإداري يبدأ بالإقليم ومن ثم المحافظة وأخيراً البلدية، والتي أنشئت منذ صدور قانون المجالس البلدية عام ١٨٨٤، ولا وجود لثنائية السلطة في البلدية كما هي في الإقليم أو المحافظة، وإنما السلطة المحلية يمثلها المجلس البلدي المنتخب ورئيسه الذي يعد في الوقت ذاته الرئيس التنفيذي للمدينة ويسمى بالعمدة (la maire) الذي يتولى تنفيذ قرارات المجلس البلدي وكذلك يمارس مهام أخرى بأسم السلطة المركزية ، أي أن العمدة يقوم مقام القائم مقام ومدير الناحية لأن التنظيم الإداري في فرنسا يتميز بوحدة الإدارة بصرف

المبحث الثاني

طرق واليات الرقابة الاتحادية على المجالس المحلية والسلطة التنفيذية في المحافظات

إذا كان معيار الاستقلالية هو المعيار الذي تمارس الهيئات التنفيذية و المجالس المحلية في المحافظات اختصاصاتها بموجبه، فأنها لا تكون مطلقة اليد تماما، وان معيار الاستقلالية ليس مطلقا وإنما يجب أن تمارس هذه الصلاحيات ضمن سياسة الدولة العامة في مختلف المجالات وان تراعى قواعد الدستور والتشريعات المركزية^(١٠)، وقد مر بنا أن من الأسس التي يقوم عليها مبدأ اللامركزية الإدارية هو وجود مصالح ضرورية ومشروعة للسكان المحليين، وان هذه المصالح يجب أن تدار من قبل السكان أنفسهم، وذلك عن طريق مجالس محلية منتخبة تتولى إدارة شؤون هذه المناطق وتلبية حاجات السكان، وان عمل هذه المجالس يجب أن يكون مستقلا عن السلطة المركزية ولكن هذه الاستقلالية يجب أن لا تكون كاملة وإنما تحت رقابة وإشراف الحكومة المركزية^(١١).

وبعد ما حدث من تغييرات جوهريّة على النظام السياسي في العراق بعد عام ٢٠٠٣، فإن التوجه العام سواء كان على مستوى القواعد الدستورية أم التشريعات العادية كان باتجاه إضعاف الدور الرقابي الذي تمارسه الحكومة المركزية على المحافظات غير المنتظمة في إقليم، وكان ذلك رد فعل طبيعي على المركزية المتشددة التي كانت مطبقة قبل عام ٢٠٠٣، وقد ورد ذلك في قانون إدارة الدولة العراقية لعام ٢٠٠٤ ما يفيد هذا التوجه والذي نص على عدم خضوع مجالس المحافظات لأية رقابة

النظر عن حجم سكان المدينة أو مساحتها أو مواردها^(٥٧).

ونرى أن وجود المجالس المحلية المنتخبة وقيام هذه المجالس بانتخاب رؤساء الوحدات الإدارية، وإعداد كل وحدة إدارية الموازنة الخاصة بها في ضوء الحاجة الفعلية للمشاريع المختلفة والبنى التحتية وما تبرز إليه الحاجة في مختلف القطاعات الخدمية، كل هذه الخطوات تبقى هي المعيار الحقيقي لمدى تحقق مبدأ اللامركزية الإدارية والابتعاد عن المركزية المقيّنة التي تنمو في ظلها أجواء القلق والكرهية والإحساس بالغبن والمظلومية وتزداد معها الفجوة بين الشعب وبين من يحكمه.

وفي ختام هذا المطلب الذي تناولنا فيه مجالس المحافظات والمجالس المحلية واختصاصات كل منها وكذلك بحثنا في السلطة التنفيذية في المحافظات والوحدات الإدارية المكونة لها، واختصاصات رؤساء هذه الوحدات، بقي أن نشير إلى أن دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ كان قد أشار إلى بغداد بأنها عاصمة جمهورية العراق بحدودها البلدية وتمثلها محافظة بغداد بحدودها الإدارية، ونص كذلك على أن وضع العاصمة ينظم بقانون ولم يشرع مثل هذا القانون لغاية الآن، وكذلك منع الدستور أن تنظم العاصمة لأي إقليم^(٥٨). ونص الدستور كذلك على ضمان الحقوق الإدارية والسياسية والثقافية والتعليمية للقوميات المختلفة، كالتركمان والكلدان و الاشوريين وسائر المكونات الأخرى في إطار إدارات محلية على أن تنظم هذه الإدارات بقانون وان هذا القانون لم يشرع أيضا لغاية الآن^(٥٩).

من الحكومة المركزية (٦٢)، وورد كذلك مثل هذا النص في أمر سلطة الائتلاف المرقم ٧١ لسنة ٢٠٠٤ (٦٣)، وبصودر دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ فقد جاء في المادة ١٢٢/ خامسا ما نصه (لا يخضع مجلس المحافظة لسيطرة أو إشراف أية وزارة أو أية جهة غير مرتبطة بوزارة وله مالية مستقلة)، والحقيقة أن هذا التوجه يخالف ركنا أساسيا من أركان نظام اللامركزية الإدارية، ألا وهو الرقابة أو الوصاية الرئاسية التي تمارسها الحكومة المركزية على الهيئات المحلية، وهذه المخالفة تستوجب تعديلا دستوريا لكي ينسجم نظام اللامركزية الإدارية في العراق مع بقية الأنظمة المقارنة، التي لم تضع هذا الركن اعتبارا وإنما لأهداف عديدة، في مقدمتها ضمان انسجام تصرفات هذه الهيئات مع القانون والسياسة العامة للحكومة المركزية، ولكن وعلى الرغم من هذا النص الدستوري إلا أنه يمكن أن نلمس وجود بعض أشكال الرقابة التي يمكن أن يتم تفعيلها لكي تنهض بواجبها الرقابي تجاه مجلس المحافظة أو الدوائر التنفيذية في المحافظة، ويمكن أن نقسم هذه الرقابة إلى فرعين وهما الرقابة المركزية (غير الحكومية) والرقابة اللامركزية.

المطلب الأول

الرقابة المركزية (غير الحكومية)

سبق وأن اشرنا إلى أن الحكومة المركزية لا تمتلك وسائل الرقابة اللازمة على مجالس المحافظات والإدارات التنفيذية في المحافظات غير المنتظمة في إقليم، إلا أنه يمكن تحديد بعض وسائل الرقابة المركزية والتي لا تعد

من الوسائل الحكومية للرقابة وقد أسميناها بغير الحكومية لأنها لا تمارس من احد طرفي السلطة التنفيذية والمتمثلة برئيس الجمهورية أو مجلس الوزراء ويمكن أن تكون هذه الرقابة على ثلاث أنواع: فقد تكون رقابة سياسية، أو رقابة قضائية، وقد تكون رقابة تمارسها الهيئات المستقلة، وهذه الرقابة لا ينطبق عليها الحظر الوارد في المادة ١٢٢/ خامسا من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥.

أولا- الرقابة السياسية – وهذا النوع من الرقابة يمكن أن يكون على صورتين :-

أ- رقابة السلطة التشريعية

وقد ورد نص بشأن هذا النوع من الرقابة في قانون المحافظات غير المنتظمة في إقليم رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٨ وهو نص المادة (٢/ ثانيا) إذ ورد ما نصه (يخضع مجلس المحافظة والمجالس المحلية لرقابة مجلس النواب)، وبمقتضى هذا النص فإن مجلس النواب بإمكانه أن يزيد أو ينقص من اختصاصات مجلس المحافظة والمجالس المحلية وذلك عن طريق حقه الدستوري في التشريع، وهناك اختصاص رقابي أحر لمجلس النواب والممثل بما ورد في نص آخر من نصوص قانون المحافظات رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٨ الذي ينص على حق مجلس النواب في إقالة المحافظ بناء على اقتراح من رئيس مجلس الوزراء وذلك لأسباب منها عدم النزاهة والتسبب في هدر المال العام أو لفقدانه احد شروط العضوية أو الإهمال في أداء الواجب (٦٤).

ونشير أخيرا إلى اختصاص آخر لمجلس النواب وهو الذي ورد في قانون المحافظات

والإدارات المحلية في المحافظات ذلك أن الجهة التي انتخبت هذه المجالس من البديهي أن تمتلك حق محاسبتها، وهذا ما نص عليه الدستور^(٦٧).

ثانيا : الرقابة القضائية

يلتزم مجلس المحافظة والمجالس المحلية والإدارات التنفيذية في المحافظة باحترام القوانين، وعدم تجاوزها في جميع أعمالهم وتصرفاتهم القانونية والمادية، وإلا فأن مخالفة القانون تعني المساءلة أمام القضاء، لأن احترام القانون أمر مفترض وواجب الأتباع، وقد نص قانون المحافظات غير المنتظمة في إقليم على نوعين من الرقابة القضائية سنشير لهما بإيجاز:

أ- رقابة المحكمة الاتحادية العليا

وردت اختصاصات هذه المحكمة في الدستور الذي بيّن اختصاصات هذه المحكمة ومنها الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة، والفصل في القضايا التي تنشأ من تطبيق القوانين الاتحادية، وتفصل كذلك في المنازعات بين الحكومة الاتحادية وحكومات الإقليم والمحافظات والبلديات واختصاصها في تفسير نصوص الدستور، والبت في المنازعات بين حكومات الأقاليم والمحافظات^(٦٨). وقد وردت غالبية هذه الاختصاصات الدستورية في قانون المحكمة المرقم ٣٠ لعام ٢٠٠٥^(٦٩). كما يمكن الطعن لدى المحكمة الاتحادية من قبل المجالس المحلية التي يتم حلها من قبل مجلس المحافظة وفقا للمادة (٢٠/ثالثا/٢) من قانون المحافظات غير المنتظمة في إقليم، وذلك اثناء خمسة عشر يوماً من تاريخ صدور قرار الحل، ويمكن ملاحظة أن ما ورد في هذا النص

رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٨ والمتمثل في حق مجلس النواب في حل مجلس المحافظة بالأغلبية المطلقة لعدد أعضائه وبناء على طلب ثلث أعضائه أو طلب المحافظ^(٦٥). وقد عدل هذا النص بالقانون رقم ١٥ لسنة ٢٠١٠ وأضاف إليه اختصاصاً آخر وهو حق اعتراض مجلس النواب على القرارات الصادرة من المجلس وهذا أيضا خرقٌ للدستور يضاف إلى سلسلة الخروقات الأخرى أعلاه^(٦٦).

ب - الرقابة الشعبية

يمارس الرأي العام في الأنظمة الديمقراطية ضغطاً هائلاً ورقابة فعالة على الطبقة السياسية التي تقود البلد، والمقصود بالرأي العام هنا هو مجموعة معينة من الأفكار والمفاهيم والآراء التي تعبر عن مواقف مجموعة أو عدة مجموعات اجتماعية إزاء أحداث أو ظواهر من الحياة الاجتماعية سياسية كانت أو قانونية أو غيرها، إزاء نشاط الطبقات والأفراد، إذ يكون هناك من يوجه هذه الآراء ويحركها، كما في أحزاب المعارضة ومؤيدهم أو منظمات المجتمع المدني، ويتم التعبير عن الرأي العام من خلال وسائل الإعلام المختلفة سواء كانت المقروءة أم المسموعة أم المشاهدة عن طريق وسائل البث الفضائي، أو عن طريق التظاهر أو الاعتصام أو الإضراب أو غيره. ولكون العراق من الأنظمة الديمقراطية وأن الرأي العام يشكل فيه وسيلة ضغط وتقويم لأي انحراف في استخدام السلطة، فأن أساليب توجيهه أو التعبير عنه مثل التظاهرات السلمية والمؤسسات الصحفية والنقابات المهنية يمكن أن تكون من الوسائل الفعالة أحيانا في ميدان الرقابة الشعبية على مجالس المحافظات

يتعارض مع صلاحيات المحكمة الاتحادية العليا الواردة في المادة (٩٣) من الدستور التي لا يوجد من بينها اختصاص النظر في قرار حل المجالس المحلية، ونحن نؤيد الرأي الذي يذهب إلى ضرورة تعديل المادة (٢٠/ثالثاً) ليكون الطعن بقرار الحل أمام القضاء الإداري وليس أمام المحكمة الاتحادية وذلك انسجاماً مع النص الدستوري^(٧٠).

هذه وقد نص قانون المحافظات غير المنتظمة بإقليم على الكثير من الصلاحيات التي يمارسها مجلس المحافظة، إذ منح المجلس صلاحيات تشريعية وكذلك تنفيذية كإصدار الأنظمة والتعليمات لتنظيم الشؤون المالية والإدارية بما يمكن المحافظة من إدارة شؤونها وفق مبدأ اللامركزية الإدارية^(٧١)، وبما أن المادة ٩٣/أولاً من دستور ٢٠٠٥ تنص على اختصاص المحكمة الاتحادية العليا بالرقابة على دستورية القوانين والأنظمة النافذة، عليه فإن هذه المحكمة تراقب مدى دستورية القوانين والأنظمة الصادرة عن مجالس المحافظات، مع تحفظنا على صلاحية مجالس المحافظات بشأن تشريع القوانين وإصدار الأنظمة كما ذكرنا سابقاً.

ب - الرقابة التي يمارسها القضاء الإداري

إن السلطة القضائية لها الولاية فيما يخص تطبيق القانون في المحافظات كافة ومن ثم فإن الأعمال والتصرفات التي تصدر عن مجالس المحافظات وأعضائها أو الإدارات التنفيذية في المحافظات كافة بما فيها المحافظ، التي يمكن أن تعد جرائم وفق التكييف القانوني كالرشوة والاختلاس والتزوير وتجاوز حدود الوظيفة وسوء استخدام السلطة وغيرها، فإن

مرتكبيها بالتأكيد يتعرضون للمساءلة القانونية، ويختص القضاء الإداري بنوع آخر من الرقابة والمتمثلة بمراقبة مشروعية أعمال الإدارة، أي مدى قانونية الأوامر والقرارات التي تصدرها الإدارات المختلفة، ومن ثم أجاز المشرع الطعن بعدم المشروعية إذا كانت مثل هذه القرارات والأوامر مخالفة للقانون وقد نص قانون المحافظات غير المنتظمة في إقليم على أن (لعضو المجلس الطعن بقرار إنهاء العضوية أمام محكمة القضاء الإداري خلال ٣٠ يوماً من تاريخ التبليغ بالقرار)^(٧٢)، أي بإمكان العضو الذي أنهيت عضويته الطعن لدى محكمة القضاء الإداري^(٧٣)، إلا أن المادة (٢/٤) من قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥ والنافذ حالياً نص على أن المحكمة هي من تفصل بشرعية القوانين والقرارات والأنظمة والتعليمات والأوامر من أية جهة صدرت. والحقيقة أن هذا الاختصاص يعود للقضاء الإداري^(٧٤).

ثالثاً: رقابة الهيئات المستقلة

ورد مصطلح الهيئات المستقلة في الباب الثالث الفصل الرابع من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥، وقد تضمنت نصوص الدستور العديد من الهيئات المستقلة^(٧٥). في أثناء استعراضنا لأهم هذه الهيئات فأننا سنقتصر على الهيئات الرقابية منها، التي يكون من صميم عملها هو الرقابة على آليات صرف المال العام، وصيانة الممتلكات العامة، ومحاسبة من يتجاوز على الأموال العامة، أما الهيئات الأخرى فإن مجالات عملها مختلفة وليس من ضمنها العمل الرقابي على الأعمال والتصرفات القانونية للدوائر الحكومية وسوف نبين فيما يأتي الهيئات الرقابية التي نص عليها

الدستور وهما ديوان الرقابة المالية^(٧٦) و هيئة النزاهة^(٧٧).

إذ أن ديوان الرقابة المالية وهيئة النزاهة وبالنظر إلى طبيعة اختصاصاتهما وفق قانونيهما المشرعين من قبل مجلس النواب هما هيأتان رقابيتان على عمل كافة السلطات في العراق، وتزداد أهمية الدور الرقابي لهاتين الهيأتين نتيجة ضعف وسائل الرقابة المتاحة للحكومة المركزية على مجالس المحافظات وكذلك المحافظين، بسبب القيود الدستورية التي اشرفنا عليها سابقا، وسوف نبحث عمل هاتين الهيأتين على النحو الآتي :

أ. ديوان الرقابة المالية

أخضع قانون المحافظات غير المنتظمة في إقليم رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٨ عمل وتصرفات مجالس المحافظات ودوائر المحافظة لرقابة وتدقيق ديوان الرقابة المالية^(٧٨)، وذلك لضمان إتباع الآليات المحاسبية السليمة في الإنفاق، للتأكد من عدم وجود أي تلاعب في المال العام، أو أي عمليات هدر أو فساد مالي أو إداري، ونرى أن عملية الرقابة التي يتولاها ديوان الرقابة المالية، ومع إقرارنا بأنه من المؤسسات العريقة والرصينة في الدولة العراقية، إلا أن الآليات المتبعة تبقى مركزة على الإجراءات الشكلية عن مخالفتها من قبل الدوائر الحكومية، أو فيما يخص تقييم الأداء ونسب الانجاز و الترقيات الوظيفية ومتابعة المال الحكومي جباية وإنفاقا، لكننا لا نلمس آليات فعالة تضع حدا للكثير من عمليات الفساد في الدوائر الحكومية. ونشير إلى أن مجلس النواب كان قد شرع قانون ديوان الرقابة المالية وذلك في دورته الحالية ٢٠١٠ / ٢٠١٤^(٧٩).

ب. هيئة النزاهة

تشكلت هيئة النزاهة للمرة الأولى بموجب أمر سلطة الائتلاف المنحلة المرقم ٥٥ لسنة ٢٠٠٤ وقد سميت بمفوضية النزاهة إلا أن النص الدستوري أبدل التسمية إلى هيئة النزاهة^(٨٠). ويعد تشكيل هذه الهيئة من الخطوات المتقدمة في مجال مكافحة الفساد، ذلك أن النصوص الواردة في أمر تأسيسها منحت الهيئة سلطات واستقلالية واسعة نادرا ما تمتعت به أية هيئة أخرى من نظيراتها في الدول العربية^(٨١).

وقد يتبادر للذهن بأن هناك تشابهاً في عمل هيئة النزاهة وديوان الرقابة المالية ومن ثم لا ضرورة لوجودهما معا فهما يؤديان عملا واحداً، ولكن الحقيقة مغايرة لهذا الانطباع ذلك أن هيئة النزاهة تؤدي عملاً مختلفاً عن مهام ديوان الرقابة المالية إذ أن لهيئة النزاهة اختصاصات واسعة في ميدان مكافحة الفساد ويتمثل في أن للهيئة سلطة التحقيق في قضايا الفساد المالي والإداري، ولها جمع الأدلة وتدوين الإفادات وطلب الوثائق من الدوائر الرسمية، فهي طرفٌ في كل قضية فساد، وان القاضي ملزم بإيداع أية قضية فساد تتولى التحقيق فيها إلى الهيئة في حالة طلبها ذلك، وتحقيقات الهيئة تكون تحت إشراف قاضي تحقيق مختص، وللهيئة طلب القضايا التحقيقية العسكرية أو القضايا التي لدى قوى الأمن الداخلي وذلك لإكمال التحقيق فيها من قبلها، كما أن قاضي التحقيق ملزم بأشعار الهيئة لدى توليه التحقيق في أية قضية فساد، كما أن للهيئة الطعن في القرارات والأحكام الصادرة بأية قضية فساد لم تتول التحقيق فيها وإنما هي طرف فيها عن طريق ممثل عنها وبتوكيل رسمي، وإذا كانت الهيئة لها مثل هذه الاختصاصات فأنها

تختلف عن اختصاصات ديوان الرقابة المالية الذي يعد الجهة العليا للتدقيق المالي والحسابي، وهو معني بالكشف عن أعمال الفساد والغش والتبذير وإساءة التصرف في المال العام، ويقوم بإيداع ما يتوصل إليه من أدلة إلى المفتش العام المختص الذي يبدأ بإجراءات التحري والتدقيق اللازم والتحقيق الإداري ويحيل ما يتوصل إليه المفتش العام حول التقارير المحالة إليه أساساً من ديوان الرقابة المالية إلى الجهات التحقيقية ومن بينها هيئة النزاهة^(٨٢).

ومن الجهات الرقابية الأخرى التي لم ينص الدستور عليها هي مكاتب المفتشين العموميين، فهذه المكاتب أسست بموجب أمر سلطة الائتلاف المرقم (٥٧) لعام ٢٠٠٤، ولا زالت تعمل لغاية الآن وفق هذا الأمر، ونشير إلى وجود مكتب للمفتش العام في كل وزارة أو حتى الجهات غير المرتبطة بوزارة وتؤدي بعض هذه المكاتب عملاً مشجعاً، ولكن بالتأكيد فإن عمل هذه المكاتب لازال دون مستوى الطموح وهي بحاجة إلى تشريع جديد يطور من أدائها ويفعل دورها ويفك ارتباط المفتش العام بالوزير لكي يتحرر من الضغوط بحكم الارتباط الوظيفي^(٨٣).

وبالنسبة لهيئة النزاهة فإن أمامها مهمة لا تخلو من الصعوبة والتعقيد ذلك لأن عمليات الفساد بعضها متوارث من الأنظمة السابقة واستمر ذلك بعد التغيير بسبب الحرب وحالة عدم الاستقرار التي تعد بيئة مناسبة لنمو مافيات الفساد ومن ثم فإن أمام هيئة النزاهة مهمة وطنية وأخلاقية وذلك لما لقضايا الفساد من اثر بالغ في التنمية الاقتصادية الشاملة، كما أن الفساد يعد من الأسباب الطاردة للاستثمار

الأجنبي، كما يتسبب في شيوخ حالة من الإحباط والمظلومية وعدم التكافؤ في فرص العمل بين الأوساط والشرائح الاجتماعية المختلفة، فضلاً عن الهدر في المال العام وعلى حساب الجودة والنوعية في العمل المنجز، مما يضع الهيئة وملاكها أمام مسؤولياتهم من اجل المزيد من العمل الجاد والدؤوب في سبيل النهوض بمهام الهيئة المتمثلة بمحاربة الفساد والمفسدين، وعلى الحكومة كذلك دعم الهيئة بكافة أشكال الدعم من اجل تمكينها من أداء دورها في ردع المفسدين، وان تتظافر الجهود من اجل إبعاد الهيئة عن الخلافات السياسية وان يكون منتسبو الهيئة ومواقعها القيادية من المستقلين المهنيين لكي تؤدي الهيئة رسالتها ومهمتها الوطنية في محاربة بؤر الفساد التي أنهكت الاقتصاد الوطني.

المطلب الثاني

تعني الرقابة اللامركزية عملية الرقابة التي تقوم بها المجالس العليا على المجالس الأدنى ضمن المحافظة، وان قانون المحافظات غير المنتظمة في إقليم رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٨ المعدل قد اخذ بهذا النوع من الرقابة وهو ما يمكن فهمه من نص المادة (٢/أولاً) من القانون، التي نصت على ان (مجلس المحافظة أعلى سلطة تشريعية ورقابية ضمن الحدود الإدارية في المحافظة....)، ومن مفهوم هذا النص يتبين بأن مجلس المحافظة له سلطة الرقابة على مجالس الاقضية والنواحي، وكذلك ورد نص آخر في القانون وهو نص المادة (١٤) الذي نص على انه (في حالة تعارض قرارات مجلس الناحية مع قرارات مجلس القضاء تكون الأولوية للأخير، فيما لو كان القرار المتخذ يتعلق بعموم

مدى واسعاً لكون البرلمان يمثل الإرادة العامة للشعب ومن ثم له الحق في تعديل اختصاصات هذه المجالس وفق ما تلميه المصلحة العامة، فضلاً عن إلى الدور الهام الذي يمارسه القضاء في مسألة الرقابة على أعمال المجالس فضلاً عن إلى الرقابة الحكومية^(٨٧).

أما الرقابة وفق النظام الفرنسي فأنها مختلفة عن النظام الانكليزي إذ منح المشرع الفرنسي للحكومة المركزية الدور الأساس في الرقابة على المجالس المحلية، فضلاً عن دور الجمعية الوطنية الفرنسية والقضاء الإداري، إلا أن الدور الرقابي للحكومة يمتاز بسعته وفعالته، إذ أن للحكومة حق حل هذه المجالس واتخاذ الإجراءات التأديبية بحق الأعضاء كالإيقاف والعزل، ومراقبة مدى مشروعية أعمال هذه المجالس، ويشمل كذلك حق الإلغاء لقراراتها أو السحب أو اشتراط التصديق على مثل هذه القرارات كشرط لنفاذها، ولها كذلك حق الحل محل هذه المجالس في القيام ببعض التصرفات، إلا أن المجالس المحلية لها حق الطعن في إجراءات الحكومة أمام القضاء^(٨٨). وقد كان هذا التوجه في الرقابة الحكومية الشديدة عرضةً للنقد بسبب تأثير استقلالية المجالس المحلية نتيجة الرقابة المشددة، ولذلك اصدر المشرع الفرنسي القانون رقم ٢١٣ لسنة ١٩٨٢ المعدل، وقد وسع هذا القانون من اختصاصات المجالس المحلية مع تقليص سلطات المحافظ، وألغيت كذلك كل أنواع الرقابة وجعل من القضاء الإداري هو الجهة المختصة بمراقبة أعمال المجالس والإدارة^(٨٩).

ونحن مع الرقابة الحكومية على عمل المجالس المحلية وكذلك الإدارات التنفيذية

القضاء)، ومنح القانون كذلك لمجلس المحافظة حق حل المجالس المحلية بالأغلبية المطلقة بناء على طلب ثلث أعضائه أو في حالة طلب القائمقام أو مدير الناحية في حالة تحقق احد الأسباب التي نص عليها القانون^(٨٤). ونص القانون كذلك على أن لمجلس المحافظة أن يحل نفسه وكذلك المجالس المحلية بالأغلبية المطلقة و بناء على طلب ثلث الأعضاء في حالة تحقق احد الأسباب القانونية^(٨٥).

أن المشرع أعطى للمجالس حق حل نفسها وذلك بسبب عدم وجود الرقابة من الحكومة المركزية إذ منع الدستور خضوع هذه المجالس للحكومة المركزية أو لأحد الوزارات في الحكومة الاتحادية وإلا كان من المفترض أن يمنح حق الحل لمجلس الوزراء بناء على اقتراح الوزير المعني بشؤون المحافظات في حالة تحقق احد الأسباب القانونية لطلب حل مجلس معين، وهذا الأمر لا يتحقق إلا بأجراء تعديل دستوري على نص المادة (١٢٢/خامسا) من الدستور.

وتضمن القانون كذلك حق المحافظ بالاعتراض على قرارات مجلس المحافظة أو قرارات المجالس المحلية وذلك حين توفر إحدى ثلاث حالات وإذا أصر المجلس على قراره فللمحافظ إحالة القرار إلى المحكمة الاتحادية العليا^(٨٦).

ونشير هنا إلى أن الرقابة في النظام الإداري الانكليزي يمارسها البرلمان (مجلس العموم)، وكذلك القضاء، ورقابة محدودة من الحكومة المركزية. مع الإشارة إلى أن المجالس المحلية تمارس اختصاصات واسعة، والملاحظ أن الرقابة السياسية للبرلمان تأخذ

ولكن الرقابة التوجيهية والتقييمية التي تهدف إلى حسن التخطيط والتنفيذ والمحافظة على المال العام، والارتقاء بعمل المجالس وتعزيز اختصاصاتها بما يحقق الهدف المرجو من تشكيلها، وهو تحقيق نمو اقتصادي محلي وإشباع حاجات السكان، والحد من التبعية للحكومة المركزية في كل شيء دون أن يؤدي الدور الرقابي للحكومة إلى تقييد عمل هذه المجالس وسلب اختصاصاتها وأن لا تترك طليقة اليد دون رقيب، بما يهدد وحدة البلد وتفاقم ظاهرة سوء استخدام السلطة واستفحال ظاهرة هدر المال العام .

هذا وأن رقابة الحكومة المركزية على عمل الهيئات المحلية يعد ركنا من أركان تطبيق نظام اللامركزية الإدارية، وأن هذه الرقابة لا تصل إلى حد تبعية الهيئات المحلية للحكومة المركزية، وإنما تقوم هذه الرقابة على أساس ضمان مشروعية الأعمال الصادرة عن الهيئات المحلية، و موافقتها للقانون في أثناء ممارسة الرقابة الإدارية عليها، التي تعد من ضمانات حماية مبدأ المشروعية .

المبحث الثالث

تقييم اللامركزية الإدارية وفقاً لدستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ وقانون المحافظات غير المنتظمة في إقليم رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٨ المعدل

لقد مر بنا كيف أن العراق بعد العام ٢٠٠٣ بات على أعتاب مرحلة جديدة اتسمت بالتغيرات الجذرية في المبادئ والمفاهيم السياسية والاقتصادية والاجتماعية، الذي تمثل باعتقاد النظام الفيدرالي الاتحادي كشكل للحكم

في الدولة العراقية واعتماد مبدأ اللامركزية في الإدارة^(٩٠). ويصدر دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥، يكون موضوع شكل الحكم والأسلوب الإداري الذي يجب أن يتبع، قد أصبحت نصوصاً دستورية راسخة، فضلاً عن إلى الأخذ بالنظام الجمهوري النيابي البرلماني الديمقراطي^(٩١). وان النظام الاتحادي يتكون من عاصمة وأقاليم ومحافظة لامركزية وإدارات محلية^(٩٢). وان المحافظات تتكون من عدد من الاقضية والنواحي والقرى^(٩٣). ونرى أن إتباع مبدأ اللامركزية في الإدارة يرسخ المبادئ الديمقراطية، لأن الشعب هو من يختار أعضاء الهيئات والمجالس المحلية التي تتولى إدارة شؤون المناطق والوحدات الإدارية المحلية، وبالتأكيد فإن ذلك سوف يؤدي إلى وضع الحلول للكثير من المشاكل الإدارية، ومنها سرعة اتخاذ القرارات، وتجاوز روتين العمل الحكومي بين الوحدات الإدارية والحكومة المركزية ودوائرها في العاصمة، فضلاً عن أن اختيار سكان المناطق المحلية من يمثلهم بإرادتهم الحرة ومن سكنة هذه المناطق، سيكون السبيل الأمثل لتفهم احتياجات هذه المناطق والعمل على تلبيتها، ولكننا لا يمكن أن نحكم على مدى نجاح أو فشل نظام اللامركزية في الإدارة عن طريق الجانب النظري والمتمثل بالنصوص الدستورية، ذلك لأن مثل هذا الحكم سوف لا يكون موضوعياً، وإنما التقييم لمدى الفشل أو النجاح يجب أن يكون عن طريق تتبع مراحل تطبيق تجربة اللامركزية الإدارية، والمتمثلة بالقوانين المشرعة والآلية المتبعة في إدارة الوحدات الإدارية والسلطات التي تبنت تطبيق التشريعات، والنهوض بمهام الإدارة المحلية سواء كانت سلطات محلية أم سلطة

على المستوى العالمي فالحكومات الوطنية والمنظمات الدولية من جهة والحكومات المحلية ومواطنيها من جهة أخرى يكونون قوى هامة تسعى ألآن أكثر من أي وقت مضى لإيجاد نظام حكم ديمقراطي، وهذه الجهود نتجت عن تبني سياسات وتطبيقات في العديد من الدول تجاه نقل الكثير من الصلاحيات من الحكومة المركزية إلى المحلية وبناء قدرات الإدارة المحلية ومؤسسات المجتمع المدني والقطاع الخاص للقيام بهذا الدور^(٩٤).

إن مشاركة سكان الوحدات الإدارية في التنمية المحلية، لا تقل من أهمية عن جهود الحكومات المحلية، أو الحكومات الاتحادية وذلك عن طريق وضع وتنفيذ مشاريع التنمية المحلية، وتحقيق مزيد من التعاون بين السكان وبين ممثليهم في الحكومات المحلية لرفع مستوى هذه المناطق في النواحي الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، ودمجها في التنمية الوطنية الشاملة، ويرتكز مفهوم التنمية المحلية للوحدات الإدارية على عنصرين أساسيين هما:

١- المشاركة الشعبية في مساعي التنمية المحلية، ذلك لأن مثل هذه المشاركة سوف تؤدي إلى الارتقاء بمستوى معيشتهم وإشباع حاجاتهم المختلفة .

٢- الحرص على توفير الخدمات وفي مختلف القطاعات، والتأسيس لمشروعات تنموية بأسلوب يعتمد على المبادرة الذاتية في التخطيط والتنفيذ .

أما الأهداف التي تسعى التنمية المحلية إلى تحقيقها من خلال تطبيق مبدأ اللامركزية الإدارية فأهمها:-

١- السعي إلى تطوير مشاريع البنى التحتية

اتحادية. وسوف نتناول هذا المطلب عن طريق ثلاثة فروع، إذ سنتناول في الفرع الأول دور الإدارة اللامركزية في تنمية الوحدات الإدارية، وفي الفرع الثاني اللامركزية الإدارية وفقا لقانون المحافظات غير المنتظمة في إقليم رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٨ المعدل، أما الفرع الثالث فسوف نستعرض فيه مواضع الخلط بين النظام الاتحادي واللامركزية الإدارية في دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ .

المطلب الأول

دور الإدارة اللامركزية في تنمية الوحدات الإدارية

تقتضي المتطلبات الحديثة لتطبيق مبدأ اللامركزية الإدارية تحديد إستراتيجية واضحة، تحدد بموجبها العلاقة بين السلطات المحلية و الحكومة الاتحادية، لما لهذه العلاقة من أهمية بالغة في الوصول إلى إيجاد سياسة اقتصادية وتنموية شاملة للمناطق الإدارية على المستوى المحلي، وكذلك ما تحققه هذه العلاقة من مصالح متنوعة على المستوى الوطني، مما يدفع باتجاه التأسيس لنظام حكم فعال يحقق استجابة لحاجات المواطن، ويساهم بتعزيز دور المؤسسة اللامركزية والحد من هيمنة السلطات المركزية على شؤون الوحدات الإدارية، وكذلك تؤدي عملية تحديد معالم واضحة للعلاقة بين السلطة الاتحادية والحكومات المحلية إلى بناء أجهزة إدارية محلية فاعلة ونموذجية تكون قادرة على التخطيط السليم واتخاذ القرارات الصائبة، وقد أكد الاتحاد الدولي للإدارة المحلية على هذا المفهوم بالقول: (هناك اتجاه عام نحو اللامركزية والديمقراطية

والمتمثلة بمشاريع النقل والمياه والكهرباء، التي تشكل الأساس الضروري لأية تنمية محلية، فضلاً عن الاهتمام ببعض القطاعات الهامة الأخرى، التي تشكل المعيار الحقيقي لتقدم وتحضر الوحدات الإدارية سواء على المستوى المحلي أم على المستوى الوطني، وهي قطاعات الصحة والتعليم مثلاً، التي لها الأولوية على القطاعات الأخرى.

٢- العمل على تقوية أو اصر الصلة مع السكان وبمختلف الوسائل مما يحولهم إلى عناصر مشاركة وفاعلة بدلاً من اللامبالاة والسلبية التي تطبع سلوك غالبية السكان .

٣- حث السكان في المناطق المحلية على المحافظة على المشاريع المحلية المختلفة الذين ساهموا في إعدادها وتنفيذها.

لقد أصبحت هيمنة الحكومة المركزية على كافة شؤون الحكم في الدولة تواجه صعوبات كبيرة، وذلك بفعل العولمة والتقدم التكنولوجي الهائل، إذ بدأت السلطات المركزية تتخلى عن الكثير من المشاريع والمهام التي كانت تعد من اختصاصاتها إلى أجهزة الحكم المحلي المتمثلة بالحكومات المحلية، وذلك في إطار تطبيق السياسة اللامركزية في الإدارة بعد تراجع مفهوم الدولة القومية، وبات الرجوع إلى ما يسمى ب(الهويات الترابية) أو العناصر المحلية الفاعلة بحثاً عن أنماط جديدة للعلاقة بين الدولة المركزية والوحدات الإدارية التابعة لها، وذلك للتغلب على الصعوبات التي تواجه الإدارة المركزية سواء كانت هذه المصاعب اقتصادية أم حتى سياسية متعلقة بالتعايش بين المكونات في الدول التي تمتاز بالتعددية الدينية أو العرقية أو التنوع السكاني^(٩٥).

وفي العراق فأن منح مجالس المحافظات الدور المؤثر في انجاز مهام التنمية المحلية إنما يقوم على فلسفة توجهات الدولة الاقتصادية، التي شهدت تغيراً جذرياً وذلك بإقرار مبدأ اللامركزية كأسلوب للإدارة، وذلك التوجه جاء على أنقاض الحكم الشمولي الذي كان متحكماً في كافة مفاصل الدولة ضمن حكم مركزي في التخطيط والتنفيذ، وتوجيه عجلة الاقتصاد، وخطط التنمية وفق إدارة مركزية شديدة، وبعد التغيير الذي حصل بعد عام ٢٠٠٣ فقد تم منح الحكومات المحلية في المحافظات صلاحيات مالية وإدارية واسعة وإعطاءها الحق في رسم السياسة العامة للمحافظات، وتحديد الأولويات، و التوجه نحو اقتصاد السوق، وتنشيط دور القطاع الخاص، وقد استندت هذه المفاهيم لقواعد دستورية والمتمثلة بدستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ وكذلك قواعد قانونية والمتمثلة بالقانون رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٨ المعدل^(٩٦).

المطلب الثاني

اللامركزية الإدارية وفقاً لقانون المحافظات غير المنتظمة في إقليم رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٨ المعدل

إن اللامركزية الإدارية هي توزيع للوظيفة الإدارية بين الحكومة المركزية وبين هيئات أو مجالس محلية منتخبة، تمارس مهامها بإشراف ورقابة الحكومة المركزية، مع تمتع هذه الهيئات بذمة مالية مستقلة عن السلطة المركزية والاستقلال كذلك في ممارستها لسلطاتها^(٩٧)، وإن اللامركزية الإدارية نوعان لامركزية مرفقية ولا مركزية إقليمية، والمرفقية تتمثل بوجود هيئات مستقلة تمارس صلاحياتها على

كان قد صدر بالاستناد لدستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥، والذي أورد اختصاصات السلطات الاتحادية المركزية على سبيل الحصر^(١٠٢)، ونص كذلك على الاختصاصات المشتركة بين السلطات الاتحادية وسلطات الأقاليم، وتشمل العديد من الاختصاصات، بما فيها إدارة النفط والغاز من قبل الحكومة الاتحادية وبالإشتراك مع حكومات الأقاليم والمحافظات المنتجة، ومن الاختصاصات المشتركة هي إدارة الكمارك وتنظيم مصادر الطاقة ورسم السياسة البيئية والصحية وكذلك السياسة التعليمية والموارد المائية، وكذلك التعاون مع الأقاليم والمحافظات في إدارة المواقع الأثرية والمسكوكات والبنى التراثية^(١٠٤). ونصت المادة (١١٥) من الدستور على أن (كل مالم ينص عليه في الاختصاصات الحصرية للسلطات الاتحادية يكون من صلاحية الأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم والصلاحيات الأخرى المشتركة بين الحكومة الاتحادية والأقاليم تكون الأولوية فيها لقانون الأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم في حالة الخلاف بينهما)^(١٠٥). ومن استقراء النصوص الدستورية نجد أن الدستور منح المحافظات صلاحيات واسعة، ذلك انه عمد إلى حصر اختصاصات السلطات الاتحادية، وكذلك أورد الاختصاصات المشتركة على سبيل الحصر، أما الاختصاصات الأخرى والتي هي غير مقيدة بنص فقد تركها للأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم، ومن المآخذ التي تسجل هنا بخصوص بعض نصوص الدستور هو أن المشرع نظم بعض اختصاصات الأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم بنص واحد، وهذا غير جائز، ذلك أن هناك بون

مستوى الدولة أو في منطقة أو مناطق معينة من الدول، وتتميز باستقلالها عن الحكومة المركزية وبعدها عن المؤثرات السياسية، لأنها تتولى إدارة مرفق عام ويقضي ذلك أنها في أدارتها لمرفق عام أو أكثر تكون مستقلة في أدارتها لهذا المرفق، وبعيدة عن الإجراءات المتبعة في الأجهزة الحكومية^(٩٨). والاستقلال في إدارة المرفق العام لا يعني أن تكون في منأى عن الرقابة المركزية وإنما هي تخضع لرقابة الحكومة المركزية، أما اللامركزية الإقليمية فهي تعني توزيع الصلاحيات بين وحدات إقليمية متعددة تتولى إدارة شؤونها المحلية الخاصة على أن ترتبط هذه الهيئات المحلية بالسلطة المركزية بقدر معين من العلاقات بما يحافظ على وحدة الدولة السياسية والإدارية^(٩٩). وتقوم اللامركزية الإدارية على أركان ثلاثة: هي وجود مصالح ذاتية محلية متميزة و مشروعاً للسكان، والركن الثاني قيام هيئات محلية منتخبة تتمتع بالاستقلال في إدارة الشؤون المحلية عن الحكومة المركزية، والركن الثالث هو الرقابة الإدارية التي تمارسها الحكومة المركزية على عمل ونشاطات الهيئات المحلية^(١٠٠).

لقد نص قانون المحافظات غير المنتظمة في إقليم رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٨ المعدل على أن (لكل وحدة إدارية شخصية معنوية واستقلال مالي وإداري....)^(١٠١)، وإن منح الشخصية المعنوية للوحدة الإدارية هو ما يستلزمه تطبيق مبدأ اللامركزية الإدارية في المحافظات غير المنتظمة في إقليم، وقد أشار قانون المحافظات غير المنتظمة في إقليم إلى الوحدة الإدارية وحددها بأنها تعني (المحافظة - القضاء - الناحية)^(١٠٢).

إن قانون المحافظات رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٨

شاسع بين النظام الاتحادي ونظام اللامركزية الإدارية، فالأول يعني اقتسام السلطات الثلاث الرئيسية، أما الثاني فهو توزيع الوظيفة الإدارية بين السلطة المركزية وبين الهيئات المحلية، ومن ثم فإن من ينظم أحكام النظام الفيدرالي هو الدستور، أما نظام اللامركزية الإدارية فهو القانون العادي بالاستناد إلى الخطوط العامة التي ينص عليها الدستور، كما أن سلطات الأقاليم يمكن تشريع وتنفيذ وتقضي، وبحسب اختصاص كل سلطة، في حين أن المحافظات منحت صلاحيات إدارية ومالية واسعة وفقاً لمبدأ اللامركزية الإدارية الذي نص عليه الدستور^(١٠٦).

أن قانون المحافظات غير المنتظمة في إقليم رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٨ المعدل وقع في خطأ فادح في اثنين على الأقل من نصوصه، إذ ورد في المادة (٢/أولاً) منه ما نصه أن (مجلس المحافظة هو أعلى سلطة تشريعية ورقابية ضمن الحدود الإدارية للمحافظة لها حق إصدار التشريعات المحلية... وفق مبدأ اللامركزية الإدارية بما لا يتعارض مع الدستور والقوانين الاتحادية)، وهذه المادة نصت على اختصاصات لنظامين مختلفين تماماً فأصدار التشريعات كما ورد في صدر المادة ليس من اختصاص مجالس المحافظات وإنما من اختصاص السلطة التشريعية سواء كانت في السلطة الاتحادية أو في سلطة الإقليم في النظام الفيدرالي، أما العبارة الواردة في نهاية هذا النص فهي تشير إلى مبدأ اللامركزية الإدارية وبما لا يتعارض مع الدستور والقوانين الاتحادية، وهنا يتضح أنه ليس من اختصاصات مجلس المحافظة تشريع القوانين، وإنما اتخاذ القرارات الإدارية وفقاً لنظام اللامركزية الإدارية والمنصوص

عليه في الدستور في المادة (١٢٢/ثانياً)، ومن ثم فإن هذا النص بحاجة إلى تعديل وبصور عاجلة. أما النص الثاني في القانون رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٨ المعدل، الذي هو محل جدل أيضاً فهو نص المادة (٧/ثالثاً) وضمن اختصاصات مجلس المحافظة، فقد ورد فيه (إصدار التشريعات المحلية والأنظمة والتعليمات لتنظيم الشؤون الإدارية والمالية بما يمكنها من إدارة شؤونها وفق مبدأ اللامركزية الإدارية)، وما أوردناه من ملاحظات على النص الأول، يمكن إيرادها أيضاً على هذا النص، الذي منح مجلس المحافظة اختصاصاً تشريعياً وفق مبدأ اللامركزية الإدارية وهو ما يشكل خروجاً على المبادئ الأساسية التي تحكم نظام اللامركزية الإدارية المتمثلة في وجود هيئات محلية منتخبة تتمتع باستقلال نسبي في إدارة شؤون الوحدات الإدارية تحت رقابة وإشراف الحكومة المركزية، ولا تتمتع هذه الهيئات بأي سلطة تشريعية وإنما صلاحيات إدارية ومالية تمكنها من إدارة شؤون المناطق المحلية التي تختص بإدارتها^(١٠٧).

ونشير هنا إلى قرار المحكمة الاتحادية العليا الذي صدر بناءً على استيضاح من مجلس محافظة النجف حول مدى تمتع مجلس المحافظة بسلطة سن التشريعات الخاصة بفرض وجباية وإنفاق الضرائب والرسوم والغرامات وفق المواد الدستورية (١٥ و ١٢٢ /ثانياً و ١٢٣)، فكان القرار (لما كان فرض الضرائب وجبايتها وإنفاقها وفرض الرسوم والغرامات والضريبة من الأمور المالية التي أشارت إليها المادة (١٢٢/ثانياً) من الدستور، لذا يكون لمجالس المحافظات غير المنتظمة في إقليم حق سن القوانين الخاصة بفرض

وجباية وإنفاق الضرائب المحلية وسن القوانين الخاصة بفرض وإنفاق وجباية الرسوم والغرامات والضريبة لما يمكنها من إدارة شؤونها وفق مبدأ اللامركزية.....) (١٠٨).

أن اتجاه المحكمة الاتحادية العليا في هذا الشأن محل نظر، ذلك أن المادة (١٢٢/ثانيا) من الدستور لم تنص إطلاقاً لا من بعيد ولا من قريب على منح مجالس المحافظات (حق سن القوانين) على حد تعبير المحكمة، وكان الأجدر بالمحكمة أن تشير إلى وجود مخالفة دستورية في قانون المحافظات غير المنتظمة في إقليم المعدل، تتعلق بالمواد التي تمنح حق تشريع القوانين لمجالس المحافظات .

وفعلاً فإن مجلس محافظة النجف قد شرع قانوناً كما ذكرنا سابقاً، وكذلك الحال بالنسبة لمجلس محافظة واسط (١٠٩) .

وعلى الرغم من صدور قانون المحافظات غير المنتظمة في إقليم رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٨ المعدل، والذي يعد تجسيدياً عملياً لمبدأ اللامركزية الإدارية المنصوص عليه في الدستور (١١٠). إلا أن هناك العديد من المعوقات والمشاكل القانونية والتطبيقية التي برزت في طريق تطبيق المبادئ والأحكام، سواء كانت الدستورية منها أم تلك الواردة في القانون ذاته والتي تخص التطبيق العملي لمبدأ اللامركزية الإدارية ومن هذه المعوقات :-

أولاً : وجود بعض المواد الدستورية المتعارضة والتي سبقت الإشارة إليها مع الغموض وعدم الوضوح لبعض نصوص قانون المحافظات غير المنتظمة في إقليم رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٨، فقد نصت المادة (١٢٢/ثانيا)

من الدستور على منح المحافظات الصلاحيات الإدارية والمالية الواسعة بما يمكنها من إدارة شؤونها وفق مبدأ اللامركزية الإدارية، إلا أن المادة (١١٥) من الدستور نصت على منح المحافظات كافة الاختصاصات ما عدا الحصرية منها، وأعطت الأولوية في التطبيق لقانون الإقليم أو المحافظات في حالة التعارض بينهما فيما يخص الاختصاصات المشتركة، إلا أن قانون المحافظات رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٨ لم ينص على تنظيم الاختصاصات المشتركة بين الحكومة الاتحادية والسلطات المحلية في المحافظات الوارد ذكرها في الدستور، وبالنظر للصلاحيات الإدارية والمالية الواسعة التي منحت لمجالس المحافظات فإن ذلك ساهم في خلق الكثير من حالات الخلاف والتداخل في الصلاحيات ما بين الحكومة المركزية والحكومات المحلية، وكان من المفترض تفعيل النص الدستوري (١٢٣) والذي أجاز تفويض الصلاحيات ما بين الحكومة الاتحادية وبين الحكومات المحلية وتضمن ذلك في قانون المحافظات رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٨ الأمر الذي لم يحصل لغاية الآن.

ثانياً : النص في الدستور على عدم خضوع مجالس المحافظات للرقابة من أية جهة كانت، كان قد تسبب في إشكالية كبرى تمثلت في عدم تحديد مرجعية رقابية تمارس دورها الرقابي على عمل ونشاطات مجالس المحافظات (١١١).

ثالثاً : لم ينص قانون المحافظات رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٨ المعدل على مسألة تنظيم الاختصاص الوارد في المادة (١١٢) من الدستور، الذي يخص الإدارة المشتركة للحقول الحالية المنتجة للنفط والغاز ما بين الحكومة

من اجل وضع قانون جديد يتم فيه تدارك كل ما يبرز في القانون الحالي من ثغرات وسلبيات، أما وضع التعديلات الترقيعية المتكررة فلا نعتقد أنها تشكل الحل المناسب لوضع الأسس التشريعية الناجحة لمبدأ اللامركزية الإدارية للمحافظات غير المنتظمة في إقليم.

المطلب الثالث

الخط بين النظام الاتحادي واللامركزية الإدارية في دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥

سبق وان تمت الإشارة إلى موضوع الخط بين النظام الاتحادي ونظام اللامركزية الإدارية في بعض مواد دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥، إلا أن مثل هذه الإشارة كانت في مواضع متفرقة من هذه الرسالة، ولكننا ارتأينا حصر مثل هذا النصوص تحقيقاً للفائدة في تشخيص مواضع الخلل في دستورنا الذي بنيت عليه مجمل العملية السياسية بعد عام ٢٠٠٣، وسوف نتناول فيما يأتي النصوص الدستورية التي لم تضع حداً فاصلاً بين النظام الفيدرالي واللامركزية الإدارية كأسلوب من أساليب الإدارة :

١- نصت المادة (١١٦) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ على أن النظام الاتحادي في العراق يتكون من عاصمة وأقاليم ومحافظات لامركزية وإدارات محلية، ولم يوضح النص شكل اللامركزية فيما إذا كانت لامركزية سياسية أم لامركزية إدارية، إلا أن هذا الالتباس تم تداركه في نص المادة (١٢٢) / ثانياً التي نصت على منح المحافظات غير المنتظمة في إقليم الصلاحيات المالية والإدارية

الاتحادية والحكومات المحلية في المحافظات بالرغم من الأهمية البالغة لهذا الاختصاص لما تشكله الثروة النفطية من مصدر أساسي لتمويل الموازنة العامة وموازنة المحافظات، كذلك وبالرغم من إشارة الدستور إلى ضرورة تشريع قانون ينظم عملية إدارة الثروة النفطية ما بين المركز من جهة والأقاليم والمحافظات من جهة أخرى.

رابعاً : التأخير الذي يرافق عملية إعداد الموازنة العامة الاتحادية وفي مختلف مراحل هذا الإعداد، مما ينسحب بدوره على موازنة المحافظات والتأخير في صرف المستحقات المالية للمحافظات مما يساهم في عرقلة مشاريع البناء والخدمات، مضافاً إليها قلة وضبابية صلاحيات رئيس السلطة التنفيذية في المحافظة والمتمثلة في المحافظ .

خامساً- عدم وجود آليات واضحة للتعاون والتنسيق بين المحافظات والوزارات الاتحادية، مما خلق حالة من الإرباك نتيجة تعدد مصادر القرار والجهات المنفذة، ورافق ذلك ضعف الخبرات والمؤهلات للكثير من أعضاء مجالس المحافظات مما يعكس سلبيات على طبيعة القرارات والخطط الموضوعة لإدارة المحافظة^(١١٢).

أن ما ذكر أعلاه يُمثّل بعض المعوقات والإشكاليات الأساسية، ولكن بالتأكيد توجد الكثير من المشاكل والمتاعب التي تواجه عمل الحكومات المحلية في المحافظات غير المنتظمة في إقليم، التي تتطلب تدخلاً عاجلاً لوضع الحلول لها ومن أهم هذه الحلول برأينا هو وضع قانون المحافظات غير المنتظمة في إقليم رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٨ على بساط البحث مجدداً،

مبدأ اللامركزية الإدارية ولاشك أن الفرق بين النظامين شاسعٌ هذا من جانب، ومن جانب آخر فإن النص أعطى الأولوية في التطبيق لقانون الأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم في حال التعارض بينهما، وهذا تناقض آخر، ذلك أن الأولوية في التطبيق يجب أن تكون للقانون الاتحادي فيما يخص الصلاحيات المشتركة، فضلاً عن أن المحافظات لا توجد لديها سلطة تشريعية دستورية حتى يمكن الأخذ بتشريعاتها وإهمال القانون الاتحادي لأن اللامركزية الإدارية هي توزيع للوظيفة الإدارية فقط، ومن ثم فإن هذا النص واجب التعديل بما يحقق الفصل بين سلطات الأقاليم واختصاصاتها وسلطات المحافظات غير المنتظمة في إقليم مع منح الأولوية في التطبيق للقانون الاتحادي في الاختصاصات المشتركة.

٣- ونشير إلى ما ورد بنص المادة (١٢٣) من الدستور الذي أجاز للحكومة الاتحادية تفويض اختصاصاتها للمحافظات، وكذلك العكس أي للمحافظات تفويض اختصاصاتها للحكومة الاتحادية، وإذا كان بالإمكان فهم تفويض السلطة الاتحادية بعضاً من اختصاصاتها للمحافظات فكيف نفهم تفويض المحافظات اختصاصاتها للحكومة الاتحادية، ولو تم مثل هذا التفويض فما الذي يبقى للمحافظات من اختصاصات لكي تمارسها، ثم أن التفويض من أدنى إلى أعلى أمر لا يصح ولا يستقيم ولا يمكن فهمه، لأن التفويض عادة ما يصح من الأعلى إلى الأدنى وليس العكس، ومن ثم فإن هذا النص بحاجة إلى إعادة صياغة لكي يتم تلافي ما ورد فيه من إشكاليات، ذلك أن تفويض الاختصاص أمر وارد في مجال القانون العام لكنه يتحقق بتفويض الأعلى إلى

الواسعة وبما يمكنها من إدارة شؤونها وفق مبدأ اللامركزية الإدارية، غير أن البند خامساً من المادة (١٢٢) ذاتها أورد حكماً اسقط بموجبه أحد الأركان الثلاثة التي يقوم عليها مبدأ اللامركزية الإدارية، إذ نص هذا البند على أن (لا يخضع مجلس المحافظة لسيطرة أو إشراف أية وزارة أو أية جهة غير مرتبطة بوزارة وله مالية مستقلة)، إذ خلط هذا النص بين النظام الاتحادي وبين اللامركزية الإدارية، لأن عدم خضوع مجلس المحافظة لرقابة الحكومة المركزية هو من متطلبات النظام الفيدرالي، أما نظام اللامركزية الإدارية فيتميز بخضوع الهيئات المحلية لرقابة الحكومة المركزية، وبذلك نكون أمام حكمين متعارضين في مادة دستورية واحدة^(١١٣)، في حين أن من مسلمات نظام اللامركزية الإدارية هو أن الاستقلال الذي تحظى به الهيئات المحلية لا يمكن أن يكون مطلقاً بل نسبياً، لأن هذه الهيئات تبقى خاضعة لرقابة السلطة المركزية لضمان عدم خروج الهيئات المحلية عن حدود ما منح لها من اختصاصات، وللمحافظة كذلك على الوحدة الإدارية والسياسية للدولة^(١١٤).

٢- نصت المادة (١١٥) من الدستور على أن (كل ما لم ينص عليه في الاختصاصات الحصرية للسلطات الاتحادية يكون من صلاحية الأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم والصلاحيات الأخرى المشتركة.... تكون الأولوية فيها لقانون الأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم في حالة الخلاف بينهما)، والحقيقة أن هذا النص قد ساوى بين الأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم وهذا غير جائز لأن الأقاليم إنما تتشكل في ظل النظام الفيدرالي، في حين أن المحافظات تعمل وفق

الأدنى وليس العكس، كما أن التفويض يكون بجزء من الاختصاصات وليس جميعها^(١١٥).

إن التقييم العام الذي يمكن أن نخرج به، هو أن اللامركزية الإدارية في العراق التي نص عليها الدستور دخلت حيز التنفيذ العملي بالنسبة للمحافظات غير المنتظمة في إقليم وذلك بصدر القانون رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٨، الذي أسس لمرحلة انتقال من المركزية إلى اللامركزية، إلا أن نصوص هذا القانون جاءت متذبذبة ويسودها الغموض والتناقض أحياناً والخلط بين اختصاصات السلطات المحلية والسلطات الاتحادية، وعلى الرغم من نص القانون على تشكيل هيئة عليا للتنسيق بين المحافظات وتكون برئاسة رئيس مجلس الوزراء وعضوية المحافظين وتجتمع كل (٦٠) يوماً وذلك للنظر في شؤون المحافظات وإدارتها المحلية ومعالجة المشاكل والمعوقات^(١١٦)، إلا أن هذه الهيئة لم يُفعل دورها ولم تنهض بمهامها، فضلاً عن انعدام أو ضعف الدور الرقابي للسلطة المركزية على المسئول عن السلطة التنفيذية في المحافظة وهو المحافظ، وكذلك انعدام الرقابة على مجلس المحافظة والمجالس المحلية بسبب المنع المنصوص عليه في المادة (١٢٢) الدستورية، فضلاً عن إلى تشابك الصلاحيات بين أمانة بغداد ومحافظه بغداد، مما يؤدي إلى عدم وضوح الجهة المسؤولة عن الإخفاق في مجالات الأمن والخدمات أو قطاعات أخرى فيما يخص العاصمة بغداد مثلاً، وكذلك ضعف كفاءة الكثير من القيادات الإدارية وأعضاء المجالس أدى إلى عدم القدرة على إنفاق الموازنات المخصصة للمحافظات، مما انعكس سلباً على الخدمات المقدمة للسكان، وعلى طبيعة المشاريع المنفذة التي اتسمت برداءتها وعدم جدواها، بسبب غياب التخطيط

السليم للجدوى الاقتصادية والخدمية لبعض المشاريع فضلاً عن آفة الفساد مما تسبب بهدر الكثير من الأموال.

إن مثل هذا التقييم المبدئي لتجربة تطبيق اللامركزية الإدارية في العراق لا يعني أنها خالية من الإيجابيات أو الإنجازات المهمة في المحافظات، بل أن بعض الحكومات المحلية المتمثلة بمجلس المحافظة والمحافظين قد أسهموا في الارتقاء النسبي بمستوى بعض الخدمات المقدمة في العديد من المحافظات، وأداروا الكثير من البرامج ومنها برامج الرعاية الاجتماعية وتنمية الأقاليم وتسريع الأعمار، فضلاً عن مراقبة عملية الإنفاق الحكومي وآلية الصرف للمشاريع المنفذة، وكذلك الرقابة من قبل مجلس المحافظة على أعمال الهيئات التنفيذية والمجالس البلدية، وكذلك تهيئة البيئة المناسبة للقيام بإنشاء العديد من المشاريع الاستثمارية، ومن هنا نصل إلى أن الحكومات المحلية في المحافظات التي عملت وفق مبدأ اللامركزية الإدارية قد نجحت وأخفقت، وإن النجاح يحسب لها، أما الإخفاق فهي تتحمل جانباً منه، أما الجانب الآخر من المسؤولية فتوجد له أسباب متنوعة، وقد تكون دستورية أو تشريعية، وقد تكون لأسباب مالية بسبب ضعف التخصيصات أو عدم وضع سياسة إنفاق مخطط لها، أو قد تكون هناك أسباب تعود إلى آليات التواصل والتنسيق ما بين الحكومة المركزية والحكومات المحلية، هذا فضلاً عن الأسباب السياسية وما يرافقها من احتدام الصراع بين الكتل المختلفة التي تحاول إفشال بعضها البعض على حساب خدمة المواطن، وما ينتج عن ذلك من إهدار للمال العام، سواء بسبب عدم الكفاءة أم بسبب عدم النزاهة والفساد المالي والإداري.

الخاتمة

عن طريق ما تقدم فقد توصلنا إلى مجموعة من الاستنتاجات ، وعلى ضوءها أوردنا بعض التوصيات يمكن حصرها في ما يأتي :

الاستنتاجات

١- أن ما ورد في المادة (٧/ثالثا) من القانون رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٨ المعدل، الخاصة باختصاصات مجلس المحافظة هو نص غير دستوري إذ أن مجلس المحافظة لا يمكنه أن يمتلك سلطة التشريع، لأن نص المادة ١٢٢/ثانيا من الدستور لم تمنح مجلس المحافظة هذا الاختصاص، وإنما أعطت المحافظات التي لم تنظم في إقليم الصلاحيات الإدارية والمالية الواسعة بما يمكنها من إدارة شؤونها وفق مبدأ اللامركزية الإدارية، ولم يُجز النص الدستوري للمحافظة أن يكون لديها اختصاص تشريعي، وبذلك فإن النص المذكور خالف الدستور ، كما انه خالف القواعد العامة لنظام اللامركزية الإدارية، وعلى ضوء الصلاحيات التشريعية صوت مجلس محافظة النجف على قانون كلف وإيصال التيار الكهربائي^(١١٧)، كما شرع مجلس محافظة واسط قانون صندوق دعم الأيتام(١١٨) .

٢- وهناك مخالفة أخرى في هذا النص والمتمثلة بجواز إصدار الأنظمة من قبل مجلس المحافظة ، علما أن اختصاص إصدار الأنظمة مقرر لمجلس الوزراء بمقتضى المادة (٨٠/ثالثا) من دستور ٢٠٠٥ ، ومن ثم فإن لمجلس المحافظة حق إصدار الأوامر والتعليمات و القرارات اثناء جلساته الدورية .

٣- والملاحظ أن نص المادة (١٢٢/

خامسا) من الدستور قد أورد حكما اخرج بمقتضاه المحافظات من اللامركزية الإدارية ليضعها على قدم المساواة مع الأقاليم، وحتى الأقاليم فإن بينها وبين السلطات المركزية في الأنظمة الاتحادية الكثير من روابط التعاون والتنسيق والتخطيط المشترك في مجالات هامة وإستراتيجية تخص الدولة الاتحادية بشكل عام أو تخص الإقليم ذاته، ذلك أن عدم خضوع مجلس المحافظة لرقابة وإشراف أية جهة أو سلطة من الحكومة الاتحادية يمثل خروج عن احد المبادئ الأساسية للامركزية الإدارية التي من عناصرها رقابة وإشراف الحكومة المركزية على كافة نشاطات ومهام الهيئات والمجالس المحلية . فضلاً عن ذلك فإن الكثير من نصوص قانون المحافظات ذاته رقم (٢١) لسنة ٢٠٠٨ المعدل تشير إلى التنسيق مع الوزارات الاتحادية بخصوص رسم السياسة العامة للمحافظة وكذلك ترشيح من يشغل المناصب العليا في المحافظة وفي مجال وضع الخطط الأمنية وكذلك وضع السياسات والخطط الإستراتيجية للمحافظة إذ يتطلب كل ذلك التنسيق مع المركز^(١١٩).

٤- إن منصب المحافظ في الدول التي

تأخذ بنظام اللامركزية الإدارية يقوم على أساس التعيين من قبل الحكومة المركزية، وذلك لأنه ممثل هذه الحكومة في المحافظة ومنسق العلاقات بينها وبين مجلس المحافظة المنتخب، وبذلك فإن اختيار المحافظ بالانتخاب

يعني أن المحافظة تخلو من ممثل للحكومة المركزية فيها، يسهر على تنسيق الجهود بين الحكومة المركزية وبين الهيئات المحلية المنتخبة، ويضمن السير في إطار السياسة العامة للدولة.

٥- أن المادة الدستورية (١١٥)، نصت أيضاً على أن الصلاحيات المشتركة بين المركز والإقليم تكون الأولوية في التطبيق لقانون الأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم، والحقيقة أن في هذا النص خلطاً غير مبرر بين اختصاصات الأقاليم واختصاصات المحافظات، ذلك أن اختصاصات الأقاليم مختلفة تماماً عن اختصاصات المحافظات، فالأولى تكتسب ما للأقاليم الفيدرالية من اختصاصات، أما المحافظات فهي تطبيق لمبدأ اللامركزية الإدارية ما لم تعلن المحافظة إقليماً أو تنضم إلى إقليم آخر، لاسيما أن ما ورد في النص الدستوري يناقض أيضاً المادة (١٢٢/ثانياً) من الدستور، التي نصت على منح المحافظات الصلاحيات الإدارية والمالية الواسعة وفق مبدأ اللامركزية الإدارية، فهذا المبدأ يعني أن الحكومة المركزية تحتفظ بحق الرقابة والإشراف الكاملين على المحافظات التي لم تنتظم في إقليم .

٦- لقد نص قانون المحافظات غير المنتظمة بإقليم على الكثير من الصلاحيات التي يمارسها مجلس المحافظة، إذ منح المجلس صلاحيات تشريعية وكذلك تنفيذية بإصدار الأنظمة والتعليمات لتنظيم الشؤون المالية

والإدارية بما يمكن المحافظة من إدارة شؤونها وفق مبدأ اللامركزية الإدارية^(٢٠)، وبما أن المادة ٩٣/أولاً من دستور ٢٠٠٥ تنص على اختصاص المحكمة الاتحادية العليا بالرقابة على دستورية القوانين والأنظمة النافذة، عليه فإن هذه المحكمة تراقب مدى دستورية القوانين والأنظمة الصادرة عن مجالس المحافظات، مع تحفظنا على صلاحية مجالس المحافظات بشأن تشريع القوانين وإصدار الأنظمة كما ذكرنا سابقاً .

التوصيات

١- نقترح تعديل المادة (٧/ثالثاً) من القانون رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٨ المعدل، والخاصة باختصاصات مجلس المحافظة فهو نص غير دستوري، إذ أن مجلس المحافظة لا يمكنه أن يمتلك سلطة التشريع، والاكفاء بمنح مجالس المحافظات الوسائل القانونية الإدارية لممارسة أعمالها، المتمثلة بالقرارات الإدارية التنظيمية والفردية فقط .

٢- نقترح تعديل النصوص التي تقرر اختيار المحافظ من قبل مجلس المحافظة وجعل اختياره من قبل الحكومة المركزية، فما الداعي لوجود هيأتين منتخبين في محافظة واحدة .

٣- يتولى المحافظ تنفيذ القرارات التي يتخذها مجلس المحافظة بما لا يخالف الدستور والقوانين النافذة^(٢١). ونقترح فضلاً عن نص يشير إلى أن المحافظ من مسؤولياته تنفيذ القوانين الاتحادية، وكذلك القرارات والتوجيهات الصادرة من الوزراء في الحكومة الاتحادية بما لا يتعارض مع مصلحة المواطنين في المحافظة وذلك لكون المحافظ يمثل الرئيس الأعلى للجهاز التنفيذي في المحافظة .

٤- لقد منح القانون للمحافظ حق الاعتراض على قرارات مجلس المحافظة وذلك فيما إذا كانت تخالف الدستور أو القوانين النافذة أو أنها لم تكن من اختصاص المجلس أو إذا كانت مخالفة للخطط العامة للحكومة الاتحادية أو للموازنة العامة، فيقوم المحافظ بإعادتها للمجلس اثناء (١٥) يوماً من تبليغه بها مع توضيح أسباب الاعتراض (١٢٢) وفي حالة إصرار المجلس على قراره أو عدل فيه بما لا يزيل المخالفة للمحافظ أن يطعن بالقرار أمام المحكمة الاتحادية العليا (١٢٣).

لقد اغفل القانون ذكر الأغلبية المطلوبة لاتخاذ القرار في حالة إصرار مجلس المحافظة على قراره، مما يعني أن الأغلبية البسيطة كافية في هذا الشأن، وكذلك لم تتم الإشارة إلى المدة التي يجب أن يقدم الطعن خلالها أمام المحكمة الاتحادية، وبما أنه من الطعون المقدمة ضد قرار إداري فنقترح أن تكون المدة ستين يوماً.

٥- إن اختصاصات نائبي المحافظ لم تتم الإشارة إليها في القانون وهذا خلل تشريعي ينبغي تلافيه، ونقترح أن يحدد القانون هذه الاختصاصات.

٦- إن المادة الدستورية (١١٥) نصت على أن الصلاحيات المشتركة بين المركز والإقليم تكون الأولوية في التطبيق لقانون الأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم، وبذلك فإن المشرع الدستوري قد عامل المحافظات على قدم المساواة مع الأقاليم وهذا خلل دستوري فاضح بحاجة إلى تعديله، ونفس الكلام يمكن أن يقال بخصوص المادة (١٢١/رابعاً)، والتي نصت على فتح مكاتب للأقاليم والمحافظات في السفارات والبعثات الدبلوماسية في الخارج، والسؤال هو ما هي اختصاصات مثل هذه المكاتب؟ وكيف تتم

مساواة ما يترتب للأقاليم من حقوق وما تنص عليه الدساتير الفيدرالية من أحكام بخصوص النظام الاتحادي وبين ما يتعلق بالمحافظات التي تدار وفق مبدأ اللامركزية الإدارية؟ أن الدولة الاتحادية في النظام الفيدرالي تتكون من مجموعة دويلات أو أقاليم، ويتكون دولة الاتحاد تختفي الشخصية الدولية لهذه الدويلات أو الأقاليم وتظهر الشخصية الدولية لدولة الاتحاد وكون الدولة الاتحادية من أشخاص القانون الدولي، ولذلك فإنها تمتلك وحدها الحق في التمثيل الدبلوماسي أو الانضمام إلى المنظمات الدولية أو إبرام المعاهدات وغيرها من الاختصاصات السيادية والحصريّة لدولة الاتحاد، وتختفي معها كل مظاهر التمثيل الخارجي للدويلات الأعضاء في الاتحاد لهذا نقترح أن يتم إلغاء نص البند (رابعاً) من المادة ١٢١ الدستورية لتعارضه مع النظام الفيدرالي وكذلك مع اللامركزية الإدارية بخصوص المحافظات.

٧- بصدر دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥، جاء في المادة ١٢٢/ خامساً ما نصه (لا يخضع مجلس المحافظة لسيطرة أو إشراف أية وزارة أو أية جهة غير مرتبطة بوزارة وله مالية مستقلة)، والحقيقة أن هذا التوجه يخالف ركنا أساسيا من أركان نظام اللامركزية الإدارية، ألا وهو الرقابة أو الوصاية الرئاسية التي تمارسها الحكومة المركزية على الهيئات المحلية، وهذه المخالفة تستوجب تعديلا دستوريا لكي ينسجم نظام اللامركزية الإدارية في العراق مع بقية الأنظمة المقارنة، التي لم تضع هذه الركن اعتبارا وإنما لأهداف عديدة في مقدمتها ضمان انسجام تصرفات هذه الهيئات مع القانون والسياسة العامة للحكومة المركزية.

الهوامش

- ١٢- الوكالة الإخبارية للأنباء - الموقع الإلكتروني
<http://www.ikhnews.com/print>
٢٠١٤/٣/١١ في ٨٦٥٨=php?id
- ١٣- الموقع الرسمي لمجلس محافظة واسط
<http://www.wasitpc.org/old/>
٢٨٥=news.php?action=view&id في
٢٠١٤/٣/١١
- ١٤- للمزيد حول موضوع اختصاصات مجالس المحافظات تراجع المادة (٧) من قانون مجالس المحافظات رقم (٢١) لسنة ٢٠٠٨ المعدل .
- ١٥- د. غازي فيصل مهدي- نصوص قانون المحافظات غير المنتظمة في إقليم في الميزان - بحث منشور في مجلة الملتقى - مؤسسة أفاق للدراسات - العدد ١١ لسنة ٢٠٠٨ - ص ١٤٧ .
- ١٦- د. كامل بربر - نظم الإدارة المحلية- بيروت - المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر - طبعة ١- ١٩٩٦ - ص ١٤٧ .
- ١٧- المادة (٧/تاسعا/عاشرا) من قانون المحافظات رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٨ .
- ١٨- د- خالد سماره الزعبي - مصدر سابق - ص ٣٣٥ .
- ١٩- مصطفى أبو زيد فهمي - نظام الإدارة المحلية في القانون المقارن - مجلة العلوم الإدارية - الشعبة المصرية للمعهد الدولي للعلوم الإدارية - السنة الثالثة - العدد الأول - بدون سنة طبع- ص ١٥٨ .
- ٢٠- حسن محمد عواضه - الإدارة المحلية وتطبيقاتها في الدول العربية - المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر - ط ١- ١٩٨٣ - ص ٩٥ .
- ٢١- القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٩ ولائحته التنفيذية بقرار مجلس الوزراء رقم ٧٠٧ لسنة ١٩٧٩ .
- ٢٢- مصطفى الجندي - الإدارة المحلية وإستراتيجيتها - الإسكندرية - منشأة المعارف - ١٩٨٧ - ص ٨٩ وما بعدها.
- ٢٣- د. عثمان خليل عثمان- اللامركزية ونظام مجالس المديرية في مصر - القاهرة - أطروحة دكتوراه مقدمة إلى جامعة فؤاد الأول - ١٩٤٨ - ص ٢٩ .
- ٢٤- الأستاذ مصطفى الجندي - الحكم المحلي

- ١- خليفة صالح أحواس - اللامركزية في ليبيا بعد الثورة- دراسة قانونية تحليلية - ليبيا- منشورات جامعة قار يونس- الطبعة الأولى- ١٩٩٨- ص ٥٩ .
- ٢- د.منذر الشاوي - القانون الدستوري - نظرية الدولة - بغداد - مركز البحوث القانونية ١٩٨١- ص ٢٠٦، و د.علي محمد بدير- د. عصام عبد الوهاب - د. مهدي السلامي- مبادئ وأحكام القانون الإداري - بغداد - مكتبة السنهوري - ٢٠١١- ص ١١٤ .
- ٣- صداع دحام طوكان- اختصاصات رئيس الوحدة الإدارية الإقليمية في العراق- بغداد الطبعة الأولى- الناشر صباح الانباري- ٢٠٠٩ - ص ٧٣ .
- ٤- ولمزيد من التفصيل تراجع المادة (١٢٢) بفقراتها الخمسة من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥، المنشور في الوقائع العراقية بالعدد ٤٠١٢ في ٢٠٠٥/١٢/٢٨ .
- ٥- د.منذر الشاوي - القانون الدستوري - المصدر السابق - ص ٢١٠ .
- ٦- المادة (١٣/ثانيا) من قانون انتخابات مجالس المحافظات والاقتضية والنواحي رقم (٣٦) لسنة ٢٠٠٨ والمنشور في الوقائع العراقية العدد (٤٠٩١) في ٢٠٠٨/١٠/١٣ .
- ٧- المادة (٧) من قانون المحافظات رقم (٢١) لسنة ٢٠٠٨ .
- ٨- المادة (٢/أولا) من قانون المحافظات غير المنتظمة في إقليم رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٨ .
- ٩- د. مازن كاظم ليلو- القانون الإداري- مطبعة جامعة دهوك - الطبعة الثالثة - ٢٠١٠- ص ٨٠ .
- ١٠- المادة (٥) من قانون المحافظات غير المنتظمة في إقليم رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٨ .
- ١١- المادة (٧/ثالثا) من قانون المحافظات غير المنتظمة في إقليم رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٨ .

أن هذا البند يخالف نص المادة(٤) من قانون وزارة التعليم العالي المرقم ٤٠ لسنة ١٩٨٨ والتي تنص على أن الوزارة هي من تتولى فتح كلية أو معهد وتوصي لمجلس الوزراء بفتح جامعة وبموافقة مجلس النواب.

٤٠- المادة (٣١/سابعاً/٢/١) من قانون المحافظات غير المنتظمة في إقليم رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٨ .

٤١- المادة (٣١/خامساً) من قانون المحافظات غير المنتظمة في إقليم رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٨ .

٤٢- المادة (٣١/أولاً) من قانون المحافظات غير المنتظمة في إقليم رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٨ .

٤٣- د. عبد الفتاح أبو الهيل – الوجيز في القانون الإداري- القاهرة- دار النهضة العربية- ٢٠٠٠ ص ٢٢٩ و د - سامي جمال الدين - أصول القانون الإداري – الإسكندرية – دار المطبوعات الجامعية – ١٩٩٦- ص ١٨٤ .

٤٤- المادة (٣١/تاسعاً) من قانون المحافظات غير المنتظمة في إقليم رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٨ .

٤٥- المواد(٣٣/أولاً و٣٤/أولاً) من قانون المحافظات غير المنتظمة في إقليم رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٨ .

٤٦- المادة (٢٦/أولاً) من قانون المحافظات غير المنتظمة في إقليم رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٨ .

٤٧- المادة (٢٥) من قانون الإدارة المحلية المصري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٩ .

٤٨- أسباب إقالة المحافظ هي أ- عدم النزاهة واستغلال المنصب الوظيفي ب- التسبب في هدر المال العام ج- فقدان احد شروط العضوية د- الإهمال أو التقصير المتعمدين في أداء الواجب- وفقاً للمادة (٧/ثامناً/١) من قانون المحافظات غير المنتظمة في إقليم رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٨ .

٤٩- د- غازي فيصل – نصوص قانون المحافظات غير المنتظمة في إقليم في الميزان –المصدر السابق – ص ١٤٧ .

٥٠- يمامة محمد حسن – النظام القانوني لإنشاء الوحدات الاتحادية وتنظيمها في العراق – رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون الجامعة المستنصرية –

والديمقراطية- الإسكندرية – منشأة المعارف – ١٩٦٧ – ص ٥٩ .

٢٥- د. عثمان خليل عثمان –المصدر السابق – ص ٤٢ .

٢٦- قانون المحافظات غير المنتظمة في إقليم رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٨ .

٢٧- ولمزيد من التفصيل تراجع المواد (٨-٩-١٠-١١) من قانون المحافظات غير المنتظمة في إقليم رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٨ .

٢٨- المواد (١٢-١٣-١٤) من قانون المحافظات غير المنتظمة في إقليم رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٨ .

٢٩- خالد سمارة الزعبي –المصدر السابق – ص ٢٤٥-٢٤٧ .

٣٠- عادل محمود حمدي – الاتجاهات المعاصرة في نظم الإدارة المحلية –رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق – جامعة عين شمس – ١٩٧٧- ص ١٦٣ .

٣١- المادة (٧/٢) من قانون المحافظات غير المنتظمة في إقليم رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٨ .

٣٢- د . خالد رشيد علي- اختيار المحافظ واختصاصاته وفق قانون المحافظات غير المنتظمة في إقليم – مجلة العلوم القانونية- جامعة بغداد- كلية القانون- ص ١١٨ .

٣٤- المادة (٣١/رابعاً) من قانون المحافظات غير المنتظمة في إقليم رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٨ .

٣٥- المادة (٣١/ثانياً) من قانون المحافظات غير المنتظمة في إقليم رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٨ .

٣٦- المادة (٣١/أحد عشر) من قانون المحافظات غير المنتظمة في إقليم رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٨ .

٣٧- المادة (١٢/أولاً) من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم ٤ لسنة ١٩٩١ المعدل.

٣٨- المادة (٣٢) من قانون المحافظات غير المنتظمة في إقليم رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٨ .

٣٩- المادة (٣١/سادساً) من قانون المحافظات غير المنتظمة في إقليم رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٨-و نشير

٢٠٠٨ المنشور في الوقائع العراقية العدد (٤١٤٧)

في ٢٠١٠/٣/٩ .

٦٧- المادة (٣٨) من دستور جمهورية العراق لعام

٢٠٠٥ .

٦٨- المادة (٩٣) من دستور جمهورية العراق لعام

٢٠٠٥ .

٦٩- المادة (٤) من قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم

٣٠ لسنة ٢٠٠٥ .

٧٠- د. غازي فيصل مهدي - نصوص قانون المحافظات

غير المنتظمة في إقليم في الميزان - المصدر

السابق - ص ١٤٧ .

٧١- المادة (٧/ثالثاً) من قانون المحافظات غير

المنتظمة في إقليم رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٨ .

٧٢- المادة (٦/ثالثاً) من قانون المحافظات غير المنتظمة

في إقليم رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٨ .

٧٣- د. حنان محمد القيسي - نظام الإدارة اللامركزية

ومجالس المحافظات في العراق - بحث منشور في

مجلة الملتقى - دار الكتب والوثائق - ٢٠٠٨ -

ص ١٦٨-١٦٩ .

٧٤- د. إسماعيل صعصاع غيدان - اللامركزية

الإدارية الإقليمية في العراق - دراسة في تداخل

الاختصاصات والرقابة - بحث مقدم إلى كلية

القانون - جامعة بابل - مجلة رسالة الحقوق السنة

الرابعة ٢٠١٢ المنشور على الموقع الإلكتروني

للرابط <http://law.uokerbala.edu.iq/im->

[ages/pdf/3rd-no-2012/2nd-publisher-](http://law.uokerbala.edu.iq/im-ages/pdf/3rd-no-2012/2nd-publisher-)

[pdf.٢٠١٢-٣rd-no](http://law.uokerbala.edu.iq/im-ages/pdf/3rd-no-2012/2nd-publisher-)، آخر زيارة في ٢٠١٣/٧/٧ .

٧٥- المواد (١٠٢-١٠٨) من دستور جمهورية العراق

لعام ٢٠٠٥ تناولت موضوع الهيئات المستقلة.

٧٦- المادة (١٠٣) من دستور جمهورية العراق لعام

٢٠٠٥ .

٧٧- المادة (١٠٢) من دستور جمهورية العراق لعام

٢٠٠٥ .

٧٨- المادة (٤٧) من قانون المحافظات غير المنتظمة

بإقليم رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٨ .

٢٠١٠- ص ١٣٢ و ما بعدها .

٥١- المادة (١٢٢/أولاً) من دستور جمهورية العراق

لعام ٢٠٠٥ .

٥٢- المادة (٨/ثالثاً/٢) من قانون المحافظات غير

المنتظمة في إقليم رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٨ .

٥٣- المادة (٧/ثامناً/١) من قانون المحافظات غير

المنتظمة في إقليم رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٨ .

٥٤- المادة (٣٩ / أولاً / ثالثاً / رابعاً) من قانون

المحافظات غير المنتظمة في إقليم رقم ٢١ لسنة

٢٠٠٨ .

٥٥- المواد (٤٢و٤١) من قانون المحافظات غير

المنتظمة في إقليم رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٨ .

٥٦- المادة (٤٣) من قانون المحافظات غير المنتظمة

في إقليم رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٨ .

٥٧- انتصار شلال مارد- المصدر السابق - ص ١١٠ .

٥٨- المادة (١٢٤ / أولاً / ثانياً / ثالثاً) من دستور

جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ .

٥٩- المادة (١٢٥) من دستور جمهورية العراق لعام

٢٠٠٥ .

٦٠- يمامة محمد حسن - المصدر السابق - ص ٢٣٦ .

٦١- فريد كريم علي - توزيع الاختصاصات بين

السلطات الاتحادية والأقاليم والمحافظات - بيروت

- رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم

السياسية - جامعة بيروت العربية - ٢٠١١ - ص

٩١ .

٦٢- المادة (٥٥/أ) من قانون إدارة الدولة العراقية

للمرحلة الانتقالية لسنة ٢٠٠٤ الملغى .

٦٣- البند (٣) من القسم الثاني من أمر سلطة الائتلاف

الم رقم ٧١ لسنة ٢٠٠٤ .

٦٤- المادة (٧/ثامناً / ٢) من قانون المحافظات غير

المنتظمة في إقليم رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٨ .

٦٥- المادة (٢٠/ثانياً) من قانون المحافظات غير

المنتظمة في إقليم رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٨ .

٦٦- المادة (٤) من القانون رقم ١٥ لسنة ٢٠١٠ قانون

التعديل الأول لقانون المحافظات رقم ٢١ لسنة

velopment Cooperation – April 1997

٩٥- سليمان ولد حامدون- اللامركزية الإدارية ومساهمتها في التنمية المحلية- دراسة منشورة في الموقع الالكتروني وعلى الرابط <https://groups.google.com/forum/#!msg/fayad61/4gh8aLqSdC0/mbkIOZsjo9oJ> ، آخر زيارة في ٢٠١٣/٦/٥ .

٩٦- د. كامل كاظم الكناني وصبيح لفتة الزبيدي - السلطات المحلية و التنمية - عمان - إثراء للنشر والتوزيع - الطبعة الأولى - ٢٠١٢ - ص ١٧١ .

٩٧- د. سامي جمال الدين - أصول القانون الإداري- منشأة المعارف في الإسكندرية- ٢٠٠٤ - ص ١٩٢ .

٩٨- منير إبراهيم شلبي-المرفق المحلي -دراسة مقارنة-القاهرة- دار الفكر العربي- الطبعة الأولى-١٩٧٩-ص٣٣٧.

٩٩- خالد عبد العزيز عريم - القانون الإداري الليبي - بيروت - ١٩٦٩ - ص٢٤٤.

١٠٠- الدكتور طعيمة الجرف - المصدر السابق- ص١١٤-١١٦.

١٠١- المادة (٢٢) من قانون المحافظات غير المنتظمة في إقليم رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٨.

١٠٢- المادة (١) من قانون المحافظات غير المنتظمة في إقليم رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٨ .

١٠٣- المادة (١١٠) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ .

١٠٤- المواد(١١٢-١١٣-١١٤) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ .

١٠٥- جاء في قرار المحكمة الاتحادية العليا التفسيري رقم ١٦/اتحادية/٢٠٠٧ في ٢٠٠٧/٩/١١ أن المحكمة وجدت (من استقراء الاختصاصات المناطة بالسلطة الاتحادية الواردة في الباب الرابع من الدستور نرى عدم وجود ما يشير إلى إناطة صلاحية التعيين والإقالة للأجهزة الأمنية بالسلطة الاتحادية وإذ أن المادة ١١٥ من الدستور نصت(بأن كل ما لم ينص عليه في الاختصاصات الحصرية

٧٩- القانون رقم ٣١ لسنة ٢٠١١ والمنشور في الوقائع العراقية العدد ٤٢١٧ في ٢٠١١/١١/١٤ .

٨٠- المادة (١٠٢) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ .

٨١- سيروان عدنان الزهاوي - الرقابة المالية على تنفيذ الموازنة العامة في القانون العراقي -رسالة ماجستير كلية القانون - جامعة صلاح الدين - ٢٠٠٨ - ص١١٨ .

٨٢- المواد (١١-١٤-١٥-٢١) من قانون هيئة النزاهة المرقم ٣٠ لسنة ٢٠١١ و المنشور في الوقائع العراقية العدد ٤٢١٧ في ٢٠١١/١١/١٤ .

٨٣- هناك مقترح قانون للمفتشين العاميين مقدم من لجنة النزاهة في مجلس النواب وقد قرأ القراءة الأولى والثانية و بانتظار التصويت عليه.

٨٤- المادة (٢٠/ثالثا/١) من قانون المحافظات غير المنتظمة في إقليم رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٨.

٨٥- المادة (٢٠/أولا) من قانون المحافظات غير المنتظمة في إقليم رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٨.

٨٦- المادة (٣١/احد عشر) من قانون المحافظات غير المنتظمة في إقليم رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٨.

٨٧- د- طعيمة الجرف - القانون الإداري - القاهرة - دار النشر مكتبة القاهرة الحديثة - ١٩٦٣ - ص ١١٨-١١٩

٨٨- د- خالد سمارة الزعبي-المصدر السابق- ص ٢٧٩ .

٨٩- المرجع نفسه - ص ٣٠٣-٣٠٦ .

٩٠- د. مازن ليلو راضي- القانون الإداري- مطبعة جامعة دهوك- الطبعة الثالثة- ٢٠١٠- ص٧٦.

٩١- المادة (١) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥

٩٢- المادة (١١٦) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥

٩٣- المادة (١٢٢/أولا) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ .

94-An Lula PolicyPaper- on Local Governments Role in Decentralized De-

واللامركزية الإدارية في دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ - بحث منشور في مجلة التشريع والقضاء - العدد الرابع - ٢٠١٠ - ص ٢٨ و ٣٣ .
١١٦- المادة (٤٥) من قانون المحافظات غير المنتظمة في إقليم رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٨ .

الوكالة الاخبارية للأنباء- الموقع الالكتروني-711
<http://www.wasitpc.org/old/news.php?action=view&id=285>

في ١١/٣/٢٠١١

١١٨- الموقع الرسمي لمجلس محافظة واسط
<http://www.wasitpc.org/old/news.php?action=view&id=285> في
٢٠١٤/٣/١١

١١٩- المادة (٧/تاسعا/عاشرا) من قانون المحافظات رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٨ .

١٢٠- المادة (٧/ثالثا) من قانون المحافظات غير المنتظمة في إقليم رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٨ .

١٢١- المادة (٣١/ثانيا) من قانون المحافظات غير المنتظمة في إقليم رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٨ .

١٢٢- المادة (٣١/احد عشر) من قانون المحافظات غير المنتظمة في إقليم رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٨ .

١٢٣- المادة (٣١/احد عشر/٣) من قانون المحافظات غير المنتظمة في إقليم رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٨ .

قائمة المصادر و المراجع

أولا: المراجع العربية

أولا: الكتب

١- بكر القباني - الرقابة الإدارية - القاهرة - دار النهضة العربية - الطبعة الأولى - ١٩٧٨ .

٢- حسن محمد عواضه - الإدارة المحلية وتطبيقاتها في الدول العربية - المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر - ط ١ - ١٩٨٣

للسلطات الاتحادية يكون من صلاحيات الأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم) ولذا فإن صلاحيات التعيين والإقالة للأجهزة الأمنية تكون من صلاحيات الأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم).

١٠٦- فارس عبد الرحيم حاتم - اللامركزية الإدارية في العراق في ظل قانون المحافظات غير المنتظمة في إقليم رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٨ - جامعة الكوفة - مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية - ٢٠٠٩ - المجلد ١ - ص ١١٥ وما بعدها .

١٠٧- المادة (١٢٢/ثانيا) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ .

١٠٨- قرار المحكمة الاتحادية الرقم ١٦/اتحادية/٢٠٠٨ في ٢١/٤/٢٠٠٨ - وهو غير منشور .

١٠٩- انظر ما قبله ص ٥ .

١١٠- المادة (١٢٢/ثانيا) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥

١١١- المادة (١٢٢/خامسا) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ .

١١٢- عدنان محمد حسن - أزمة الصلاحيات بين المركز والإطراف في النظام اللامركزي للمحافظات - بحث منشور في الموقع الالكتروني وعلى الرابط

<http://www.hamoudi.org/cgi-sys/suspendedpage.cgi?action=save&id=848>،

آخر زيارة في ٧/٧/٢٠١٣ .

١١٣- إسماعيل علوان التميمي - الدستور العراقي خلط بين مفهومي اللامركزية السياسية واللامركزية الإدارية بحث منشور في جريدة بابل في الموقع الالكتروني وعلى الرابط. <http://www.babil.net>، آخر زيارة في ٥/٨/٢٠١٣ .

١١٤- بكر القباني - الرقابة الإدارية - القاهرة - دار النهضة العربية - الطبعة الأولى - ١٩٧٨ - ص ٩٤ .

١١٥- د. غازي فيصل مهدي - نظاما الفيدرالية

١٢- د. كامل بربر - نظم الإدارة المحلية- بيروت - المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر - طبعة ١- ١٩٩٦ .

١٣- د. مازن كاظم ليلو- القانون الإداري- مطبعة جامعة دهوك - الطبعة الثالثة - ٢٠١٠ .

١٤- مصطفى الجندي - الإدارة المحلية وإستراتيجيتها - الإسكندرية - منشأة المعارف - ١٩٨٧ .

١٥- مصطفى الجندي - الحكم المحلي والديمقراطية- الإسكندرية - منشأة المعارف - ١٩٦٧ .

١٦- د. منذر الشاوي - القانون الدستوري - نظرية الدولة - بغداد - مركز البحوث القانونية ١٩٨١ .

١٧- منير إبراهيم شليبي- المرفق المحلي - دراسة مقارنة - القاهرة - دار الفكر العربي- الطبعة الأولى- ١٩٧٩ .

ثانياً: البحوث

١- د. حنان محمد القيسي - نظام الإدارة اللامركزية ومجالس المحافظات في العراق - بحث منشور في مجلة الملتقى - دار الكتب والوثائق - ٢٠٠٨ .

٢- د. خالد رشيد علي- اختيار المحافظ واختصاصاته وفق قانون المحافظات غير المنتظمة في إقليم - مجلة العلوم القانونية- جامعة بغداد- كلية القانون .

٣- د. غازي فيصل مهدي- نصوص قانون المحافظات غير المنتظمة في إقليم في الميزان-

٣- خليفة صالح أحواس - اللامركزية في ليبيا بعد الثورة- دراسة قانونية تحليلية - ليبيا- منشورات جامعة قار يونس- الطبعة الأولى- ١٩٩٨ .

٤- خالد عبد العزيز عريم - القانون الإداري الليبي - بيروت - ١٩٦٩ .

٥- د- سامي جمال الدين - أصول القانون الإداري - الإسكندرية - دار المطبوعات الجامعية - ١٩٩٦ .

٦- د. سامي جمال الدين - أصول القانون الإداري - منشأة المعارف في الإسكندرية - ٢٠٠٤ .

٧- صداع دحام طوكان- اختصاصات رئيس الوحدة الإدارية الإقليمية في العراق- بغداد الطبعة الأولى - الناشر صباح الانباري- ٢٠٠٩ .

٨- د- طعيمة الجرف - القانون الإداري- القاهرة - دار النشر مكتبة القاهرة الحديثة - ١٩٦٣

٩- د. عبد الفتاح أبو الهيل - الوجيز في القانون الإداري- القاهرة- دار النهضة العربية- ٢٠٠٠

١٠- د. علي محمد بدير- د. عصام عبد الوهاب - د. مهدي السلامي- مبادئ وأحكام القانون الإداري - بغداد - مكتبة السنهوري - ٢٠١١ .

١١- د. كامل كاظم الكناني وصبيح لفته الزبيدي - السلطات المحلية و التنمية - عمان - إثراء للنشر والتوزيع - الطبعة الأولى - ٢٠١٢ .

بحث منشور في مجلة الملتقى – مؤسسة أفاق للدراسات – العدد ١١ لسنة ٢٠٠٨.

٤- د.غازي فيصل مهدي – نظاما الفيدرالية واللامركزية الإدارية في دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ - بحث منشور في مجلة التشريع والقضاء-العدد الرابع- ٢٠١٠.

٥- فارس عبد الرحيم حاتم – اللامركزية الإدارية في العراق في ظل قانون المحافظات غير المنتظمة في إقليم رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٨ – جامعة الكوفة – مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية – ٢٠٠٩ – المجلد ١.

٦- مصطفى أبو زيد فهمي – نظام الإدارة المحلية في القانون المقارن – مجلة العلوم الإدارية – الشعبة المصرية للمعهد الدولي للعلوم الإدارية – السنة الثالثة – العدد الأول – بدون سنة طبع.

ثالثاً: الرسائل و الاطاريح

١- سيروان عدنان الزهاوي – الرقابة المالية على تنفيذ الموازنة العامة في القانون العراقي – رسالة ماجستير كلية القانون – جامعة صلاح الدين – ٢٠٠٨.

٢- عادل محمود حمدي – الاتجاهات المعاصرة في نظم الإدارة المحلية – رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق – جامعة عين شمس – ١٩٧٧.

٣- د. عثمان خليل عثمان- اللامركزية ونظام مجالس المديرية في مصر – القاهرة – أطروحة دكتوراه مقدمة إلى جامعة فؤاد الأول - ١٩٤٨.

٤- فريد كريم علي – توزيع الاختصاصات بين السلطات الاتحادية والأقاليم والمحافظات – بيروت – رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية – جامعة بيروت العربية – ٢٠١١.

٥- يمامة محمد حسن – النظام القانوني لإنشاء الوحدات الاتحادية وتنظيمها في العراق – رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون الجامعة المستنصرية – ٢٠١٠.

رابعاً: الدساتير والقوانين العادية

١- دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥، المنشور في الوقائع العراقية بالعدد ٤٠١٢ في ٢٨/١٢/٢٠٠٥.

٢- قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لسنة ٢٠٠٤ الملغى

٣- قانون انتخابات مجالس المحافظات والاقضية والنواحي رقم (٣٦) لسنة ٢٠٠٨ والمنشور في الوقائع العراقية العدد (٤٠٩١) في ١٣/١٠/٢٠٠٨.

٤- قانون الإدارة المحلية المصري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٩.

٥- قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥

٦- قانون المحافظات غير المنتظمة في إقليم رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٨

٧- القانون رقم ١٥ لسنة ٢٠١٠ قانون التعديل الأول لقانون المحافظات رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٨ المنشور في الوقائع العراقية العدد (٤١٤٧) في ٩/٣/٢٠١٠

٩، آخر زيارة في ٢٠١٣/٦/٥ mbkIOZsjo .

٥-عدنان محمد حسن -أزمة الصلاحيات بين المركز والإطراف في النظام اللامركزي للمحافظات - بحث منشور في الموقع الالكتروني وعلى الرابط

http://www.hamoudi.org/cgi-sys/suspendedpage.cgi?action=save&id=848 آخر زيارة في ٢٠١٣/٧/٧

٦-إسماعيل علوان التميمي - الدستور العراقي خلط بين مفهومي اللامركزية السياسية واللامركزية الإدارية بحث منشور في جريدة بابل في الموقع الالكتروني وعلى الرابط

http://www.babil.info/printVersion.php?mid=2641 آخر زيارة في 5/8/2013

ثانياً: المراجع الاجنبية

An Lula PolicyPaper- on Local Governments Role in Decentralized Development Cooperation - April 1997

٨-قانون ديوان الرقابة المالية رقم ٣١ لسنة ٢٠١١ والمنشور في الوقائع العراقية العدد ٤٢١٧ في ٢٠١١/١١/١٤

٩- قانون هيئة النزاهة المرقم ٣٠ لسنة ٢٠١١ و المنشور في الوقائع العراقية العدد ٤٢١٧ في ٢٠١١/١١/١٤ .

خامساً: المواقع الالكترونية

١- الوكالة الإخبارية للأنباء - الموقع الالكتروني http://www.ikhnews.com/print.php?id=8658 في ٢٠١٤/٣/١١

2- الموقع الرسمي لمجلس محافظة واسط http://www.wasitpc.org/old/news.php?action=view&id=285 في 11/3/2014

٣- د. إسماعيل صعصاع غيدان- اللامركزية الإدارية الإقليمية في العراق - دراسة في تداخل الاختصاصات والرقابة - بحث مقدم إلى كلية القانون - جامعة بابل - مجلة رسالة الحقوق السنة الرابعة ٢٠١٢ المنشور على الموقع الالكتروني بالرابط http://law.uokerbala.edu.iq/images/pdf/3rd-no-2012/2nd-puplish-er-3rd-no-2012.pdf آخر زيارة في ٢٠١٣/٧/٧

٤- سليمان ولد حامدون- اللامركزية الإدارية ومساهمتها في التنمية المحلية- دراسة منشورة في الموقع الالكتروني وعلى الرابط

https://groups.google.com/forum/#!msg/fayad61/4gh8aLqSdC0/

Administrative decentralization hybrids in Iraq

Prof.Dr.Ammar Tariq^(*)

Assit.LecturAdel H.Jaber ^()**

Abstract

It is worthy to mention that countries which have adopted decentralized administration are characterized by the unity of their legal system, and that administrative units are supervised by the Government. The Constitution of Iraq 2005 has misinterpreted federation and decentralized administration and, at the same time, has not been able to subject provincial councils to the supervision of the Central Government. It has also failed in organizing the unsystematically provincial law No. 21, 2008 concerning the joint powers between the central Government and the provinces mentioned in the Constitution.

The study has also introduced a number of suggestions as to making some amendments over certain constitutional provisions and legislations which sometimes contradict the Constitution and which often infringe the widely accepted notions of federation and decentralized administration

^(**)Al-Nahreen University/Colleg Of Right

مدى تأثير الولاية القضائية العالمية بالتقادم والعفو

أ.م.د. لى عبد الباقي محمود(*)

م.م. مروة ابراهيم محمد(**)

يعرقل تطبيق الولاية القضائية العالمية وهذا ما
سنوضحه خلال موضوع بحثنا.

كلمات مفتاحية: مبدأ الاختصاص العالمي
الجنائي، التقادم، العفو، المحكمة الجنائية
الدولية،

مقدمة

من الموضوعات التي تثير علامات إستفهام
بخصوص تطبيق الولاية القضائية العالمية هي
التقادم والعفو، فهل من الممكن أن يؤدي التقادم
إلى عرقلة تطبيق الولاية القضائية العالمية
بالنسبة للجرائم الدولية الخطيرة؟، فهل يؤدي
التقادم إلى سقوط الدعوى وسقوط العقوبة
لمضي المدة؟، أي هل تسمح الإتفاقيات الدولية
بالأخذ بقاعدة التقادم قياساً على التشريعات
الوطنية التي أخذت بها على الرغم مما يترتب
عليه مساس بحقوق الإنسان عن طريق مساعدة
المجرمين الدوليين المرتكبين بأبشع الجرائم
على إتخاذ وسيلة للإفلات من العقاب، وذات
الأمر بالنسبة لموضوع العفو فمن الممكن
يكون وسيلة لتجنب تعرض المسؤولين للمسائلة
القانونية، ومن ثم معاقبتهم عن ارتكابهم لجرائم
دولية خطيرة وذلك عن طريق منحهم إياه عن
طريق دولهم فأين العدالة في ذلك؟، فهل يسمح

الملخص

إنّ تقديم مرتكبي الجرائم الدولية الخطيرة
للعادلة أمر يجب أن تتوحد من أجله الجهود
الدولية وذلك لتحقيق السلم والأمن الدوليين، ويعد
من الأمور المهمة لكفالة إحترام القانون الدولي
ويمنع أن يكون أي شخص فوق القانون من أجل
تحقيق العدالة وذلك بإنصاف الضحايا. وبما أن
الولاية القضائية العالمية هي وسيلة مهمة في
مكافحة الإفلات من العقاب. إذ أنه من خلالها
ينعقد الإختصاص للمحاكم الوطنية للدول في
ملاحقة مرتكبي الإنتهاكات الجسيمة بغض
النظر عن مكان وقوع الجريمة، أو جنسية
الجاني أو جنسية المجني عليه، فيجب أن لا
يقف التقادم والعفو عن هذه الجرائم كعائق أمام
تطبيق الولاية القضائية العالمية، وأن الإتفاقيات
الدولية تباينت في موقفها بخصوص إقرار
التقادم أو العفو عن الجرائم الدولية الخطيرة
ومن ثم خضوعها للولاية القضائية العالمية، فإذا
ما قضت الإتفاقية الدولية عدم تقادم أو عدم
العفو عن الجرائم الدولية، فإنها لاتعد عائق
أمام تطبيق الولاية القضائية العالمية أما إذا ما
سمحت بسرائنهما على الجرائم الدولية فإن ذلك

(*) جامعة بغداد/كلية القانون

(**) جامعة النهرين/ كلية الحقوق

المطلب الأول

مفهوم التقادم

التقادم نظام قانوني يشكل الزمن عنصراً أساسياً من عناصره، إذ أخذت به معظم الشرائع الوضعية القديمة والحديثة وذلك لأهميته الكبيرة في العمل القانوني، لأنه يقوم على إعتبرات ذات أهمية تتصل بالصالح العام للمجتمع، فهو يؤدي إلى حفظ الأمن الاجتماعي والإقتصادي ويساعد على إستقرار المراكز القانونية، إذ أن بعض الشرائع الوضعية جعلت من التقادم سبباً من أسباب كسب الملكية (التقادم المكسب للحق)، ومن أسباب سقوط الحق (التقادم المسقط للحق)، والبعض الآخر جعله سبباً من أسباب منع سماع الدعوى (التقادم المانع من سماع الدعوى)^(١).

فالتقادم لغةً مضي مدة على الشيء، وقانوناً مضي مدة زمنية على وقوع الجريمة، ويسمى بتقادم الجريمة أو تقادم الدعوى الجزائية، أو مضي مدة زمنية على صدور حكم بات في الدعوى الجزائية ويسمى بتقادم العقوبة، ومن شأن مضي المدة المقررة إنقضاء الدعوى الجزائية في الحالة الأولى، وسقوط العقوبة المحكوم بها في الحالة الثانية^(٢).

ومما تجدر الإشارة إليه أن التقادم ليس بالنظام المستحدث، إذ عرفته العديد من الأنظمة القديمة، إذ إن أول تشريع عرف التقادم على نحو يقترب مما هو عليه الآن هو القانون الروماني، ثم أنتقل بعد ذلك عبر عدة قرون إلى التشريع الفرنسي في مراحل تطوره القانونية المختلفة، وعن طريق الاغتراف من مشارب القانون الفرنسي إنتشر في التشريعات المقارنة، ومنها التشريع المصري والكويتي^(٣).

القانون الدولي للدول أن تعفو دولة عن يرتكب جرائم دولية خطيرة من مسؤوليها وممثليها؟، ففي حال ارتكابهم جرائم دولية ضد دولهم أو أي دولة أخرى، هل يسمح بتحريك إجراءات الملاحقة القضائية الداخلية و الدولية تجاههم في سبيل تطبيق الولاية القضائية العالمية لمنع افلاتهم من المحاكمة و العقاب؟، وعليه وللوصول لإجابات وحلول للتساؤلات التي أثارناها فإننا سنحاول بيان مدى تأثير الولاية القضائية به، وفي حال تبين لنا بأن العفو لا يؤثر على تطبيق الولاية القضائية العالمية فهل يشمل ذلك نوعي العفو أم يقتصر على نوع دون الآخر؟.

وعليه فإننا قسمنا هذا البحث على مبحثين، سنتناول في المبحث الأول التقادم من جهة مفهومه ومدى تأثير الولاية القضائية العالمية به، أما المبحث الثاني فسنتناول فيه العفو من جهة مفهومه ومدى تأثير الولاية القضائية العالمية به أيضاً.

المبحث الأول

التقادم

يثير هذا الموضوع ضمن نطاق دراستنا تساؤلات عدة، هي هل يسمح للقانون الدولي الجنائي بصفة عامة تقادم الجريمة الدولية الخاضعة لأحكامه مهما طالت المدة الزمنية على ارتكابها؟، وما مدى تأثير الولاية القضائية العالمية بالتقادم؟ وإن الإجابة عن هذه الأسئلة يتطلب منا بيان مفهوم التقادم، وعليه فقد قسمنا هذا المطلب على فرعين سنتناول في الفرع الأول مفهوم التقادم، أما الفرع الثاني فسنتناول فيه مدى تأثير الولاية القضائية العالمية بالتقادم.

أساس العقوبة المعنوية، بوصف الجاني اثناء مدة هروبه عانى معاناة نفسية كانت كافية لمعاقبته، ويرى آخرون ان إهمال السلطات في مباشرة الدعوى وإستيفاء حق العقاب اثناء مدة معقولة هو أساس التقادم، وذهب آخرون إلى ان أساس التقادم هو فقدان العقوبة لأهدافها عن طريق الردع الخاص، وهناك من نادى بأن التقادم أداة لإصلاح المجرمين وذلك بأن المدة أدت إلى زوال خطورة الجاني الإجرامية، أي أن هذا الرأي يتخذ الزمن كأساس للتقادم، وإن هناك من تبنى فكرة أن مرور الوقت على وقوع الجريمة يؤدي إلى تلاشي الأدلة وصعوبة إثباتها، وآخرون يرون بأن أساس التقادم يكون عن طريق حيلة قانونية يبررون بها هروب الجاني من العقاب الذي يطارده، فأسسوا رأيهم على أساس التوفيق بين إبتعاد الجاني من العقاب والقانون الذي يوجبه، وأقام رأي على أن أساس التقادم يقوم على الإستقرار القانوني للمراكز القانونية، ويعد هذا الرأي من أفضل الآراء التي قيلت لتبرير فكرة التقادم لأن الإستقرار القانوني يسمو على العدالة، وقدم البعض التقادم على أساس أنه مكافأة للمجرمين المهرة الذين يستطيعون الهرب من العقاب^(٩).

وعليه فان التقادم هو سقوط العقوبة أو الدعوى العمومية لمضي المدة، وهي قاعدة تأخذ بها معظم التشريعات الوطنية كما أشرنا إليه في الصفحات السابقة، أما على المستوى الدولي لم يتطرق أحد لقاعدة التقادم قبل الحرب العالمية الثانية، ولعل السبب يعود إلى أن أحداً لم يحتج بهذه القاعدة قبل هذا التاريخ، ولم تشر إليها إتفاقية لندن لعام ١٩٤٥، والنظام الاساس لمحكمة نورمبرغ لعام ١٩٤٥، إلا ان ألمانيا الاتحادية أعلنت عام ١٩٦٤ بأن قانونها الجنائي

كما أن التقادم بوصفه نظاماً إجرائياً تم تنظيمه في مجال التشريعين المدني والجزائي، إذ ان تعريف التقادم بنوعيه المكسب والمسقط ورد في القانون المدني^(٤)، أما التقادم الجزائي فلم يرد تعريفه في القوانين الجزائية العراقية لأنه لم يؤخذ به كمبدأ، أما في التشريعات العربية فقد ورد تعريف التقادم كسبب من أسباب سقوط الدعوى وتقدم العقوبة كما في قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني^(٥)، أما قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١، فقد رود فيه تقادم الدعوى^(٦).

ونظراً لأن التقادم الجزائي على نوعين تقدم الدعوى الجزائية وتقدم العقوبة، ولأن سريان مدة التقادم بالنسبة لتقدم الدعوى الجزائية تبدأ من تاريخ ارتكاب الجريمة، ومدة تقدم العقوبة فتبدأ بعد صدور حكم بات، لذلك فإن غالبية التشريعات الجزائية العربية أتت خالية من تعريف يشمل نوعي التقادم^(٧)، كما أن المشرع المصري تناول تقدم الدعوى وتقدم العقوبة^(٨).

وقد ثار خلاف في الفقه بشأن الأساس القانوني للتقدم الجنائي، ففي الوقت الذي إتجه فيه رأي إلى أنه لا محل للفرقة بين سقوط الدعوى وسقوط العقوبة، لأن أساس السقوط في الفرضيتين واحد هو سقوط الحق في العقاب، فقد إتجه آخرون إلى البحث عن أساس لهذا التقادم، إذ ذهب رأي إلى الاستناد إلى فكرة نسيان المجتمع للجريمة كأساس قانوني للتقدم، فمرور الزمن كفيل بمحو الجريمة من ذاكرة الناس وتكون العقوبة بلا هدف، ويرى آخرون أن الأساس القانوني للتقدم يبني على

يأخذ بقاعدة تقادم الجرائم بعد مضي خمسة وعشرون سنة على ارتكابها، ويعني تطبيقها على هذا النحو سقوط الدعوى العمومية بالنسبة لجميع الأشخاص المذنبين بإرتكاب الجرائم الدولية والذين لم يقدموا للمحاكمة بعد^(١٠).

المطلب الثاني

مدى تأثير الولاية القضائية العالمية بالتقادم

بعد أن تناولنا مفهوم التقادم تأتي الآن إلى بيان مدى تأثير الولاية القضائية العالمية بالتقادم؟

من المقرر في القانون الداخلي أن سلطة الدولة في العقاب تنقضي بمضي مدة زمنية محددة تصبح الدعوى الجنائية بعد فواتها مستحيلة التحريك، كما أن الالتزام بتنفيذ العقوبة المحكوم بها يسقط أيضاً بمضي مدة زمنية محددة من تاريخ الحكم بها دون إمكان تنفيذها، وقد ثارت مشكلة التقادم في مجال القانون الدولي الجنائي بالنسبة لطائفتين من الجرائم الدولية هما جرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية، وذلك بمناسبة قرار أصدرته السلطات الألمانية الاتحادية عدت بمقتضاه الجرائم المتقدمة تسقط بالتقادم بمضي خمسة وعشرين عاماً وفقاً للقانون الألماني^(١١).

هذا وعلى العكس من التشريعات الجنائية الداخلية التي أقرت هذا المبدأ، فإن الجمعية العامة للأمم المتحدة عقدت إتفاقية عدم تقادم جرائم الحرب والجرائم المرتكبة ضد الإنسانية لعام ١٩٦٨، إذ ورد في مادتها الأولى على سقوط التقادم في بعض الجرائم التي تشكل

خطورة كبيرة، وقد أرجع بعض الفقهاء موقف الأمم المتحدة بإسقاط التقادم إلى طبيعة هذه الجرائم والتي من الصعب تجاوزها مع مرور الزمن^(١٢).

إذ نصت إتفاقية عدم تقادم جرائم الحرب والجرائم المرتكبة ضد الإنسانية لعام ١٩٦٩ على أنه ((لا يسري أي تقادم على الجرائم الآتية بصرف النظر عن وقت ارتكابها:

(أ) جرائم الحرب الوارد تعريفها في النظام الأساس لمحكمة نورمبرغ العسكرية الدولية الصادر في ٨/أب/أغسطس ١٩٤٥، والوارد تأكيدها في قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة ٣ (د-١) المؤرخ في ١٣ شباط/فبراير ١٩٤٦ و ٩٥ (د-١) المؤرخ في ١١ كانون الأول/ديسمبر ١٩٤٦، ولاسيما ((الجرائم الخطيرة)) المحددة في إتفاقية جنيف المعقودة في ٢ آب/أغسطس ١٩٤٩ لحماية ضحايا الحرب.

(ب) الجرائم المرتكبة ضد الإنسانية، سواء في زمن الحرب أو في زمن السلم، وتوارد تعريفها في النظام الأساس لمحكمة نورمبرغ العسكرية الدولية الصادر في ٨/أب/أغسطس ١٩٤٥، والوارد تأكيدها في قرار الجمعية العامة ٣ (د-١) المؤرخ في ١٣ شباط/فبراير ١٩٤٦ و ٥٩ (د-١) المؤرخ في ١١ كانون الأول/ديسمبر ١٩٤٦، والطرده بالإعتداء المسلح أو الإحتلال والأفعال المنافية للإنسانية والناجمة عن سياسات الفصل العنصري وجريمة الإبادة الجماعية الوارد تعريفها في إتفاقية عام ١٩٤٨ بشأن منع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقب عليها، حتى لو كانت الأفعال المذكورة لا تشكل إخلالاً بالقانون الداخلي للبلد الذي ارتكبت فيه))^(١٣).

أثار قلق الرأي العام للحيلولة دون ملاحقة ومعاقبة المسؤولين عن تلك الجرائم، وأدى إلى تبني الجمعية العامة للاتفاقية الدولية بشأن عدم تقادم جرائم الحرب والجرائم المرتكبة في حق الإنسانية عام ١٩٦٨ والنافذة عام ١٩٧٠^(١٦).

كما أن النظام الأساس للمحكمة الجنائية الدولية لعام ١٩٩٨ ذهب في الاتجاه الذي يقضي بعدم الإعتداد بتقادم الجرائم والعقوبات، فالجرائم التي تدخل في إختصاص المحكمة الجنائية الدولية لا تتقادم^(١٧).

وعليه فإن النظام الأساس للمحكمة الجنائية الدولية يقضي بعدم سقوط الجرائم التي تدخل في إختصاص المحكمة بالتقادم، في مقابل ذلك فإن الأنظمة القضائية الوطنية تعالج مسألة التقادم كما بينا في الصفحات السابقة، فهل يشكل هذا الأمر تعارض بين السيادة الوطنية وعدم سقوط الجرائم الداخلة في إختصاص المحكمة الجنائية الدولية بالتقادم؟ للإجابة على هذا السؤال يجب التأكيد على أن الجرائم ضد الإنسانية وجرائم الحرب لا تسقط بالتقادم بمقتضى العرف الدولي، فضلاً عن أن إتفاقية عدم تقادم جرائم الحرب والجرائم المرتكبة في حق الإنسانية لعام ١٩٦٨ صاغت هذه القاعدة العرفية في إتفاقية دولية تحظر إنطباق التقادم على مثل هذه الجرائم، ففي مادتها الأولى قررت حكماً خاصاً لنوع معين من الجرائم هي الجرائم الأشد خطورة على الصعيد الدولي^(١٨).

ولو أردنا أن نتعرف على موقف المحكمة الجنائية الدولية من تقادم الجرائم والعقوبات، فإن نظامها الأساس لا يأخذ بتقادم الجرائم التي تدخل في نطاقه فقط، أما الجرائم الدولية التي لا تدخل في نطاق نظام المحكمة الأساس

و عليه فإن الجرائم المذكورة في النص أعلاه لا تسقط بالتقادم وذلك لخطورتها، إذ يلاحظ من المادة الأولى من إتفاقية عدم قابلية جرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية للتقادم، لم تتحدث عن عدم تقادم الجرائم ضد السلام، إلا إن من الملاحظ على ديباجتها انها أفصحت عن أن الغرض المقصود من عدم قابلية جرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية للتقادم، إنما هو لتحقيق التعاون بين الشعوب وكفالة حفظ السلم والأمن الدوليين، ومؤدى ذلك أنه إذا كان تحقيق السلم والأمن الدوليين من بين الأغراض المستهدفة من عدم تقادم طائفتي الجرائم المنصوص عليها في هذه الإتفاقية، مما يوجب إدراجها بمختلف صورها ضمن الجرائم غير القابلة للتقادم^(١٩).

وعليه فإن هذه الإتفاقية قد أخذت بمفهوم جرائم الحرب وفقاً لما هو قائم في ميثاق نورمبرغ، إلا إنه يلاحظ عليها أنها قد وسعت من نطاق الجرائم ضد الإنسانية على غرار المذكور في مبادئ محكمة نورمبرغ، إذ أضافت إليها جريمتي الفصل العنصري وإبادة الجنس البشري^(٢٠).

أما بالنسبة لاتفاقيات جنيف الأربع لعام ١٩٤٩ التي لم تشر إلى مسألة التقادم، وكذلك إتفاقية قمع الإبادة لعام ١٩٤٨، ولم يرد ذلك أيضاً في مبادئ نورمبرغ التي أقرتها الجمعية العامة للأمم عام ١٩٥٠، وأدى هذا الخلو إلى لفت إنتباه الجمعية العامة بضرورة معالجة هذه المسألة، وتقادي عدم وقوع وتكرار الجرائم الدولية وحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية، كما أن إخضاع هذه الجرائم لقواعد التقادم المقررة في القانون الجنائي الداخلي،

المبحث الثاني

العفو

هناك من يرى بأن العفو وسيلة لإصلاح المجرم من خلال حثه على أن يظهر نفسه جديراً بهذه المنحة أو الفرصة، فالعفو عن العقوبة من السياسات الحكيمة التي قد تؤدي في كثير من الأحيان إلى التقليل من الجرائم وعدم تكرارها، خصوصاً تجاه من يتورطون في المساهمة بارتكاب بعض الجرائم ولأول مرة، فيمنحون فرصة للتوبة من خلال إعفائهم من العقوبة، لأن تنفيذها في مثل هذه الحالات قد يؤدي إلى الاستمرار في طريق الجريمة^(١٩).

فهل يمكن الاستناد إلى تيريريات الاتجاهات التي تؤيد فكرة العفو ونقيسها على الجرائم الدولية الخطيرة. أي هل أن طبيعة الجريمة تؤثر في منح العفو؟ فهل يختلف منح العفو بالنسبة للجرائم العادية داخل الدول عن تلك الجرائم الدولية الخطيرة؟ وعليه فإننا سنتناول في هذا المطلب مفهوم العفو في الفرع الأول، أما في الفرع الثاني فسنتناول فيه مدى تأثير الولاية القضائية العالمية بالعفو.

المطلب الأول

مفهوم العفو

يقصد بالعفو تنازل الهيئة الاجتماعية عن معاقبة مرتكب الجريمة بموجب قانون يصدر من السلطات التي منحها القانون ذلك الأمر، والتنازل من قبل الهيئة الاجتماعية تارة يتم من خلال ممثلي الشعب في البرلمان (السلطة التشريعية) وهذا يتم في حالة العفو العام، عندما يصدر قانون من هذه السلطة، وتارة أخرى يتم

المرتكبة من الرؤساء وكبار القادة والموظفين الساميين في السلطة، والذين لهم القدرة على طمس معالم الجريمة أو إخفائها مدة التقادم، يستطيعون الدفع بتقادم جرائمهم بهدف الإفلات من العقاب، إلا أن هذه الجرائم تنسم بالجسامة والخطورة الشديدة والوحشية المفرطة، التي لا يخفف الزمن الطويل من آثارها، فأن عدد الجرائم الدولية الداخلة في إختصاص المحكمة الجنائية الدولية أقل بكثير على أرض الواقع مما هو عليه في القضاء الجنائي الوطني، مما لا يخلق ذلك التراكم في دعاوى الذي يصعب السيطرة عليه^(٢٠).

وقد جاءت الاتفاقية الأوربية بشأن عدم تقادم الجرائم ضد الانسانية وجرائم الحرب عام ١٩٧٤، لتشير إلى أن أحكام الاتفاقية تنصب على إقامة الدعوى القضائية وتنفيذ الأحكام، إلا أنه يلاحظ أن هذه الاتفاقية لا تنطبق إلا على الجرائم ضد الانسانية المحددة في إتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقب عليها عام ١٩٤٨، ففي ظل تلك الاتفاقية لا ينطبق عدم تقادم الجرائم إلا في حالة الانتهاكات البالغة والجسيمة، ومع ذلك تنص الاتفاقية على إمكانية توسيع عدم التقادم ليشمل إنتهاكات أخرى للقانون الدولي وذلك من خلال إعلان من جانب الدول المتعاقدة، كما أن الجمعية العامة في قرارها رقم ٢٧١٢ (د-٢٥) عام ١٩٧٠ أكدت على ضرورة التعاون بين الدول من أجل الكشف عن مجرمي الحرب الذين ما زالوا مختفين دون أن توقع العقوبة عليهم^(٢١).

عن طريق السلطة التنفيذية المسؤولة عن تنفيذ القوانين بوصفها الأكثر دراية بمصالح الشعب ومعرفةً بأحواله وظروفه التي تستدعي شمول بعض الفئات أو الأفراد بالعمو الخاص^(٢٢).

الطابع المجرم عن بعض الجرائم، ومحو العقوبات الصادرة في شأنها لأسباب تتصل بمعالجة وضعيات إجتماعية أو إقتصادية أو سياسية^(٢٣).

كما وأن مفهوم قوانين العفو لا يختلف كثيراً عن مفهوم مصطلح العفو الذي تناولناه، ومع ذلك تعرف قوانين العفو بأنها تلك القوانين التي تصدرها الحكومة، لتشمل جميع الأشخاص أو مجموعات معينة من الأشخاص الذين إرتكبوا جرائم جنائية، وعادةً ما تكون ذات طابع سياسي مثل (الفتن والخيانة... الخ)، إذ تمنح الحصانة من الملاحقة القضائية^(٢٤).

وعليه فالعمو العام يصدر بقانون، وإن هناك من يطلق على هذا النوع من العفو مصطلح (العفو الشامل) تمييزاً له عن العفو الخاص، ولفظ العام أو الشامل لا يتصور منه شمول جميع الجرائم والأشخاص بأحكامه، بل يمكن إستثناء بعض الجرائم أو الأشخاص من الخضوع لأحكامه في حالة صدوره كما فعل المشرع العراقي في قانون العفو رقم (١٩) لسنة ٢٠٠٨^(٢٥).

والمختصة فيشمل جريمة أو عدد من الجرائم، ويكون من شأنه محو الصفة الجرمية عنها وجعلها في حكم الأفعال المباحة التي لم يجرمها القانون أصلاً^(٢٦).

فالعفو العام إجراء قانوني يهدف إلى تعطيل الدعوى الجنائية الناشئة عن الجرم الذي وقع، مع بقاء الفعل مؤثماً بالنسبة لغير من صدر بشأنه، ومن ثم فإن القول بأن العفو يرفع عن الفعل وصف التجريم وصف في غير محله، إذ أن الفعل لا يصبح مباحاً للكافة، بل مجرد إسقاط الدعوى العمومية، مع إستمرار الفعل كجريمة يعاقب عليها القانون خارج نطاق القانون العام^(٢٧).

ومما تجدر الإشارة إليه أن تاريخ العفو يرجع إلى العام (٤٠٣) قبل الميلاد للقانون الروماني واليوناني، وبالتحديد إلى مدة نشوب الحرب الأهلية الطويلة الأمد التي وقعت في أثينا، التي كان لها الدور البارز في قيام بعض المجموعات لإعادة توحيد المدينة مجدداً على أساس منح العفو لجميع الفصائل المتحاربة، وهو ما تم فعلياً على أرض الواقع بإعلان العفو العام عن جميع المشاركين في الحرب بشكل رسمي، والعفو آنذاك والذي عُرف بقانون النسيان خُصص لتضميد الجراح الناجمة عن الحروب الأهلية^(٢٨).

هذا وإن إنقضاء الدعوى الجنائية بالعمو العام يعد من النظام العام، فإذا رفعت الدعوى وقبل صدور الحكم البات فيها صدر قانون العفو عن الجريمة المقام بشأنها الدعوى الجنائية، وهنا يتعين على المحكمة أن تقضي بإنقضاء الدعوى الجنائية من تلقاء نفسها، ولو قبل المتهم المحاكمة توصلاً لتبرئته من الناحية الموضوعية^(٢٩).

وإن العفو نوعان كما ذكرنا في التعريف، عفو عام وعفو خاص، فالعمو العام هو قانون تتخذه السلطة التشريعية وتقرر بموجبه نزع

أما العفو الخاص فإنه لا يمس الجريمة وهو لا يؤثر إلا في العقوبة فيلغيها أو يخففها،

وفي مقابل ذلك فإن العفو العام يشمل الجريمة والعقوبة^(٣٠).

فالعفو العام هو سبب من أسباب إنقضاء الدعوى الجزائية، أما العفو الخاص فهو سبب من أسباب إنقضاء العقوبة، مع وجود إختلاف جوهري بينهما من جهة السلطة المختصة بالإصدار، والآثار المترتبة عليها، وإن القرار بالعفو الخاص لا يشمل جميع الجرائم أو جميع المتهمين أو المحكوم عليهم، بل يقتصر على طلبات خاصة تقدم من قبل بعض الأفراد ومن يمثلهم، وبخصوص جرائم محددة إلى الجهات المعنية بمنح هذا النوع من العقوبات^(٣١).

هذا وعلى الرغم من أن العفو العام ضرورة تحتم على كل الحكومات والهيئات المختصة فيها تضمينها في التنظيم الجزائي، بوصفها وسيلة من وسائل إقامة العدالة بين الناس، إلا أن العفو عن المجرمين قد يكون ضد المصلحة العامة في المجتمع، وذلك لأن العفو عنهم يسهم في إنتشار الجريمة، بعد إطلاق سراحهم وعودتهم إلى ممارسة الأفعال الاجرامية التي كانوا يزاولونها من قبل^(٣٢).

المطلب الثاني

مدى تأثير الولاية القضائية العالمية بالعفو

بعد أن بينا ما المقصود بالعفو، نأتي إلى السؤال الجوهري في هذا الشأن وهو ما مدى تأثير الولاية القضائية العالمية بالعفو؟ هل يمكن للدول أن تصدر عفواً للأشخاص الذين يمثلونها عن الجرائم الخطيرة التي يرتكبوها لاسيما الجرائم الدولية التي تمس حقوق الانسان وتنتهك قواعد القانون الدولي الانساني؟ إذا ما علمنا أن هناك تدابير عفو تسعى الدول

الخارجة من النزاعات إلى منحها من أجل تحقيق السلام والمصالحة سواء أكان العفو شاملاً أم جزئياً^(٣٣)، فهل يمنح القانون الدولي العفو عن الجرائم الدولية؟.

وللإجابة عن التساؤلات التي أثارها نركن إلى إتفاقيات السلام التي تناولت العفو المطلق عن الأطراف المتنازعة، وما تم إرتكابه من جرائم اثناء الحروب التي سبق عقد هذه الإتفاقيات، ومن هذه الإتفاقيات هي إتفاقية كوتونو للسلام في ليبيريا لعام ١٩٩٣^(٣٤).

إذ نصت هذه الإتفاقية على أنه: ((عند تنفيذ هذا الإتفاق يجب أن يكون هناك عفو عام يمنح لجميع الأشخاص والأطراف المعنية في المشاركة في النزاع الأهلي الليبيري ضمن مسار الاشتباكات العسكرية الفعلية والتي تشمل الأفعال المرتبكة من قبل الأطراف أو من قبل قواتهم اثناء وجودهم في قتال فعلي...))^(٣٥).

وفي رأينا إن إتفاقية كوتونو لم تكن موفقة في تناول موضوع العفو عن الجرائم التي حدثت اثناء الحرب الأهلية، لأن العفو الذي تضمنته الإتفاقية جاء مطلقاً فلم يستثن الجرائم التي تمس حقوق الإنسان أو التي تنتهك قواعد القانون الدولي، وهذا الأمر في غاية الخطورة لأنه يساعد المجرمين على الإفلات من العقاب، وهذا الأمر غير مقبول ضمن قواعد القانون الدولي المعاصر، الذي وبحسب التطورات التي تطرأ على قواعد القانون الدولي فإنه لا يمكن قبول فكرة إعفاء من إرتكبوها جرائم خطيرة من العقاب ومن عداهم مجرمين، لأن ذلك يمس مصالح الدول ويؤدي إلى تعريض السلم والأمن الدوليين للتهديد.

وتضمنت إتفاقية لومي للسلام لعام ١٩٩٩^(٣٦) العفو إذ نصت على أنه: -

١- تحقيقاً للسلم الدائم في سيراليون تتخذ حكومة سيراليون الخطوات القانونية المناسبة للعفو عن العريف فوداي سنكو عفواً مطلقاً.

٢- بعد توقيع هذا الإتفاق، تمنح حكومة سيراليون أيضاً لجميع المقاتلين والمتعاونين عفواً مطلقاً فيما يتعلق بكل ما قاموا به من أعمال لبلوغ أهدافهم حتى تاريخ توقيع هذا الإتفاق.

٣- توطيداً للسلم وتعزيزاً للمصالحة الوطنية، يتعين على حكومة سيراليون عدم رفع أي دعوى رسمية أو قضائية ضد أي عضو من الجبهة المتحدة الثورية والأعضاء السابقين للقوات الثورية أو لجيش سيراليون أو قوات الدفاع المدني بشأن أي عمل قاموا به لبلوغ أهدافهم كأعضاء في هذه القوات منذ آذار/ مارس ١٩٩١ حتى تاريخ توقيع هذا الإتفاق، ويجب أن تتخذ فضلاً عن ذلك ما يلزم لتأمين حصانة المقاتلين السابقين والمنفيين وغيرهم ممن يتواجدون حالياً خارج البلد لأسباب تتعلق بالصراع المسلح، من تدابير تشريعية وغيرها من التدابير اللازمة التي تكفل لهم ممارسة حقوقهم المدنية والسياسية على نحو كامل بغية إعادة إدماجهم في المجتمع في كنف الشرعية الكاملة^(٣٧).

كما أن هناك إتفاقية أورشا للسلم في بوروندي لعام ٢٠٠٣ نصت على العفو المحدد^(٣٨)، إذ إستثنت الجرائم الخطيرة من نطاق العفو^(٣٩).

أما بالنسبة للنظام الاساس للمحكمة الجنائية الدولية بخصوص حق العفو الوارد في المادة (١١)^(٤٠)، هو العفو عن العقوبة وليس العفو الشامل عن الجريمة، الذي لا يتقرر في معظم الدول إلا بالقانون، وهو حق إقليمي للدولة ولا

يتعارض مع النظام الاساس للمحكمة الجنائية الدولية، بشرط ألا يكون الهدف من إصدار دولة ما لقوانين العفو مساعدة بعض مرتكبي جرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية من الإفلات من العقاب^(٤١).

وعليه فإن العفو عن الجرائم الدولية الخطيرة أمراً لا يبيحه القانون الدولي الجنائي، فقد أكد المجتمع الدولي على رفض الأخذ بقاعدة التقادم وأجازت التسليم في الجرائم الدولية لغرض الوصول إلى معاقبة المجرم، لذلك لا يسمح العفو عن المجرمين الدوليين.

ومما تقدم يتبين بأن الجرائم الدولية الخطيرة التي تم ذكرها في الإتفاقيات الدولية لا تنقضي بالعفو، ولا يؤثر العفو على تطبيق الولاية القضائية العالمية بخصوص هذه الجرائم.

الخاتمة

بعد أن تناولنا موضوع الدراسة الموسوم (ب) مدى تأثير الولاية القضائية العالمية بالتقادم والعفو) خلصنا الى العديد من النتائج و التوصيات منها على سبيل المثال لا الحصر:

أولاً:- النتائج

١- إنَّ التقادم نظام إجرائي تم تنظيمه في مجال التشريع الوطني إذ يقصد به أن سلطة الدولة في العقاب تنقضي بمضي مدة زمنية محددة تصبح الدعوى الجزائية مستحيلة التحريك بعد فوات المدة، كما أن الإلتزام بتنفيذ العقوبة المحكوم بها يسقط بمضي المدة الزمنية من تاريخ الحكم بها دون تنفيذ العقوبة.

٢- على الرغم من أن التقادم تم تكريسه في التشريع الوطني إلا إنه في مجال القانون الدولي الجنائي يثير اشكالية وهي عدم تحديد

عندما تناول الإختصاص الزمني للمحكمة الجنائية الدولية في المادة (١١) ولم يتطرق للعفو الشامل عن الجريمة إذ أنه يعد حق اقليمي يجي ألا يتعارض مع نظام المحكمة الجنائية الدولية ويجب أن لا يكون الغرض من إصداره مساعدة مرتكبي الجرائم الدولية في الإفلات من العقاب.

٧- قياساً على رفض المجتمع الدولي الأخذ بقاعدة التقادم بالنسبة للجرائم الدولية الخطيرة فإنه يفترض ألا يسمح بالعفو عن المجرمين الدوليين , فالجريمة الدولية الخطيرة لاتتقضي بالعفو ولا تؤثر على تطبيق الولاية القضائية العالمية.

ثانياً:- التوصيات

١- يجب أن يتم توسيع نطاق الجرائم الدولية الخطيرة التي لاتتقضي بالتقادم, وذلك من خلال تكريسها في الاتفاقيات الدولية لان جميع الجرائم الدولية يجب ألا تمر دون عقاب, اذ تحتاج إلى إتفاق دولي يحقق منعاً شاملاً يندرج فيه الجرائم الدولية كذلك العالمية التي لاتتقادم لأن هذا النوع من الجرائم يمس السلم والأمن الدوليين.

٢- ضرورة أن يتم عقد إتفاقية دولية تمنع منعاً صريحاً العفو عن الجرائم الدولية الخطيرة, لأن العفو يصدر من قبل الدولة فيجب إلا يترك دون قيود دولية بالنسبة للجرائم الدولية, إذ يتوجب على المجتمع الدولي أن يكرس جهوده لعقد إتفاقية دولية تبين الجرائم التي لا تتقضي بالعفو.

الجرائم الدولية التي لاتخضع له على وجه الدقة, ومع ذلك فإن إتفاقية عدم تقادم جرائم الحرب والجرائم المرتكبة ضد الإنسانية لعام ١٩٦٩ أكدت على أن هناك نوع من الجرائم الدولية لاتتقادم وهي الجرائم التي ذكرتها الإتفاقية , وإن الغرض من عدم قابلية جرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية للتقادم هو لتحقيق التعاون بين الشعوب في تحقيق العدالة ومكافحة الإفلات من العقاب ولحفظ السلم والأمن الدوليين.

٣- وسعت إتفاقية عدم تقادم جرائم الحرب والجرائم المرتكبة ضد الإنسانية لعام ١٩٦٩ من مفهوم جرائم الحرب وأصافت إليها جريمتي الفصل العنصري وإبادة الجنس البشري.

٤- إن النظام الاساس للمحكمة الجنائية الدولية لعام ١٩٩٨ يقضي بأن الجرائم التي تدخل في إختصاص المحكمة الجنائية الدولية لاتتقادم , كما أن الإتفاقية الاوربية بشأن عدم تقادم الجرائم ضد الإنسانية وجرائم الحرب لعام ١٩٧٤ هي الأخرى تأخذ بعدم تقادم الجرائم الدولية الخطيرة والجسيمة.

٥- على الرغم من أن العفو عن الجرائم الدولية الخطيرة لايبحىه القانون الدولي الجنائي, إلا أن هناك بعض الإتفاقيات الإقليمية تبنت العفو عن مرتكبي الجرائم الدولية الخطيرة في الحرب الأهلية, مثل إتفاقية كوتونو للسلام في ليبيريا لعام ١٩٩٣ وإتفاقية لومي للسلام لعام ١٩٩٩.

٦- إن النظام الاساس للمحكمة الجنائية الدولية تطرق لموضوع العفو عن العقوبة

الهوامش

تسمع الشكوى في الجرائم المبينة بالمادة الثالثة من هذا القانون بعد مضي ثلاثة أشهر من يوم علم المجني عليه بالجريمة أو زوال العذر القهري الذي حال دون تقديم الشكوى)).

٧- سرکوت طه رسول، التقادم الجزائي في القانون العراقي والمقارن، بحث مقدم إلى مجلس القضاء في إقليم كردستان لغرض الترقية من الصنف الرابع إلى الصنف الثالث من صنوف القضاء، بلا سنة، ص ٥٥.

٨- نصت المادة (٥١) من قانون الإجراءات الجنائية المصري رقم (٥١) لعام ١٩٥٠ المعدل على أنه: ((تنقضي الدعوى الجنائية وفي مواد الجنايات بمضي عشر سنين من يوم وقوع الجريمة وفي مواد الجنح بمضي ثلاث سنين وفي مواد المخالفات بمضي سنة ما لم ينص القانون على خلاف ذلك...)).

وكذلك فإن المادة (٥٢٨) من القانون نفسه تناولت تقادم العقوبة، إذ نصت على أن: ((تسقط العقوبة المحكوم بها في جنابة بمضي عشرين سنة ميلادية إلا عقوبة الاعدام فإنها تسقط بمضي ثلاثين سنة. وتسقط العقوبة المحكوم بها في مخالفة بمضي سنتين)).

٩- مصطفى يوسف، التقادم الجنائي وأثره الإجرائي والموضوعي، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠١٠، ص ٣١.

١٠- الجريمة الدولية، منتدى الأوراس القانوني، ٢٠٠٩، ص ٣.

بحث منشور في الانترنت على الرابط الالكتروني:-

<http://sciencesjuridiques.ahlamontada.net/7226-topic>.

١١- حسين إبراهيم صالح سيد، الجريمة الدولية - دراسة تحليلية تطبيقية، دار النهضة العربية، القاهرة، بلا سنة، ص ١٤١.

١٢- نزار عمروش، المحكمة الجنائية الدولية في مواجهة المحاكم الوطنية، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق - بن عكوف/ جامعة الجزائر، الجزائر، ٢٠١١، ص ٤٠.

١٣- المادة (١) من اتفاقية عدم تقادم جرائم الحرب والجرائم المرتكبة ضد الإنسانية لعام ١٩٦٨.

١٤- حسنين إبراهيم صالح سيد، مصدر سابق، ص ١٤٣.

١٥- أشرف محمد لاشين، النظرة العامة للجريمة الدولية ((دراسة تحليلية تأصيلية))، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠١٢، ص ٧٣٧.

١- عضيد عزت حمد، مفهوم التقادم مع بعض التطبيقات القضائية في العراق، مجلة الحقوق، المجلد (١٦)، الاصدار (٢)، كلية الحقوق - جامعة النهدين، بغداد، ٢٠١٤، ص ١٩٩.

٢- براء منذر كمال عبد اللطيف، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، ط(٥)، مطبعة يادكار، السليمانية، ٢٠١٦، ص ٦٢.

٣- مجلاد ساير السيعات الظفيري، التقادم كسبب لإنقضاء الدعوى الجنائية ((دراسة مقارنة))، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦، ص ٢٩.

٤- عرف القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لعام ١٩٥١ المعدل التقادم المكسب في المادة (١١٥٨) إذ نصت على أن: ((من حاز منقولاً أو عقاراً غير مسجل في دائرة التسجيل العقاري باعتباره مالكاً أو حائزاً حقاً عينياً على منقول أو حقاً عينياً غير مسجل على عقار واستمرت حيازته دون إنقطاع خمس عشرة سنة فلا تسمع عليه عند الإنكار دعوى الملك أو دعوى الحق العيني من أحد ليس بذوي عذر شرعي.

٢- إذا وقعت الحيازة على عقار أو حق عيني عقاري وكان غير مسجل في دائرة التسجيل العقاري، وإقترنت الحيازة بحسن النية وإستندت في الوقت ذاته إلى سبب صحيح فإن المدة التي تمنع من سماع الدعوى تكون خمس سنوات، ولا يشترط توافر حسن النية، إلا في وقت تلقي الحق)).

وقد عرفت المادة (٤٢٩) من القانون نفسه التقادم المسقط إذ نصت على أن: ((الدعوى بالإنلزام أياً كان سببه لا تسمع على المنكر بعد تركها من غير عذر شرعي خمس عشرة سنة مع مراعاة ما ورد فيه من أحكام خاصة)).

٥- ورد في قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني رقم (٩) لعام ١٩٦١ التقادم المسقط للدعوى في المادة (٣٣٨) الفقرة (١) إذ نصت على أنه: ((تسقط دعوى الحق العام ودعوى الحق الشخصي بإنقضاء عشر سنوات من تاريخ وقوع الجريمة إذا لم تجد ملاحقة بشأنها خلال تلك المدة)) كما عرفت المادة (٣٤١) الفقرة (١) تقادم العقوبة، إذ نصت على أن: ((تقادم الدعوى يحول دون تنفيذ العقوبة وتدابير الإحتراز)).

٦- نصت المادة (٦) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (٢٣) لعام ١٩٧١ على أن: ((لا

٢٧- نصت المادة (١) من قانون العفو العام رقم (١٩) لعام ٢٠٠٨ المنشور في الوقائع العراقية بالعدد (٤٠٦٥) على إنه: ((يُعفى عفواً عاماً المحكومين العراقيون ومن كان مقيماً في العراق عما تبقى من مدد محكومياتهم ويطلق سراحهم بقرار من اللجنة المشكلة بموجب المادة (٥) من هذا القانون)).

كما نصت المادة (٢) من القانون ذاته على إنه: ((يستثنى من حكم المادة (١) من هذا القانون ما يأتي:

أولاً- المحكومون بالإعدام بموجب قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩.

ثانياً- المحكومون عن الجرائم الآتية:-

أ- الجرائم المنصوص عليها في الفقرة (ثانياً) من المادة (١) من قانون المحكمة الجنائية العراقية العليا رقم (١٠) لسنة ٢٠٠٥.

ب- جرائم الارهاب إذا نشأ منها قتل أو عاهة مستديمة.

ج- جرائم القتل العمد.

د- جرائم القتل الخطأ التي لم يتنازل ذوو العلاقة فيها عن حقوقهم الشخصية.

هـ- جرائم خطف الأشخاص.

و- جرائم السرقة المقرنة بظرف مشدد.

ز- جرائم إختلاس أموال الدولة أو تخريبها عمداً.

ح- جرائم الإغتصاب والواط.

ط- جرائم الزنا بالمحارم.

ي- جرائم تزييف العملة العراقية أو الأجنبية وجرائم تزوير المحررات الرسمية.

ك- جرائم المخدرات.

ل- جرائم تهريب الآثار.

م- الجنايات المنصوص عليها في قانون العقوبات العسكري/ رقم (١٩) لسنة (٢٠٠٧)).

٢٨- عبد الحكيم فودة، إنقضاء الدعوى الجنائية وسقوط عقوبتها، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٥، ص ٤٣.

٢٩- إبراهيم محمد إبراهيم محمد التمساحي، إختصاص القضاء الجنائي بالفصل في المسائل الأولية والمسائل الفرعية، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق - جامعة بنها، مصر، ٢٠٠٦، ص ٣٠٥.

١٦- عبد الله علي عيو سلطان، دور القانون الدولي الجنائي في حماية حقوق الانسان، دار دجلة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٠، ص ١٢٢.

١٧- نصت المادة (٢٩) من النظام الاساس للمحكمة الجنائية الدولية لعام ١٩٩٨ على أنه: ((لا تسقط الجرائم التي تدخل في إختصاص المحكمة بالتقدم اياً كانت أحكامه)).

١٨- خليل حسين، الجرائم والمحاكم في القانون الدولي الجنائي - المسؤولية الجنائية للروؤساء والأفراد، دار المنهل اللبناني، بيروت، ٢٠٠٩، ص ٧٠.

١٩- نزار عمروش، مصدر سابق، ص ٤١.

٢٠- أشرف محمد لاشين، مصدر سابق، ص ٧٣٨.

٢١- كمال علي حسين، التنظيم الدستوري لإصدار العفو الخاص في ظل دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ ((دراسة مقارنة))، مجلة جامعة ذي قار العلمية، مجلد (١٠)، العدد (٤)، جامعة ذي قار، ذي قار، ٢٠١٥، ص ٤٥.

٢٢- ضياء عبد الله، العفو كسبب من أسباب إنقضاء الدعوى الجزائية في قانون أصول المحاكمات العراقي النافذ، مجلة رسالة الحقوق، السنة (٣)، العدد (٢)، جامعة كربلاء، كربلاء، ٢٠١١، ص ٢٤.

٢٣- عبد الله علي عيو وأمجد علي حسين، تدابير العفو في دول ما بعد النزاع، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، مجلد (٥)، الإصدار (١٧)، جامعة كركوك، كركوك، ٢٠١٦، ص ٥٥٦.

٢٤- عبد الرحمن تيشورى، العفو العام والعفو الخاص والعلاقة بينهما؟؟، الحوار المتمدن، العدد ١٤٩٤، ٢٠٠٦، ص ١٦.

مقال منشور على الانترنت على الرابط الالكتروني:-

<http://www.ahewar.org/debafshow.art.asp?aid=59933>.

٢٥- عبد الله علي عيو وأمجد علي حسين، مصدر سابق، ص ٥٤٥.

٢٦- مصطفى صخري، العفو العام: الشروط والآثار، ٢٠١١، ص ٦٢.

بحث منشور في الأنترنت على الرابط الالكتروني:

<http://mustaphasakhri.blogspot.com/2011/06/blog-post11.html>

٣٠- عبد الرحمن تيشوري، مصدر سابق، ص ١.

٣١- ضياء عبد الله، مصدر سابق، ص ٢٦.

٣٢- محمد علي سالم جاسم وصالح شريف مكتوب، إشكاليات تطبيق قانون العفو العام وموقف القضاء العراقي، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، المجلد (٦)، الإصدار (١)، جامعة بابل، بابل، ٢٠١٤، ص ٨.

٣٣- عبد الله علي عبود وأمجد علي حسين، مصدر سابق، ص ٥٤١.

٣٤- أودت الحرب الأهلية في ليبيريا بحياة حوالي ١٥٠,٠٠٠ شخص من المدنيين وأودت إلى انهيار كامل للقانون والنظام، كذلك أدت إلى تشريد الآلاف من الأشخاص داخلياً وعبر الحدود مما أسفر عن عدد كبير من اللاجئين في البلدان المجاورة، وصل إلى حوالي ٨٥٠,٠٠٠ لاجئ، وكان القتال قد بدأ في أواخر ١٩٨٩، وبحلول وقت مبكر من ١٩٩٠ وقعت المئات من الوفيات بالفعل، في مواجهات بين قوات الحكومة ومقاتلين زعموا عضويتهم في مجموعة معارضة إسمها الجبهة الوطنية لليبيريا (NPFL)، والتي كان يقودها مسؤول حكومي سابق هو السيد تشارلز تيلر، وفي بداية الصراع قامت منظمة دون إقليمية، هي المجموعة الاقتصادية لدول غرب أفريقيا (ECOWAS) بعدة مبادرات تهدف إلى التسوية السلمية، كما وأيدت الأمم المتحدة الإكواس في سعيها لإنهاء الحرب الأهلية، وتضمنت هذه الجهود إقامة قوة مراقبة في عام ١٩٩٠ تابعة للإكواس بإسم مجموعة المراقبة العسكرية (ECOMOG)، وفرض مجلس الأمن في عام ١٩٩٢ حظراً على السلاح في ليبيريا، وعين الأمين العام مثلاً خاصاً للمساعدة في المحادثات بين الإكواس والأطراف المتحاربة، وبعد أن تفاوضت الإكواس على إتفاق سلام في كوتونو عام ١٩٩٣، أنشأ مجلس الأمن بعثة مراقبي الأمم المتحدة في ليبيريا (UNOMIL)، وكانت مهمتها أن تدعم (ECOMOG) في تنفيذ إتفاقية كوتونو للسلام خاصة الامتثال للإتفاق والتنفيذ المحايد من كل الأطراف

- معلومة أساسية حول بعثة الأمم المتحدة في ليبيريا، بعثة الأمم المتحدة في ليبيريا، مقال منشور في

الانترنت على الموقع الإلكتروني:-

<http://www.un.org/ar/Peacekeeping/#missions/unmil/bac=kground.shtml>

٣٥- المادة (١٩) من إتفاقية كوتونو للسلام لعام ١٩٩٣.

٣٦- عقدت هذه الإتفاقية في لومي عاصمة توغو في ٧/ تموز عام ١٩٩٩، وقد بدأت الاجتماعات التي سبقت هذه الإتفاقية من ٢٥/ أيار ١٩٩٩ لغاية ٧/ تموز ١٩٩٩، تحت رعاية الرئيس «غنا سينغي إياديما» رئيس الجماعة الاقتصادية لدول غرب أفريقيا، وقد تمت هذه الإتفاقية بين الأطراف المتحاربة في الحرب الأهلية بسيراليون، كما وقع عليها «أحمد تيجان كيه» ممثل حكومة سيراليون وزعيم الجبهة الثورية المتحدة للعفو، إذ جاءت هذه الإتفاقية لعدة أهداف أهمها إقامة سلام وأمن دائمين في سيراليون.

- رسالة مؤرخة في ١٢/ تموز ١٩٩٩ وموجهة إلى رئيس مجلس الأمن من ممثل توغو، الأمم المتحدة، وثيقة مجلس الأمن ٢٠٥٩-٩٩، ٧٧٧، S/١٩٩٩، ص ٢.

٣٧- المادة (٩) من إتفاقية لومي للسلام لعام ١٩٩٩.

٣٨- نصت المادة (٢٦) من إتفاقية أورشا للسلام في بوروندي لعام ٢٠٠٣ على أنه: ((يجوز منح العفو على جميع المقاتلين من الأحزاب والحركات السياسية عن الجرائم التي ارتكبت نتيجة مشاركتهم في النزاع، باستثناء الجرائم المتعلقة بالإبادة الجماعية والجرائم ضد الإنسانية وجرائم الحرب)).

٣٩- عبد الله علي عبود وأمجد علي حسين، مصدر سابق، ص ٥٥٤.

٤٠- نصت المادة (١١) من النظام الاساس للمحكمة الجنائية الدولية لعام ١٩٩٨ فيما يتعلق بالاختصاص الزمني بأنه: ((١- ليس للمحكمة إختصاص إلا فيما يتعلق بالجرائم التي ترتكب بعد بدء نفاذ هذا النظام الاساس

٢- إذا أصبحت دولة من الدول طرفاً في هذا النظام الاساس بعد بدء نفاذه، لايجوز للمحكمة أن تمارس إختصاصها إلا فيما يتعلق بالجرائم التي ترتكب بعد بدء نفاذ هذا النظام بالنسبة لتلك الدولة، مالم تكن الدولة قد أصدرت إعلاناً بموجب الفقرة ٣ من المادة (١٢)).

٤١- خليل حسين، مصدر سابق، ص ٧١.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً:- الكتب

الترقية من الصنف الرابع إلى الصنف الثالث من صنوف القضاء، بلا سنة.

٢- ضياء عبد الله، العفو كسبب من أسباب إنقضاء الدعوى الجزائية في قانون أصول المحاكمات العراقي النافذ، مجلة رسالة الحقوق، السنة (٣)، العدد(٢)، جامعة كربلاء، كربلاء، ٢٠١١.

٣- عبد الله علي عبو وأمجد علي حسين، تدايير العفو في دول ما بعد النزاع، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، مجلد (٥)، الاصدار (١٧)، جامعة كركوك، كركوك، ٢٠١٦.

٤- عضيد عزت حمد، مفهوم التقادم مع بعض التطبيقات القضائية في العراق، مجلة الحقوق، المجلد (١٦)، الاصدار (٢)، كلية الحقوق- جامعة النهرين، بغداد، ٢٠١٤.

٥- كمال علي حسين، التنظيم الدستوري لإصدار العفو الخاص في ظل دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ ((دراسة مقارنة))، مجلة جامعة ذي قار العلمية، مجلد (١٠)، العدد (٤)، جامعة ذي قار، ذي قار، ٢٠١٥.

٦- محمد علي سالم جاسم وصالح شريف مكتوب، إشكاليات تطبيق قانون العفو العام وموقف القضاء العراقي، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، المجلد (٦)، الاصدار (١)، جامعة بابل، بابل، ٢٠١٤.

ثالثاً:- الرسائل والأطاريح

١- إبراهيم محمد إبراهيم محمد التمساحي، إختصاص القضاء الجنائي بالفصل في المسائل الأولية والمسائل الفرعية، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق - جامعة بنها، مصر، ٢٠٠٦.

١- أشرف محمد لاشين، النظرة العامة للجريمة الدولية ((دراسة تحليلية تأصيلية))، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠١٢.

٢- براء منذر كمال عبد اللطيف، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، ط(٥)، مطبعة يادكار، السلمانية، ٢٠١٦.

٣- حسين إبراهيم صالح، الجريمة الدولية- دراسة تحليلية تطبيقية، دار النهضة العربية، القاهرة، بلا سنة.

٤- خليل حسين، الجرائم والمحاكم في القانون الدولي الجنائي - المسؤولية الجنائية للرؤساء والأفراد، دار المنهل اللبناني، بيروت، ٢٠٠٩.

٥- عبد الحكيم فودة، إنقضاء الدعوى الجنائية وسقوط عقوبتها، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٥.

٦- عبد الله علي عبو سلطان، دور القانون الدولي الجنائي في حماية حقوق الانسان، دار دجلة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٠.

٧- مجلاد سابر السيعات الظفيري، التقادم كسبب لإنقضاء الدعوى الجنائية ((دراسة مقارنة))، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦.

٨- مصطفى يوسف، التقادم الجنائي وأثره الإجرائي والموضوعي، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠١٠.

ثانياً:- البحوث والدراسات

١- سر كوت طه رسول، التقادم الجزائي في القانون العراقي والمقارن، بحث مقدم إلى مجلس القضاء في إقليم كردستان لغرض

ahlamontada.net/t726-topic

٢- عبد الرحمن تيشوري، العفو العام والعفو الخاص والعلاقة بينهما؟؟، الحوار المتمدن، العدد ١٤٩٤، ٢٠٠٦، ص ١٦

مقال منشور على الانترنت على الرابط
الالكتروني:-

<http://www.ahewar.org/debaf-show.art.asp?aid=59933>

٣- مصطفى صخري، العفو العام: الشروط والآثار، ٢٠١١، ص ٦٢

بحث منشور في الأنترنت على الرابط
الالكتروني:

<http://mustaphasakhri.blogspot.com/2011/og/blog-post11.html>

٤- معلومة أساسية حول بعثة الأمم المتحدة في ليبيريا، بعثة الأمم المتحدة في ليبيريا، مقال منشور في الأنترنت على الموقع الالكتروني:-

<http://www.un.org/ar/Peace-keeping/missions/unmil/bac==kground.shtml#>

٣- نزار عمروش، المحكمة الجنائية الدولية في مواجهة المحاكم الوطنية، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق - بن عكوف/ جامعة الجزائر، الجزائر، ٢٠١١.

رابعاً:- التشريعات الوطنية والإتفاقيات الدولية
١- قانون الاجراءات الجنائية المصري رقم (٥١) لعام ١٩٥٠ المعدل.

٢- القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لعام ١٩٥١ المعدل .

٣- قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني رقم (٩) لعام ١٩٦١.

٤- من إتفاقية عدم تقادم جرائم الحرب والجرائم المرتكبة ضد الإنسانية لعام ١٩٦٨.

٥- قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (٢٣) لعام ١٩٧١.

٦- إتفاقية كوتونو للسلام لعام ١٩٩٣.

٧- النظام الاساس للمحكمة الجنائية الدولية لعام ١٩٩٨.

٨- إتفاقية لومي للسلام لعام ١٩٩٩.

٩- إتفاقية أورشا للسلام في بوروندي لعام ٢٠٠٣.

١٠- قانون العفو العام العراقي رقم (١٩) لعام ٢٠٠٨.

خامساً:- الإنترنت

١- الجريمة الدولية، منتدى الأوراس القانوني، ٢٠٠٩، ص ٣

٢- بحث منشور في الانترنت على الرابط
الالكتروني:-

<http://sciencesjuridiques>.

The extent to which universal jurisdiction is affected by statute of limitations and amnesty

Asst.Prof.Dr.Luma A.Mahmood*

Asst.Lectur.Maraw I. Mohammed**

Abstract

To bring to justice the perpetrators of serious international crimes is an imperative for international efforts to achieve international peace and security. It is important to ensure respect for international law and to prevent anyone above the law from achieving justice by redressing victims. Universal jurisdiction is an important means of combating impunity. The jurisdiction of the national courts of states to prosecute perpetrators of serious violations, regardless of where the crime took place, the nationality of the perpetrator or the nationality of the victim, should not be limited. The statute of limitations and amnesty for such crimes should not be an obstacle to the application of universal jurisdiction. Its position on the adoption of statute of limitations or amnesty for serious international crimes and its subordination to universal jurisdiction, If the International Convention does not limit the age of pardon for international crimes, it is no obstacle to the application of universal jurisd

(*) Baghdad University/College Of Law

(**) Al-Nahreen Univesity/College Of Right

الرقابة القضائية على أعمال الحرب

أ.م.د. محمد عزت فاضل (*)

أ.م.د. قيدار عبد القادر صالح (**)

المقدمة

لا يمكن ان تستمر العلاقات ما بين الدول والأشخاص الدولية الأخرى في المجتمع الدولي على نحو ثابت، بل تتغير بحسب تغير المصالح السياسية والاقتصادية والاجتماعية، وكثيراً ما يتولد عنها نزاعات دولية تدفع باتجاه الحرب في سبيل فرض إرادة جهة على أخرى، وتتطلب غالبية الدساتير ضرورة صدور إعلان رسمي بإعلان الحرب، قبل اللجوء إليها من قبل السلطة المختصة قانوناً، فإذا ما صدر فذلك ينشأ عنه اتخاذ مجموعة تدابير قد تتصل بأعمال القتال بصورة مباشرة أو غير مباشرة، وهو ما دفعنا نحو دراسة الرقابة القضائية على أعمال الحرب.

ويهدف البحث إلى تحديد طبيعة أعمال الحرب الخاضعة لرقابة القضاء، ومعالجة الثغرات القانونية التي تنشأ عن ذلك من أجل بيان حدود رقابة القضاء.

وتدور إشكالية البحث حول الإجابة على عدد من التساؤلات الآتية :

١. ما طبيعة قرار إعلان الحرب وما يستتبعه من تدابير؟ .

٢. ما هي الضوابط التي رسمها القضاء

الملخص

يميل الفقه والقضاء في فرنسا ومصر والعراق الى استبعاد قرار اعلان الحرب على الرقابة القضائية لتعلقه بالعلاقات الخارجية للدولة، فضلاً عن اشتراك أكثر من سلطة في إصداره . بينما عد القضاء الحديث لمجلس الدولة الفرنسي تدابير الحرب من اعمال السيادة بشرط أن تتصل مباشرة بأعمال القتال.

وفي الولايات المتحدة الامريكية تخضع الاعمال الحربية المقيدة التي تحتاج الى تفويض تشريعي لرقابة القضاء، بينما الاعمال غير المقيدة لا تخضع لرقابة القضاء طالما اتخذت لعداات سياسية وكانت تقديرية.

وفي مصر فالاعمال المتعلقة بالقتال بصفة مباشرة لا تخضع لرقابة القضاء وكان مجالها خارج الدولة وموجه ضد رعايا الاعداء، كما اعطى مجلس الدولة صفة السيادة على الاعمال الحربية التي تتخذ من قبل العدو.

بينما في العراق عدت محكمة التمييز كل المسائل المتعلقة بالحرب هي اعمال السيادة.

(*)(**) جامعة الموصل / كلية الحقوق

المقارن في الرقابة على أعمال الحرب في ضوء التوجهات التي مر فيها ؟ .

٣. ما مدى كفاية تلك الرقابة لحماية حقوق الأفراد ؟ وكيف يمكن تطوير ذلك ؟ .

وانسجاماً مع إشكالية البحث فإن دراسة الموضوع تنطلق من فرضية قوامها أن سلطة الإدارة في الأعمال الحربية ليست مطلقة، بل تحدّها مجموعة ضوابط تطلبها القضاء في الحد من طبيعتها السيادية لصالح حقوق الأفراد من أجل التفاضلي عنها، ولا تمنع تلك الأعمال من أن يفحص القضاء كل عمل على حده لبيان مدى عدّه عملاً من أعمال السيادة من عدمه .

وتم دراسة موضوع البحث في نطاق موقف القضاء العراقي والمقارن بالقضاء في الولايات المتحدة الامريكية، وفرنسا، ومصر، ولبنان من أجل الإحاطة الكاملة بالموضوع.

ولأجل ذلك اعتمدنا في دراسة الموضوع المنهج التحليلي القائم على عرض الآراء الفقهية وتحليلها، فضلاً عن دراسة موقف القضاء المقارن والعراقي وتحليله وبيان الرأي عند اللزوم.

وتم تقسيم البحث على ثلاث مباحث : الأول بحث مفهوم أعمال الحرب، بينما الثاني تناول موقف القضاء الامريكي والفرنسي من اعمال الحرب، في حين درس الثالث موقف القضاء في بعض البلاد العربية، ومن ثم نختم بأهم النتائج التي توصلنا إليها بالبحث.

المبحث الأول

مفهوم أعمال الحرب

قد تقتضي مصلحة الدولة لتحقيق أغراض معينة سياسية أو اقتصادية أو نحو ذلك إلى القيام بعمل مسلح، فيتخذ شكل " الحرب"، وما يتبعها من أعمال، مما يقتضي دراسة مفهوم أعمال الحرب من إذ التعريف بالحرب وأعمالها، وذلك كما في المطالب الآتية :

المطلب الأول

تعريف بالحرب

لغرض الوقوف على معنى الحرب وما يتصل بها من أعمال، فإن الأمر يتطلب تحديد معنى الحرب من الناحية اللغوية والإصطلاحية وذلك على النحو الآتي :-

أولاً:- الحرب لغةً :- تأتي كلمة " الحرب " في اللغة العربية بمعانٍ، عدة منها أنها تأتي بمعنى صَدْرُ المجلس ومنه محراب المكان أو الغرفة^(١)، وأيضاً بمعنى نقيض السلم، وقيل رجل حَرْبٌ ومحَرَّبٌ، بكسر الميم ومحرابٌ : شديد الحَرْبِ : شجاع^(٢).

ثانياً:- الحرب اصطلاحاً :- اختلف الفقه في تحديد معنى الحرب اصطلاحاً إلى تعاريف متعددة، فقد عرفت بأنها : (نزاع مسلح ينشأ بين دولتين أو أكثر لأسباب سياسية أو دينية أو اقتصادية أو إقليمية)^(٣)، ويلاحظ على هذا التعريف أنه يقصر نطاق الحرب من إذ الأشخاص على الدول فحسب، من دون الجماعات الأخرى التي لها وصف الشخص الدولي .

يوسع من اطراف الحرب ليشمل اية مجموعات ليس لها صفة الدولة ويكفي ان تستخدم عنفاً منظماً. وعرف آخرون الحرب بانها(جملة أعمال القوة التي تقوم بها دولة أو جماعة دولية لإجبار الخصم على الانصياع لإرادتها)^(٧).

في تقديرنا أن هذا التعريف هو الأقرب إلى حقيقة معنى الحرب في القانون الدولي، ولاسيما أن أشخاصه لم تعد تقتصر على الدول فحسب، بل الجماعات الأخرى غير الدولة كالثوار والمحاربين وغيرهم .

المطلب الثاني

أعمال الحرب

أن الدخول في حرب ما يتطلب صدور قرار رسمي بإعلانها وما يترتب عليه من أعمال او تدابير، مما يتطلب دراسة قرار إعلان الحرب مع بيان طبيعته، ثم دراسة أعمال الحرب وذلك على النحو الآتي :

اولاً: قرار إعلان الحرب :

يمثل هذا القرار تصريحاً رسمياً يصدر عن السلطة المختصة داخل الدولة يتضمن بأن حالة الحرب ستقع اثناء مدة معينة ما لم يستجب الطرف الآخر لمطالبها وبما يتلاءم مع مصالحها^(٨). وبالرجوع الى الدول المقارنة فان الحرب وفق الدستور الامريكي لسنة ١٧٨٧ تعلن من الكونغرس بأغلبية ثلثي اعضاء المجلسين^(٩). وكذلك الحال في فرنسا^(١٠). بينما تعلن الحرب وفق الدستور المصري لسنة ٢٠١٤ من قبل رئيس الجمهورية بعد أخذ رأى مجلس الدفاع الوطني، وموافقة مجلس النواب بأغلبية ثلثي الأعضاء^(١١). وتعلن من

كما عرفت الحرب أيضاً (حالة عداة تنشأ بين دولتين أو أكثر وتنتهي حالة السلام بينهما، وتستخدم فيها القوات المسلحة في نضال مسلح تحاول فيه كل دولة إحراز النصر على أعدائها، ومن ثم فرض إرادتها عليهم وإملاء شروطها المختلفة من أجل السلام)، وعرفت أيضاً بانها(نزاع مسلح يقوم بين القوات المسلحة لدولتين أو أكثر إذا توافرت لدى أحدهما أو لديهما جميعاً إرادة إنهاء ما يقوم بينهما من علاقات سلمية ويفرض الدفاع عن المصالح القومية)^(٤).

ويلاحظ على التعريف الاول والثاني انهما جاءا بصياغة تفتقر الى الإيجاز والشمول في تحديد المراد، فضلاً عن تضيق مدلول الحرب ليشمل الدول فقط.

وذهب رأي إلى تعريف الحرب على أساس أشكالها، فيعرفها بانها(عمل عسكري تقوم به دولة في مواجهة دولة أخرى سواء أكانت هذه الحرب للدفاع عن نفسها من غزو خارجي وهنا تسمى حرباً دفاعية، أو هجوماً على دولة أخرى، وهنا تسمى حرباً هجومية). ونرى أن بيان معنى محدد للحرب يتطلب التركيز على ذاتيتها، أي أن كل تعريف يتطلب تحديده معناه بذاته من دون الدخول في تقسيماته وتفصيله^(٥).

كما عرفت الحرب بانها (اشتباك عنيف بين المصالح أو بين مجموعات المنظمات التي تتسم باستخدام القوة العسكرية التي تتخذ شكل الدول القومية، وقد تشمل أيضاً أي مجموعة غير حكومية مثل ائتلاف دولي أو فصيل داخل أو خارج للدولة مع مصالحها السياسية الخاصة والقدرة على توليد العنف المنظم على نطاق كاف لأهمية)^(٦). ويلاحظ على هذا التعريف أنه

قبل مجلس الوزراء وفق الدستور اللبناني لسنة ١٩٢٦ المعدل^(١٢). بينما نص دستور العراق لسنة ٢٠٠٥ على اختصاص مجلس النواب بالموافقة على إعلان الحرب بأغلبية ثلثي أعضائه بناءً على طلب مشترك من رئيس الجمهورية ورئيس الوزراء^(١٣).

والسؤال الوارد لدينا هو: ما مدى رقابة القضاء على قرار إعلان الحرب ومن ثم إمكانية عده من أعمال الإدارة العادية؟

من نافلة القول إن أعمال السيادة (أعمال الحكومة) هي تلك الأعمال الصادرة من السلطة التنفيذية، التي لا تكون محلاً للطعن أمام القضاء بالإلغاء أو التعويض، والتي يتولى القضاء تحديدها حسب الرأي الراجح في الفقه والقضاء^(١٤).

ويتفق الفقه والقضاء الإداري على عد قرار إعلان الحرب من أعمال السيادة التي لا تخضع لأية رقابة قضائية سواء بالإلغاء أو التعويض، وقد برر البعض موقف القضاء الراض للرقابة على ذلك القرار إلى كونه يتصل بالعلاقات الخارجية للدولة، أي أن العلاقات الدولية تبدو أعلى درجاتها في النزاع بين الدول^(١٥). كما أنه تشترك أكثر من سلطة في اتخاذ القرار (كالسلطة التشريعية) مما يجعله عملاً سياسياً لا إدارياً، إذ يذهب السيد جان فرانسو هنري مفوض الحكومة في مجلس الدولة الفرنسي، بصدد المادة (١٦) من الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨ المتعلقة بتعرض سلامة الأراضي أو المؤسسات العامة للخطر، إلى أن قرارات المادة (١٦) تعد من قبل أعمال السيادة لأنها من اختصاص السلطات الدستورية في علاقتها ببعضها البعض^(١٦). وذلك ما ذهب إليه الفقه

المصري ومنهم د. يحيى الجمل الذي يرى أنه لطالما تعلق الأمر بالتنظيم الدستوري وبالعلاقة بين السلطات فإن العمل يعد من أعمال السيادة^(١٧).

وفي الولايات المتحدة الامريكية اثار الحرب في فيتنام وجنوب شرق آسيا عشرات من الدعاوى القضائية، للطعن في سلطة الرئيس في شن حرب من دون إعلان رسمي أو تفويض صريح من الكونغرس، وفي البداية رفضت المحاكم الفيدرالية هذه الحالات على أساس أنها تشكل مسألة سياسية، لكن بحلول أوائل ١٩٧٠ بدأت تلك المحاكم مستعدة للتوصل إلى الأسس الموضوعية الدستورية^(١٨).

وفي قرار للمحكمة الدستورية العليا في مصر بتاريخ ٥ فبراير ١٩٧٧ أكد فيه (إن حكمة استبعاد أعمال السيادة من ولاية القضاء أنها تتصل بسيادة الدولة في الداخل والخارج....)^(١٩)، مما يدل على عد قرار إعلان الحرب من أعمال السيادة، بالنظر لسماته المتصفه بالطابع الدولي .

وهذا ما ذهب إليه قضاء محكمة التمييز في العراق أيضاً في قرار لها بأن (أعمال السيادة حسبما جرى عليه الفقه والقضاء هي تلك الأعمال التي تصدر عن الحكومة بعدها سلطة حكم لا سلطة إدارة لتنظيم علاقتها بالسلطات الأخرى ...) ^(٢٠).

وفي ذلك ذهب غالبية الفقه العراقي إلى أنه يتوجب على القضاء عدم البحث في شرعية قرار إعلان الحرب بالنظر لصفته السيادية، كما يذهب رأي إلى أن ذلك لا يقتصر على ذلك الإعلان فحسب، بل يشمل أيضاً قرار إنهاء

الحرب بوصفه من المسائل التي تستقل السلطة التنفيذية في تقديرها، بل لا داع لاستحصال موافقة البرلمان على إيقافها^(٢١)، وهو ما نؤيده إذ ليس لأي من القضاء والبرلمان بالنظر لوظيفتهما الأصلية تقدير هكذا جوانب سياسية محضة، وليس لهما مصلحة في استمرار الحرب .

ثانياً: تدابير الحرب :

يترتب على إعلان الحرب اتخاذ العديد من التدابير التي كثيراً ما تلجأ إليها السلطة التنفيذية والتي تمس رعاياها ورعايا الأعداء ورعايا الدول الأخرى، وما ينشأ عن الحرب من أضرار نتيجة العمليات العسكرية كالاستيلاء على الأموال وإخضاع الرعايا الأعداء لنظام بوليسي خاص كاعتقالهم في معسكرات خاصة^(٢٢). وفي ذلك نلاحظ أن قانون تدابير الحرب الكندي الصادر في ١٨ اغسطس لسنة ١٩١٤ منح بعض الصلاحيات للحاكم في حالة نشوب حرب وتشمل الرقابة والسيطرة وقمع وقائي قوي من المنشورات والكتابات والخرائط والخطط، والصور، والاتصالات، وكذلك الاعتقال والاحتجاز والإقصاء والإبعاد، والسيطرة على المرافئ والموانئ والمياه الإقليمية وتحركات السفن، والسيطرة على وسائل نقل الناس والأشياء، وأخذ الاملاك^(٢٣).

وترجع فكرة التدابير الى نظرية الحرب ذاتها التي تعد جميع أعمالها أعمالاً خاصة، مما يجعل إدارة الحرب تتم لدعم أهداف السياسة، وتجري على مستويات عدة في وقت واحد، وان القرارات الضرورية هي لازمة لسير الحرب التي تمثل صراعاً بين الإرادات المتعارضة،

إذ ان كل طرف عليه ان يتخذ تدابير في ضوء ردود الفعل الانتقامية المتوقعة للطرف الاخر، كما يؤثر الوقت كعامل حاسم في فعالية صنع القرار في كثير من الأحيان، ويتطلب تنفيذ القرارات السرعة باستمرار لتحقيق أسرع المكاسب^(٢٤).

لذا فان التدابير تتسع لتشمل اعتقال المدنيين وتشريد السكان والإجلاء العسكري، التي تؤثر على حقوق ومصالح الأفراد، مما جعل المجتمع الدولي يتجه نحو إحاطة تلك التدابير باتفاقيات دولية كاتفاقيات لاهاي ١٨٩٩-١٩٠٧ واتفاقية جنيف لعام ١٩٤٩ والبروتوكولات الملحقة بهما، وإذا كان ذلك على الصعيد الدولي، الذي وضع عدة ضمانات للأعمال الحربية، ويترتب على الانتهاك الجسيم لها انها تعد من قبيل جرائم الحرب وفقاً لأحكام للقانون الدولي^(٢٥). فما هو موقف القضاء الوطني من طبيعة أعمال الحرب، وما اذا كانت تخضع للقواعد العامة التي تحكم أعمال الإدارة في الظروف غير العادية والتي تتمثل بضرورة أن تنقيد بعدات الصالح العام وأن تقدر بقدرها وأن تكون مناسبة وملائمتها عن طريق الوسيلة والهدف^(٢٦). مما يتطلب بيان مدى طبيعة أعمال الحرب – أي تدابير الحرب والتي لا تتخذ الا حينما تبدأ الحرب- في ضوء موقف القضاء المقارن والعراقي. ولاسيما تلك المتعلقة بالتدابير الخاصة برعايا الدولة المتحاربة ورعايا العدو والدولة المحايدة والأضرار الحربية، بينما يتجه غالبية الفقه إلى عد تدابير إدارة العمليات العسكرية من قبيل أعمال السيادة التي لا يمكن فصلها عن الطبيعة السياسية للعلاقات الدولية، والتي تبدو أقصى درجاتها في النزاع بين الدول، مما يتعين على الفرد التضحية بمصلحته الخاصة لغرض

إعلاء المصلحة العامة، التي تتمثل بسلامة أمن
وكيان الدولة^(٢٧).

في ضوء ما تقدم أن الحرب تمثل أعمال
القوة العسكرية التي تقوم بها دولة أو جماعة
دولية لإجبار الخصم على الانصياع لإرادتها،
ويرتبط بها ضرورة صدور قرار بإعلان
الحرب وما يتبعها من تدابير عسكرية، مما
يتطلب بيان موقف القضاء من طبيعتها.

المبحث الثاني

موقف القضاء الأمريكي والفرنسي من أعمال الحرب

سنتناول في هذا المبحث موقف كل من
القضاء الأمريكي والفرنسي من أعمال الحرب
وكما في المطلبين الآتيين:

المطلب الاول

موقف القضاء الأمريكي

يعود لرئيس الدولة في الولايات المتحدة
الأمريكية سلطة اتخاذ تدابير الحرب من دون
الرجوع للكونغرس على وفق رأي المحكمة
العليا في قضية Dol V. The Merchant
Marine Insuran Company عام ١٨٦٢^(٢٨)، ثم قام الكونغرس بتقييد بعض
سلطات الرئيس بإقراره قانون سلطات الحرب
١٩٧٣ (منتقضاً فيتو الرئيس نيكسون آنذاك)،
إذ اشترط على الرئيس عدة شروط هي :- أن
يتشاور مع الكونغرس قبل إرساله القوات
للقتال خارج الحدود ، وأن يُعلم الكونغرس
في غضون (٤٨) ساعة من إرسال القوات
مبيناً الأسباب التي تقف وراء القرار ، وأن

يسحب هذه القوات المقاتلة في غضون ستين
يوماً إذا صوت الكونغرس على ذلك ، وإكمال
الانسحاب في غضون ثلاثين يوماً أخرى^(٢٩).

وقد ناقش الفقه دستورية القانون المذكور
فذهب رأي إلى عده غير دستوري، لكون
سلطات الحرب تتحكم بها الحكومة، بينما
ذهب رأي آخر إلى عده دستوري لكونه يدخل
ضمن السلطات الضمنية للكونغرس صاحب
الاختصاص بإعلان الحرب^(٣٠). في تقديرنا أن
الاصل أن اتخاذ تلك التدابير هي من اختصاص
السلطة التنفيذية لكن لما كان الدستور لم يأخذ
بمعيار موضوعي للعمل التشريعي فان ذلك
يسمح للكونغرس بتشريع هكذا قانون. ويلاحظ
أن رقابة القضاء الأمريكي تختلف بحسب ما
إذا كانت التدابير مقيدة اي يوجد لها أساس في
الدستور والقانون وما إذا كانت غير مقيدة.

اولاً: التدابير المقيدة:

وردت في الدستور بعض التدابير التي
لا يجوز اتخاذها الا بتفويض من الكونغرس
إذ نص الدستور الأمريكي لسنة ١٧٨٧ على
أن للكونغرس تفويض الحكومة بالرد على
أي اعتداء والاستيلاء على السفن والبضائع
ووضع قوانين تتعلق بالاستيلاء على غنائم
في البر والبحر^(٣١). ففي قرار للمحكمة العليا
في قضية young stown sheet and
tube v.sawyer عام ١٩٥٢ المتعلقة بقرار
استيلاء الرئيس ترومان على مصانع الصلب
اثناء الحرب الكورية لمنع إضراب العمل ،
قضت المحكمة بعدم دستورية ذلك القرار
لكون الرئيس لم يستند إلى قانون يشرع من
الكونغرس، ومع ذلك قبل غالبية القضاة قيام
السلطة الرئاسية باتخاذ عمل طارئ في المجال
الداخلي ، من دون تحديد لطبيعته^(٣٢).

وتستند الحجج التنفيذية الى ان المسائل السياسية لا تخضع للتسوية القضائية، وفي قضية ماربوري ضد ماديسون ١٨٠٣ اعترف جون مارشال أن بعض الإجراءات الحكومية التقديرية تقع خارج نطاق المراجعة القضائية، التي تخص المسائل السياسية، وتم التأكيد على شرعية الإجراءات كإرسال القوات المسلحة بمجرد أن تصرف الرئيس ومرؤوسيه كان "باسم السياسة الخارجية أو الأمن القومي"^(٣٦). وقد سمحت المحكمة العليا لرئيس الجمهورية بالاحتفاظ ببعض الأدلة من دون تقديمها للمحاكم عندما تقتضي المسائل العسكرية أو الدبلوماسية أو الأمن القومي ذات الأهمية^(٣٧).

وفي عام ١٨٦٠ اقرت احدي المحاكم الامريكية بسلطة تقديرية واسعة للرئيس في أن يتدخل في الخارج لحماية أرواح الأمريكيين أو الممتلكات، وأشار توماس فرانك الى أن بعض القضاة اخذوا يمتنعوا عن النظر في منازعات الحرب^(٣٨). كما اخذت المحاكم الاتحادية تترك للسلطة التنفيذية الحرية في التقرير في مجالات السياسة الخارجية ومسائل الحرب الدولية والسلام^(٣٩). وفي ذلك ترجع صعوبة رقابة المحكمة العليا في مجال السياسة الخارجية الى أن المسؤولية عن إدارة العلاقات الدولية تعتبر عموماً وظيفة تنفيذية، مما يجعلها بمأمن من تدخل القضاء، وقد اكدت ذلك المحكمة العليا في قضية هولتزمان ضد شليزنجر Holtzman v. Schlesinger ١٩٧٣ بسبب عدم خبرة المحكمة في السياسة العسكرية^(٤٠). وفي قضية (كورماتسو) عام ١٩٤٦ اكدت المحكمة ذاتها أن المحاكم تحترم الدستور وليس إدارة لتنفيذ السياسة العسكرية، وإذا لم يكن للمحاكم سلطة التدخل في أعمال الجيش إلا أنها لا تستطيع أن

كما ذهب قضاء المحكمة العليا إلى تأييد اتساع سلطات الحرب وفق شروط معينة كأن يتضمن قانون التفويض ضوابط محددة يجري على أساسها مراقبة الحكومة، وإن أقر لها سلطة واسعة في التقدير بممارسة سلطاتها، كما اعترف بحجية التشريعات اللاحقة التي تضيف المشروعية على أعمال الرئيس، بعد الإجازة اللاحقة كالتفويض السابق، وقد ذهب قاضي المحكمة العليا ستون Stone إلى تبرير السلطات الاستثنائية إلى عدها إجراءات وقتية تبررها ضرورات الحرب وهي سلطات تقديرية له بصرف النظر عن مصادقة الكونغرس عليها^(٣٣).

ثانياً: التدابير غير المقيدة:

ذهب الفيلسوف ماديسون أحد واضعي الدستور الأمريكي الى أن الظروف الاستثنائية تجعل الدستور غير ذي موضوع وتفرض على الرئيس التصرف بشكل مستقل في تلك الظروف بمعزل عن الكونغرس، وهو ما سار عليه العمل مروراً بالحرب المكسيكية والحرب الأهلية والكورية والفييتامية، إذ مارس الرؤساء قدراً واسعاً من السلطة التقديرية في استخدام القوات المسلحة، كما قدم توماس جيفرسون حجة أحكام الضرورة والحفاظ على الذات كوسيلة لحفظ القانون ذاته^(٣٤). كما اعترف المشرعون الأوائل للرئيس الأمريكي بسلطة واسعة في اتخاذ القرارات اللازمة لمواجهة الظروف الاستثنائية، بضمنها إعلان الطوارئ العسكرية بسبب وجود حرب بين دولتين أو أي ظرف ذي خطورة بالغة، فيترتب عنه حلول القوانين والمحاكم العسكرية محل المدنية^(٣٥).

تنفذ إجراءً عسكرياً ليس له مكان وفي القانون وفقاً لنص الدستور^(٤١).

وفي قرار لإحدى المحاكم الأمريكية بخصوص نشر الرئيس الأمريكي ريغان في عام ١٩٨١ عدداً من المستشارين العسكريين الأمريكيين في السلفادور، ولم يقدم أية تقارير إلى الكونغرس، قضت المحكمة برفض الدعوى التي اقامها أعضاء الكونغرس فيما عده القاضي مسألة سياسية، وهي ما إذا كانت القوات الأمريكية تشارك في الواقع في الأعمال العدائية، وفي قضية *Campbell v. Clinton* (2000) التي ترجع إلى استخدام الرئيس كلينتون القوات المسلحة في عمليات مختلفة أثناء المدة ١٩٩٣-١٩٩٩، مثل توجيه ضربات جوية ونشر قوات حفظ السلام في يوغوسلافيا السابقة، وخاصة البوسنة وكوسوفو، إذ كانت العمليات عملاً بقراري مجلس الأمن التابع للأمم المتحدة، وجرى بالتزامن مع الدول الأخرى الأعضاء في حلف شمال الأطلسي، وأثناء ذلك الوقت قدم الرئيس عدداً من التقارير إلى الكونغرس "بما يتفق مع قرار سلطات الحرب" بشأن استخدام قوات الولايات المتحدة، لكنه لم يستشهد بالقسم ٤ (أ) (١) من قانون عام ١٩٧٣ الخاص بعدم استخدام القوات المسلحة خارج الحدود لأكثر من سنتين من دون موافقة الكونغرس، مما دفع النائب كامبل *Campbell* وبعض النواب على رفع دعوى ضد الرئيس لانتهاكه قانون سلطات الحرب، لكن المحكمة العليا اكدت على رفض دعوى المدعي ومنع مجابهة قرار الرئيس^(٤٢).

وهكذا فإن موقف القضاء الأمريكي تختلف بحسب ما اذا كانت اعمال الحرب مقيدة تحتاج الى تفويض من الكونغرس او غير مقيدة، ففي

الاولى فان المحاكم تبسط رقابتها على القرارات التنفيذية، بينما الثانية لا تخضع لرقابة القضاء طالما اتخذت لاعتبارات سياسية .

المطلب الثاني

موقف القضاء الفرنسي

فيما يأتي سنبين اتجاهات القضاء الإداري في فرنسا من اعمال الحرب، التي تطورت على مدى عدة مراحل، ويمكن دراستها على النحو الآتي:

أولاً: الاتجاه التقليدي:

تبنى مجلس الدولة في باديء الامر نظرية "الظروف الاستثنائية" في إدارة سلطات الحرب، اثناء قراراتها الشهيرة *Heyries* كقرار مجلس الدولة في ٢٨ يونيو ١٩١٨ إذ اكد أن سلطات الشرطة لديها سلطة عامة للحفاظ على النظام والسلامة، سواء في إطار القانون البلدي، وقانون ٩ أغسطس ١٨٤٩ إذ لا يمكن أن تكون هي نفسها في وقت السلم، اثناء مدة الحرب أن مصالح الدفاع الوطني تعطي لمبدأ النظام العام امتداداً واسعاً على السلامة العامة والتي تتطلب إجراءات أكثر صرامة، لذا فإن القاضي عليه أن يأخذ في العد تقييم احتياجات الحرب وفقاً لظروف الزمان والمكان، وفئة الأفراد المستهدفة وطبيعة وأهمية المخاطر، كما تم اعتماد النظرية في نهاية الحرب العالمية الثانية عندما اجاز مجلس الدولة الخروج على مجال القانون العادي كما في قراره الصادر في ١٦ أبريل ١٩٤٨^(٤٣).

يقوم الاجتهاد القضائي لمجلس الدولة الفرنسي على التمييز في رقابة تدابير الحرب

بحسب ما اذا كانت داخل الدولة او خارجها وبحسب الأشخاص المخاطبين بها.

إذ اتجه قضاء مجلس الدولة الفرنسي الى التمييز بين نوعين من التدابير المتعلقة بالحرب هما : الأعمال التي تتم داخل الدولة، و عدها المجلس من الأعمال الإدارية للإدارة، والأعمال التي تتم خارج الدولة، والتي عدها المجلس من قبيل أعمال السيادة كالأوامر الصادر بتغيير اتجاه السفن والحجز عليها كما جاء في حكم مجلس الدولة بتاريخ ١١/٣/١٩٢٢ في قضية (Liehiar dopoulos)، وكذلك الاستيلاء على الأموال في إقليم العدو، وضحايا الغارات والأضرار الحربية التي حصلت خارج نطاق الإقليم كما جاء في حكم مجلس الدولة بتاريخ ١٩٢٦/٣/٥ في قضية (Panisse) (٤٤).

كما يختلف موقف القضاء الفرنسي التقليدي من تدابير الحرب بحسب ما اذا كانت تجاه الرعايا الفرنسيين، ورعايا العدو ورعايا الدول الأخرى، والذي يمكن بيانه على النحو الآتي :-

١. تدابير الدولة المحاربة ضد رعاياها :

تختلف طبيعة هذه التدابير باختلاف الحالة بالنسبة للأشخاص والأموال :

أ- بالنسبة للأموال : في بادئ الأمر كان القضاء الفرنسي يمتنع عن قبول الطلبات المتعلقة بقرارات الإدارة الخاصة بالاستيلاء على أموال الأفراد، ثم عدل عن ذلك بعد انتشار المذاهب الرامية إلى احترام حق الملكية و ظهور فكرة التضامن الوطني، نحو قبول مثل تلك الطلبات بعدها قرارات إدارية عادية ما لم تكن تلك الأعمال نتيجة مباشرة ولازمة للكفاح بعد تضاعف فكرة التضامن الوطني (٤٥).

ب- بالنسبة للأشخاص : ميز مجلس الدولة بين الإجراءات التي تنظم مجالاً تشريعياً وبين تلك التي تنظم مجالاً لائحياً، فتخضع الأخيرة لرقابة القضاء بينما لا تخضع له الأولى، وهو ما أكده حكم مجلس الدولة قضية Canal، حين طعن أمامه بإنشاء محكمة عسكرية استناداً إلى قانون التفويض الصادر في ١٣ أبريل ١٩٦٦، إذ قضى أن ذلك القانون لم يخول رئيس الجمهورية ممارسة سلطة تشريعية بنفسه كي تعد أعماله أعمالاً تشريعية، في حين ذهب جانب من الفقه على عد جميع تلك التدابير والقرارات من أعمال السيادة لأن المادة (١٦) من الدستور لم تميز بين قرار إعلان الطوارئ التي قد تعلن كأثر للحرب والقرارات المتخذ طبقاً له (٤٦).

ويلحظ ان موقف القضاء الفرنسي يقترب مما هو عليه في الولايات المتحدة الأمريكية إذ استندت المحاكم الاتحادية الى حماية حقوق الامريكان وممتلكاتهم لتوسيع الوظيفة التنفيذية.

٢. تدابير الدولة المحاربة تجاه الرعايا

الأعداء :

بالنسبة للأشخاص فإن مجلس الدولة في أكثر من قرار له ، عد تلك التدابير أعمال سيادة كما في قضية Keil إذ قضى فيها (إن القرار المطعون فيه قد صدر من المندوب الفرنسي بإقليم الألزاس بناءً على السلطات الواسعة المخولة للسلطة العسكرية بموجب اتفاقية الهدنة انتظاراً لإقامة حكومة مدنية مستقرة فيها، ومن ثم لا يكون من الأعمال التي يمكن إحالتها إلى مجلس الدولة للفصل فيها نهائياً)، وغير ذلك من القرارات، أما بالنسبة للأموال فهناك نظريتين حول طبيعة التدابير الحربية هما (٤٧) :

أ- النظرية القارية القديمة : وتستمد

ثانياً: الاتجاه الحديث:

ذهب قضاء مجلس الدولة الفرنسي الحديث إلى عدم التفرقة بين ما يصدر من تدابير داخل إقليم الدولة أو خارجها تتصل بالعمليات العسكرية وكذلك التدابير التي تتخذها الإدارة قبل رعايا الأعداء، كإبعادهم واعتقالهم ووضع أموالهم تحت الحراسة وكذلك الطلبات المقدمة بالتعويض عن الأضرار الحربية، وعدها من قبيل أعمال السيادة، لكنه ضيق من نطاقها فاشتراط أن تكون متصلة اتصالاً مباشراً وضرورياً لإنجاز الحرب من دون تفريق بين تلك التي تحصل داخل الدولة أو خارجها^(٤٩). ولا سيما بعد الحرب العالمية الثانية، إذ اضفى صفة العمل السيادي على الأعمال والتدابير الحربية ما كان موجهاً ضد الرعايا الوطنيين والأعداء والمحايدين وغيرهم فطلب بالضرورة أن تكون تلك التدابير متصلة بشكل مباشر وضروري بالحرب فعندئذٍ لا تنفصل عن إدارة العلاقات الدولية^(٥٠).

لكن السؤال الوارد لدينا هو: متى يكون القرار مباشراً ومتصلاً بالحرب لأغراض خضوعه لرقابة القضاء؟ لم يضع مجلس الدولة الفرنسي معياراً واضحاً لذلك، بل كل ما هناك أنه لم يكتفِ بأن يكون القرار قد صدر بمناسبة الحرب من دون أن يكون ناشئاً بشكل مباشر عنها ولازم لقيادة العمليات الحربية، ومن ثم فهو لم يعد الأفعال الآتية من قبيل أعمال السيادة على الرغم من حدوثها أثناء أو في نهاية الحرب العالمية الثانية ومنها قتل المحبوسين في أحد السجون الفرنسية، والقبض دون وجه حق على أحد الأشخاص بوصفه جاسوساً، وكذلك الأضرار التي لحقت ببعض الطرق نتيجة سير المركبات الحربية عليها بعد انتهاء الحرب^(٥١).

أصولها من نظرية العقد الاجتماعي لجان جاك روسو، وترى أن الحرب تخلق عداء بين الحكومات وليس الشعوب، ومن ثم لا يجوز حرمان رعايا العدو من التقاضي.

ب- النظرية الانكلوسكسونية: والتي أخذت بها المحاكم البريطانية والأمريكية، وترى أن الحرب تقوم بين الشعوب، مما يفقدهم حقوقهم التي يملكونها وقت السلم، ومنها حق التقاضي، وهو ما ذهب إليه قضاء مجلس الدولة الفرنسي في أكثر من قرار له من ذلك حكمه الصادر في ٦ يناير ١٩٢٢ في قضية شركة إلياس وكمران للمنتجات الكيميائية إذ جاء فيه: (بأن تظلم أحد الرعايا الأعداء من وضع أملاكه الخاصة تحت الحراسة لا يقبل أمام القضاء)، بينما ينبغي الإشارة إلى أن مجلس الدولة لم يكن يمتنع عن قبول طلبات رعايا العدو وفحص كل حالة منها على حدى في إسباغ صفة السيادة عليها.

٣. تدابير الدولة المتحاربة تجاه رعايا الدول المحايدة والحلفاء:

عدّ مجلس الدولة تلك التدابير من قبيل أعمال السيادة كما في قضية البلجيكي Bacraty الذي طالب بإلغاء قرار اعتقاله أثناء الحرب العالمية الأولى من جهة السلطات الفرنسية بحجة أن الأخيرة تملك سلطة أبعاده من دون اعتقاله ففضى المجلس بعدم قبول الدعوى استناداً إلى نظرية أعمال السيادة، وكذلك الحال بالنسبة للأموال كما في قضية Compagnie van ben Berg الخاص بطلب التعويض عن حجز بضائع شركة محمولة بحراً وقضية Lechiordopoulos في ٣ نوفمبر ١٩٢٢ إذ قضى المجلس بعدم اختصاصه بنظر طلب التعويض عن قيام الحكومة الفرنسية بحجز السفينة اليونانية "دوبينا"^(٤٨).

ومن التدابير المتصلة بشكل مباشر بالحرب حسبما اتجه إليه قضاء مجلس الدولة، قرار إنشاء الأجهزة النووية في استراسبورج، بينما عدّ قرار نقل تلك الأجهزة من الأخيرة إلى جروتوبيل بالتفاوض مع الشركاء الأوروبيين ليس له صلة مباشرة بالإشياء ولا تعد من قبيل أعمال السيادة، وكذلك حكمه الصادر في ١٩٨٨/٢/١٩ الذي قضى بأن قرار حظر تصدير بعض الأجهزة والمواد النووية إلى باكستان، على الرغم من رغبة الحكومة الفرنسية في الحصول على ضمانات من باكستان ضد خطر الانتشار النووي، يعد عملاً منفصلاً عن العمليات الدولية^(٥٥).

في حين أكد المجلس أن قرارات وقف التجارب النووية الحربية واسترجاعها يعد من أعمال السيادة، إذ قضى مجلس الدولة أن القرار المطعون فيه المتعلق باسترجاع أو إعادة إجراء التجارب النووية الحربية الفرنسية في بولينيزيا الذي أصدره رئيس الجمهورية في ١٩٩٥/٦/١٣ يعد عملاً سيادياً، لأنه تقدمت به رابطة Creerpeace France الذي طالبت فيه المجلس بوقف تنفيذ وإلغاء ذلك القرار لتجاوز السلطة، في حين قبلت بمذكرة الدفاع التي تقدم بها وزير الخارجية ووزير الدفاع أمام المجلس بعد القرار غير منفصل عن العلاقات الدبلوماسية والدولية لفرنسا^(٥٦). وبوجه عام استبعد القضاء الأعمال المتعلقة بإدارة العلاقات الخارجية من أعمال الإدارة العادية لتشمل إنشاء منطقة أمنية في المياه الدولية لإجراء تجارب نووية، وتدمير القوات البحرية لسفينة مهجورة في أعالي البحار في ٢٣ أكتوبر ١٩٨٧^(٥٧).

ومن بين أحكام مجلس الدولة الفرنسي ما جاء في قضية قيام بعض الجنود الفرنسيين بالاعتداء على أحد الأفراد العاديين في باريس أثناء الحرب العالمية الثانية، فقرر في حكم له في ١٩٤٩/٧/٢٢، إن ذلك العمل لا يتصل بالأعمال الحربية ومن ثم لا يعد عملاً سيادياً، وهو ما ذهب إليه بتاريخ ١٩٤٨/٧/٣١ في قضية نهب شقة في باريس من قبل فصيل من الجنود في ٢٨ أغسطس ١٩٤٧، بينما عدّ المجلس من قبيل الأعمال الحربية غير الخاضعة للرقابة قرارات الاعتقال أو الإعدام من قبل القوات الداخلية لفرنسا في الأقاليم التي لم يتوقف فيها القتال، وكذلك استيلاء بعض رجال المقاومة الداخلية على سيارة أحد الفرنسيين في ٣٠ يونيو ١٩٤٠ (حكم مجلس الدولة في ١٩٤٩/١٢/١٦)، كما عدّ المجلس عمليات القبض على الفرنسيين التي صاحبت تحرير فرنسا من الألمان من قبيل أعمال السيادة (الأعمال الحربية)، لكن إذا استمر القبض لفترة طويلة بعد أن استتب الأمن فجعل تلك الأعمال أعمالاً عادية تخضع للرقابة^(٥٨).

كما عدّ المجلس من قبيل الأعمال المباشرة والضرورية للحرب أعمال التدمير والنهب التي قامت بها القوات الفرنسية في إقليم أجنبي والعمليات التي قامت بها البحرية الفرنسية في أعالي البحار واستيلاء القوات على السفن العادية وتغيير سيرها ومصادرة شحنتها، ولا يحق للمتضررين منها المطالبة بتعويضات عنها دون نص قانوني خاص ومحدد بالذات^(٥٩). ومن الأعمال السيادية أيضاً قرار قبول الهدنة والأعمال الصادرة من قوات العدو بالنظر لكونها تمثل سلطة أجنبية^(٥٤).

المطلب الاول

موقف القضاء المصري

تطورت رقابة القضاء المصري من اعمال الحرب بدءاً من المحاكم القضائية قبل انشاء مجلس الدولة، ثم موقف ذلك المجلس منها، مما سندرسه على النحو الاتي:

اولاً: موقف المحاكم القضائية:

تباين موقف المحاكم القضائية من رقابة تدابير الحرب، فتارة لا تشترط أن تكون متصلة بالحرب اتصالاً مباشراً وملازماً لها، كي تكون من أعمال السيادة، كما جاء في قرار محكمة الاستئناف المختلطة في ١١ مايو ١٩٢٧ بأنه يعد من قبيل أعمال الحكومة منع تفريغ شحنة من الذخائر الحربية ونقلها إلى مركب آخر بالسويس تمهيداً لإرسالها إلى ميناء جدة للحكومة الهاشمية في حربها ضد الوهابيين في السعودية، وتارة أخرى اشترطت أن تكون لها صلة مباشرة وملازمة للحرب كما جاء في حكم محكمة بنها الابتدائية في ٢٨ فبراير ١٩٥٩، إذ أقرت فيه أنه ليس كل ما يتم بمناسبة الحرب يعد من قبيل أعمال السيادة، وإنما يعد كذلك فقط ما كان له صلة مباشرة بالحرب، إذ يكون الضرر المتولد نتيجة مباشرة لأعمال القتال، أما إذا لم يكن على هذا النحو فإن العمل يخضع لاختصاص القضاء^(٥٩).

وهكذا لم تتبع المحاكم معياراً موحداً لفرض الرقابة القضائية على تدابير الحرب، فتارة لا تشترط أن تكون متصلة بالحرب اتصالاً مباشراً وملازماً لها كي تكون من أعمال السيادة، وتارة أخرى اشترطت أن تكون لها صلة مباشرة وملازمة للحرب.

بيد أن لمحكمة النقض الفرنسية دوراً في تقرير مسؤولية الإدارة من أعمالها المادية (الحربية) على الرغم مما تتمتع به من حصانة ضد الإلغاء ووقف التنفيذ، إذ تواترت قراراتها على إقرار مسؤولية وزير الدفاع، عما سببه تابعيه، بالتعويض عن أضرار الأفراد أثناء قيامهم بالعمليات العسكرية ومن ضمنها زرع الألغام على أساس تحمل التبعية، إذ قضت: (انطوت هذه العمليات التي تمت تحت وطأة الضرورات العسكرية على مخاطر تتجاوز الحدود التي تتجم عادة من الجواز، وأن مثل هذه المخاطر من شأنها في حالة الحادث الواقع (انفجار اللغم) والمثبت الصلة بعمل الحرب انعقاد مسؤولية الدولة (وزارة الدفاع) بصرف النظر عن الخطأ)^(٥٨).

وهكذا فإن الاتجاه الحديث لموقف القضاء الفرنسي، بعد الحرب العالمية الثانية، يضي العمل السيادي على التدابير الحربية المتصلة بشكل مباشر وضروري بالحرب بالنظر لارتباطها بإدارة العلاقات الدولية، بينما اقام القضاء الأمريكي الرقابة على الاعمال المقيدة من دون سواها.

المبحث الثالث

موقف القضاء في بعض البلاد العربية من اعمال الحرب

سنتناول في هذا المبحث موقف القضاء في بعض الدول العربية كمصر ولبنان والعراق، للوقوف على معيار الرقابة القضائية تجاه اعمال الحرب وذلك في المطالب الآتية:

ثانياً: موقف مجلس الدولة:

بعد إنشاء مجلس الدولة عرفت محكمة القضاء الإداري أعمال السيادة في قرار لها بتاريخ ١٩٥١/٦/٢٦ بأنها (الأعمال التي تصدر من الحكومة بعدها سلطة حكم لا سلطة إدارة...، تتخذها اضطراراً للمحافظة على كيان الدولة في الداخل أو للذود عن سياستها في الخارج، ومن ثم يغلب فيها أن تكون تدابير تتخذ في النطاق الداخلي أو النطاق الخارجي وأما لدفع الأذى والشر عن الدولة في الداخل أو في الخارج في حالتي الاضطراب والحرب)، وبنفس المعنى عرفت المحكمة أعمال السيادة في حكمها الصادر في ١٩٧٨/٥/٢ (٦٠).

ففي هذين القرارين يبدو لأول وهلة ان أعمال الحرب هي اعمالاً سيادية بوصفها تدابير تتخذ في النطاق الداخلي والخارجي لدفع الخطر عن الدولة، وقد اكدت على ذلك المادة (٢٩) من قانون مجلس الدولة لسنة ١٩٥٥ صراحةً على عدم قبول الطلبات المتعلقة بالمسائل الخاصة بالأعمال الحربية أمام محكمة القضاء الإداري، وإن كان الفقه يرى أن ذلك لا يمنع من التمييز بين الأعمال المباشرة والحتمية المتصلة بالقتال وتلك غير المباشرة والحتمية (٦١).

وفي ذلك ذهبت الجمعية العمومية بمجلس الدولة الى صياغة مجموعة مبادئ في فتاها الصادرة في ١٩٥٤/٨/١٨ إذ تقول (... أنه على مقتضى القواعد المسلم بها في جميع التشريعات يعتبر إعلان الحرب وما يترتب عليه من آثار في الأعمال الحربية من صميم أعمال السيادة...، وتعفى الدولة على مقتضى

تلك القواعد أيضاً من مسؤولية الأعمال التي تجريها بالغاً ما بلغ الضرر الناشئ منها للأفراد، وعلى ذلك لا تتحمل الدولة أي تعويض عن الأضرار الناشئة عن الأعمال الحربية إلا إذا لم تكن هذه الأضرار نتيجة مباشرة وحتمية لأعمال القتال وبشرط عدم وقوعها خارج نطاق إقليم الدولة، فإذا كان الأمر كذلك بالنسبة للأعمال الحربية التي تجريها الدولة نفسها بغية قهر العدو وكسب الحرب، ومن باب أولى أن تعفى الدولة من المسؤولية عن الأضرار التي تلحق الأفراد من الأعمال الحربية التي يجريها العدو)، كما استطرد المجلس قائلاً (إلا أنه يجوز للدولة أن تستجيب من باب الرأفة برعاياها المتضررين بسبب الأعمال الحربية استناداً إلى قواعد العدالة، وواجب الدولة الإنساني الذي يدفعها إلى النظر إدارياً بعين الحكمة والرأفة والإغاثة لمثل هؤلاء الأشخاص مالياً حتى لا يحرّموا من وسيلة رزقهم ...) (٦٢).

وفي حكم للمحكمة الإدارية العليا صادر في ٢٩ مارس ١٩٥٨ جاء فيه: (... من المسلم به أن عملية تفتيش السفن وضبط الغنائم في أوقات الحرب هي من أعمال السيادة لاتصالها بالتدابير الحربية التي تتخذها الدولة لصون أمنها الخارجي...)، لكنها قررت في هذا الحكم (أن الخطأ الذي ترتكبه الإدارة في بيع تلك الغنائم بعد مصادرتها هو عمل إداري تسأل عنه الإدارة لاسيما متى كان هذا التصرف منطوياً على غش) (٦٣).

وفي فتوى للجمعية العمومية بمجلس الدولة في ١٩٦٠/٩/١ ذهبت فيها الى أنه (من المسلم في قواعد القانون الدولي العام انه يحق للدول

المحاربة وقف استثمار أملاك رعايا الأعداء أو تصفيتها أو إيداع حصيلتها لدى حراس خصوصيين، على أن ترد هذه الحصيلة إلى أصحابها بعد الحرب كاملةً ما لم تخصص منها ما هو مستحق لها من تعويض قبل الدول الأخرى على أن تقوم هذه الأخيرة بتعويض رعاياها عن أموالهم المخصوصة من تعويضات الحرب. ولم يقل قائل قط بالتزام الدولة المحاربة بتعويض رعايا الأعداء عن الخسائر التي تلحقهم بسبب اعتداء دولتهم؛ لأن مثل هذا الاعتداء إنما يقع من دولة العدو على رعاياها هي، ومن ثم فهي وشأنها في تعويضهم عما أصابهم من ضرر من دون أن يكون للدولة التي وقع الاعتداء عليها أي شأن في هذا التعويض. ذلك هو منطق الأشياء وهو يجد مبرره في طبيعة الأشياء ذاتها... غني عن البيان أن الأساس الذي تقوم عليه هذه الفكرة يقتضي قصر التعويض على المواطنين وحدهم، إلا أن عدات العدالة قد تقضي بإعانة رعايا الدول المحايدة وتعويضهم عما يصيبهم من أضرار من جراء حروب لا دخل لدولهم فيها^(٦٤).

وعليه يستفاد من تلك القرارات الصادرة عن مجلس الدولة ما يأتي :-

١. إن المجلس أضفى عمل السيادة على قرار إعلان الحرب والتدابير التي تتخذ طبقاً لذلك القرار شريطة أن تكون مباشرة وحتمية لأعمال القتال وأن يكون مجالها خارج إقليم الدولة أو موجهة تجاه العدو ورعاياها^(٦٥)، إذ عد مجلس الدولة قرارات وقف استثمار أملاك

رعايا الأعداء أو تصفيتها أو إيداع حصيلتها لدى حراس خصوصيين من القرارات التي تستأثر بها الدولة وفق القانون الدولي وغير ملزمة بتعويضهم عن الأضرار الحربية بوصف الاعتداء الواقع من دولة العدو على رعاياها هي، وقد استند على فكرة أن ذلك ناشئ عن منطق الأشياء، أي يستند على فكرة القانون الطبيعي كأساس لحرمان رعايا العدو من حق التقاضي، بينما استند المجلس على تلك الفكرة أيضاً تحت عدات العدالة كأساس لتعويض رعايا الدول المحايدة. أي أن تدابير الحرب إذا كانت تجاه رعايا الدول المحايدة والحليفة فإنها تعد بمثابة أعمال عادية تخضع لرقابة القضاء.

٢. إعفاء الدولة من المسؤولية عن الأضرار الناشئة عن الأعمال الحربية التي يجربها العدو من باب أولى .

٣. أجاز المجلس تعويض المتضررين عن الأعمال الحربية حتى وأن كانت متصلة مباشرة بأعمال القتال وفقاً لقواعد العدالة والإنصاف دون أي إلزام بهذا الشأن .

في ضوء ما تقدم يتبين أن موقف المحاكم القضائية كان متبايناً من رقابة تدابير الحرب، فتارةً يشترك اتصالها المباشر والملازم بأعمال القتال وتارةً أخرى لم يشترط ذلك، حتى جاء مجلس الدولة ليشترط لزوم ذلك على أن ذلك لا يشمل سوى التدابير التي تتخذ خارج الإقليم تجاه رعايا العدو، كما ألقى الدولة من أية مسؤولية بسبب أضرار قام بها العدو نفسه.

المطلب الثاني

موقف القضاء اللبناني

جاء موقف القضاء اللبناني واضحاً في رقابة تدابير الحرب، إذ عدّ التدابير من قبيل أعمال الحكومة التي لا تخضع لرقابة القضاء طالما كانت تتصل بالحرب، إذ قرر مجلس شورى الدولة اللبناني بأن: (الأعمال الحكومية هي قرارات حصنها الاجتهاد ضد التقاضي وليست أفعالاً مادية، ولا يقول القضاء بوجود أعمال حكومية في معرض العمليات العسكرية أو حربية إلا عندما يكون هناك قرار متخذ ومتصل بعمليات تتصف رسمياً بطابع الحرب^(٦٦)). أي أن تتصل التدابير الحربية بشكل مباشر بأعمال القتال، وتتصف بطابع الحرب وأن تتخذ شكل قرارات وليس أفعال مادية، بيد أن المجلس رفض أيضاً الطلبات الناشئة عن الأضرار الحربية أو ما تجرّيه الجيوش الأجنبية من أضرار أثناء قيامها على إقليم الدولة، وفي ذلك قضى المجلس في دعوى التعويض عن الأضرار التي سببتها له الجيوش الأمريكية أثناء وجودها على الأراضي اللبنانية في عام ١٩٥٨ بأن اختصاصه ينحصر في طلبات التعويض عن الأضرار التي وقعت بسبب تنفيذ مصلحة عامة، وبما أن الدولة اللبنانية تؤكد عدم وجود اتفاق بينها وبين السلطة الأمريكية يجعل من تصرفات الجيش الأمريكي على الأراضي اللبنانية تصرفات داخلية في نطاق تنفيذ مصلحة عامة من قبل الدولة اللبنانية، وبما أنه لا يمكن أن نسأل الدولة اللبنانية عن الأخطاء التي يرتكبها كل شخص طبيعي أو معنوي رسمي أو غير رسمي أقام في لبنان أو مرّ فيها بإذن من

السلطة العامة أو بغير إذن منها، إذا لم تتصل تلك الأخطاء بتنفيذ مصلحة عامة من قبل الدولة اللبنانية.. وفي قرار آخر لمجلس شورى الدولة ذي الرقم (٦١٩) في ١٠/٢٥/١٩٦٢ بمقتضاه لم يعتبر المجلس قرار مجلس الوزراء بحظر التعامل مع شركة لها فرع في إسرائيل عملاً سيادياً، على الرغم من وجود لبنان في حالة حرب مع إسرائيل، بل عملاً إدارياً^(٦٧).

وهكذا فقد أضفى مجلس الدولة صفة السيادة على التدابير الحربية التي تصدر عن الإدارة وتتصل بشكل مباشر وملزم بالحرب وتتخذ شكل قرارات وليس أفعال مادية، وكذلك على التدابير التي تصدر عن سلطة أجنبية على إقليم الدولة طالما لم يكن بينها وبين الدولة اللبنانية اتفاق وكان الخطأ صادراً عن سلطة أجنبية وليس من قبل السلطة الوطنية، كما لم ينظر مجلس الدولة إلى طبيعة السبب، والغاية من صدور القرار وإن كان سياسياً لغرض إضفاء صفة السيادة عليه لم يدلّل تلك الصفة على قرار حظر التعامل مع شركة لها فرع في إسرائيل.

وقد اتجه جانب من الفقه إلى ضرورة وصف المقاطعة الاقتصادية جزءاً من أعمال الحرب على غرار توسع بعض الدول في تفسير مفهوم الحرب، ذلك قراره في عد حظر التعامل مع شهود يهود استناداً لأحكام مقاطعة إسرائيل إجراءً متخذاً من الحكومة بما لها من سلطة في نطاق وظيفتها السياسية تستهدف منه المحافظة على الأمن الداخلي والخارجي للدولة، وبالتالي يدخل في عداد أعمال السيادة^(٦٨).

المطلب الثالث

موقف القضاء العراقي

تباين موقف القضاء العراقي من اعمال الحرب بين اتجاهين، اتجاه موسع واتجاه ضيق في مجال الرقابة على أعمال الحرب، وهذا ما سنبحثه في النحو الاتي:

اولاً: الاتجاه الموسع:

يقوم هذا الاتجاه على قيام القضاء العراقي بالتوسع في إضفاء صفة السيادة على الأعمال الحربية مما يجعلها غير قابلة للطعن امام المحاكم، من ذلك ان محكمة التمييز عرفت أعمال السيادة بأنها (... تلك الأعمال التي تصدر عن الحكومة بعدها سلطة حكم لا سلطة إدارة ... تتخذ اضطراراً للمحافظة على كيان الدولة في الداخل أو الذود عن سياستها في الخارج، ومن ثم يغلب أن تكون تدابير تتخذ في النطاق الداخلي أو في النطاق الخارجي أو لتنظيم علاقة الحكومة بالسلطات العامة...) (٦٩). ومن ثم فإن مقتضى هذا التحديد القضائي لأعمال السيادة يتسع ليشمل أعمال الحرب، في حين لم نلاحظ من موقف المشرع أو القضاء ما يشترط أن تتصل مباشرة بأعمال القتال وتكون ملازمة لها وهو ما أكده قرار محكمة التمييز بأن الأضرار التي أصابت سيارة المدعي نتيجة قصف الطائرات العراقية لها والتي وقعت تنفيذاً لأوامر عسكرية لقمع التمرد شمال العراق من قبيل أعمال السيادة، إذ قضت بأن (لما كانت المسائل الخاصة بقمع التمرد والأعمال العسكرية حسيما جرى عليه الفقه والقضاء هي تلك الأعمال التي تصدر من

الحكومات بعدها سلطة حكم لا سلطة إدارة ... تتخذها اضطراراً لمحافظة على كيان الدولة في الداخل أو الذود عن سياستها في الخارج أو لدفع الأذى والشر عن الدولة أو المسائل الخاصة بالأعمال الحربية أو قمع التمرد...) (٧٠). وهكذا فان هذا الاتجاه جاء موسعاً في اضعاف صفة السيادة على اعمال الحرب دون قيد يُذكر.

ثانياً: الاتجاه الضيق:

بينما اتجه القضاء العراقي في قرارات أخرى له نحو التضييق من إضفاء صفة السيادة على الأعمال الحربية، من ذلك ان ديوان التدوين القانوني قد تطلب فيها أن تكون أعمالاً تقتضيها ضرورات القتال، إذ أصدر الديوان قراره المرقم (٣/١٣٦) في ١٩٦٥/٤/٦ رداً على إيضاح تقدمت به وزارة الدفاع في كتابها المرقمين ٦٩٧/٥/٢ و ٨٦٤ المؤرخين في ١١ و ٢٥ آذار ١٩٦٥ جاء فيه (يعد من قبيل أعمال سيادة الدولة أو أعمال الحكومة التدابير والإجراءات التي تتخذها الحكومة والخاصة بالأمن الداخلي والخارجي للدولة لأن سلامة الدولة هي القانون الأعلى الذي يسمو على كل وصف، وإن خطر سلامة الدولة لا ينجم فقط عن اشتباكها في حرب أو غارة مع قوات العدو على أراضيها، إنما ينشأ كذلك إذا تعرض نظامها السياسي لخطر ...، فالأضرار الناجمة عن الأعمال الحربية التي تقتضيها ضرورات القتال أو القوة القاهرة لا يمكن تقرير مسؤولية الدولة عنها ...) (٧١).

كما أن قضاء محكمة التمييز الحديث اتجه

رئيس الدولة من إذ الموضوع^(٧٣). ثم عدل ذلك بقانون التعديل الخامس لقانون مجلس شورى الدولة تختص محكمة القضاء الإداري بالفصل في: (صحة الأوامر والقرارات الإدارية الفردية والتنظيمية التي تصدر عن الموظفين والهيئات في الوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة والقطاع العام التي لم يعين مرجع للطعن فيها)^(٧٤).

يرى الباحث ان النص المذكور تناول امران اولهما: امكانية ايجاد جهات اخرى ذات اختصاص قضائي لم يحدد طريقة انشائها وكان الاخرى اشتراط تنظيمها بقانون الامر الذي من شأنه الحد من ولاية المحكمة، وثانيهما: لم يشر الى استبعاد اعمال السيادة من رقابة المحكمة. وهو ما نلاحظه في نص الدستور الدائم لعام ٢٠٠٥ الذي جاء بعدد من النصوص التي عدها بعض الفقه بمثابة إلغاء لفكرة أعمال السيادة من ذلك نص المادة (٢/أولاً) التي لم تجيز سن أي قانون يتعارض مع ثوابت أحكام الإسلام ونص المادة (١٠٠) التي حظرت النص في القوانين على تحصين أي عمل أو قرار إداري من الطعن، إذ ذهب الفقه بأنه لما كانت ثوابت أحكام الشريعة الإسلامية تجعل جميع أعمال الدولة أياً كانت طبيعتها أو وصفها خاضعة لرقابة القضاء من دون الاعتراف بما يسمى في القانون الوضعي بـ(أعمال السيادة)، فإن المادة (٢) يكون قد أسست قاعدة لإنهاء نظرية أعمال السيادة في النظام القانوني في العراق^(٧٥).

وفي ذلك لا نتفق مع الرأي القائل بان حق

نحو النظر في دعاوى الأضرار الحربية التي تقام على وزير الدفاع/فضلاً عن وظيفته عن انفجار الألغام إذ قضت في قرار لها (أن المدعى عليه/ وزير الدفاع لم يقم بإزالة الألغام في المنطقة التي كانت مسرحاً للعمليات العسكرية، لذا يكون مسؤولاً عن ما تحدثه من أضرار للغير استناداً للمادة (٢٣١) مدني عراقي)^(٧٦).

وهكذا فإن موقف القضاء العراقي في بادئ الأمر يميل إلى عد قرار إعلان الحرب والمسائل المتعلقة بها من قبيل أعمال السيادة دون تفرقة بين الأعمال المباشرة والملازمة للقتال وبين تلك غير المباشرة والملازمة لها. ثم اتجه قضاء محكمة التمييز نحو التضييق من نطاق أعمال السيادة بجواز التعويض عن الأضرار العسكرية التي تنجم عن انفجار الألغام، ولعل ذلك يرجع الى عدم ازالة الالغام عملاً سلبياً لا يتبع الاعمال المباشرة للقتال، وأن كانت جزءاً من قرارات الحكومة اللازمة لحماية السيادة، وهو ما اكده ديوان التدوين القانوني عندما حدد الأعمال الحربية المانعة للرقابة بتلك التي تقتضيها ضرورات القتال.

جدير بالذكر أن قانون التعديل الثاني (مجلس الدولة حالياً) رقم ١٠٦ لسنة ١٩٨٩ قد أضفى صفة أعمال السيادة على جميع المراسيم والقرارات التي يصدرها رئيس الجمهورية وفق المادة (٧) منه، وقد انتقد الفقه ذلك، لأن القاضي ليس سلطة لتقدير مراسيم وقرارات

الخاتمة

بعد دراسة موضوع الرقابة القضائية على أعمال الحرب تم التوصل إلى مجموعة استنتاجات وتوصيات هي:

أولاً: النتائج

١. إن قرار إعلان الحرب، بما يمثله من تصريح رسمي يصدر من جانب الدولة يفيد لجوءها للحرب (أو على وشك اللجوء إليها) وإنهاءها للعلاقات السلمية بين الدولتين المتنازعتين، فإن الفقه والقضاء يتفق على عدم خضوعه للرقابة القضائية لتعلقه بالعلاقات الخارجية للدولة.

٢. تخضع الأعمال الحربية المقيدة -التي تحتاج إلى تفويض تشريعي- لرقابة القضاء الأمريكي، بينما الأعمال غير المقيدة لا تخضع لرقابة القضاء طالما اتخذت لعدوات سياسية وكانت تقديرية.

٣. أضفى مجلس الدولة الفرنسي صفة السيادة على التدابير الحربية الصادرة عن الإدارة طالما كانت تتصل مباشرة بأعمال القتال كونها ضرورية ولازمة سواء كانت داخل الدولة أم خارجها، وذلك بعدما كان المجلس يميل إلى التمييز بين الأعمال التي تتم داخل الدولة وخارجها فيعد الأخيرة من أعمال السيادة، بينما يعد الأولى أعمالاً إدارية عادية باستثناء تلك الموجهة ضد رعايا العدو.

٤. اتجه قضاء مجلس الدولة المصري نحو جعل تدابير الحرب من أعمال السيادة طالما كانت حتمية وضرورية لأعمال القتال، وكان نطاقها خارج إقليم الدولة وموجهه تجاه

التقاضي ورد في الشريعة الإسلامية من دون قيد؛ إذ نجد بان لا مانع من الأخذ بها بوصفها مصالح مرسله تتبع دائرة الفراغ، أما المادة (١٠٠) فقد اشارت الى عدم جواز تحصين اي عمل او قرار اداري مما ينصرف المعنى الى اعمال الادارة بصفتها الادارية وليس السيادية.

والملاحظ ان المشرع كفل للأفراد حق المطالبة عن الأضرار الحربية في قانون إغاثة المتضررين من الحرب رقم (٢٨) لسنة ١٩٩١ وقانون تعويض المتضررين جراء العمليات الحربية والأخطاء العسكرية والعمليات الإرهابية رقم ٢٠ لسنة ٢٠٠٩ الذي شكل لجان فرعية في الأقاليم والمحافظات تكون قراراتها قابلة للطعن أمام اللجنة المركزية^(٧٦).

والحقيقة أن المشرع خالف حق التقاضي عن طريق منع القضاء من نظر تلك المنازعات بإحالتها الى لجان إدارية للفصل فيها بقرار لا يقبل الطعن أمام المحاكم وكان يفترض ان يترك للأخير سلطة تقدير ملائمة اعمال الحرب. ويذهب أكثرية الفقهاء الى أن هكذا لجنة تمثل قيماً على ولاية القضاء العامة واختصاصه في الرقابة على مختلف تصرفات الإدارة، فليس من اختصاص المشرع منع القضاء من النظر في بعض المنازعات بإحالتها الى مثل تلك اللجان الإدارية التي تتبع السلطة التنفيذية؛ لان اختصاصه يكمن في توزيع العمل بين مختلف المحاكم بما يضمن الولاية العامة للقضاء^(٧٧).

عد قرار اعلان الحرب من اعمال السيادة لان القاضي سيتولى تقدير اسبابه ودوافعه وهي ذي طابع سياسي محض.

الهوامش

١. محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي. مختار الصحاح، المكتبة العصرية-الدار النموذجية، بيروت ١٩٩٩، ص ٩٦.

٢. ابن منظور محمد بن مكرم بن علي لسان العرب في اللغة، ج ٤، ط ٣، دار صادر، بيروت، ١٩٩٢، ص ٧١.

٣. مالك منسي الحسني، مصدق عادل طالب، التنظيم الدستوري والقانوني لإعلان الحرب وحالة الطوارئ في العراق، مجلة الحقوق، الجامعة المستنصرية، م ٨، ع ٨، ٢٠١٠، ص ٢٥٧.

٤. جميل عبد الله القانفي، سلطات رئيس الجمهورية في الظروف الاستثنائية، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، القاهرة ٢٠٠٦، ص ١١٥-١١٦.

٥. د. حمدي علي عمر، الاتجاهات الحديثة للقضاء في الرقابة على أعمال السيادة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٧، ص ٦٢.

6. U.s Marine Corps, Warfighting, Department of The navy Headquarters United States Marine Corps Washington, Mcdp 1,20 June 1997, p. 3.

٧. مالك منسي الحسني، وآخرون، مصدر سابق، ص ٢٥٧.

٨. مالك منسي الحسني وآخرون، مصدر سابق، ص ٢٥٨؛ ثائر محمد خضير القيسي، صلاحية إعلان الحرب في بعض الدساتير المعاصرة دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون والسياسة / جامعة بغداد، ١٩٩٣، ص ٢-٣.

رعايا العدو، كما أضفى المجلس صفة أعمال السيادة على التدابير الحربية التي يجريها العدو بوصفها صادرة من سلطة أجنبية. بينما كان موقف المحاكم القضائية من تدابير الحرب متباين فتارةً أضفى عليها صفة السيادة من دون قيود، وتارةً أخرى تطلبت أن تكون متصلة ومباشرة بالحرب.

٥. يميل القضاء اللبناني الى عد التدابير من قبيل أعمال السيادة شريطة أن تتخذ شكل قرارات (وليس أفعال مادية)، وأن تكون مباشرة وملزمة للحرب، كما عدّ التدبير الصادرة من سلطة أجنبية ليس بينها وبين السلطة الوطنية اتفاق بتنفيذ مصلحة عامة، ثم وسع المجلس من مفهوم أعمال الحرب غير الخاضعة للرقابة لتشمل قرارات المقاطعة الاقتصادية.

٦. لم تتطلب محكمة التمييز في العراق أن تكون التدابير الحربية ضرورة ولازمة لأعمال القتال، بل عدت جميع المسائل المتعلقة بالأعمال الحربية من اعمال السيادة، في حين تتطلب ديوان التدوين القانوني في فتوى له ذلك. ويميل الاتجاه بعد قانون التعديل الخامس لقانون مجلس الدولة لسنة ٢٠١٣ الى عدم استبعاد اعمال السيادة من رقابة القضاء على الرغم من عدم وجود مصلحة له من النظر فيها.

ثانياً- المقترحات :

١- ندعو النظام المقارن الى رقابة التدابير الحربية- لغرض خضوعها لرقابة القضاء- ليس من ناحية كونها مباشرة وملزمة للقتال فحسب، بل من جهة الشكل ايضاً.

٢- من المستحسن الاخذ بأعمال السيادة قيماً على ولاية القضاء العراقي، فمن غير المناسب

٩. المادة (١١/٢) من الدستور الأمريكي لسنة ١٧٨٧ .
١٠. المادة (٣٥) من الدستور الفرنسي لسنة ١٩٥٨ .
١١. المادة (١٥٢) من الدستور المصري الحالي لسنة ٢٠١٤؛ تقابلها المادة ١٥٠ من الدستور المصري لسنة ١٩٧١ الملغي إذ كانت تعلن من رئيس الدولة بموافقة مجلس الشعب.
١٢. المادة (٦٥) من الدستور اللبناني لسنة ١٩٢٦ .
١٣. المادة (٦١ ف١/٩) من الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ .
١٤. د. محمد صالح القويزي، أعمال السيادة ومدى تأثيرها على الحريات العامة للأفراد، مجلة القضاء، نقابة المحامين في جمهورية العراق، ع ٤٠١-٤٠٢، ١٩٨١، ص ٤٤٧؛ Acte de gouvernement en droit français, Un rapport publié le 12/01/2016 à l'adresse suivante; https://fr.wikipedia.org/wiki/Acte_de_gouvernement_en_droit_français
١٥. د. حمدي علي عمر، المصدر السابق، ص ٦٢-٦٣ .
١٦. د. وجدي ثابت غريبال، السلطات الاستثنائية لرئيس الجمهورية طبقاً للمادة (٤٧) من الدستور المصري والرقابة القضائية عليها، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٨٨، ص ٤٠٠ - ٤٠١ .
١٧. المصدر نفسه، ص ٣٢٣ .
18. Lous Fisher, Judicial Review of the War Power, Congressional Research Service, p. 484. Published book in 17/1/2016 on the following location; <http://www.loufisher.org/docs/wp/422.pdf>
١٩. مشار إليه في: د. محمود أبو السعود حسيب، الاختصاص التشريعي لرئيس الدولة في الظروف
- الاستثنائية، دار الثقافة الجامعية، القاهرة، ١٩٩٠، ص ٣١٢-٣١٣ .
٢٠. قرار محكمة التمييز رقم ١٩٤٨/ح/٦٥ في ١٩٦٦/٥/٩ مشار إليه في: د. ماهر صالح علاوي، مبادئ القانون الإداري، دراسة مقارنة، دار الكتب للطباعة والنشر، الموصل، ١٩٨٩، ص ١٩٨ .
٢١. (مالك منسي الحسيني وآخرون، مصدر سابق، ص ٢٦ .
٢٢. محمد عبد الحافظ هريدي، أعمال السيادة في القانون المصري المقارن، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، القاهرة ١٩٥٢، ص ١٧٧-١٧٨ .
23. Robert Borden, Loi sur les mesures de guerre, 13/1/2016, Posté sur le site suivant; http://tc2.ca/sourcedocs/uploads/history_docs/
24. U.s Marine Corps, op.cit, pp. 48, 85.
٢٥. لمزيد من التفصيل ينظر: فرانسواز بوشيه سولنييه، القاموس العملي للقانون الإنساني، ط ١، دار العلم للملايين، بيروت ٢٠٠٦، ص ٤١-٤٥ .
٢٦. سعدون ننتر الجنابي، نظرية الظروف الاستثنائية في التشريع العراقي، وزارة الثقافة والإعلام، بغداد ١٩٨١، ص ٧٠-٧١ .
٢٧. د. حمدي علي عمر، مصدر سابق، ص ٦٢-٦٣ .
٢٨. د. محمد فتوح محمد عثمان، رئيس الدولة في النظام الفيدرالي، الهيئة العامة للكتاب، القاهرة، ١٩٧٧ ص ٢١٨-٢٢١ .
٢٩. لاري الويتز، نظام الحكم في الولايات المتحدة الأمريكية، ترجمة: جابر سعيد عوض، ط ١، الجمعية المصرية لنشر المعرفة والثقافة العالمية، القاهرة ١٩٩٦، ص ١٧٩ .
٣٠. جميلة مسلم شرجي، الاتحاد الفيدرالي، دراسة تطبيقية عن الوطن العربي، رسالة دكتوراه، كلية

Powers, A study published in 12/1/2016 at the following location: <https://www.loc.gov/law/help/war-powers.php>.

43. Philippe Cossalter, *Légalité de crise et état d'urgence*, 15-11-2015, étude inédite; <http://www.revuegeneraledudroit.eu/>

٤٤. محمد موسى الفقي، حدود مبدأ المشروعية في ظل قانون الطوارئ، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق / جامعة عين شمس، ٢٠٠٣، ص ٤١٥ .

٤٥. محمد عبد الحافظ هريدي، المصدر السابق، ص ١٧٧-١٧٨ . وفي ذلك وقد اتجه المجلس الدستوري الى عد المادة ٦ (القسم الثاني) من المرسوم رقم ٥٨-١٤٥٣ من ٣١ ديسمبر ١٩٥٨ المعدل والمكمل للقانون ٢٨ أكتوبر ١٩٤٦ على أضرار الحرب ذي طبيعة تنفيذية تنظيمية تخرج عن صفة القانون ويتعلق بتحديد الحالات التي يجوز التنازل تحت تصرف صدر من قبل القسم ٣٣ من قانون من ٢٨ أكتوبر ١٩٤٦ المتعلق بالتعويض عن أضرار الحرب، أن مثل هذا الحكم في ضوء الغرض منه، لا يمكن عده ضمن نطاق محفوظة للقانون إلا بقدر ما من شأنه أن يشكك في "المبادئ الأساسية للملكية الممتلكات" بموجب المادة ٣٤ من الدستور وتحديد مبدأ حرية التصرف في الممتلكات من قبل أي المالك.

See; Décision n° 60-7 L du 8 juillet 1960, Posté sur la décision du Conseil constitutionnel du site, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-con..-l/decision-n-60-7-1-du-08-juillet-1960.6330.html>

٤٦. د. وجدي ثابت غبريال، المصدر السابق، ص ٤٠٢-٤٠٤، ٤١٠ .

الحقوق/ جامعة القاهرة، ٢٠٠٣، ص ١٧٥ .

٣١. المادة (١١/٢) من الدستور الأمريكي لسنة ١٧٨٧.

٣٢. جيروم أ. بارون، وس. توماس دينيس، الوجيز في القانون الدستوري، المبادئ الأساسية للدستور الأمريكي، ترجمة: محمد مصطفى، ط١، الجمعية المصرية لنشر المعرفة والثقافة العالمية، القاهرة، ١٩٩٨، ص ١٢٨ - ١٢٩ .

٣٣. د. حازم الصادق، سلطة رئيس الدولة بين النظامين البرلماني والرئاسي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩، ص ٤٣٤ - ٤٣٥ .

٣٤. ديفيد كيبه - نيكولز، أسطورة الرئاسة الأمريكية الحديثة، ترجمة: صادق إبراهيم عودة، الأهلية للنشر والتوزيع، الأردن ١٩٩٧، ص ١٨٩، ١٩٢ .

٣٥. عادل محمد محمد إبراهيم ابو النجا، المصدر السابق، ص ١٢٥ - ١٢٦ .

36. Lous Fisher, *Judicial Review of the War Power*, pp. 467- 468, 474.

37. Erwin Chemerinsky, *Teacher's Manual to accompany Constitutional Law*, Aspen Publishers, New York Gaithersburg, 2001, pp.81-82.

38. Lous Fisher, *Judicial Review of the War Power*, pp.468, 474.

39. P. Allan Dionisopoulos, *New Patterns In Judicial Control Of The Presidency: 1950's to 1970's*, Akron Law Review, Ohio's Polytechnic University, Vol 10, Ssue 1, 1977, p. 3.

40. P. Allan Dionisopoulos, op.cit, p. 20.

٤١. د. حازم الصادق، المصدر السابق، ص ٤٣٦ .

42. The Law Library of Congress, War

٤٧. محمد عبد الحافظ هريدي، المصدر السابق، ص ١٧٩ - ١٨٠.

٤٨. المصدر نفسه، ص ١٨١-١٨٣،

٤٩. د. حميدي القبيلات، الوجيز في القضاء الإداري، ط ١، دار الوائل للنشر والتوزيع، عمان ٢٠١١، ص ٨١.

٥٠. د. محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري، الكتاب الاول، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، دمشق، (٢٠٠٥)، ص ٢٤١، ٢٤٢؛ محمد موسى الفقي، حدود المصدر السابق، ص ٤١٦ - ٤١٧.

٥١. د. محمد رفعت عبد الوهاب، المصدر السابق، ص ٢٤٢.

٥٢. محمد موسى الفقي، المصدر السابق، ص ٤١٦ - ٤١٧.

٥٣. د. محمد رفعت عبد الوهاب، المصدر السابق، ص ٢٤١-٢٤٢.

٥٤. محمد موسى الفقي، المصدر السابق، ص ٤١٥.

٥٥. د. حمدي علي عمر، المصدر السابق، ص ٦٤.

٥٦. المصدر نفسه، ص ٦٥.

57. Acte de gouvernement en droit français, Un rapport publié le 12/01/2016 à l'adresse suivante; https://fr.wikipedia.org/wiki/Acte_de_gouvernement_en_droit_français

٥٨. د. جعفر جواد الفضلي، وذنون يونس صالح المحمدي، الدفع بأعمال السيادة في الحوادث الناجمة عن انفجار الألغام، مجلة القانون المقارن، جمعية القانون المقارن العراقية، ع ٣٤، ٢٠٠٤، ص ١٥-١٦.

٥٩. د. محمد رفعت عبد الوهاب، المصدر السابق،

٢٤٢- ٢٤٣. وتتلخص وقائع القضية بحادث تصادم بين سيارة خاصة وسيارة عسكرية كانت تقوم بمهمة رسمية ليلة ٥ نوفمبر ١٩٥٦ أثناء العدوان الثلاثي على مصر، ولما دفعت الإدارة بأعمال السيادة رفضت المحكمة ذلك الدفع لأن حادث التصادم ليس حربياً. ينظر: محمد موسى الفقي، المصدر السابق، ص ٤١٨، هامش (١).

٦٠. مشار إلى ذلك في: محمد بن أعراب، نطاق المسؤولية في قضاء التعويض (نظرية أعمال السيادة) ٢٠١٢/٢/٢٩، بحث منشور على موقع الثقافة والفكر القانوني: www.benarab.forumactif.org

٦١. محمد عبد الحافظ هريدي، المصدر السابق، ص ١٨٦.

٦٢. مشار إليه في: محمد موسى الفقي، المصدر السابق، ص ٤١٧.

٦٣. مشار إليه في: المصدر نفسه، الصفحة نفسها.

٦٤. رأي الجمعية العمومية للفتوى والتشريع بمجلس الدولة رقم (٧٢٢) في ١/٩/١٩٦٠. مشار إليها في: د. احمد ابو الوفا، الوسيط في القانون الدولي العام، ط ٥، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠١٠، ص ٨٥٤.

٦٥. تأكيداً على ذلك اتجه المشرع المصري بموجب الأمرين العسكريين رقم (٦) ورقم (٥٨) خلال الحرب العالمية الثانية على أثر قطع العلاقات الدبلوماسية مع ألمانيا وإيطاليا الى أنه (لا يجوز لأي شخص طبيعى أو معنوي من رعايا الريخ ورعايا إيطاليا أو من الموجودين في بلدهما أن يرفع أي دعوى مدنية أو تجارية أمام أية هيئة قضائية في مصر أو أن يتابع السير في دعوى منظورة أمام أي من الهيئات المذكورة).

٦٦. قرار مجلس شورى الدولة رقم ٦٩٤ في

١٩٩٨/٦/٢٩ . مشار إليه في : د. محمد رفعت عبد الوهاب، المصدر السابق، ص ٢٤٣ .

٦٧. د. محيي الدين القيسي، القانون الإداري العام، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٧، ص ٢٨٥ .

٦٨. قرار مجلس شورى الدولة رقم (٣٣) و(٣٤) لسنة ١٩٦٦ . مشار إليهما في : المصدر نفسه، ص ٢٨٥ .

٦٩. قرار محكمة التمييز رقم ١٩٤٨/ح/٦٥ في ١٩٦٦/٥/٩ . مشار إليه في : د. ماهر صالح علاوي، المصدر السابق، ص ١٩٨ .

٧٠. قرار محكمة التمييز رقم ١٩٦٧/٦٢٢/ح/١٩٦٧ في ١٩٦٧/١١/١١ . مشار إليه في : د. عبد الباقي نعمة عبد الله، نظرية أعمال السيادة في القانون المقارن، مجلة القانون المقارن، جمعية القانون المقارن العراقية، ع ٦-٧، ١٩٧٧، ص ٥٥ . وهناك بعض الانظمة التي تتشابه مع موقف القضاء العراقي في تطور رقابته كالقضاء السوري الذي اتجه إلى عد قرار إعلان الحرب وتدابيرها أعمال سيادية ذات طبيعة إدارية لا تقبل الطعن بالإلغاء والتعويض. إذ فسرت المحكمة الإدارية العليا في مجلس الدولة السوري في القرار ذي الرقم (٢٤٧) لسنة ١٩٧٢ " أعمال السيادة " بأنها: (لا تشمل سوى الأعمال السياسية الهامة كحالات الحرب والعلاقات الخارجية ...)، ووسعت محكمة النقض السورية تفسير أعمال السيادة ليشمل جميع أعمال الحرب، إذ عدت في قرارها ذي الرقم (١٢٠٦) لسنة ١٩٧٧ قيام وزارة الدفاع بزرع الألغام في زمن الحرب والأعمال العسكرية يدخل في نطاق أعمال السيادة وغير قابلة للإلغاء والتعويض، كما ذهبت في قرارها المرقم (١٥٥٧) لسنة ١٩٨٠ بأنه : (ليس للقضاء أن ينظر في التعويض عن أضرار بسبب التعبئة لأن التدابير التي تتخذها السلطة في

حالة الحرب هي من أعمال السيادة)، كما قضت في قرارها المرقم ١٩٧٨/١١٣ بأن (الأعمال المترتبة على الحرب والتي تلحق أضراراً بالمواطنين من هدم بيوتهم أو تخريب أراضيهم تعتبر من قبيل أعمال السيادة ذات الطبيعة الإدارية وتخرج المطالبة بالتعويض عنها من اختصاص القضاء لتعلق الأمر بالنظام العام ما لم يعتمد بناء الدعوى على توفير أسس من المسؤولية التصفيرية في الواقعة التي تخلف عنها الضرر)، غير أن محكمة النقض السورية اتجهت نحو التضييق من صفة السيادة على تدابير الحرب باشتراط ان يكون العمل مرتبط بالضرورة الأمنية. مما يجعل القضاء يقترب من الاتجاه الحديث في القضاء الفرنسي والمصري. مشار إلى تلك القرارات في : تقرير بعنوان (رقابة القضاء على مبررات أعمال السيادة)، ٢٠١٢/٣/٥ منشور على موقع جورسبيديا الآتي: www.jurispedia.org.

٧١. قرار ديوان التكوين القانوني رقم ٣/١٣٦ في ١٩٦٥/٤/٦، مشار إليه في : د. عبد الباقي نعمة عبد الله، المصدر السابق، ص ٥١ .

٧٢. قرار محكمة التمييز رقم ١٣٣٣/م/٣/٢٠٠١ في ٢٠٠١/٦/٣٠ . وبهذا المعنى صدرت قرارات أخرى . مشار إليها في: د. جعفر الفضلي وآخرون، المصدر السابق، ص ٨ .

٧٣. حسن محمد البنان، تحصيل بعض القرارات الإدارية من رقابة القضاء، رسالة ماجستير، كلية القانون/ جامعة الموصل، ٢٠٠١، ص ٥٩ .

٧٤. المادة (٧/رابعاً) من قانون التعديل الخامس لقانون مجلس الدولة لسنة ٢٠١٣ .

٧٥. د. السيد خليل هبكل، موقف الفقه الدستوري التقليدي والفقه الإسلامي من بناء وتنظيم الدولة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٧، ص ٢٠٩ ؛ د. غازي فيصل مهدي، مزايا قانون إدارة الدولة

٢. د. احمد عبد الوهاب أبو وردة، حق الإنسان في التقاضي بين مقتضيات الاحترام ومواطن الإخلال، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥-٢٠٠٦.

٣. جيروم أ. بارون، وس. توماس دينيس، الوجيز في القانون الدستوري، المبادئ الأساسية للدستور الأمريكي، ترجمة: محمد مصطفى، ط١، الجمعية المصرية لنشر المعرفة والثقافة العالمية، القاهرة ١٩٩٨.

٤. جميل عبد الله القانفي، سلطات رئيس الجمهورية في الظروف الاستثنائية، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠٠٦.

٥. د. حميدي القبيلات، الوجيز في القضاء الإداري، ط١، دار الوائل للنشر والتوزيع، عمان ٢٠١١.

٦. د. حازم الصادق، سلطة رئيس الدولة بين النظامين البرلماني والرئاسي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩.

٧. د. حمدي علي عمر، الاتجاهات الحديثة للقضاء في الرقابة على أعمال السيادة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧.

٨. ديفيد كيبه - نيكولز، أسطورة الرئاسة الأمريكية الحديثة، ترجمة: صادق إبراهيم عودة، دار الأهلية للنشر والتوزيع، الاردن، ١٩٩٧.

٩. د. السيد خليل هيكل، موقف الفقه الدستوري التقليدي والفقه الإسلامي من بناء وتنظيم الدولة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٧.

للمرحلة الانتقالية، مجلة النهريين للحقوق، جامعة النهريين، م ٧، م ١٢، ٢٠٠٤، ص ١٩٧.

٧٦. المواد (٧-١) من قانون تعويض المتضررين جراء العمليات الحربية والأخطاء العسكرية والعمليات الإراهية رقم ٢٠ لسنة ٢٠٠٩.

٧٧. د. نعيم عطية، النظرية العامة للحريات الفردية، الدار القومية للطبع والنشر، القاهرة ١٩٦٥، ص ٢٦٥-٢٦٦. ود. فؤاد العطار، النظم السياسية والقانون الدستوري، ج ٢-١، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٦٦، ص ٢٢٠، ٢٣٠، ٢٣٢. ود. احمد عبد الوهاب أبو وردة، حق الإنسان في التقاضي بين مقتضيات الاحترام ومواطن الإخلال، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: المعاجم

١. ابن منظور محمد بن مكرم بن علي، لسان العرب في اللغة لسان العرب في اللغة، ج ٤، ط٣، دار صادر، بيروت، ١٩٩٢.

٢. فرانسواز بوشيه سولنييه، القاموس العملي للقانون الإنساني، ط١، دار العلم للملايين، بيروت ٢٠٠٦.

٣. محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، المكتبة العصرية-الدار النموذجية، بيروت، ١٩٩٩.

ثانياً: الكتب

١. د. احمد ابو الوفاء، الوسيط في القانون الدولي العام، ط٥، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠١٠.

١٨. د. نعيم عطية، النظرية العامة للحريات الفردية، الدار القومية للطبع والنشر، القاهرة، ١٩٦٥.

١٩. د. وجدي ثابت غبريال، السلطة الاستثنائية لرئيس الجمهورية طبقاً للمادة (٧٤) من الدستور المصري والرقابة القضائية عليها، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٨٨.

ثالثاً: الرسائل الجامعية :

١. ثائر محمد خضير القيسي، صلاحية إعلان الحرب في بعض الدساتير المعاصرة (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية القانون والسياسة/ جامعة بغداد، ١٩٩٣.

٢. جميلة مسلم شرجي، الاتحاد الفيدرالي، دراسة تطبيقية عن الوطن العربي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق/ جامعة القاهرة، ٢٠٠٣.

٣. حسن محمد البنان، تحصين بعض القرارات الإدارية من رقابة القضاء، رسالة ماجستير، كلية القانون/ جامعة الموصل، ٢٠٠١.

٤. محمد موسى الفقي، حدود مبدأ المشروعية في ظل قانون الطوارئ، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق/ جامعة عين شمس، ٢٠٠٣.

رابعاً: المجلات القانونية :

١. د. جعفر جواد الفضلي، وذنون يونس صالح المحمدي، الدفع بأعمال السيادة في الحوادث الناجمة عن انفجار الألغام، مجلة القانون المقارن، جمعية القانون المقارن العراقية، ع ٣٤، ٢٠٠٤.

١٠. سعدون عنتر الجنابي، نظرية الظروف الاستثنائية في التشريع العراقي، وزارة الثقافة والإعلام، بغداد، ١٩٨١.

١١. د. فؤاد العطار، النظم السياسية والقانون الدستوري، ج ١-٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٦.

١٢. لاري الويتز، نظام الحكم في الولايات المتحدة الأمريكية، ترجمة: جابر سعيد عوض، الجمعية المصرية لنشر المعرفة والثقافة العالمية، القاهرة، ١٩٩٦.

١٣. د. محمد فتوح محمد عثمان، رئيس الدولة في النظام الفيدرالي، الهيئة العامة للكتاب، القاهرة، ١٩٧٧.

١٤. د. محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري، الكتاب الأول، ط ١، منشورات الحلبي الحقوقية، دمشق، ٢٠٠٥.

١٥. د. محمود أبو العود حسيب، الاختصاص التشريعي لرئيس الدولة في الظروف الاستثنائية، دار الثقافة الجامعية، القاهرة، ١٩٩٠.

١٦. محمد عبد الحافظ هريدي، أعمال السيادة في القانون المصري المقارن، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، القاهرة، ١٩٥٢.

١٧. د. ماهر صالح علاوي، مبادئ القانون الإداري، دراسة مقارنة، دار الكتب للطباعة والنشر، الموصل، ١٩٨٩.

٢. د. حنان محمد القيسي، أعمال السيادة بين النظرية والتطبيق، مجلة القانون المقارن، جمعية القانون المقارن العراقية، ع ٤٩، ٢٠٠٧.

٣. د. عبد الباقي نعمة الله، نظرية أعمال السيادة في القانون المقارن، مجلة القانون المقارن، جمعية القانون المقارن العراقية، ع ٧-٦، ١٩٧٧.

٤. د. غازي فيصل مهدي، مزايا قانون إدارة الدولة للمرحلة الانتقالية، مجلة الحقوق، جامعة النهريين، م ٧، ع ١٢، ٢٠٠٤.

٥. مالك منسي الحسيني، مصدق عادل طالب، التنظيم الدستوري والقانون لإعلان الحرب وحالة الطوارئ في العراق، مجلة الحقوق، الجامعة المستنصرية، م ٨، ع ٨-٩، ٢٠١٠.

٦. د. محمد صالح القويزي، أعمال السيادة ومدى تأثيره على الحريات العامة للأفراد، مجلة القضاء، نقابة المحامين في العراق، ع ٤-١، ١٩٨١.

خامساً: القوانين

أ. الدساتير

١. الدستور الأمريكي لسنة ١٧٨٧.

٢. الدستور الفرنسي لسنة ١٩٥٨.

٣. الدستور المصري الحالي لسنة ٢٠١٤.

٤. الدستور المصري لسنة ١٩٧١ الملغى.

٥. الدستور اللبناني لسنة ١٩٢٦.

٦. الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥.

ب. القوانين العادية

١. قانون رقم (١٧) لسنة ٢٠٠٥ إلغاء النصوص التي تمنع المحاكم من سماع الدعاوى الناشئة من تطبيق قوانين وقرارات مجلس قيادة الثورة المنحل

٢. قانون تعويض المتضررين جراء العمليات الحربية والأخطاء العسكرية والعمليات الإرهابية رقم ٢٠ لسنة ٢٠٠٩.

٣. قانون التعديل الخامس لقانون مجلس الدولة لسنة ٢٠١٣.

سادساً: المواقع على الانترنت

١. محمد بن أعراب، نطاق المسؤولية في قضاء التعويض (نظرية أعمال السيادة)، بحث منشور بتاريخ ٢٩/٢/٢٠١٢، على موقع الثقافة والفكر القانوني الآتي:

www.benurabforumactif.org

٢. تقرير بعنوان (رقابة القضاء على مبررات أعمال السيادة)، منشور بتاريخ ٥/٣/٢٠١٢، على موقع جورسبيديا: www.urispedia.org

سابعاً: باللغة الاجنبية

Firstly: English

1. The Books;

1. Erwin Chemerinsky, Teacher's

2.Philippe Cossalter, *Légalité de crise et état d'urgence*, 15 -11-2015, étude inédite; <http://www.revue-generaledudroit.eu/>

3.Acte de gouvernement en droit français, Un rapport publié le 12/01/2016 à l'adresse suivante; https://fr.wikipedia.org/wiki/Acte_de_gouvernement_en_droit_français

4.Décision n° 60-7 L du 8 juillet 1960, Posté sur la décision du Conseil constitutionnel du site, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-con..-1/decision-n-60-7-1-du-08-juillet-1960.6330.html>

Manual to accompany Constitutional Law, Aspen Publishers, New York Gaithersburg, 2001.

2.U.s Marine Corps, *Warfighting*, Department of The navy Headquarters United States Marine Corps Washington, Mcdp 1, 1997.

2.The journals;

1. P. Allan Dionisopoulos, *New Patterns In Judicial Control Of The Presidency: 1950's to 1970's*, *Akron Law Review*, Ohio's Polytechnic University , Vol 10, Ssue 1, 1977.

3 .The internet;

1.Lous Fisher, *Judicial Review of the War Power*, Congressional Research Service. Published book in 17/1/2016 on the following location; <http://www.loufisher.org/docs/wp/422.pdf>

2.the Law Library of Congress, *War Powers*, A study published in 12/1/2016 on the following location: <https://www.loc.gov/law/help/war-powers.php>.

Secondly: France

1.Robert Borden, *Loi sur les mesures de guerre*, 13/1/2016, Posté sur le site suivant; [http://tc2.ca/sourcedocs/uploads/historydocs./](http://tc2.ca/sourcedocs/uploads/historydocs/)

Judicial oversight of war actions

Asst.Prof.Dr. Mohammed Ezzit*

Asst .Prof.Dr. Qydar Abdul-Qader Salih**

Abstract

The Authors and judiciary in France, Egypt and Iraq tends to Exclusion to declare war from judicial scrutiny because it related to external relations of the state, as well as the involvement of more than one authority in doing so.

The modern judiciary in France made war measures from Acts of sovereignty Provided that acts directly related to fighting.

in United States of America , Acts of Battle limited that need to a legislative mandate are Subject to the control of the judiciary, while non-restricted Battle acts are not subject to judicial control because it held political Adjective.

in Egypt , The acts directly related to fighting are not subject to control judicial and it was decide scope outside the territory of the state and toward the face of the enemy , The state Council also gave the Adjective of sovereignty on military measures, which are taken by the enemy authority.

In Iraq, The Court of Cassation considered all matters relating to hostilities are of sovereignty decisions.ction

(***) Al -Mousel University /Colleg of Right

الفوائد المترتبة على القرض الحكومي العراقي للموظفين

أ.م.د. منى يونس حسين (*)

م.م. فاتن يونس حسين (**)

المقدمة

من أولويات الحياة الكريمة للإنسان العيش الكريم والمأوى الملائم للسكن الذي يؤمن له ولعائلته ركيزة الحياة الحرة الكريمة، وهو امر تعتمد عليه كل الشعوب والحضارات ولا مانع مادي او تطبيقي من استفادة المواطن العراقي من ذلك ، وبالنظر للخلل الكبير في هذه المعادلة وحاجة الانسان العراقي الاضطرارية لجأ الى الرضا والقبول والتسليم لما يسرته الدولة من عقود امينة طويلة الأمد شكلت اغراء كبيرا للموظفين، لكن الذي حصل عمليا ان القروض تم تعديلها بناءً على احد بنوده، إذ تضاعفت أرباحها الربوية بنسبة لا مثيل لها في اشد دول العالم احتكارا ورأسمالية لاسيما فيما يتعلق بقطاع الإسكان الذي يمتاز بكل العالم بشكلية الأرباح وتدنيها، لما يقدمه من خدمة لحل مشكلة السكن التي هي من صلب واجبات الدولة وليس المواطن فصار الموظف يعاني في سداد هذه القروض، وما حاولتنا البحثية هذه الا لايجاد حلول لمثل هكذا عقود .

أهمية الموضوع: تكمن أهمية البحث بشكل

عام بالإرهاق المادي الذي يصيب الموظفين المقترضين من الحكومة مبالغ بفوائد مرتفعة

الملخص

منحت الحكومة العراقية قروضاً للمواطنين لمساعدتهم على مواجهة أعباء الحياة ، ومن بين شروط هذا القرض المندرجة فيه هو أن تكون نسبة الفائدة ٤ ٪، ثم بعد ذلك فوجئ الأفراد بأن نسبة الفائدة ٩ ٪، وأن المصرف قد عمل على زيادة نسبة الفائدة وسندها في ذلك أن قانون البنك المركزي يجيز زيادة نسبة الفوائد خلافاً للقوانين والاعراف السائدة مما .

إن هذا الاستثناء قد أثقل كاهل المواطنين وخلق حالة عدم الأطمئنان لما يصدر من قوانين ومنح وسلف بشروط معينة ثم يعدل عنها لشروط أخرى أكثر تعسفاً، ما حدى بنا كمحاولة لبحث أصل فكرة هذا الحق في زيادة الفوائد بعد الاتفاق عليها، ومعرفة أسعار الفوائد المدنية والتجارية وما هو موقف الدول المشابهة من هذا النهج، ومعرفة مدى توافق النص التشريعي مع النص القانوني في اباحة اعطاء القرض بفائدة تتجاوز السعر المحدد في القانون، ولاسيما أن القواعد الخاصة بتحديد حد أقصى للفائدة قاعدة لا يمكن للأفراد الانفاق على ما يخالفها، لأنها قاعدة امرة فكيف اذا كانت مؤسسة تمثل الدولة تعمل على مخالفة قاعدة أمره.

(*) الجامعة المستنصرية /كلية الادارة والاقتصاد

(**) الجامعة المستنصرية/ كلية القانون

كثيراً عن أصل الدين ، التي تكون ٩٪ تراكمية مما يجعل المواطن في حلقة من الاعباء والهموم ومحاولة توعية اصحاب القرار من خطورة فرض قروض بفوائد مرتفعة.

مشكلة البحث: تتجلى مشكلة البحث في عدم معالجة هذا الموضوع من قبل المشرع العراقي من جانب الطرف الضعيف في العلاقة العقدية، فهو نظم هذا الموضوع من جهة المصارف والبنوك، وحدد اسعار الفوائد والحالات التي تبيح فيها الحكومة زيادتها، إلا أنه أغفل جانب الطرف الضعيف، وكذلك الآثار السلبية التي تعود على المجتمع من جراء هذا النوع من القروض.

منهجية البحث: اعتمدنا على المنهج التحليلي في استعراض متون النصوص في بعض الدول العربية، ونصوص القانون المدني العراقي، محاولين الوصول الى حلول سليمة أو نتائج لهذا الموضوع، وحاولنا بيان عدم المساواة بالمعاملة التجارية بين القروض الممنوحة للمستثمرين والممنوحة للمواطنين.

خطة البحث: اعتمدنا في خطة البحث على تقسيم الموضوع الى مطلبين: الأول بعنوان التعريف بالفوائد والقروض وأنواعها، والمطلب الثاني طبيعة القرض الحكومي وموقف التشريعات المقارنة.

المطلب الأول

التعريف بالفوائد والقروض وأنواعها

ما الذي يدفع الأفراد الى الاقتراض بفوائد

عالية من المصارف اذا كانوا لا يتحملون أعباءها أو لا يجيزونها من الناحية الشرعية (إن الاقتراض بفائدة يجوز عند الضرورة)^(١)، إذا كانت هناك أسباباً اضطرته الى أخذها وكي يدخل فعلاً في وصفه الاضطرار هناك شروط وضعها أهل العلم منها.

١- ان تكون هناك ضرورة حتمية لا مجرد التوسيع في الامور الكمالية التي يمكن الاستغناء عنها.

٢- ان يقتصر المقترض على قدر الضرورة فقط فالقاعدة الفقهية تقول: الضرورات تبيح المحظورات^(٢).

٣- ان يسلك كل الطرق التي توصله الى الخروج من المأزق الذي هو فيه غير طريق الربا، فاذا لم يجد غير وسيلة القرض بفائدة فلا حرج عليه ومنها المنطلق نرى من وجهة نظر الافراد وحاجتهم الى قرض لسد صعوبات الحياة شراء منزل، او سيارة، او فتح محل، او شراء ادوات لتطوير دخلهم، والعيش بحياة كريمة، ولثقة الأفراد بحكومتهم واطمئنانهم لأنها الراعي المسؤول عن رعيته، ويكون معيار التوازن هو الاساس الذي نبحت عنه. وسنقسم هذا المطلب على فرعين:

الفرع الأول

مفهوم الفوائد والقروض

إن الفوائد وهي المبالغ التي تؤخذ عند منح قرض إذ يعمل الافراد على رده مع فوائد متفق عليها مع المصرف المخول بذلك، فأساس الفكرة هو وجود اتفاق بين الطرفين على سعر الفائدة، والقرض الذي يعطيه المصرف هو مبالغ مدفوعة مرة واحدة على أساس ان يعيدها

المقترض مع فوائدها في جدول محدد عند كل شهر يتم استقطاعه من رواتب الموظفين الذين حصلوا على هذا القرض فيستلم الافراد رواتبهم مقطوعة منها نسبة القرض المخصص لكل شهر.

أولاً: ماهية الفوائد

عرف الاقتصاديون الفائدة بأنها (الثلث النقدي الذي يدفع مقابل استخدام الأرصدة النقدية وترتبط بالصفات التي يكون موضوع التنازل عن النقود في سوق رؤوس الاموال وهو التنازل الذي يتم بمقتضى عقد القرض^(٣)). وعرفت أيضاً بأنها (مبلغ من النقود يلتزم المدين بدفعه على سبيل التعويض عن التأخير في تنفيذ التزام محله دفع مبلغ من النقود عن الميعاد المحدد له أو نظير انتفاعه بمبلغ من المال في عقد من عقود المعاوضة^(٤))، إذا تدفع الفائدة نتيجة ضرر لحق أحد الطرفين من جراء إخلال الطرف الآخر أو تأخره، فما هو التعليل لأخذ فائدة من المواطنين لقاء قرض حكومي، إلا اننا وأن كنا ندرك ان اخذ قرض مع فائدة يكون مقابل انتفاع من المال المقترض لكن مع الاخذ بالاعتبار ان لجوء الموظف لمثل هكذا قرض هو لاضطراره الى ذلك.

ثانياً: أنواع الفوائد

والفوائد إما أن تكون تعويضية أو تأخيرية، كما انها على انواع من ناحية السعر (وقد تكون قانونية وهي ٤٪ في المسائل المدنية و٥٪ في المسائل التجارية، وتكون اتفاقية وهو لا يزيد عن ٧٪ في المسائل المدنية والتجارية)^(٥)، قد تكون تجارية وهي نسبة غير محددة وحسب العرض التجاري السائد

في المصارف والشركات الكبرى والحسابات الجارية والائتمان العقاري، (وقد تكون الفوائد بسيطة وهي عدم احتساب الفوائد على الفوائد اي الربح البسيط)^(٦)، وهو ما يمثل للوصول اليه من قبل الحكومة العراقية، وقد تكون فوائد مركبة (وهي احتساب الفوائد على الفوائد، أو احتساب الفوائد على متجمد الفوائد أي الربح المركب^(٧))، وهو ماجرى تطبيقه في القروض الممنوحة موضوع بحثنا الحالي، أما الفوائد المتجمدة وهي (الفوائد المتجمعة المستحقة غير المسددة على الرغم من حلول مواعيد استحقاقها منها الى ادماجها برأس المال وتجميدها باتفاق الطرفين او بحكم القانون وإخضاعها للفوائد أيضاً^(٨))، وذلك باحتساب الفوائد على هذه الفوائد^(*) ومن هذا العرض البسيط نحاول أن نبين أن الفوائد بوصفها نظاماً قانونياً قد تم تنظيمه واستقرت عليه المعاملات سواءاً كنا متفقين على أسعارها أم لم نتفق، فكيف الحال والزيادة الحاصلة بالنسب المقررة للفوائد المفروضة على القروض المحلية للمواطنين، وبما يؤدي الى اضطراب المعاملات، وحصول نوع من الغبن للمواطنين حتى مع الاتفاق على نوع الفوائد التي يقرها العقد ويرضى بها الطرف الثاني (المقترض) الذي يكون قد قرا شروط العقد ووافق عليها، فبوجود شرط جوهرى يجيز للطرف الأول تعديل شروط العقد دون الرجوع للطرف الثاني يفهم منه الطرف الثاني ان التعديل سيضمن مصلحة الطرفين وليس بوصفه طرفاً واحداً يتعامل مع دولة تكون ضامناً دائماً لمصالح المواطن بما فيها عند تعديل شروط مثل هذه العقود، (اما بالنسبة للحقوق التبعية ويعنيها منها الرهن بنوعيه فهو الذي ينشأ بالاتفاق، فهذا قد وضع

له المشرع قواعد للتوفيق بين مصلحة الدائن المرتهن ومصلحة الراهن ومصلحة الغير وكلها قيود تتعلق بالنظام العام، اذ هي تمس الائتمان وهو دعامة النظام الاقتصادي^(٩)

الفرع الثاني

تعريف القروض وأنواعها

أولاً: تعريف القروض

نصت المادة ٦٨٤ من القانون المدني العراقي بأن القرض هو (ان يدفع شخص لآخر عيناً معلومة من الاعيان المثلية التي تستهلك بالانتفاع بها ليرد مثلهما)^(١٠).

وعرفه المشرع الاردني (تمليك مال أو شيء مثلي لآخر على أن يرد مثله قدرأ ونوعاً وصفة إلى المقرض عند نهاية مدة القرض)^(١١).

وعرفه المشرع المصري بأنه (عقد يلتزم به المقرض إن ينقل الى المقرض عند نهاية القرض شيئاً مثله في مقداره ونوعه وصفته)^(١٢).

(والقرض بفائدة عقدة معاوضة بالنسبة الى المقرض لأنه يأخذ الفوائد في مقابل اعطاء الشيء لأجل، او بالنسبة الى المقرض لأنه يأخذ الشيء لأجل في مقابل اعطاء الفوائد)^(١٣).

ويمكن القول إن عقد القرض محله يكون مالاً، والمال هو كما عرفه المشرع العراقي هو (كل عين أو حق له قيمة مادية في التعامل او كل شيء يمكن حيازته مادياً أو معنوياً والانتفاع به انتفاعاً مشروعاً ولا يخرج عن التعامل بطبيعته

أو بحكم القانون يصح أن يكون محلاً للحقوق المالية)^(١٤)، أو شيئاً مثلياً، إلا إنه في الغالب يكون القرض مبلغاً من النقود ويقوم المقرض بنقل ملكيته للمقرض على ان يسترده عند نهاية القرض ويكون هذا عند التعامل بين الافراد او بين الافراد والدولة في بعض الحالات(*) فالمتداول بين الناس هو القرض الخاص بالنقود وهو (معاملة مشروعة بشرط أن لا تكون هناك زيادة مشروطة على المال المقرض عند رده وسداده الى صاحبه فأش شرطت الزيادة فهي نوع من أنواع الربا المعروف في الجاهلية والمحرم في الاسلام)^(١٥)، ونصت المادة ٢/٦٩٢ من القانون المدني العراقي على انه (اذا دفع المستقرض فائدة تزيد على السعر الجائز قانوناً كان له ان يسترد الزيادة سواء دفع عن علم او عن غلط)^(١٦)، كما أن العلامة السنهوري قد بين بأن (القرض الذي يتضمن فائدة ليس اصلاً في العقود الربوية، بل هو يقاس بها يجوز اولاً أن يتضمن القرض فائدة غير مشروطة، كما ان القرض بفائدة الذي يتضاعف فيه الدين يكون حراماً ولا يحل الا للضرورة كالضرورة التي تبيح اكل الميتة والدم، وان القرض بفائدة بسيطة لا تبلغ ذلك القدر تكون شدة التحريم فيه اقل، لأن هذا القرض يباح للحاجة لا للضرورة فقط)^(١٧)، وسواءً كانت الفائدة قليلة ام كبيرة فهي تسبب ضرراً وعدم انصاف لاستغلال حاجة الانسان لاسيما وان السند القانوني يعطي القوة لعدم جواز فرض فائدة اعلى من السعر المحدد قانوناً وفق المادة سالفة الذكر .

ثانياً: أنواع القروض

قطعة أرض، او دار أو أي ممتلكات عينية ولا يستطيع الفرد بيع العين المرهونة الا بعد سداد القرض وفوائده او سداه قبل مواعده، وهناك أنواع أخرى من القروض منها، صندوق التوفير بفائدة، واقتراض البنوك من البنك المركزي بفائدة، والحسابات الجارية بفائدة وغيرها.

كما توجد قروض تمنحها الحكومة العراقية الى المستثمرين وفق قانون الاستثمار رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦ (بغية تسهيل وتنظيم العمل في هيئات الاستثمار، من اجل خلق مناخ مشجع وملائم للاستثمار، ومنح امتيازات واعفاءات وقروض ميسرة جاذبة للمستثمرين)^(٢١)، كما نصت المادة الثامنة من نفس القانون على (تشجيع المستثمرين العراقيين من خلال توفير قروض ميسرة وتسهيلات مالية بالتنسيق مع وزارة المالية والاستعانة بالمؤسسات المصرفية مع اشتراط ان يقوم المستثمر الحاصل على القرض باستخدام عدد من العراقيين العاطلين عن العمل يتناسب وحجم القرض)^(٢٢).

فلو تفحصنا النص نجد أن فكرة أن يكون القرض ميسر من خلال تخفيض الفوائد عليه أمر متصور لدى الحكومة، وبمفهوم المخالفة فإن الحكومة تعلم أن القروض الممنوحة بفوائد عالية معسرة للمواطنين فالمساواة بالمعادلة بين المواطنين وبين المستثمرين امر مطلوب من الحكومة لاسيما انها مازالت مستمرة بمنح السلف بفوائد مرتفعة كما مبين في الملحق رقم واحد أنواع أخرى من القروض منها: صندوق التوفير بفائدة، واقتراض البنوك من البنك المركزي بفائدة، والحسابات الجارية بفائدة وغيرها.

بعد الاعتماد صورة من صور القروض تمنحها البنوك لعملائها ففي القرض يقوم البنك باحتساب الفائدة المستحقة عن هذا القرض في المدة المطلوبة ويخصمها من اصل القرض ويعطي المقترض الصافي بعد ان يسحب عليه كمبيالة قيمتها القرض كله^(٢٣)، اما في فتح اعتماد مصرفي لأحد العملاء فإن البنك يفتح حساباً للعميل في دفاتره مع التأشير بالحد الذي لا يجوز ان يتعداه العميل في سحبه، ولا يتقاضى البنك الفائدة مقدماً كما في القرض ولا تسري الفائدة الا من تاريخ السحب فقط^(٢٤).

اما الودائع لأجل التي هي ان يودع شخص مبلغاً معيناً من النقود لمدة معينة في أحد البنوك ويأخذ فائدة عليه في آخر المدة المتفق عليها زيادة على المبلغ الذي اودعه ولا يأخذ فائدة اصلاً اذا سحبه قبل المدة^(٢٥).

٣- القروض الأهلية

هي القروض التي تمنحها المصارف الاهلية للمواطنين والشركات واصحاب المشاريع الصغيرة بفائدة متفق عليها حسب القانون والاتفاق ولا يخرجون عن حدود القانون.

ففي الوقت الذي تهدف فيه المصارف الاهلية للربح فانها متقدمة وملتزمة بنصوص القانون ولا تخرج عن حدود الفائدة المتفق عليها او المنصوص عليها فكيف يكون الحال اذا كانت المصارف الحكومية هي من تخالف القانون، اما القروض الحكومية التي تمنحها الدولة الى الافراد مقابل ردها ورد فوائد على هذا القرض مع أخذ رهن كوحدة سكنية، او

المطلب الثاني

طبيعة القرض الحكومي وموقف التشريعات المقارنة

الفرع الأول

طبيعة القرض الحكومي

القرض الذي تمنحه الدولة للمواطنين والافراد، يكون تبرعاً اذا لم يكن مصحوباً بفائدة تفرضاها المصارف على الافراد واذا كانت هناك فوائد تفرض مع القرض وجب علينا ان نبين طبيعة هذا القرض من خلال التطرق الى أصل النظرية التي يستند عليها.

١- القرض الحكومي هو عقد إذعان

من صفات العقد أن يكون برضا الطرفين إذ تتبادل الارادات فيرتبط الايجاب الصادر من احد الطرفين (الافراد) المقترض بقبول صادر من المُقرض وهي (الحكومة) بواسطة الجهة المختصة، فتنشأ حقوق والتزامات مالية متقابلة فتلتزم الدولة بدفع مبلغ من المال، ويلتزم الافراد بدفع الفوائد ورد أصل الدين بعد أجل محدد خاضع لشروط ووضوابط وسعر فائدة قد يخرج عن السعر القانوني.

وتعلن المصارف شروطها ابتداءً وللراغب بعد ان عرف بهذه الشروط وله أن يتقدم لطلب القرض، الذي ادى الطرف الاقتصادي والاضطرار للجوء الى المصارف وطلب قرض، مما يسبغ عليه صفة عقد الاذعان إذ

يختل التوازن الاقتصادي للعقد نظراً لما يحتله أحد الطرفين من مركز قوي بذ يفرض شروطه بدون مناقشة من الطرف الاخر.

٢- القرض الحكومي هو قرض ربوي

والقرض هو الزيادة المشترطة في العقد وهي أن لم يتحقق بها الربا الحقيقي إلا أنها تشبه الربا لأنها فضل لا يقابله عوض وهو محرم^(٢٣).

والتحريم ورد على هذا النوع باعتباره وسيلة لسد الذريعة الى المحرم^(٢٤).

٣- القرض الحكومي هو تعسف في

استعمال الحق او اساءة استعمال الحق وهي (إلزام الشخص الذي يمارس حقاً من حقوقه دون أن يتجاوز حدوده بتعويض الغير عن الضرر الذي ينشأ عن استعمال الحق على نحو يخرج به عن وظيفته الاجتماعية التي تحددها قيم المجتمع ومصالحته)^(٢٥).

على الرغم من أن الدولة من حقها ادارة اعمالها واستثمار اموالها لما يعود من منفعة على المواطنين عن طريق الاستثمار والقروض بفائدة وغيرها من الاعمال التي تجربها، إلا إنه يمكن القول إن فرض فائدة كبيرة على قروض تمنحها للمواطنين فيه تعسف.

ويميل الباحث مع من يرى ان القرض بفائدة هو قرض ربوي ومما يجعل الأمور اكثر صعوبة ان تصدر من الحكومة.

اسعار الفوائد في بعض الدول^(٢٦)

البلد	فائدة مدنية	تجارية	اتفاقية
العراق ومصر الفائدة حسب الصرف التجاري غير محددة بسعر معين	٤٪	٥٪	٧٪
سوريا	٤٪	٥٪	٩٪
ليبيا	4%	5%	10%
لبنان	9%	9%	مطلقة
الجزائر	5%	5%	مطلقة
فرنسا	4%	5%	مطلقة
امريكا		20%	

الفرع الثاني

موقف التشريعات المقارنة

في هذا المبحث سنستعرض النصوص والمواد التي ذكرت في متون القوانين، فمن المعروف أن (القرض في الاصل عقد تبرع، فلا تجب فوائد على المقرض، حتى لو كان القرض تجارياً، إلا اذا كان هناك اتفاق على ذلك بينه وبين المقرض)^(٢٧).

أن مما يدرج في عقد القرض بشرط يكتب فيه سعر الفائدة التي تأخذها البنوك من المقرضين في نهاية كل سنة إلا أنه ممكن أن يكون هذا الشرط بصورة اخرى (من ذلك ان يشترط المقرض على المقرض أن يرد في نهاية القرض مبلغاً يزيد على المبلغ المقرض فالزيادة هي فوائد القرض تدفع مرة واحدة مع مبلغ القرض عند الرد)^(٢٨)، ومن المقرض أن هذه الزيادة منصوص عليها في القانون فلا يجوز تجاوزها، ولو رجعا الى تشريعات عربية أخرى نصت على عدم جواز التعامل بالفائدة بل وحرمتها ومنها ما ورد في قانون الالتزامات والعقود المغربي في المادة ٨٧٠ ونص على (أن اشترط الفائدة بين المسلمين باطل مبطل للعقد الذي يتضمنه سواء جاء صريحاً أو اتخذ شكل هدية للمقرض)^(٢٩)، كما نصت المادة ٣٥٢ من القانون المدني اليمني على ان كل (اتفاق على فائدة ربوية باطل ولا يعمل به)^(٣٠) كما ان عدم الجواز والتحریم ورد ايضاً في المملكة العربية السعودية.

أما المشرع العراقي فقد نص على (يجوز للمتعاقدین ان يتفقا على سعر آخر للفوائد على ألا يزيد هذا السعر على ٧٪، فاذا اتفقا على

فوائد تزيد على هذا السعر وجب تخفيضها الى ٧٪ وتعين رد ما دفع زائداً على هذا القدر)^(٣١).

ومع ذلك فإن المشرع قد استثنى البنك المركزي^(*) من أحكام المادة السابقة، أي يستطيع البنك فرض سعر فائدة أعلى مما هو مقرر حسب ما تقتضيه سياسة البنك.

أما المادة (٤٦٥) من قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ النافذ (يعاقب بالحبس وبغرامة لا تزيد على ألف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين من اقترض آخر نقوداً بفائدة ظاهرة أو خفية تزيد على الحد الأقصى المقرر للفوائد الممكن الاتفاق عليها قانوناً وكذلك المادة (٣٣٩) من قانون العقوبات المصري رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧ المعدل.

والاساس الذي تنطلق منه المصارف باجازة فرض سعر فائدة اعلى من السعر المتفق عليه قانوناً هو الشطر الأخير من نص المادة (١٧٤) مدني عراقي فقد، قضت بأنه (لا يجوز في أي حال ان يكون مجموع الفوائد التي يتقاضاها الدائن أكثر من رأس المال وذلك كله دون الاخلال بالقواعد والعادات التجارية)، اما المشرع الكويتي فقد نص على (أن الفائدة على القروض المدنية في القانون المدني الكويتي باطلة، في حين ان الفائدة على القروض التجارية جائزة)^(٣٢)، وعند الحديث عن الاعمال المختلطة في القانون التجاري فقد ميز هذا القانون و عد بأن هناك اعمال تعد تجارية من طرف ومدنية من طرف آخر، فالعمل الذي تأتيه المصارف يعد عملاً تجاري، في حين يعد العمل مدنياً من جهة الموظف الذي حصل على قرض، قضت المادة ٣٠٥ من القانون الكويتي رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠ (يقع باطلاً كل اتفاق على

تقاضي فوائد مقابل الانتفاع بمبلغ من النقود)، وكذلك (حظر الفوائد في القروض والمعاملات المدنية ولو كانت مستترة*)^(٣٣).

وقد بينت المادة ٥٤٧ من القانون المدني الكويتي في الفصل الرابع المسمى بالقرض^(٣٤) (يكون الاقراض بغير فائدة ويقع باطلاً كل شرط يقضي بخلاف ذلك دون مساس بعقد القرض ذاته، ويعد في حكم الفائدة كل منفعة يشترطها المقرض)، في حين نجد أن قانون التجارة الكويتي قد^(٣٥) (أباح من الناحية القانونية لا الشرعية تقاضي الفائدة في القروض التجارية المادة ١٠٢ منه هذا يعني أن المشرع الكويتي قد حظر الفائدة على القروض وهذا خلافاً للقانون المدني المصري الذي أجاز تقاضي الفائدة على القروض المدنية منها نص المادة ٥٤٢ التي تنص على أنه (على المقترض أن يدفع الفوائد المتفق عليها عند حلول مواعيد استحقاقها فاذا لم يكن هناك اتفاق على فوائد اعتبر القرض بغير أجر)^(٣٦).

ولسنا في حاجة الى استعراض القوانين الاوروبية فهي جميعاً تبيح التعامل بالربا^(٣٧)، انما يهمننا التشريعات الاقليمية التي يجيز بعضها التعامل بالفوائد المفروضة على القروض في قانونها المدني كالعراق، ومصر، وسوريان ولبنان، وليبيا، والجزائر، وهي تتفق على (تحريم الربا المضاعف اضعافاً مضاعفة بأنها حرمت اقتضاء الفوائد على متجمد الفوائد وحرمت اقتضاء فوائد تزيد على رأس المال)^(٣٨)، ومع ذلك هناك بعض الدول الأجنبية بدأت تتحول الى مصارف غير ربوية في بعض المناطق من دول العالم، ايماناً منها بأن الانسان ورفاهيته الاساس الذي تنطلق منه ، ومنها (بنك قبرص - القسم التركي ١٩٨٢، البنك

البريطاني ١٩٨٠ والبنك السويسري ١٩٨١، ولوكسمبورغ ١٩٨٧)^(٣٩)، وكذلك بعض الدول العربية منها (بنك التمويل السعودي المصري ١٩٩٠، بنك الشارقة الوطني ٢٠٠٢)^(٤٠).

ويمكن تقسيم الاقراض بالربا الى ثلاثة أنواع رئيسة (الاقراض الى المحتاجين من الافراد، والاقراض الى المشروعات التجارية، والصناعية، والزراعية، والاقراض الى الحكومات ولكل من هذه الانواع مضاره)^(٤١)، والذي يهمننا في بحثنا هو الاقراض الى الافراد.

ومتى اقترض شخص مرة يبقى عادة طيلة حياته متقلاً بالدين ومعيشة مثل هذه الطائفة تكون مليئة بالاحزان والهموم، وينعكس ذلك على طاقتهم الانتاجية فتضعف، وينحط مستوى معيشتهم وقد تقودهم هذه الحالة الى اقرار الجرائم^(٤٢) ، ويرى كثير من الاقتصاديين الغربيين ان الإقراض بالربا له مضار ومنهم (كينز) الذي يقول (أن العمالة الكاملة لا تتحقق الا عندما يصل سعر الفائدة الى الصفر)^(٤٣)، كما أن من آثار الاقراض بالربا ما يقوله عبد العزيز اسماعيل^(*) (أن الربا هو السبب في كثرة امراض القلب ولو استبدل بنظام اقتصادي اساسه التعاون بين المقرض والمقترض في المغنم والمغرم معاً لكان أجلب للاطمئنان واعدل وأقوم)^(٤٤) ، ويمكن أن نشاهد بوضوح الفرق بين عقد الايجار والقرض عن طريق أن (المستأجر ينتفع بالشيء المؤجر ويرده بعينه، ويرد الى المالك مقابل المنفعة التي حصل عليها المقترض فهو يحصل على نقود تهلك بالاستعمال ولذلك لا يرد الشيء بعينه كما في الاجار، بل يلزمه أن يوجد الشيء من جديد)^(٤٥).

أن الحكمة من تحريم الربا هي لما يعود على الناس من آثار تكون نتيجة حتمية لمخالفة نصوص الشريعة الإسلامية الغراء التي وضعت علاجاً لكل داء ضمن الآثار التي تنتجها القروض الربوية لانعدام التعاون بين الناس، ومن آثار الربا هو (التوزيع غير العادل للدخل بين الاغنياء والفقراء، وتركيز الثروة بيد فئة قليلة من الناس)^(٤٦)، كما توجد محاولات عربية بمنح قروض للمواطنين بدون فائدة، وقامت الحكومة المصرية عن طريق (الغاء الفائدة من التعامل في بنوك التسليف الزراعية التي تتعامل مع الفلاحين في مصر عام ١٩٦١)^(٤٧)، وكذلك بنك (ناصر الاجتماعي) وهي هيئة عامة حكومية إذ يتعامل في منح القروض على اساس الحصول على عمولة لا فائدة وهو ما معمول به في المملكة العربية السعودية، وهذا البنك (ألغى الفوائد الربوية ويقرض بلا فائدة ويستثمر الاموال التي تعود بالخير على الأمة)^(٤٨)، وكذلك ما حدث في مدينة (ميت غمر) في مصر وغيرها.

الخاتمة

من الأسس التي تكفل حماية الجانب الضعيف ما قرره القانون من عدم جواز الاتفاق على سعر أعلى لفائدة من السعر الذي يسمح به القانون، وان الشريعة الإسلامية عالجت جميع المشاكل وبيّنت آثار التعامل بالربا، كما ان بعض الدول العربية والاجنبية بدأت تتحول من النظام التقليدي في أخذ الربا في المصارف الى نظام لا ربوي ايماناً منها في اهمية رفاهية الانسان وسعادته، كما ان اغلب النصوص التي قد يكون مضمونها ابتعد عن التعامل الإسلامية لم تحاول ان تغير الجمود وعدم التطور فيها

وان الحاجة الى وجود نظام مصرفي متميز يضمن اسعاف المواطنين ومنحهم قروض وفي الوقت نفسه تدير اموال الدولة وتستثمرها بغير طريق الإقراض بالربا امر ضروري و ان الفوائد المفروضة على القروض وتمنح للمواطنين تثقل كاهلهم وتكون آثارها سلبية على الانسان نفسياً ومادياً.

المقترحات

أن من اهم المقترحات التي أتقدم بها واستناد الى فن الصياغة التشريعي واهم شروطه في كتابة النص انه يجب على المشرع أن ينص على الاستغلال بصورة صريحة كعنصر من عناصر الركن المادي في جريمة خيانة الأمانة كما فعل ذلك بالنسبة للتصرف والاستعمال. أو أن يقوم المشرع باستبدال عبارة (فاستعمله بسوء قصد لنفسه أو لفائدته أو لفائدة شخص آخر أو تصرف به بسوء قصد) بعبارة أكثر دقة مثل عبارة (فمارس عليه بسوء قصد إحدى السلطات التي يخولها حق الملكية للمالك) .

التوصيات

- ندعوا بأن تقوم الحكومة باجراء احصاء عن اعداد الذين يأخذون قرض حكومي ودراسة حالتهم الاجتماعية ومعرفة مدى الاضرار الذي دفعهم الى أخذ قرض بفائدة مرتفعة لعلها تجد ما يحملها مسؤولية اعفائهم من الفوائد بل وحتى القروض إن أمكن الأمر.

- تطبيق المساواة في النظرة للقروض الممنوحة للمواطنين والقروض الممنوحة للمستثمرين.

الهوامش

١٦. القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.
١٧. السنهوري، مصادر الحق، ج٣، بيروت، ص٢٤١.
١٨. الطنطاوي، مصدر سابق، ص٣٩.
١٩. كمال الدين صدقي، البنوك التجارية من الناحية النظرية والعملية، ١٩٦٣، ط١، القاهرة، ص١٤٩.
٢٠. محمود محمد الطنطاوي، مصدر سابق، ص٣٩.
٢١. قانون الاستثمار العراقي رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦ المعدل بقرار رقم ٥٠ لسنة ٢٠١٥ الاسباب الموجبة. المنشور في الوقائع العراقية، العدد ٤٣٩٢.
٢٢. المادة الثانية من قانون الاستثمار العراقي، مصدر سابق.
٢٣. البدائع ج٧، ص٣٩٥، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج٣، ص٢٢٥، وهذان المرجعان يشيران الى هذا الربا بالفرض الذي يجر منفعة.
- مجلة الحقوق والشريعة/ الكويت/ السنة الرابعة/ العدد الاول ١٩٨٠، ص١٨٤.
٢٤. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الاسلامي، ١٩٦٧، ج٣، ص٢٤١.
٢٥. عبد المجيد الحكيم: مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص٢٢٩.
٢٦. المصدر: الفائدة القانونية، لطفي، بلا سنة مكي ابراهيم طبع، ص٤٧.
٢٧. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج٥/ العقود التي تقع على الملكية، الهبة والشركة والفرض والدخل الدائم والصلح ط٣، منشورات الحلبي الحقوقية، ص٤٤٣.
٢٨. السنهوري، الوسيط، مصدر سابق، ص٤٤٤.
٢٩. قانون الالتزامات والعقود المغربي رقم ١٥ لسنة ١٩٦٥.
٣٠. القانون المدني اليمني رقم ١٩ لسنة ١٩٩٢.
٣١. المادة ١٧٢ من القانون المدني العراقي.
- * محمد حامد دويدار، مبادئ الاقتصاد النقدي والمصرفي، مؤسسة الثقافة الجامعية الاسكندرية، ١٩٨٤ بلا سنة طبع، ص٢١٠.
- البنك المركزي غالباً مؤسسة عامة تعود ملكيته للدولة اي للشعب، ولا يكون هدفه تحقيق ربح كما هو الحال بالنسبة للبنوك التجارية فههدف البنك المركزي
١. الاشباه والنظائر، عبد الرحمن السيوطي، الناشر، دار الكتب العلمية، ط١، ١٩٩٠، ص٧٦.
٢. نيل الاوطار، محمد علي الشوكاني، الناشر، دار الحديث، مصر ج٥/ ط١، ١٩٩٣، ص١٨٩.
٣. عبد الحفيظ عبد الله، مبادئ الاقتصاد، كلية الحقوق، جامعة الكويت، الطبعة الاولى، ١٩٩٣، ص٢٠٩.
٤. عبد المجيد الحكيم، مصادر الالتزام، المكتبة القانونية، ج١، ٢٠٠٨، ص٧٤.
٥. حسني حسن المصري، الفوائد في النظم القانونية المقارنة وموقف المشرع الكويتي منها، مجلة الحقوق، الكويت، ملحق العدد الاول - السنة ٢٧ - ٢٠٠٣، ص٢٨.
٦. باسم محمد صالح، القانون التجاري، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة ٢٠٠٦، ص٤١، ٤٢.
٧. م ١٧٤ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.
٨. مكي ابراهيم لطفي، الفائدة القانونية، بلا سنة طبع، القاهرة، ١٩٨١، ص٤٤.
- * ينظر في هذا المعنى، عبد المجيد الحكيم، المصدر السابق، ص٨١.
٩. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، حق الملكية، الجزء الثامن، ط٣ دار النهضة، مصر ص٢١٨.
١٠. القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.
١١. المادة ٦٢٦ من القانون المدني الاردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦.
١٢. المادة ٥٣٨ من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨.
١٣. السنهوري، الوسيط، ج١، بيروت، ص١٧٤.
١٤. المادة ٦١ فقرة ١ من القانون المدني العراقي.
- * اذا قامت الدولة باعطاء القروض بدون فائدة في بعض البلدان.
١٥. محمود محمد الطنطاوي، القروض المصرفية في ضوء الشريعة الاسلامية، مجلة الحقوق والشريعة، الكويت، السنة ١، عدد ١، ١٩٧٧، ص٣٨.

٤٥. المودودي، المصدر اعلاه، ص ٨٤.
٤٦. محمد انس الزرقا، نحو نظرية اسلامية معيارية للتوزيع، المؤتمر الثاني للاقتصاد الاسلامي، معهد الاقتصاد، الجامعة الاسلامية اسلام آباد ١٩ - ٢٣ مارس ١٩٨٣، ص ٥٣.
٤٧. محمود محمد الطنطاوي، مصدر سابق، ص ٤٤.
٤٨. محمد عبد الله العربي، بحث ألقى في المؤتمر الثاني لمجمع البحوث الاسلامية، القاهرة ص ١٠٠

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: الكتب

١. ابراهيم الدسوقي أبو الليل، تعويض الضرر في المسؤولية المدنية، الناشر جامعة الكويت، ط ١، ١٩٩٥.
٢. ابو الاعلى المودودي، الربا، دار الفكر بيروت، ١٩٦٨.
٣. باسم محمد صالح، القانون التجاري، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ٢٠٠٦.
٤. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، البدائع، ج ٧، ج ٣، مجلة الحقوق والشريعة، الكويت، السنة الرابعة، العدد الاول ١٩٨٠.
٥. ريمون يوسف فرحات، المصارف الاسلامية، منشورات الحلبي الحقوقية، ط ١، ص ٢٠٠٤.
٦. السنهوري، الوسيط، ج ١، بيروت.
٧. السنهوري، مصادر الحق في الفقه الاسلامي، ج ٣، ١٩٦٧.
٨. عبد الحفيظ عبد الله، مبادئ الاقتصاد، كلية الحقوق، جامعة الكويت، ط ١، ١٩٩٣.
٩. عبد الرحمن السيوطي، الاشباه والنظائر،

المصلحة العامة، ونجد ان البنك المركزي الفرنسي مملوكاً للدولة ١٩٤٥، وبنك انجلترا ١٩٤٦، وبنك مصر ١٩٥٧.

٣٢. جديع فهد الغيلة الرشيد، مدى استحقاق البنوك التجارية فوائد قروض الأعمال المدنية في القانون الكويتي، مجلة الحقوق الكويتية/ السنة ٣١/ العدد ١/ ٢٠٠٧، ص.

* من قبيل الفوائد المستترة المحظورة رسوم خدمات على المدين وذلك لعدم تقديم الدائن لخدمة حقيقية مقابل هذه الرسوم.

٣٣. ابراهيم الدسوقي ابو الليل، تعويض الضرر في المسؤولية المدنية دراسة تحليلية تأصيلية لتقدير التعويض، الكويت الناشر، جامعة الكويت، ط ١، ١٩٩٥، ص ٦٧٤.

٣٤. حسني المصري، عمليات البنوك في القانون الكويتي، الكويت الناشر مؤسسة دار الكتب، الطبعة الاولى، ١٩٩٣، ص ٢١٣.

٣٥. قانون التجارة الكويتي رقم ٦٨ لسنة ١٩٨٠.

٣٦. القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨.

٣٧. محي الدين اسماعيل علم الدين، الفائدة والربا، ١٩٩٢ القاهرة، بلا سنة طبع، ص ١٦.

٣٨. السنهوري، مصادر الحق، ج ٣، ص ٢٤٤.

٣٩. ريمون يوسف فرحات، المصارف الاسلامية، منشورات الحلبي الحقوقية، ط ١، ٢٠٠٤، ص ٧٦.

٤٠. عبد الهادي علي النجار، نحو منهج للبحث في الاقتصاد الاسلامي مجلة الحقوق الكويتية، السنة ٨، العدد ٣، ١٩٨٤، ص ٣٥.

٤١. محي الدين علم الدين، مصدر سابق، ص ٢٨.

٤٢. ابو الاعلى المودودي، الربا، طبع دار الفكر بيروت، ص ٢٣.

٤٣. عيسى عيده ابراهيم، مقال في (مجال الاسلام)، السنة ١٤ - العدد ١١، ومنشور بكتاب الفكر الاسلامي والتطور لفتحي عثمان، ص ٣٧٩، طبع الدار الكويتية، ط ٢، ١٩٦٦، ص ٣٥١.

* عميد الطب الباطني، كتابه الاسلام والطب الحديث نقلاً عن.

٤٤. محمد ابو زهرة، بحث في الربا، طبع دار البحوث العلمية بالكويت وبيروت، ط ١، ١٩٧٠، ص ٢٣.

النائر، دار التث العلمية، ط١، ١٩٩٢.

١٠. عبد المجيد الحكيم، مصادر الالتزام، المكتبة القانونية، ج١، ٢٠٠٨.

١١. كمال الدين صدقي، البنوك التجارية من الناحيتين النظرية والعملية، ط١، القاهرة، ١٩٦٣.

١٢. محمد ابو زهرة، بحث في الربا، طبع دار البحوث العلمية الكويت، بيروت، ط١، ١٩٧٠.

١٣. محمد حامد دويدار، مبادئ الاقتصاد النقدي والمصري، مؤسسة الثقافة الجامعية، الاسكندرية، ١٩٨٤.

١٤. محمد طه البشير، غني حسون طه، الحقوق العينية، ج١، العاتك، القاهرة، ط٢، ٢٠٠٥.

١٥. محمد علي الشوكاني، نيل الاوطار، ج٥، دار الحديث، مصر ١٩٩٣، الناشر، ط١.

١٦. محي الدين علم الدين، الفائدة والربا، القاهرة، بلا سنة طبع، ١٩٩٢.

١٧. مكي ابراهيم لطفي، الفائدة القانونية، بلا سنة طبع، القاهرة، ١٩٨١.

ثانياً: المجالات

١. جديع فهد الغيلة الرشيد، مدى استحقاق البنوك التجارية فوائد قروض الاعمال المدنية في القانون الكويتي، مجلة الحقوق الكويتية، السنة ٣١، العدد ١، ٢٠٠٧.

٢. حسني حسن المصري، الفوائد في النظم القانونية المقارنة وموقف المشرع الكويتي منها، مجلة الحقوق الكويتية، ملحق العدد الاول، السنة ٢٧، ٢٠٠٣.

٣. عبد الهادي علي النجار، نحو فهم للبحث

في الاقتصاد الاسلامي مجلة الحقوق الكويتية، السنة ٨، العدد ٣، ١٩٨٤.

٤. عيسى عبد ابراهيم، مقال في مجلة الاسلام، السنة ١٤، العدد ١، ومنشور بكتاب الفكر الاسلامي والتطور، فتحي عثمان، طبع الدار الكويتية، ط٢، ١٩٦٩.

٥. محمد انس الزرقا، نحو نظرية اسلامية معيارية للتوزيع المؤتمر الثاني للاقتصاد الاسلامي، معهد الاقتصاد، الجامعة الاسلامية، اسلام آباد، ١٩٨٣.

٦. محمد عبد الله العربي، بحث ألقى في المؤتمر الثاني لمجمع البحوث الاسلامية، القاهرة، ٢٠١٢.

٧. محمود محمد الطنطاوي، القروض المصرفية في ضوء الشريعة الاسلامية، كلية الحقوق والشريعة، الكويت، السنة ١، عدد ١، ١٩٩٧.

ثالثاً: القوانين

١. قانون الاستثمار العراقي رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦.

٢. قانون الالتزامات والعقود المغربي، رقم ١٥ لسنة ١٩٦٥.

٣. قانون التجارة الكويتي رقم ٦٨ لسنة ١٩٨٠.

٤. القانون المدني الاردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦.

٥. القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.

٦. القانون المدني المصري رقم ١٤١ لسنة ١٩٤٨.

٧. القانون المدني اليمني رقم ١٩ لسنة ١٩٩٢.

The benefits of Iraqi governmental loan to employees

Asst. Prof. Dr. Muna Younis*

Asst..Fatin Younis**

Abstract

The Iraqi government granted loans to citizens to help them cope with the burdens of life. Among the terms of this loan is that the interest rate is 4% and then the customers are surprised that the interest rate is 9% and that the bank has worked to increase the interest rate. The Central Bank approves the increase in the interest rate, contrary to the prevailing laws and customs. This exception has burdened the citizens and created a situation of dissatisfaction with the laws, grants and advances on certain conditions and changes them to other, more arbitrary conditions. After agreeing and knowing Civil and commercial interest rates and what is the position of countries similar to this approach and know the compatibility of the legislative text with the legal text in the permissibility of giving the loan at an interest exceeding the price specified in the law, especially that the rules for setting a maximum interest base can not be spent on people who violate it because it is a rule of how If an institution representing the state is acting against a peremptory norm

(*) Al-Mustansiriysh University /Administration and Economics Colleg

(**)Al-Mustansiriysh University / Colleg Of Law

التعليق على نصوص قانون العقوبات العراقي (سلوك الجاني في جريمة خيانة الأمانة)

أ.م. د رعد فجر الراوي(*)

على ذلك أن الاعتداء ينتفي إذا صدر الفعل الضار من مالك المال نفسه إذا في هذه الحالة يعد الفعل استعمالاً للحق وليس اعتداءً.

المقدمة

جريمة خيانة الأمانة معروفه منذ القدم إذ نص عليها قانون حمورابي الذي عد الاعتداء على الملكية جريمة ليست عادية وإنما خطيرة جداً، إذ تكون العقوبة شديدة وكذلك في القانون الروماني الذي لم يفرق بين ما يعد من خيانة الأمانة أو الاحتيال أو السرقة بالمعنى الدقيق.

وقد اخترت جريمة خيانة الأمانة للبحث فيها لأنها منصوص عليها في قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل في المواد (٤٥٣ - ٤٥٥) وكثرة وقوع هذه الجريمة في الوقت الحاضر، وضرورة دراسة النصوص القانونية المتعلقة بهذه الجريمة، وضرورة التعليق عليها يكمن في جعل النص بأقوى صورة ليساعد قاضي الموضوع في تطبيقه، ولأخراج قرارات المحاكم بقناعة وجدانية متطابقة مع النص.

مشكلة النص التي سوف تحظى بالتعليق تتمثل في أن المشرع العراقي نص صراحة على سلوك الجاني في هذه الجريمة وحددها (بسوء

الملخص

الأصل في الإنسان أن يكون أميناً صادقاً، وحفظ الأمانة واجب أخلاقي وديني أوصت به الشرائع السماوية وفي مقدمتها الدين الإسلامي الحنيف، وقد قال تعالى في محكم كتابه العزيز (يا أيها الذين امنوا لا تخونوا الله والرسول وتخونوا أمانتكم وانتم تعلمون)^(١)، وقوله تعالى (الذين يوفون بعهد الله ولا ينقضون الميثاق)^(٢)، فالأمانة في ديننا الحنيف تحتل مكانة الصدارة من جملة الأخلاق والسلوك في أعلى مراتبها، وأن الأمانة من اخص صفات الرسول (صل الله عليه وسلم) فقد كان يلقب بالجاهلية بالصادق الأمين فقد كان أوفى الناس عهداً و ذمّةً، فالوفاء بالعهد خلق رفيع يدل على طهارة النفس وسموها ويكفل للفرد والمجتمع الذي يتحلى به وسائل السلام والأمانة والثقة والتعاون.

إن جريمة خيانة الأمانة تعد من الجرائم الواقعة على الأموال، إذ لا يسبغ القانون حماية لحياة الإنسان وسلامته، البدنية فحسب وإنما يكفل أيضاً وفي الوقت ذاته حماية أمواله من كل اعتداء بالنص على عقوبة لمركبي الجرائم التي تقع على أموال الغير، وبناءً

(*) جامعة الانبار/ كلية القانون والعلوم السياسية

الاستعمال والتصرف) دون النص صراحة على الاستغلال مما يعد خلافاً في فن الصياغة التشريعية، إذ يبعد المشرع بحسب النص احد حقوق الملكية للشيء، ويترك للقضاء سلطة تقديرية لتطبيق النص في حالة وقع الاعتداء عن طريق الاستغلال للمال المؤمن.

لذلك سأبحث في دور الاستغلال في جريمة خيانة الأمانة بعد التعرف على اهمية جريمة خيانة الأمانة وطبيعتها وتميزها عن الجرائم الماثلة لها، وذلك على مبحثين مستقلين وعلى النحو الآتي:

المبحث الأول

التعريف بجريمة خيانة الأمانة

عرف فقهاء القانون الجنائي جريمة خيانة الأمانة بتعاريف مختلفة بسبب اختلاف الصياغة القانونية لها، ووضعوا لها تعاريف مختلفة حتى اكتمل النظام القانوني لها وكانت طبيعتها القانونية الخاصة بها، لذلك فلا بد من إعطائها التعريف الأمثل، وبيان ماهية الطبيعة القانونية لها وأوجه الشبه والاختلاف بينها وبين بعض جرائم الأموال الأخرى. وهذا ما سنتناوله في هذا المبحث وعلى مطلبين وفقاً لما يأتي:

المطلب الأول

تعريف جريمة خيانة الأمانة

تناول معظم فقهاء القانون الجنائي جريمة خيانة الأمانة ووضعوا لها تعاريف مختلفة فقد عرف بأنها (فعل من يختلس شيئاً منقولاً سلم إليه على سبيل الأمانة أضرار بمالكة أو

واضع اليد عليه)^(٣)، وفي تعريف آخر جاء على أنها (الاستيلاء على حيازة الكاملة للمال منقول لأخر عليه حق ملكية أو وضع اليد أضرار به متى كان المال قد سلم إلى الجاني بوجه من وجوه الائتمان)^(٤). وظهر في تعريف آخر على أنها: (استيلاء شخص على الحيازة الكاملة لمال منقول لديه على سبيل الحيازة الناقصة خيانة للثقة التي أودعت فيه وذلك بتحويل صفته من حائز لحساب مالكة إلى مدع لملكيته أي تحويل صفته على الشيء من أمين لحساب صاحب الحق إلى مغتصب لملكيته)^(٥).

يتضح من ذلك أن جريمة خيانة الأمانة تفترض أن الجاني يحوز مالاً منقولاً مملوكاً للغير، وإن هذا المال سلم له على سبيل الأمانة (حيازة مؤقتة) ففتجه إرادته إلى حرمان صاحبه، منه وذلك بفعل يدل على أنه قد عد المال مملوكاً له أي يتصرف بالمال تصرف المالك، إذ أن جريمة خيانة الأمانة لا يتصور ارتكابها إلا من قبل شخص مرتبط مع صاحب الحق على المال (المجني عليه) بعلاقة من قبيل ما حدده القانون وهذه العلاقة التي توفر أركان ارتكاب جريمة خيانة الأمانة، فبناءً عليها يحوز الجاني المال وبذلك يتاح له خيانة الثقة في شأنه، لهذا فان جريمة خيانة الأمانة تدرج بين الجرائم ذوي الصفة الخاصة، وتطبيقاً لذلك لا يعد الشخص فاعلاً في جريمة خيانة الأمانة ما لم يرتبط بالمجني عليه بالعلاقة المشار إليها، أما غيره ممن يساهمون في الجريمة فهم شركاء فيها فحسب هذا لا يتوفر لديهم عنصر في صفة الفاعل.

وعرفت جريمة خيانة الأمانة بأنها (اختلاس أو استعمال أو تبديد مال منقول مملوك للغير

المطلب الثاني

الطبيعة القانونية لجريمة خيانة الأمانة

عند الكلام عن الطبيعة القانونية لجريمة خيانة الأمانة يوجب علينا الرجوع إلى نص المادة (٢٠) من قانون العقوبات العراقي التي قسمت الجرائم من إذ طبيعتها إلى جرائم عادية وسياسية. كذلك المادة (٢١ / أ / ٦) منه فعدت جريمة خيانة الأمانة من الجرائم المخلة بالشرف كالسرقة، والاختلاس، والتزوير والاحتيال، والرشوة، وهتك العرض، حتى لو ارتكب بباعث سياسي وأكد ذلك قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) المرقم (٦٠٩) في ١٢ / ٨ / ١٩٨٧ على ذلك، وتحل كلمة (مجرم) محل كلمة (مدان)، وتحل عبارة (قرار التجريم) محل عبارة (قرار الحكم بالإدانة) عند الحكم على المتهم بإحدى الجرائم الماسة بالشرف.

كما وان جريمة خيانة الأمانة من الجرائم العمدية التي عبر عنها المشرع ضمن مواد التجريم بعبارة (سوء القصد) التي اختلف الشراح في كونها قاصرة على القصد العام وهو الرأي الراجح^(١٠)، أم إنها تعني وجوب توافر قصد خاص إلى جانب القصد العام. كما وقسمت الجرائم من إذ السلوك الجرمي المكون لها على عدة اقسام منها جرائم وقتية، وجرائم مستمرة، وقد اجمع الفقهاء على أن جريمة خيانة الأمانة هي من الجرائم الوقتية التي تتم بمجرد تغير الأمين لصفة حيازته، على الرغم من أنها بطبيعتها تستلزم حيازة المال بيد الجاني، إلا أن أساس العقاب هو السلوك الجرمي (الاستعمال والتصرف)، وليس استمراره بالحيازة على عده انه ليس من عناصر الجريمة وهو لا يشكل كذلك جريمة مستقلة فهو لا يسأل عن حيازة

سلم إلى الجاني بناء على عقد من عقود الأمانة المحددة حصرا وذلك أضرار بمالكة أو صاحبه أو وضع اليد عليه مع توافر قصد الجاني^(١١)، كما عرفه بأنها (انتهاك شخص حق ملكية شخص آخر عن طريق خيانة الثقة التي أودعت فيه)^(١٢). وجاء في تعريف آخر بأن (جريمة خيانة الأمانة تنهض عندما يعهد بشخص أو يسلم إليه بطريقة من الطرق شيئا منقولاً مملوكاً للغير لغرض معين فيسيء التصرف فيه بأن يستعمله أو يتصرف بسوء نية لنفسه أو لفائدة شخص آخر بطريقة مخالفة للغرض الذي عهد إليه أو سلم له من جلته حسبما هو مقرر قانوناً أو حسب التعليمات الصريحة أو الضمنية الصادرة ممن عهد أو سلم هذا الشيء)^(١٣).

ويعرف الفقه والقضاء المدني العراقي الأمانات بأنها جمع أمانة وهي المال الذي دخل في يد شخص بأذن مالكة حقيقة أو حكماً بلا تملك أو توثيق، فقولنا حقيقة يشمل الوديعة أو الإعارة فإن الإذن فيها حقيقي وقولنا حكماً يشمل اللفظ لأن إذن المالك حكمي^(١٤).

أما المشرع العراقي فقد اكتفى في قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة (١٩٦٩) بالنص على جريمة خيانة الأمانة في المواد (٤٥٥، ٤٥٤، ٤٥٣) منه ولم يعرفها وحسنا فعل ذلك كما انه أطلق سبب الأمانة ولم يحددها بعقد من العقود، بقصد توسيع الحماية الجنائية ولكي لا يفلت احد من الجناة.

ويمكن لنا وضع تعريف لجريمة خيانة الأمانة فنقول (من أتمن على مال منقول مملوك للغير او عهد به إليه بأية كيفية كانت أو سلم إليه على سبيل الأمانة فاعتدى عليه بسوء قصد لمنفعته الشخصية او لمنفعة غيره خلافا للغرض الذي عهد به إليه يعاقب بالحبس).

نص المادة (٣٠) من قانون العقوبات العراقي في تعريف الشروع: ((وهو البدء في تنفيذ فعل بقصد ارتكاب جنائية أو جنحة أذا أوقف أو خاب أثره لأسباب لأدخل لإدارة الفاعل فيها)).

المطلب الثالث

جريمة خيانة الأمانة وما يشتهب بها

خيانة الأمانة أو إساءة الإتمان هي من جرائم الأموال أي أن محل الجريمة يجب أن يكون مالاً منقولاً مملوكاً لغير الجاني وقع عليه الاعتداء، كذلك فإن التسليم يعد ركناً أساساً في جريمة خيانة الأمانة. على أساس ذلك سنتناول في هذا المطلب ما يشتهب من الجرائم الأخرى مع جريمة خيانة الأمانة من إذ محل الجريمة وكيفية التمييز، ومن إذ التسليم وذلك في فرعين مستقلين وعلى النحو الآتي:

الفرع الأول

ما يشتهب مع جريمة خيانة الأمانة من عن طريق المحل

أولاً: جريمة خيانة الأمانة والسرقة:

تتشابه الجريمتان عن طريق محل كل منهما فهما لا يقعان إلا على مال منقول مملوك للغير. كما إنهما يتشابهان من إذ عدم جواز تحريك الدعوى الجزائية أو القيام بأي إجراء ضد مرتكب إحدى هاتين الجريمتين إضراراً بالزوج أو احد الأصول أو الفروع إلا بناء على شكوى المجني عليه^(١٥)، كما أن المشرع يعد كل منهما من الجرائم المخلة بالشرف^(١٦)، وطبق بشأنهما في العود أحكاماً

الأشياء المستحصلة عن الجريمة الواردة في المادة (٤٦٠) من قانون العقوبات العراقي حتى لو أخرجها بعد انتهاء محكوميته عن جريمة خيانة الأمانة^(١١)، فهي تبدأ و تنتهي بفعل مادي لحظة القيام به^(١٢).

هذا إلى جانب إمكانية قيام الجريمة بفعل الامتناع سلباً أو إيجاباً المتمثل بالاستعمال والتصرف، غير أن القول بهذا يؤدي إلى صعوبة تحديد تاريخ وقوع الجريمة لوجود المال ابتداءً بيد الجاني ولا يمكن الاستدلال عليه بحصول فعل مادي من جانب المتهم يصلح ان يتخذ دليل ضده وان تاريخ تعين وقوع الجريمة هو من الأمور الموضوعية التي تخضع لتقدير محكمة الموضوع على أن تبين قناعتها في ذلك على الواقع الفعلي الذي يثبت لديها بما يتوفر في الدعوى من أدلة وليس على اعتبارات قانونية نظرية بحتة وإلا تعرض قرارها للطعن^(١٣). وأن تعين هذا التاريخ لا يتوقف على تاريخ مطالبة المجني عليه الرسمية او غير الرسمية للجاني بإعادة المال.

دراسة الطبيعة القانونية لجريمة خيانة الأمانة وهل يتم الشروع فيها أم إنها تقع تامة، قد ثار خلاف حول هذا الأمر على أساس أن أي مظهر خارجي لنية الجاني في تملك المال وحرمان مالكة منه يكفي لقيام الجريمة وبالتالي لا يشترط لتحقيقها خروج المال بالفعل من حيازة الأمين^(١٤) في حين أن قابلية إي جريمة للشروع من عدمه لا علاقة لها بنية الجاني لان قصد الجنائي في الشروع هو ذاته في الجريمة التامة وهو لا يتحدد بالسلوك الإجرامي إي المظهر الخارجي أما التفكير الذي يسبق نية الاستعمال والتصرف فيعد من قبيل الأعمال التحضيرية لا عقاباً عليها، استناداً لما جاء في

وتختلف الجريمتان عن طريق التسليم، فالتسليم في جريمة خيانة الأمانة يتم برضا المجني عليه أما في جريمة اغتصاب الأموال فيتم بالقوة أو الإكراه أو التهديد، كما أن الجريمتين تختلفان من عن طريق جريمة خيانة الأمانة هي جنحة بينما جريمة اغتصاب الأموال وفقاً للمادتين (٤٥١-٤٥٢) من قانون العقوبات العراقي فهي جنائية، وتختلف الجريمتان عن طريق الإجراءات ففي جريمة خيانة الأمانة تعد الأفعال الواقعة اثناء سنة واحدة جريمة واحدة، وتوجه بها تهمة واحدة ويكفي فيها أن تذكر المبالغ المختلصة دون ذكر تفاصيلها أو تواريخ الاستيلاء عليها أما في جريمة اغتصاب الأموال فان الجرائم المرتكبة اثناء سنة واحدة توجه بها تهمة واحدة لكل جريمة على حدا (٢٣).

الفرع الثاني

ما يشته به مع جريمة خيانة الأمانة عن طريق التسليم

أولاً: جريمة خيانة الأمانة والاحتيال

إن جريمة خيانة الأمانة تشبه جريمة الاحتيال عن طريق حصول التسليم ففي كليهما يحصل تسليم المال المنقول ويتم ذلك بناءً على موافقة المالك أو الحائز الحقيقي، إلا أن التسليم في جريمة الاحتيال يحصل نتيجة الغش الذي يرتكبه الجاني من اجل الاستيلاء على المال وتتم الجريمة بمجرد تسليم المال، أما التسليم في جريمة خيانة الأمانة فغير مشوب بأي غش أو حيلة ولا تتم الجريمة إلا بعد تسليم المال من المجني عليه إلى الجاني وتصرفه بالشئء. واخضع المشرع العراقي أحكام هاتين

مشتركة^(١٧)، ولكنهما يختلفان عن طريق الجاني في السرقة يقوم بانتزاع حيازة المال المنقول المملوك للغير بنية، تملكه إما في جريمة خيانة الأمانة فانه يلزم أن يحصل تسليم المال إلى الفاعل ، فالتسليم إذاً هو ركن في هذه الجريمة بينما هو العكس من إذ انه يعد مانع عن قيام جريمة السرقة، وبعبارة أخرى نقول أن المال في السرقة غير موجود في حيازة الجاني قبل ارتكاب الجريمة أما في خيانة الأمانة فهو في حيازته قبل ارتكابها، فيد الجاني على المال في السرقة يد غير مشروعة ابتداءً، في حين أن يد مرتكب جريمة خيانة الأمانة يد مشروعة ابتداءً ثم تنقلب إلى يد غير مشروعة بعد التصرف في الأمانة أو استعمالها خلافاً لمقتضى الأمانة^(١٨).

ولا يمكن تصور التعدد المعنوي بين جريمتي السرقة وخيانة الأمانة لأنه أما إن يسبق الاختلاس تسليم ناقل للحيازة الناقصة فتكون واقعة الاختلاس خيانة أمانة وأما أن لا يحصل تسليم مطلقاً فتكون الواقعة سرقة^(١٩). وتختلف الجريمتان عن طريق الإجراءات ففي جريمة خيانة الأمانة تعد الأفعال الواقعة اثناء سنة واحدة جريمة واحدة وتوجه تهمة واحدة أما في جريمة السرقة فإن الجرائم المرتكبة اثناء سنة واحدة توجه بها تهمة لكل جريمة^(٢٠).

ثانياً: جريمة خيانة الأمانة واغتصاب

الأموال

تتشابه الجريمتان من عن طريق محل كل منهما إذ أنهما يقعان على مال منقول مملوك للغير، كما يتشابهان عن طريق عدم جواز تحريك الدعوى الجزائية والقيام بأي إجراء ضد مرتكب إحدى هاتين الجريمتين أضراراً بالزوج أو احد الأصول أو احد الفروع إلا بناءً على شكوى المجني عليه^(٢١).

الجريمتين إلى بعض الأحكام المشتركة فلم يجيز تحريك الدعوى الجزائية أو القيام بأي إجراء ضد مرتكب جريمة الاحتيال أو خيانة الأمانة إلا من قبل المجني عليه، تتشابه الجريمتان من إذ أن محل كل منهما هو مال منقول وأن التسليم المال في جريمة الاحتيال الهدف منه تمكين الفاعل من حيازته حيازة كاملة، ولا تقوم الجريمة أن كان التسليم لمجرد الحيازة الناقصة أو العارضة، أما التسليم في خيانة الأمانة لكي يكون متوفرا يجب أن يكون ناقلا للحيازة الناقصة ويكون التسليم متوفرا حتى لو كان ناقلا للحيازة العارضة وفق المادة (٤٥٣) من قانون العقوبات العراقي أما إذا كان التسليم ناقلا للحيازة الكاملة فلا تقوم الجريمة .

ثانيا: جريمة خيانة الأمانة والاختلاس :

تتشابه الجريمتان عن طريق التسليم إذ أن كل منهما يحصل به التسليم إلى مرتكب جريمة خيانة الأمانة أو جريمة الاختلاس قبل ارتكاب الجريمة، كما تتشابه الجريمتان من الإجراءات المتعلقة بالتهمة وماهيتها وكيفية توجيهها وفقا لنص المادة (١٨٩) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي النافذ. وكذلك تتشابه الجريمتان من جهة الأفعال المكونة لكل منهما الواقعة أثناء سنة واحدة تعد جريمة واحدة، أما الاختلاف بين هاتين الجريمتين فاهمها هو أن جريمة الاختلاس تعد من الجرائم ذات الصفة الخاصة إذ يجب أن يكون الفاعل فيها موظف أو مكلف بخدمة عامة وهذه الصفة تعد ركناً من أركانها لا تتحقق الجريمة إلا بتوفرها كما أن المادة (٣١٥) من قانون العقوبات العراقي التي نصت على جريمة الاختلاس تفترض أن حيازة الجاني

للمال بسبب وظيفته، بينما تعد في جريمة خيانة الأمانة أن تكون حيازة المال المؤمن عليه على وجه الأمانة ولا تشترط بها صفة خاصة بالنسبة لمرتكبيها، ولعله من الاختلافات المهمة بينهما هو اختلافها في المصلحة المحمية في تجريم كل منهما، فالعلة في تجريم أفعال الاختلاس يعود إلى اعتداء الموظف العام أو الشخص المكلف بخدمة عامة على الأموال المخصصة للمرافق العامة مما يؤدي ذلك إلى عرقلة عملية البناء وعدم تمكين الدولة من تنفيذ خططها الاقتصادية والاجتماعية كما ان هذا الفعل يعد أثراً غير مشروع على حساب مصالح الدولة والمجتمع ويعني ذلك تحويل المال عن الغرض الذي خصص من اجله^(٣٣). أما العلة في عقاب مرتكب جريمة خيانة الأمانة فهي انتهاك الأمين للثقة التي أولاها له صاحب المال، فالمصلحة المحمية في تجريم هذا الفعل هي حماية الاثمان في المعاملات الخاصة.

المبحث الثاني

نشاط الجاني في جريمة خيانة الأمانة

عبر المشرع العراقي في المادة (٤٥٣) من قانون العقوبات عن نشاط الجاني في هذه الجريمة بقوله: ((كل من أوتمن على مال منقول مملوك للغير أو عهد به إليه بأية كيفية كانت أو سلم إليه لأي غرض كان على سبيل الأمانة فاستعمله بسوء قصد لنفسه أو لفائدته أو لفائدة شخص آخر أو تصرف به بسوء قصد...))، نلاحظ أن المشرع ووفق لفن الصياغة التشريعية حدد الأفعال التي تتحقق بها الجريمة والتي تتمثل في استعمال الشيء أو التصرف به بسوء قصد. هذا يعني أن ماديات

خيانة الأمانة، واقتضت طبيعة هذا المبحث إن نقسمه إلى مطلبين نتكلم في المطلب الأول عن الأفعال التي تتحقق بها جريمة خيانة الأمانة، والمطلب الثاني نتكلم فيه عن الاستغلال ودوره في جريمة خيانة الأمانة. وعلى النحو الآتي.

المطلب الأول

الأفعال التي تتحقق بها جريمة خيانة الأمانة

عبر المشرع العراقي في المادة (٤٥٣) من قانون العقوبات عن الركن المادي لجريمة خيانة الأمانة بقوله: (إذا استعمله أو تصرف به بسوء قصد)، وبذلك يتحقق الركن المادي في إحدى هاتين الصورتين أي الركن المادي يكون بالاستعمال أو بالتصرف .

أولاً: الاستعمال

يقصد بالاستعمال استخدام الشيء فيما يتفق وطبيعته للحصول على منافعه فيما عدا الثمار شريطة عدم استهلاك الشيء نفسه كأن يركب المالك دابته، أو سيارته، أو يسكن داره، أو يلبس ثيابه، أو يقرأ كتابه إلى غير ذلك من أوجه الاستعمال^(٢٥). لذلك أن حق الملكية يخول صاحبه أن يستعمل الشيء في كل ما اعد له هذا الشيء وفي كل ما يمكن أن يستعمل فيه ويعد من قبيل الاستعمال أعمال الحفظ والصيانة التي يقوم بها المالك في ملكه كما إذا رمم منزله أو أعاد بناءه بعد إن كاد ينهدم^(٢٦)، فالاستعمال كصورة من صور الركن المادي في جريمة خيانة الأمانة، يعني الاستعمال الذي لا يصدر إلا من المالك نظراً لما يترتب عليه من استنزاف قيمة الشيء كلها أو بعضها وان

الجريمة تتحقق بإحدى الصورتين (الاستعمال أو التصرف) وهاتان الصورتان تدوران حول فكرة تغير الجاني نوع الحيازة أي تغير الحيازة الناقصة إلى حيازة كاملة، والجاني بهذا يعتدي على حقوق المجني عليه وينكر سلطاته على الشيء ويقرر الاحتفاظ بالشيء لنفسه سالكا إزاءه مسلك المالك، وبناء على ذلك فإن جوهر الفعل الذي تقوم به جريمة خيانة الأمانة هو إرادة تغير نوع الحيازة من حيازة ناقصة إلى حيازة كاملة، وعليه يخرج من نطاق خيانة الأمانة كل فعل صادر من حائز الشيء حيازة ناقصة لا يكشف عن إرادة تغيير نوع الحيازة وبفس الوقت يعترف بحقوق المجني عليه وسلطاته على الشيء ولو اضر بحقوق المجني عليه أو حقق لمركبه نفعاً كما لو تأخر المودع عنده في رد الشيء المودع لديه^(٢٤) .

ولابد هنا من الإشارة إلى أن المشرع قد نص في المادة (٤٥٣) عقوبات على الأفعال التي تتحقق بها الجريمة صراحة وهي (الاستعمال أو التصرف)، ولكن المشرع لم ينص على (الاستغلال) صراحة مما اوجب الرد على السؤال الذي اوجده فن الصياغة التشريعي فيما يتعلق بان النص، يجب ان يتمتع بالدقة الكاملة لان الاجتهاد فيما اورده النص ومن جهة اخرى يجب ان يطبق النص على اساس مبدأ الشرعية بانه لا جريمة ولا عقوبة الا بنص كما يوفر فن الصياغة الدقيق عدم ترك الاجتهاد للقاضي، وعلى اساس ماسبق هل كان المشرع يقصد أن جريمة خيانة الأمانة لا تتحقق إذا استغل المؤمن الشيء الذي أوتمن عليه ام كان المشرع يقصد غير ذلك؟ للإجابة على ذلك سوف نبحث الاستغلال في فرع مستقل ونتعرف على دوره في جريمة

كان في الوقت ذاته لا يدل اتجاه ارادة المؤتمن إلى حبس الشيء نهائياً عن صاحبه وعدم رده إليه، أي إن ارادة الجاني في الاستعمال تنصب على قيمة الشيء فقط دون مادته، إذ أن الجاني ينوي رد الشيء إلى صاحبه ولكن بعد إن يكون قد استعمله على نحو يجرده من قيمته كلها أو بعضها، فالجريمة إذا تقوم بمجرد استعمال الشخص (الجاني) للمال المؤتمن عليه استعمالاً يخالف مقتضى عقد الأمانة، فلو قيد المعير نوع الاستعمال، أو وقته، أو حدد مكانه فليس للمستعير أن يستعمل العارية في غير الوقت والمكان المبين وليس له مخالفة نوع الاستعمال المأذون به ومجاوزته واستعماله خلافاً لما قيد به^(٢٧). فالاستعمال وفق مفهوم هذه الجريمة هو الاستعمال الذي يهدر أو يقلل قيمة المال دون إن تنصرف ارادة الجاني إلى تملكه، وهذا هو الفرق بينه وبين التصرف والاختلاس إذ تنصرف ارادة الجاني إلى تملك الشيء؛ إما في الاستعمال فإن ارادة الجاني تقف فقط عند استعمال الشيء ومن ثم رده إلى صاحبه بعد ذلك وهذه الارادة تتحقق بمجرد علم الجاني بان من شأن سلوكه في الاستعمال أن يجعل التزامه برد الشيء بحالته التي تسلمه بها صعباً أو مستحيلاً فالاستعمال يفترض إن هناك ارادة رد الشيء إلى صاحبه وقت طلبه ومن ثم يكفي بتوفر نية الغش لكي يتحقق الاستعمال المكون للركن المادي في جريمة خيانة الأمانة ومن الأمثلة على ذلك أن يؤمن صاحب معرض للسيارات على سيارة فيقوم أثناء مدة غياب صاحبها باستعمالها.

ومن ابرز تطبيقات الاستعمال هو إن يستعمل الجاني المال استعمالاً يخرج به عن تخصيصه الذي اتفق عليه، سواء هذا

التخصيص كلياً أو جزئياً كما في حالة مدير الشركة الذي ينفق بعض أموال الشركة في مصالحه الخاصة أو يقرر لنفسه مكافأة لا يستحقها أو يحصل على قروض دون أن يقدم التأمينات التي يفرضها نظام الشركة^(٢٨)، ويرى بعض الفقهاء إن جريمة خيانة الأمانة لا تتحقق بمجرد استعمال الوكيل أو الموعد للمال و أنفاقه على مصالحه الخاصة، بل يجب لتكوين الجريمة توافر نية الغش ولا تتوافر هذه النية إذا كان الوكيل أو الموعد قد انفق المال على نية رد مثله في الأجل المعين^(٢٩)، كذلك لا تتحقق جريمة خيانة الأمانة إذا كان الاستعمال ضرورياً فهنا لا نكون أمام جريمة كما لو أودع شخص سيارته لسفره في رحلة طويلة فيجوز استعمالها في فترات متباعدة لئلا تتلف بعض آلتها لعدم الاستعمال ولكن يجب أن يكون هذا الاستعمال لمجرد المحافظة عليها وان لا يتجاوز الحد المألوف^(٣٠).

وقد ذهب بعض الفقهاء أن المراد من الاستعمال هو الاستعمال المقترن بنية التملك، فالشخص الذي يؤتمن على ملابس لغرض كيها فيقوم بارتدائها لا يمكن معاقبته على خيانة الأمانة أن كان قصده مجرد ارتدائها ثم إعادتها ولكن متى ما كانت له نية تملكها صح عقابه^(٣١). إما بالنسبة للمشرع العراقي فإنه قد حسم الأمر في المادة (٤٥٣) عقوبات، فعاقب على الاستعمال سواء كان هذا الاستعمال بنية التملك أو بنية استعماله استعمالاً مؤقتاً حتى لو لم يظهر بمظهر المالك .

ثانياً: التصرف :

الصورة الثانية التي نص عليها المشرع العراقي كصورة من صور الركن المادي هو

التصرف ويقصد به المعاملة التي لا يقوم بها في الشيء إلا مالك المال الشرعي، كرهن الشخص المال الذي أودع عنده لحفظه، أو إيجاره، ويشترط في التصرف أن يكون واقعا بطريقة مخالفة للغرض الذي عهد به إليه أو سلم له من اجله كما لو كان المستلم قد تسلم بضاعة لبيعها فأستهلكها أو كان قد تسلم مالا ليحفظه فرهنه أو أجره أو باعه^(٣٢)، والتصرف يقع بكل فعل يأتيه الجاني يترتب عليه أخراج المال من حيازته و إدخاله في حيازة شخص آخر بأية وسيلة كانت أو إدخاله في حيازته الكاملة، وبذلك يتضح وجه الاختلاف بينه وبين الاستعمال الذي يقوم بقصد الانتفاع بالشيء فقط من دون تغيير ملكيته، أي دون إن تصرف إرادة الفاعل إلى نقل حيازته التامة من مالكة إلى ملك الجاني نفسه أو إلى شخص آخر، ويستوي إن تعود الفائدة من التصرف على الجاني نفسه أو على غيره، فالأمين الذي يهب الشيء المؤمن عليه للغير يعد مرتكبا لجريمة خيانة الأمانة لأنه قام بعمل لا يمكن أن يأتيه إلا مالك الشيء، وقد يكون التصرف هو تصرف قانوني كالبيع والرهن والهبة أو تصرف مادي كالإتلاف أو الاستهلاك فتقوم جريمة خيانة الأمانة بإتيان أي فعل يدل على أن المؤمن على المال يعده مملوكا له فيتصرف فيه تصرف المالك وهذا ما يسمى بتبديد المال إذ أن التصرف والتبديد مصطلحان يدلان على معنى واحد^(٣٣).

إما التصرف بالمال بسوء قصد فيدخل في معناه جميع التصرفات كالبيع، والرهن، والمقايضة، والهبة، والإيجار، ويدخل في معناه الإتلاف على رأي في الفقه، فإذا يتلف الأمين المال الذي أوتمن عليه بسوء قصد فإنما يعد

تصرفه في المال على خلاف الغرض الذي عهد به إليه أو سلم له من اجله حسب ما هو مقرر قانونا أو حسب التعليمات، وذلك الغرض هو المحافظة على المال، ويكون بذلك مرتكباً لجريمة خيانة الأمانة، وفيما يخص التصرف المادي فأما أن يكون تصرفاً كلياً أو جزئياً، فالتصرف الكلي هو إعدام الكيان المادي للمال إذ يختفي بالنسبة للمجني عليه أو يصبح غير صالح للغرض المعد له حسب تخصصه كأن يؤتمن شخص على حيوان فيقتله، أو على سند فيجزئ مادته قطعاً صغيرة أو على طعام فيأكله، أما التصرف الجزئي فهو ادخال التعديل على الكيان المادي للمال على نحو يؤدي إلى تشويبه أو تغيير معالمه إذ تنقص قيمته، أو على الأقل نقل منفعة كأن يؤتمن شخص على لوحة فنية فيمحو توقيع راسمها فيقل ذلك من قيمتها أو يؤتمن على كمية من الدقيق فيضيف إليها ماء يقلل من صلاحيته في عمل الخبز أو يؤتمن على كتاب فينتزع منه بعض صفحاته^(٣٤).

ولا بد من التنويه الى ان طبيعة الفعل الاجرامي لا تختلف سواء كان موضوع خيانة الامانة مالا قيميا او مثليا واهم الاموال المثلية النقود والتصرف بها يكون بانفاقها ولو كان في صورة اقراضها اما ما عدا النقود فان التصرف بها ببيعها او المقايضة عليها او هبتها او استهلاكها، اما اذا كان المال قيميا فان مجرد الاستعمال او التصرف يحقق جميع عناصر الفعل، اذ يكشف هذا السلوك عن ارادة تغيير الحيازة الناقصة في صورة قاطعة الى حيازة تامة وهو في نفس الوقت يرتب ضررا يصيب المجني عليه يتمثل في تهديده ملكيته بالخطر واحتمال ضياعها، وبمناسبة الضرر فان جانباً من الفقه يذهب الى عده من ماديّات جريمة

خيانة الامانة كونه يمثل النتيجة الجرمية اي الاثر الذي يترتب على الاستعمال او التصرف ويتمثل فيه الاعتداء على الملكية والثقة التي اودعها المجني عليه في الفاعل وعليه اذا لم يترتب على الفعل ضرر فلا محل للعقاب^(٣٥). اما المشرع العراقي فإنه قد حسم الامر في المادة (٤٥٣) عقوبات وعاقب على مجرد التصرف في المال محل الامانة سواء سبب هذا التصرف ضرراً للمجني عليه ام لم يسبب ضرر .

المطلب الثاني

الاستغلال ودوره في خيانة الأمانة

المقصود بالاستغلال هو القيام بالأعمال اللازمة للحصول على غلة الشيء فاستغلال الماشية بالحصول على نتاجها، واستغلال السيارة يكون بإيجارها، فالاستغلال يختلف عن الاستعمال، ذلك ان الاستغلال هو القيام بالأعمال اللازمة للحصول على ثمار الشيء، فينتبين انه اذا كان القصد من مباشرة المالك لسلطاته على الشيء محل الحق هو انتفاعه بالشيء مباشرة عد ذلك استعمالاً له. اما اذا كان القصد هو الحصول على ثمار الشيء فإن ذلك يعتبر استغلالاً للشيء لا استعمالاً له^(٣٦).

والاستغلال يكون مباشراً مثال ذلك مالك السيارة إذ يستغل سيارته استغلالاً مباشراً اذا خصصها لركوب الجمهور، او استعمالها كسيارة اجرة. وعدها استعمالاً للمالك ويمكن وصفها ايضاً استغلالاً مباشراً. ويكون الاستغلال غير مباشر عن طريق جعل الغير يجني ثمار الشيء ويدفع مقابل الثمار للمالك والمالك يقوم في استغلاله للشيء استغلالاً

غير مباشر بعمل قانوني من اعمال الادارة، مثال ذلك ان يستغل صاحب السيارة سيارته بتأجيرها الى سائق يستعملها لركوب الجمهور والمال الذي يجنيه السائق هو غلة السيارة.

ومن نص المادة (٤٥٣) عقوبات يتبين حسبما اعتقد ان المشرع تطرق الى الاستغلال بصورة ضمنية اذ نصت المادة المذكورة على انه (كل من أوتمن على مال منقول مملوك للغير او عهد به اليه بأية وسيلة كانت او سلم اليه لأي غرض كان على سبيل الامانة فاستعمله بسوء قصد لنفسه او لفائدته او لفائدة شخص اخر او تصرف به بسوء قصد...) فعبارة (لفائدته او لفائدة شخص اخر) قصد بها الاستغلال، فيمكن الحاق الاستغلال بالاستعمال. فالحاق الاستغلال بالاستعمال عندما لا يقتصر الاستغلال بنية الجاني لتملك المال الذي كان قد أوتمن عليه لمنفعته او لمنفعة شخص سواه خلافاً للغرض الذي عهد اليه من اجله، وقد نص على ذلك صراحة في قرار محكمة التمييز المرقم (٥٠١) سنة ١٩٧٢/٤/١٦ عندما الحقت الاستغلال بالاستعمال وذلك عن طريق تعريف الاستعمال بأنه يقصد به استخدام الجاني للمال المنقول المؤتمن عليه، او استغلاله لمنفعته او منفعة شخص اخر خلافاً للغرض الذي عهد به اليه من اجله فقضت (يعد خائناً للأمانة مصلح السيارات الذي يستعمل السيارة المودعة لديه للتصليح لفائدته بسوء قصد خلافاً للغرض الذي عهد به اليه)^(٣٧)، ومع ذلك يحتاج النص من ناحية تطبيق فن الصياغة التشريعي الى ان ينص المشرع في النص على فعل الاستغلال.

وما مر بنا هو استعمال مباشر قام به الشخص لمنفعته وقد الحق الاستغلال بالاستعمال حسب

هذا القرار لمحكمة التمييز بصورة صريحة ، وقد اراد المشرع بالاستعمال هو الاستغلال غير المقترن بنية الجاني لتملك المال الذي كان قد أوثمن عليه لمنفعته او لمنفعة شخص سواه خلافا للغرض الذي عهد به اليه او سلم له من اجله، وهذا يعني استعمال المال بصفة مؤقتة وليس بنية التملك، مثال ذلك ان يستثمر عامل المحل ارباح المحل المتركمة لحسابه الخاص على امل ان يعيد الاموال الى صاحب المحل بعد ان يحقق ارباحا شخصية او ان يستعمل مصلح السيارات بسوء قصد السيارة المودعة عنده للتصليح لفائدته (تشغيلها بالأجرة خلافا للغرض الذي عهد بها اليه) (٣٨) .

والدليل على عد الاستغلال صورة من صور الاستعمال في جريمة خيانة الأمانة أن النص على الاستعمال كصورة من الركن المادي لجريمة خيانة الأمانة أثار بعض اللبس و التساؤل ومثار هذا التساؤل أن هذا اللفظ لا يحتمل إلا احد المعنيين، إما المعنى العادي للاستعمال هو مجرد الانتفاع بالشيء دون تملكه والأخذ بهذا المعنى في مجال خيانة الأمانة، يعني توقيع عقوبتها على الأمين الذي يستعمل المال الذي يؤثمن عليه وهذا أمر غير مقبول لتعارضه مع الأساس الذي يستند إليه العقاب في جرائم الاعتداء على الأموال وهو حماية حق الملكية بينما لا يمثل استعمال الشيء اعتداء عليه، وأما أن يقصد بالاستعمال الاستعمال المصحوب بنية التملك والأخذ بهذا المعنى يعد تزييدا من المشرع إذ يعد داخلا في نطاق الاختلاس أو التبيد، ولعل المقصود من الاستعمال هو نوع معين من الاستعمال تنتهك به الملكية واندرجه تحت لفظ الاختلاس أو التبيد ولذلك أراد المشرع بهذا أن يحسم الأمر

ويعتبر مثل هذا النوع الخاص من الاستعمال بمثابة اعتداء على الملكية جرمه في صورة خيانة الأمانة (٣٩).

لذلك فإن ما تم التوصل إليه في الفقرة أعلاه هو تأكيد لما تم التطرق إليه في البحث على أن الاستغلال يعد صورة من صور الاستعمال إذا لم يقترن بنية تملك المال. ولهذا فإن الاستغلال موجود في جريمة خيانة الأمانة لم يتطرق إليه المشرع بصورة صريحة وإنما يمكن فهمه ضمناً من خلال نص المادة (٤٥٣) عقوبات الخاصة بجريمة خيانة الأمانة.

وأخيراً من غير المقبول عد جريمة خيانة الأمانة تتحقق بالاستعمال، و بالتصرف ولا تتحقق بالاستغلال وذلك إن الاستغلال كما في التصرف و الاستعمال يؤدي إلى الانتقال من قيمة المال الذي يؤثمن عليه الجاني .

الخاتمة

إثناء دراستنا لجريمة خيانة الأمانة والتعرف على ماهية الطبيعة القانونية لها وتمييزها عن بعض الجرائم المماثلة لها وأيضا من خلال دراستنا لسلوك الجاني في خيانة الأمانة والأفعال التي تتحقق بها الجريمة والتعرف على الاستغلال ودوره في الجريمة ومن ثم الآثار الناجمة عن جريمة خيانة الأمانة توصلنا إلى عدد من النتائج وخرجنا بالمقترحات لهذه النتائج وعلى النحو الآتي:

أولاً: النتائج

إن جريمة خيانة الأمانة تعد من الجرائم المخلة بالشرف وكذلك تعد هذه الجريمة من الجرائم العمدية التي عبر عنها المشرع ضمن

لا يجوز تحريك الدعوى في كل من الجريمتين أضراراً بالزوج أو أحد الفروع أو الأصول إلا بناءً على شكوى المجني عليه، ولكن تختلف خيانة الأمانة عن اغتصاب الأموال من إذ أن التسليم بالأولى يكون برضا إما في الثانية فيكون التسليم بالإكراه أو القوة، وكذلك يختلفان من إذ أن خيانة الأمانة تعد جنحة في حين أن اغتصاب الأموال تعد جنائية، وكذلك يختلفان من أن جرائم خيانة الأمانة المرتكبة أثناء سنة واحدة، توجه بها تهمة واحدة في حين أن جرائم اغتصاب الأموال المرتكبة خلال سنة واحدة توجه لكل جريمة منها تهمة واحدة. وكذلك تعرفنا على أن جريمة خيانة الأمانة تتحقق إذا استعمل المؤمن المال الذي أوتمن عليه أو تصرف به لنفسه أو لفائدته أو لفائدة غيره بسوء قصد.

ومن أهم النتائج التي توصلنا إليها في هذا البحث أن جريمة خيانة الأمانة تتحقق إذا استغل المؤمن المال الذي أوتمن عليه، وقد نص المشرع العراقي على ذلك بصورة ضمنية في نص المادة (٤٥٣) عقوبات إذ نص على انه (كل من أوتمن على مال منقول مملوك للغير أو عهد به إليه بأية وسيلة كانت أو سلم له لإي غرض كان على سبيل الأمانة فأستعمله بسوء قصد لنفسه أو لفائدته أو لفائدة شخص آخر أو تصرف به بسوء قصد). فعبارة (لفائدته أو لفائدة شخص آخر) قصد بها المشرع الاستغلال غير المقترن بنية الجاني لتملك المال.

ثانياً: التوصيات

إن من أهم التوصيات التي أتقدم بها واستناداً الى فن الصياغة التشريعي وأهم شروطه في

مواد التجريم بعبارة سوء القصد، وتعد هذه الجريمة أيضاً من الجرائم الوقتية التي تتم بمجرد تغيير الأمين لحيازته للمال المؤتمن عليه من حيازة ناقصة مشروعة إلى حيازة كاملة غير مشروعة، وتعرفنا على إمكانية تحقق جريمة خيانة الأمانة بفعل الامتناع سلباً أو إيجاباً، اثناء دراسة تمييز الجريمة عن غيرها من الجرائم المماثلة لها تعرفنا على أن جريمة خيانة الأمانة تتشابه مع جريمة السرقة من إذ أن كل منهما يقعان على مال منقول مملوك للغير ولكن تختلف عنها من إذ أن جريمة خيانة الأمانة تشترط أن يكون هناك تسليم للمال بخلاف جريمة السرقة إذ يعد التسليم فيها مانع من موانع قيامها. وكذلك أن جريمة خيانة الأمانة تتشابه مع جريمة الاحتيال من جهة أن كلا الجريمتين تشترط حصول التسليم للمال ولكن تختلف عنها من جهة أن التسليم في خيانة الأمانة يتم بموافقة المالك أو الحائز الحقيقي للمال في حين أن التسليم في جريمة الاحتيال يحصل نتيجة الغش.

وتتشابه جريمة خيانة الأمانة أيضاً مع جريمة الاختلاس من إذ التسليم وكذلك عن طريق الأفعال المكونة لهما والواقعة أثناء سنة واحدة تعد جريمة واحدة، ولكن تختلف عنها من إذ أن جريمة الاختلاس يشترط أن يكون مرتكبها موظفاً أو مكلفاً بخدمة عامة في حين أن جريمة خيانة الأمانة يمكن أن ترتكب من قبل موظف أو غير موظف.

وتتشابه جريمة خيانة الأمانة أيضاً مع جريمة اغتصاب الأموال من جهة أن محل كل منهما يكون مال منقول مملوك للغير، وتشابه الجريمتان أيضاً من إذ الإجراءات إذ

- الخاص، ج ٢، ط ١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الاردن، ٧٠٠٢، ص ١٥٣.
- ١٢- د. حميد السعدي: شرح قانون العقوبات- جرائم الاعتداء على الأموال، ج ٣، ط ٢، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧٦، ص ١٨٦.
- ١٢- د. علي حسين خلف و د. سلطان الشاوي: المبادئ العامة في قانون العقوبات، مطابع الرسالة، الكويت، ١٩٨٢، ص ١٥٧.
- ١٣- د. مأمون محمد سلامة: قانون العقوبات – القسم الخاص جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال، دار الفكر العربي، مصر، ١٩٨٣، ص ٢٨٦.
- ١٤- مصطفى كامل: شرح قانون العقوبات – القسم الخاص، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٤٠، ص ٢٤١.
- ١٥- نص المادة (٤٦٣) من قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل.
- ١٦- نص المادة (١٨٩/أ، ب) من قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم ٢١ لسنة ١٩٧٣ المعدل.
- ١٧- نص المادة (٤٦٣) من قانون العقوبات العراقي.
- ١٨- نص المادة (٦/٢١) من قانون العقوبات العراقي.
- ١٩- نص المادة (١٣٩) من قانون العقوبات العراقي.
- ٢٠- قرار محكمة تمييز العراق رقم (١٥٥٥) / جنائيات/ في ١١/٣/١٩٧٣. النشرة القضائية، العدد الرابع، السنة الرابعة، ١٩٧٥، ص ٤٣٣.
- ٢١- د. رؤوف عبيد: جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال، ط ٦، دار الفكر العربي، مصر، ١٩٧٤، ص ٥٦٠.
- ٢٢- د. ماهر عبد شويش الدرة: شرح قانون العقوبات القسم الخاص، المكتبة القانونية، بغداد، ١٩٨٩، ص ٣١٧.
- ٢٣- د. واثبة السعدي: شرح قانون العقوبات القسم الخاص، مكتبة السنهوري، بغداد، ١٩٨٩، ص ٣٣.
- رعد فجر الراوي: الظروف الاستثنائية واثرها في المسؤولية الجنائية للموظف العمومي في جريمة الاختلاس، دار الهاشمي للكتاب الجامعي، بغداد، ٢٠١٦، ص ١٨٧.

كتابة النص، انه يجب على المشرع أن ينص على الاستغلال بصورة صريحة، كعنصر من عناصر الركن المادي في جريمة خيانة الأمانة كما فعل ذلك بالنسبة للتصرف والاستعمال. أو أن يقوم المشرع باستبدال عبارة (فاستعمله بسوء قصد لنفسه أو لفائدته أو لفائدة شخص آخر أو تصرف به بسوء قصد)، وعبارة أكثر دقة مثل عبارة (فمارس عليه بسوء قصد إحدى السلطات التي يخولها حق الملكية للمالك) .

الهوامش

- ١- سورة الأنفال الآية (٢٦).
- ٢- سورة الرعد الآية (١٩).
- ٣- جندي عبد الملك بك: الموسوعة الجنائية، ج ٣، مطبعة الاعتماد، مصر، ١٩٦٩، ص ٣٠٣.
- ٤- د. حسن صادق المرصفاوي: شرح قانون العقوبات الخاص- جرائم الأموال، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨، ص ٢٣٠.
- ٥- د. جمال إبراهيم الحيدري: أحكام القسم الخاص من قانون العقوبات العراقي، ج ٢، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠٠٩، ص ٣٧٥.
- ٦- د. فوزية عبد الستار: شرح قانون العقوبات – القسم الخاص، ط ٢، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠٠٠، ص ٤٠٥.
- ٧- د. محمد مصطفى القلي: شرح قانون العقوبات – جرائم الأموال، ط ١، مطبعة الاعتماد، مصر، ١٩٤٣، ص ٣١٧.
- ٨- د. علي حسين خلف: جريمتي السرقة وخيانة الأمانة دراسة قانونية مقارنة، ط ١، مطبعة الزهراء، بغداد، ١٩٧١، ص ٤٨.
- ٩- د. محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات القسم الخاص، ط ٤، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٢، ص ٤١٣١.
- ١٠- د. محمد سعيد نمور: شرح قانون العقوبات القسم

ص ٣٩٩. د. فخري عبد الرزاق الحديثي: المرجع السابق، ص ٣٧٦.
٣٩- د. فوزية عبد الستار: المرجع السابق، ص ٩٥٦.

قائمة المصادر المراجع

القرآن الكريم

أولاً / الكتب والمؤلفات

١- د. جمال ابراهيم الحيدري: احكام القسم الخاص من قانون العقوبات العراقي ، الجرائم الواقعة على الاشخاص والاموال ، ج ٢ ، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠٠٩ .

٢- د. جندي عبد الملك بك: الموسوعة الجنائية ، ج ٣، مطبعة الاعتماد، القاهرة، ١٩٣٦.

٣- د. حسن صادق المرصفاوي: شرح قانون العقوبات ، القسم الخاص ، جرائم المال، مطبعة النهضة، القاهرة، ١٩٩١ .

٤- د. حميد السعدي: شرح قانون العقوبات القسم الخاص، جرائم الاعتداء على الاموال، ج ٣، ٢، مطبعة المعارف ، بغداد ، ١٩٧٦ .

٥- د. رؤوف عبيد: جرائم الاعتداء على الاشخاص والاموال، ط٦، دار الفكر العربي، مصر، ١٩٧٦ .

٦- د. عباس الحسني: شرح قانون العقوبات العراقي وتعديلاته ، المجلد الثاني ، القسم الخاص ، جرائم الاعتداء على الاشخاص والاموال ، مطبعة العاني ، بغداد ، ١٩٧٤ .

٧- د. عبد الرحمن الجوراني: جريمة اختلاس الاموال العامة في التشريع والقضاء العراقي ، دراسة مقارنة ، مطبعة الجاحظ،بغداد،١٩٩٠.

٢٤- عبد الرحمن الجوراني: جريمة اختلاس الاموال العامة في التشريع والقضاء العراقي، مطبعة الجاحظ، بغداد، ١٩٩٠، ص ١٧٤.

٢٥- د. محمد طه البشير و د. غني حسون طه: الحقوق العينية الأصلية - القسم الأول، المكتبة القانونية، بغداد، ١٩٨٢، ص ٤٦.

٢٦- د. عبد الرزاق احمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ط٣، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٠، ص ٣١٩.

٢٧- د. جمال ابراهيم الحيدري: المرجع السابق، ص ٤٠١.

٢٨- د. حسين عبد الصاحب عبد الامير: بحث في جريمة خيانة الامانة، مجلة القانون المقارن، العدد ٥٣، ٢٠٠٨، ص ٣٤٢.

٢٩- د. حميد السعدي: المرجع السابق، ص ٥٨١.

٣٠- د. محمد نوري كاظم: شرح قانون العقوبات القسم الخاص، دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٧٧، ص ٢٩٥.

٣١- د. عباس الحسني: شرح قانون العقوبات العراقي وتعديلاته، القسم الخاص، المجلد الثاني، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٧٤، ص ٢٣٠.

٣٢- د. ممدوح خليل البحر: الجرائم الواقعة على الاموال في قانون العقوبات الإماراتي السرقة والاحتيال وخيانة الامانة، مطبعة الإثراء للنشر والتوزيع، الأردن، ٢٠٠١، ص ٣٠٤.

٣٣- د. فخري عبد الرزاق صليبي الحديثي: شرح قانون العقوبات القسم الخاص، المكتبة القانونية، بغداد، ١٩٨٩، ص ٣٧١.

٣٤- د. جمال ابراهيم الحيدري: المرجع السابق، ص ٤٠٤.

٣٥- د. محمد طه البشير و د. غني حسون طه: المرجع السابق، ص ٤٦.

٣٦- د. عبد الرزاق السنهوري: المرجع السابق، ص ٤٩٩.

٣٧- قرار محكمة التمييز العراقية رقم ٥٠١ ت ٧٣ في ١٦/٤/١٩٧٣، النشرة القضائية، العدد الرابع، السنة الرابعة، ص ٤١٦.

٣٨- د. جمال ابراهيم الحيدري: المرجع السابق،

١٧- د. مصطفى كامل: شرح قانون العقوبات ، القسم الخاص ، مطبعة المعارف ، بغداد ، ١٩٣٩ - ١٩٤٠ .

١٨- د. ممدوح خليل البحر: الجرائم الواقعة على الاموال في قانون العقوبات الاماراتي السرقة والاحتيال و خيانة الامانة، اثره للنشر والتوزيع ، الاردن، ٢٠٠١ .

١٩- د. واثبة داوود السعدي: قانون العقوبات ، القسم الخاص ، مطبعة جامعة بغداد، سنة ١٩٨٨ - ١٩٨٩ .

ثانياً / القوانين

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

٢- قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (٢٣) لسنة (١٩٧١) المعدل .

ثالثاً / البحوث والمجلات

١- د. حسين عبد الصاحب عبد الكريم: جريمة خيانة الأمانة ، منشور في مجلة علمية تصدرها جمعية القانون المقارن العراقية ، العدد ٥٣ ، سنة ٢٠٠٨ .

٢- د. علي حسين الخلف: جريمتي السرقة وخيانة الأمانة ، دراسة قانونية مقارنة ، ط١ ، مطبعة الزهراء، بغداد، ١٩٧١ .

٨- د. عبد الرزاق احمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ط ٣ ، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت - لبنان، ٢٠٠٠ .

٩- د. علي حسين الخلف و د. سلطان الشاوي: المبادئ العامة في قانون العقوبات ، مطابع الرسالة، الكويت ، ١٩٨٢ .

١٠- د. فخري عبد الرزاق صليبي الحديثي: شرح قانون العقوبات ، القسم الخاص ، مطبعة الزمان، العراق، ١٩٨٨ .

١١- د. فوزية عبد الستار: شرح قانون العقوبات ، القسم الخاص ، ط٢ ، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠٠٠ .

١٢- د. مأمون محمد سلامة: قانون العقوبات ، القسم الخاص ، جرائم الاعتداء على الاشخاص والاموال، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٩٨ .

١٣- د. ماهر عبد شويش الدرة: شرح قانون العقوبات ، القسم الخاص ، المكتبة القانونية ، بغداد، ١٩٨٨ .

١٤- د. محمد طه البشير و د. غني حسون طه: الحقوق العينية الاصلية ، القسم الاول ، حقوق الطبع والنشر محفوظة لدى وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، بغداد، ١٩٨٢ .

١٥- د. محمد مصطفى القللي: شرح قانون العقوبات ، جرائم الاموال السرقة والنصب وخيانة الامانة وما يتبعها ، ط ١ مكررة ، مطبعة الاعتماد ، مصر ، ١٩٤٣ .

١٦- د. محمد نوري كاظم: شرح قانون العقوبات ، القسم الخاص ، دار الحرية للطباعة، بغداد ، ١٩٧٧ .

Comment on the texts of the Iraqi penal law

The Offender's Conduct In a Crime Of Breach Of Trust

Asst. Prof. Dr. Raid Fajer AL-Rawi^(*)

Abstract

The betrayal of the trust is considered within the crimes of the funds which Iraqi legislator dealt with, stipulator that the abuse of the act and if referring back to the right of possession of the persons money we will find the right of the person in addition to his act the use of thing and also he has an authority or right to exploit the thing. Otherwise, If the offender was exploited others transferred money from those who have been legitimately handed over to him, the question is whether the exploitation of the thing comes out of to be a crime of treason or that there is a lack of legislation that must be addressed

^(*)Al-Anbar University College of Law and Political Science

تحديد الاختصاص القضائي الوطني في ملاحقة مرتكبي جرائم الإرهاب الدولي في ضوء القانون الدولي

د. قريبيز مراد (*)

والإمكانات أمام الجماعات الإجرامية، وتهيئة الظروف أمامها، لتتخطى أقاليم الدول، وتعمل بشعوبها ماتشاء، ولعل من أبرز العضلات التي كانت ولا تزال تواجه العالم بأسره، جريمة الارهاب الدولي التي طالت الدول، قوية كانت أو ضعيفة، وباتت مصدر قلق للجميع الأمر الذي حتم على الدول إيجاد سبل كفيلة لمجابهتها وتطويرها وملاحقة مرتكبيها، غير أن ذلك لم يكن بالشيء الهين في ظل تجاوز هذه الجريمة حدود الدول كما سبق، و أشرنا، مما أدى إلى إثارة فكرة الاختصاص القضائي لملاحقة الارهابيين لتفادي مشكلة ازدواجية التجريم والعقاب أو العكس، والذي يتطلب هو الآخر إيجاد مخرج له لتفادي الافلات من العقاب.

والسؤال المطروح هنا: كيف يتم تحديد الاختصاص القضائي لملاحقة مرتكبي جرائم الارهاب الدولي وضمان عدم الافلات من العقاب؟

المبحث الأول

تطوير الاختصاص القضائي التقليدي

إن إشهار وممارسة الاختصاص القضائي الجنائي في مواجهة مرتكبي الأفعال الإرهابية يعد من بين أهم الأدوات⁽¹⁾، لوضع حد للإفلات

الملخص

تعد فكرة توزيع الاختصاص القضائي في مجال ملاحقة مرتكبي جرائم الارهاب الدولي مشكلة كبيرة تتطلب إيجاد منفذ لها لضمان ما قد ينجم عنها من تبعات وقد أولت الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالارهاب عناية كبيرة بهذا الجانب، بتأكيدھا على المبادئ التقليدية للاختصاص القضائي وعلى الرغم الاسهامات التي قدمتها هذه الاتفاقيات لتلك المبادئ إلا أن ذلك لم يكن كافيا للحد من جريمة الارهاب الدولي، مما يحتم على الدول أن تتبنى نهج عالمية التجريم والعقاب لكفالة التطبيق الأمثل للعدالة الجنائية.

الكلمات المفتاحية: الارهاب الدولي، لاتفاقيات الدولية، الاختصاص العالمي، التشريع الوطني.

المقدمة

يسعى المجتمع الدولي جاهدا للحد من الجرائم الدولية التي باتت تعكر صفو العلاقات الدولية وتستفحل، لاسيما بعد تجاوزها فكرة الحدود الدولية، نظرا للتقدم الكبير في شتى المجالات، الأمر الذي جعل من العالم قرية صغيرة، وقد سمح ذلك الجو بتوفير الوسائل

(*) جامعة عمار ثلجي/كلية الحقوق والعلوم السياسية/الجزائر

قبل الخوض في مظاهر تطوير الاختصاص الجنائي التقليدي عبر صورته المختلفة سنبحث التأكيد على مبدأ ممارسة الاختصاص القضائي في مجال مكافحة الإرهاب، ثم ننتقل إلى صورة الاختصاص القضائي التقليدي وتبعاً لذلك سنتناول التأكيد على ممارسة الاختصاص القضائي في مجال قرارات مجلس الأمن الدولي (الفرع الأول)، ثم ننتقل إلى الاتفاقيات الدولية (الفرع الثاني).

الفرع الأول

التأكيد على ممارسة الاختصاص القضائي في مجال قرارات مجلس الأمن الدولي

نحدد هنا التأكيد في قرارات مجلس الأمن الدولي (١)، وفي اتفاقيات مكافحة الإرهاب (٢).

بداية أولت لجنة^(١) مكافحة الإرهاب المنشأة بموجب قرار مجلس الأمن الدولي ١٣٧٣ (٢٠٠١) أهمية معتبرة بالاختصاص القضائي، إذ ألزمت الدول بأن تعمل على تحديد اختصاصها القضائي في جرائم الإرهاب في قوانين مكافحة الإرهاب، عند ارتكابها من أشخاص خارج الإقليم، وإذا كان قرار ١٣٧٣ (٢٠٠١) جاء مقتضياً حول تحديد الاختصاص إذ تضمن (البند هـ) من القرار كفاية تقديم أي شخص يشارك في تمويل الأعمال الإرهابية، أو تدبيرها، أو الإعداد لها، أو ارتكابها، أو دعمها إلى العدالة...» إلا أن مجلس الأمن الدولي أصدر لاحقاً قرارات أكدت على مبدأ التسليم أو المحاكمة (Autdederautjudicare) مثل قرار ١٤٥٦ (٢٠٠٣) وقرار ١٥٦٦

من العقاب، خصوصاً أن الإرهاب الدولي يتجاوز حدود الدول، فالإرهابيون ينتقلون من دولة إلى أخرى أو يوجهون عملياتهم في دولة أخرى، أو ربما يفرون إلى دولة ثالثة، كما أن ضحايا العمليات الإرهابية ربما قد يتمتعون بجنسية دولة أخرى، كما قد يقدم الإرهابيين على دعم أو تمويل جماعات إرهابية تقيم في أقاليم دول مختلفة، مما يستوجب معه توزيع الاختصاص الجنائي الوطني بين الدول وتحديده (المطلب الأول)، لندرس فيما بعد صور تطوير الاختصاص القضائي التقليدي (في مجال مكافحة الإرهاب) (المطلب الثاني).

المطلب الأول

دور القانون الدولي في توزيع الاختصاص القضائي بين المحاكم الوطنية

يعد الاختصاص القضائي أحد الركائز الجوهرية لسيادة الدولة^(٢)، لذلك فإن القانون الدولي ترك هامشاً من الحرية^(٣) للدول في مجال ممارسة اختصاصها القضائي لا يقيد إلا في حالات خاصة، مما قد يؤدي إلى وقوع حالات إفلات من العقاب بسبب تلك الحرية^(٤).

فمن المعروف أن القانون الدولي الاتفاقي تبنى مقاربة^(٥) واقعية (Approche Réaliste) تركز فيه الدولة عند ممارسة اختصاصها القضائي على عنصر تواجد المتهم على إقليمها، ومقاربة قطاعية (Approchesectoriele) طالما أنه لا توجد اتفاقية شاملة تحدد جميع الجرائم الدولية، ومن هنا نتساءل فيما إذا حدث تطور نوعي في مجال القمع الجنائي لمركبي الأعمال الإرهابية؟

(٢٠٠٤) (٧) اللذان صدرا بموجب الفصل السابع، إذ دعا المجلس الدول الى التعاون فيما بينها وفقا لالتزاماتها بموجب القانون الدولي، ويلاحظ أن مجلس الأمن في قرار ١٥٦٦ اكتفى بدعوة الدول للتعاون بصفة عامة في تطبيق مبدأ التسليم أو المحاكمة دون أن يلزمهم بذلك.

الفرع الثاني

الاتفاقيات الدولية

شرعت الاتفاقيات الدولية بصفة عامة بتوزيع الاختصاص القضائي بين الدول كي تتمكن هذه الأخيرة من محاصرة مرتكبي أفعال الإرهاب الدولي، كي تتجنب افلاتهم من العقاب، وفي هذا الإطار نصت المادة ٦ من مشروع (٨) اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الإرهاب « على أنه يتعين على الدول أن تتخذ التدابير الضرورية لإشهار اختصاصها في مواجهة الجرائم المعرفة في الاتفاقيات الدولية»، وقد عبر الأستاذ Pierre d'Argent على هذا النص بالقول « أن مشروع الاتفاقية اعتمد على بناء تقليدي باختلاف الفرضيات التي يتوجب فيها على الدولة ممارسة اختصاصها الجنائي»، وقد أولت الاتفاقيات القطاعية العالمية (٩) أهمية معتبرة بمبدأ التسليم والمحاكمة، بينما تباينت الاتفاقية الإقليمية بشأن هذا المبدأ، فالبعض منها اكتفى بأن تلتزم الدول بممارسة اختصاصها جنائيا (١٠) عالميا. بينما تركت اتفاقيات أخرى الحرية للدول (١١) في تحديد اختصاص القضاء مما يخالف مفهوم الاختصاص الذي ارتبطت به وفقا للاتفاقيات العالمية، فعند تحقنا للاتفاقيات العربية نجد

أنها لم تحدد (١٢) الاختصاص لجميع الدول العربية، وكان الجريمة الإرهابية ليست بجريمة عربية، ذلك أن الاختصاص ينعقد فقط للدول العربية التي يجيز لها نظامها الداخلي ذلك باستثناء الجرائم التي وردت في الاتفاقيات الدولية النوعية التي تعد الدول العربية أطرافا فيها، ولذلك إذا وقع عملا إرهابيا ضد مصالح دولة أ في إقليم دولة ب، وفر الجاني إلى إقليم دولة ج فإن هذه الأخيرة ينحصر دورها فقط بالتعاون القضائي دون أن تلتزم بمحاكمته.

و يرى البعض أن مبدأ التسليم أو المحاكمة قد تبلور كقاعدة عرفية (١٣)، إذ أكد القاضي محمد بجاوي أنه مبدأ معروف في القانون الدولي، بل ذهب بعض القانونيين إلى عدها قاعدة أمرة (Jus Cogens)، مما يبين مدى تطور فكرة ممارسة الاختصاص القضائي في مجال مكافحة الإرهاب، وهذا ما سنوضحه عندما نتعرض إلى صور الاختصاص القضائي التقليدي .

المطلب الثاني

صور تطوير الاختصاص القضائي التقليدي (في مجال مكافحة الإرهاب)

ألزمت اتفاقيات مكافحة الإرهاب الدول الأطراف فيها بممارسة الاختصاص القضائي المتمثلة في الاختصاص الإقليمي (الفرع الأول)، والاختصاص الشخصي (الفرع الثاني)، والاختصاص العيني أو الوقاية (الفرع الثالث)، التي تعد الصور المألوفة للاختصاص القضائي التقليدي، فهل حصل تطور في ممارسة هذا الاختصاص في مجال مكافحة الإرهاب ؟ .

الفرع الأول

الاختصاص الإقليمي

الحالات التي يفر فيها المتهم إلى دولة أخرى، لذلك كان من المفروض منح الاختصاص للدولة التي يوجد على إقليمها المتهم وحتى ولو لم يترك المتهم الطائرة فيها^(١٩).

ومن مظاهر الحد من فرص إفلات الجاني ما أقرته اتفاقية لاهاي^(٢٠) عندما توسعت في تقرير الاختصاص القضائي للدولة التي يتركز فيها نشاط أو إقامة مستأجر الطائرة، وسواء كان المستأجر يحمل جنسية هذه الدولة أم لم يكن كذلك، وهو إقرار لمبدأ جديد سبق أن رفضته الدول الأطراف في اتفاقية طوكيو سنة ١٩٦٣ .

وفي اتفاقية مونتريال^(٢١) ١٩٧١ وفقا لنص المادة ٥-١-ج ينعقد الاختصاص القضائي للدولة المتعاقدة في حالة ارتكاب جريمة ضد أو على متن الطائرة مؤجرة من غير الطاقم إلى مؤجر يكون عنوانه مكان عمله الرئيس أو مكان إقامته في تلك الدولة، أي العبارة بمكان عمل أو إقامة المؤجر دون تطلب أي رابطة أخرى.

وفي الأخير يمكن القول أن توزيع الاختصاص^(٢٢) للأفعال الإرهابية المرتكبة على السفن أو الطائرات بين دولة التسجيل ودولة العلم يعد كصور من صور التوسع في الاختصاص الإقليمي^(٢٣) بوصفه قاعدة عامة من قواعد القانون الدولي^(٢٤) .

الفرع الثاني

الاختصاص الشخصي

ينعقد الاختصاص الشخصي للدولة لملاحقة

لا يتطلب مبدأ الإقليمية^(١٤) أكثر من أن تكون الجريمة قد ارتكبت على إقليم الدولة ما، فالاختصاص الإقليمي يتركز بشكل أساس على سيادة الدولة، بوصف أن الجريمة تعد مساسا بأمنها وانتهاكا لنظامها القانوني الداخلي، وتبعاً لذلك إذا ما وقع أي عمل إرهابي على إقليم الدولة تتولى هذه الأخيرة محاكمة مرتكبه من دون الحاجة إلى تحديده من قبل اتفاقية دولية.

ولتحديد مظاهر التوسع في مبدأ الإقليمية التقليدي كوسيلة للحد من إفلات الجناة من العقاب نبدأ بما أقرته اتفاقية طوكيو لعام ١٩٦٣، فبعد أن أقرت الاختصاص لدولة تسجيل الطائرة كقاعدة عامة^(١٥) استبقت الاختصاص للدول المتعاقدة في حالات محددة حصراً وهي عندما يكون للجريمة أثر على إقليم هذه الدولة، أو إذا كانت الجريمة تضر بأمن الدولة^(١٦)، أو إذا كانت هذه الجريمة تشكل خرقاً للقواعد الأساس للملاحة الجوية في إقليمها الجوي، أو إذا كان الاختصاص الذي ستبشره الدولة يعتبر كإلزام تقتضيه اتفاقيات متعددة الأطراف.

من جهة أخرى وبالنظر إلى أن جريمة خطف الطائرات من الجرائم المستمرة^(١٧) (deletcontnu) أقرت الاتفاقية باختصاص الدولة التي هبطت عليها الطائرة وترك فيها المتهم الطائرة لمحاكمته جنائياً، إلا أن القصور^(١٨) الذي يظهر في الاتفاقية هي:

الاتفاقيات ما نصت عليه المادة ٤ ب من اتفاقية ١٩٦٣ إذ نصت « شخص يقيم بصفة دائمة ... » وكذلك ما نصت عليه المادة ٦ من اتفاقية احتجاز الرهائن ١٩٧٩ والمادة ٦ من اتفاقية حماية المنشآت البحرية ١٩٨٨ والمادة ٣ من البرتوكول الملحق بها والمادة ٦-٢-أ من اتفاقية قمع الهجمات الإرهابية بالقنابل ١٩٩٧ والمادة ٧ من اتفاقية قمع تمويل الإرهاب ١٩٩٩، إذ نصت المادة ٧-٢ د «إذا ارتكب الجريمة شخص عديم الجنسية يوجد في محل إقامته المعتاد في إقليم تلك الدولة...» كما ورد هذا المبدأ في مشروع اتفاقية الأمم المتحدة بنص المادة (٣٠) ١١ - ١ إذ نصت:

L'infraction a été commise par un apatride ayant sa résidence habituelle sur son territoire.

كذلك ما نصت عليه اتفاقية بكين ٢٠١٠ المادة ٨-٢ ب.

وأخيرا تمتد أيضا الملاحقة^(٣١) على الأفعال التي ترتكب ضد رعايا الدولة وهو ما يعرف بالاختصاص الشخصي السلبى.

ثانيا- الاختصاص الشخصي السلبى:

يسمح الاختصاص الشخصي السلبى للدولة بتطبيق القانون الجنائي الوطني على الجرائم المرتكبة في الخارج ضد رعاياها، ويتحدد تطبيق هذا المبدأ وفقا لقاعدة ازدواجية التجريم، ودرجة الجريمة المرتكبة وقد ورد هذا الاختصاص في اتفاقيات مكافحة الإرهاب بوصفه اختياري وليس^(٣٢) إلزاميا، وفي هذا الصدد يرى الأستاذ Bert Swart^(٣٣) أن هناك عدداً كبيراً من الاتفاقيات الدولية

مرتكبي الجرائم بالاعتماد على شخصية الجناة أيما كان مرتكب الجريمة، بمعنى خضوع كل فرد لقانونه الجنائي الشخصي، *chacun et jugé d'après sa loi d'origine* في ذلك أن يكون هذا القانون قانون الدولة التي ينتمي إليها الفاعل بجنسيته أو يتخذها موطناً له، وفي هذا المجال يجب أن نميز بين الاختصاص الشخصي الإيجابي (أولاً)، والاختصاص الشخصي السلبى (ثانياً).

أولاً- الاختصاص الشخصي الإيجابي:

يجد هذا المبدأ^(٣٥) مبرره في فكرة أن الدولة معنية ولها مصلحة في خضوع رعاياها لقانونها حتى ولو وجدوا أو كانوا خارج إقليمها، خصوصا أن الدول ترفض في كثير من الأحيان تسليم رعاياها^(٣٦).

إلا أن هذا المبدأ شهد توجها جديدا ليشمل ليس فقط رعايا الدولة، وإنما أيضا أولئك الذين يقيمون على إقليمها^(٣٧)، مما يسمح بملاحقة وقمع الجرائم بصفة فعالة، خصوصا إذا ما تقاعست دولة في وقوع الفعل (*locus delicti*) أو امتنعت عن التسليم، أو إذا ما واجه التسليم صعوبات حقيقية.

وقد لاقى هذا المبدأ بهذه الصورة حيزا في اتفاقيات مكافحة الإرهاب (باستثناء^(٣٨)) اتفاقية لاهاي ١٩٧٠ واتفاقية مونتريال ١٩٧١ التي لم تشر إلى هذا الاختصاص)، ومن ثم إمكانية انعقاد الاختصاص القضائي بالنسبة لعديمي الجنسية^(٣٩) وذلك بالنظر إلى محل إقامتهم (حالة بن لادن التي سحبت منه الجنسية السودانية سنة ١٩٩٤)، إذا ما ارتكبوا جرائم الإرهاب خارج إقليم الدولة، ومن هذه

الحديثة تضمنت إما بإلزام الدول الأطراف فيها بممارسة الاختصاص القضائي ضد الجرائم المرتكبة خارج الإقليم أي ضد فئات من الأشخاص، أو السماح (أو الترخيص) للأطراف بفعل ذلك.

الفرع الثالث

الاختصاص العيني أو الوقاية

يسمح الاختصاص الفعلي للدولة بقمع الجرائم المرتكبة خارج إقليمها إذا كان من شأن تلك الجرائم المساس بالمصالح العليا والأساسية أو الحيوية (vitaux) للدولة، لذلك فإن هذا الاختصاص مرتبط بسيادة الدولة وتواجدها، وإذا كان هذا المبدأ غير وارد بالمفهوم الموسع (sens strict) في الجرائم الدولية كالعنوان وجرائم الحرب وجرائم الإبادة وجرائم ضد الإنسانية^(٣٤) وجرائم التعذيب، إلا أن عددا من اتفاقيات مكافحة الإرهاب الحديثة نصت على هذا الاختصاص منها المادة ٣ فقرة ١-ج من اتفاقية نيويورك ١٩٧٣ التي منحت مكانة مهمة لهذا الاختصاص ذلك أن الاتفاقية تستهدف الجرائم المرتكبة ضد الأشخاص المشمولين بالحماية الدولية، في حين منحت اتفاقيات أخرى فرضيات انعقاد الاختصاص (العيني أو الحماية) في حالة المساس بأمن الدولة أو مصالحها وهذا الاختصاص اختصاص اختياري^(٣٥) وليس إلزاميا مثل المادة ٤ ج من اتفاقية طوكيو ١٩٦٣، ومن الاتفاقيات الحديثة

نذكر المادة ٦-٢-ب من اتفاقية ١٩٩٧ والمادة ٧-٢-ب من اتفاقية ١٩٩٩ والمادة ٩-٢-ب من اتفاقية ٢٠٠٥، والمادة ١١ من^(٣٦) مشروع اتفاقية الأمم المتحدة، والمادة ٢ من اتفاقية بكين.

ويرى الباحث بمناسبة الحديث عن الاختصاص العيني، أن المشرع الجزائري نص عليه صراحة لأول مرة بوصفه اختصاصاً إضافياً جديداً في القانون المتعلق بالقواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال، ومكافحتها لعام ٢٠٠٩، إذ جاء في نص المادة ١٥ منه «زيادة على قواعد الاختصاص المنصوص عليها في قانون الإجراءات الجزائية تختص المحاكم الجزائرية بالنظر في الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال المرتكبة خارج الإقليم الوطني، عندما يكون مرتكبها أجنبياً وتستهدف مؤسسات الدولة الجزائرية أو الدفاع الوطني، أو المصالح الاستراتيجية للاقتصاد الوطني، وطالما أن هذا القانون ينطبق على الوقاية من الأفعال الموصوفة بجرائم الإرهاب أو التخريب وفقاً للمادة ٤ الفقرة أ من نفس القانون فإن هذا الاختصاص سيكون عملياً في مواجهة مرتكبي الأفعال الإرهابية في الخارج.

وعلى الرغم من التطور الذي لحق بالاختصاص القضائي التقليدي، إلا أنه لا يحقق ملاحقة قضائية فعالة إذا لم يتم التعويل على الاختصاص الجنائي الحديث وهذا ما سنتعرض له في المبحث الآتي:

المبحث الثاني

التعويل على الاختصاص الجنائي الحديث (الاختصاص العالمي)

يعرف الاختصاص الجنائي العالمي^(٣٧) بأنه تلك الصلاحية التي تتقرر للقضاء الوطني في ملاحقة وعقاب جرائم معينة تتحدد سلفا في التشريع^(٣٨) الوطني، أيا كانت جنسية مرتكبها أو ضحاياها، وقد أسماه البعض بمبدأ العالمية، أو مبدأ عالمية القاعدة الجنائية، أو مبدأ نظام العالمية أو نظام العقاب العالمي، كما أطلق عليه البعض الآخر تسمية عالمية الحق في العقاب، وتبعاً لذلك سنتناول دور الاختصاص الجنائي العالمي في الحد من الإفلات من العقاب (المطلب الأول)، والتحديات التي تواجه الاختصاص الجنائي العالمي في مجال الإرهاب (المطلب الثاني).

المطلب الأول

دور الاختصاص الجنائي العالمي في مكافحة إفلات الإرهابي من العقاب

يخول الاختصاص الجنائي العالمي للمحاكم الوطنية اختصاصاً يتجاوز حدود إقليم الدولة compétence extraterritoriale إذ يسمح لأجهزة الدولة سلطة ملاحقة مرتكبي جرائم معينة أيا كانت مرتكبها ودون اشتراط صلة معينة تربطه بالدولة، وعلى الرغم من أن اتفاقيات مكافحة الإرهاب^(٣٩) ألزمت الدولة بممارسة الاختصاص الجنائي العالمي إلا أن هذا يبقى من الناحية العلمية اختصاص مرهون بالنص عليه في التشريع الوطني (الفرع الأول)، كما أنه اختصاص احتياطي

(الفرع الثاني)، واختصاص مشروط (الفرع الثالث).

الفرع الأول

اختصاص مرهون بالنص عليه في التشريع الوطني

من المعروف أن الاختصاص الجنائي العالمي اختصاص أصيل للقضاء الجنائي الوطني، يجد أساسه في التشريع الداخلي للدولة^(٤٠) التي ينتمي إليها، بوصفه جزءاً من النظام الداخلي للدولة بعد تبنيها للالتزام الدولي لملاحقة مرتكبي الجرائم الدولية، وفي هذا الصدد يعد البعض أن القانون الجنائي الذي يقرر الاختصاص العالمي، بأنه قانون جنائي متعدي الحدود، ومن ثم فإنه وفي غياب قانون وطني يجيز مباشرة الاختصاص الجنائي العالمي لم يعد ثمة أهمية للالتزام الذي ترضه الاتفاقيات الدولية في هذا المجال، فقد عد القضاء الفرنسي مثلاً أن اتفاقية جنيف لا تسري في غياب نص وطني يضعها موضع التطبيق^(٤١)، وذلك تطبيقاً لمبدأ شرعية الجرائم العقوبات^(٤٢)، Nullum in crimine Nula Polma .

وقد عدت محكمة استئناف السنغال في قرارها الصادر في ٢٠ مارس ٢٠٠١ في قضية "حسين حبري"، أنه في غياب تدابير^(٤٣) تشريعية وتنظيمية تحدد الاختصاص الجنائي العالمي للمحاكم السنغالية، فإن هذه الأخيرة تعد غير مختصة بالنظر في جريمة التعذيب، المجرمة وفقاً لنص المادة ٢٩٥-١ من القانون الجنائي السنغالي.

وتطبيقاً لذلك فإن روسيا على الرغم من مصادقتها على اتفاقية مكافحة الإرهاب

الأوروبية لعام ١٩٧٧ إلا أنها لم تسن قاعدة قانونية داخلية تضع الاتفاقية موضع التطبيق، ونفس الوضع في إيطاليا التي تضمن قانونها الجنائي شرطاً عاماً يتضمن الإحالة إلى الاتفاقيات الدولية في مجال أعمال الاختصاص الجنائي العالمي، إلا أن هذا الاختصاص لم يشهد له تطبيق إلى يومنا هذا .

وكذلك هو الأمر بالنسبة للتشريع المصري والجزائري^(٤٤) على الرغم أن الدولتين صادقتا على العديد من اتفاقيات مكافحة الإرهاب، إلا أنه ومع ذلك لا يوجد نص تشريعي يؤسس الاختصاص الجنائي العالمي.

ويذهب البروفيسور Paul^(٤٥) إلى أكثر من ذلك حين عد أن ما قد يعيق مباشرة الاختصاص الجنائي العالمي هو اختلاف تعاريف الجرائم الواردة في التشريعات الداخلية سواء فيما يخص تقدير العقوبة أو الحالات التي على أساسها يمكن عد الشخص محلاً للملاحقة، بوصفه مساهماً أو مرتكباً للفعل وتبعاً لذلك وطبقاً للقانون الصيني لعام ١٩٩٧ المادة ٩ منه، التي نصت على أن القانون الصيني يطبق على الجرائم المحددة في الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الصين، ومن ثم فإن مباشرة الاختصاص الجنائي معرض لعدم تطبيقه إذا ما اصطدم التجريم الوارد في الاتفاقيات الدولية بخصوصية التجريم الوارد في القانون الصيني الداخلي.

وعند تفحص التشريعات الوطنية نجدها تباينت في كيفية تبني الاختصاص الجنائي العالمي، فمن التشريعات ما تبني الاختصاص الجنائي العالمي^(٤٦) في نطاق الالتزام الدولي، مثل ما نصت عليه المادة ٦ مكرر من القانون

الجنائي السويسري بمناسبة تصديقها على اتفاقية مكافحة الإرهاب الأوروبية في عام ١٩٨٣ وأيضاً ما ورد في القانون الألماني لـ ١٨ جويلية ٢٠٠١ الذي عدل المادة ١٢ مكرر لقانون ١٧ أبريل ١٨٧٨ الذي سمح للسلطات الألمانية بقمع الجرائم الدولية المرتكبة خارج ألمانيا وفقاً للاتفاقيات الدولية.

بينما عكفت تشريعات أخرى على تبني أحكاماً خاصة تؤسس للاختصاص الجنائي العالمي، إذ أدرجت مثلاً هولندا نصاً خاصاً يحكم تنظيم الاختصاص الجنائي العالمي في الحالة التي يمثل فيها مرتكب العمل الإرهابي أمام السلطات الهولندية، وفي فرنسا^(٤٧) تطبيقاً لاتفاقيات مكافحة الإرهاب ثم إدراج المادة ٦٨٩-١^(٤٨) في قانون الإجراءات الجزائية التي تؤسس للاختصاص الجنائي العالمي، وحددت لكل اتفاقية نصاً يؤسس للاختصاص الجنائي العالمي^(٤٩) لتطبيقها.

بينما يلاحظ أن بعض التشريعات تبنت الاختصاص الجنائي العالمي^(٥٠) خارج نطاق الإلزام الدولي وفي هذا الصدد يذكر البروفيسور Damien أن بعض من الدول أقرت إرادياً التزامات مستقلة تنشئ معايير الاختصاص الجنائي العالمي أوسع من ذلك النطاق الناجم على الالتزامات الدولية، ومن بينها القانون البلجيكي الذي يعد نموذجاً تشريعياً يحتذى به، وذلك بموجب قانون ١٦ جوان ١٩٩٣، والقانون الإسباني إذ نصت المادة ٢٣-٤ من قانون الإجراءات^(٥١) الإسباني على جملة من الجرائم من بينها الإرهاب التي يمارس الاختصاص الجنائي العالمي بشأنها وكذلك القانون الأرجنتيني^(٥٢) والقانون الكولومبي^(٥٣) والقانون الأثيوبي^(٥٤).

في قمع الإرهاب، وتهدف بالدرجة الأولى إلى وضع حد للإفلات من العقاب، ولكنها بذلك التعدد تزيد من مخاطر تنازع الاختصاصات بشقيها السلبي والإيجابي، والتي قد تقضي إلى إفلات الجناة من العقاب، فضلاً عن ذلك فإن الاختصاص الجنائي العالمي يظل اختصاصاً مشروطاً .

الفرع الثالث

الاختصاص الجنائي العالمي اختصاص مشروط

إن ممارسة الاختصاص الجنائي العالمي مشروط في غياب التسليم بوصفه بديلاً (Alternative) عن المحاكمة، أي في حالة عدم التسليم سواء بعدم تقديم طلب التسليم أو أن هذا الطلب^(٥٨) تعرض للرفض فقد اشترطت اتفاقيات مكافحة الإرهاب التي أقرت الصفة الإلزامية للاختصاص الجنائي العالمي، أن يتواجد المتهم^(٥٩) على الإقليم الدولة^(٦٠) الذي يشكل حجر الزاوية لتطبيق مبدأ التسليم أو المحاكمة .

وتبعاً لذلك فرضت اتفاقيات مكافحة الإرهاب على الدول اتخاذ التدابير الكفيلة لوضع المتهم في حالة توقيف^(٦١) تمهيداً للملاحقة من طرف السلطات القضائية وتسليمه لدولة أخرى تباشر الدعوى العمومية كما أن الدولة التي يوجد المتهم على إقليمها ليست^(٦٢) ملزمة بتوقيف الشخص بل يتعين عليها فقط اتخاذ التدابير الكفيلة لمثول الشخص أمام سلطاتها، وتجدر الإشارة أن التوقيف يجب أن يكون مؤقتاً وألا يتجاوز المدة الضرورية لمباشرة الملاحقة وإجراءات التسليم، وتنتهي

أما إذا كان الاختصاص الجنائي العالمي مرهون بالنص عليه في التشريع الوطني فإنه فضلاً عن ذلك يعد اختصاصاً احتياطياً .

الفرع الثاني

الاختصاص الجنائي العالمي اختصاص احتياطي

من الناحية العملية لم يكن أبداً الاختصاص الجنائي العالمي اختصاص مطلق^(٥٥) (Absolue) فعند تحليل اتفاقيات مكافحة الإرهاب نجد أنها أقرت اختصاصاً عالمياً احتياطياً (Subsidaire) بالمقارنة بالاختصاصات القضائية التقليدية التي سبق دراستها، بعبارة أخرى تكون ولاية القضاء الوطني العالمية في ملاحقة مرتكبي جرائم الإرهاب الدولي احتياطية مقارنة بالاختصاصات القضائية القائمة على مبادئ أخرى للاختصاص، كالاختصاص الإقليمي والشخصي والعيني، ومن ثم فإنه في حالة عدم انعقاد الاختصاص القضائي للدولة وفقاً للاختصاص التقليدي يأتي الاختصاص الجنائي العالمي كاختصاص تكميلي، وفي هذا الإطار يذكر البروفيسور Paul^(٥٦) .

إن الاعتراف بالاختصاص في مجال الإرهاب أمام المحكمة الجنائية الدولية من شأنه تسهيل ممارسة الاختصاص الجنائي العالمي المعترف به من الدول، ذلك أن النظام الأساسي اعترف بمبدأ التكامل مع القضاء الوطني...» ويضيف بأن هناك حالات تفسر لنا كيفية أن ممارسة الاختصاص الجنائي العالمي تبقى استثنائية^(٥٧)، منها مثلاً تعدد الاختصاصات المقررة في الالتزامات الدولية التي تشترك

تدابير مثل الشخص المتخذة من طرف الدولة التي يوجد المتهم على إقليمها بمجرد اتخاذ هذه الأخيرة الدعوى العمومية عند ممارستها للاختصاص الجنائي العالمي، أو تسليم المتهم للدولة التي تمارس الاختصاص الجنائي في الحالات التي تقبله.

و الأكثر مما سبق يواجه الاختصاص الجنائي العالمي تحديات جمة تعوق ممارسته ومن ثم إمكانية إفلات الجناة من العقاب.

المطلب الثاني

التحديات التي تواجه الاختصاص الجنائي العالمي

يمكن حصر التحديات التي تواجه الاختصاص الجنائي العالمي في استمرار هيمنة السيادة (الفرع الأول) وعجز الاختصاص الجنائي العالم عن مواجهة الأشكال الجديدة للإرهاب (الفرع الثاني).

الفرع الأول

استمرار هيمنة السيادة

في المجال الجنائي ما تزال فكرة هيمنة السيادة مستمرة^(١٣) على الرغم من ازدياد الحاجة إلى التضامن والتعاون بين الدول، فقد أثبت الواقع العلمي صعوبة التوصل الحقيقي إلى مفهوم جماعة الدول (Communauté des états) ومن ثم تقف السيادة التقليدية عقبة أمام فكرة قبول الاختصاص الجنائي العالمي، وقد كان من تداعيات التمسك بالسيادة أن ترتب جمود ممارسة الاختصاص الجنائي العالمي، ففي قضية "ياروديا نندباسي"^(١٤) (وزير خارجية الكونغو) بين بلجيكا والكونغو، الذي أمر

القاضي البلجيكي في ١١ أبريل ٢٠٠٠ بالقبض عليه لاتهامه بارتكاب جرائم حرب وجرائم ضد الإنسانية (مأساة قبائل التوتسي)، وعندما وصلت القضية إلى محكمة العدل الدولية أصدرت حكما بتاريخ ١٤ فيفري ٢٠٠٢ عدت فيه المحكمة^(١٥) أن مذكرة الاعتقال التي أصدرتها بلجيكا تشكل انتهاكا للقانون الدولي العرفي ومساسا بمبدأ المساواة في السيادة بين الدول، وغني عن البيان أن بلجيكا كانت قد أصدرت مذكرة الاعتقال على أساس الاختصاص الجنائي العالمي. وفي قضية الاعتداء على طائرة DC ١٠ المملوكة لشركة UTA في صحراء النيجر بتاريخ ١٩ سبتمبر ١٩٨٩. ظهر اتجاه يناهز بمحاكمة رئيس الدولة الليبية (معمر القذافي)، وعندما وصلت القضية إلى محكمة النقض (الدائرة الجنائية) أعلنت عدم اختصاصها بمحاكمة رئيس الدولة الليبية^(١٦) لكونه ارتكب أعمالا إرهابية... مما يفهم منه أن المحاكم الداخلية لا يمكن أن تحاكم رئيس دولة ما وإلا عد ذلك مساسا بالسيادة والسلام فيما بين الدول، لذلك فالمحاكم الليبية وحدها أو المحاكم الدولية إن وجدت يمكنها محاكمة (القذافي).

فضلا عن ذلك لا يمكن إغفال الضغوط^(١٨) التي تمارس ضد الدول عند لجوئها إلى تطبيق الاختصاص الجنائي العالمي، فمثلا هددت الولايات المتحدة الأمريكية بنقل مقر حلف شمال الأطلسي خارج بروكسل إذا ما شمل هذا الاختصاص القادة الأمريكيين^(١٩)، مما أدى إلى تعديل قانون ١٩٩٣^(٢٠) بقانون ٢٠٠٣، ولم يترك القانون الجديد جوانب كبيرة يمكن

الاعتماد عليها في قمع الجرائم الدولية بعد أن كان يطلق على القاضي البلجيكي بالقاضي العالمي.

وبهذا شكك الفقيه «كلسن» في حياد المحاكم الوطنية التي ينعقد اختصاصها عن الجرائم خارج الإقليم، وفضل الأخذ بمبدأ الاختصاص القضائي الدولي للقضاء الدولي الدائم، واصفاً الطبيعة الدولية لهذه المحاكم أنها أقل تأثيراً من الدول صاحبة المصلحة، كذلك يمكن إضافة أن ممارسة^(٧١) الاختصاص الجنائي العالمي مكلف يتجاوز ما تصرفه الدولة عندما تطبيق قانون العقوبات وفقاً للمبادئ الأخرى للاختصاص.

الفرع الثاني

عجز الاختصاص الجنائي العالمي عن مواجهة الأشكال الجديدة للإرهاب

لفت الهجوم على برج التجارة العالمي الانتباه للوسائل الحديثة^(٧٢) التي قد يتم اللجوء إليها في ارتكاب العمليات الإرهابية، فمن جهة نجد أن ممارسة هذا الاختصاص مرتبطة أساساً^(٧٣) بمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، الأمر الذي يتطلب معه تحديد الجريمة الإرهابية تحديداً دقيقاً، فإذا كانت الدول قد تبنت بعض الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالأسلحة النووية والكيميائية والبيولوجية أو بعض الاتفاقيات البيئية، إلا أن هذه الاتفاقيات الدولية تتجرد من أي طابع عقابي يطبق على الأفراد، كما لا يمكن تصور قمع الإرهاب البيئي بواسطة الاختصاص الجنائي العالمي، فالجرائم الإرهابية البيئية لم يتم تجريمها كأفعال إرهابية بيئية ضمن النصوص الدولية، كما أن القواعد الدولية أيضاً قاصرة على مواجهة

الإرهاب الإلكتروني (cyberterrorisme)^(٧٤)، فالمجلس الأوروبي الذي تبنى اتفاقية حول الجريمة الإلكترونية في ٢٣ نوفمبر ٢٠٠١، وبالرغم من أهميتها إلا أنها التزمت الصمت حيال الاختصاص الجنائي العالمي، وهو ما يفسر مدى وجود مشاكل قانونية معقدة يمكن أن تترتب على ملاحقة مرتكبي^(٧٥) هذا النوع من الجرائم. كما لا يخلو أيضاً ملاحقة الفاعلين الجدد للإرهاب من صعوبات في أعمال الاختصاص الجنائي العالمي، فليست الدول أو الأفراد هم وحدهم المعنيين، فقد برزت على السطح مسألة حركات التحرر وكذلك المجموعات المنظمة قانوناً كالجمعيات والمؤسسات والشبكات الإرهابية، أو حتى الجمعيات التي تعمل بطريقة غير رسمية. وإذا كانت الاتفاقية الأوروبية للجريمة المعلوماتية أقرت بالمسؤولية الجزائية لهذه المجموعات (المادة ١٣) فمن المعروف أن هناك اختلاف في المفهوم حول المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي بين الدول^(٧٦).

الخاتمة

إذا كان القانون الدولي قد ساهم نسبياً في الحد من مشكلة ازدواج التجريم الوارد في التشريعات الوطنية، إلا أنه في المقابل وضع نظام متعدد للاختصاصات القضائية لمترافقه أدوات التسوية فيما بينها. ويلاحظ أن اتفاقيات مكافحة الإرهاب وسعت من الاختصاص القضائي التقليدي، فقد شهد مبدأ العينية تطبيقات جديدة لم يعرف هذا المبدأ من قبل، كما أن الاعتماد أو التعويل على الاختصاص الجنائي العالمي كضمان لعدم الإفلات من العقاب، كشف أن هذه الآلية مقررّة في الأصل

الهوامش

١. راجع منتصر سعيد حمودة، الإرهاب الدولي، جوانيه القانونية ووسائل مكانته في القانون الدولي العام والفقهاء الإسلاميين، الدار الجامعية الجديدة الإسكندرية، مصر، ٢٠٠٦، ص ٢٥٠.

٢. وهذا ما عبرت عنه (CJI) وفي قضية اللوتس سنة ١٩٢٧.

٣. إذ جاء في قضية اللوتس : « Tout ce qui n'est pas interdit est permis »

٤. جاء في الرأي الاستشاري حول مشروعية التهديد باستخدام الأسلحة النووية ١٩٩٦ بند (٧٩-٨٢) "أن القواعد الجوهرية في اتفاقية جنيف أصبحت جزءا من القانون الدولي العرفي، ومن بين تلك القواعد يفهم منها من دون شك قواعد القمع الجنائي للجرائم الجسيمة، كما جاء في قضية نيكاراغوا ١٩٨٦ في البند ٢٢٠ ان المادة الأولى من اتفاقية جنيف تلزم جميع الدول حتى الدول الغير متعاقدة " أنظر:

Antonio Cassese, l'incidence du droit international sur le droit interne, juridictions nationales et crimes internationaux, sous la direction de Antonio cassese et Mireille Delmas-Marty, presses universitaire de France, .et suite ٥٥٧ n° 49-298, juin, 2002, P 558.

6. Sandra Szurek, la lutte internationale contre le terrorisme sous l'empire du chapitre VII : un laboratoire normatif, RGDIP, tome CIX, 2005p, 36.

7. Adriano Mendy , La lutte contre le terrorisme en droit internationale, thèse de doctorat faculté de droit et de science politique, discipline droit international et relations internationales université de remise champagne ardenne, 2008, p 117.

لملاحقة جرائم أخرى كجرائم الإبادة، وجرائم ضد الإنسانية، وغيرها، ولم يكن من السهل تفعيل الاختصاص العالمي في مجال الإرهاب، بعد ما تبين أن هذه الآلية اعترضتها العديد من العوائق خارج مكافحة الإرهاب.

وإذا كانت العدالة تقتضي أن يمثل الشخص الذي ارتكب جرما معينا أمام المحاكم لتطبيق القانون في مواجهته، حتى ينال العقاب الذي يستحقه، إلا أنه في مجال مكافحة الإرهاب، لجأت بعض الدول عند ملاحقتها للإرهابيين، بما يعرف ببدايل التسليم الاتفاقي أي الخطف، lacapture 'enlèvement' أو القبض الشخص إلى محاكم دولة معينة، ويمارس الخطف، أو القيص من قبل موظفي دولة أو أشخاص خاصة يعملون لحساب تلك الدولة، ضد شخص متواجد على إقليم دولة أجنبية، وبدون موافقتها، بغرض محاكمتهم أمام القضاء الوطني، وقد وصفت تلك الطرق بكونها غير مألوفة فضلا عن أنها تمس بسيادة الدولة، وتنتهك حقوق الإنسان،

وفي هذا السياق أكدت اتفاقيات مكافحة الإرهاب على ضرورة احترام القانون الدولي في هذا الشأن، إذ نصت المادة ١٤ من اتفاقية احتجاز الرهائن (١٩٧٩) والمادة ١٨ من اتفاقيات قمع الهجمات الإرهابية بالقنابل (١٩٩٧) والمادة ٢٢ من اتفاقية قمع تمويل الإرهاب (١٩٩٩) والمادة ٢٢ من اتفاقية قمع الإرهاب النووي (٢٠٠٥) على حكم مشترك يفيد بضرورة احترام الاختصاص المعهود للسلطات الوطنية، إذ جاء في هذا الحكم مايلي: (ليس في هذه الاتفاقية مايسمح للدولة أن تمارس في إقليم دولة أخرى ولاية قضائية أو مهام من صميم اختصاص سلطات الدولة الطرف وفقا لقانونها الداخلي).

ص ٤٤، وأنظر د. أحمد صبحي العطار، سلطة الدولة في محاكمة رعاياها عن الجرائم المرتكبة خارج الدولة، قضية لوكربي ومستقبل النظام العالمي، مرجع سابق، ص ٢٧١ وما بعدها .

١٥. نص المادة ٣-١ من اتفاقية طوكيو ١٩٦٣، المادة ٤-١ أمن اتفاقية ١٩٧٠، المادة ٥-١ ب من اتفاقية ١٩٧١، المادة ٣-١ أمن اتفاقية ١٩٧٣، المادة ٥-١ أمن اتفاقية ١٩٧٩، المادة ٦-١ ب من اتفاقية ١٩٩٧، المادة ٧-١ ب من اتفاقية ١٩٩٩، المادة ٩-١ ب من اتفاقية ٢٠٠٥، المادة ٨ من اتفاقية بكين ٢٠١٠.

١٦. ورد هذا الحكم أيضا في الاتفاقية الحديثة لقمع تمويل الإرهاب لعام ١٩٩٩ بنص المادة ٧ فقرة ٢، إذ نصت " لا يجوز أيضا أن تقرر كل دولة طرف ولايتها القضائية... (أ) فقرة ٢، إذا كان هدف الجريمة أو نتيجتها ارتكاب إحدى الجرائم المشار إليها بالمادة ٢ الفقرة ١ (أ) و(ب)...(ج).

١٧. أ.د. سمعان بطرس فرج الله، مرجع سابق، ٢٢١

١٨. تثير أيضا عبارة أثناء الطيران مشكل، إذ يرى أ.د. سمعان فرج الله أنه كان من الواجب إحالة إلى النص المادة ٥ - ٣ التي تنص أن الطيران يبدأ من لحظة إغلاق أبواب الطائرة بعد ركوب المسافرين، إلى لحظة فتح أبواب الطائرة للنزول، وذلك تجنبا " لأي تأويل"، راجع نفس المرجع ص ص ٢١٦-٢١٧، إلا أن اتفاقية بكين لسنة ٢٠١٠ تداركت هذا الخطأ واعتبرت أن فترة انطلاق تبدأ من لحظة إغلاق أبواب الطائرة إلى لحظة فتح أبوابها، نص المادة ٢ أ، إذ نصت أي طائرة تعد في حالة طيران في فترة انتهاء التحميل أين تكون جميع الأبواب الخارجية قد أغلقت، إلى فترة الإنزال أين تفتح الأبواب بغرض الإنزال.

١٩. أنظر المادة ٤ ج من بروتوكول ٢٠١٠ والمادة ٨ د من اتفاقية بكين ٢٠١٠.

٢٠. د. صلاح الدين جمال الدين، إرهاب ركاب الطائرات، دار الفكر الجامعي، بدون طبعة، الإسكندرية، مصر، ٢٠٠٦، ص ٧٩.

8. Pierre D'Argent, examen du projet de convention générale sur le terrorisme international, le droit international Face au terrorisme, Après le 11 septembre, Préface de S.E. Gilbert Guillaume Sous la direction, Karine Bannelier, Théodore Christakis, Olivier Corten, Cahiers internationaux N°17, CEDIN-Paris I, 2002,, op.cit., p 12

٩. مثلا المادة ٤-٢ من اتفاقية لاهاي ١٩٧٠ والمادة ٤-٣ من بروتوكول ٢٠١٠ الملحق باتفاقية لاهاي ١٩٧٠، المادة ٥-٢ من اتفاقية مونتريال ١٩٧١ المادة ٣-٢ من اتفاقية ١٩٧٣، المادة ٥-٢ من اتفاقية ١٩٧٩، المادة ٦-٤ من اتفاقية ١٩٩٧، المادة ١٠-١ من اتفاقية قمع تمويل الإرهاب ١٩٩٩ المادة ٩-٤ من اتفاقية قمع الإرهاب النووي ٢٠٠٥، المادة ٨-٣ من اتفاقية بكين ٢٠١٠ حول قمع الأعمال الغير المشروعة ضد أمن الطيران المدني.

١٠. باستثناء اتفاقية منظمة الوحدة الإفريقية لم تستجب الاتفاقيات الإقليمية الأخرى لمخطط مبدأ التسليم أو المحاكمة، مثل المادة ٥ من اتفاقية منظمة الدول الأمريكية والمادة ٦ من الاتفاقية الأوروبية، أنظر: ١٠. Martin Jean Christophe, les règles internationales relatives à la lutte contre le terrorisme, travaux du ceric, Bruylant, Paris, 2006, p 133

١١. Ibid, P 133. وأنظر أيضا أحمد حسين سويدان، الإرهاب الدولي في ظل المتغيرات الدولية، من شرا الحلبي الحقوقية بيروت لبنان ٢٠٠٥، ص ٩٧، مشار إليه في الهامش رقم (١).

١٢. سمعان بطرس فرج الله، جدلية القوة والقانون في العلاقات الإنسانية مكتبة الشروق الدولية، ط١ القاهرة، ٢٠٠٨، ص ١٥١، ١٥٢.

13. Ibid, P145.

١٤. أنظر طارق سرور، الاختصاص الجنائي العالمي، دار النهضة العربية، ط١، القاهرة، مصر، ٢٠٠٦،

المقصود بالجنسية والإقامة المعتادة لذلك يمكن الاحتكام إلى اتفاقية ١٩٥١ التي عرفت عديم الجنسية في المادة ١ بأنه الشخص الذي لا يمكن اعتباره أحد رعايا الدول عند تطبيق القانون الوطني، انظر: ٣٦ Ibid, P

30. Bert Swart, La place des critères traditionnels de compétence dans la poursuite des crimes internationaux, juridictions nationales et crimes internationaux, sous la direction de Antonio Cassese et Mireille Delmas-Marty, presses universitaire de France, n° 49-298, juin, 2002, P 573.

٣١. هذا المبدأ يتجسد في التشريع الجزائري في نص المواد ٥٨٢ إلى ٥٨٤ إجراءات جزائية

32. Adriano Mendy, op.cit., P 114.

33. Bert Swart, op.cit, P 573.

34. Ibid, P 573.

35. Adriano Mendy, op.cit., P 114.

36. Pierre d'Argent, op.cit., p 127.

٣٧. يجد مبدأ الاختصاص الجنائي العالمي أساسه في الحاجة لحماية المصالح المشتركة للمجتمع الدولي، وعند الحديث عن الاختصاص الجنائي العالمي في القانون الدولي يجب أن نميز بين القانون الدولي العرفي، والقانون الدولي الاتفاقي، ففي مجال القانون الدولي العرفي نجد أن الدول كانت تسمح بممارسة الاختصاص الجنائي العالمي في مكافحة جرائم القرصنة لحماية المصالح المشتركة للدول، وقد تكرر هذا المبدأ كقاعدة عرفية بمناسبة قضية اللوتس ١٩٢٧ أمام محكمة العدل الدائمة إذ أوضحت المحكمة، أن للدول الحرية في مد نطاق اختصاصها خارج إقليمها، وقد تكرر الاختصاص الجنائي العالمي في القانون الدولي الاتفاقي في اتفاقية جريمة الإبادة لعام ١٩٤٨ واتفاقيات جنيف ١٩٤٩، والاتفاقية الخاصة بالتعذيب ١٩٨٤، وقد ورد هذا الاختصاص في هذه الاتفاقيات في شكل

٢١. طارق سرور، الاختصاص الجنائي لعلمي در لنهضة العربية، القاهرة، مصر، ٢٠٠٦، ص ٢٧٨.

22. Martin Jean Christophe, op.cit., p 136.

٢٣. في التشريع الجزائري تنص المادة ٣ من القانون العقوبات على "يطبق قانون العقوبات على كافة الجرائم التي ترتكب على أرض الجمهورية، بالنسبة للسفن يطبق نص المادة ٥٩٠ من قانون الإجراءات الجزائية، بالنسبة لطائرات يطبق نص المادة ٥٩١ من قانون الإجراءات الجزائية، راجع د. عبدالله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، الق سماعيل، الجزء الأول للجريمة، ديوان المطبوعات الجامعية، طالساسة، بنعكنون الجزائر ٢٠٠٥. ص ١٠١ وما بعدها، أنظر أيضا ما ورد في المادة ٤ ب من بروتوكول ٢٠١٠ المعدل لاتفاقية لاهاي ١٩٧٠، والمادة ٨ من اتفاقية بكين ٢٠١٠.

24. Adriano Mendy, op.cit., p 112.

٢٥. أنظر المادة ٣-١-ب من اتفاقية ١٩٧٣، المادة ٥-١-ب من اتفاقية ١٩٧٩، المادة ٦-١-ج من اتفاقية ١٩٩٧، المادة ٧-١-ج من اتفاقية ١٩٩٩، المادة ٩-١-ج من اتفاقية ٢٠٠٥، والمادة ٤-١-د من بروتوكول ٢٠١٠، والمادة ٨-٢-أ من اتفاقية بكين ٢٠١٠، أنظر:

Manuel pour la coopération internationale en matière pénale contre le terrorisme, unodc, nations unis, new York annexe XVI, 2009

http://www.unodc.org/documents/terrorism/.../Manual_Int.../French.pdf, P 35.

٢٦. إذ يذكر الأستاذ Bert Swart

le refus d'extrader ses ressortissants » vers les autres Etats constitue la « justification principale de ce principe

٢٧. أنظر نص المادة ٨-٢ ب من اتفاقية بكين ٢٠١٠، والمادة ٤-٢ ب من بروتوكول ٢٠١٠.

28. Adriano Mendy, op.cit., p 113.

٢٩. إن الاتفاقيات المعنية بمكافحة الإرهاب لم تحدد

على الاختصاص العالمي للمحاكم الأسترالية، وكانت القضية تتعلق بجريمة الإبادة الجماعية أنظر - د. طارق سرور، مرجع سابق، ص ١٨٨.

43. Damien Vendermeersch, op.cit., p 593.

٤٤. لم يأخذ المشرع الجزائري بالاختصاص الجنائي العالمي لأنه لم ينص عليه في القانون الإجراءات الجزائية أو قانون آخر، لذلك يمكن الارتكاز إلى نص المادة ٥٨٢ و ٥٨٤ قانون الإجراءات الجزائية الجزائري المقررة لشخصية النص الجنائي، ويذهب الأستاذ الدكتور أوهايبة عبد الله إلى القول بأن الجريمة الإرهابية مرشحة، لأن تكون محلا لتطبيق المشترك لقوانين الدول في العالم، ...

45. Paul Tavernier. op.cit., p 245.

46. Damien Vendermeersch, op.cit., p 597.

٤٧. أنظر طارق سرور، مرجع سابق، ص ٢٢٦.

٤٨. إذ نصت المادة ٦٨٩-١ " على أنه يمكن إجراء المحاكمة أمام المحاكم الفرنسية عن الجرائم المبنية حصرا، تطبيقا للاتفاقيات الدولية المشار إليها في المواد التالية...".

٤٩. مثل المادة ٦٨٩-٣ المتعلقة بالاتفاقية الأوربية سنة ١٩٧٧، المادة (٤-٦٨٩) المتعلقة بالاتفاقية الحماية المادية للمواد النووية (١٩٨٠) المادة ٦٨٩-٦-٧ المتعلقة باتفاقية لاهاي ١٩٧٠، ومونتريال ١٩٧١، والمادة ٦٨٩-٩ المتعلقة باتفاقية قمع الهجمات الإرهابية بالقنابل (١٩٩٧) والمادة (١٠-٦٨٩) المتعلقة باتفاقية قمع تمويل الإرهاب ١٩٩٩، ارجع - طارق سرور، مرجع سابق، ص ٢٢٥، ٢٢٦، ٢٢٧.

50. Damien Vendermeersch, p 600 et suite

٥١. منذ تعديل ٢٠٠٩ أصبح القانون الإسباني يشترط وجود رابطة فعلية بين الجريمة المرتكبة وإسبانيا، إما بوجود المشتبه فيه على الإقليم الإسباني أو أن تكون الضحية من جنسية إسبانية، راجع رابطة نادية، مبدأ الاختصاص العالمي في تشريعات الدول، مذكرة لنيل شهادة الماجستير فرع القانون الدولي، جامعة مولود معمري تيزي وزو كلية الحقوق

ملزم وليس اختياري، مثل جرائم القرصنة، ومن جهة أخرى تم تضمين هذه الاختصاص في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الموقع في ١٧ جويلية ١٩٩٨ إذ ورد في ديباجته ما يعبر عن هذا المفهوم من خلال التضامن الدولي الذي تتحمل الدولة بموجبه مسؤولية قمع الجرائم الدولية التي تمس المصالح المشتركة، راجع:

Damien Vendermeersch, la compétence universelle, juridiction nationales et crimes internationaux, sous la direction de Antonio Cassese et Mireille Delmas-Marty, presses universitaire de France, n° 49-298, juin, 2002, P 556.

٣٨. د. طارق سرور، مرجع سابق، ص ٢٦.

٣٩. مثلا ما نصت عليه المادة ٧ من اتفاقية لاهاي (١٩٧٠) والمادة ٥ من اتفاقية مونتريال (١٩٧١) والمادة ٦ من اتفاقية قمع الهجمات الإرهابية بالقنابل (١٩٩٧) وكذلك ما نص عليه القرار الإطار الصادر من مجلس الأوربي في ٢٠٠٣ أما بالنسبة للاتفاقيات الإقليمية نصت على هذا الاختصاص الاتفاقية الأوروبية لعام ١٩٧٧ المادة ٦-٢ ن أما الاتفاقية العربية واتفاقية منظمة دول المؤتمر الإسلامي اكتفت بتنظيم التعاون القضائي بين الدول راجع: د. طارق سرور، مرجع سابق، ص ١٤٠ وما بعدها.

40. Voir . Damien Vendermeersch. op.cit., p 593.

41. Paul Tavernier, compétence universelle et terrorisme, les nouvelles menaces contre la paix et la sécurité internationales, journée franco-allemande, les nouvelles menaces contre la paix et la sécurité internationales, SFDI, éditions A.pedone, Paris, 2004, p 243

٤٢. أنظر أيضا ما قضت به المحكمة الاتحادية الأسترالية سنة ١٩٩٩، بعدم اختصاصها لأن التشريع الأسترالي لم يجرم تلك الجرائم ولم ينص

66. Voir, Ghislaine Doucet, la responsabilité pénale des dirigeants en exercice, Actualité et droit international, revue d'analyse juridique de l'actualité internationale, Janvier 2001, p 2 et suite .
<http://www.ridi.org/adi>

٦٧. حسينة بلخيري، المسؤولية الجنائية لرئيس الدولة على ضوء جدلية القانون العام والقانون الدولي الجنائي، دار هومة، عين مليلة، بدون طبعة، الجزائر، ٢٠٠٥، ص ١٧٧، ١٧٨ .

٦٨. مخلد الطروانة لندة معمر يشوي، مدى انطباق نصوص النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية على انتهاك قوات الاحتلال في العراق، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات المجلد ٢٢ العدد ٢ جامعة مؤتة الأردن ٢٠٠٧، ص ٩٨ .

٦٩. نفس المرجع، ص ٩٨-٩٩.

70. Voir, Isabelle Lasserre, la justice internationale et l'après 11 Septembre, revue trimestrielle, édité par politique internationale, n° 97, autonome, Berger-Levrault AIS, printed in France, 2002, P 179.

٧١. د. طارق سرور، مرجع سابق، ص ١١١ .

٧٢. راجع تفصيلاً : عمر محمد خير الحاج، الحاجب العادل، العولمة وأثارها في تطور الجريمة، مجلة الأمن والقانون، السنة العاشرة، العدد الأول، شوال يناير، مكتبة شرطة دبي، الإمارات العربية المتحدة، ٢٠٠٢، ص ١٩، وما بعدها .

و أنظر أيضاً :

Pierre Pascallon, Mondialisation et terrorisme, revue politique et parlementaire, l'Europe dans la crise quelle union ? , revue bimestrielle, 105e année, n° 1022, Janvier-février , chirat , Paris, P 36 et suite.

73. Paul Tavernier, opcit., p 274.

مدرسة الدكتوراه للعلوم القانونية والسياسية، الجزائر، ٢٠١١، ص ٦١ .

٥٢. المادة ١١٨ من الدستور ١٨٥٣ الذي نص على هذا الاختصاص بالنسبة للجرائم التي تقع ضد قانون الشعوب، وتشمل تلك الجرائم الإرهاب وإبادة الجنس .

٥٣. المادة ١٦-٦ من القانون الجنائي لـ ٢٠٠١ .

٥٤. المادة ٤ من القانون الفيديري رقم ٢٥-١٩٩٦ .

55. Paul Tavernier, op.cit., p 243.

56. Ibid, P 244.

57. Ibid, p 245.

58. Adriano Mendy, op.cit., P 116.

59. Damien Vendermeersch, op.cit., p 605

٦٠. إن المفهوم الموسع لتواجد المتهم على إقليم الدولة، يتمثل تواجده ولو كان بصفة عابرة ولا عبيرة بعد ذلك بوسيلة دخول المتهم فيستوي أن يكون دخوله متوافقاً مع القانون الداخلي أو تم بطريقة غير مشروعة، كما أنه لا أهمية أن يكون استمرار وجود المتهم مخالفاً للقانون الداخلي بعد أن كان موجوداً بصفة قانونية، كما أن هروبه لا يؤثر في استمرار المحاكمة، راجع د. طارق سرور، مرجع سابق ص ٢٧٤ - ٢٧٥ .

٦١. أنظر نص المادة ٥١ من قانون الإجراءات الجزائرية الجزائي والمادة ٧٠٦-٦/٨٨ من قانون الإجراءات الجزائرية الفرنسي، والمادة ٥٠٩ من قانون الإجراءات الإسباني المعدل سنة ٢٠٠٣ .

62. Martin Jean Christophe, op.cit.,P 144

63. Paul Tavernier,op.cit., p 246

64. Damien Vendermeersch, op.cit., p 601

٦٥. إلا أن المحكمة أرسدت سلامة الاختصاص الجنائي العالمي إذ أنه من الناحية المنطقية لا يمكن إثارة موضوع الحصانة الدبلوماسية، دون التسليم باختصاص المحاكم البلجيكية راجع، د طارق سرور، مرجع سابق ص ٧٤ وما بعدها .

٧٤. لمزيد من التفصيل حول الإرهاب الإلكتروني في التشريعات الوطنية، يراجع، د. شمس الدين عفاف، الأبعاد القانونية لاستخدامات تكنولوجيا المعلومات في التشريع السوري والتشريعات المقارنة، بدون دار النشر، الجمهورية السورية، ط١، ٢٠٠٣، ص ٢٣١، ٢٤٣ وما بعدها .

75. Ibid, p 275.

76. Didier Boccon-Gibod, la responsabilité pénale des personnes Morales, présentation Théorique & pratique, collection juridique, édition Alexandre Lacassagne, Paris 1994, p 9.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: العربية

١. أحمد حسين سويدان، الإرهاب الدولي في ظل المتغيرات الدولية، من شرا الحلبي الحقوقية بيروت لبنان ٢٠٠٥.

٢. أحمد صبحي العطار، سلطة الدولة في محاكمة رعاياها عن الجرائم المرتكبة خارج الدولة، قضية لوكرابي ومستقبل النظام العالمي، ٣. حسينة بلخيري، المسؤولية الجنائية لرئيس الدولة على ضوء جدلية القانون العام والقانون الدولي الجنائي، دار هومة، عين مليلة، بدون طبعة، الجزائر، ٢٠٠٥،

٤. راببة نادية، مبدأ الاختصاص العالمي في تشريعات الدول، مذكرة لنيل شهادة الماجستير فرع القانون الدولي، جامعة مولود معمري تيزي وزو كلية الحقوق مدرسة الدكتوراه للعلوم القانونية والسياسية، الجزائر.

٥. سمعان بطرس فرج الله، جدلية القوة والقانون في العلاقات الإنسانية مكتبة الشروق

الدولية، ط١ القاهرة، ٢٠٠٨ .

٦. صلاح الدين جمال الدين، إرهاب ركاب الطائرات، دار الفكر الجامعي، بدون طبعة، الإسكندرية، مصر، ٢٠٠٦.

٧. طارق سرور، الاختصاص الجنائي العالمي، دار النهضة العربية، ط١، القاهرة، مصر، ٢٠٠٦.

٨. عبدالله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، ط السادسة، بنعكنون الجزائر ٢٠٠٥ .

٩. عمر محمد خير الحاج، الحاجب العادل، العولمة وأثارها في تطور الجريمة، الأمن والقانون، السنة العاشرة، العدد الأول، شوال يناير، مكتبة شرطة دبي، الإمارات العربية المتحدة، ٢٠٠٢.

١٠. مخلد الطروانة، لندة معمر يشوي، مدى انطباق نصوص النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية على انتهاك قوات الاحتلال في العراق،

١١. مجلة مؤتة للبحوث والدراسات المجلد ٢٢ العدد ٢ جامعة مؤتة الأردن ٢٠٠٧.

١٢. منتصر سعيد حمودة، الإرهاب الدولي، جوانبه القانونية ووسائل مكافئته في القانون الدولي العام والفقهاء الإسلامي، الدار الجامعية الجديدة الإسكندرية، مصر، ٢٠٠٦.

١٣. شمس الدين عفاف، الأبعاد القانونية لاستخدامات تكنولوجيا المعلومات في التشريع السوري والتشريعات المقارنة، بدون دار النشر، الجمهورية السورية، ط١، ٢٠٠٣.

ales et crimes internationaux, sous la direction de Antonio cassese et Mireille Delmas-Marty, presses universitaire de France, n° 49-298, juin, 2002. .

6.Manuel pour la coopération internationale en matière pénale contre le terrorisme, unodc, nations unis, new York annexe XVI, 2009

7.Martin Jean Christophe, les règles internationales relatives à la lutte contre le terrorisme, travaux du ceric, Bruylant, Paris, 2006.

8.Paul Tavermier, compétence universelle et terrorisme, les nouvelles menaces contre la paix et la sécurité internationales, journée franco-allemande, les nouvelles menaces contre la paix et la sécurité internationales, SFDI, éditions A.pedone, Paris, 2004.

9.Pierre D'Argent, examen du projet de convention générale sur le terrorisme international, le droit international Face au terrorisme, Après le 11septembre, Préface de S.E. Gilbert Guillaume Sous la direction, Karine Bannelier, Théodore Christakis, Olivier Corten, Cahiers internationaux N°17, CEDIN-Paris I, 2002

1. Adriano Mendy , La lutte contre le terrorisme en droit internationale, thèse de doctorat faculté de droit et de science politique, discipline droit international et relations internationales université de remise champagne ardenne, 2008.

2.Bert Swart, La place des critères traditionnels de compétence dans la poursuite des crimes internationaux, juridictions nationales et crimes internationaux, sous la direction de Antonio Cassese et Mireille Delmas-Marty, presses universitaire de France, n° 49-298, juin, 2002.

3.Damien Vendermeersch, la compétence universelle, juridiction nationales et crimes internationaux, sous la direction de Antonio Cassese et Mireille Delmas-Marty, presses universitaire de France, n° 49-298, juin, 2002.

4.Didier Boccon-Gibod, la responsabilité pénale des personnes Morales, présentation Théorique & pratique, collection juridique, édition Alexandre Lacassagne, Paris 1994.

5.interne, juridictions nation-

٥. اتفاقية منظمة الدول الأمريكية
٦. الاتفاقية الحديثة لقمع تمويل الإرهاب لعام ١٩٩٩
٧. اتفاقية جريمة الإبادة لعام ١٩٤٨
٨. اتفاقيات جنيف ١٩٤٩
٩. قانون الإجراءات الجزائية الجزائري
١٠. قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي
١١. قانون الإجراءات الإسباني المعدل سنة ٢٠٠٣ .

10. Pierre Pascallon, Mondialisation et terrorisme, revue politique et parlementaire, l'Europe dans la crise quelle union ? , revue bimensuelle, 105e année, n° 1022, Janvier-février , chirat , Paris.

11. Sandra Szurek, la lutte internationale contre le terrorisme sous l'empire du chapitre VII : un laboratoire normatif, RGDIP, tome CIX, 2005 , .

12. Voir, Ghislaine Doucet, la responsabilité pénale des dirigeants en exercice, Actualité et droit international, revue d'analyse juridique de l'actualité internationale, Janvier 2001.

13. Voir, Isabelle Lasserre, la justice internationale et l'après 11 Septembre, revue trimestrielle, éditée par politique internationale, n° 97, autonome, Berger-Levrault AIS, printed in France, 2002.

ثالثا: الاتفاقيات والقوانين

١. اتفاقية لاهاي ١٩٧٠
٢. اتفاقية مونتريال ١٩٧١
٣. اتفاقية بكين ٢٠١٠ .
٤. اتفاقية منظمة الوحدة الإفريقية

Determining national jurisdiction in prosecuting crimes of international terrorism in the light of international law

Dr.Kureebez Murad*

Abstract

The idea of distributing jurisdiction in the field of prosecuting the perpetrators of international terrorism is difficult to find an outlet to ensure the consequences that may result from it, and international conventions on terrorism have paid great attention to this aspect by emphasizing them On the traditional principles of jurisdiction and despite the contributions made by these conventions to those principles However, this has not been enough to reduce the crime of international terrorism, forcing States to adopt a global approach to criminalization and punishment to ensure the optimal application of criminal justice.

Keywords:International terrorism Jurisdiction International conventions National legislation

(*)Ammar Thleigh University / College of Law and Political Science/ Algeria



الإنجاب الإصطناعي وتنازع القوانين بشأنه (دراسة تحليلية مقارنة)

د. موفق خالد إبراهيم*

بين شرعي الدول في التعامل مع هذه القضية المستجدة.

وقد توصلنا عن طريق بحثنا الى جملة من الإستنتاجات والمقترحات، من أهمها أن شرعي بعض الدول ومن ضمنهم العراقي لم ينظم عمليات الإنجاب الإصطناعي لذلك هناك غياب تشريعي، ويرجع ذلك الى حساسية هذه المسألة من الناحية الدينية والأخلاقية، لذلك أوصينا المشرع بضرورة تنظيم هذا المجال لوجودها في الواقع على أن يتم ضمان استخدامها فقط لمعالجة الأزواج الذين يعانون من العقم، وذلك من خلال منع الحمل والتبرع إذا كانا بمقابل، وأن يكون المولود مرتبط بأحد الأبوين من الناحية الجينية على الأقل.

المقدمة

إن مشكلة العقم والبحث عن مولود كانت ولا تزال مشكلة يعاني منها الكثير من الأزواج⁽¹⁾، وتشير الدراسات بأن هذه الظاهرة تزداد يوماً بعد يوم، وهذا ما دفع علماء الطب إلى البحث عن حل لهذه المشكلة من خلال عدة إختراعات على مر السنين وصلوا إلى نتائج مرضية من الناحية الطبية، وذلك عن طريق تخصيب البويضة خارج رحم المرأة ثم إعادتها إلى رحم الأم أو إلى رحم الأم البديلة.

ولا شك بأن هذا الإبتكار المتعلق بحياة

الملخص

إن العقم أو عدم القدرة على الإنجاب من المشاكل التي كانت ومازال تعاني منها المجتمع الإنساني، إلا أن التكنولوجيا قد تدخلت في حل الجانب الأكبر من المشكلة من جهة ما يعرف اليوم بالإنجاب الإصطناعي، إذ من جهة إما يتم التبرع بالمنى أو بالبويضة أو يتم زرع الأجنة في رحم امرأة بدلاً من رحم الزوجة، أو قد تكون العملية أكثر تعقيداً عندما لا يرتبط الجنين بأي من الأبوين ويتم زرعه في رحم امرأة أجنبية. وهذا ما أدت الى نشوء مشاكل وحالات لا بد من تدخل شرعي الدول لوضع الحلول لهذا النوع من الإنجاب، خاصة مايتعلق بمسألة تحديد نسب المولود، وكذلك فيما يتعلق بتحديد علاقة الجنين بالمرأة التي تحمل لحساب الغير وأولادها الآخرين، من جهة جواز أو عدم جواز التزاوج بينهم.

كما إن ظهور مايسمى بالحمل لحساب الغير الدولي (International surrogacy)، وهو أن تكون المرأة من رعايا دولة معينة تختلف عن دولة الزوجين، أو أن يتم العقد وينفذ في بلد ثالث، حيث تظهر في هذه الحالة مشكلة تنازع القوانين أو تحديد القانون المختص في النزاع، والصعوبة تكمن في الإختلاف الواضح

(*) جامعة رابرين/القانون الخاص

الأساس سوف نركز على الحالات التي ينوي فيها الزوجين اللذين لم يتمكنوا من الحصول على الطفل لأسباب صحية الحصول على مولود، ونستبعد ما هو مخالف للنظام والآداب العامين في مجتمعنا ومنها مثلاً زرع اللقيحة في جسم الرجل.

وأهمية هذه الدراسة تكمن في كونها تتناول الأبعاد القانونية لمثل هذه العقود، إذ إن التشريعات العراقية لم تنطرق إلى هذه المسألة مع أهميتها وخطورتها، وما زالت تلتزم الصمت إزاءها مع أنها بدأت تتخطى حدود الدول عموماً وبعض دول الجوار خصوصاً. وقد كانت بعض التشريعات التي تقف موقفاً مضاداً لهذه العملية أصبحت اليوم تقرر أو على الأقل تتجه بإتجاه تنظيم بعض جوانبها بما يتلائم مع البيئة الداخلية للدولة وحاجة مواطنيها.

والمنهج الذي تبعنا في الدراسة هو منهج التحليل والمقارنة بين القانون الإيراني بوصفه من الدول الإسلامية والأنكليزي والإشارة إلى قانون ولاية كوينزلاند الأسترالي من جهة باعتبار الأستراليين من أكثر الشعوب إقبالاً على إستئجار الأرحام سواء في الداخل أو في الدول الأخرى وقوانين ولاياتها تتردد بين المنع والإجازة، وبين القانون العراقي الذي لم يتطرق إلى تنظيم هذا النشاط أساساً من جهة أخرى^(٢).

ومن أجل تقديم رؤية علمية شاملة حول الموضوع قمنا بتقسيم البحث إلى ثلاثة مباحث: تناولنا في المبحث الأول ماهية عمليات الإنجاب الإصطناعي، وذلك من خلال مطلبين: يتعلق المطلب الأول بتقديم نبذة عن التطور التاريخي لهذه العمليات، وأما المطلب الثاني: فخصصناه

للإنسان قد أحدث ثورة في مجال الإنجاب وحل مشكلة العقم، إلا أن هذا الابتكار حاله حال أي ابتكار آخر، يعد سلاحاً ذو حدين، إذ يمكن أن يساعد في حل مشاكل العائلات التي تعاني من مشكلة العقم، ولكن من جهة أخرى يمكن أن يستغل لأغراض تجارية غير مشروعة وأن يصبح الإنسان سلعة تباع وتشتري في الأسواق، وعلى أساس ذلك لا بد من وجود قانون ينظم كل جوانب هذا النشاط ويصرح صراحة على ما هو ممنوع وما هو مصرح به.

وذلك لأن القول بمنع كل أوجه هذا النشاط ربما فيه شيء من عدم الدقة والإبتعاد عن الواقع العملي الذي يعيشه مجتمعنا، إذ نسمع ونرى بأن هناك الكثير من المراكز الطبية ترتب وتسهل سفر العراقيين إلى دول الجوار لإجراء العملية، وما يسمى بإستئجار الأرحام الدولي (international surrogate or Cross-border surrogacy agreements) أصبح مشكلة دولية، فمادام الحال هكذا لماذا لم يتدخل المشرع ولحد الآن بتنظيم النشاط، على الرغم من وجود أبحاث ودراسات بعضها تنادي بالتصريح وبعضها تنادي بالمنع والبعض الآخر تقف وسطاً بين الإتجاهين.

ونحن في هذا البحث لا نقول بأننا نبحت في موضوع غير مطروق إذ أشرنا في بحثنا على بعض الدراسات التي أجريت بصدد الموضوع، إلا أننا نرى أن البحث في هذا المجال يجب أن يتطور وينمو بالمستوى الذي تصل إليه تشريعات الدول والإختراعات الطبية.

وإن للإنجاب الإصطناعي والعمليات التي تتبعها ومنها الحمل لحساب الغير صور متعددة، نحاول التطرق إلى أهمها، ولكن بالدرجة

(Schering-Kahlbaum and Parke-) Davis) في الولايات المتحدة سنة (١٩٣٠)، وفي سنة ١٩٤٤ قام (John Rock) في جامعة (Harvard) بتخصيب البويضة خارج الرحم، ثم في سنة (١٩٥٣) نجح العلماء في حفظ المنى بالتبريد، ثم توالت الاكتشافات ومساعي العلماء حتى ولد أول طفل (Louise Brown) نتيجة التلقيح الإصطناعي خارج الرحم في سنة (١٩٧٨).

يرى البعض^(٤) أن أول تشريع أجاز الإستعانة بأم بديلة كانت شريعة حمورابي (في القرن ١٨ قبل الميلاد) إذ فصل في حقوق الأم البديلة وكذلك حقوق الأبوين اللذين ينويان الحصول على الطفل، وأول عقد تم كتابته في التاريخ بشأن الولادة عن طريق التكنولوجيا الحديثة هو العقد الذي كتبه المحامي (Noel Keane) في أمريكا سنة (١٩٧٦)، وبعد عام من ذلك التاريخ نشب نزاع بين الأم البديلة والأبوين المستقبليين للطفل، إذ أبدت المحكمة قلقها وعدم إرتياحها تجاه القضية نظراً لإعتبارات دينية وفلسفية وأخلاقية وقانونية، ولكن ظل المحامي يدافع عن عمله بشدة وكان يصف عمله بعمل انساني^(٥). ثم بعد ذلك لجأت الولايات والدول إلى إصدار تشريعات تنظم التقنيات الحديثة للولادة، وذلك بعدما ازدادت المنازعات بين الأمهات البديلات والأشخاص الآخرين الداخليين في عملية الإنجاب، إذ كانت في بعض الأحيان تمتع الأم البديلة تسليم المولود^(٦)، وفي حالات أخرى كانت تمتع الأبوان من تسلم المولود لاسيما إذا ولد معاقاً.

وقد انتشرت هذه العمليات في أوروبا

للتبرع بالبويضة أو بالمنى، أما المطلب الثالث والأخير فخصصناه للحمل لحساب الغير. وتناولنا في المبحث الثاني الطبيعة القانونية لعمليات الإنجاب الإصطناعي، أما المبحث الثالث والأخير فخصصناه لتنازع القوانين بشأن المسائل التي تثيرها الإنجاب الإصطناعي. ونختتم بحثنا بمجموعة من الإستنتاجات والتوصيات.

المبحث الأول

ماهية عمليات الإنجاب الإصطناعي

لمعرفة ماهية هذه العمليات، و تاريخ إكتشافها نقوم بتقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب:

المطلب الأول

التطور التاريخي لعمليات الإنجاب الإصطناعي

إن غريزة الأمومة والأبوة أمر فطري متجذر في الإنسان، فمع أنه يستطيع الحياة بدون أولاد أو نسل، إلا أن حياته ستبقى قلقة مفتقرة إلى ما يسد به هذا النقص، لاسيما إذا أدرك أن هذا النقص والعجز يعود إلى خلل عضوي كالعقم ولاشك أنه يسلك طرقاً شتى و سبلاً مختلفة للبحث عن الشفاء أياً كان مصدره ومنها طريقة الإنجاب الإصطناعي^(٧).

هناك سلسلة من الإكتشافات الطبية التي غيرت المعنى التقليدي للحمل والولادة والنسب، وأول حلقة من هذه الإكتشافات هي إنتاج هورمون (الإستروجين) من قبل شركتي

وأميركا بوصفها حالات فردية، ثم بمرور الزمن أصبحت منظمة في شكل شركات وكالات خاصة بتأجير الأرحام، ففي فرانكفورت بألمانيا أنشأت أول وكالة خاصة بتأجير الأرحام في العالم، ثم أنشأت وكالة مشابهة لها في (ميتشيغان) بالولايات المتحدة الأميركية، وقد تلقت خلال اليوم الأول لها (١٢) طلباً من الراغبات في تأجير أرحامهن، ثم أنشأت في لوس أنجلوس بالولايات المتحدة الأميركية جمعية عنوانها: (جمعية الأمهات البديلات) و يتوافد عليها عدد كبير من الأزواج القادرين على دفع آلاف الدولارات للنساء الراغبات في حمل أجنة لهم في أرحامهن بعد تكوين اللقيحات و تنميتها لفترة في المعمل بطريقة الإخصاب الإصطناعي.

ثم إن هذه الظاهرة بدأت بالتسرب إلى بعض البلدان العربية والإسلامية، كإيران ومصر ولبنان وغيرها.

وتعد الجمهورية الإسلامية الإيرانية رائدة مقارنة بالدول العالم الإسلامي في إصدار قانون ينظم الإنجاب الإصطناعي، حيث أصدر في سنة (٢٠٠٣) قانوناً للتبرع بالبيضة أو بالمني^(٧).

المطلب الثاني

التبرع بالمني أو بالبيضة (أي الزوجة هي من تحمل)

بعد أن وفقت التجارب العلمية في التخصيب خارج الرحم وكذلك وفقت في عمليات حفظ الحيامن والبويضات، ظهرت ما تسمى بالبنيوك المتخصصة لحفظ هذه الأنسجة البشرية، وبدأ الناس يتبرعون لهذه المراكز، وهي من جانبها إما تستعملها لأغراض إجراء التجارب العلمية، وإما تستعملها لمصلحة الأزواج اللذين يعانون من مرض العقم.

وقد بدأ الأمر بحفظ الأجنة عن طريق تجميدها لفترات قد تطول لسنوات ومن ثم إعادتها إلى رحم الزوجة حال الطلب، وبعد ذلك تطور الأمر حتى أن وصل بالإمكان حفظ الحيامن والبويضات وبعد ذلك تخصيبها عند الحاجة.

وقد برزت اعتراضات على مثل هذه العمليات، من جهة يتعلق بالأجنة البشرية المجمدة يرى البعض بأنها تعدي على الحياة وهو يقابل القتل، إلا أن البعض الآخر يرى عكس ذلك، ولاسيما إذا استعملت حفظ الأجنة لزوجة تستحيل عليها الحمل والولادة في الحال، إذ المسألة تنحصر في تأجيل بداية النشاط الطبيعي للبيضة المخصبة^(٨).

كما وهناك جدل حول مصير الأجنة الفائضة والتي تمت حفظها، حيث مصيرها إما الإتلاف أو إستخدامها لأغراض التجارب العلمية، إذ أن هناك من يعد الأجنة المجمدة نفساً بشرية، ومن ثم فإن أتلافها يعد قتلأ، وهناك من يتعمق أكثر في المسألة وبيحث عن اللحظة التي تبدأ فيها الحياة، إذ هناك من يرى بأنه منذ تخصيب البيضة تبدأ الحياة وهناك من يقول بأنه تبدأ من لحظة بدء القلب بالنبض، والآخر يقول عندما يبدأ الطفل بالحركة، إلا أنه هناك

من يربط بين مسألة الحياة البشرية بالموت^(١) بشكل معكوس، وفي هذا ظهرت على المستوى العلمي ثلاث اتجاهات:

١- تبدأ الوفاة منذ توقف الجهاز التنفسي.

٢- تبدأ الوفاة منذ توقف القلب.

٣- تبدأ الوفاة منذ توقف الدماغ.

لا يوجد في التشريعات العراقية نص يمكن إعماله لحل هذه المسألة، ولكن في بريطانيا هناك قانون ينظم كل أنواع النشاط الذي يجري على البيضات أو الحيامن التي يُتبرع بها لمراكز حفظها، كما وهناك في إيران قانون مكون فقط من خمس مواد تنظم كيفية التبرع بالمنى أو بالبيضة.

ومن طبيعة عمل بنوك الحفظ أو بالأحرى من إلتزاماتها الرئيسية أن تحتفظ بالتفاصيل المتعلقة بهوية المتبرع على أن تكون هويته مجهولة لدى الزوجين، ولكن في بعض الحالات قد يقوم شخص قريب للزوجين بالتبرع لهما شخصياً، وعند ذلك فإن الأب أو الأم البيولوجية تكون معروفة لدى الزوجين الذي تم التبرع لمصلحتهما.

ومن كل ما تقدم يمكن تعريف التبرع بالمنى أو البيضة، على أنه (التنازل عن المنى أو البيضة لجهاً طبية مرخصة وبدون مقابل على أن يتم إستخدامها لأغراض طبية مشروعة)، وعن طريق التعديلات التشريعية التي أدخلت على قوانين زرع الأعضاء البشرية يبدو أنه ووفقاً للقانون العراقي، فإن هذا النوع من التبرع يكون غير قانوني إلا إذا كان الهدف من العملية إجراء التجارب أو لمعالجة من

يعاني من مرض خطير^(١٠)، على أن لا تؤدي العملية في أية حالة إلى إختلاط الأنساب، عليه إذا كان الهدف هو إعطاء السبيرم أو البيضة لزوجين يعانين من مشاكل عدم الإنجاب عندها تصبح العملية غير مصرح بها، لأنها حتماً ستؤدي الى إختلاط الأنساب. كما وأكدنا في تعريفنا على وجوب كون التصرف تبرعاً، وذلك لأن المشرع العراقي يمنع الإتجار بالأعضاء والأنسجة البشرية^(١١).

وقد عدّ المشرع الشخص الذي يتنازل عن عضو من أعضائه أو نسيج من أنسجة جسمه بالمتبرع^(١٢)، وليس بالواهب وقد عرف التبرع بالأعضاء على أنه « عملية نقل أو زرع عضو بشري أو نسيج من شخص متبرع حي بموافقته أو ميت وفقاً للموازين الشرعية»^(١٣)، ويمكن إنتقاد هذا التعريف من جهة كونه يعرف عملية النقل لا التبرع ذاته، ويمكن أن نستنتج التعريف الصحيح وفقاً للقانون العراقي بدلالة الفقرة الثانية من نفس المادة ونفس القانون، إذ يعرف المتبرع على أنه « الشخص الحي الذي يتنازل عن عضو من أعضائه لشخص آخر دون مقابل»، عليه كان الأصح بالمشرع القول أن التبرع (عبارة عن التنازل عن عضو من أعضاء الجسم أو نسيج منه لشخص آخر دون مقابل)، والملاحظة الثانية على الفقرة الأخيرة هو إنها لم ترد فيها عبارة النسيج على الرغم من أن الفقرة الأولى لم يفرق بين الأنسجة وأعضاء الجسم من حيث جواز التنازل عنها، لذلك نوصي المشرع بتدارك هذا النقص.

وبما أن التبرع من الأعمال الضارة بالمتبرع بطبيعتها، عليه لا بد من أن يكون المتبرع كامل الأهلية، بأن يكون قد أتم الثامنة

عشرة من العمر وأن لا يعاني من الأمراض التي تنقص أو تعدم الأهلية وأن تكون إرادته حرة مختارة، وهذا ما أكدته المشرع العراقي في قانون عمليات زرع الاعضاء البشرية ومنع الاتجار بها^(١٤).

وقد نظّم المشرع الإيراني التبرع بالبيضة وبالمني للمراكز الطبية، وعده عملاً مشروعاً، شرط أن يتم التثبيت أو التأكد من سلامة المتبرعين من الأمراض المستعصية، وأن لا يكونا من متاعطي المخدرات وأن يكون المتبرع ذو صحة نفسية وعقلية وبدنية جيدة^(١٥)، ومما يلاحظ على القوانين والتعليمات المتعلقة بالموضوع، هو أنها ألزمت مصارف حفظ الأجنة بمراعات الهوية الدينية للجنين، أي أن لا يتم نقل جنين من أبوين مسلمين إلى غير مسلمين، يظهر أن المشرع أراد أن يحافظ على الهوية الدينية وعلى أن يطمئن المتبرعين بأن أنسجتهم المأخوذة منهم لا تستخدم لغير الديانة التي تعتقدون بها، وقد شدد القانون أكثر من ذلك حينما ألزمت المراكز الطبية بمراعاة ليس الدين فحسب بل مراعاة المذهب أيضاً^(١٦)، ونعتقد أن المشرع الإيراني قد بالغ في هذا الأمر، إذ نعلم أن ليس للجنين دين ولا مذهب، حيث الإنسان في هذا الدور لم يكتمل بنيانه الجسماني والعقلي فكيف نفرض عليه مذهباً أو حتى ديناً معيناً.

وهذا ما لم يفعله المشرع البريطاني، حيث إكتفى بضرورة استعمال البيضة والمني المأخوذ والمحفوظ وفق (قانون الخصوبة وعلم الأجنة البشرية لسنة ٢٠٠٨) بمنع استعمال الخلايا غير البشرية (أي المأخوذة من الحيوانات) ومنع إحداث أي تغيير في كروموسومات الأجنة^(١٧)،

كما واعطى القانون البريطاني الحق للمولود الناتج عن التبرع بالمني أو البيضة الحصول على المعلومات حول هوية المتبرع عند بلوغه سن البلوغ^(١٨)، كما نص على عدم اعتبار المرأة المتبرعة بالبيضة أمّاً لمجرد تبرعها، مادام هي لم تحمل ولم تلد الطفل^(١٩).

الفرع الثاني

الحمل لحساب الغير^(٢٠)

إن المرأة التي توافق على حمل الجنين حتى الولادة قد تقدم على هذا تبرعاً أي دون أن تأخذ مقابلاً لعملها، أو قد تكون عملها في مقابل مبلغ مادي تحصل عليها من الأبوين المرتقبين، وكذلك قد تكون المرأة الحاملة هي صاحبة البيضة أو أن دورها قد اقتصرت على الحمل دون أن ترتبط بالطفل جينياً، لذلك هناك أربع أنواع من الحمل لحساب الغير وكالاتي:

١- الحمل بمقابل (أو مايسمى بتأجير الرحم commercial surrogacy).

٢- الحمل تبرعاً (altruistic surrogacy)

٣- الحمل لحساب الغير التقليدي (Traditional surrogacy)، تعد من أقدم الطرق المستعملة للحمل لحساب الغير حيث كانت حتى سنة ١٩٧٨ الطريقة الوحيدة لمعالجة مشاكل العقم، وبموجبها يتم تلقيح بويضة المرأة بمنى الرجل الذي ينوي أن يرزق بولد، والبويضة لا تكون لزوجة الرجل، حيث يتم وضع المنى داخل الجهاز التناسلي للمرأة التي وافقت على الحمل لحساب الغير، وفي هذه الطريقة هناك إمرتان لهما حقوق الأمومة، وهما الأم الجينية التي حملت والأم

السابقتين، وتستعمل هذه الطريقة، إما لمعالجة حالة زوجين يعانين من العقم، أو تستخدم في الدول التي تسمح قوانينها بأن يكون من يتم الحمل لصالحه شخصاً منفرداً أي دون أن يكون هناك زوج وزوجة^(٢٣).

ولكي يتم توضيح الصورة أكثر نقوم من خلال ثلاث فقرات بدراسة الموضوع من حيث تعريفه وتحديد الأشخاص الذين لديهم الحق في التعاقد، وفي الفقرة الثالثة نقوم بدراسة مدى قانونية هذا التصرف وتحديد طبيعته القانونية من حيث كونه عقداً أم لا.

أولاً/ تعريف الحمل لحساب الغير: على الرغم من الاختلاف في الطبيعة في الحالات السابقة، إلا أنه هناك من يعرفه على أنه «عملية بموجبها تقوم امرأة بديلة بحمل الجنين وإنجاب طفل على أن تتخلى عن حقوقها كوالدة لزوجين آخرين»^(٢٤)، ويلاحظ على هذا التعريف أنه لم يبين أطراف العقد وكذلك لم يبين هل أن الأم البديلة ترتبط بالمولود جينياً أم لا. ويعرفه آخر على أنه (عملية تتم بموجبها إيداع بويضة امرأة مخصبة بنطفة رجل قد يكونان في الغالب زوجين في رحم امرأة أخرى قد تكون زوجة ثانية أو أجنبية بعبء أو بدونه)^(٢٥)، يؤخذ على هذا التعريف على الرغم من عموميته من أنه لا يشمل الحمل لحساب الغير التقليدي.

وعرف القانون الإنكليزي (الأم) البديلة وعن طريقها يمكن أن نستنتج المقصود بالحمل لحساب الغير، إذ عرف الأم البديلة على أنها «المرأة التي تحمل طفلاً تنفيذاً لإتفاق سابق على أن يتم ممارسة الأمومة والأبوة من قبل شخص أو شخصين آخرين»^(٢٦).

المستقبلية التي تم الحمل لصالحها والتي لا ترتبط بالمولود جينياً لذلك تسمى بالأم القانونية^(٢٧) ويعرف من قبل البعض على أنه (يشير إلى عقد ترضى بموجبه امرأة على حمل جنين مخصب إصطناعياً لمدة معينة، والتخلي عن حقوقها كوالدة، سواء قد تمّ استخدام المني والبيضة لمن تمّ الحمل لصالحهما أم لشخص متبرع)^(٢٨).

٤- الحمل لحساب الغير الحديث أو ما يسمى في الإنكليزية بـ (Gestational Surrogacy)، ووفقاً لهذه الطريقة يتم تلقيح البويضة في إنبوب خارج الرحم ثم تعاد الجنين إلى رحم المرأة التي وافقت على الحمل لحساب الغير وتسمى عملية التلقيح بـ (in vitro fertilization - IVF)، ولهذه الطريقة ثلاث صور، الأولى هي أن يكون كل من البيضة والمني من الزوجين، ويتم الإلتجاء إلى هذه الطريقة عندما تكون لدى الزوجة بيضات صالحة وسليمة إلا أنها غير قادرة على الحمل، لذلك تستخدم امرأة أخرى للحمل، عليه فإن المرأة الحاملة لا ترتبط بالطفل جينياً.

لكن في الصورة الثانية فإن الزوجة ليست لديها البيضة حتى يتم تلقيحها، لذلك تستخدم بيضة لإمرأة متبرعة، أو قد يكون مني الزوج غير صالح لتلقيح البيضة عندها يستخدم مني لشخص متبرع، وفي هذه الصورة لا يرتبط المولود جينياً بأحد الزوجين.

أما في الصورة الثالثة يتم استخدام المني والبيضة لشخصين متبرعين، والمولود لا يتصل بالزوجين من الناحية الجينية، وتندرج الصور الثلاث السابقة من جهة الشيوخ إذ إن الصورة الأخيرة أقل شيوعاً من الصورتين

كما وعرفه قانون ولاية كوينزلاند في أستراليا على أنه (عبارة عن عقد بين امرأة و شخص أو أشخاص آخرين على الحمل لحسابهم مع العلم بأنها (الحاملة) سوف تعامل معاملة الحاضنة ويشترط موافقة زوج الحاملة (إن كانت متزوجة))^(٣٧) .

وعلى الرغم من صعوبة وضع تعريف شامل يحتوي كل أنواع الحمل لحساب الغير، إلا إن عرفناه نقول إنه (عبارة عن عقد بين المرأة و زوجين ينويان الحصول على مولود، يتم بموجبها الحمل والولادة لحساب الزوجين، والمرأة التي تحمل لحساب الغير قد ترتبط بالطفل جينياً أو قد لا ترتبط به، وكذلك الزوجين، ويتم ذلك إما تبرعاً أو معاوضة)، في تعريفنا^(٣٨) حاولنا ان نوضح المسائل الآتية:

١- إظهار الصفة العقدية للعملية.

٢- أن يكون تعريفنا شاملاً للحمل لحساب

الغير التقليدي والمعاصر.

٣- أن يشمل تعريفنا أيضاً فيما إذا كان العقد قد تم تبرعاً أم معاوضة.

٤- في بعض الحالات لا يكون سبب الإلتجاء إلى الحمل لحساب الغير مرض عدم الإنجاب، إذ قد يكون السبب إلى إنشغال الزوجة بأمر تمنعها عن الحمل، أو تفضل المحافظة على مظهرها من آثار الحمل.

ثانياً/ أطراف عقد الحمل لحساب الغير:

إن أطراف الحمل لحساب الغير تتغير من قانون إلى قانون آخر، حيث هناك قوانين تمنع الحمل لحساب زوجين من نفس الجنس الحصول على الطفل من جهة الحمل لحساب الغير، ولكن هناك من الدول التي تعترف

بالزواج المثلي^(٣٩) ومن ثم البعض منها تجيز لهم الدخول في هذا النوع من العقود^(٤٠) .

فيما يتعلق بالقانون العراقي وبما أن هذا النشاط لم ينظم بقانون، عليه لا يمكن تحديد أطراف التعاقد بدقة، ولكن وفق القواعد العامة يمكن القول بأن الطرف الأول يتكون من الزوجين اللذين ينويان الحصول على المولود، إذ بما أن هذا العقد يؤدي إلى ولادة طفل ينسب إلى الزوجين، وهذا يولد إلتزامات قانونية فيما يتعلق بالإفناق عليه و الإرث وغيرها من الإلتزامات، لذلك يجب أن يكون الطلب من قبل الزوجين، في حال إذا أجاز التصرف. والطرف الآخر في التعاقد يتمثل بالمرأة التي تحمل لحساب الزوجين وزوجها، وذلك لأن الحمل قد يمنع الزوجة من القيام بواجباتها، وهذا يؤدي إلى نزاعات إن لم يكن هناك موافقة مسبقة من قبل الزوج.

وقد نص القانون الأنكليزي على عدم تنفيذ أي عقد قد تم قبل ولادة الطفل، حيث إن الأم التي تحمل الطفل تعد الأم قانوناً وكذلك زوجها يعد أباً من الناحية القانونية، ولمن يريد أن يحول إليه حق الأبوة والأمومة أن يذهب للمحكمة على الأكثر بعد ستة أسابيع من ولادة الطفل وأن يطلب أمراً من المحكمة ليتمكن من أن يطالب بتحويل حقوق ومسؤوليات الأبوة والأمومة إليه ويسمى الأمر بـ (parental order)، وعلى الرغم من ذلك هناك الكثير من مكاتب المحاماة ومكاتب تقدم الإستشارة القانونية التي تختص بتنظيم تلك العقود، قد هيأت نماذج و إشتراطت أن يكون العقد موقعاً من قبل جمعية الأزواج والتي تتكون من أربعة أشخاص (في الغالب^(٤١)) ، وبعد قيام الزوجين

بملاء إستمارة الطلب تقوم المحكمة بالتأكد من صلاحيتها لأن يعيش الطفل معها وتلتزم المحكمة أن يكون قرارها دائماً أكثر تحقيقاً لمصلحة الطفل^(٣٢).

وفيما يتعلق بالقانون الأسترالي فإنه كذلك يمنع من تنفيذ عقد الحمل لحساب الغير، ولكن يلزم الأطراف بدفع المصاريف التي قد تمت بناءً على هذا العقد فيما إذا تمت الولادة نتيجة للحمل لحساب الغير^(٣٣).

ثانياً/ من له حق طلب الأمر من المحكمة :

بما أن القانون العراقي لم ينظم مسألة الحمل لحساب الغير، لذلك لا يمكن الحديث عن الأشخاص اللذين لديهم الحق في أن تحوّل إليهم حقوق ومسؤوليات الأبوة والأمومة، وإذا رجعنا إلى موقف رجال الدين في العراق وفي بعض الدول الإسلامية نرى بأن غالبيتهم ينظر إلى المسألة نظرة شك وعدم الإرتياح، وذلك لإعتبارات دينية وأخلاقية حسب إعتقادهم، ونحن لا نرى ضرورة لذكرها لأنها موضوع لدراسات شرعية لذلك نحيل إليها^(٣٤).

أما فيما يتعلق بقانون ولاية كوينزلاند في أستراليا فإنه يسمح لشخصين أو شخص لديه إما مبرر طبي أو مبرر إجتماعي يمنعه من الإنجاب من عقد إتفاق أو التقدم بطلب لدى المحكمة للموافقة على طلب الإذن له الدخول إلى ترتيبات عقد الحمل لحساب الغير^(٣٥)، وقد أوضح القانون بأن المقصود بالسبب الطبي هو عدم مقدرة الأم على الحمل أو الإنجاب أو هناك خطر على الأم أو ولدها، أما فيما يتعلق بالسبب الإجتماعي فإنه يأتي من كون هذا القانون يسمح بمثليي الجنس أو من شخص غير متزوج أو امرأة غير متزوجة أن يقدم الطلب^(٣٦)، كما

يشترط أن يكون عمر كل من مقدم الطلب أو المرأة الحاملة (٢٥ سنة) أو أكثر، وأن يقدم الطلب قبل ولادة الطفل، وأن لا يكون الحمل مقابل أجر، ويلزم أن يكون مقدم الطلب مقيماً في ولاية كوينزلاند^(٣٧).

وفيما يتعلق بالقانون الانكليزي فإنه يختلف مع القانون الكوينزلاندي في بعض الجوانب، إذ يشترط وفقاً لهذا القانون أن يرتبط الطفل بأحد الزوجين جينياً، وأن يكون عمر أطراف العلاقة أكثر من (١٨) سنة، وأن يكون أحد الزوجين مقيماً بصورة دائمة في المملكة المتحدة، والحاملة لا تمكن من إبداء موافقتها إلا بعد بلوغ الطفل أكثر من ستة أسابيع، والقانون الإنكليزي يسمح بمثليي الجنس من التقدم بطلب للحصول على الطفل، ولكن بإجراءات تختلف فيما لو قدم الطلب من قبل رجل وامرأة^(٣٨).

ونحن من جانبنا نفضل الإتجاه الذي ذهب إليه القانون الإنكليزي من جهة إستراطيه ضرورة إرتباط الطفل جينياً بأحد الزوجين على الأقل، وذلك لأنه موقف وسط بين الإتجاه الذي يحصر علاقة النسب بالرابطه الجينية، وبين الإتجاه الذي ينكر دور الرابط الجيني تماماً، حيث مع إننا نعتزف بأهمية الرابط الجيني، إلا أن هذا يجب أن لا يبلغ حداً نهمل فيه ما يعانیه المجتمع الإنساني من مشكلة العقم، وعلينا أن نوازن بين ما يحققه هذه التقنية وما يسببه من مشاكل، ونرى أن محاسنه أكثر من مساوئه، أما ما يتعلق بإتجاه القانونين (الأنكليزي) و(الكوينزلاندي) من السماح لمثليي الجنس لتقديم الطلب فنرى بأنه منافٍ لقيم مجتمعنا ونرى عدم ضرورة الحديث عنها لعدم وجودها في الواقع.

ثالثاً/ خصائص عقد الحمل لحساب الغير:

يتميز عقد الحمل لحساب الغير بعدة خصائص قد تشترك بها عقود أخرى أو قد تنفرد بها عن باقي العقود، نحاول إجمالها كالآتي:

أ / الخصائص العامة

١- عقد غير مسمى: إنه عقد ملزم للجانبين: فيلتزم الطرف الأول وهي الأم البديلة بأن تحافظ على صحة الطفل وأن لا يأتي بأي عمل يضر بالطفل، ويلتزم الطرف الثاني المتمثل بالزوجين بدفع المصاريف الضرورية لحماية صحة الطفل والأم البديلة اثناء فترة الحمل.

٢- قد يكون عقداً من عقود التبرع أو من عقود المعاوضة، جهة قوانين غالبية الدول تنص على تحريم أو منع الحمل لحساب الغير إذا كان بهدف الربح^(٣٩)، لذلك يمكن القول أن الخصيصة الشائعة لهذا العقد هي أنه من عقود التبرع.

٣- إنه من العقود الشكلية، تنص القوانين التي تنظم هذا الموضوع على وجوب تسجيل طلب الحصول على الطفل لدى المحكمة وفي مدة تختلف فيها القوانين من دولة إلى أخرى.

ب/ الخصائص المميزة:

١- إنه عقد ذو طبيعة خاصة من حيث عدم إمكانية الرجوع فيه بعد دخوله حيز التنفيذ، إن غالبية العقود تكون قابلة للإبطال، وأثر هذا الإبطال قد يمحو آثار العقد كلها، أو قد يقتصر على المستقبل دون أن يؤثر على الآثار التي ترتبت في الماضي، وذلك في نطاق العقود المستمرة، كعقد الإيجار مثلاً، ولكن في الحمل

لحساب الغير فإن مجرد وضع الجنين في رحم المرأة البديلة يجعل العقد غير قابل للإبطال لا بالنسبة للماضي ولا بالنسبة للمستقبل لأنه يرتبط بحياة إنسان حي وقوانين غالبية الدول تجرم الإجهاض^(٤٠).

٢- على الرغم من أن مدة تنفيذ العقد تحدد بولادة الطفل وتكون عادة حوالي تسعة أشهر، إلا أن التزامات الطرفين لا تقاس بالمدة، أي حتى في القوانين التي تجيز الحمل التجاري لا يتم تحديد الأجر على أساس الأشهر التي تحمل فيها الأم الطفل، بل تحدد المقابل صفقة واحدة، ولكن يمكن القول بأن السبب وراء تحديد الأجر جملة، وليس على أساس فترات زمنية هو أن مدة الحمل هي تسعة أشهر تقريباً إلا في حالات نادرة، وقد تكون أقصر من هذه المدة، لذلك نرى بأن هذا العقد من عقود الزمنية.

٣- إنه عقد واردة على خدمة عضو من جسم الإنسان يكون له أثر على المولود من حيث صحته، حيث ان صحة الأم سوف يكون لها الأثر المباشر على صحة الطفل سلباً أم إيجاباً، حيث أن الطفل وإن صح القول بأنه لا يرتبط بالأم جينياً إلا أن صحة الأم تؤثر على صحة الطفل، فمثلاً إذا أصابت الأم مرض معدي لاشك أن صحة المولود لا تكون بأمان.

٤- يرتب هذا العقد آثاراً مالية و آثاراً تتعلق بالأحوال الشخصية، إذ منذ لحظة وضع الجنين في رحم المرأة يلتزم الأبوين المستقبليين (أو الحكميين) بمجموعة من الإلتزامات المالية، حتى وإن كان الحمل بدون مقابل كالتزامهما بتحمل مصاريف العلاج اثناء فترة الحمل، كما وهناك من الآثار مايتعلق بنسب الطفل ولمن تثبت حق الأبوة وحق الأمومة والميراث وغيرها.

المبحث الثاني

حكم الحمل لحساب الغير وطبيعته القانونية

وما يرتبط كثيراً بموضوع البحث هو نص المادة (٥) إذ تنص على أنه «ثالثاً: - لا يجوز نقل اعضاء او انسجة بشرية من جسم انسان حي إلى آخر يؤدي إلى إختلاط الأنساب»، وبذلك يمكن القول أن المشرع العراقي يحظر التبرع بالمنى أو البيضة، لأن كلا الحالتين يؤديان إلى إختلاط الأنساب، ولكن ما يتعلق بالحمل لحساب الغير فإنه إن طبقنا هذا المعيار الوارد في المادة السابقة يمكن القول بأن المشرع يجيز الحمل لحساب الغير في صورته التقليدية وكذلك إذا كان المولود يرتبط بالزوجين جينياً.

لذلك نرى بأن بعض أنواع الحمل لحساب الغير لا يعد عقداً وفقاً للقانون العراقي، حيث إن العقد وكما هو واضح له ثلاثة أركان: وهي الرضا والمحل والسبب، وقد أوجب المشرع بأن يكون محل العقد مشروعاً ولا يكون مخالفاً لقانون أو للنظام والآداب العامين^(٤٢)، وبما أن المشرع قد منع التبرع بالانسجة والأعضاء إذا ترتب عليه إختلاط الانساب، وواضح أن الحمل لحساب الغير وفي بعض الصور يترتب عليه إختلاط الأنساب.

والفقه من جانبه قد إتجه حول وصف التصرف عقداً أم لا إلى إتجاهين، إذ الإتجاه الأول ينكر الصفة العقدية للتصرف وذلك لإعتبارات أهمها: أن هذا العقد لا يلزم المرأة الحاملة بتسليم المولود كما ولا تلزمها بتعويض الطرف الآخر، فضلاً عن ذلك فإن الجسم الأدمي لا يجوز أن يكون محلاً للتصرف^(٤٣).

وهناك جانب آخر من الفقه يؤيد فكرة كون التصرف عقداً^(٤٤)، وذلك إستناداً على أن حرمة الجسد الأدمي وعدم جواز التصرف به قد ورد عليه بعض الإستثناءات، كزراعة الأعضاء البشرية، هذا فضلاً عن أن قوانين بعض الدول

بعد أن ظهر لنا بأن المشرع العراقي لم ينظم مسائل الحمل الغير، والسؤال الذي يطرح في هذا المجال هو هل يمكن ترجمة هذا السكوت كإجازة أم كمنع لمثل هذا النوع من التصرف، وإذا قلنا بالإجازة فلاي عمل قانوني ينتمي هذا التصرف؟ هل هو عقد أم لا؟ وكذلك إن قلنا بأنه عقد فهل هناك عقد يقترب منه؟ لذلك نقوم من خلال مطلبين بدراسة الموضوع، حيث نخصص المطلب الأول لحكم الإنجاب الإصطناعي فيما هل عمليات الجارية في نطاقها تعد عقداً أم لا، أما المطلب الثاني فسنخصصه لدراسة الطبيعة القانونية للإنجاب الإصطناعي.

المطلب الأول

حكم الإنجاب الإصطناعي

لقد أجاز المشرع العراقي في قانون (عمليات زرع الأعضاء البشرية ومنع الإتجار بها) نقل العضو البشري من شخص متبرع إلى شخص آخر، ولكن بشرط أن يكون الهدف من النقل حماية حياة مريض أو علاجه من مرض خطير، كما يشترط أن يكون المتبرع كامل الأهلية وأن يظهر التعبير عن إرادته تحريراً وفي حضور قريب من الدرجة الأولى^(٤٥)، كما منع القانون أن يكون التنازل عن العضو سواء حال حياة المتنازل أو بوصية بعد الموت أن يكون بمقابل، وذلك بهدف من الإتجار بالأعضاء البشرية.

أجازته، ولكن هذا الجانب من الفقه قد وضع بعض الشروط يجب توفرها في التصرف حتى يكون جديراً بالإعتراف به كتصرف قانوني، وهي:

١- أن يكون التصرف بدون مقابل.

٢- أن يكون من المستحيل على المرأة الإنجاب، لأسباب صحية.

٣- أن لا يكون للزوجين ولد.

٤- أن يتم التلقيح والحمل في حال حياة الزوجين (في الحمل لحساب الغير وكذلك في الصور الأخرى للإنجاب الإصطناعي).

٥- خلو العملية من المخاطر على حياة المرأة الحاملة.

٦- ونضيف ما أوردنا في السابق من شرط ضرورة ارتباط المولود بأحد الزوجين جينياً وذلك حتى لا نهمل أهمية الرابطة الجينية بين الوالدين وبين الطفل.

وفيما يتعلق بالقانون الإنكليزي فيبدو أن هذا القانون صرح بعدم قانونية الحمل لحساب الغير التجاري إذا كان بمقابل أي إذا تم لغرض تجاري، وهذا يعني أن الحمل لحساب الغير إذا كان تبرعاً يكون تصرفاً قانونياً، ومن ثم يعد عقداً إلا أن بعض بنوده لا تطبق إلا بعد أن يتم الموافقة عليها من قبل المحكمة^(٤٥).

أما فيما يتعلق بالقانون الإيراني، فإنه لم ينظم أحكام الحمل لحساب الغير، لا في القوانين الخاصة ولا في القانون المدني، إلا أن بعض الفقه^(٤٦) هناك يرى بأنه اعتماداً على نص المادة (١٠) من القانون المدني والتي تنص على (قانونية كل أنواع العقود إذا لم تكن مخالفة لنص صريح في القانون)^(٤٧) وقانون التبرع

بالجينين للزوجين الغير قادرين على الإنجاب، بأن هذا النوع من العقود قانونية وقابلة للتنفيذ.

ولكن قانون ولاية كوينزلاند في (أستراليا) قد نص صراحة على عدم قابلية ترتيبات الحمل لحساب الغير التجاري للتطبيق، وبذلك فليس هناك شك وفق هذا القانون من قانونية الحمل لحساب الغير التبرعي وكذلك من إنتمائه إلى طائفة العقود من التصرفات القانونية. إذ إن العقد الغير قابل للتطبيق عقد موجود إلا أنه لا يمكن تطبيقه لغيب فني يشوبه، كما إذا نص القانون على وجوب الكتابة في عقد من العقود كما في عقد التحكيم، وبإزالة هذا العيب يرجع العقد إلى دائرة العقود النافذة^(٤٨).

المطلب الثاني

الطبيعة القانونية للإنجاب الإصطناعي

الفرع الاول

الطبيعة القانونية للتبرع بالمني أو بالبيضة

وقد يتبادر إلى الذهن بأن هذا التصرف قد يكون هبة، وذلك لأن المشرع قد عرّف الهبة على أنها «١- تملك مال لآخر بلا عوض»^(٤٩)، وهذا يعني بأن الهبة ترد على المال فقط، والمال « هو كل حق له قيمة مادية»^(٥٠)، وفي الهبة تفتقر ذمة مالية الواهب وتثري ذمة مالية الموهوب له، ونظراً لكون الهبة من الأعمال الضارة ضرراً محضاً، فإنها تستلزم في الواهب أهلية الأداء الكاملة^(٥١)، وهو عقد شكلي في العقار وفي المنقول، حيث في المنقول تتمثل الشكلية في القبض^(٥٢)، ويشترط

في محل الهبة أن يكون موجوداً لا مجرد كونه قابلاً للوجود^(٥٣)، ونفقات الهبة تكون على الموهوب له، والواهب لا يكون مسؤولاً عن خطئه الجسيم ولا عن فعله العمدي^(٥٤).

ويبدو أن التبرع بالمنى أو البيضة يتفق مع الهبة في بعض الأحكام ويختلف معها في البعض الآخر :

أولاً / نقاط التشابه

١- في كل من الهبة والتبرع بالمنى أو بالبيضة يعطي الواهب أو المتبرع شيئاً للطرف المقابل.

٢- في كلا الحالتين ينعقد العقد بالقبض.

٣- يجوز للواهب في عقد الهبة أن يفرض إلزاماً على الموهوب له، كأن يفرض عليه بأن يستعمل المال الموهوب لغرض خيري، وكذلك الحال فيما يتعلق بالمتبرع بالمنى أو البيضة، حيث يمكنهما أن تلزم المؤسسات المتخصصة بنوع التصرف الذي يأتيه على المنى أو البيضة.

٤- قد تكون الهبة لجمعية خيرية، ومن خلالها يذهب الموهوب إلى المستفيدين، وكذلك الحال فيما يتعلق بالمتبرع بالمنى، إذ إنه قد لا يتعاقد مباشرة مع المستفيد، بل عن طريق البنوك المتخصصة في المجال.

ثانياً/ نقاط الاختلاف

١- محل الهبة يكون من الأشياء التي لها قيمة مادية، وإن أعضاء جسم الإنسان لا يعد مالا حتى تصبح محلاً للحقوق المالية، وقد تكون كذلك إذا انفصل العضو عن الجسم^(٥٥)، وكذلك إفرازات جسم الإنسان ليست بمال حتى تكون

محلاً للحقوق المالية، هذا بالنسبة للتشريعات العراقية، أما في بعض الدول فقد أجاز بيع الدم، وإذ أن الدم إفرازات الجسم المتجددة كالمني والبيضة، عليه وقياساً على ذلك يمكن القول أن مسألة عد المنى أو البيضة مالا أم لا راجع إلى موقف مشرعي الدول. على الرغم من أن البعض يرى فرقاً بين التصرف بالدم والتصرف بالمنى أو بالبيضة، وذلك إستناداً على عدم إمتداد آثار التبرع بالدم إلى المستقبل بخلاف المنى أو البيضة إذ يخلق منهما إنساناً، ونحن نرى أن حماية العائلة وشعور الزوجين لا تقل أهمية من إنقاذ حياة إنسان مريض، وهذه التقنية يمكن أن يمنع تفكك الكثير من العائلات بسبب عدم الإنجاب.

٢- في الهبة لا يكون الواهب مسؤولاً عن فعله العمدي أو عن خطئه الجسيم^(٥٦)، وترتيباً على ذلك إن كان المتبرع بالمنى يعلم بأنه يعاني من مرض سارٍ، وفضلاً عن ذلك لم يخبر الجهة التي تبرع لها لا يكون مسؤولاً، ولكن هذا لا يصدق على التبرع بالمنى أو بالبيضة، لأن الأخير متعلق بحياة الناس لا بأموالهم، لذلك فإن المتبرع يكون مسؤولاً عن خطئه، إلا أن هذا لا يعفي الجهة التي تقوم بتقديم الخدمة الطبية من مسؤولية قيامها بالفحوصات الطبية اللازمة للتأكد من صلاحية الموهوب للغرض المقصود.

٣- الهبة عادةً تقوم على الإعتبار الشخصي أي أن شخصية الموهوب له محل إعتبار لدى الواهب، أما في الحالة موضوع البحث فإن شخصية المستفيد غالباً تكون غير معروفة لدى الواهب، حيث هناك بنوك للمنى والبيضة تقوم بجمعها وتقديمها للمرضى اللذين يعانون من

مشكلة عدم الإنجاب دون أن يخبرهم بشخصية المتبرع.

نخلص مما تقدم أنه في ظل التشريعات الحالية في العراق يمكن وصف هبة التبرع بالمني أو بالبليضة بعقد التبرع إذا كان الغرض شفاء مريض أو إختبار طبي بشرط عدم تعريض حياة المتبرع للخطر، أما إذا كان الهدف لإستخدامها في إنجاب الأطفال للعائلات التي تعاني من مشاكل عدم الإنجاب فإنه يكون تصرفاً باطلاً لكون المحل ممنوع قانوناً.

الفرع الثاني

الطبيعة القانونية للحمل لحساب الغير

مع أننا قد أثبتنا عدم قانونية بعض أنواع عقود الحمل لحساب الغير لعدم مشروعية المحل وفق القانون العراقي، ولكن بعض الصور منها قانونية وبعضها الأخر قانونية ومعترف بها في دول أخرى، لذلك نرى ضرورة دراستها من حيث قربها إلى عقد من العقود المسماة.

وسوف نقوم بدراسة الموضوع عن طريق ثلاث نقاط وكالاتي:

أولاً: الحمل لحساب الغير و عقد الإيجار

لقد عرف المشرع العراقي الإيجار على انه «تمليك منفعة معلومة، بعوض معلوم، لمدة معلومة، وبه يلتزم المؤجر أن يمكن المستأجر من الانتفاع بالمأجور».

وهذا التعريف جاء في الباب الثاني من هذا القانون وهو باب العقود الواردة على الانتفاع بالشيء.

وتتلخص خصائص عقد الإيجار^(٥٨) بالآتي:

١- الإيجار عقد رضائي: لأنه يتم بمجرد

الإيجاب و القبول بين كل من المؤجر و المستأجر، ويحق للمتعاقدين الإشتراط على ألا ينعقد الإيجار إلا إذا أفرغ في شكل معين.

٢- الإيجار عقد ملزم للجانبين: فهو من العقود التبادلية التي ترتب التزامات متبادلة بين كل من المؤجر و المستأجر.

٣- الإيجار عقد معاوضة: لأن كلاً من طرفي العقد يأخذ مقابل ما يعطي، فالمستأجر يعطي عوضاً للمؤجر مقابل إنتفاعه بالشيء المؤجر، والمؤجر يتنازل عن حقه في الانتفاع بالشيء المؤجر مقابل ما يعطى له من أجر، وفي هذا يختلف الإيجار عن العارية.

٤- الإيجار عقد زمني محدد بمدة: فالالتزامات المترتبة على ابرام العقد تتطلب تنفيذها في زمن معين. وقد ذكر المشرع العراقي في المادة (٧٧٩) ف (٢) أنه: «إذا لم تحدد مدة الإيجار أو كان العقد لمدة غير محددة، طبقت أحكام المادة (٧٤١)». وحسب هذه المادة اذا لم يتم تحديد المدة أو تعذر إثبات المدة، فيعتبر الإيجار منعقداً للمدة المحددة لدفع الاجرة وينتهي بانقضاء هذه المدة، ولا يجوز أن يكون الإيجار مؤبداً.

٥- عقد الإيجار يرد على المنفعة وليس على الملكية، لذا فإنه لا يرد على الأشياء القابلة للإستهلاك.

ومما سبق يتضح أن عقد تأجير الأرحام يشترك في بعض الخصائص مع عقد الإيجار من جهة كونه عقداً ملزماً للجانبين، وعقداً يرد على المنفعة، وعقداً زمنياً محدداً بمدة.

وهذا التشابه الموجود في بعض الخصائص بين العقدين هو الذي دفع بالبعض إلى تكييف عقد تأجير الأرحام على أنه عقد إيجار على

اعتبار أن صاحبة البيضة تستأجر رحم المرأة الحامل مدة معينة تضع اللقيحة فيها^(٥٩).

وعلى الرغم من وجود بعض التشابه بين العقدين، إلا أنه هناك نقاط تختلفان فيها، ومنها:

من جهة الأداء: نجد أن عقد الإيجار لا يكون إلا معاوضة من جهة يأخذ كل طرف في العقد مقابلاً لما يعطيه، وإن الأجر كما أشرنا إليه هو أحد ركني عقد الإيجار في حين أن عقد الحمل لحساب الغير قد يكون معاوضة أو تبرعاً، وكما أوضحناها في السابق.

من جهة الاعتبار لشخصية المتعاقد: إن عقد الإيجار بحسب الأصل غير مبني على الاعتبار الشخصي، إلا أن في الحمل لحساب الغير وخاصةً إذا كان بدون أجر، فإن شخصية المتعاقد حتماً تكون محل اعتبار لدى المرأة التي تقبل الحمل، إذ من غير المتوقع أن تقبل امرأة أن تحمل لمدة تسعة أشهر دون مقابل مادي إلا إذا كانت شخصية الزوجين محل اعتبار.

من جهة العمل: يعد التسليم من الإلتزامات الرئيسية التي يولده عقد الإيجار، وهو يتم بحسب طبيعة العين المؤجرة، ففي العقار مثلاً يتم بتسليم المفاتيح، وفي المنقولات التي يمكن حملها بسهولة يتم بالمناولة اليدوية، فإذا افترضنا أن العين المؤجرة في عقد الحمل لحساب الغير هي الرحم فهل يمكن تسليم الرحم للانتفاع به؟^(٦٠) يرى بعض الفقهاء أن العقدين يختلفان في هذا ولا يمكن تسليم الرحم منفصلاً عن جسم المرأة، كما لا يمكن تسليمه مع المرأة؛ لعدم وجود علاقة شرعية بينها وبين صاحب المنى، وهذا يجعل محل العقد خارجاً عن نطاق التعامل.

ولكننا نرى أن لإعتماد على هذا المبرر يسعنا في التمييز بين العقدين، إذ يقصد بالتسليم في عقد الإيجار تمكين المستأجر من الانتفاع، وهذا يختلف بحسب طبيعة المحل، فمثلاً في عقد إستئجار الخزائن الحديدية من البنوك، وعلى الرغم من بقاء الصندوق تحت السيطرة المادية للبنك، فإن قانون التجارة العراقية (وعلى الرغم من الإختلاف الفقهي^(٦١)) يعده إيجاراً^(٦٢).

وأخيراً فإن الفرق الجوهرى بين العقدين هو:- أن عقد الحمل لحساب الغير يؤدي إلى ولادة إنسان في رحم امرأة وتتنازل عن حقوقها كأم لشخص آخر، فمن هذه الناحية من الصعوبة بمكان التقريب بين العقدين. لكل ذلك لا يعد عقد الحمل لحساب الغير عقد إيجار من الناحية القانونية.

ثانياً: عقد الحمل لحساب الغير وعقد

العمل

عرف المشرع العراقي عقد العمل على أنه « أي إتفاق سواء أكان صريحاً أم ضمناً، شفوياً أو تحريراً، يقوم بموجبه العامل بالعمل، أو تقديم خدمة تحت ادارة و اشراف صاحب العمل، لقاء أجر أياً كان نوعه»^(٦٣)، فيجب توافر عناصر ثلاث لقيام العقد هي: العمل، والأجر، والتبعية. وإذا تخلف احد هذه العناصر فإن العقد لا يعد عقد عمل كما هو الشأن عندما يؤدي العامل عملاً دون أن يتقاضى عليه أجراً، كما يتضح من التعريف أن عقد العمل من عقود المعاوضة الملزمة للجانبين، فكل من المتعاقدين يقدم مقابلاً لما يأخذه ويعد التزام كل منهما سبباً لالتزام الآخر.

ويشترك عقد العمل مع عقد الحمل لحساب الغير من عدة وجوه، لاسيما وإن قانون العمل العراقي لم يشترط أن يكون العمل ذهنياً فقط أو بدنياً، بل أجاز أن يرد في أية صورة، وعلى الرغم من ذلك فإنهما يختلفان في وجوه أخرى، إذ إن العمل دائماً يكون بأجر، ولكن عقد الحمل لحساب الغير قد يكون بدون أجر، وكذلك من حيث ما أوردناه بصدد الفرق بين عقد الإيجار، وعقد الحمل لحساب الغير إذ إن عقد الحمل لحساب الغير يؤدي إلى ولادة إنسان في رحم امرأة، وتتنازل عن حقوقها كأم لشخص آخر، فمن هذه الناحية من الصعوبة بمكان التقريب بين العقدين.

ثالثاً / عقد العمل والحمل لحساب الغير

لقد عرف المشرع العراقي المقولة بانها» ... عقد به يتعهد أحد الطرفين أن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به الطرف الآخر.»^(٦٤) يتضح من التعريف أن عقد المقولة تنصب على العمل أو الشيء الذي يتعهد المقاول بصنعه من جانب، ومن جانب آخر على الأجر الذي يلزم صاحب العمل بدفعه، كما وتشترك المقولة مع عقد الحمل من جهة بعض الخصائص العامة للعقود الملزمة للجانبين، إلا أنهما تختلفان من جهة أن محل عقد المقولة قد يكون عملاً وفيه لا يكون تحت رقابة صاحب العمل، ولكن في عقد الحمل لحساب الغير فإن جهة طيبة تنوب عن الزوجين في الإهتمام بالحاملة وإرشادها، كما وإن المقولة دائماً يكون بأجر، ولكن الحمل لحساب الغير قد يكون بدون أجر. وقد يكون محل عقد المقولة صنع شيء محدد، وواضح بأن الطفل لا يمكن إعتبره شيئاً حتى يكون محلاً لعقد المقولة.

ومما سبق بيانه يتضح بأن هذا العقد يشترك مع البعض من العقود في بعض الأوجه، إلا أنه يختلف عنهم في أوجه أخرى يمنع التقريب بينهم أو يقاس حكمه على أحد منهم، لذلك نرى بأن هذا العقد له طبيعة خاصة يختلف عن العقود المنظمة أحكامها في القانون المدني، إذ يتولد عنه روابط أسرية لا ينشئها إلا عقد الزواج المنظم أحكامه في قانون الأحوال الشخصية، وعرف المشرع الكوردستاني عقد الزواج على أنه «١- الزواج عقد تراضي بين رجل وامرأة يحل به كل منهما للآخر شرعاً غاية تكوين الأسرة على اسس المودة والرحمة والمسؤولية المشتركة طبقاً لأحكام هذا القانون.»^(٦٥) ومن المعلوم أن الأسرة تكتمل سعادتها على الأغلب بوجود أطفال، عليه نرى أن لهذا العقد طبيعته الخاصة يحتاج إلى قانون خاص ينظم أحكامه من جهة الإلتزامات المالية و الروابط العائلية الناشئة منه.

المبحث الثالث

تنازع القوانين في مسائل الإنجاب الإصطناعي

إن العلاقات القانونية تقوم على ثلاثة عناصر رئيسية، وهي الأشخاص، والمحل الذي يرد عليه التصرف، وأخيراً سبب التصرف أي السبب الذي أنشأ العلاقة القانونية، فيما هل هو عقد أم فعل ضار أم فعل نافع؟ والإنجاب الإصطناعي قد يكون مشوباً بعنصر أجنبي وينشأ بشأنه مسألة تنازع القوانين، وما يعقد المشكلة أكثر هو أن معالم هذا التصرف لم يكتمل بعد في قوانين الكثير من الدول، إذ هناك من يعده عقداً وهناك من يجرمه وهناك

من يسكت عنه، كما وهناك من يجيز بعض أنواعه، لذلك فإن أعقد أنواع التنازع تنشأ من هذا التصرف، لذلك نقوم بدراسة القضية في مطلبين، إذ نخصص المطلب الأول لتنازع القوانين فيما يتعلق بترتيبات الحمل لحساب الغير والتبرع بالمنى أو البيضة، أما المطلب الثاني فسوف نخصصه لأهم أثر من آثار الإنجاب الإصطناعي وهو مشكلة تحديد النسب.

من المسائل الأولية في إطار القانون الدولي الخاص هي تكييف الواقعة القانونية، لمعرفة القانون الذي يحكمها، ويقصد بالتكييف (إعطاء الوصف القانوني المطلوب لذلك النزاع)^(١٦)، فمثلاً عندما ترفع إمراة دعوى على شخص تطالبه فيها بالنفقة، فعلى القاضي أن يقوم بتحليل هذا المطلب فيما هو يستند الى عقد زواج أم لا وهل ان النفقة وإذا لم يكن هناك عقد زواج على وفق نظر المحكمة عندها لا تكون هناك نفقة، وهذا ليس بالأمر اليسير، والسؤال الرئيس في هذا المجال هو : وفق أي قانون يتم التكييف؟ للجواب عن هذا السؤال ظهرت عدة نظريات أو اتجاهات لا يمكن إيراد جميعها، ولكن نشير الى وقف القوانين المقارنة.

في القانون العراقي يكون التكييف وفقاً للقانون العراقي إذا تمّ رفع الدعوى أمام المحكمة العراقية، وذلك إستناداً على المادة (١٧ / ١) من القانون العراقي إذ تنص على أنه « القانون العراقي هو المرجع في تكييف العلاقات عندما يطلب تحديد نوع هذه العلاقات في قضية تتنازع فيها القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه من بينها»، إذ فإن التكييف وفق القانون العراقي يكون من إختصاص المحاكم العراقية، وقلنا في نطاق المبحث الثاني أن التبرع بالمنى و بالبيضة من عقود التبرع وهو

عقد غير مسمى، وكذلك فيما يتعلق بالحمل لحساب الغير، إذ لم يتحدد طبيعته حتى في القوانين الذي نظمت أحكامه، لذلك فإذا قام القضاء العراقي بتكييف عقد الحمل لحساب الغير، فهل يكيفه على أنه عقد مدني يرتب فقط التزامات مالية بين عاقديه، أم أن هذا العقد له طبيعة خاصة لأنه ينشأ منه حرمة المصاهرة والقرابة والنفقة والتوارث، وبهذا يقترب من دائرة الأحوال الشخصية، نحن من جهتنا نرى أنه من الضروري عند إصدار قانون لتنظيم هذه الأعمال الإتيان بقواعد خاصة فيما يتعلق بتنازع القوانين.

أما فيما يتعلق بالقانون الإنكليزي فإنه قد نظمَ معظم جوانب التبرع والحمل لحساب الغير، والتكييف في هذا القانون يخضع الى قانون المحكمة، إلا أنه في بعض الحالات يتم الإلتجاء إلى القانون الملائم الذي يحكم النزاع، وبهذا فإن القضاء الأنكليزي يتمتع بحرية أكبر مقارنة بالقضاء العراقي، وعلى الرغم من أن هذه العقود منظمة أحكامها في القانون الإنكليزي من جهة الشروط الواجب توفرها فيمن يتقدم بطلب الحصول على طفل عن طريق الحمل لحساب الغير، وكذلك فيما يتعلق بالتبرع بالمنى أو بالبيضة، ولكن القاضي مع ذلك يواجه مشكلة فيما يتعلق بالتكييف، لا بالنسبة الى العقد ذاته، لأنه ورد في القانون الإنكليزي على أن هذه العقود غير قابلة للتطبيق، ولكن فيما يتعلق بآثار هذا العقد، فهل يعده من آثار العقد المدني ومن ثم يخضعه الى القانون الأكثر ارتباطاً بالموضوع، أو يعده من ضمن الأحوال الشخصية ومن ثم يخضعه الى القانون الشخصي (أي قانون الموطن وفقاً للقانون الأنكليزي).

نحن من جهتنا نرى أن هذه النوع من العقود لها طبيعة خاصة وكذلك آثارها، لذلك لا يمكن معاملته كالبيع مثلاً، كما ولا يمكن معاملتها كعقد الزواج، لأنها لا تنشئ الحل بين الرجل والمرأة الحاملة، لكنه من جهة الإنشاء يقترب من بعض العقود كالهبة مثلاً، ومن جهة الآثار يقترب من الزواج.

المطلب الأول

القانون الواجب التطبيق على عقود وتفاهات الإنجاب الإصطناعي

توصلنا عن طريق المبحث الثاني إلى أن التبرع بالمني أو بالبيضة وكذلك بعض صور الحمل لحساب الغير يعد عقداً، إلا أن بعضها الآخر ممنوع في بعض الدول وغير منظم في دول أخرى، وهذا ما يجعل مسألة تنازع القوانين في مسائل الإنجاب الإصطناعي من أعقد المسائل المطروحة في حقل التنازع. عليه سنقوم عن طريق نقطتين بدراسة الموضوع، نخصص الأول للأهلية والثاني للالتزامات الناشئة عن عقود الإنجاب الإصطناعي.

أولاً/ الأهلية

من المسائل الأولية في دراسة تكوين العقد هي الأهلية إذ بدونها لا يكون هناك عقد، وتختلف القوانين في تحديد الأهلية، ووفقاً للقانون العراقي فإن الأهلية تحدد وفقاً لقانون الجنسية، وقد أكد المشرع على وجوب كون الشخص كامل الأهلية وقت الدخول إلى عقود التبرع بالأعضاء، أي إنه إذا تبرعت عراقية لمركز بريطاني بالبيضة فإن أهلية المتبرعة تحدد وفقاً للقانون العراقي^(١٧) والتي هي (١٨) سنة^(١٨)، إلا أن القانون البريطاني فقد حدد

موطن الشخص كمعيار لتحديد أهليته، عليه فإذا كانت المتبرعة في المثال السابق تتوطن في بريطانيا فإن القانون البريطاني هو الذي يطبق^(١٩) وكذلك قانون (كوينز لاند) تحدد الموطن كمعيار لتحديد أهلية الشخص، وتبعاً لذلك فإن هناك قانونين يمكن تطبيقهما، وقد حدد قانون ولاية (كوينز لاند) الأهلية فيما يتعلق بالحمل لحساب الغير بـ (٢٥) سنة.

والقانون الإيراني كذلك أخذ بمعيار الجنسية لتحديد أهلية الشخص، من جهة إذا كان الشخص أجنبياً ومقيماً في إيران فإن قانون دولته يحكم جنسيته وليس القانون الإيراني^(٢٠).

وقد منع المشرع العراقي التبرع بالأنسجة إذا أدت إلى إختلاط الأنساب، وأجاز القانون البريطاني، وفي هذا الفرض فإن كانت الدعوى مرفوعة أمام القضاء العراقي فإن القانون العراقي هو واجب التطبيق وذلك لأن القانون الأجنبي يؤدي إلى المساس بالنظام العام للدولة العراقية، والتي هي من أحد الأسباب التي تبرر إستبعاد القانون الأجنبي من دائرة التنازع^(٢١). كما أن القانون الإيراني يتجه بنفس إتجاه القانون العراقي من جهة عده الجنسية كمعيار لتحديد الأهلية^(٢٢).

وفيما يتعلق بالحمل لحساب الغير فإن قوانين الدول تختلف فيما بينها في تحديد أهلية الشخص المتعاقد، وتتراوح ما بين (١٨) سنة إلى (٢٥) سنة، ولكن المشكلة تظهر عندما يبرم العقد في دولة قد أخذ بالسن الأقل وكان الشخص من رعايا دولة تأخذ بـ (٢٥) سنة مثلاً، فهل تحكم المحكمة ببطلان التصرف لعدم إكتمال الأهلية اللازمة لإبرام التصرف؟ نرى بأن الحل يتوقف على نهج شرعي الدول ففي الدول التي تسمح بالتبرع والحمل

لحساب الغير يمكن الأخذ بالقانون الذي يكون في خدمة الجنين أي القانون الذي يذهب باتجاه صحة التصرف حرصاً على حياة الجنين، أما في الدول التي تعد بعض أنواع التصرف من أصله مخالفاً للنظام العام - كالعراق - حتماً يحكم ببطلان التصرف.

ثانياً / الحقوق والالتزامات

إن الحقوق والالتزامات المتولدة من عقود التبرع بالمنى أو بالبليضة، لا يمكن الحديث عنها في ظل القانون العراقي إذا كان بهدف تلقيحها و زرعها في رحم امرأة أخرى، وذلك لأن المشرع العراقي قد نص صراحة على منع التبرع، وعليه تدخل هذه المسألة في دائرة النظام العام، وبذلك لا يمكن الحديث عن وجود التنازع حتى وإن كان التصرف مسموحاً به وفق القانون الأجنبي إلا أنه يستبعد تطبيقه لمخالفة الفكرة للنظام العام

أما إذا كان التبرع بهدف إجراء تجربة علمية فلا مانع من ذلك، ووفق التفصيل الذي ورد في المبحثين الأول والثاني، فإن عقد التبرع عقد غير مسمى ويولد مجموعة من الإلتزامات، ومنها مايلقى على عاتق المتبرع مثل إلتزامه بضرورة الكشف عن الأمراض السارية والمستعصية التي يعاني منها، وكما تلتزم الجهة التي تم التبرع لصالحها بمجموعة من الإلتزامات ومنها ضرورة الفحص الطبي وحفظ التبرع وفق الشروط الواردة في القوانين ووفق ما يتم الإتفاق عليه بين الجهة المتبرعة والجهة التي تم التبرع لصالحها، يسري على هذه الشروط قانون الموطن المشترك للمتعاقدين، أما إذا اختلفا في الموطن فإن قانون الدولة التي أبرم فيه العقد يكون مختصاً بحكم

النزاع، هذا وفقاً للقانون العراقي^(٧٣). أما وفقاً للقانون الإنكليزي فإن القانون البريطاني هو الذي يطبق دون النظر إلى مكان الإبرام إذا كان بريطانيا موطن المتعاقدين، أما إن اختلفا في الموطن فإن القانون الإنكليزي يذهب إلى إعطاء الإختصاص إلى القانون الذي يكون أكثر ارتباطاً بالموضوع، وتستند المحكمة في ذلك إلى مكان إبرام العقد مثلاً أو مكان التنفيذ وتمسك المحكمة في ذلك بالرجل الوسط الحريص^(٧٤) (reasonable man).

أما فيما يتعلق بشروط عقد الحمل لحساب الغير والإلتزامات المتولدة عنه، يجب أن نفرق بين الحالات التي يكون فيها الجنين مرتبط بالزوجين جينياً، بينما إذا كان الجنين يرتبط بأحدهما أو لا يرتبط بأي منهما، ففيما يتعلق بالحالة الأولى، فإنه وفقاً للقانون العراقي يكون القانون العراقي واجب التطبيق في حالة كون العراق الموطن المشترك للمتعاقدين، أما إذا اختلفا في الموطن، فإن قانون مكان إبرام العقد يكون واجب التطبيق، ولكن وفق القانون البريطاني فإن القانون البريطاني يطبق إذا كان موطن المتعاقد بريطانياً ولكن يجب أن يلاحظ بأن المحاكم البريطانية لا تستطيع أن تصدر الموافقة على طلبات الحصول على المولود الناتج عن الحمل لحساب الغير الواقع خارج الحدود البريطانية. لذلك إذا تعاقداً بريطاني مع امرأة في الهند لتحمل له طفلاً، هنا لا يمكن للمحاكم البريطانية الموافقة على الطلب، بل يمكنها أن تصدر أمراً بعد إحضار الطفل إلى الأراضي البريطانية.

ولا سبيل لدخول المولود إلى بريطانيا إلا عن طريق قواعد الهجرة والسفر، وبموجب

هذه القواعد يجب أن يرتبط أحد الوالدين جينياً بالمولود^(٧٥)، ويمكن إثبات هذه العلاقة عن طريق فحص الحمض النووي، وإذا لم يرتبط بأحدهم عنده يمكن الدخول إلى بريطانيا عن طريق الحصول على تأشيرة الدخول. في قضية تسمى بقضية (Raj and Amrit) وهما زوجين من حملة الجنسية البريطانية، وتم العقد بينهما وبين زوجين في الهند، ودخلا في عقد الحمل لحساب الغير، وعندما ولد الطفل أصبح عديم الجنسية، وذلك لأن القانون الهندي ينسب الولد إلى الزوجين الذين نوبا الحصول على الطفل، أما القانون البريطاني فلم يعده بريطانياً على الرغم من كونه مرتبطاً جينياً بـ (Raj)، وذلك لكون المرأة الحاملة متزوجة، ووفق القانون البريطاني يعد هو الأب، إلا أنه بعد مدة طويلة تم الحصول في بريطانيا على الجنسية البريطانية للطفل بالإستناد على قواعد الهجرة وبعد إثبات الرابط الجيني^(٧٦).

وكذلك الحال في القانون العراقي^(٧٧)، إذ وفق قانون الجنسية العراقية من يولد من أم أو أب عراقي يعد عراقياً بغض النظر عن مكان الولادة، عليه يمكن الحصول على جواز سفر للمولود وإدخاله إلى العراق.

المطلب الثاني

تنازع القوانين فيما يتعلق بالنسب

النسب هو الإرتباط الجيني بين شخصين أو أكثر^(٧٨)، أي علاقة الفرد بأسرته، وبه يتم تحديد صلة المولود بأبيه وأمه، وهو يختلف من قانون لآخر، فبينما كانت الأبوة والأمومة في

السابق تنشأ فقط من خلال الإتصال الجسماني بين رجل وإمرأة، إلا انه بعد ظهور عمليات الإنجاب الإصطناعي، لم يعد هذا الإتصال ضرورياً، لذلك تغير مفهوم الأبوة والأمومة، ولا يمكن معالجته وفق القواعد التقليدية، وإهمال المستجدات الحالية. فضلاً عن ذلك فإن في القوانين التي تعترف بالتبني، لا يلزم أن يكون هناك ترابط جيني بين الأب والأم من جهة والولد من جهة ثانية، ولكن في القوانين التي تحصر النسب بالرابط الجيني، فإن النسب يثبت بوسائل حددها القانون حصراً. لذلك نقوم في هذا المطلب بدراسة مشكلة تحديد النسب وفق القوانين المقارنة.

النسب وفق القانون العراقي من مسائل الأحوال الشخصية، لذلك فإن القانون الشخصي للزوج هو واجب التطبيق على النزاعات التي تنشأ بسببه^(٧٩)، أما النسب في القانون الانكليزي فإنه كذلك يعد من ضمن المسائل المتعلقة بالعائلة، إلا أن هذه المسائل وفق ذلك القانون تخضع لقانون موطن الشخص لا لقانون جنسيته.

ولتشخيص صعوبات تحديد القانون الواجب التطبيق في نزاعات النسب سنقوم بالتفرقة بين كون الحمل قد تم دون تدخل الغير وبين تدخل شخص ثالث في الحمل والولادة.

أولاً/ الإنجاب دون تدخل الغير

كما أوضحنا في المبحث الأول فإن الإنجاب الإصطناعي قد يتم دون تدخل الغير، وذلك عندما يكون هناك خلل لدى الزوج وعلى إثره يكون غير قادر على إكمال عملية الإتصال، أو تكون الزوجة غير قادرة على تخصيب البويضة، وتتدخل الأطباء للتخصيب

هل أن الأبوة تكون للمتبرع أم لزوج المرأة التي ولدت؟

وفقاً للقانون العراقي الأبوة تثبت لزوج المرأة، لأن المتبرع في قوانين غالبية الدول التي تجيز التبرع بالمني أو بالبيضة تلزم بنوك الحفظ بالالتزام السرية فيما يتعلق بهوية المتبرع، إذن في هذه الحالة فإن الإقرار يكون لمجهول النسب، وهذا ما أقره قانون الأحوال الشخصية العراقي^(٨٤)، ويسري هذا النص على العراقي المسلم. أما إذا كان الشخص أجنبياً مقيماً في العراق ولم يكن مسلماً أو مسلماً ولكن القانون المدني هو الذي يطبق في مسائل الأحوال الشخصية، فإن النسب يجب معاملته وفق قانون ديانته أو دولته^(٨٥)، وكذلك الحال فيما يتعلق بالطوائف الدينية المعترف بها في العراق حيث تطبق عليهم التعليمات التي تصدر عن اللجان المختصة والمشكلة بموجب القانون^(٨٦).

أما فيما يتعلق بالنسب وفق القانون الأنكليزي، فإن زوج المرأة يعد أباً للمولود، إذا هو وافق على ترتيبات الحمل.

أما فيما يتعلق بالقانون الإيراني، فإن التشريع لم ينظم هذا الجانب من الإنجاب الإصطناعي، وفي ظل هذا الغياب التشريعي فإن جانباً من الفقه^(٨٧) يرى بأن زوج المرأة صاحبة البيضة هو الأب، وذلك إستناداً على الحديث الشريف (الولد للفراش وللعاهر الحجر) إذ يرون أن الفراش قد يقصد به الزوجية الصحيحة، وإستناداً على ذلك فإن نسب الولد يرجع الى زوج المرأة صاحبة البيضة، إلا أننا نرى بأن هذه المسألة يجب تنظيمها بقانون، لأن النسب من أهم المسائل التي تتفرع عنها مسائل أخرى كالنفقة والإرث وغيرها.

خارج الرحم، وفي هذه الحالة يكون الجنين مرتبطاً بكلا الزوجين جينياً، وإن الزوجة هي من تحمل وتلد، لذلك لا يحدث أية صعوبة في تحديد نسب الطفل سواء من جهة الأب أو من جهة الأم. وعلى ذلك فإن تطبيق أي قانون من ضمن القوانين المتنازعة يؤدي الى نفس النتيجة.

ثانياً/ عندما تكون المني من متبرع:

في هذا الفرض يكون المني من شخص أجنبي، ولكن البيضة من الزوجة وهي من تحمل وتلد الطفل، وفي هذه الحالة هناك صعوبة في تحديد النسب من جهة الأب، فالأبوة في القانون العراقي تثبت إما بقيام الزوجية الصحيحة أو الدخول بشبهة أو الدخول بعقد باطل مع عدم العلم بالطلاق، أو بإقرار الزوج بالأبوة، أما الزنى فلا تثبت به النسب.

والصعوبة التي تحدث في هذا الفرض هو أن المولود ليس ناتجاً من زنى، إذ الزنى وفق الإصطلاح الشرعي هو الوطء المحرم المتعمد^(٨٨)، والوطء يتحقق بإدخال حشفة الذكر في فرج المرأة^(٨٩)، وفي هذه الحالة التي نحن بصدد البحث فيها لم يتم الوطء، لذلك فليس هناك جريمة الزنى، ومن ثم فإن الولد ليس ولد الزنى، عليه نرى بأنه في هذه الحالة النسب الجيني يثبت للمتبرع^(٩٠) إلا أنه قانوناً يكون زوج المرأة هو الأب من وجهة نظر القانون إذا هو أقر بالبنوة (والولد في هذه الحالة يستفيد من قرينة قيام الزوجية لثبوت الأبوة)^(٩١). ويشترط في هذه الحالة أن لا يكذبه المقر له إذا كان بالغاً. والمشكلة التي تظهر في هذه الحالة، هو إتجاه بعض المشرعين من إقرارهم حق الولد في معرفة المتبرع، والسؤال في هذه الحالة هو

كل ما سبق يكون صحيحاً إذا كانت المرأة متزوجة، أما إذا كانت المرأة غير متزوجة، فإن الولد يكون مجهول النسب من جهة الأب، وذلك لأن القوانين التي تنظم أحكام التبrec _ كما ورد في السابق- تلزم السرية بالنسبة لهوية المتبرع، ولكن هذا الفرض غير وارد في القانون الإيراني، إذ أوجب أن تكون المرأة في الإنجاب الإصطناعي بأن تكون متزوجة.

ووفقاً للتفصيل الذي ورد في الأعلى فإن دعاوى النسب إن رفعت أمام القضاء العراقي فإنه ينظر الى جنسية الزوجين، فإذا كانت جنسية إحداهما عراقياً فإن القانون العراقي هو الذي يطبق^(٨٨)، وبما أن هذا القانون لم ينظم هذه المسألة فإنه يتم الرجوع الى مبادئ الشريعة الإسلامية^(٨٩)، ومن الواضح أن القاضي يواجه صعوبة أو يمكن أن نقول الإرهاق في إستنتاج الحكم الشرعي لمسألة النسب في الإنجاب الإصطناعي، لحدثة الموضوع وإختلاف الآراء الفقهية بصدده.

وإذا رفعت القضية أمام القضاء الإنكليزي فإن قانون موطن الشخص هو الذي يطبق وبما أن المشرع البريطاني قد نظم الموضوع لذلك فإن القاضي لا يواجه صعوبة في حل القضية.

ثالثاً / عندما تكون البيضة لامرأة غير التي حملت (من متبرعة)

قد تكون البيضة لامرأة أجنبية عن الزوجين، وذلك لعدم قدرة مبيض الزوجة على إنتاج البيضة، أو قد تكون البيضة من الزوجة ولكن امرأة أجنبية تقوم بالحمل والولادة لعدم قدرة الزوجة على الحمل والولادة، وفي كلتا الحالتين، يرتبط المولود من الناحية الجينية

بغير التي حملت، والسؤال هو أيهما تعد أمّاً للمولود.

إذا طبقنا القانون العراقي نواجه مشكلة تحديد نسب الولد من جهة الأم، إن كنا امام حالة الحمل لحساب الغير، فإن قلنا بأن المرأة الحاملة هي أم الطفل هذا يؤدي إلى القول بأن زوج المرأة الحاملة هو أب المولود، وهذا غير صحيح في الواقع، وإذا قلنا بأن المرأة صاحبة البيضة هي الأم فهذا ننكر دور المرأة التي تحملت أكثر مراحل الإنجاب صعوبة، عليه نقول بأن مواجهة هذه الحالة المستجدة بالقواعد التقليدية في تحديد النسب يضعنا في إنكار نسب الكثير ممن يولدون نتيجة الإنجاب الإصطناعي، وهذا ماحدث بالفعل في الكثير من القضايا.

أما وفقاً للقانون البريطاني فإن المرأة الحاملة هي الأم القانونية، ولكن لها أن تتخلى عن حقوقها لطرف آخر الذي ينوي الحصول على الطفل ولكن بعد تأكد المحكمة من توفر الشروط^(٩٠).

ووفق القانون الإيراني فإن الزوجة التي تنوي الحصول على الطفل تعامل معاملة الأم وتثبت لها نسب المولود^(٩١)، وذلك لأن القانون الإيراني قد عالج فقط صورة التبrec بالبيضة أو بالمني، أي أن الزوجة هي من تحمل.

وفيما يتعلق بالقانون الإيراني ونظراً لعدم معالجة الموضوع بشكل صريح، فقد ظهر في الفقه ثلاث اتجاهات، الأول، يعتمد على الرابط الجيني وينكر أي دور للمرأة الحاملة وفي نظرهم فإن صاحبة البيضة هي الأم الحقيقية، أما المجموعة الثانية، يعيرون أهمية للمدة التي يستقر فيها الجنين في رحم المرأة، ومن ثم

يرون بأن للطفل والدتين، أما الرأي الثالث، فيرى بأن للطفل والدة جينية، وأخرى هي التي حملت وولدت^(٩٢)، وهذا الرأي الأخير نراه أقرب الى الواقع.

٥- على ضوء التشريعات العراقية الحالية يمكن القول أن الحمل لحساب الغير إذا لم يؤدي إلى إختلاط الأنساب وكان بدون مقابل يعد عقداً قانونياً.

الخاتمة

ونختتم بحثنا هذا بعرض أهم النتائج والتوصيات التي توصلنا إليها، وسنبداً بعرض النتائج وعلى النحو الآتي:

٦- أن عقود التبرع بالمني أو بالبيضة لا تعد عقد هبة لإختلاف المحل، إلا أنه يمكن عده من عقود التبرع ومن طائفة العقود الغير المسماة.

التوصيات

بعد أن إنتهت دراستنا وتبلورت لدينا مجموعة من الإستنتاجات، نقترح الآتي:

١- إصدار قانون خاص ينظم عمليات الإنجاب الإصطناعي، على أن ينص القانون على مجموعة من الشروط يكفل من خلالها حسن إستخدام وسيلة الإنجاب الإصطناعي كعلاج لحالة الأزواج الذين يعانون من العقم، ومن هذه الشروط:

- ١- فيما يتعلق بالتبرع بالمني أو بالبيضة:
 - أن يكون التبرع لجهات مرخصة.
 - أن يحتفظ تلك الجهات بالسرية التامة وعدم كشف المعلومات إلا لجهات قضائية مرخصة.
 - أن يتم منع التعامل بالأنسجة إلا لأغراض علاجية من العقم.
- ٢- فيما يتعلق بالحمل لحساب الغير
- أن يكون الحمل لحساب زوجين من رجل وامرأة.

النتائج

١- إن عمليات تأجير الأرحام جاءت ثمرة للجهود التي بذلت من اجل التغلب على مشكلة العقم، وقد نجح العلماء في التغلب على الكثير من هذه الحالات.

٢- هناك عدة مراكز في العراق تجري عمليات التلقيح الإصطناعي بصورها المختلفة، وسط غياب تشريعي واضح ينظم أو يحرم مثل هذه العمليات.

٣- لقد واجهت عمليات الإنجاب الإصطناعي معارضة من قبل فقهاء ومشرعي الدول، وذلك بدوافع دينية وأخلاقية، إلا أنه في النهاية فإن الدول تنقسم إلى أربع مجموعات من مبيح لكل صورها ومن يجرم كل أشكال الإنجاب الإصطناعي، وهناك دول أخرى تقف بين الإتجاهين.

٤- إن عقد الحمل لحساب الغير على الرغم من إنه يشبه كل من عقد العمل والمقاوله والإيجار إلا أنه يختلف عنهم، لذلك يعد من العقود الغير مسماة.

الهوامش

- 1-United Nations, Department of Economic and Social Affairs, World Fertility Report 2013: Fertility at the Extremes, New York, 2014. Available on the following link : (<http://www.un.org/en/development/desa/population/publications/pdf/fertility/world-FertilityReport2013.pdf>).
- 2- See (Regulating Surrogacy in Australia) on the page of (the Human Rights Law Centre) edited on 17 April 2015, last visited on 4/3/2016. <http://hrlc.org.au/regulating-surrogacy-in-australia/>
- ٣- حتى إن بعض الناس يلجأون إلى الإتصال بالدجالين والمشعوذين، وهذا مايفسر مدى رغبة الإنسان في الحصول على مولود.
- 4- Glenda Emmerson, Surrogacy: Born for another, Queensland Parliamentary Library Publications and Resources Section, BRISBANE, September 1996, ISSN 1324-860X, p 6- 8.electronic copy available at (<https://www.parliament.qld.gov.au/documents/explore/ResearchPublications/researchBulletins/rb0896ge.pdf>).
- 5- LAWRENCE VAN GELDE , Noel Keane, 58, Lawyer in Surrogate Mother Cases, Is Dead, the new york times, January 28, 1997. The link of this article is (<http://www.nytimes.com/1997/01/28/nyregion/noel-keane-58-lawyer-in-surrogate-mother-cases-is-dead.html>), last visited 2/2/2016.
- ٦- في قضية في بريطانيا، امتنعت الأم الحاملة من تسليم الطفلة إلى الزوجين على الرغم من كونها

- أن تثبت قدرتهم المالية لرعاية طفل.
- أن يتم التأكد من الأشخاص ذوي السيرة الحسنة.
- أن تثبت عدم قدرتهم على الإنجاب لأسباب صحية مستعصية.
- أن لا يكون لأي منهما ولد.
- أن يرتبط المولود على الأقل بأحد الزوجين من الناحية الجينية.
- وفيما يتعلق بالمرأة التي تحمل أن يتم التأكد من خلال تقارير من جهات متخصصة بانها حسنة السيرة ولا تعاني من أمراض معدية..
- ٣- أن ينظم القانون المقترح أهم مسألة من مسائل الإنجاب الإصطناعي ألا وهي مسألة نسب الطفل الناتج عن هذه العمليات.
- ٤- إصدار قانون خاص ينظم عمل الجهات الطبية التي تقوم بعمليات الإنجاب الإصطناعي، وأن يوضح فيه ماهو مباح وماهو محرم، على أن يتم تحريم وتجريم عمليات الإنجاب الإصطناعي التي تتم من خلال خلط الأنسجة البشرية مع الأنسجة الحيوانية.
- ٥- تشريع قواعد قانونية فيما يتعلق بتنازع القوانين، ونقترح في هذا المجال إخضاع عقود التبرع و الحمل لحساب الغير الى نفس القواعد التي تسري على العقود المدنية كالبيع مثلاً، أما ما يتعلق بالاثار فنقترح إضاعه للقانون الشخصي، وذلك لإقترابه من الآثار التي ينته عقد الزواج.

مرتبطة بالزوج جينياً، وقد حكمت المحكمة لصالحها باعتبار بقائها مع أمها تكون أكثر تحقيقاً لمصلحة الطفلة. للمزيد يراجع الرابط التالي:

<http://www.dailymail.co.uk/Surrogate-/1306176-news/article-mother-wins-case-baby-giving-birth.html> last visited 2016/6/20.

٧- القانون الصادر في ١٣٨٢ الشمسي ويقابل ٢٠٠٣ ميلادي ويسمى بـ (قانون منح الأجنة للأزواج الذين يعانون من العقم).

٨- لتأصيل ذلك يراجع أ.د. سعدي اسماعيل البرزنجي، المشاكل القانونية الناجمة عن تكنولوجيا الإنجاب الجديدة، مطبعة جامعة صلاح الدين – أربيل، ٢٠٠٢، ص ٥٣ – ٦٠.

٩- والموت وفقاً للمادة (١ - ثامناً) من قانون عمليات زرع الأعضاء البشرية ومنع الاتجار بها رقم (٣٧) لسنة (٢٠١٥) العراقي هو «المفارقة التامة للحياة بصورة يقينية وفقاً للمعايير الطبية» حيث ترك الباب مفتوحاً لتحديد لحظة الموت وفقاً للتطورات الطبية.

١٠- تنص المادة (٥) من قانون عمليات زرع الأعضاء البشرية ومنع الاتجار بها رقم (٣٧) لسنة (٢٠١٥) على أنه «رابعا- يحظر استئصال الأعضاء البشرية أو الانسجة أو نقلها أو زرعها إلا لغرض علاجي أو للأغراض العلمية».

١١- المادة (٢) من قانون عمليات زرع الأعضاء البشرية ومنع الاتجار بها تنص على أنه «يهدف هذا القانون إلى تنظيم عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية لتحقيق مصلحة علاجية راجحة للمرضى والحصول على الأعضاء البشرية عن طريق التبرع ومنع الاتجار بها».

١٢- هناك فرق بين التبرع وعقد الهبة حيث الهبة عبارة عن تملك مال لآخر بلا عوض، ويلحق به في الحكم الصدقة هي المال الذي وهب لأجل الثواب. أما التبرع فقد يكون عقداً أو بإرادة منفردة وكذلك قد يكون في صورة وكالة بدون أجر، كتقديم

الدروس مجاناً فهو تصرف تبرعي إلا إنه ليس بهبة راجع بشأن ذلك المادة (٦٠١) من القانون المدني العراقي. للمزيد يراجع خالد سماحي، النظرية العامة لعقود التبرعات، أطروحة دكتوراه، جامعة أبو بكر بلقايد- الجزائر، ٢٠١٢ – ٢٠١٣، ص ٢٠ – ٢٦.

١٣- المادة (١- أولاً) من قانون عمليات زرع الأعضاء البشرية ومنع الاتجار بها.

١٤- المادة (٥ - سادساً) نفس القانون السابق.

١٥- آيين نامه اجرايى قانون نحوه اهداى جنين به زوجين نابارور، فصل دوم (شرايط اهدا و دريافت جنين)، ماده ٢- «زوج هاى اهداكننده بايد داراى شرايط زير باشند:

الف - علقه و رابطه زوجيت قانونى و شرعى.

ب - سلامت متعارف جسمى و روانى و ضريب هوشى مناسب.

پ - نداشتن اعتياد به مواد اعتيادآور و روان گردان.

ت - مبتلا نبودن به بيماريهاى صعب العلاج نظير ايدز، هپاتيت و...»

١٦- آيين نامه اجرايى قانون نحوه اهداى جنين به زوجين نابارور ماده ٦- «مراكز مجاز تخصصى درمان نابارورى مكلفند نسبت به موارد زير اقدام نمايند: الف - نگهدارى جنين هاى اهداى از سوى اهداىكنندگان مسلمان و غير مسلمان به طور جداگانه و رعايت تناسب دينى و مذهبى زوج هاى متقاضى با جنين اهدائى در زمان انتقال».

17- Human Fertilisation and Embryology Act 2008 (c. 22), section 3, 4.

18-Human Fertilisation and Embryology Act 2008 (c. 22), section 21,22.

19-See The Human Fertilisation and Embryology Act, (HFE. Act 2008), (PART 2, 33-1) “The woman who is carrying or has carried a child as a result of the placing in her of an embryo or of sperm

AMERICA, Council for Responsible Genetics, 2010, p 6.

23- Erin Y. Hisano, Ibid, 527,528.

24- Charlene Elena Carolyn Peabody Zil, The Effects of Compensation on the Supply of Surrogate Mothers, Economics 191A, Senior Essay Seminar, Spring 2006 , Vincent Crawford, p3. The web link of this article is (<http://econweb.ucsd.edu/~v2crawford/Zil-106Essay.pdf>) last visited on 5/2/2016>

٢٥- م. د. حسن محمد كاظم وآخرون، مشروعية الحمل لحساب الغير وأحكامه في القانون والشريعة الإسلامية، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق ، السنة الثانية ، العدد الأول، ٢٠١٠، ص ٨٢.

26- See Surrogacy Arrangements Act 1985, CHAPTER 49” 1 Meaning of “surrogate mother”, “surrogacy arrangement” and other terms

1The following provisions shall have effect for the interpretation of this Act.

2“Surrogate mother” means a woman who carries a child in pursuance of an arrangement—

(a)made before she began to carry the child, and

(b)made with a view to any child carried in pursuance of it being handed over to, and [F1parental responsibility beimet] (so far as practicable) by, another person or other persons.”.

27- Queensland Surrogacy Act 2010 , Part 3, “7 Meaning of surrogacy arrangement

(1) A surrogacy arrangement means an arrangement, agreement or understand-

and eggs, and no other woman, is to be treated as the mother of the child”

٢٠- و قد أطلقت عدة تسميات على هذه العملية منها رحم الظئر، أو شتل الجنين، أو الأم الحاضنة، أو الأمومة بالإستبدال (الأم البديلة)، أو أمهات بالوكالة، أو الرحم المستعار، أو البطن المؤجر، أو الأم الكاذبة، أو المضيفة، وشاع تسمية استئجار الأرحام للدلالة على المصطلح الانكليزي (surrogate mother)، حيث أن هذا المصطلح يعني: (من يقوم مقام غيره في مركز معين)، ولكن الأصح في نظرنا هو تسميتها بـ (الحمل لحساب الغير) حيث أن تسميتها بإيجار الرحم يفترض أن يكون الحمل بعوض، إلا أن الواقع غير ذلك، حيث هناك من يقوم بالعمل تبرعاً، لذلك إعتدنا في بحثنا مصطلح الحمل لحساب الغير. للمزيد حول الأسماء التي تطلق على الحمل لحساب الغير راجع عارف علي عارف القرعداغي، مسائل شرعية في قضايا معاصرة، منشورات International Islamic University Malaysia ، ٢٠١١، ص ١٠٧.

21- For more information see Erin Y. Hisano, GESTATIONAL SURROGACY MATERNITY DISPUTES: REFOCUSING ON THE CHILD, Lewis & Clark Law Review, Volume 15 / Number 2 / Summer 2011, p 526.

22- “Gestational surrogacy refers to a contractual situation whereby a woman agrees to have an in vitro fertilized embryo implanted into her uterus, and then agrees to carry the resulting child to term. She further agrees to relinquish her parental rights upon birth of the child. To produce the implanted embryo, either the gametes (egg and sperm) of the intended parents or donor gametes may be used” MAGDALINA GUGUCHEVA, SURROGACY IN

ates etc. or by armed forces personnel), or . . .”.

30-See

31- For example see a contract published at this link: “http://www.allaboutsurgacy.com/sample_contracts/GScontract1.htm”.

٣٢- هناك قرارات عدة للقضاء البريطاني حول عدم الإعتداد بعقد الحمل لحساب الغير والحكم لمصلحة الطفل من حيث رفاهيته، يراجع في ذلك قضية [٢٠١٥] (H v S (Surrogacy Agreement) EWFC ٣٦) المنشور على الرابط التالي:

<http://www.familylawweek.co.uk/site.aspx?i=ed145572> last visited 15/5/2016.

33- Queensland, Surrogacy Act 2010, chapter(2 – 15).

٣٤- للمزيد حول هذه الإتجاهات يراجع كل من :

د.منذر طيب البرزنجي، شاكر غني - عمليات أطفال الأنابيب والإستنساخ البشري في منظور الشريعة الإسلامية- مؤسسة الرسالة/ بيروت- ط١/٢٠٠١.
و د.يوسف القرضاوى- من هدي الإسلام فتاوى معاصرة- دار القلم/ الكويت- ط٣/٢٠٠٣. وخالد محمد صالح الكردي- أحكام الحمل في الشريعة الإسلامية- دراسة فقهية مقارنة مع قانون الأحوال الشخصية العراقي- أطروحة دكتوراه-كلية القانون/ جامعة الخرطوم/ السودان- ٢٠٠٤ / ٢٠٠٥. د. حسين ناصري مقدم، واكوي احكام فقهي نسب در كودك متولد از رحم جاينگزين، فصلنامه باروري و ناباروري/ بهار ٨٧، پژوهشكده ابن سينا.

٣٥- في القانونين الإنكليزي و كذلك الكوينزلاندي، لا يكون لعقد الحمل لحساب الغير أثر قانوني ولا تلزم المرأة الحاملة بالتنازل عن المولود، كما ولا يحول إليهما حقوق الوالدين، بل يجب على الراغبين في الدخول إلى ترتيبات الحمل لحساب الغير أن يقدموا طلباً إلى المحكمة، وتقوم الأخيرة من جانبها بالتأكد من توفر الشروط المطلوبة والمقدرة على رعاية

ing between a woman and another person or persons under which—

(a) the woman agrees to become, or try to become, pregnant with the intention that—

(i) a child born as a result of the pregnancy is to be treated as the child, not of the woman, but of the other person or persons; and

(ii) the woman will relinquish to the other person or persons custody and guardianship of a child born as a result of the pregnancy; and

(b) the other person or persons agree to become permanently responsible for the custody and guardianship of a child born as a result of the pregnancy”

٢٨- في هذا الموضوع يختلف التعريف الفقهي عن التعريف التشريعي، حيث التعريف الفقهي يوضع لكي يشمل بحكمه كل أنواع الحمل لحساب الغير، ولكن المشرع إن عرّف الحمل لحساب الغير سيكون تعريفه مانعاً من دخول الأنواع التي لا تعترف بها، كما إذا منع أن يكون العقد بعوض.

29- See Civil Partnership Act 2004, Part 1” 1 Civil partnership

(1) A civil partnership is a relationship between two people of the same sex (“civil partners—

(a) which is formed when they register as civil partners of each other—

(i) in England or Wales (under Part 2

(ii) in Scotland (under Part 3

(iii) in Northern Ireland (under Part 4), or

(iv) outside the United Kingdom under an Order in Council made under Chapter 1 of Part 5 (registration at British consul-

التناسل (Center for Reproductive Rights) فيان (٦١٪) من سكان العالم يعيشون في بلدان تسمح قوانينها الإجهاض وتختلف تلك القوانين من حيث الشروط الواجب توفرها لتقرير الإنجاب من دول تبيحه مطلقاً حتى يبلغ الجنين (١٢) أسبوعاً من العمر ودول أخرى تجيزه لأسباب صحية، بينما حوالي (٢٦٪) من سكان العالم يعيشون في دول تحظر الإجهاض، وقد وزعت المركز الدول إلى أربع مجموعات بحسب موقف قوانينها من الأجهاض، وتضم المجموعة الأولى أكثر من (٦٥) دولة حيث تحظر فيها الإجهاض بشكل كلي إلا لسبب ترتبط بحياة الأم ومن بين تلك الدول كل من العراق وإيران وأفغانستان ولبنان وليبيا وفلبين ، أما المجموعة الثانية فهي الدول التي تسمح بالإجهاض لحماية الصحة والتكامل البدني العقلي الإجتماعي وتضم حوالي (٥٥) دولة من بينها الكويت والسعودية والأردن، تايلاند، إثيوبيا وزيمبابوي ... ، أما المجموعة الثالثة وهي الدول التي تسمح قوانينها بالإجهاض لأسباب سوسيوإقتصادية مثل عمر المرأة وحالات الإغتصاب وتضم حوالي ١٤ دولة وهي الهند وبريطانيا واليابان . . . ، أما المجموعة الرابعة وهي الدول التي تسمح بالإجهاض إلى ما دون الأسبوع (١٢) وتتضمن حوالي (٦٥) دولة منها بحرين ، تونس ، الولايات المتحدة الأمريكية وغيرها. التقرير منشور على الرابط التالي:

<http://www.reproductiverights.org/sites/crr.civicaactions.net/files/documents/AbortionMap2014.PDF> last visited 1/5/2016.

٤١- ربما يكون الهدف من وجود قريب حال إظهار الإرادة هو حماية المتبرع من ألا يصبح ضحية إستغلال من قبل من له المصلحة في التبرع.

٤٢- المادة (١٣٠) من القانون المدني العراقي المعدل «١- يلزم أن يكون محل الإلتزام غير ممنوع قانوناً ولا مخالفاً للنظام العام أو للآداب وإلا كان العقد

الطفل ثم توافق على الطلب، وهذا يكون لسببين بنظرنا، الأول هو منع الحمل التجاري، و الثاني هو رعاية مصلحة الطفل في أن يعيش مع عائلة ترتب له العيش الكريم وأن تقوم بما تفرض عليها بموجب قواعد القانون والعرف والأخلاق.

36-Queensland Surrogacy Act 2010, s14.

37- Queensland Surrogacy Act 2010, s23.

38- Human Fertilisation and Embryology Act 2008, s54.

39-For example see Queensland Surrogacy Act 2010 Chapter 4 Miscellaneous, Part 1 Offences, “56 Commercial surrogacy arrangements prohibited - A person must not enter into or offer to enter into a commercial surrogacy arrangement”. And uk Surrogacy Arrangements Act 1985, CHAPTER 49” 2- Negotiating surrogacy arrangements on a commercial basis, etc.

(1) No person shall on a commercial basis do any of the following acts in the United Kingdom, that is—

(a) initiate or take part in any negotiations with a view to the making of a surrogacy arrangement,

(b) offer or agree to negotiate the making of a surrogacy arrangement, or

(c) compile any information with a view to its use in making, or negotiating the making of, surrogacy arrangements;and no person shall in the United Kingdom knowingly cause another to do any of those acts on a commercial basis.”

٤٠- بحسب آخر تقرير تم نشره من قبل مركز حقوق

له او فرعاً او قريباً او اجنبياً منه ولو مخالفاً لدينه».

٥٢- المادة (٦٠٣) من القانون المدني العراقي المعدل.

٥٣- المادة (٦٠٩) من القانون المدني العراقي المعدل.

٥٤- المادة (٦١٦) من القانون المدني العراقي المعدل.

٥٥- د. غالب علي الداودي، المدخل إلى علم القانون، دار وائل للنشر، عمان، الطبعة السابعة، ٢٠٠٤، ص ٢٧٢.

٥٦- أ.م. د. محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي، منشورات جامعة الكويت، الكويت، ١٩٩٣، ص ٦٨.

٥٧- تنص المادة (٦١٦) من القانون المدني العراقي المعدل على أنه «لا يكون الواهب مسؤولاً لا عن فعله العمد او خطأه الجسيم».

٥٨- للمزيد حول خصائص عقد الإيجار يراجع د. جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ٢٠٠٧، ص ١٩٦.

٥٩- د. حسن محمود عبد الدائم، عقد إيجارة الأرحام بين الحظر والإباحة، دار الفكر الجامعي، الأسكندرية، ط ١، سنة ١٩٩٩ ص ٧٩، الهامش الثالث.

٦٠- حسن محمود عبد الدائم- مصدر سابق- ص ٧٩.

٦١- لتفصيل هذه الآراء يراجع

٦٢- المادة (٢٤٨) من قانون التجارة رقم (٣٠) لسنة (١٩٨٤) المعدل والتي تنص على أنه «إيجارة الخزائن عقد يتعهد المصرف بمقتضاه مقابل اجرة بوضع خزانة معينة تحت تصرف المستاجر للانتفاع بها مدة معينة».

٦٣- قانون العمل العراقي رقم (٣٧) لسنة (٢٠١٥) .

٦٤- المادة (٨٤٦) من القانون المدني العراقي المعدل.

٦٥- قانون رقم (١٥) لسنة ٢٠٠٨ قانون تعديل تطبيق قانون الاحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩.

٦٦- د. ممدوح عبدالكريم حافظ عرموش، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، ١٩٩٨، عمان، ص ٣٦.

باطلاً».

٤٣- للمزيد يراجع د. ممدوح خيرى هاشم، الإنجاب الصناعي في القانون المدني، القاهرة ١٩٩٦، ص ٢٥٧.

٤٤- للمزيد حول مبررات هذه الآراء المؤيدة لفكرة كون التصرف عقداً يراجع م. د. حسن محمد كاظم وآخرون، مرجع سابق، ص ٩٠.

45- Surrogacy Arrangements Act 1985, CHAPTER 49 “2.--(1) No person shall on a commercial basis do any of the following acts in the United Kingdom, that is-

(a) initiate or take part in any negotiations with a view to the making of a surrogacy arrangement,

(b) offer or agree to negotiate the making of a surrogacy arrangement, or . . .”

٤٦- حميد رضا رنجبر قاسمي، مأخذ بيح، ص ١٢٠.

٤٧- ماده (١) «قرارداهاي خصوصى نسبت به كسانى كه آن را منعقد نمودهاند، در صورتى كه مخالف صريح قانون نباشد، نافذ است».

48- Rai technology university, elements of merchant law, available at (http://164.100.133.129:81/econtent/Uploads/Elements_of_Mercantile_Law.pdf) last visited 1/5/2016.

٤٩- المادة (٦٠٤) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة (١٩٥١) المعدل.

٥٠- المادة (٦٥) من القانون المدني العراقي المعدل.

٥١- تنص المادة (٦٠٨) من القانون المدني العراقي على أنه «يشترط ان يكون الواهب عاقلاً بالغاً اهلاً للتبرع، فان كان كذلك، جاز له ان يهب في حال صحته ماله كله او بعضه لمن يشاء سواء كان اصلاً

[F1 and the qualifying territories] after commencement shall be a British citizen if at the time of the birth his father or mother— (a) is a British citizen otherwise than by descent; or . . .”

76-<https://www.kingsleynapley.co.uk/client-services/family-relationships-and-divorce/case-studies/case-study-surrogacy> last visited 5/6/2016.

٧٧- تنص المادة (٣) من قانون الجنسية العراقية رقم (٢٦) لسنة (٢٠٠٦) على أنه «يعتبر عراقياً: أ من ولد لأب عراقي أو لأم عراقية». الدننية المعترف بها رسمياً في العراق رقم ٣٢ لسنة (١٩٨١).

٨٧- للمزيد حول هذا الرأي يراجع: اسدالله لطفى، بررسى و تحليل نسب كودك حاصل از رحم استيجارى از ديدگاه فقهى، مجله دانشگاه علوم پزشکی مازندران، دوره بيست و دوم شماره ٨٨ ارديبهشت سال (١٣٩١) ١٣٦-١٣٩، ص ١٣٦ - ١٣٩.

٨٨- لاحظ المادة (١٩ / ٥) من القانون العراقي المعدل. ٨٩- المادة (١) من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة (١٩٥٩) المعدل والتي تنص على أنه « ٢ - اذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية الاكثر ملائمة لنصوص هذا القانون ».

90- Human Fertilisation and Embryology Act 2008, part 2, 33 Meaning of “mother” (1) The woman who is carrying or has carried a child as a result of the placing in her of an embryo or of sperm and eggs, and no other woman,

٦٧- تنص المادة (١٨ / ١) من القانون المدني العراقي على أنه «الاهلية تسري عليها قانون الدولة التي ينتمي اليها الشخص بجنسيته».

٦٨- ويتفق القانون المدني للجمهورية الإسلامية مع القانون العراقي فيما يتعلق بمسألة تنازع القوانين، لذلك لانشير إلى موقفه في مجال تنازع القوانين في كل المواضع.

٦٩- المادة (٤ إلى ١٦) من القواعد الصادرة عن المحكمة العليا الأنكليزية.

٧٠- مادته (٧) قانون مدنى ايران، كه بيان مى كند «اتباع خارجه مقيم در خاك ايران، از حيث مسائل مربوطه به احوال شخصيه و اهليت خود و همچنين از حيث حقوق ارثيه، در حدود معاهدات، مطيع قوانين و مقررات دولت متبوع خود خواهند بود».

٧١- تنص المادة (٣٢) من القانون المدني العراقي على أنه « لا يجوز تطبيق احكام قانون اجنبي قررته النصوص السابقة اذا كانت هذه الاحكام مخالفة للنظام العام او للاداب في العراق».

٧٢- قانون مدني إيراني ماده ٦ «قوانين مربوط به احوال شخصيه، از قبيل نكاح و طلاق و اهليت اشخاص و ارث، در مورد كليهي اتباع ايران، ولو اين كه مقيم در خارجه باشند، مجري خواهد بود».

٧٣- تنص المادة (٢٥ / ١) من القانون المدني على أنه «يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها المواطن المشترك للمتعاقدين اذا اتحدا موطناً، فإذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان او يتبين من الظروف ان قانوناً آخر يراد تطبيقه».

٧٤- د. ممدوح عبدالكريم حافظ عرموش، مرجع سابق، ص ١٨١ - ١٨٢.

75- British Nationality Act 1981, Section (2) Acquisition by descent. (1)A person born outside the United Kingdom

٦. خالد محمد صالح الكردي- أحكام الحمل في الشريعة الإسلامية- دراسة فقهية مقارنة مع قانون الأحوال الشخصية العراقي- أطروحة دكتوراه- كلية القانون/ جامعة الخرطوم/ السودان- ٢٠٠٤ / ٢٠٠٥.

٧. د. سعدي اسماعيل البرزنجي، المشاكل القانونية الناجمة عن تكنولوجيا الإنجاب الجديدة، مطبعة جامعة صلاح الدين – أربيل، ٢٠٠٢.

٨. عارف علي عارف القرعة داغي، مسائل شرعية في قضايا معاصرة، منشورات International Islamic University .Malaysia، 2011

٩. د. غالب علي الداودي، المدخل إلى علم القانون، دار وائل للنشر، عمان، الطبعة السابعة، ٢٠٠٤.

١٠. م. د. محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي، منشورات جامعة الكويت، الكويت، ١٩٩٣.

١١. د. منذر طيب البرزنجي، شاكر غني - عمليات أطفال الأنابيب و الإستنساخ البشري في منظور الشريعة الإسلامية- مؤسسة الرسالة/ بيروت- ط١/٢٠٠١.

١٢. د. ممدوح خيري هاشم، الإنجاب الصناعي في القانون المدني، القاهرة ١٩٩٦.

١٣. د. يوسف القرضاوي- من هدي الإسلام فتاوى معاصرة- دار القلم/ الكويت- ط٣/٢٠٠٣.

is to be treated as the mother of the child”.

٩١- قانون نحوه اهداء جنين به زوجين نابارور ماده ٣ «وظايف و تكاليف زوجين اهداء غيرنده جنين و طفل متولد شده از لحاظ نگهدارى

و تربيت و نفقه و احترام نظير وظايف و تكاليف اولاد و پدر و مادر است».

٩٢- اسدالله لطفى، مأخذ پيش، ص ١٣٣- ١٣٦.

قائمة المصادر والمراجع

اولا: العربية

١. د. جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ٢٠٠٧.

٢. محمد بن يحيى بن حسن النجيمي، الإنجاب الصناعي بين التحليل والتحرير، مكتبة بن عبيكان، الرياض، ٢٠١١.

٣. د. حسن محمد كاظم وآخرون، مشروعية الحمل لحساب الغير وأحكامه في القانون والشريعة الإسلامية، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق ، السنة الثانية ، العدد الأول، ٢٠١٠.

٤. د. حسن محمود عبد الدائم، عقد إيجارة الأرحام بين الضرر والإباحة ، دار الفكر الجامعي، الأسكندرية، ط١، سنة ١٩٩٩.

٥. خالد سماحي، النظرية العامة لعقود التبرعات، أطروحة دكتوراه، جامعة أبوبكر بلقايد- الجزائر، ٢٠١٢ – ٢٠١٣.

١. القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة (١٩٥١) المعدل.
٢. قانون التجارة رقم (٣٠) لسنة (١٩٨٤) المعدل
٣. قانون العمل رقم (٣٧) لسنة (٢٠١٥).
٤. قانون رقم (١٥) لسنة ٢٠٠٨ قانون تعديل تطبيق قانون الاحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩.
٥. القانون الصادر في ١٣٨٢ الشمسي ويقابل ٢٠٠٣ ميلادي ويسمى بـ (قانون منح الأجنة للأزواج الذين يعانون من العقم).
٦. القانون المدني الإيراني.
٧. قانون عمليات زرع الاعضاء البشرية ومنع الاتجار بها رقم (٣٧) لسنة (٢٠١٥) العراقي.
٨. قانون الجنسية العراقي رقم (٢٦) لسنة (٢٠٠٦)
٩. قانون (الاحوال الشخصية للاجانب رقم) رقم (٧٨) لسنة (١٩٣١) المعدل).
١٠. قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة (١٩٥٩) المعدل.
١١. نظام ملحق نظام رعاية الطوائف الدينية (الطوائف الدينية المعترف بها رسميا في العراق رقم ٣٢ لسنة ١٩٨١).

1.For more information see Erin Y. Hisano, GESTATIONAL SURROGACY MATERNITY DISPUTES: REFOCUSING ON THE CHILD, Lewis & Clark Law Review, Volume 15 / Number 2 / Summer 2011.

2.MAGDALINAGUGUCHEVA, SURROGACY IN AMERICA, Council for Responsible Genetics, 2010.

ثالثا: اللغة الفارسية

١. حميد رضا رنجبر قاسمي، ماهيت و آثار تعهدات ناشى از قراردادها برحم جاينگزين در حقوق ايران، ماهنامه (كانون)، ماهنامه خبرى و تحليلى در زمينه علوم انسانى، سال پنجاه و پنجم، دوره دوم، شماره ١٤٣ و ١٤٤، مرداد و شهريور ماه ١٣٩٢.
٢. اسدالله لطفى، بررسى و تحليل نسب كودك حاصل از رحم استيجارى ازديدگاه فقهي، مجله دانشگاه علوم پزشكى مازندران، دوره بيست و دوم شماره ٨٨ ارديبهشت سال (١٣٩١) ١٣١-١١٦.
٣. حسين ناصري مقدم، واكاي احكام فقهي نسب در كودك متولد از رحم جاينگزين، فصلنامه باروري و ناباروري/ بهار ٨٧، پژوهشكده ابن سينا.

lating-surrogacy-in-australia/

4.LAWRENCE VAN GELDE , Noel Keane, 58, Lawyer in Surrogate Mother Cases, Is Dead, the new york times, January 28, 1997. The link of this article is (<http://www.nytimes.com/1997/01/28/nyregion/noel-keane-58-lawyer-in-surrogate-mother-cases-is-dead.html>), last visited 2/2/2016.

5.<http://www.dailymail.co.uk/news/article-1356176/Surrogate-mother-wins-case-baby-giving-birth.html> last visited 20/6/2016.

6.CharleneElenaCarolyn Peabody Zil,The Effects of Compensation on the Supply of Surrogate Mothers,Economics 191A, Senior Essay Seminar , Spring 2006 , Vincent Crawford, p3. The web link of this article is (<http://econweb.ucsd.edu/~v2crawford/Zil06Essay.pdf>) last visited on 5/2/2016.

7.“http://www.allaboutsurgacy.com/sample_contracts/GScontract1.htm”.

8. قضية H v S (Surrogacy) (Agreement) [2015] EWFC 36 المنشور على الرابط التالي:

١٢. آيين نامه اجرائی قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور.

13. Human Fertilisation and Embryology Act 2008

14. British Nationality Act 1981

15. Surrogacy Arrangements Act 1985

16. Queensland Surrogacy Act 2010

17. Civil Partnership Act 2004

خامسا: الألكترونية

1.Glenda Emmerson, Surrogacy: Born for another, Queensland Parliamentary Library

2.Publications and Resources Section, BRISBANE, September 1996, ISSN 1324-860X, p 6- 8.electronic copy available at (<https://www.parliament.qld.gov.au/documents/explore/ResearchPublications/researchBulletins/rb0896ge.pdf>).

3. See (Regulating Surrogacy in Australia) on the page of (the Human Rights Law Centre) edited on 17 April 2015, last visited on 4/3/2016. <http://hrllc.org.au/regu->

fairs, World Fertility Report 2013: Fertility at the Extremes, New York, 2014. Available on the following link : (<http://www.un.org/en/development/desa/population/publications/pdf/fertility/worldFertilityReport2013.pdf>).

<http://www.familylawweek.co.uk/site.aspx?i=ed145572> last visited 15/5/2016.

٨. تقرير تم نشره من قبل مركز حقوق التناسل (Center for Reproductive Rights) حول مدى جواز الإجهاض في تشريعات دول العالم:

<http://www.reproductiverights.org/sites/crr.civicactions.net/files/documents/AbortionMap2014.PDF> last visited 1/5/2016.

9. Rai technology university, elements of merchantile law, available at (http://164.100.133.129:81/econtent/Uploads/Elements_of_Mercantile_Law.pdf) last visited 1/5/2016.

10. <https://www.kingsleynapley.co.uk/client-services/family-relationships-and-divorce/case-studies/case-study-surrogacy> last visited ٢٠١٦/٦/٥.

١١. المحامي وليد عبدالخالق، الزنى في التشريع الجنائي الإسلامي، بحث منشور على الرابط التالي (<http://previous.eastlaws.com/Uploads/Morafaat/149.pdf>) ، آخر زيارة للموقع (٢٠١٦/٦/٥).

12. United Nations, Department of Economic and Social Af-



Artificial Insemination..ConflictOf Laws

(An Analytic Compartive Study)

Dr.Mufak Khlid Ibraheem*

Abstract

The infertility or inability to procreate is one of the significant problems which face human society. Fortunately, the issue can be solved by using technology to assist the infertile couple for procreation in different process. This process is called “Artificial Procreation”. The process is used for donating sperm or an ova and putting them in other woman’s womb instead of the wife’s womb. However, the artificial procreation could be more complex, if a fetus planted inside a foreign woman’s womb because there will not be any relationship between the fetus and the infertile couple. This leads to emergence of serious problem in particular regarding to determination of fetus’s pedigree. Thus, it is very important for a legislator to interfere in this issue and find a suitable solution for it. In additions, other issues may rise regarding to the relationship between the woman who carries the fetus and her other children in case allowing and prohibiting marriage between them.

The growth of what is known as <international surrogacy> which is concerned with women who are nationals of a particular country other than that of their spouse or their country of birth or when contracts are brokered via a third country has presented lawmakers with certain difficulties due to the problem of conflict of laws.

We concluded our paper with collection of results and we provided some suggestions regarding this important issue. A significant point is that; Iraqi legislator and number of legislators of the neighbor countries have not regulated the artificial procreation process legally. Thus, there is a lack of legislation related to the issue because it is sensitive topic from religious and moral perspective

of our society. Therefore, we suggest the Iraqi legislator to regulate this field and allowing infertile couple only to do this process. In addition, prohibition of pregnancy for other people, if it is paid. Finally, the baby should be linked to one of the parents from the genetic point as a minimum requirement for allowing the process.

(*)Raparin University/College Of Law

CONTENTS

Research and Studies

Editor.....	13
- Social defense policy and its reflection in the laws	
Prof.Dr.Jamal Al-Haidry	40
-Administrative decentralization hybrids in Iraq	
Prof.Dr.Ammar Tariq	
Asst.Lectur.AdelH.Jaber.....	82
- The extent to which universal jurisdiction is affected by statute of limitations and amnesty	
Asst.Prof.Dr.Luma A.Mahmood	
Asst.Lectur.Maraw I. Mohammed.....	98
- Judicial oversight of war actions	
Asst.Prof.Dr. Mohammed Ezzit	
Asst .Prof.Dr. Qydar Abdul-Qader Salih.....	126
- The benefits of Iraqi governmental loan to employees	
Asst. Prof. Dr. Muna Younis	
Asst. Lectuer.Fatin Younis.....	140
-Comment on the texts of the Iraqi penal law	
Asst. Prof. Dr. Raid Fajer AL-Rawi.....	144
-Determining national jurisdiction in prosecuting crimes of international terrorism in the light of international law	
Dr.Kureebez Murad.....	176
-Artificial Insemination Conflict Of Laws	
Dr. Mufak Khlid Ibraheem.....	211

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 trends

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.(50) Baghdad-2020

Editor -In-Cheif

Prof. Dr.Hanan M. Al kais/Al-Mustansiriya/Iraq

Editor Manager

Dr. Thakra Inam Ghaeb/ BaitAl-Hikma/Iraq

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 Ali 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

Asst.Prof.Rokia Ayad(ArabicLanguage)

Lect.Rania AdnanAziz (English Language)

