



دراسات قانونية

مجلة فصلية محكمة تصدر عن قسم الدراسات القانونية في بيت الحكمة - بغداد
العدد (٤٤) لسنة ١٤٣٩ هـ / ٢٠١٨

رئيس التحرير
أ.د. حنان محمد القيسي

سكرتير التحرير
د. ذكرى انعام غائب

الهيئة الاستشارية

أ.د. غازي فيصل
أ.د. مازن ليلو راضي
أ.د. حيدر ادهم عبد الهادي
أ.م.د. محمد علوم محمد علي
أ.م.د. صبا نعمان رشيد
أ.م.د. امل كاظم سعود

المراجعة اللغوية
أ.م.د. اسراء حسين

أهداف وضوابط النشر

اهداف بيت الحكمة

بيت الحكمة مؤسسة فكرية علمية ذات شخصية معنوية واستقلال مالي واداري مقره في بغداد ومن اهدافه:-

- * العناية بدراسة تأريخ العراق والحضارة العربية والاسلامية .
- * ارساء منهج الحوار بين الثقافات والاديان بما يسهم في تأصيل ثقافة السلام وقيم التسامح والتعايش بين الافراد والجماعات .
- * متابعة التطورات العالمية والدراسات الاقتصادية وأثارها المستقبلية على العراق والوطن العربي
- * الاهتمام بالبحوث والدراسات التي تعزز من تمتع المواطن بحقوق الانسان وحياته الاساسية وترسيخ قيم الديمقراطية والمجتمع المدني .
- * تقديم الرؤى والدراسات التي تخدم عمليات رسم السياسات .

ضوابط النشر

- تنشر المجلة البحوث التي لم يسبق نشرها ويتم اعلام الباحث بقرار المجلة خلال ثلاثة اشهر من تاريخ تسلم البحث .
- ترسل نسخة واحدة من البحث باللغة العربية مع ملخص له باللغة الانكليزية لا تزيد كلماته عن ٢٠٠ كلمة شريطة ان تتوفر فيه المواصفات الاتية :
- أ- ان يكون البحث مطبوعاً على قرص مرن (CD) بمسافات مزدوجة بين الاسطر وبخط واضح .
- ب- ان لا تتجاوز عدد صفحات البحث (٢٠) صفحة بقياس (A4) عدا البيانات والخرائط والمرتسمات.
- ج- ان تُجمع كل المصادر والهوامش مرقمة بالتسلسل في نهاية البحث وبمسافات مزدوجة بين الاسطر .
- يحصل صاحب البحث المنشور في المجلة على نسخة مجانية من العدد الذي ينشر فيه البحث .
- تعتذر المجلة عن اعادة البحوث سواء نشرت أم لم تنشر .
- يحتفظ القسم بحقه في نشر البحث طباعياً وإلكترونياً على وفق خطة تحرير المجلة .

المحتويات

كلمة العدد

٧..... رئيس التحرير

الاخلال بحقوق الدفاع في الدعوى التأديبية

أ.د. عمار طارق عزيز

١١..... م.م. ضياء حسين لطيف

نظرية وحدة القانون الخاص وانعكاساتها في القانون العراقي

٣٩..... أ.م.د. فاروق ابراهيم جاسم

رفع دعوى الالغاء خارج ميعادها

٥١..... أ.م.د. علي احمد حسن

جريمة التنقيب الاثري غير المشروع دراسة مقارنة

٧١..... أ.م.د. مازن حلف الشمري

الحماية الدستورية لفكرة النظام العام

م.د. علي حسن عبد الامير

م.م. علي مجيد العكيلي..... ٨٩

الضمانات القانونية على عقد البيع على الخريطة وفقا لنظام الاسكرو المصرفي

والقانون المدني العراقي

م.م. جعفر جبر محمود الحريشاوي ١٠٥

التنظيم القانوني للاعتماد المستندي في القانون العراقي دراسة مقارنة

القاضي عباس زياد كامل ١٢٧

كلمة العدد

المجلة بحلة جديدة

أصبح تزايد وظائف الدولة وإتساع نشاطها ضرورة يعترف بها أنصار مختلف المذاهب السياسية. وغدت الدولة الحديثة تأخذ على عاتقها حل مشاكل المجتمع في حاضره ومستقبله في جميع النواحي التي من شأنها رفع مستوى معيشة المواطن.

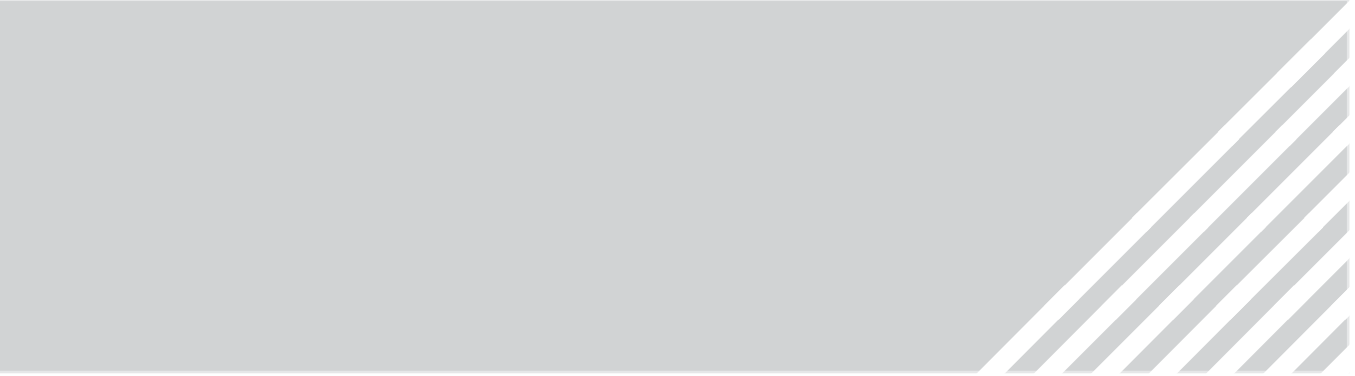
وقد أدى تزايد وظائف الدولة إلى تزايد أهمية الإدارة كأداة لتنفيذ سياستها، وإستتبع تغييراً واضحاً في الدور الذي تقوم به. ويكفي مقارنة إدارة اليوم بما كانت عليه في القرن الماضي لنرى مدى التغيير الذي طرأ عليها وإن كانت غالباً في صورة تطور تدريجي من دون إنقطاع مفاجئ أو إنفصال واضح بين مراحلها.

وفضلاً عن المهام الجديدة التي أخذتها الدولة على عاتقها حديثاً، فقد تعقدت وظائفها التقليدية وإتسع نطاقها، فلم تعد الأعمال أو الخدمات التي تؤديها أي وزارة أو هيئة من هيئات الدولة مماثلة لتلك التي كانت تقوم بها في الماضي، مما أدى إلى زيادة عدد الوزارات وتشعب فروع كل وزارة، ووصل عدد الموظفين إلى أرقام كبيرة دخلت في إطار الملايين وأصبح من المحتم ترتيب العمل في وزارات الدولة وهيئاتها وتنظيم العلاقات بينها وداخل كل منها.

وإن كانت تلك هي الإدارة وتلك أهميتها فقد كثر الحديث عن إنخفاض كفاءة الإدارة عموماً - وفي العراق خاصة - وتفاقت عيوبها في السنوات الأخيرة، ناهيك عن غياب الرادع القانوني وإنعدام الشفافية وانتشار مظاهر الفساد الإداري والإقتصادي بشكل لافت للنظر، مع ما سيتبع ذلك من ضياع للوقت والجهد والمال عبثاً على الرغم من حاجتنا الماسة إلى رفع مستوى معيشة الإنسان العراقي رفعاً حقيقياً لا يقف عند حد الدعاية السياسية أو الكلام البراق.

ولعل كل ما تقدم يُلقي على عاتق الباحثين عموماً، والقانونيين بوجه خاص، واجب البحث عن حلول لكل تلك الآفات ورفع توصيات ومقترحات بتلك الحلول والمعالجات خدمة للوطن ورفعة لشأنه، وقد دأبت مجلة دراسات قانونية على تشجيع الباحثين وإنتقاء البحوث ذات الصلة بالواقع العراقي، ونحن إذ نضع بين أيديكم اليوم عدداً جديداً من المجلة فإنّ الأمل يحدوننا بأن يكون متميزاً كالأعداد السابقة.

رئيس التحرير





البحوث والدراسات

الاخلال بحقوق الدفاع في الدعوى التأديبية

أ.د. عمار طارق عبد العزيز *

م.م ضياء حسين لطيف **

الملخص

بطلان القرار التأديبي هو الأثر المترتب على الإخلال بحقوق الدفاع لا اعتبارها من الإجراءات الجوهرية للصيقة بحقوق الإنسان. فقد تطورت هذه الحقوق وعلى الصعيدين الجنائي والتأديبي وأصبحت من الضمانات الأساسية المكفولة للمتهم في سبيل حصوله على محاكمة عادلة، فيترتب على الإخلال بها بطلان الإجراءات المشوبة بهذا العيب داد الاهتمام بحقوق الدفاع أمام القضاء على اعتبار أن القضاء هو الملاذ الأخير للمتهم. فإذا ما انتهكت هذه الحقوق فينبغي في القضاء أن يكون الملجأ الذي يلجأ إليه المظلوم لإنصا

أن التكيف مع الظروف المحيطة هي من طبيعة البشر، فالإنسان يتكيف مع الأحوال والتغيرات سواء المناخية أو السياسية أو القانونية أو غيرها، وهذا التكيف قد لا يكون ايجابيا دائما، فقد يكون سلبيا، وذلك عندما يتكيف من اعتاد مخالفة القانون مع المحاولات الرامية إلى لجم وجوه هذه المخالفة، وبالتالي كان لابد من بيان أوجه هذه المخالفات في سبيل العمل على مواجهتها، ومن بين أهم هذه المخالفات تلك التي تنتهك حقوق المتهم في الدفاع عن نفسه، وعليه لابد من بيان صور هذه الانتهاكات وخصائصها ومرتكيها لكي نتمكن من وضع الحلول القانونية لها .

المقدمة

فحقوق الدفاع من الحقوق الطبيعية المستقرة في الضمير الجماعي قبل ولوجها القانون الوضعي، وتتطلب من مبدأ عدم السماح لأحد أن ينصب نفسه قاضيا في القضايا الخاصة به فيكون خصما وحكما في عين الوقت، فينصف نفسه بنفسه، وأن على المحكمة أن لا تقضي في قضية دون الاستماع لدفع الخ وعلى ضوء ذلك ينص القانون على وسائل تسمح للمتهم بالدفاع عن نفسه سواء في المجال الجنائي أو التأديبي، ورد الاتهام الموجه إليه، من خلال جملة حقوق منها حقه في اختيار

تعتبر حقوق الدفاع من الحقوق المقدسة والمكفولة في المحاكمات والدعاوى كافة لا سيما المحاكمات الجزائية والتأديبية^١، وتعتبر من البديهيات القانونية حتى في حالة غياب النص حيث تعتبر من المبادئ العامة للقانون، وفي حالة انتهاكها تثار المسؤولية القانونية بمختلف صورها، وفي المجال التأديبي فأن (*) (**) الجامعة المستنصرية / كلية القانون

وعليه فسنتناول في هذا المبحث معنى الإخلال بشكل عام وكيف ينصرف إلى انتهاك حقوق الدفاع، وذلك على النحو الآتي :

المطلب الأول

التعريف بالإخلال بحقوق الدفاع (لغة واصطلاحاً)

ينصرف الإخلال من الناحية اللغوية إلى الانتهاك والتجاوز والإساءة إلى الشيء والتقصير في أداء الحقوق وإتيان الواجبات، وإفسادها بعمل أو امتناع، فيخل المرء بالتزامه بإتيان عكسه أو بتركه، فيؤدي ذلك إلى الإجحاف أو الإضرار به^٢.

وبما أن حق الدفاع حقاً مقدساً يسعى إلى تحقيق المساواة في مراكز الخصوم عند خضوعهم أمام القضاء، فإذا اختلت هذه المساواة تختل فكرة العدالة عينها، ويقود هذا الإخلال إلى عواقب وخيمة على المجتمع والدولة، بسبب فقدان أهم أهداف القانون ألا وهو العدالة. وإن من أهم أسباب الاطمئنان إلى القانون والسلطة هو وجود ضمانات كفيلة بمنع اعتبار الاتهام ذنباً، وأن ما يُنسب للشخص من ثُهم لا تثبت للوهلة الأولى، بل يمر بإجراءات قانونية واضحة من التحقيق والمحاكمة العادلة، تلزم فيها السلطات بتوفير حقوق الدفاع، وعدم التقصير في توفير مستلزماتها المادية والقانونية. وإلا فإن الإخلال بحقوق الدفاع ينصرف إلى انتهاك هذه الحقوق والإجحاف بحقوق أصحابها.

أن الحقيقة القضاء والفقه وفي المجالين الجنائي والتأديبي لم يعطي هذا المفهوم حقه في التعريف والتحليل، رغم الإشارات المتعددة إليه في الأحكام والأبحاث، والتحذير منه، وبيان صورته وأشكاله.

محام دفاع وطلب مساعدته، والإطلاع على ملف القضية، وغيرها من الإخلال بهذه الحقوق انتهاكاً خطيراً لكل مفاهيم الدولة القانونية لذا كان لا بد من تناول هذا الموضوع وبيان أبعاده القانونية كاف ومن خلال ما تقدم لا بد من التعرف إلى مفهوم الإخلال بحقوق الدفاع وخصائصه والمتضررين منه، والآثار المترتبة على هذا الإخلال، كما لا بد من التعرف إلى صورته من خلال ربطه بالحقوق الأساسية للدفاع، وذلك على النحو الآتي :

المبحث الأول : مفهوم الإخلال بحقوق الدفاع

المبحث الثاني : صور الإخلال بحقوق الدفاع

المبحث الأول

مفهوم الإخلال بحقوق الدفاع

تعتبر حقوق الدفاع من مقومات دولة القانون التي تحظى باهتمام كبير نظراً لخطورة القضايا المتعلقة بها والنتائج المترتبة عليها.

وقد تناول الفقه والقضاء هذه الحقوق تعريفاً وتحليلاً باعتبارها من حقوق الإنسان المتعلقة بالدفاع عن نفسه وعن مصالحه، وبكونها وسائل متاحة للإنسان بصفة عامة بهدف إثبات براءته أو الرد على كل اتهام مضاد. وتتم هذه الحقوق من مرحلة الاتهام إلى مرحلة التحقيق ولتصل إلى مرحلة المحاكمة.

وعى الرغم من أهمية هذه الحقوق إلا أن مفهوم الإخلال بها لم يحض بالاهتمام الكافي من قبل القضاء والفقه في المجالين الجنائي والتأديبي، وتزداد هذه الحالة في المجال التأديبي بالنظر للحداثة النسبية لمفاهيمه، والاختلاف الكبير بين أنظمتيه، ما يستدعي بحث هذا الموضوع بشيء من التفصيل.

المطلب الثاني

خصائص الإخلال بحقوق الدفاع

تصدر عن السلطة العامة والأشخاص العاديين انتهاكات مختلفة تأخذ صورا وأشكالا عديدة، وتتعدد هذه الانتهاكات بتعدد الوسائل التي تستخدمها السلطة أو الشخص، وفي مجال حقوق الدفاع، لا بد من تمييز الانتهاكات التي تحدث في نطاقها عن غيرها من الانتهاكات الأخرى، وإعطائها الوصف القانوني الدقيق، وذلك من خلال بيان خصائص هذه الانتهاكات وعلى النحو الآتي :

أولاً: أن يكون الإخلال صادرا من السلطة المختصة

تنص القوانين على تنظيم حقوق الدفاع محددة إياها بالاسم والوصف والوسائل ومقررة كفالتها كضمانة مبدئية أساسية لعدم الإخلال بالحريات والحقوق الشخصية ولضمان حماية الحقوق والحريات الأخرى الواردة في الدستور والقوانين، بل حتى تلك التي لم ترد في القوانين الوضعية ولكنها استقرت في الضمير القانوني للجماعة .

وبالنظر إلى أن السلطة بالمعنى الواسع هي المختصة بتطبيق إجراءات الاتهام والتحقيق والمحاكمة، ولذلك فإن الإخلال بحقوق الدفاع لا بد وأن تصدر عنها وعن من يمثلها من رجال ونساء هذه السلطة .

فالقانون يضع النصوص الضامنة لاحترام حقوق دفاع المتهم في المجال الجنائي والتأديبي كما في حق المتهم بالاستعانة بمحامى للدفاع عنه أو لمراقبة مدى التزام هذه السلطة باحترام حقوق الدفاع، وبخلاف ذلك كان للمحامي إثارة مسؤولية السلطة العامة كرادع لرجالها إذا ما عدوا إلى مخالفة القانون مطمئنين إلى انتفاء

وفي محاولة خجولة لمحكمة النقض المصرية قضت بقولها (....) إذ الإخلال بهذا الحق هو حرمان المتهم من إبداء أقواله بكامل الحرية، أو إهمال الفصل في طلب صريح من طلبات التحقيق، أو في الدفوع الفرعية التي يبديها، أو في دفاع صريح خاص بعذر قانوني من الأعداء المبيحة، والممانعة من العقاب)^٢.

وبغض النظر عما تقدم فإن الإخلال بحقوق الدفاع يعني انتهاك هذه الحقوق وعدم احترامها مما يؤثر سلبا على المتهم، وبالتالي على قدرته في الدفاع عن نفسه وفي إثبات براءته، فيعتبر المتهم مذنباً حتى يثبت براءته، وهذا يشكل انتهاكا خطيرا بمبدأ افتراض براءة المتهم .

فهذا الإخلال يشكل مفهوما عكسيا لحقوق الدفاع، فيتمثل بعدم اطلاع المتهم بالتهمة المنسوبة إليه، ومنعه من الاطلاع على أوراق القضية، وتحليفه اليمين للاعتراف على نفسه، وإجباره على الكلام إذا اثر الصمت، ومنعه من مناقشة الشهود أو الاستعانة بهم ودحض الأدلة التي تدينه، ومنعه من الاستعانة بمحام للدفاع عنه . وعلى ضوء ذلك فإن الإخلال بحقوق الدفاع يشكل نوعا من الظلم وانتهاك العدالة بسبب المساس بحقوق الإنسان والاعتداء على حريته وكرامته، كما يقود إلى تزييف الحقائق وانحراف العدالة عن مسارها، مما يضر إضرارا بيّنا بمفاهيم الدولة القانونية والعدالة .

فمثلا من المبادئ الراسخة في كل التشريعات، هي أن لكل متهم الحق في الاستعانة بمحام . بل ويعد هذا الحق من أهم الضمانات المكفولة له أثناء مرحلتي التحري والمحاكمة لأن حضور المحامي مع موكله في أي مرحلة تكون عليها الدعوى تبعث في نفسه الهدوء والثقة بسلامة الإجراءات المتخذة في مواجهته ؛

الرقابة على أعمالهم أو غفوتها أو مندفعين بما أقره لهم القانون من وسائل غير عادية كوسائل الضبط القضائي وغيرها ، وتمتد ضمانات الدفاع في قيمتها العملية إلى أبعد من مرحلة المحاكمة لتشمل في مظللتها المرحلة السابقة على المحاكمة كمرحلة توجيه الاتهام للموظف المتهم والتحقيق معه ، فيحميه القانون وبوجه خاص من أساليب الخداع أو الإغواء أو التهديد للإدلاء بما يدينه ، أو تعرضه لوسائل قسرية لحمله على الاعتراف بأقوال تناقض مصلحته ، كتخليفه اليمين لإجباره على الاعتراف °.

فإذا ما اتهم الموظف العام بارتكاب مخالفة تأديبية فتتم إحالته إلى السلطة التأديبية بمختلف إشكالها وبحسب ما تنص عليه القوانين المقارنة ، وتحدد القوانين هذه السلطات والتي تختلف باختلاف كل فئة وظيفية ، فتجري التحقيق الذي استلزمه القانون حيث تنص القوانين عادة على عدم فرض أي عقوبة تأديبية على الموظف العام إلا بقرار مسبب وبعد التحقيق معه كتابة أو شفاهة (ويسمى الاستجواب في العراق) وسماع أقواله وتحقيق دفاعه، وبذلك يعتبر التحقيق من الضمانات التي كفلها القانون للموظف العام ^٦.

وتجيز القوانين في حالات معينة معاقبة الموظف العام غيابياً إذا تخلف عن الحضور أمام السلطة التأديبية للتحقيق معه بغير عذر رغم إبلاغه بالوسائل القانونية ، والحكمة من إجازة التحقيق أو المحاكمة في غيبة الموظف العام ، هي أن غيابه لا يحول دون استكمال الإجراءات التأديبية بحقه، وإلا لاستفاد الموظف من غيابه وتهربه من الإجراءات التأديبية .

و السلطة التأديبية هي سلطة التأديب المختصة بالتحقيق أو المحاكمة وأخيراً إصدار

القرار التأديبي. ومن نافلة القول أن أي إخلالاً بحقوق الدفاع المقررة للمتهم من الموظفين العموميين لابد وأن ترتكب من جانبها سواء كانت إدارية أو قضائية ، أو شبه قضائية.

كذلك فإن السلطة المختصة بالتأديب قد تتضمن فرداً أو أكثر ممن ينطبق عليهم وصف الموظف الفعلي ، فإذا ما بدرت من هؤلاء مخالفات تتعلق بانتهاك حقوق الدفاع ، فلا بد وأن ينطبق عليهم هذا الشرط ، وبالتالي تترتب على أعمالهم الآثار عينها المترتبة على تصرف سلطة التأديب .

وفي العراق فإن السلطة المختصة بالتأديب تتمثل بما يأتي ^٧

رئيس الجمهورية أو من يخوله بالنسبة للموظفين التابعين له .

١- رئيس مجلس الوزراء و الوزير ورئيس الدائرة غير المرتبطة بوزارة بالنسبة للموظفين التابعين لوزارته أو دائرته .

كذلك ينطبق مفهوم السلطة المختصة في هذا الشأن في العراق على كل من محاكم قضاء الموظفين والمحكمة الإدارية العليا، حيث تختص محاكم قضاء الموظفين بالنظر في الدعاوى التي يرفعها الموظف العام على دوائر الدولة والقطاع العام للطعن في العقوبات الانضباطية المفروضة عليه استناداً لقانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم ١٤ لسنة ١٩٩١ المعدل ، حيث ينبغي أن تلتزم هذه المحاكم بإعمال حقوق الدفاع عند نظر هذه الطعون . أما المحكمة الإدارية العليا فتمارس اختصاصات محكمة التمييز الاتحادية المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل وذلك للنظر في الطعون بقرارات محاكم قضاء الموظفين المتعلقة بقانون الانضباط . وعليه فإن مراقبة

إعمال حقوق الدفاع أثناء فرض العقوبة الانضباطية هو من صميم عملها^٨.

ثانياً : أن يمثل الإخلال انتهاكاً للقانون أو المبادئ المستقرة في الضمير القانوني للجماعة

من المبادئ الأساسية في الدولة القانونية هو خضوع الكافة للقانون ،حكاماً ومحكومين،ولكن في كثير من الأحيان ترتكب مخالفات قانونية هنا وهناك .وقد تكون هذه المخالفات جنائية عندما يرتكب الموظف العام إحدى المخالفات التأديبية من خلال الإخلال بالواجبات المفروضة عليه او ينتهك إحدى المحظورات الممنوعة عليه^٩

كما قد تكون المخالفات مرتكبة من قبل السلطة ، وهذه المخالفات يرتكبها شخص يشغل منصب في الدولة فيخوله القانون صلاحيات للقيام بعمله بهدق تحقيق المصلحة العامة ، لكنه ينحرف ويستغل صلاحياته بشكل غير قانوني خارجاً عن المصلحة العامة ومصلحة الجمهور لتحقيق اغراض خاصة به

وفي ادبيات القانون الاداري يطلق على عيب مخالفة القانون بمعناه الضيق عيب المحل المحل ، اما عيب مخالفة القانون بمعناه الواسع فيشمل عيوب القرار الاداري كافة ، عيب الاختصاص والشكل والسبب والمحل والغاية^{١٠}. وتتنوع أشكال مخالفة القانون فتارة تكون المخالفة لنص من نصوص القوانين أو الأنظمة والتعليمات أو تطبيقاتها في حالة وجود القاعدة القانونية، وتارة تكون المخالفة في تفسير القوانين والأنظمة أو عندما تكون القاعدة القانونية غير واضحة وتحتل التأويل . ومن صور مخالفة القانون التي حددها القضاء الإداري، المخالفة المباشرة للقانون والخطأ في تفسير القاعدة القانونية والخطأ في تطبيق القاعدة القانونية.

ولا سبيل إلى احترام النظام القانوني إلا إذا تضمن هذا النظام القواعد التي تكفل حماية الدولة بكل أركانها ضد كل تجاوز أو عبث أو إهمال أو تقصير من بعض الأشخاص الخاصة أو العامة من الذين لا يلتزمون بما يفرضه عليهم القانون، وكما أن أي نظام قانوني لا بد أن يتضمن الحقوق والالتزامات المقررة للأشخاص فإنه يتعين أيضاً أن يتضمن قواعد تأديبهم ونظام عقابهم . وعلى هذا الأساس فان عملية التأديب التي يخضع لها المخالفين لإحكام القانون من الموظفين العموميين لا بد وان تحاط بسلسلة من الضمانات التي تكفل دفاع الموظف العام عن نفسه ، ولكن أحيانا لا تنص القوانين على هذه الضمانات فهل يعني ذلك إهداراً لها ؟

للإجابة على هذا التساؤل لا بد من التأكيد على أهمية النصوص القانونية في حماية الحقوق والحريات الشخصية ،إلا أن عدم إيرادها تفصيلاً لا يعني بأي حال من الأحوال إهدار هذه الحقوق .

ففي العراق نجد أن قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم (١٤) لسنة ١٩٩١ المعدل لم يتضمن نصاً صريحاً لحقوق الدفاع التي ينبغي أن تتوفر عند مسائلة الموظف العام عن مخالفاته التأديبية ،فقد سكنت القانون عن النص صراحة على حق الموظف بمعرفة الوقائع والمخالفات المتهم بارتكابها ،لكن المادة (١٠) منه نصت على تشكيل لجنة تحقيقه تتولى التحقيق مع الموظف المخالف والاستماع لأقواله ولأقوال الشهود تحريرياً.

ومن مقتضيات التحقيق الأصولي هو إشعار الموظف بالمخالفة التأديبية المتهم بارتكابها، وفعلاً يجري تبليغ الموظف العام بأمر تشكيل اللجنة التحقيقية والذي يذكر فيه أسباب تشكيل اللجنة والمخالفة المتهم بارتكابها ، ونجد أن سكوت القانون العراقي عن إيراد

هذا الحق لا يعني إهداره لأن مواجهة الموظف العام بالمخالفة المتهم بارتكابها يعتبر لازماً وضرورياً حتى مع غياب النص لأن ذلك يعتبر من المبادئ العامة للقانون والتي تعتبر بمستوى قوة القواعد الدستورية إن لم تكن أقوى منها، وهو كذلك من مقتضيات حق الدفاع الذي كفلته المواثيق الدولية والداستاتير والقوانين، فضلاً عن اعتباره من طبيعة الأشياء التي \

فبسبب اعتبار القانون التأديبي فرع من فروع القانون الإداري ولكون هذا الأخير يعتبر قانون حديث النشأة نسبياً مقارنة ببقية القوانين عموماً وبالقانون الجنائي خصوصاً لذا نجد أن تطور حقوق الدفاع في نطاق التأديب الإداري جاء موازياً للتطور الحاصل في القانون الإداري ذاته الذي أستمَد الكثير من قواعده من المبادئ العامة للقانون وقد كان لمجلس الدولة الفرنسي الفضل في استنباط هذه الحقوق من إعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي لسنة (١٧٨٩) عقب الثورة الفرنسية، وإصراره على تطبيق هذه الحقوق انطلاقاً من المبادئ العامة للقانون .

و على ضوء ذلك نشب الخلاف بين مدارس الفقه المختلفة حول القيمة القانونية لحقوق الدفاع في نطاق التأديب الإداري فذهب بعضهم إلى أنها تتمتع بقوة النصوص الدستورية وذهب البعض الآخر إلى اعتبارها بمنزلة القانون العادي^{١١} . وفي العراق نصت المادة (١٩/ رابعاً) من دستور جمهورية العراق لسنة (٢٠٠٥) على أن (حق الدفاع مقدس ومكفول في جميع مراحل التحقيق والمحاكمة) وبذلك اعتبر هذه الحقوق من الحقوق الدستورية المقدسة .

كما ضمن قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم ١٤ لسنة ١٩٩١ المعدل في المادة ١٠ منه حق الدفاع عندما أجاز للموظف

الاستماع إلى أقواله وإتاحة فرصة الدفاع عن نفسه بكل الوسائل التي منحها القانون، سواء شفاهاً أو كتابةً من دون أية معوقات طالما كان ذلك في نطاق الاتهام الموجه إليه، وقد عزز مجلس الانضباط العام (محاكم قضاء الموظفين حالياً) ضمانات حق الدفاع في بعض قراراته، حيث قرر (.....) ولكن هذه اللجنة لم تجر التحقيق الأصولي مع المعارض ولم تدون إفادته حول الأفعال المنسوبة إليه ولم تستمع إلى دفوعه في هذا الشأن على الرغم من أنها أوصت بمعاقبته بعقوبة التوبيخ، في حين أن الأمر يقتضي إجراء التحقيق الأصولي معه وتدوين إفادته والاستماع إلى دفوعه بغية التحقق من الأفعال المنسوبة إليه وإن عدم قيام اللجنة بهذا الإجراء يخل بالنتيجة التي توصلت إليها بشأن التوصية بمعاقبته بعقوبة التوبيخ إذ لا عقوبة بدون فعل مخالف للقانون وثابت صدوره من المعارض^{١٢} .

المطلب الثالث

أصحاب حقوق الدفاع والمتضررين من الإخلال بها

تقرر القوانين الجزائية منها والتأديبية حقوق الدفاع باعتبارها من الضمانات الأساسية لحماية الحقوق والحريات الشخصية، ويمثل انتهاكها إخلالاً بهذه الحقوق والحريات، مما يؤدي إلى الإضرار بأصحاب هذه الحقوق .

وفي ضوء ذلك لا بد من بيان المتضررين من أصحاب هذه الحقوق بسبب الإخلال بها وعلى النحو الآتي :

١- أطراف الدعوى (الخصوم) :-

الأصل في الإنسان البراءة ، هذا هو المبدأ المطبق في نطاق الدعاوى الجزائية والتأديبية، ولإثبات عكس المبدأ المذكور، لا بد وأن تتوفر

أدلة كافية وسانعة ومشروعة ، بحيث تصلح لأن تؤدي إلى عكس هذا الأصل .

ولذلك تنص القوانين الجزائية على قواعد تستهدف كفالة إدانة المذنب وتبرئة البريء، من خلال مجموعة وسائل تشكل ضمانات للخصوم قد يشتركون فيها جميعاً أو ينفرد بها المتهم بمفرده تحقيقاً لمصلحة العدالة.

وتعتبر حقوق الدفاع من الوسائل الفعالة لضمان تحقيق العدالة فعن طريقها يتمكن الخصوم من العلم بطلبات ودفع بعضهم البعض وتكون بيدهم الوسيلة للرد عليها ، ويكون للمتهم بشكل خاص مكنة إثبات براءته ، كما يكون لخصمه مكنة إثبات إدانته .

والقاعدة العامة هي أن حقوق الدفاع مقررة لكل أطراف الدعوى والإخلال بها يمس بهم جميعاً ، سواء المتهم أو المشتكي أو الادعاء العام إن وجد^{١٣}.

فجميع هؤلاء يمتلكون ممارسة حق الدفاع، والاعتراض على حالات الإخلال به ، بيد أن الاعتقاد السائد هو أن هذه الحقوق تنقرر للمتهم فحسب ، باعتباره من تثار حوله الاتهامات ومن قد تتعرض حقوقه وحرياته الشخصية للانتهاك ، ناهيك عن اعتباره الخصم الضعيف في القضية كونه يخاصم الدولة ، وما تملكه من وسائل جبارة بالمقارنة بوسائله الضعيفة ، لذلك يسعى المشرع إلى تحقيق الحد الأدنى من التوازن بين الفرد والسلطة حينما ينشب النزاع بينهما^{١٤}.

فالادعاء العام يمارس مجموعة من الاختصاصات نيابة عن المجتمع ويهدف من ورائها المصلحة العامة من خلال تحريك الشكوى الجزائية ومباشرتها للمطالبة بفرض العقاب المناسب بحق مرتكبي الجرائم ، فيقوم بتحريك الشكوى الجزائية من اللحظة

الأولى للشكوى المذكورة باتخاذ إجراءات التحقيق. والادعاء بوصفه جهازاً قضائياً أو بوصفه سلطة تحقيق واتهام ، يقوم برفع الشكوى وإدخالها حوزة قضاء الحكم ، ويباشر الشكوى الجزائية من خلال متابعة السير فيها حتى يفصل فيها القضاء بحكم نهائي . فالادعاء العام – وفق القانون العراقي - هو خصم غير عادي يسعى إلى إظهار الحقيقة المجردة ولو لصالح المتهم ، ويساهم في الشكوى الجزائية ، وتلتزم المحكمة بسماع أقواله وتفصل في طلباته وفقاً للقانون . فحين يرفع الدعوى أمام القضاء ، فهو يقدم المتهم بارتكاب الجريمة ، والقضاء هو الفاصل في إدانة هذا الشخص أو تبرئته بما يوافق قناعته من خلال ما قُدم لها من أدلة وإثباتات وما دار بجلسات المحكمة من أحداث .

٢- المتهم :-

هو الشخص الطبيعي الذي يوجه إليه الاتهام الجنائي أو التأديبي من خلال تحريك الدعوى موضوع الاتهام ، وتتوافر هذه الصفة في كافة مراحل الدعوى الجنائية أو التأديبية لهذا الشخص أي كانت المرحلة التي تمر بها الدعوى . فالمتهم مازال بريئاً حتى تثبت إدانته والجريمة لا تثبت على المتهم إلا بعد صدور الحكم النهائي عليه ، فسلطة الاتهام و التحقيق تقدم ما توفر لها عليه من الأدلة التي أسفرت عنها الإجراءات التحقيقية .

فالمتهم هو كل شخص طبيعي اتخذت سلطة التحقيق (الجنائية أو التأديبية) الإجراءات التحقيقية بحقه وقدمت أوراقه إلى سلطة فرض العقاب بمختلف أشكالها^{١٥}.

ويشترط لتحقيق صفة المتهم على شخص ما أن تتوافر فيه الشروط الآتية :

١- أن يكون المتهم شخصاً طبيعياً على قيد

الحياة فلا يجوز إجراء التحقيق والاتهام والحكم على شخص ميت ، فإذا توفي المتهم بعد إقامة الدعوى فينبغي غلق التحقيق وحفظ الأوراق والحكم بانقضائها.

وكان السائد هو عدم جواز تحريك الدعوى ضد شخص معنوي لأن هذا الشخص لا يصلح أن يكون متهما وفي هذه الحالة تحرك الدعوى على ممثل الشخص المعنوي بصفته لا بشخصه ، ولكن في الوقت الحاضر يجوز معاقبة الشخص المعنوي بفرض عقوبات تتناسب ووضعه كما في عقوبة الغرامة وعقوبة الغلق والمصادرة .

٢- أن يكون المتهم شخصا طبيعيا معينا بذاته ، بحيث يكون معروفا باسمه وصفته ومركزه القانوني ، فعلى سلطة التحقيق والاتهام وعند حضور المتهم أمامها لأول مرة أن تتحقق من شخصيته ، بأن تثبت اسمه وعنوانه ووظيفته وما إذا كان ذكر أو أنثى ، ومكان مولده ومركزه الاجتماعي ، فمن شأن هذه الإجراءات أن تسهل عملية التحقيق ، فضلاً عن أن معرفة شخصية المتهم وظروفه لها أهمية في تقدير العقوبة المناسبة له بهدف إصلاحه وإعادةه إلى المجتمع .

٣- أن يكون المتهم ممن تتوفر عليهم أدلة أثناء التحقيق على قيامه بالفعل الجرمي أو المساهمة فيه .

٤ - أن يكون المتهم كامل الأهلية .

ويترتب على تحقق صفة المتهم في شخص ما عددا من الحقوق التي يتمتع بها والواجبات التي يلتزم بها .

فللمتهم مثلاً الحق في حضور جميع إجراءات التحقيق إلا إذا دعت الضرورة إلى اتخاذها في غيبته بشرط إطلاعه على ما جرى فيها فور انتهاء تلك الضرورة ، ولا يجوز إبعاده عن الجلسة أثناء نظر الدعوى إلا إذا وقع منه تشويش يؤثر على سير الدعوى.

كما انه ملزم بالاستجابة لمتطلبات التحقيق والمحكمة ، فهو ملزم بالخضوع للأوامر الصادرة إليه في نطاق المسائلة ، جنائية كانت أم تأديبية وفي الحدود المقررة قانوناً كالقبض عليه أو سحب يده أو تفتيشه أو تفتيش مسكنه ، كما يلزم بالمثول أمام سلطة الاتهام والتحقيق والعقاب^{١٦}.

جدير بالإشارة إليه أن إطلاق سراح المتهم بجريمة جنائية بكفالة لا يعني براءته من التهمة المذكورة وإنما تعني بقاءه خارج التوقيف إلى حين المحاكمة لظروف خاصة به يقدرها قاضي التحقيق استناداً إلى أحكام الفقرة (أ) من المادة (١٠٩) من قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١ العراقي والتي تنص على انه (أ- إذا كان الشخص المقبوض عليه متهماً بجريمة معاقب عليها بالحبس مدة تزيد على ثلاث سنوات أو بالسجن المؤقت أو المؤبد فللقاضي أن يأمر بتوقيفه مدة تزيد على خمسة عشر يوماً في كل مرة أو يقرر إطلاق سراحه بتعهد مقرون بكفالة شخص ضامن أو بدونها بان يحضر متى طلب منه ذلك إذا وجد القاضي أن إطلاق سراح المتهم لا يؤدي إلى هروبه ولا يضر بسير التحقيق).

٢- المشتبه به :-

إن التحقيق في الجرائم الجنائية أو التأديبية والبحث عن مرتكبيها يستلزم بالضرورة تمكين السلطة المختصة من ممارسة بعض الوسائل الإجرائية التي تساعد في كشف الحقيقة ومعرفة ملابسات الفعل الجرمي وتحديد الفاعل، ومن أهم تلك الوسائل إمكانية الإبقاء على الشخص محل الشبهة (المشتبه به) تحت تصرفهم لمدة معينة للتحقيق معه .

فالمشتبه به هو الشخص الطبيعي الذي

يكون على صلة بالجريمة المرتكبة من قريب أو بعيد دون أن تتوفر أدلة عليه تدل على ارتكابه لها، أو أنها أدلة ضعيفة لا تصل إلى حد الإدانة، أو أن السلطة التحقيقية تشك به وتخشى من هروبه فتتخفظ عليه لديها^{١٧}.

وهذا الإجراء يمس بإحدى الضمانات الأساسية للحريات الفردية لذلك فإن المشرع وضع نصوص قانونية تضمن حماية المشتبه به وتحقق الموازنة بين حماية الأفراد المشتبه بهم وبين تمكين أفراد السلطات المختصة من أداء وظيفتهم المتمثلة في التحقيق والبحث عن الحقيقة ومعرفة الفاعلين لمحاسبتهم، حيث تنص التشريعات على كيفية التعامل مع حالات الاشتباه وتوقيف الأشخاص وما هي المبررات التي تسمح بذلك و المدة الزمنية و الإجراءات التي يجب مراعاتها لاستخدام هذه الأساليب و ضمانات للمشتبه فيه . وفي المجال التأديبي تنص القوانين على إمكانية قيام السلطات المختصة بسحب يد الموظف العام المتهم أو المشتبه به ووقفه عن العمل كأجراء احتياطي مؤقت تستخدمه الإدارة لضمان عدم قيام هذا الموظف بأي عمل يؤثر على سير إجراءات التحقيق الإداري أو الجنائي (الوجوبي والاختياري) ، وهذا الإجراء يتم عندما يكون الموظف العام مشتبه بارتكابه مخالفة تأديبية أو متهم بجريمة جنائية .

فسحب يد الموظف العام يطبق استناداً إلى المادة (١٦) من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم (١٤) لسنة ١٩٩١ المعدل، فهو إجراء احترازي تلجأ إليه الإدارة العامة بهدف إبعاد الموظف العام عن المرفق العام عندما تكون هناك شبهة أو تهمة تأديبية أو جنائية تستلزم مواجهته بإجراءات معينة فيحرم من ممارسة أعمال وظيفته طوال مدة التوقيف

أو التحقيق ، علماً أن المادة (١٦) من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام قد أوجبت على الدائرة أن تسحب يد الموظف عند توقيفه عن تهمة جنائية بقولها (إذا أوقف الموظف من جهة ذات اختصاص فعلى دائرته أن تسحب يده من الوظيفة طوال مدة التوقيف).

بينما أجازت الفقرة (أولاً) من المادة (١٧) من القانون المذكور (للولي وزير ورئيس الدائرة سحب يد الموظف مدة لا تتجاوز سنتين يوماً إذا تراءى له أن بقاءه في الوظيفة مضر بالمصلحة العامة....) أي أن للوزير ولرئيس الدائرة سلطة تقديرية في سحب يد الموظف العام المشتبه به أو المتهم بارتكابه مخالفة تأديبية^{١٨}.

هذا وان حضور المشتبه به أمام السلطة المختصة بالتحقيق يستلزم توجيه أمر كتابي له يتضمن ما يأتي :

اسم المشتبه به وعمله وعنوانه .

مكان الحضور وتاريخه وساعته .

نوع الجريمة أو المخالفة المشتبه بارتكابها.

واستناداً لما تقدم يمكن القول بان الشخص الطبيعي لا يعتبر متهماً إلا إذا حركت قبله الدعوى الجنائية أو التأديبية ، فتقديم الشكوى ضده أو إجراء بعض التحقيقات أو التحريات لا تجعله متهماً وإنما يعد مشتبهاً فيه .

وهذا يعني أن صفة الاشتباه تنطبق على الفرد حين تبدأ مرحلة جمع الأدلة ضده وتظل هذه الصفة حتى تحريك الدعوى ضده .

وبناء على ذلك يمكن القول أن معيار التفرقة بين المتهم والمشتبه فيه هو تحريك الدعوى ، وتحريكها يعني أن الأدلة والإثباتات التي حصلت عليها السلطة المختصة بحق

الشخص المشتبه فيه كافية لتوجيه الاتهام إليه .

أما الشخص الذي لم تتمكن السلطة المختصة من إثبات أي أدلة عليه فإنه يبقى مجرد مشتبه بارتكابه الجريمة^{١٩}.

المطلب الرابع

اثر الإخلال بحقوق الدفاع

يتضمن الإخلال بحق المتهم في الدفاع، صوراً عديدة سواء تعلقت بممارسة المتهم لحقوق دفاعه، أم تعلقت بأساليب دفع الاتهام عن نفسه، وقد حددنا مفهوم الإخلال بحق المتهم في الدفاع من خلال تناول مدلول حق الدفاع والمتضررين من الإخلال به، وصولاً لأثر الإخلال بحق المتهم في الدفاع.

ويتمثل الأثر الرئيس للإخلال بحقوق الدفاع ببطلان الإجراءات المتخذة بحق المتهم، وبتعويضه عن الأضرار التي لحقت به بسبب التصرفات المكونة للإخلال بحقوق الدفاع^{٢٠}.

ولضمان حماية الحقوق والحريات الشخصية لأبد من جزاء يترتب على انتهاك حقوق المتهم في الدفاع، وهذا الجزاء قد يكون إيجابياً بمسائلة المخالف جنائياً أو إدارياً، أو أن يكون سلبياً بعدم الاعتماد على النتائج المترتبة عن هذه الانتهاكات أي بطلان الإجراءات والنتائج وجبر الضرر الناجم من جزاء هذه الانتهاكات لأن أساس الضمان هو الجبر ورفع الضرر لا الجزاء والعقوبة .

فالبطلان يؤدي إلى عدم ترتيب نتائج قانونية على الإجراءات المخالفة للقانون، وقد اختلف الفقه بشأن البطلان وأثاره^{٢١}.

فذهب أنصار نظرية البطلان الشكلي إلى أن معيار بطلان الإجراءات بسبب مخالفة

القانون هو مخالفة القواعد والإجراءات الشكلية، ويبررون مذهبهم هذا على أساس أن القانون أوجب اتخاذ القواعد والإجراءات المذكورة بسبب الأهمية الخاصة لها بالتالي فإن مخالفة تلك الإجراءات تستوجب تقرير البطلان .

إما أنصار نظرية البطلان القانوني فيستلزمون لبطلان الإجراءات المخالفة للقانون نص القانون الذي انتهكت قواعده صراحة على ذلك .

وأخيراً يرى أنصار مدرسة البطلان الذاتي بأن كل مخالفة للقواعد والإجراءات القانونية الأساسية يترتب عليها بطلان الإجراء المخالف لها ولو لم ينص القانون على ذلك، ويكون هذا البطلان خاضعاً للسلطة التقديرية للمحكمة .

هذا وإن البطلان نوعان بطلان مطلق يتحقق عند مخالفة القواعد الجوهرية العامة، وتقضي به المحكمة من تلقاء نفسها بسبب تعلقه بالنظام العام . و بطلان نسبي يتحقق بمخالفة القواعد الإجرائية العادية أو الجوهرية غير المرتبطة بالنظام العام والمحكمة تقضي به بناء على طلب الطرف المتضرر من الإجراء المخالف للقانون.

إما التعويض فهو حصول المتهم الذي تعرضت حقوق دفاعه للإخلال على ما يجبر الضرر ممن تسبب به بخطئه عمداً أو إهمالاً، والذي يصيب المضرور في نفسه ويضر به مادياً أو معنوياً^{٢٢}.

هذا وقد تواترت أحكام القضاء على بطلان الإجراءات المخلة بالقانون والتي تنتهك حقوق الدفاع^{٢٣}. فقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه (متى كان يبين من الاطلاع على محاضر جلسات المحاكمة أمام محكمة أول درجة أن المتهم ومحاميه قد مثلاً منذ بداية المحاكمة بالجلسات التي رأسها القاضي، وأبدى فيها

دفاعه وحجزت الدعوى للحكم ثم أعيدت للمرافعة لجلسة ٣٠ يناير سنة ١٩٧٧ حيث تغيرت الهيئة ورأس الجلسة القاضي .. وحضر المتهم أمام الهيئة الجديدة ولم يبد دفاعاً فحجزت المحكمة الدعوى للحكم وأصدرت حكماً فيها، ولما كان ذلك وكان الطاعن قد أبدى دفاعه في مرحلة سابقة من المحاكمة أمام الهيئة السابقة، وكان قعوده عن إبداء دفاعه أمام الهيئة الجديدة التي أصدر الحكم لا ينفي عنها أنها قد سمعت المرافعة فإن منعه في هذا الصدد يكون غير سليم).^{٢٤}

وكذلك فإن مفهوم المخالفة لقرار المحكمة الإدارية العليا المرقم ٩١٥ ، لسنة ٥ ق في ١١/٢/١٩٦١ الذي رفض الطعن الموجه لقرار تأديبي بحجة أن إغفال ضمانات التحقيق أمام جهة التحقيق يمكن تداركه أمام المحكمة التأديبية ، والحال يختلف لو أن التحقيق الابتدائي هو المستوى الوحيد لفرض الجزاء التأديبي^{٢٥} . إما في فرنسا ، فقد قضى مجلس الدولة الفرنسي بإلغاء حكم صادر عن المجلس الأعلى للتعليم العام لإغفاله حقوق الدفاع ، بتاريخ ٢٠ يولييه ١٩١٣ .^{٢٦}

المبحث الثاني

صور الإخلال بحقوق الدفاع

تعد حقوق الدفاع من الحقوق الجوهرية التي تدعم مقومات دولة القانون وتوفر الضمانات اللازمة لحماية الحقوق والحريات الفردية ، بالنظر لأهميتها في توفير الضمانات الضرورية للمتهم لتحقيق الحد الأدنى من التوازن بينه وبين السلطة العامة التي كرسست إمكانياتها غير المحدودة لإثبات التهمة عليه ، فمن مقتضيات العدالة تمكين هذا المتهم من مواجهة السلطة العامة وأدلتها لتأمينه مما يمكن أن تقع فيه هذه السلطة من أخطاء عفوية أو

مقصودة في إجراءاتها . وانطلاقاً من المبادئ القانونية العامة التي تقضي بعدم جواز الجمع بين الخصومة والحكومة في عين الوقت ، وإن لا يقوم أحد بإنصاف نفسه بنفسه ، وأن على السلطة العامة أن تستمع للحجج القانونية لجميع الأطراف . لكل ذلك توفر التشريعات للمتهم جنائياً أو تأديبياً وسائل تسمح له بدرء التهم الموجهة ضده من خلال إقرار جملة حقوق كحقه في الإطلاع على ملف القضية، ومحاكمة الشهود ، و توكيل محام وغيرها ، فضلاً عن الضمانات الأخرى في هذا الشأن مثل افتراض براءة المتهم حتى تثبت الإدانة بشكل نهائي، وحياد القاضي ونزاهته وغيرها، والتي تشكل في مجموعها منظومة حقوق الدفاع التي يمارسها المتهم لمواجهة التهم الموجهة ضده .

غير انه يمكن في كثير من الأحيان أن تنتهك هذه الحقوق لسبب أو لآخر مما يشكك خرقاً كبيراً لقاعدة قانونية متأصلة في الضمير القانوني، وتمثل قيمة أساسية من قيمه . وتأخذ هذه الانتهاكات صوراً عديدة تنتوع بتنوع الحقوق المذكورة ولكن صورها تختلف باختلاف مبتكريها الذين ينتكرون بقناع المصلحة العامة حين ينتهكون هذه الحقوق، ومحاولين ذر الرماد في العيون للتهرب من طائلة المحاسبة القانونية.

وعلى ضوء ذلك فإن بيان أوجه الإخلال بحقوق الدفاع يعتبر من المواضيع بالغة الأهمية وتحتاج إلى عناية ودقة بالغين ، في سبيل الوقوف على هذه الانتهاكات ، لينتسنى لنا مواجهتها ووضع الحلول القانونية الكفيلة بردها مرتكبها وعدم اعتبارها سياقات عمل مقبولة في إطار التحقيقات والإجراءات القانونية الأخرى التي تستخدم في المجالين الجنائي والتأديبي .

وعليه سنتناول أوجه هذه الانتهاكات على النحو الآتي :

المطلب الأول

الإخلال بحق المتهم في الإطلاع على الإجراءات التحقيقية (التأديبية أو الجنائية) و حضورها

يرى البعض أهمية السرية المطلقة للإجراءات المتخذة بحق المتهمين لضمان عدم قيام هؤلاء بأعمال تؤدي إلى فسادها أو تعطيل مفعولها باعتبارها من الإثباتات التي تثبت التهمة عليهم، فيمارسون بعض الأعمال غير المشروعة كالتأثير على الشهود أو طمس الأدلة أو غيرها .

وعلى اثر ذلك تقرر بعض القوانين كالقانون الفرنسي استبعاد الإجراءات التحقيقية التي تم إفشاؤها أثناء التحقيق الأولي ومحاسبة الأشخاص الذين تورطوا في إفشاء الأسرار المذكورة^{٢٧}.

ولكن من جانب آخر فمن غير الممكن تفعيل ممارسة حقوق الدفاع دون حضور الموظف (المتهم) إجراءات التحقيق لكي يكون على دراية تامة بكل ما يتخذ ضده من إجراءات فيكون بإمكانه مناقشة هذه الإجراءات وإبداء ملاحظاته بشأنها للدفاع عن نفسه من خلال تنفيذها، فمن المبادئ العامة المتفق عليها في مجال التأديب الإداري هو أن إجراءات التحقيق التأديبي ينبغي أن تكون ذا طابع حضوري، بحيث يكون الموظف العام على اطلاع كامل على جميع الإجراءات المذكورة وبالشكل الذي يحقق الموازنة بين المصلحة العامة ومصلحة الموظف العام المتهم، وهذا ما يعرف بمبدأ السرية النسبية الذي يقضي بعلم الخصوم بإجراءات التحقيق وسريتها بالنسبة للجمهور، وذلك لضمان تحقيق حقوق الدفاع للمتهم من جهة وتحقيق الصالح العام من جهة أخرى .

وحتى عند سكوت النص على هذه المبادئ

فإن إجراءات التحقيق يجب أن تكون في حضور الموظف المتهم وذلك بالاستناد إلى المبادئ القانونية العامة^{٢٨}.

و يتم إعمال هذا المبدأ بتمكين الموظف العام المتهم من الإطلاع على ملفه التأديبي وإجراءات التحقيق و الوثائق والأدلة التي لها علاقة بقضيته ليكون على اطلاع تام بأسباب متابعته حتى يتمكن من تقديم بياناته و شهوده التي تثبت براءته مما نسب إليه.

إن إعمال هذا الحق يعد من الدعائم الجوهرية في إسناد ضمانات المتهم لذلك تقرر القوانين تكريس هذا المبدأ في مختلف القطاعات و لدى جميع فئات الموظفين العموميين في المجال التأديبي فيقرر حق المتهم في المجالين الجنائي والتأديبي بالإطلاع على ملفه الجنائي أو التأديبي كضمانة من الضمانات المقررة له، وكمبدأ عام في المجال التأديبي يمكن الإطلاع على الملف التأديبي من قبل كل شخص له علاقة بالقضية . و قد أقر القضاء الإداري بحق الموظف العام المتهم بالإطلاع على ملفه التأديبي فإذا لم يستعمل هذا الحق فالإدارة تتحلل منه تلقائيا بشرط أن تكون قد أعلمته بحقه هذا عند بدء إجراءات التحقيق الإداري . كما يتقرر هذا الحق للمحامي الذي يمثل المتهم فيطلع بدوره على الملف التأديبي ليساعده على تقديم دفاعه لمصلحة المتهم . وعلى الرغم من أهمية هذا المبدأ إلا أن هناك بعض الحالات التي يمنع فيها الموظف العام المتهم من الإطلاع على ملفه التأديبي أو جزء منه حماية للمصلحة العامة، فقد قرر مجلس الدولة الفرنسي كاستثناء عن المبدأ المذكور عدم السماح للموظف العام المتهم أو وكيله المحامي بالإطلاع على المستندات والوثائق الملحقة بالملف التأديبي بسبب تعلقها بالأمن العام^{٢٩}.

أو تهديده للشهود أو محاولة إتلاف بعض الوثائق والمستندات التي تدينه ،على أن يكون هذا الإجراء مؤقت ،فيعود المتهم متى التزم بالقوانين والضوابط ،كما لا يجوز منع وكيله المحامي من الاستمرار في متابعة الإجراءات المذكورة إلا إذا بدرت منه عين التصرفات التي منع على إثرها موكله .

المطلب الثاني

الإخلال بحق المتهم بمعرفة التهم الموجهة إليه

لكي يمارس المتهم حقوق الدفاع ،سواء في الدعوى الجنائية أو التأديبية فلا بد وأن يحيط علما بالتهم المنسوبة إليه ،وهذه من المقومات الجوهرية للحقوق المذكورة ،إذ بتعين فسخ المجال له ليطلع على سائر الإجراءات المتخذة ضده والتهم الموجهة إليه والأدلة التي تدعمها ،كي يتسنى له الرد عليها والاستعداد لدفعه التي تفندھا ،وفسخ المجال له لإعداد دفاعه ،وذلك لان بعض أوجه الدفاع تتطلب وقتا وبحثا قانونيا وواقعا دقيقا^{٣٢} .

ويتم إعمال هذا الحق في النطاق التأديبي بمواجهة الموظف بالتهمة المنسوبة إليه، من خلال إخطاره رسميا بالتهم الموجهة إليه تحديدا بحيث تكون عبارات التهمة واضحة لا لبس فيها ولا غموض ، ليكون على استعداد كاف لرد هذه التهم^{٣٣} .

وتلزم التشريعات التأديبية السلطة المختصة بالتأديب، بإخطار الموظف بالأفعال المنسوبة له، وهذا الإخطار هو ضمان جوهري حيث يكون بإمكان الموظف المتهم تهيئة نفسه للدفاع وإثبات براءته.

وتطبيقا لذلك أكدت المادة (٣/١٤) من اتفاقية الأمم المتحدة للحقوق المدنية والسياسية

إن حضور المتهم للإجراءات التحقيقية والإطلاع على مجرياتها سواء في الدعوى الجنائية أو التأديبية يعتبر من الدعائم الجوهرية لممارسة حقوق الدفاع لذلك تقرره التشريعات وتؤيدها الأحكام القضائية في ذلك ،في سبيل إسباغ الثقة والأطمئنان على الإجراءات التي تتخذها السلطات التحقيقية ،وترد بعض الاستثناءات على هذا الحق وبالشكل الذي يضمن توفير الحماية الكافية للمصلحة العامة ،بشرط أن يكون الاستثناء منصوص عليه ولا يتم التوسع في تفسيره وإلا تم استخدامه لتحقيق غايات لا تتفق والمصلحة العامة . وفي كثير من الأحيان قد تتعرض حقوق المتهم إلى الانتهاك من خلال مباشرة إجراءات التحقيق في غيبته دون مسوغ ،أو منعه من حضور إجراءات التحقيق والمحاكمة أو إبعاده عنها دون سند قانوني .

وعلى الرغم من أن التشريعات تقرر امكانية إجراء جانب من التحقيقات في غيبة المتهم إلا أنها قيدت هذه الإمكانية بحالات الضرورة والاستعجال^{٣٤} ،ولكن القضاء والفقه اختلف بشأن الموقف من إجراء التحقيق في غير هاتين الحالتين ،فهناك من يرى بطلان هذه الإجراءات جميعها وهناك من يعلق هذا البطلان على إثبات انتهاكها ل ضمانات حقوق الدفاع ،بيد أن المتفق عليه هو أن هذه الإجراءات إذا تمت بغيبته المتهم لسبب عائد إليه كإهماله الحضور أو هروبه فان الإجراءات صحيحة ،إما إذا بوشرت الإجراءات المذكورة من دون إعلامه أو منع المتهم من الحضور فان ذلك يشكل إخلالا بحقوق الدفاع^{٣٥} .

كذلك يمكن منع المتهم من حضور الإجراءات التحقيقية أو إبعاده عنها إذا بدرت منه بعض التصرفات التي تعرقل سير العدالة كما في تجاوزه الجسيم على السلطة التحقيقية

أن (من حق المتهم أن يخطر في اقصر وقت ممكن وباللغة التي يفهمها وبطريقة مفصلة بطبيعة وسبب الاتهام الموجه إليه) .

وحق المتهم بمعرفة التهمة المنسوبة إليه يمتد ليشمل أي تغيير يطرأ على التهمة المذكورة سواء سلباً أو إيجاباً أي في مصلحة المتهم أو ضده ، وذلك لكي يتمكن من مواجهة التهمة المذكورة وتحضير الدفوع الملائمة لردّها عنه .

وفي المجال التأديبي اتفق القضاء والفقه على أن حق المتهم بمعرفة التهم المنسوبة إليه أو إبلاغه بالتغيير الحاصل فيها يعتبر من المسلمات حتى لو سكت النص القانوني عن ذكرها لأنها تعد من المبادئ العامة للقانون .

ونجد أن التشريعات لاسيما الجنائية تقرر وجوب إعلام المتهم بالجريمة المتهم بارتكابها قبل استجوابه ، لفسح المجال أمامه للرد عليها^{٣٤}، لكن الوضع مختلف بعض الشيء في المجال التأديبي ، فلم تستقر هذه الحقوق في فرنسا مثلاً إلا بعد صدور حكم من مجلس الدولة الفرنسي قرر فيه أنه إعمالاً بالمبادئ العامة للقانون فحتى في حالة سكوت النص القانوني فإن العقاب لا يمكن فرضه دون أن يحاط الموظف المتهم بالتهم المنسوبة إليه حتى يستعد لتحضير دفوعه ، فيتمكن من مواجهة هذه التهم بكل الوسائل المتاحة له قانوناً .

ويذهب غالبية الفقهاء إلى أن الإخلال بهذا الحق يعتبر إخلالاً جوهرياً ، ويترتب عليه بطلان الإجراءات التي اتخذت بالاستناد إليه، فسلطة التأديب ملزمة بإحاطة الموظف بالتهم المنسوبة إليه تحديداً وبالتغيير الحاصل في هذه التهم، وبشكل لا يقبل اللبس أو الغموض ، حتى يتمكن الموظف من الدفاع عن نفسه ودرء التهمة عنه.

واستناداً لما تقدم قررت المحكمة الإدارية العليا في مصر ما يأتي : (باستقراء أوراق التحقيق التأديبي الذي يصدر بناء عليه هذا القرار يبين انه تمثل في أسئلة أُلقيت على الطاعن ولم يشمل من الوقائع الخمسة التي قام عليها ذلك سوى الواقعة الأولى من دون الوقائع الأربعة الأخرى ، ولم تنطو على مواجهة الطاعن بهذه الوقائع كاتهامات منسوبة إليه حتى يحاط علماً بها ويبين اتهامه فيها ويعمل على دفعه ومن ثم فلم تكتمل لهذا التحقيق مقومات التحقيق القانوني الصحيح وكفالتة و ضماناته ، وإذا كان الأمر كذلك فإن القرار الصادر بمجازاة الطاعن بناء على هذا التحقيق يكون مخالفاً للقانون)^{٣٥}.

هذا ويظهر الإخلال بالحق المذكور بمظاهر عديدة كما في عدم إبلاغ المتهم بالتهمة المنسوبة إليه تفصيلاً وبأسلوب يتناغم مع شخصية المتهم دون تعقيدات أو عبارات غير مفهومة بحيث ينبغي أن يفهم المقصود منه ، ولا إلزام على إبلاغ المتهم بالتكليف القانوني لجريمته إلا وقت المحاكمة .

كما يظهر الإخلال في حالة تغيير التهمة المذكورة دون إبلاغ المتهم بهذا التغيير وأسبابه ليتسنى له تغيير إستراتيجيته الدفاعية .

المطلب الثالث

الإخلال بحق المتهم في توكيل محامي

من حقوق الدفاع الأساسية للمتهم جزائياً أو تأديبياً هو حقه في توكيل محام للدفاع عنه بالنيابة، فلكل شخص مشتبه فيه أو متهم الحق بطلب مساعدة مدافع عنه ، ويتضمن الحق المذكور طلب مساعدة محام وتوكيله و حرية اختياره، و بسرية المحادثات معه ، ويتم من خلال تكليف محام للدفاع عن المتهم بتوكيله

من قبل المتهم نفسه أو من المحكمة في الأحوال التي تستلزم ذلك، فيتابع الإجراءات كافة من تحقيق ومحاكمة وغيرها ويرافق المتهم أو ينوب عنه في الظروف التي تستلزم ذلك .

والحكمة في إقرار هذا الحق هو دعم المتهم بشخص ذو إمكانيات قانونية وشخصية تتناسب والموقف الذي وضع فيه، ليكون إلى جانبه يسانده وينصحه، وينظم معه حقوق الدفاع والية استخدامها ووضع إستراتيجية دفاعية كفيلة بدفع التهم الموجهة إليه . وذلك انطلاقاً من أن المحاكمة في الدولة القانونية تجري طبقاً للنظام القانوني فيها ، وتتضمن وجود سلطات تحقيقية تمتلك من الوسائل الجبارة ما تؤدي إلى تقويض التوازن المفترض بين المتهم وخضمه ، وقاض يتمتع بالمعرفة العميقة للقانون على عكس المتهم في أغلب الأحيان، وحتى يتحقق التوازن في التحقيقات والمرافعات، لا بد من وجود محام ملم بالقانون وبإجراءات التحقيق والمحاكمة ، فالقضاء الواقف مهمته المثالية هي إحقاق الحق وإرساء العدالة .

ويلتزم المحامي على ضوء ذلك ، لاسيما وانه كان مخيراً في قبول الدعوى أو رفضها كمبدأ عام عند استعانة المتهم به ، ان يراعي المتطلبات الإجرائية والموضوعية اللازمة للدفاع عن موكله ، فيحضر عن المتهم أو معه في التحقيقات والمحاكمة وفي الوقت المحدد لها ، ويستخدم الوسائل والمعلومات القانونية اللازمة للدفاع عن موكله ، فيرد عنه التهمة و يدحض الأدلة المقدمة ضده بجدية وبأقصى جهد ممكن ^{٣٦} .

وتعتبر الولايات المتحدة الأمريكية في مقدمة الدول من حيث إقرار حق المتهم في توكيل محامي ، فقد كرس القضاء الأمريكي هذا الحق في العديد من أحكامه ، ففي عام ١٩٦٤ قضت المحكمة الاتحادية العليا بحق

المشتبه به بالاستعانة بمحام ، والزمّت السلطات التحقيقية لاسيما الشرطة بإعلام المتهم بالحق المذكور بداية وقبل إجراء أي تصرف من قبلها ضده ، وإلا اعتبرت جميع إجراءاتها المذكورة باطلة لمخالفتها للدستور . ثم تطور هذا الموقف وحكمت المحكمة الاتحادية العليا عام ١٩٦٦ بحق المتهم بالاستعانة بمحام ، وبالتزام أفراد الشرطة بإبلاغه بحقه هذا عند أول لقاء لهم معه ، والجزاء المترتب على مخالفة ذلك هو بطلان الإجراءات المتخذة ضد المتهم ، وفعلت قررت المحكمة الاتحادية العليا بطلان الإجراءات المتخذة في إحدى القضايا التي حدثت عام ١٩٦٦ ومنها الاعترافات التي انتزعت من المتهمين لعدم قيام الشرطة بما هو ضروري لتوفير الضمانات الكافية للمتهمين لعدم إدانتهم لأنفسهم بسبب الجهل بالقانون أو الإكراه الذي استخدمته الشرطة ، ومن ثم اعتراف المتهمين جاء بغير اختيار حر من قبلهم ، كما أن أفراد الشرطة تعمّدوا إغفال إبلاغ المتهمين بحقوقهم في الدفاع كحق الصمت ، والحق في الاستعانة بمحام ^{٣٧} .

هذا ومن المبادئ الأساسية لممارسة هذا الحق هو استقلال المحامي ، فلا يستطيع المحامي أداء وظيفته في تكريس التوازن في الدعوى بين المتهم والسلطات ، إذا كان مرتبطاً بشكل أو بآخر بإحدى السلطات العامة ، كالقاضي أو الإدارة العامة أو جماعات الضغط .

ويلتزم المحامي بالدفاع عن موكله بكل الوسائل القانونية اللازمة ، وإلا تعرض للمسائلة التأديبية ، فللنائب العام في مصر تبليغ مجلس نقابة المحامين بإخلال محام ما بالتزاماته المتعلقة بالدفاع عن موكله ، وله الحق في الطعن استئنافاً بالقرار الصادر من المجلس بحق المحامي موضوع الشكوى .

وتنص التشريعات المتعلقة بتنظيم مهنة

المحامية على صلاحية المحكمة بتبليغ النائب العام أو الادعاء العام بحالات الإخلال التي يمارسها المحامي بشأن واجباته المفروضة عليه بمقتضى القوانين .

هذا وقد نصت المادة ٣/٦ من الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان والحريات العامة على أن (لكل شخص الحق في أن تسمع قضيته بإنصاف وعلانية وبفترة زمنية مناسبة، من قبل محكمة مستقلة ونزيهة، مشكّلة حسب القانون... ولكل متهم، بشكل خاص، حق الدفاع عن نفسه بشخصه، أو من خلال مدافع عنه يختاره بحرية، وإذا لم تكن لديه القدرة المادية لتوكيل مدافع عنه، يمكن أن يعين له مدافع مجانا عندما تقتضي مصلحة العدالة ذلك).

وقد شرع حق الاستعانة بمحام من أجل أن يمارس الشخص حقه بنفي التهم التي توجه إليه، ويتم ذلك في الأصل باعتباره رخصة، فلا مانع من قيام المتهم بالدفاع عن نفسه شخصيا لا سيما في المجال الوظيفي فحق الدفاع يكون أصالة أو وكالة^{٣٨}، إلا أنه في المجال الجنائي لاسيما في الجنايات تجمع القوانين العقابية الحديثة وأحكام القضاء وأراء الفقهاء على وجوب الاستعانة المتهم بجناية بمحام، وهذا من النظام العام فلا يجوز الاتفاق بين المتهم والسلطة العامة على خلاف ذلك، وتكون المحكمة ملزمة بندب محامي إذا لم يتمكن المتهم من إحضاره ويكون ذلك على نفقة الدولة^{٣٩}.

أما في المجال التأديبي فالقوانين تختلف فيما بينها في امكانية الاستعانة بمحامى من قبل الموظف العام المتهم بارتكابه مخالفة تأديبية، فالقانون الفرنسي يستلزم أن يكون هناك نص قانوني لممارسة هذا الحق^{٤٠}، بينما في مصر يمكن الاستعانة بمحامى استنادا إلى المبادئ العامة في القانون فلا حاجة إلى نص عليه^{٤١}، فحضور المحامي مع الموظف العام

المتهم أثناء التحقيق سيؤدي إلى فرض رقابة على حياد التحقيق، من خلال مراقبة المحامي للتصرفات التي يقوم بها المحقق أثناء مباشرته للتحقيق، وبالتالي ضمان عدم انتهاك حقوق المتهم^{٤٢}.

وفي فرنسا أعطى الدكرينو الصادر عام (١٩٥٤) للمحامين الحق في ممارسة دورهم أمام القضاء والهيئات التأديبية إلا أن المشرع قيد ممارستهم لمهنة المحاماة بقيدين :

الأول : أن لا تكون الاستعانة بمحام متعارضة مع مصلحة الجهة الإدارية ذاتها (المصلحة العامة).

والثاني : أن لا يكون الاستعانة بمحامى مستبعداً وفقاً للنظام الأساسي للمرفق من أنظمة وضوابط . هذا وقد نص قانون الوظيفة العامة الفرنسي رقم (٦٣٤) لسنة (١٩٨٨) على حق الموظف المتهم بارتكاب مخالفة تأديبية في الاستعانة بمحام في المادة (١٩) منه، إلا أن المشرع الفرنسي قصر حق الاستعانة بمحامى أمام مجالس التأديب التي يجب استشارتها قبل توقيع الجزاءات الأشد من اللوم والإنذار^{٤٣}.

وفي المجال الجنائي تستثني التشريعات حالتى التلبس والسرعة بسبب الخوف من ضياع الأدلة، ومن وجوب حضور المحامي أثناء التحقيق، ففي هاتين الحالتين أجاز القانون للمحقق أن يستجوب المتهم بدون الالتزام بدعوة محاميه للحضور ويقتضى ذلك أن يبين المحقق عناصر السرعة ومقتضياتها^{٤٤} وتقدير هذه السرعة متروكاً للمحقق ولكن تحت رقابة محكمة الموضوع، فما دامت هي قد أقرته للأسباب التي أوردتها على النحو المتقدم و دللت بها على توافر الخوف من ضياع الأدلة فلا يجوز للطاعن الأول من بعد مصادرتها في

عقيدتها أو مجادلتها فيما انتهت إليه^{٤٥}.

وتظهر أوجه الإخلال بحق المتهم بالاستعانة بمحام بصور عديدة، تبدأ بمنعه نهائياً من توكيل محام أو الاتصال به أثناء التحقيق في سبيل الضغط على المتهم مادياً ومعنوياً لانتزاع الاعترافات منه، مستغلين جهله بالقانون وبالإجراءات، في حين أن حضور المحامي له فائدة مزدوجة فبالإضافة إلى دوره في حماية حقوق موكله، فإن وجوده أثناء التحقيق يضمن صحة الإجراءات التحقيقية وهذا في صالح السلطة المختصة بالتحقيق.

ومن الأمثلة على بطلان إجراءات التحقيق الجنائي بسبب غياب المحامي ما حكمت به المحكمة الاتحادية العليا في الولايات المتحدة الأمريكية من بطلان حكم الإدانة الصادر ضد المتهم بسبب عدم وجود محاميه أثناء اعترافه أمام سلطات التحقيق المختصة، إذ اقتضت المحكمة بأن الشرطة استغلت غياب المحامي، لتكره المتهم معنوياً على الاعتراف، وهذا شكل إخلالاً بحق المتهم في الدفاع^{٤٦}.

كذلك قد تغفل السلطة التحقيقية عن دعوة محامي المتهم لحضور الاستجواب أو المواجهة، حيث تعتبر هذه المرحلة من أهم مراحل التحقيق كونها تشكل ركيزة عملية الاستجواب لأنها تتضمن مواجهة المتهم بالأدلة التي تدينه مما يعني حاجته الكبيرة إلى ناصح قانوني يعينه في مواجهة هذا الموقف.

غير أن السلطة التحقيقية تكون ملزمة بإبلاغ المحامي بموعد الاستجواب خلال فترة معينة ومناسبة لتحضير نفسه، إلا أنها غير ملزمة بتأجيل موعد الاستجواب إذا لم يحضر المحامي، كما أن المتهم إذا لم يرغب بحضور محاميه فلا غبار على عملية الاستجواب^{٤٧}.

كذلك ينبغي أن تحاط عملية الاتصال

الهاتفية أو الوجيهة أو غيرها بين المتهم و محاميه بالسرية التي يرغبان بها، فتعرض هذه السرية للكشف يعتبر إخلالاً بالمبدأ العام لهذا الحق، كما في قيام السلطة التحقيقية بالاطلاع على مراسلاتهما أو التجسس على مناقشاتهما الوجيهة باستراق السمع لحديثهما، وعلى ذلك فإن هذه التصرفات من جانب السلطة التحقيقية تشكل انتهاكاً لحقوق الدفاع، وتعتبر الإجراءات المتحصلة عن مثل هذه التصرفات غير قانونية ولا يمكن الاستناد عليها في إثبات التهمة على المتهم، وقد حكمت المحكمة الاتحادية العليا في الولايات المتحدة الأمريكية ب (أن اتصال المتهم بمحاميه يقتضي تمكين المتهم من تناول المشورة من محاميه في سرية، ومن ثم فإن بقاء ضابط الشرطة على بعد خمس أو ثماني خطوات بين المتهم ومحاميه في حجرة مساحتها "٢٠×١٢" قدما بمثابة إنكار لحق المتهم في الاتصال بمحاميه على انفراد....)^{٤٨}.

كذلك يعتبر إخلالاً بحقوق الدفاع الفصل بين المتهم ومحاميه في أي دور من ادوار التحقيق أو المحاكمة، وفي هذه الحالة تعتبر الإجراءات المتخذة أثناء غياب المحامي غير مشروعة كما ينبغي محاسبة من تعدد الفصل بينهما على النحو المذكور أعلاه.

هذا وإن حق المتهم في الاستعانة بمحام يقوم على مبدأ حرية اختياره لهذا المحامي، فلا يجوز قيام السلطة التحقيقية أو المحكمة برفض اختيار المتهم لمحاميه، وتعيين محام آخر بدله، وإلا فإن اتخاذ مثل هذا الإجراء يشكل إخلالاً بحقوق الدفاع، وانتهاكاً لحرية المتهم في اختيار من يظنه أهلاً للدفاع عنه، وانتقاصاً من حق المتهم في الاطمئنان في دفاعه لمن يثق به ويسره بأسراره. غير أن هذا المبدأ العام يستثنى منه استبعاد المحامي المحروم من ممارسة مهنة المحاماة لعقوبة أو ما شابه، من الدفاع

عن المتهم ،أو قيام المحكمة باستبعاده حفاظا على عملية المحاكمة ومنع المحامي من تعطيل الدعوى أو عرقلة سير الإجراءات فيها ،كذلك للمحكمة أن تعالج مسألة تضارب المصالح بين المتهمين الذين يمثلهم المحامي نفسه ،من خلال استبعاده عن احد المتهمين .

المطلب الرابع

الإخلال بحق المتهم في إبداء الأقوال والمرافعة أو الصمت أو عدم تحليف اليمين

المتهم بريء حتى تثبت إدانته ،هذا هو المبدأ العام الذي تنطلق منه إجراءات التحقيق والمحاكمات كافة ،فمخالفة القانون يفترض أن تكون الاستثناء الذي يرد على القاعدة العامة بالالتزام به ،فالأصل في الإنسان عدم ارتكاب الجريمة ^{٤٩} . فلا يكفي توجيه الاتهام إلى الأشخاص لمعاملتهم كمذنبين بل ينبغي أن يصدر حكم إدانة من المحاكم المختصة ،وإلا فإن المتهم بريء براءة الذنب من دم يوسف .

ويترتب على هذا المبدأ أن تكون معاملة المتهم مبنية على أساس احترام حقوقه وحرياته كافة ،وان لا يتعرض لسوء المعاملة بكل أشكالها المادية والمعنوية ،كما أن عبء إثبات الجريمة أو المخالفة يقع على عاتق السلطة المختصة ،فلا يمكن بأي حال أن نكلف المتهم بإثبات براءته ،بيد أن سكوت المتهم بحجة اعتماده على المبدأ المذكور قد يؤدي إلى إدانته ،ولذلك ينبغي عليه أن يلوذ بالدفاع عن نفسه بكل الوسائل الممكنة .

واستنادا لما تقدم فإن المتهم في الدعوى الجنائية له كامل الحرية في إبداء الأقوال التي يراها مناسبة للدفاع عن نفسه ،حتى لو كانت هذه الأقوال تستند إلى دليل براءة غير مشروع.

وفي الدعوى الجنائية أو التأديبية ،نجد أن القاعدة العامة هي حرية المتهم في اختيار الوقت والوسيلة الملائمة لممارسة حقوق الدفاع ،فله الذود بها عن نفسه حين يشاء أو أن يختار السكوت متى رأى فيه مصلحة له ،فلا يمكن حينها إجباره على الكلام كما لا يمكن اعتبار هذا السكوت قرينة على الإدانة ،و على السلطة المختصة أن تقوم بدورها في إثبات التهمة على المتهم ،من دون أن تلجأ إلى وسائل الإكراه المادية والمعنوية لانتزاع الأدلة من خلال أقوال المتهم .

فعلى السلطات المختصة وقبل سماع المتهم وتدوين أقواله أن تعلمه بالتهمة أو التهم المنسوبة له ،وان تنتظر رده عليها ،وان سكت فلا مجال لإجباره على الكلام ،بل على العكس ينبغي منحه الوقت الكافي لتحضير دفوعه .

وتذهب بعض الأحكام القضائية إلى اشتراط وجوب توفر ضرر في جانب المتهم للتمسك ببطلان الإجراء ،اذ تعد أن الحضور الأول للمتهم وإجراءات الاستجواب والتحقيق في مجملها تأتي ضمن قواعد النظام العام ،وتنتهي الإجراءات بالبطلان إذا لم تحترم هذه الحقوق ،وقد أستقر الرأي فقها وقضاء على أن حقوق الدفاع تُعدّ من قبيل الإجراءات التي تظل مرتبطة بالمصلحة الخاصة التي لا يمكن أن تؤدي إلى شيء من البطلان إلا إذا ثبت الضرر .

وقد كانت الشرائع القديمة كالقوانين الفرعونية والبابلية واليونانية والرومانية وغيرها تجيز استخدام وسائل التعذيب والإكراه لانتزاع الاعترافات من المتهمين أو إجبارهم على حلف اليمين ،وفي ظل القانون الكنسي وسيادة محاكم التفتيش في أوروبا اعتمدت أساليب التعذيب باعتبارها من وسائل التطهير ولمساعدة المتهم على الإقرار بذنوبه ،أما الشريعة الإسلامية فإنها قررت مبدأ الأصل

براءة الذمة وإن المتهم بريء حتى تثبت إدانته لقوله تعالى (إِنَّ الظَّنَّ لَا يُغْنِي مِنَ الْحَقِّ شَيْئاً)^{٥٠}، فالشريعة الإسلامية لم تجز إكراه المتهم على الاعتراف بل الأكثر من ذلك أجازت للمتهم العدول عن اعترافه استناداً لقوله تعالى (إِلَّا مَنْ أَكْرَهُ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ)^{٥١}.

و ينصرف مدلول الصمت إلى أي موقف سلبي من جانب المتهم اتجاه كل إجراء يهدف إلى جمع الأدلة ضده لإثبات إدانته، فالصمت باعتباره حقاً طبيعياً يرتبط ارتباطاً وثيقاً بحقوق الدفاع، ومن مقتضيات الدفاع الحق في الصمت وعدم تجريم النفس، إلا أن هذا الحق يمكن أن يتعرض لمخاطر الانتهاك من خلال الاتهام المتأخر عندما يتم أخذ إفادة المتهم في الدعوى الجنائية أو التأديبية باعتباره شاهداً مع توافر الأدلة وقناعات لدى سلطة التحقيق تفيد ارتكابه الجريمة مما يحرمه من حقه بالصمت ابتداءً، إذ لو علم المتهم بأنه في موضع الاتهام لاتخذ موقف الصمت تجاه سلطة التحقيق وكان أكثر حذراً عند الإدلاء بأقواله، كما أن هذا الموقف يترتب عليه تحليف المتهم اليمين باعتباره شاهداً، وهذا يشكل ضغطاً عليه. ولذلك تقرر بعض القوانين كالقانون الفرنسي منع قيام السلطة التحقيقية المختصة في القضايا الجنائية بالتعامل مع الأشخاص الذين تتوفر ضدهم دلائل قوية، أو كانوا متلبسين في الجريمة، معاملة الشهود، بالنظر لما يمكن أن يترتب على هذا الإجراء من إهدار لحقوقهم^{٥٢}.

فالمتهم ينبغي أن يتمتع بالحرية الكاملة في إبداء الأقوال، وبالطريقة التي يراها مناسبة أو الصمت، إن رأى في ذلك ما يحقق مصلحته، وبذلك فإن إجراءات أو وسائل الإكراه المادية والمعنوية التي تصدر عن السلطة التحقيقية، وتجبر المتهم على الاعتراف تشكل إهداراً لحقوق الدفاع. فإرغام المتهم على الكلام بشكل

عام أو إرغامه على الاعتراف يعد إخلالاً بحقوق الدفاع، وعلى إثره ينبغي أن تبطل الأدلة التي انتزعت بهذه الطريقة.

كذلك من صور الإخلال بهذا الحق هو تفسير صمت المتهم بأنه إقرار بالإدانة أو قبول بالأدلة التي تدينه، فلا يمكن إطلاقاً أن تفسر السلطة التحقيقية المختصة أو المحكمة صمت المتهم بما يضر به، فالأصل أن هذا الصمت هو في مصلحة المتهم، ويعتبر حقاً من حقوقه فكيف يمكن أن ينقلب هذا الحق إلى قرينة لإثبات التهمة عليه^{٥٣}.

كذلك تعد من الوسائل غير المشروعة لإجبار المتهم على الإدلاء بأقواله هي وسيلة الاستجواب المطول من قبل السلطة التحقيقية للمتهم للتأثير عليه وإرغامه على الاعتراف بعد أن يصيبه اليأس والإحباط، فهذا الأسلوب يشكل إكراهاً معنوياً للضغط على إرادة المتهم وإرغامه على الاعتراف صراحة أو ضمناً^{٥٤}، هذا وإن صمت المتهم أمام السلطات الجنائية أو التأديبية قد يترتب ضرراً للمتهم إذا استعمل في غير موضعه، كما لو كان يملك ما يثبت براءته أو دحض الأدلة التي تدينه ولكنه يبقى ساكناً، فأنه وهذا الحال يعمل على مساعدة السلطة التحقيقية في إدانة نفسه.

وفي فرنسا فإن القانون الصادر في (١٥/ يونيو/ ٢٠٠٠) أقر حق المتهم بالصمت وله الحرية في الإجابة أو عدم الإجابة على الأسئلة الموجهة إليه^{٥٥}.

وتقرر القوانين التأديبية صراحة أو ضمناً حق الموظف العام المتهم بارتكاب المخالفة التأديبية في الصمت، وتمنع تحليفه اليمين بأي شكل من الأشكال، فحقوق الدفاع تقضي بعدم جواز تحليف الموظف العام اليمين القانونية عند استجوابه أثناء سير الدعوى التأديبية، لأن

في ذلك إخلالا بحقوق الدفاع المقررة للمتهم سواء كان موظفا أو غيره، فالإزام المتهم بأداء اليمين القانونية لحمله على الإقرار قد يضعه تحت تأثير الوازع الديني لعقيدته، مما يضطره إلى الإقرار بذنبه بدون إرادته، لذا فقد اجمع الفقه على عدم مشروعية تحليف المتهم لليمين ورتب جزاء بطلان هذه الإجراءات عند ارتكاب هذه المخالفة، لما يترتب عليها من خرق لحقوق الدفاع^{٦٥}.

المطلب الخامس

الإخلال بحق المتهم في الاستعانة بشهود

من مقومات حقوق المتهم في الدفاع إجابته للاستعانة بشهود لنفي التهمة عنه، وينطبق هذا القول أيضا على الموظف العام المتهم بارتكاب مخالفة تأديبية^{٥٧}.

وتعد الشهادة الوسيلة الجوهرية لكشف الحقيقة، بما لها من تأثير في إظهار الحقيقة وتحقيق العدالة. فهي التي تكون لدى القاضي رأيا موضوعيا بشأن القضية المقامة أمامه، إلا أن ذلك لا يعني أن لها الكلمة الفصل في هذا الشأن ذلك أنها ترتبط بإنسان يتصف بالنسيان وبغيره من الأوصاف التي تجعله عرضة للخطأ^{٥٨}.

وفي المجال التأديبي تعرف الشهادة بأنها الأقوال^{٥٩} التي يدلي بها غير الخصوم أو غير المتهمين بما أدركوه من حواسهم، أو ما وصل إليهم من غيرهم سمعا أو بصرا عن الظروف المحيطة بالواقعة موضوع التحقيق أو المحاكمة التأديبية، بحيث يمكن الاستناد إليها في إثبات براءة المتهم من التهمة الموجهة إليه، مما يجعل سلطة التحقيق التأديبي أو المحكمة التأديبية تتوصل إلى الحقائق^{٦٠}.

ويعد حق المتهم في الاستعانة بشهود النفي من الركائز الجوهرية في منظومة حقوق الدفاع التي يستعين بها المتهم للدود عن نفسه في مواجهة التهم المنسوبة إليه، ويتقرر هذا الحق من حقه الأصلي في حضور إجراءات التحقيق، كما يعتبر نتاج حتمي لمبدأ شفوية المرافعات.

ولا يمكن إغفال هذا الحق إلا في حالات استثنائية نادرة كما في تنازل المتهم صراحة أو ضمنا عن الاستعانة بهذا الحق، أو لوجود ظروف طارئة تمنع سماع الشهود، أو أن شهادة الشاهد لا علاقة لها بموضوع الجريمة.

أن دور الشاهد سواء في الدعوى الجنائية أو التأديبية، هو دور أساسي لأن من شأن شهادته دعم موقف المتهم ودرء التهمة المنسوبة إليه لذا ينبغي على السلطات التحقيقية أو المحاكم جنائية كانت أو تأديبية فسح المجال أمام المتهم لتقديم شهود الدفاع وعدم الاكتفاء بالاستماع لشهود الإثبات وإلا عد ذلك إخلالا لضمائم المتهم يعرض إجراءات سلطة التحقيق والمحكمة إلى البطلان.

كذلك فإن للمتهم الاستماع إلى شهود الإثبات ومناقشتهم وردهم، وذلك في سبيل إثبات براءته، وهذا الأمر لا يعتبر مهما بالنسبة للمتهم فقط بل حتى بالنسبة للسلطة التحقيقية، وذلك لان وظيفة هذه السلطة هي بناء قضية قوية ومتماسكة في سبيل إدانة المتهم تمام القضاء، فإذا استعانت بشهود إثبات دون الاستماع إلى المتهم وإلى رأيه في هذه الشهادة، فإن ذلك قد يؤدي إلى وضعها في موقف محرج أمام القضاء في حالة ما إذا اثبت المتهم أثناء المحاكمة أن هذه الأقوال التي أدلى بها شهود الإثبات لا أساس لها من الصحة مما يعني فشل القضية التي تم رفعها. هذا وتظهر حالات الإخلال بحق المتهم في الاستعانة بشهود النفي بصور عديدة

ومن خلال البحث المتقدم فقد توصلنا لمجموعة من الاستنتاجات يمكن إيرادها في ما يأتي :

١- أن الإخلال بحقوق الدفاع يعني انتهاك هذه الحقوق وعدم احترامها مما يؤثر سلباً على المتهم، وبالتالي على قدرته في الدفاع عن نفسه وفي إثبات براءته، فيعتبر المتهم مذنباً حتى يثبت براءته، وهذا يشكل انتهاكاً خطيراً بمبدأ افتراض براءة المتهم .

٢- أن السلطة المختصة بالتأديب قد تتضمن فرداً أو أكثر ممن ينطبق عليهم وصف الموظف الفعلي، فإذا ما بدرت من هؤلاء مخالفات تتعلق بانتهاك حقوق الدفاع، فلا بد وأن ينطبق عليهم هذا الشرط، وبالتالي تترتب على أعمالهم الآثار عينها المترتبة على تصرف سلطة التأديب .

٣- أن سكوت القانون العراقي عن إيراد هذا الحق لا يعني إهداره لأن مواجهة الموظف العام بالمخالفة المتهم بارتكابها يعتبر لازماً وضرورياً حتى مع غياب النص لأن ذلك يعتبر من المبادئ العامة للقانون والتي تعتبر بمستوى قوة القواعد الدستورية إن لم تكن أقوى منها، وهو كذلك من مقتضيات حق الدفاع الذي كفلته المواثيق الدولية والداستاتير والقوانين، فضلاً عن اعتباره من طبيعة الأشياء التي لا تقبل المخالفة، بالإضافة إلى استقراره في الضمير القانوني للجماعة .

٤- يتمثل الأثر الرئيسي للإخلال بحقوق الدفاع ببطلان الإجراءات المتخذة بحق المتهم، وبتعويضه عن الأضرار التي لحقت به بسبب التصرفات المكونة للإخلال بحقوق الدفاع .

٥- أن الإخلال بحقوق الدفاع يعني انتهاك هذه الحقوق وعدم احترامها مما يؤثر سلباً على المتهم، وبالتالي على قدرته في الدفاع عن

كما في تجاهل السلطة التحقيقية المختصة سواء في المجال الجنائي أو التأديبي، لطلب المتهم في الاستعانة بشهود النفي، حيث ينبغي إلزام السلطات المعنية بالاستماع إلى الشهادة التي يطلبها المتهم، وعدم رفضها بداية، ذلك أن هذا الاستماع هو الذي سيحدد مدى أهمية الشهادة المذكورة في الدعوى، بعبارة أخرى أن يكون الاستماع إليها إلزامياً، إما تحديد مدى أهميتها فذلك يكون خاضعاً للسلطة التقديرية .

كذلك ينبغي على المحكمة سواء الجنائية أو التأديبية أن تستجيب إلى طلب المتهم في الاستماع إلى شهود النفي، ولا تحكم بداية بعدم جدواها^{٦١}.

وعلى ذلك فإن الإخلال بحق المتهم في الاستعانة بشهود النفي أو مناقشة شهود الإثبات يعتبر من الضمانات الجوهرية المقررة في هذا الشأن، ويؤدي إغفالها إلى بطلان الإجراءات والآثار المترتبة عليها .

الخاتمة

تسعى قوانين الوظيفة العامة إلى إيجاد نوع من التوازن بين التزامات وحقوق كل من الإدارة العامة والموظف العام، وفي مختلف جوانب الحياة الوظيفية، ومن بينها الجانب التأديبي، ففي هذا المجال تملك الإدارة سلطة محاسبة الموظف العام في حالة انتهاكه لواجباته الوظيفية، الإيجابية منها والسلبية، كما يضمن المشرع للموظف امكانية الذود عن نفسه باستخدام وسائل حقوق الدفاع التي يمارسها أثناء جميع مراحل الدعوى التأديبية .

وكما تتطور القوانين فإن أساليب مخالفتها تتجدد أيضاً، مما يستعدي بحث أوجه هذه المخالفات للاستعداد لمواجهتها، ومن هذه المخالفات تلك التي ترتكب لانتهاك حقوق الدفاع .

نفسه وفي إثبات براءته، فيعتبر المتهم مذنباً حتى يثبت براءته، وهذا يشكل انتهاكاً خطيراً بمبدأ افتراض براءة المتهم. فهذا الإخلال يشكل مفهوماً عكسياً لحقوق الدفاع، فيتمثل بعدم اطلاع المتهم بالتهمة المنسوبة إليه، ومنعه من الاطلاع على أوراق القضية، وتحليفه اليمين للاعتراف على نفسه، وإجباره على الكلام إذا أثر الصمت، ومنعه من مناقشة الشهود أو الاستعانة بهم ودحض الأدلة التي تدينه، ومنعه من الاستعانة بمحام للدفاع عنه.

٦- ان الإخلال بحقوق الدفاع يشكل نوعاً من الظلم وانتهاك العدالة بسبب المساس بحقوق الإنسان والاعتداء على حريته وكرامته، كما يقود إلى تزيف الحقائق وانحراف العدالة عن مسارها، مما يضر إضراراً كبيراً بمفاهيم الدولة القانونية والعدالة.

كما أفضت الدراسة السابقة إلى بعض المقترحات نوجزها في ما يأتي:

١- نقترح على المشرع العراقي وتأكيداً ل ضمانات المتهم في المجال التأديبي أن يسد النقص الحاصل في قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم ١٤ لسنة ١٩٩١ المعدل بنصوص قانونية صريحة تشير إلى جميع الحقوق التي ينبغي أن يمارسها المتهم في المجال التأديبي، كما في إبلاغ الموظف العام المتهم بالجريمة التأديبية المنسوبة إليه تحريراً، وحقه في الإطلاع على الملف التأديبي لأغراض إعداد دفاعه، والحق في الاستعانة بشهود الدفاع ومناقشة شهود الإثبات، وحقه بتوكيل محامي للدفاع عنه، وغيرها من الحقوق الأخرى التي تضمن مساواته مع السلطة المختصة بتأديبه.

٢- نقترح على المشرع العراقي النص صراحة على بطلان جميع الإجراءات والآثار

المرتتبة عليها في حالة الإخلال بحقوق الدفاع بأي شكل من الأشكال.

٣- نقترح على المشرع بان ينص على حق الموظف العام المتهم بطلب تغيير اللجنة التحقيقية إذا وجد فيها انحيازاً أو ما شابه.

٤- نقترح على المشرع التأديبي أن يورد بعض أوجه الإخلال بحقوق الدفاع باعتبارها من المحظورات التي يحظر على الموظف العام ارتكابها وإلا تعرض للمسائلة التأديبية.

٥- نقترح أن تأخذ القوانين التأديبية بنفس المبدأ الوارد في القوانين الجزائية والتي تقضي بحق المتهم بتوكيل محام للدفاع عنه، فإذا لم يستطع تتكفل الدولة بانتداب محام للدفاع عنه، ويكون ذلك أمام القضاء فقط، كما في المحاكم التأديبية في مصر أو محاكم قضاء الموظفين في العراق، فلا يستطيع معظم الموظفين الإلمام بقواعد وحقوق الدفاع مما قد يؤدي إلى محاسبتهم بسبب هذا الجهل وليس بسبب ارتكابهم للمخالفة التأديبية، ولذلك فالتوفير محام يعني ضمان حماية الموظف العام المتهم من أخطاء قد يرتكبها بسبب جهله بالقانون.

الهوامش

١- د. عمر فؤاد احمد بركات - السلطة التأديبية - مكتبة النهضة - القاهرة - ص ٢٩٢.

٢- المعجم الوجيز - مجمع اللغة العربية - ١٩٩٤ - المجلد الأول - ص ٢٠٩.

٣- مجموعة القواعد القانونية - ج ٢ - ق ١٧ - نقض جنائي - ص ١٦.

٤- عبد العزيز عبد المنعم خليفة - الضمانات التأديبية في الوظيفة العامة - دار الفكر العربي - مصر - ٢٠٠٣ - ص ٣٣.

٥- مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا-

طعن رقم ١٩٣٥ لسنة ٣٥ ق- جلسة ١٩٩٢/٢/٢ - مرجع سابق - ص ٢٥٠ .

٦-الدكتور صبيح بشير مسكوني - القضاء الإداري في الجمهورية العربية الليبية - دراسة مقارنة - مركز الطباعة الحديثة - بيروت - لبنان - ١٩٧٤ - ص ٣٩٨ .

٧-انظر المادة ١٤ من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم ١٤ لسنة ١٩٩١ المعدل حيث ألغى نص هذه المادة بموجب المادة (٧) من قانون التعديل الأول لقانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم (١٤) لسنة ١٩٩١ المعدل رقم ٥ لسنة ٢٠٠٨، وأصبحت على الشكل المذكور أعلاه .

٨-انظر المواد (٢/أولا/ء، و) و (٢/رابعا/ب) و (٧/تاسعا/٢) من القانون رقم ١٧ لسنة ٢٠١٣ قانون التعديل الخامس لقانون مجلس شوري الدولة رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ المنشور في الوقائع العراقية بالعدد ٤٢٨٣ في ٢٩/٧/٢٠١٣ .

٩-عبد المجيد عبد الحفيظ سليمان - السلطة المختصة بتأديب الموظف العام - دار النهضة العربية - ٢٠٠٠ - ص ٨٨ .

١٠-أنظر الدكتور محمد فؤاد عبد الباسط- أعمال السلطة الإدارية القرار الإداري العقد الإداري- الإسكندرية- دار الفكر الجامعي- ١٩٨٩- ص ١٠٩ .

١١-دكتور محمد فؤاد المهنا- مبدأ حق الدفاع في تأديب الموظف العام- بحث منشور على الشبكة الدولية للمعلومات (الإنترنت) على الموقع الإلكتروني (<http://ar.jurispedia.org>) بتاريخ ١٤/٢/٢٠١٣ - ص ١٨ .

١٢-د. ماهر الجبوري - حول بعض اجتهادات مجلس الانضباط العام في ظل قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع الاشتراكي(العام حاليا) رقم ١٤ لسنة ١٩٩١ - مجلة العدالة - العدد الأول - السنة الثانية - بغداد - ٢٠٠٠ - ص ٦١ .

١٣-نص قانون الادعاء العام رقم (١٥٩) لسنة ١٩٧٩ المنشور في الوقائع العراقية رقم العدد ٢٧٤٦

تاريخ ١٧/١٢/١٩٧٩ في المادة ١٢ منه على ما يأتي

أولا - على الادعاء العام، الحضور أمام محاكم العمل ولجنة شؤون القضاة ولجنة شؤون الادعاء العام ومجلس الانضباط العام ولجان الانضباط والكمارك ولجان التدقيق في ضريبة الدخل، وأية هيئة أو لجنة أو مجلس ذي طابع قضائي جزائي.

ثانيا - تفقد جلسات الجهات المشار إليها في الفقرة أولا صحة انعقادها، بغياب عضو الادعاء العام المعين أو المنصب أمامها، بسبب عدم دعوته للحضور .

ثالثا - على الجهات المبينة في الفقرة أولا من هذه المادة، أن تطلع الادعاء العام على ما تتخذه من قرارات خلال مدة لا تزيد على ثلاثة أيام من تاريخ صدورها .

جدير بالإشارة إليه أن تسمية مجلس الانضباط العام تغيرت إلى محكمة قضاء الموظفين استنادا إلى القانون رقم ١٧ لسنة ٢٠١٣ قانون التعديل الخامس لقانون مجلس شوري الدولة رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ .

١٤-د. حاتم بكار- حماية حق المتهم في محاكمة عادلة - منشأة المعارف في الإسكندرية - بدون سنة طبع - ص ٥٧ .

١٥-د.احمد فتحي سرور - الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٩٣ - ص ١٧٢ .

١٦-د.رمسيس بهنام - الإجراءات الجنائية تأصيلا وتحليلا - منشأة المعارف - الإسكندرية - ص ١٧٥ .

17- 7/3/2013 <http://www.stl-itsl.org>

١٨-ينص قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم ١٤ لسنة ١٩٩١ المعدل على ما يأتي :

المادة ١٧ (أولا : للوزير ورئيس الدائرة سحب يد الموظف مدة لا تتجاوز (٦٠) يوما إذا تراءى له أن بقاءه في الوظيفة مضر بالمصلحة العامة أو قد يؤثر على سير التحقيق في الفعل الذي أحيل من أجله على التحقيق ويعاد إلى نفس وظيفته بعد انتهاء المدة المذكورة إلا إذا كان هناك محذور، فينسب إلى

وظيفة أخرى .

ثانيا : للجنة أن توصي بسحب يد الموظف في أية مرحلة من مراحل التحقيق .

المادة ١٨ (يتقاضى الموظف مسحوب اليد أنصاف رواتبه خلال فترة سحب يده) .

المادة ١٩ (أولا : إذا فصل أو عزل الموظف مسحوب اليد فلا يدفع له شيء من الراتب الموقوف بصرف النظر عما إذا كان فصله أو عزله يستند إلى هذا القانون أو أي قانون آخر .

ثانيا : إذا عوقب الموظف مسحوب اليد بعقوبة إنقاص الراتب أو تنزيل الدرجة فتنفذ العقوبة من تاريخ سحب يده ويدفع له الباقي من أنصاف رواتبه .

ثالثا : إذا أسفرت نتيجة التحقيق أو المحاكمة عن براءة الموظف أو الإفراج عنه أو معاقبته بغير العقوبات الوارد ذكرها في الفقرة (ثانيا) من هذه المادة فتدفع له الأنصاف الموقوفة من راتبه .

رابعا : إذا توفي الموظف مسحوب اليد قبل صدور قرار قطعي في التحقيق أو المحاكمة، فتؤول أنصاف رواتبه الموقوفة إلى من له حق استيفاء الحقوق التقاعدية وفق أحكام قانون التقاعد المدني، وفي حالة عدم وجودهم فتؤول إلى ورثته).

وانظر محمد صالح عبد الصمد- السلطة التأديبية للإدارة- رسالة مقدمة إلى المعهد القضائي- ١٩٩١- ص١٤٩ .

١٩-د. عوض محمد عوض - حقوق المشتبه فيه في مرحلة التحقيق في الشريعة الإسلامية- المجلة العربية للدفاع الاجتماعي - العدد العاشر - تشرين الأول / أكتوبر ١٩٧٩ - ص١٠٤ .

٢٠-د. رؤوف عبيد - المشكلات العملية في الإجراءات الجنائية - ج٢ - ط٣ - القاهرة - ص ٣١٠ .

٢١-د. جلال ثروت - نظم الإجراءات الجنائية - دار الجامعة الجديدة للنشر - الإسكندرية - ١٩٩٧ - ص ٥٨ .

٢٢-محمد مير غنى خيرى- القضاء الإداري ومجلس الدولة - قضاء التعويض ومبدأ المسؤولية المدنية

للدولة والسلطات العامة - ١٩٩٤ - ص ١٥ وما بعدها.

٢٣-يقرر مجلس الانضباط العام جزاء البطلان لمخالفة حق الدفاع في العديد من المناسبات كما في قراره المرقم ٩٩٤/١٩٨ في ١٩٩٤/١١/٩ اصابة ١٩٩٤/٣٧ ، وهو غير منشور .

٢٤-مجموعة القواعد القانونية - نقض - ١٩٧٩/١٢/١٣ - ص ٣٠ - ٩٣٢ .

٢٥-منشور في مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا المبادئ في عشر سنوات ١٩٥٥-١٩٦٥ القاعدة رقم ٨٦٨ - ص٢١٢٣ .

٢٦-تيري مجموعة ٧٣٦ ، تقرير كورني ، مشار إليه في مؤلف ، مارسلون ، بروسيرفي ، جي بريان ، المصدر السابق ، ص ١٤٩ .

27-G.Stafani,G.Levasseur et B.Bouloc. no,318 .p.358.

٢٨- انظر د. محمد عصفور - ضوابط التأديب في نطاق الوظيفة العامة - مجلة العلوم الادارية - ١٤ - ص ٥ - ١٩٦٣ - ص ٥٨ .

٢٩-كمال رحماوي - تأديب الموظف العام في القانون الجزائري - دار هومة - الجزائر - ٢٠٠٣ - ص ١٥٣ .

٣٠-عوض محمد عوض - المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجنائية - دار المطبوعات الجامعية - الإسكندرية - ١٩٩٩ - ص ٣٥٢ .

٣١-د.محمود نجيب حسني - شرح قانون العقوبات القسم العام - الطبعة الأولى - ١٩٨٩ - دار النهضة العربية - ص ٥٣ و ٥٤ - بند ٦٧ .

32-Joseph, M. Perillo, hardship and its impact on the contractual obligations: A comparative Analysis, Centro di Studie Ricerche, Rome, 1996, P4.

٣٣-د. محمد عصفور ، المصدر السابق ، ص ١٦٠ .

٣٤-د.محمود نجيب حسني - مرجع سابق - بند ٩٤ -

ص ٧٩. براءة المتهم - رسالة دكتوراه - القاهرة - ١٩٨٤
- ص ٦٥٩ .

٤٩- المرجع نفسه - ص ٨٠ .

٥٠- سورة النجم - الآية ٢٨ .

٥١- سورة النحل (١٠٦)

وانظر أ. د. مصطفى إبراهيم الزلمي - الشرعية والقانون
- أربيل - ٢٠١٠ - ص ٥٤ .

52 54-Crim - 20 Aout - 1986 - B - no 247.

٥٣-د. عوض محمد عوض - المرجع السابق - ج ١ -
ص ٥١٥ .

٥٤ د. حسام الدين محمد أحمد - حق المتهم في الصمت
- دراسة مقارنة - دار النهضة العربية - ط ٤ -
٢٠٠٦ - ص ١٢٤ .

٥٥-نقلا عن د. سعد الشتيوي- المرجع السابق- ص ١١٩ .

٥٦-د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة- المرجع السابق-
ص ٢١٦ .

٥٧-د. عمر فؤاد احمد بركات - المصدر السابق -
ص ٢٩٢ .

٥٨-د.محمود نجيب حسني - المرجع السابق - ص
٩١-٩٠ .

٦٠-كذلك يمكن الاستعانة بالشهود من الصم والبكم من
خلال استخدامهم للإشارة للشهادة في إثبات أو نفي
الجرائم، ويكون ذلك بواسطة مترجم .

٦١-د. سعد الشتيوي - المرجع السابق - ص ١٢٩ .

٦٢-د.إبراهيم الغمار - الشهادة كدليل إثبات في المواد
الجنائية - عالم الكتب - القاهرة - ١٩٨٠ - ص
٥١٢ .

المراجع

أولا : المراجع العربية

أ- الكتب

١ - د.إبراهيم الغمار - الشهادة كدليل إثبات
في المواد الجنائية - عالم الكتب - القاهرة -

٥٣- د . سعد الشتيوي - التحقيق الإداري في نطاق
الوظيفة العامة - دار الفكر الجامعي - الإسكندرية-
٢٠٠٧- ص ٧ .

٣٦-د.محمد نور شحاتة - استقلال المحاماة وحقوق
الإنسان - دراسة مقارنة - دار النهضة العربية -
القاهرة - بدون سنة نشر - ص ١٠١ - ١٠٣ .

٣٧-د. نجاتي سيد سند - القضاء الجنائي الأمريكي
ودوره الرقابي على الدعوى الجنائية - القاهرة
١٩٩٤ - ص ٤٤ وما بعدها .

٣٨-د. خالد سمارة الزغيبي - القانون الإداري وتطبيقاته
في المملكة الأردنية الهاشمية - ط ٣ - مكتبة دار
الثقافة للنشر والتوزيع - ١٩٩٨ - ص ٢٥٦ .

٣٩-د.مصطفى العوجي - حقوق الإنسان في الدعوى
الجزائية - مؤسسة نوفل - بيروت - لبنان - ط ١ -
١٩٨٩ - ص ٧٠٥ .

٤٠-د. عمر فؤاد احمد بركات - المصدر السابق -
ص ٢٩١ .

٤١-د. عبد الفتاح عبد الحليم عبد البر ، الضمانات
التأديبية في الوظيفة العامة - دار النهضة العربية -
١٩٧٩ - ص ٣٢١ .

٤٢-د. سامي النصراوي ، دراسة أصول المحاكمات
الجزائية ، ج ١ ، مطبعة دار السلام ، بغداد ، ١٩٧٦
، ص ٣٩٠ .

٤٣-انظر د. سعد الشتيوي، المرجع السابق، ص ١٢٦ .

٤٤-نقض ١٩٧٦/٢/١٥ - مجموعة أحكام النقض - س
٢٧ - رقم ٤١ - ص ٢٠١ .

٤٥-الطعن رقم ٧٠٢ لسنة ٥٨ ق - جلسة ١٩٨٨/٥/١٢ .

٤٦-د. نجاتي سيد سند - مرجع سابق - ص ٤٤ وما
بعدها .

٤٧-د.عبد الفتاح الصيفي - تأصيل الإجراءات الجنائية
- المكتب العربي الحديث - الإسكندرية - ١٩٨٦ -
ج ١ - بند ٢١ - ص ٢٩٥ .

٤٨-هذا الحكم نقلا عن د.احمد إدريس - مبدأ افتراض

١٢- د. عبد الفتاح عبد الحليم عبد البر ،
الضمانات التأديبية في الوظيفة العامة - دار
النهضة العربية - ١٩٧٩

١٣- عبد العزيز عبد المنعم خليفة -
الضمانات التأديبية في الوظيفة العامة - دار
الفكر العربي - مصر - ٢٠٠٣

١٤- د.عبد الفتاح الصيفي - تأصيل
الإجراءات الجنائية - المكتب العربي الحديث
- الإسكندرية - ١٩٨٦ ج -

١٥- عبد المجيد عبد الحفيظ سليمان -
السلطة المختصة بتأديب الموظف العام - دار
النهضة العربية - ٢٠٠٠

١٦- عوض محمد عوض - المبادئ
العامة في قانون الإجراءات الجنائية - دار
المطبوعات الجامعية - الإسكندرية - ١٩٩٩

١٧- كمال رحماوي - تأديب الموظف
العام في القانون الجزائري - دار هومة -
الجزائر - ٢٠٠٣

١٨- محمد ميرغنى خيرى- القضاء
الإداري ومجلس الدولة - قضاء التعويض
ومبدأ المسؤولية المدنية للدولة والسلطات العامة
- ١٩٩٤

١٩- د. محمد عصفور - ضوابط التأديب
في نطاق الوظيفة العامة - مجلة العلوم الادارية
- ١٤ - س - ١٩٦٣

٢٠- الدكتور محمد فؤاد عبد الباسط- أعمال
السلطة الإدارية القرار الإداري العقد الإداري-
الإسكندرية- دار الفكر الجامعي- ١٩٨٩

٢١- د.محمود نجيب حسني - شرح قانون

٢- د.احمد فتحى سرور - الوسيط في
قانون الإجراءات الجنائية - دار النهضة
العربية - القاهرة - ١٩٩٣

٣- د. حسام الدين محمد أحمد - حق المتهم
في الصمت - دراسة مقارنة - دار النهضة
العربية - ط ٤ - ٢٠٠٦

٤- د. حاتم بكار- حماية حق المتهم في
محكمة عادلة - منشأة المعارف في الإسكندرية
- بدون سنة طبع د . عمر فؤاد احمد بركات -
السلطة التأديبية - مكتبة النهضة - القاهرة.

٥- د.جلال ثروت - نظم الإجراءات
الجنائية - دار الجامعة الجديدة للنشر -
الإسكندرية - ١٩٩٧

٦- د. خالد سمارة الزغبى - القانون الإداري
وتطبيقاته في المملكة الأردنية الهاشمية - ط ٣
- مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع - ١٩٩٨

٧- د.رمسيس بهنام - الإجراءات الجنائية
تأصيل وتحليل - منشأة المعارف - الإسكندرية

٨- الدكتور صبيح بشير مسكوني - القضاء
الإداري في الجمهورية العربية الليبية - دراسة
مقارنة - مركز الطباعة الحديثة - بيروت -
لبنان - ١٩٧٤

٩- د.رؤوف عبيد - المشكلات العملية في
الإجراءات الجنائية - ج ٢ - ط ٣ - القاهرة

١٠- د. سامي النصرأوي ، دراسة أصول
المحاكمات الجزائية ، ج ١ ، مطبعة دار السلام
، بغداد ، ١٩٧٦

١١- د . سعد الشستوي - التحقيق الإداري
في نطاق الوظيفة العامة - دار الفكر الجامعي

ج - القوانين

- ١- قانون مجلس شورى الدولة رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ المعدل
- ٢- قانون الادعاء العام رقم (١٥٩) لسنة ١٩٧٩ المعدل المنشور في الوقائع العراقية رقم العدد ٢٧٤٦ تاريخ ١٧/١٢/١٩٧٩
- ٣- قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم ١٤ لسنة ١٩٩١ المعدل

ثانيا : الأجنبية

- 1- G. Stafani, G. Levasseuret B.Bouloc. no,318
- 2- Joseph, M. Perillo, hardship and its impact on the contractual obligations: A comparative Analysis, Centro di Studi e Ricerche, Rome, 1996

العقوبات القسم العام - الطبعة الأولى - ١٩٨٩
- دار النهضة العربية

٢٢- د. محمد نور شحاتة - استقلال المحاماة وحقوق الإنسان - دراسة مقارنة - دار النهضة العربية - القاهرة - بدون سنة نشر

٢٣- أ. د. مصطفى إبراهيم الزلمي - الشريعة والقانون - أربيل - ٢٠١٠

٢٤- د. مصطفى العوجي - حقوق الإنسان في الدعوى الجزائية - مؤسسة نوفل - بيروت - لبنان - ط ١ - ١٩٨٩

٢٥- د. نجاتي سيد سند - القضاء الجنائي الأمريكي ودوره الرقابي على الدعوى الجنائية - القاهرة - ١٩٩٤

ب - البحوث

١- د. عوض محمد عوض - حقوق المشتبه فيه في مرحلة التحقيق في الشريعة الإسلامية- المجلة العربية للدفاع الاجتماعي - العدد العاشر - تشرين الأول / أكتوبر ١٩٧٩

٢- د. ماهر الجبوري - حول بعض اجتهادات مجلس الانضباط العام في ظل قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع الاشتراكي (العام حاليا) رقم ١٤ لسنة ١٩٩١ - مجلة العدالة - العدد الأول - السنة الثانية - بغداد - ٢٠٠٠

٣- دكتور محمد فؤاد المهنا- مبدأ حق الدفاع في تأديب الموظف العام- بحث منشور على الشبكة الدولية للمعلومات (الإنترنت) على الموقع الإلكتروني

(<http://ar.jurispedia.org>)

بتاريخ ١٤ / ٢ / ٢٠١٣ -

Disruption of The Defence Rights in The Disciplinary Case

Asst.pro. Ammar Tariq AbdulAziz*

Asst .Lect.Dhiaa HusseinLatif**

Abstact

Violation the rights of the defense in disciplinary suit Adapting to the circumstances surrounding the nature of is human beings abits, man adapts to conditions and changes, whether climatic or political, legal, or other, and this adjustment may not be always positive, it may be negative, and that's when adapted from accustomed to breaking the law with attempts to rein in the faces of these the offense, and therefore it was necessary to demonstrate the these irregularities in order to work on the response, it is among the most important of these irregularities those that violate the rights of the accused to defend himself, and it has to be a statement faces of these violations and their characteristics and their perpetrators to be able to develop legal solutions to them

(*)(**)Mustansiriya University/ Faculty of Law

نظرية وحدة القانون وانعكاساتها في القانون العراقي

أ.م.د. فاروق ابراهيم جاسم *

بنظرية وحدة القانون الخاص من الدعوات القديمة التي تبنتها بعض الاتجاهات الفقهية منذ القرن التاسع عشر ، وأثير بشأنها خلافاً متميزاً بين اتجاه يدعو إلى التمسك بها ، وآخر يدعو إلى مناهضتها، والتأكيد على الطابع المميز للقانون التجاري ووجوب استقلاله عن القانون المدني .

ومع تراجع الدعوة إلى التمسك بنظرية وحدة القانون الخاص في عصرنا الحالي ، وتضاؤل حدة الخلاف بشأنها ، إلا أنها لا زالت تجد لها تأييداً ، بين مدة وأخرى ، لدى بعض الاتجاهات الفقهية المعاصرة ، هذا من جهة ، ومن جهة أخرى ، فإن الدعوة المذكورة وجدت لها صدى في بعض القوانين التجارية العربية التي تبنت بعض مظاهرها، ويُعدُّ قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ أنموذجاً لتلك القوانين ، إذ تأثر هذا القانون ببعض مقررات هذه النظرية .

وبناءً على ما تقدّم ، نبين مضمون نظرية وحدة القانون الخاص والمسوّغات التي استندت إليها والانتقادات التي تعرّضت لها (مبحث أول) وموقف قانون التجارة العراقي منها (مبحث ثانٍ) .

الملخص

على الرغم من مضي مدة طويلة إلى الدعوة إلى توحيد القانونين المدني والتجاري في مدونة واحدة وفقاً لما عرف بنظرية وحدة القانون الخاص ، وعلى الرغم كذلك من تراجع الدعوة إلى تبني تلك النظرية في الفكر القانوني المعاصر ، وتضاؤل حدة الخلاف بشأنها ، بعد أن أصبح استقلال القانون التجاري عن القانون المدني أمراً مسلماً به . إلا أن تلك الدعوة ما زالت تجد لها صدى في القانون العراقي على وجه الخصوص ، إذ عمل على تبني بعض مقررات هذه النظرية من خلال بعض القوانين التي أصدرها المشرّع العراقي ، ويأتي في مقدمتها قانون التجارة الحالي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ .

ويمثل هذا البحث محاولة لتقدير موقف القانون المذكور من النظرية المتقدم ذكرها .

المقدمة

إنّ الدعوة إلى وضع قانون للمعاملات المالية، سواء أكانت ذات طبيعة مدنية أو تجارية، في مدونة واحدة ، أو ما عُرف

(*)الجامعة المستنصرية / كلية القانون

المبحث الأول

نظرية وحدة القانون الخاص

يتجلى مضمون نظرية وحدة القانون الخاص بإنكار الطابع المميز الذي يتفرد به القانون التجاري عن القانون المدني ، وعدم الحاجة إلى وضع قانون خاص بالمعاملات التجارية ، بل الاكتفاء بوضع قانون موحد لجميع المعاملات بغض النظر عن طبيعتها . وقد ساق أصحاب هذه النظرية العديد من المسوّغات التي تسوّغ هذه الدعوة (مطلب أول) . ومقابل ذلك تعرضت النظرية المذكورة للنقد الشديد من قبل الفقه (مطلب ثانٍ) .

المطلب الأول

مسوغات الدعوة إلى وحدة القانون الخاص

استندت نظرية وحدة القانون الخاص الى العديد من المسوغات التي تسوغ ضرورة وضع قانون موحد للمعاملات المالية ودمج LA fusion القانونيين المدني والتجاري في مدونة واحدة ، ومن ذلك^١

اولا : زوال مسوغات الفصل بين القانون التجاري والقانون المدني

من المعروف أن قواعد القانون التجاري قد اضطبغت عند نشأتها بصبغة مهنية ، إذ وضعت قواعد هذا القانون لتحكم طائفة متميزة من الأشخاص هم التجار^٢ ، إلا أنه إزاء إلغاء نظام الطوائف من قبل رجال الثورة الفرنسية لعام ١٧٨٩ وإقرار مبدأ حرية مزاولة التجارة ، فلم يعد هنالك ضرورة لبقاء قواعد القانون التجاري بوصفه قانوناً خاصاً بطبقة التجار لأنه يتعارض مع مبدأ المساواة بين الأفراد أمام القانون^٣ .

ثانياً: تغير طبيعة الحياة المدنية

وكذلك ذهب أصحاب نظرية وحدة القانون الخاص إلى وجوب ملاحظة التغير الذي طرأ على طبيعة الحياة المدنية ، إذ لم يعد الركود هو السمة المميزة لها^٤ ، بل حدث تغير كبير في طبيعة الأنشطة التي يزاولها الأفراد ، إذ أنكب هؤلاء على مزاولة التجارة من دون أن يكونوا تجاراً ، وأصبح من الشائع استخدام الأساليب التجارية بين غير التجار ، كالقيام ببعض العمليات المصرفية ، فضلاً عن شيوع التعامل بالأوراق التجارية ، فلم تعد روح المضاربة واستخدام الأساليب التجارية وفقاً على التجار وحدهم ، وإنما امتدت إلى مختلف مظاهر النشاط الإنساني في العصر الحديث^٥ . وهذا الأمر يجد تبريره في تغير طبيعة ثروات الأفراد من ثروات تتمثل جُلهَا بالثروات العقارية إلى ثروات ذات قيم منقولة^٦ تتمثل بالأسهم والسندات ، وأصبحت قواعد القانون المدني في ظل الأشكال الجديدة للثروات بحاجة كذلك إلى عنصرَي الائتمان والسرعة اللذين يقوم عليهما القانون التجاري^٧ ، وهذا ما يسوّغ الدعوة إلى ضرورة وضع قواعد موحدة تؤمن تحقيق السرعة والائتمان وبغض النظر عن طبيعة النشاط .

ثالثاً: انعدام التفرقة بين قواعد القانون المدني وقواعد القانون التجاري في بعض الأنظمة القانونية

مما لا شك فيه أن التفرقة بين قواعد القانون المدني وقواعد القانون التجاري السائدة في القوانين المتأثرة بالاتجاه اللاتيني ليست معروفة في الكثير من الأنظمة القانونية ، إذ لا وجود لمثل هذه التفرقة في ظل قواعد القانون الروماني^٨ والقانون الكنسي^٩ . كما أن الشريعة الإسلامية لا تقر بمثل هذه التفرقة ، فهي تضم قواعد للمعاملات جميعها من دون تمييز بين معاملات مدنية وأخرى تجارية^{١٠} . فضلاً عما

تقدّم ، فإن بع الأنظمة القانونية المعاصرة كالنظام الإنجليزي أو الأمريكي لا تقيم شأناً للتفرقة المذكورة من دون الإنكار أن النظامين المذكورين قد رَفَدَا الفكر القانوني بالكثير من الأنظمة التجارية المتميزة ^{١١} ، فضلاً عن تواتر صدور العديد من القوانين التي تنظم الأنشطة التجارية في هذين البلدين التي تشكل - ولا شك - قواعد القانون التجاري في البلدين المذكورين ^{١٢}.

إقرار بعض القوانين بفكرة وحدة القانون الخاص : لم تبَقْ فكرة وحدة القانون الخاص مجرد دعوة نادى بها البعض من الفقهاء ، بل عمل بعض المشرعين على الإقرار بالفكرة المذكورة فعلاً ، وتوحيد القانونين المدني والتجاري في مجموعة واحدة . ومثال ذلك التقنين المدني الإيطالي لعام ١٩٤٢ وتقنين الالتزامات السويسري لعام ١٨٨١ . ومن القوانين العربية التي عملت على توحيد أحكام المعاملات المدنية والتجارية في قانون واحد قانون المواد المدنية والتجارية القطري رقم ١٦ لسنة ١٩٧١ ، الذي ألغى بقانون التجارة رقم ٢٧ لسنة ٢٠٠٦ .

المطلب الثاني

الانتقادات الموجهة إلى نظرية وحدة القانون الخاص

تعرضت نظرية وحدة القانون الخاص للنقد الشديد من قبل الفقه ، على الرغم مما قيل في تبريرها من مسوّغات ، ويمكن إجمال هذه الانتقادات بالآتي :

أولاً: إنّ دمج القانونين المدني والتجاري في مجموعة واحدة يتضمن إنكاراً للحقيقة الراسخة بوجود بيئة تجارية لها خصائصها الذاتية المتمثلة بالسرعة والانتمان ، مقابل بيئة مدنية لها خصائص مغايرة للبيئة التجارية مما

يستدعي استقلال كل منهما بقانون مستقل ^{١٣} .

ثانياً: إنّ القول بإمكانية اللجوء إلى الأساليب التجارية - التي تقتضيها البيئة التجارية والقائمة على السرعة والانتمان - في نطاق المعاملات المدنية ليس له ما يسوّغه ، فضلاً عن كونه يؤدي إلى نتائج غير مقبولة ^{١٤} ، فالمظاهر القانونية للسرعة من بعد عن القيود والشكليات وسهولة إبرام التصرفات تُعدُّ مطلباً لا غنى عنه في نطاق المعاملات التجارية ، أما اللجوء إليها في نطاق المعاملات المدنية فقد ينجم عنها أحياناً إلحاق الضرر بمن قام بها ^{١٥} ، فغير التاجر يفتقر في العادة إلى الخبرة في إبرام التصرفات لندرة وقوعها في حياته اليومية ، ولذا يكون من غير المقبول حرمانه من الضمانات التي تقررها قواعد القانون المدني لحماية إرادته وتأكيداها ، ومن ذلك الحصول على دليل إثبات يتناسب مع أهمية التصرف الذي يبرمه ^{١٦} .

فإطلاق مبدأ حرية الإثبات في المعاملات المدنية يؤدي إلى تضخم المنازعات التي تطرح على المحاكم وإرهاقها بعبء ثقيل ^{١٧} . فضلاً عما تقدم فإنه إذا كان الانتمان يُعدُّ عنصراً جوهرياً لا غنى عنه للنشاط التجاري يفرضه مبدأ تسارع المعاملات التجارية وتشابكها ^{١٨} ، إلا أن البيئة المدنية ليست بحاجة إلى مثل هذا العنصر بسبب ندرة التصرفات ، واختلاف الغاية من إبرامها عن تلك التي يقصدها التاجر من وراء إبرامها ، وإن كانت ذات طبيعة متماثلة ، وهكذا نلاحظ أن القروض التي يحصل عليها التاجر تستثمر عادةً في تنمية وتطوير نشاطه التجاري ، بينما لا يكون الهدف من الحصول على القروض في نطاق البيئة المدنية سوى إشباع بعض الحاجات الشخصية أو تخصيصها لنشاطات استهلاكية أو لمجرد الإسراف والبدخ ^{١٩} .

ثانياً لا ينبغي إيلاء أهمية كبيرة لتجربة القانون الإيطالي والسويسري في توحيد المعاملات المدنية والتجارية ، فهذه الوحدة

والعقود في المسائل المدنية والتجارية وصوغها في القانون المدني .

ثالثاً: الحد من نظام الوساطة وتوحيد أحكام الوكالات وصوغها في القانون المدني .

رابعاً: استبعاد أحكام الإفلاس التجاري وتوحيد الأحكام الخاصة بمتابعة المدين المعسر سواء أكان تاجراً أم غير تاجر وصوغها في قواعد تهدف إلى تصفية أموال المدين تصفية جماعية في إطار المصلحة العامة .

خامساً: توحيد أحكام الإثبات في المسائل المدنية والتجارية في قانون خاص .

وبالفعل فقد تم ترجمة هذه الأهداف بصور العديد من القوانين ، ومن ذلك :

أولاً: إصدار قانون الإثبات رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ بقصد توحيد أحكام الإثبات في المسائل المدنية والتجارية ، إذ أشارت المادة ١١ من القانون المذكور إلى سريان أحكامه على القضايا المدنية والتجارية .

ثانياً: صدور قانون التجارة رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ ، وقد تضمن هذا القانون تكريساً واضحاً لبعض مقررات نظرية وحدة القانون الخاص ، ومن ذلك :

١- لم يتضمن هذا القانون القواعد العامة التي تحكم الالتزامات والعقود التجارية التي كان ينظمها قانون التجارة رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠ الملغى في الباب الثاني المواد ٨٠-١٠٧ اكتفاءً بالقواعد العامة المقررة في القانون المدني .

٢- لم يتضمن قانون التجارة أحكاماً تتعلق بالأهلية التجارية اكتفاءً بالقواعد المقررة في القانون المدني .

٣- لم يتضمن قانون التجارة المذكور أعلاه أحكاماً خاصة بالإفلاس ، بل أشار في المادة

ليست سوى وحدة شكلية ، وينبغي عدم الخلط بين وحدة القانون الخاص ووحدة التقنين الذي يضم نصوص القانون الخاص ، فالقانونين المشار إليهما أعلاه لم يضع أحكاماً موحدة للمعاملات التجارية والمدنية ، وإنما أفرد للقواعد والأنظمة التجارية فصولاً وأبواباً في التقنين العام للالتزامات فقيت محتفظة باستقلالها الذاتي^{٢٠} مما يمكنها أن تشكل قانوناً تجارياً مستقلاً^{٢١} .

المبحث الثاني

تأثير نظرية وحدة القانون الخاص في القانون العراقي

تركت نظرية وحدة القانون الخاص أثراً واضحاً في القانون العراقي ، إذ تم بالفعل تبني بعض منطلقاتها ، وإصدار العديد من القوانين التي تأثرت بشكل واضح بالنظرية المذكورة ، وهو ما نبينه في (مطلب أول) ، إلا أن هذا الموقف لم يسلم من نقد الفقه ، وهذا ما يستدعي الإشارة إلى هذه الانتقادات في (مطلب ثان) .

المطلب الأول

تبني المشرع العراقي لبعض منطلقات نظرية وحدة القانون الخاص

تبني القانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٧ ، والموسوم بقانون إصلاح النظام القانوني بعض منطلقات نظرية وحدة القانون الخاص في محاولة لتوحيد بعض قواعد القانون التجاري مع قواعد القانون المدني في مدونة واحدة أو صياغتها ضمن قواعد القانون المدني . وقد جعل القانون المذكور من أهدافه العمل على :

أولاً: توحيد الأحكام المتعلقة في المسائل المدنية والتجارية وصوغها في القانون المدني.

ثانياً: توحيد الأحكام العامة للالتزامات

المطلب الثاني

تقدير موقف القانون العراقي

مما لا شك فيه أن الصلة الوثيقة بين القانونين التجاري والمدني هي إحدى المسؤوليات التي دعت المشرع العراقي إلى تبني بعض مظاهر نظرية وحدة القانون الخاص ، فلا يمكن لأحد الإنكار بأن قواعد القانون المدني تمثل القواعد العامة التي تنظم العلاقات التي يعنى بتنظيمها القانون الخاص^{٢٣}.

ومع ذلك فإن القوانين المتقدم ذكرها في الصفحة السابقة تضمنت ما يمكن عدّه إنكار لاستقلال القانون التجاري وفراة قواعده ، ويمكن ملاحظة هذا الأمر من خلال الملاحظات الآتية:

أولاً: إن توحيد أحكام الإثبات في المسائل المدنية والتجارية على النحو الذي أخذ به قانون الإثبات يتضمن مجافاة لبعض الحقائق القانونية المستقرة ، فمن المعروف أن المعاملات المدنية بوجه عام يحكمها المبدأ المعروف بالإثبات المقيد الذي يلزم بإثبات التصرفات القانونية إذا بلغت قيمتها الحد الذي يبينه القانون بمحرر أو دليل كتابي ، ولا شك أن إعداد مثل هذا الدليل في إطار المعاملات المدنية هو أمر ممكن بسبب تباعد وقوع تلك المعاملات والوقت الكافي الذي يملكه المتعاملين في إعداد مثل هذا الدليل، فضلاً عن كونه قصد به حماية المتعاملين في نطاق البيئة المدنية . أما في نطاق المعاملات التجارية ، فمن المعروف أن هذه المعاملات يحكمها مبدأ حرية الإثبات في المسائل التجارية التي يجيز إثبات التصرف القانوني ، ومهما بلغت قيمته ، بوسائل الإثبات كافة الجائزة قانوناً ، كالبيئة الشخصية أو القرائن ، وهذا المبدأ يتفق مع طبيعة الحياة التجارية القائمة على السرعة في إبرام الصفقات وتلاحقها بالشكل الذي لا يملك فيه التاجر -وكما هو ملاحظ عملاً- من تهيئة دليل كتابي بالتصرف أو المعاملة . وهكذا

٣٣١ منه إلى بقاء أحكام الإفلاس والصلح الوافي منه التي كان يتضمنها الباب الخامس من قانون التجارة السابق رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠ في المواد (٥٦٦-٧٩١) نافذة لحين تنظيم أحكام الاعسار بقانون .

٤- لم يتضمن قانون التجارة أحكاماً بشأن عقد الوكالة التجارية والوكالة بالعمولة التي كان ينظمها قانون التجارة السابق في المواد ١٩٣-٢٢٤ ونظمت هذه العقود بقوانين خاصة كان آخرها قانون تنظيم الوكالة التجارية رقم ٥١ لسنة ٢٠٠٠.

٥- وكذلك أشار قانون التجارة الحالي في الفقرة ثانياً من المادة ٤ إلى سريان القانون المدني على جميع المسائل التي لم يرد بشأنها حكم خاص في القانون المذكور أو في أي قانون خاص آخر . وهكذا تم استبعاد باقي مصادر القانون التجاري، وفي مقدمتها العرف التجاري خلافاً لموقف قانون التجارة السابق الذي كان يشير صراحةً في المادة ١ إلى تطبيق العرف التجاري بوصفه أحد مصادر القانون التجاري .

ثالثاً: ومقابل إعلاء شأن القواعد العامة واتساع نطاقها لتحكم كذلك بعض العلاقات التجارية ، إلا أن اعتناق المشرع العراقي لمبدأ وحدة التشريع دعت - عند إصدار قانون الشركات رقم ٣٦ لسنة ١٩٨٣ الملغي - إلى إلغاء الفصل الثالث من الباب الأول من الكتاب الثاني المتضمن المواد ٦٢٦-٦٨٣ من القانون المدني التي كانت تنظم أحكام عقد الشركة بوصفه من العقود المسماة في موقف يخالف ما استقرت عليه القوانين المقارنة ، وفي مقدمتها القانون الفرنسي، والكثير من القوانين العربية التي لا زالت تنظم الأحكام العامة لعقد الشركة ضمن أحكام القانون المدني^{٢٤}.

يمكن ملاحظة أن قانون الإثبات بإخضاعه المعاملات التجارية إلى قواعد الإثبات المقررة بالنسبة للمعاملات المدنية ، فإنه قد عمل على هدم مبدأ حرية الإثبات في المسائل التجارية . وقد تعرض هذا الموقف لنقد الفقه لكونه يمثل نهجاً مغايراً لمنهج المشرعين عموماً من دون مبالاة لما تقتضيه التجارة من سرعة ^{٢٤} .

ثانياً: إنَّ إلغاء قانون التجارة الحالي لأحكام القواعد العامة للالتزامات التجارية يتضمن مخالفة واضحة لما استقرت عليه غالبية القوانين التجارية العربية ^{٢٥} فإذا كانت هذه القواعد لا تمثل قواعد مستقلة عن القواعد العامة للالتزامات (الموجبات) ، إلّا أنها تعدل من أحكام الأخيرة في نطاق المعاملات التجارية . فقواعد الالتزامات التجارية قد راعت الطبيعة الخاصة المتميزة لقواعد القانون التجاري القائمة على السرعة والالتزام ، ومثلت خلاصة لما استقرت عليه آراء الفقه واجتهادات القضاء ، فعلى سبيل المثال أن تحديد ميعاد سريان الفوائد القانونية في الديون التجارية بحلول ميعاد لاستحقاق ^{٢٦} هو أمر تفرضه طبيعة المعاملات التجارية القائمة على الالتزام ، وإن الإخلال بالوفاء بالدين في ميعاد استحقاقه يلحق ضرراً بالغاً بالدائن قد يعرضه إلى التوقف عن دفع الديون التي التزم بدورها بالوفاء بها في مواعيد محددة . أما في نطاق المعاملات المدنية فالقاعدة هي سريان الفوائد القانونية من تاريخ المطالبة القضائية ما لم يحدد الاتفاق أو العرف ميعاداً آخر للاستحقاق ^{٢٧} ، ولا شك أنه لا يمكن في إطار المعاملات التجارية تعليق استحقاق الفوائد على مطالبة الدائن بها ؛ لأنَّ النقود في إطار هذه المعاملات هي نقود مثمرة ، وكذلك الحال بالنسبة لقاعدة افتراض التضامن بين المدنيين في نطاق المعاملات التجارية ^{٢٨} ، أو عدم جواز منح المدين أجلاً للوفاء بدينه التجاري ^{٢٩} وغير ذلك من قواعد .

ثالثاً: إنَّ الدعوة إلى استبعاد أحكام الإفلاس وتوحيد الأحكام المتعلقة بالتنفيذ الجماعي من قبل الدائنين على أموال المدين ، تاجراً أم غير تاجر ، التي سبقت الإشارة إليها ، وإن كانت تستند إلى اعتبارات سليمة تتمثل بالعيوب التي تشوب نظام الإفلاس المطبق على المعاملات التجارية ^{٣٠} ، ونظام الاعسار المطبق على المعاملات المدنية ^{٣١} . إلّا أن قانون التجارة اكتفى بإحلال لفظ (الاعسار) محل لفظ (الإفلاس) وأشار في المادة ٣٢١ إلى بقاء أحكام الإفلاس التي كان ينظمها قانون التجارة السابق لحين تنظيم أحكام الاعسار بقانون . وهذا ما ينطوي على خلط بين المفاهيم وإغفالاً للفروق الجوهرية بينهما ، فمن المعروف أن نظام الاعسار المطبق في المعاملات المدنية يفترض لتحقيقه مجرد أن تكون أموال المدين غير كافية للوفاء بها عليه من ديون مستحقة . بينما يقوم نظام الإفلاس المطبق في المعاملات التجارية على فكرة توقف التاجر عن دفع ديونه التجارية المستحقة ، ولا تلازم بين فكرة التوقف عن الدفع والاعسار ، فقد يتحقق التوقف عن الدفع مع كون التاجر موسراً ، وبالمقابل قد تكون ذمته معسرة ولا يجوز إشهار إفلاسه متى حافظ على أداء ديونه في مواعيد استحقاقها ^{٣٢} .

وفضلاً عما تقدم ، فإن الدعوة إلى وضع قانون للاعسار ليطبق على المعاملات المدنية والتجارية وفقاً لأسس جديدة هي دعوة أصبحت طي النسيان بعد مضي ما يقارب على ثلاثين سنة على إصدار قانون التجارة الحالي ، ولا يوجد عملاً ما يشير إلى إعداد مشروع يمثل هذا القانون . مع الإشارة إلى أن أحكام الإفلاس هي بحاجة إلى إعادة النظر فيها ، ومن ذلك التخفيف من القسوة المفرطة التي يعامل بها من صدر حكم بإشهار إفلاسه ، وتأمين المصلحة الجماعية للدائنين في اقتضاء حقوقهم ، وليس الانتقام من شخص المفلس والحط من مكانته .

الخاتمة

بعد بيان نظرية وحدة القانون الخاص والمسوّغات التي استندت إليها ، والانتقادات التي وجهت إليها ، وموقف القانون العراقي منها ، لا بُدَّ من الإشارة إلى أمرين وهما العلاقة الوثيقة بين القانونين المدني والتجاري، واستقلالية القانون التجاري كحقيقة لا يمكن إنكارها . ونبين هذين الأمرين تباعاً .

العلاقة الوثيقة بين القانونين المدني والتجاري :

مما لا شكّ فيه أن قواعد القانون المدني تمثل - وكما توصف تقليدياً - الشريعة العامة للمعاملات المالية ، ومن ثمّ فإن غالبية القوانين - التي تقر بوجود قانون تجاري إلى جانب القانون المدني - قد جعلت من الأخير القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية إذا لم يوجد نص خاص في قانون التجارة أو أي قانون تجاري خاص آخر . فقواعد القانون المدني تضم أحكاماً تخضع لها جميع المعاملات والتصرفات القانونية بغض النظر عن طبيعتها، كتلك الواردة في الباب التمهيدي المتعلقة بتطبيق القانون والأشخاص الطبيعيين والأشخاص المعنويين والأموال والحقوق ، كما أنها تضم القواعد الخاصة بتنزع القوانين سواء أكان هذا التنزع متعلقاً بالمكان أم الزمان، وكذلك القواعد المتعلقة بالنظرية العامة للالتزام . فضلاً عن أن القواعد العامة المقررة بشأن العقد تُعدّ قواعد عامة لمثيلاتها من العقود التجارية ينبغي الرجوع إليها في حالة عدم وجود حكم في القوانين الخاصة التي نظمت تلك العقود . وهذه المكانة لقواعد القانون المدني في نطاق المعاملات التجارية تدعونا إلى تجنب الدعوات التي بالغت في استقلال القانون التجاري ، إلى حد (تنجيز القانون المدني)^{٣٢} ان صحت العبارة ذاتها

استقلال القانون التجاري :

مقابل ما تقدم ، فإن الواقع يدلّ على أن دائرة تطبيق القانون التجاري تتسع باستمرار بفعل التطور الاجتماعي والاقتصادي والعلمي، مما يسبغ أهمية خاصة لهذا القانون تؤكد فرادته واستقلاليته ، ولا نجانب الصواب إذا قلنا بأن المجموعة التجارية أصبحت تداني أو تفوق المجموعة المدنية بفعل اتساع نطاق تطبيقها، وسعة حجم الموضوعات التي تتناولها ، وهذا ما يمكن ملاحظته على وجه الخصوص في الموضوعات التي فرضها التطور العلمي والتكنولوجي، كتلك المتعلقة بالتجارة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني وعقود نقل التكنولوجيا والتطور الحاصل في ميدان المعاملات المصرفية، كشيوع استخدام بطاقات الوفاء والتحويل الإلكتروني للأموال والأوراق التجارية الإلكترونية ، فضلاً عن ظهور طائفة من العقود لم يعرفها التعامل التقليدي كعقد الإيجار التمويلي ، إلا أن التمسك باستقلال القانون التجاري وتميزه وفرادته يجب ألا تدعونا إلى الحط من مكانة القانون المدني ، والنظر إليها كقواعد أصابها الهرم والشيوخة وأصبحت عاجزة عن مجاراة سنن التطور في الحياة . وبالمقابل عدم الانسياق إلى الحماس الذي انتاب الداعين لنظرية وحدة القانون الخاص إلى حد إنكار أصالة بعض نظم القانون التجاري بردها إلى أحكام القواعد العامة^{٣٤} .

ومما يؤكد ظاهرة استقلال القانون التجاري هو اتساع الصبغة الدولية لقواعده بفعل الجهود الحثيثة التي بذلت من العديد من المنظمات الدولية والإقليمية ، التي أسفرت عن حصيلة كبيرة من المعاهدات والاتفاقيات الدولية التي نظمت الكثير من صور التعامل التجاري، متجاوزة الخلافات الأساسية في الأنظمة القانونية للدول الموقعة على تلك المعاهدات أو الاتفاقيات ، ومما لا شكّ فيه أن العودة إلى التمسك بنظرية وحدة القانون الخاص وتوحيد

الهوامش

١- من الناحية التاريخية، يُعدُّ العلامة الإيطالي Vivante أول من تبنى الدعوة إلى نظرية وحدة القانون الخاص في مقال له نشره في حوليات القانون التجاري Ann. dr.com ١٨٩٣ ، إلا أنه عدل عنها ، ودعا إلى أفكار مغايرة لها في مقال له نشر كذلك في الحوليات المتقدم ذكرها عام ١٩٢٥ . إلا أن الفقيه Rotondi - وهو أحد تلاميذ العلامة Vivante واصل الدعوة إلى تبني نظرية وحدة القانون الخاص، وأثمر ذلك عن تبني القانون المدني الإيطالي الصادر عام ١٩٤٢ للقواعد التي تحكم النشاط التجاري ضمن قواعده . يُنظر :

Hamel et Lagarde , Droit Commercial , T1. ler , Vol 1., Par Jauffret, 2e, edition . Dal-loz, Paris , 1980, No. 5-1.

أما في فرنسا ، فقد تحمس بعض الفقهاء ، لنظرية وحدة القانون الخاص إلى حد الدعوة إلى إخضاع الأنظمة التجارية جميعاً إلى قواعد القانون المدني ، إذ تم تفسير النظام القانوني للشركة المساهمة وفقاً لمفاهيم الشراكة والوكالة والحوالة التجارية بالإناية والحساب الجاري وفقاً لأحكام المقاصة . ومع مهارة المسوّغات التي استندت إليها هذه الأفكار ، إلا أنها تبدو ذات طبيعة مصنعة لا يؤيدها الواقع. يُنظر :

Ripert et Roblot, Traité de droit Commercial, P ar Vogal, L. G. D. G. Paris, 18 edition , 2001, No. 58

(٢) وهذا ما نجده واضحاً في تقنين التجارة البرية الفرنسي - المعروف بتقنين Savary - الذي أصدره الملك لويس الرابع عشر عام ١٦٧٣ الذي كان قانوناً خاصاً بطبيعة التجار ، عمل على تكريس الطابع المهني للقانون التجاري متأثراً في ذلك بالوضع القائم آنذاك ، إذ كان التجار والحرفيون والصناعيون ينتسبون إلى طوائف كان لها أنظمتها الخاصة ... يُنظر :

Ripert et Roblot , Op.Cit., No. 18.

(٣) يُنظر في ذلك :

Gerard Lyon-Caen, Contribution ala Recherche d'une definition du Droit Commercial , Rev. Tri., Dr.Com. 1940, P. 577

(٤) الدكتور علي البارودي ، الدكتور محمد فريد العريني ، القانون التجاري ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، ١٩٨٧ ، ص ١٥ .

القانونين المدني والتجاري سيشكل عقبة كبيرة أمام الجهود المذكورة، ذلك لأن قواعد القانون المدني - وكما يشير الفقه - ترتبط بشكل عام بمجموع القيم الأخلاقية والاجتماعية التي تحرص عليها كل دولة ، ولا تقبل فيه أدنى تنازل ، فالعامل الأخلاقي يُعدُّ عنصراً جوهرياً في القانون المدني ، أما العامل المادي فلا يهتم هذا القانون إلا من خلال تبعيته للعامل الأخلاقي^{٣٠} ، أما القانون التجاري ، فالعنصر الجوهري فيه هو العامل المادي ، أما العوامل الأخلاقية والاجتماعية فهي عناصر طارئة متغيرة الأهمية ، ولما كانت مقتضيات التعامل التجاري وأساليبه هي بشكل عام متشابهة، الأمر الذي أسهم إلى حد بعيد في توحيد الكثير من قواعد القانون التجاري على الصعيد الدولي^{٣١} . وللدلالة على ما تقدم ، نبين بأن المصلحة المشتركة بين جميع الدول تتطلب تيسير التبادل التجاري، وانتقال الأشخاص من مكان لآخر، وقد ترجمت هذه المصلحة من خلال اتفاق جميع الدول على وضع قواعد موحدة لتأمين سلامة وانسيابية انتقال الأشخاص بين الدول من خلال وضع قواعد لتنظيم النقل الجوي الدولي عبر عدة معاهدات، كان آخرها اتفاقية مونتريال للنقل الجوي الدولي لعام ١٩٩٩ عملت فيها الدول الموقعة على التغاضي عن الاختلافات الواضحة في أنظمتها القانونية ، نزولاً عند المصلحة المشتركة لجميع الدول في تيسير التبادل التجاري وسهولة انتقال الأشخاص .

وصفوة القول إنَّ استقلال القانون ومفرداته أصبحت من الحقائق المسلّم بها في جميع الأنظمة القانونية التي تبنت ضرورة وجود قانون تجاري إلى جانب القانون المدني مما يجعل من نظرية وحدة القانون الخاص أثراً من آثار الماضي . وهذا ما يستدعي بتقديرنا أنه يتخلّى المشرّع العراقي عن نظريته إلى قواعد القانون التجاري ، بوصفها قواعداً تمثل استثناءً على قواعد القانون المدني ينبغي العمل على تضييق نطاق تطبيقها^{٣٢} وكما أوضحنا ذلك في الصفحات السابقة .

(٥) الدكتور مصطفى كمال طه ، القانون التجاري ، الدار الجامعية ، الإسكندرية ، ١٩٨٢ ، ص ١١ .

(6) Ripert et Roblot, Op.Cit., No. 59.

(7) Ibid., No. 59.

(٨) إذ لم تقرر قواعد القانون الروماني بوجوب التمييز بين المعاملات المدنية والمعاملات التجارية ، فلفظ التجارة Commerceium في القانون المذكور كان يدل على جميع العلاقات القانونية المتعلقة باستعمال الأموال .. يُنظر :

Jauffret, Droit Commercial , Par Mestre, L. G. D. J, Delta, 22 edition , 1996 ,No. 2.

(٩) كانت قواعد القانون الكنسي تنتظر بازاء إلى مهنة التجارة .. يُنظر :

Ripert et Roblot , Op.Cit., No. 58

(١٠) يُنظر في معنى لفظ المعاملات في الشريعة الإسلامية أستاذنا عبد الباقي البكري ، المدخل لدراسة القانون والشريعة الإسلامية ، مطبعة الآداب ، النجف ، ١٩٧٢ ، ص ١٠٥ ، الدكتور عبد الكريم زيدان ، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية ، بغداد ، الطبعة السادسة ، ١٩٦٧ ، ص ٢٥ .

(١١) ومثال ذلك مبدأ تحديد مسؤولية المساهم في الشركة المساهمة الذي أقره قانون المسؤولية المحدودة لأعضاء الشركات المساهمة الإنكليزي عام ١٨٥٥ . في تفصيل ذلك يُنظر رسالتنا لنيل شهادة الماجستير ، حقوق المساهم في الشركة المساهمة ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، ١٩٩٣ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، الطبعة الأولى ، ٢٠٠٨ ، ص ٣٤ وما بعدها .

(١٢) فعلى صعيد قانون الشركات ، فقد شهدت إنكلترا صدور العديد من القوانين ، ومنها قانون الشركات الصادر عام ١٩٠٨ ، و ١٩٤٨ ، و ١٩٨٥ ، كما شهد مطلع القرن الحادي العشرون صدور قانون الشركات الجديد لعام ٢٠٠٦ . وفي الولايات المتحدة الأمريكية ، فهناك العشرات من القوانين التي تنظم مختلف أوجه النشاط التجاري من أبرزها التقنين التجاري الاتحادي Uniform Commercial Code الذي يطبق في ٤٩ ولاية ويمثل أنموذجاً للقوانين الاتحادية التي تضم القواعد الموضوعية للقانون التجاري . للتفصيل يُنظر :

Robert. W. Emerson , Business Law , Bar-ron's , New York, Fifth edition, 2009, P. 14.

(١٣) الدكتور ثروت علي عبد الرحيم ، شرح القانون التجاري المصري الجديد، الجزء الأول، دار النهضة العربية ، القاهرة ، الطبعة الخامسة ، ٢٠٠٤ ، ص ٢٢ .

(١٤) الدكتور علي البارودي ، الدكتور محمد فريد العريني ، مصدر سبق ذكره ، ص ١٩ .

(١٥) ومقابل ذلك فإن الأخذ بمبدأ الإثبات المقيد - الذي يوجب إثبات التصرف كتابة إذا بلغت قيمة التصرف النصاب الذي حدده القانون ، وعدم جواز الإثبات بالبينة الشخصية - في نطاق المعاملات التجارية من شأنه تقيد إبرام التصرفات التجارية مما يجعلها في حالة ركود لا يتفق مع ما درجت عليه من سرعة وحرية في إبرام التصرفات .. بهذا المعنى : الدكتور حسن الخطيب ، مبادئ القانون التجاري العراقي ، مطبعة حداد ، البصرة ، ١٩٦٧ ، ص ١٩ .

(١٦) الدكتور محمد السيد الفقي ، القانون التجاري ، الجزء الأول ، نظرية الأعمال التجارية والتجار ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٥ ، ص ١٣ .

(١٧) الدكتور ثروت علي عبد الرحيم ، مصدر سبق ذكره ، ص ٢٣ .

(١٨) الدكتور ، أدوار عيد ، الدكتور كريستيان عيد ، الوسيط في القانون التجاري ، الجزء الأول ، الأعمال التجارية - التجار - المؤسسة التجارية ، الملكية الصناعية ، المنشورات الحقوقية ، صادر ، بيروت ، ٢٠٠٧ ، ص ٧ .

(١٩) لذا استقر العرف المصرفي على تيسير الحصول على الائتمان بالنسبة للتاجر ، مقابل التشدد في منحه لغير التاجر .

(٢٠) الدكتور مصطفى كمال طه ، مصدر سبق ذكره ، ص ١٤-١٥ ، عكس ذلك الدكتور ، محمود سمير الشرفاوي ، القانون التجاري الجزء الأول ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٢ ، ص ٨ ، وهو يرى أن التجربة السويسرية والإيطالية قد حققت وحدة موضوعية بين القانونين المدني والتجاري وليست وحدة شكلية ، ص ٨ .

(٢١) الدكتور أحمد البسام ، القانون التجاري ، بغداد ، ١٩٦١ ، ص ٦ ، ويرى الدكتور أكرم ياملكي ، أن الأقسام الثلاثة الأخيرة من تقنين الالتزامات السويسري المتعلقة بالشركات التجارية والسجل التجاري والعناوين التجارية والأوراق التجارية تؤلف بحد ذاتها قانوناً لا يؤثر شكاً في صفته التجارية ..

الوجيز في شرح القانون التجاري العراقي ، الجزء الأول ، الطبعة الثالثة ، ١٩٧١ ، ص ١٧ .

(٢٢) وهي المواد ١٨٣٢-١٨٧٣ من القانون المدني التي تعرضت لتعديلات جوهرية بصدر قانون ٤ كانون الثاني ١٩٧٨ Loi ٩-١٨ Janvier ١٩٧٨ .

(23) Le Droit Civil Constitue le Droit Commun qui regit les relations de Droit Prive'... Hamel et Lagarde Par Jauffret, Op.Cit., No. 23.

(٢٤) يُنظر: الدكتور أكرم ياملي ، القانون التجاري ، منشورات جامعة جيهان ، أربيل - العراق ، إثراء للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠١٢ ، ص ٧٣ ، وكذلك الدكتور عصمت عبد المجيد بكر ، شرح قانون الإثبات ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ٢٠١٢ ، ص ٥٠ .

(٢٥) إذ تضمنت بعض القوانين التجارية العربية أحكاماً للقواعد العامة المطبقة بشأن العقود أو الالتزامات التجارية كما في المواد ٤٧-٧١ من قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ ، والمواد ٧٢-٩٥ من قانون المعاملات التجارية لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم ١٨ لسنة ١٩٩٣ ، والمواد ٢٥٤-٢٦٣ من قانون التجارة اللبناني بالمرسوم الاشتراعي رقم ٣٤١ لسنة ١٩٤٢ .

(٢٦) يُنظر على سبيل المثال : المادة ٩٥ من قانون التجارة العراقي رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠ الملغي .

(٢٧) المادة ١٧١ من القانون المدني العراقي .

(٢٨) المادة ٨١ من قانون التجارة العراقي رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠ الملغي .

(٢٩) المادة ٩٤ من القانون أعلاه .

(٣٠) ومن الانتقادات الموجهة إلى نظام الإفلاس هو قسوته المفرطة والنظرة إليه بوصفه جريمة تستدعي تطبيق أشد العقوبات بشأن مقترفيها ، وهذا ما كان سائداً في العصر الذي وضع به قانون التجارة الفرنسي لعام ١٨٠٧ ، إذ تضمن هذا القانون عقوبات شديدة بحق المفلس .. في تفصيل مظاهر القسوة في نظام الإفلاس يُنظر :

RiperteRoblot,Traitededriot Commercial,T2 Par Delebecque et German .L.G.D.J, 18 .edition , 2001 , No. 2792

(٣١) ومن الانتقادات الموجهة إلى نظام الاعسار عدم فعاليتها، وذلك لغياب التصفية الجماعية لأموال المدين، فأشهار الاعسار لا يؤدي إلى حرمان الدائن من اتخاذ إجراءات فردية للتنفيذ على أموال مدينه ، وهذا ما نصت عليه المادة ٢٥٦ من القانون المدني المصري التي تقابل المادة ٢٧٥ من القانون المدني العراقي ، فضلاً عن عيوب أخرى . يُنظر في تفصيلها : الدكتور نبيل إبراهيم سعد ، نحو قانون للإفلاس المدني ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، ٢٠٠٤ ، ص ٤٤ وما بعدها .

(٣٢) المصدر أعلاه ، ص ٤٧ .

Ripert et Roblot , Par Vogel, Op.Cit., (33) No. 5

(٣٤) يُنظر

Ripert et Roblot , Par Vogel, Op.Cit., No58.

(٣٥) الدكتور علي البارودي ، الدكتور محمد فريد العريني ، مصدر سبق ذكره ، ص ٢٣ .

(٣٦) المصدر نفسه ، ص ٢٣-٢٤ .

(٣٧) إذ يؤكد البعض من الفقه أن يستشف من أسس قانون التجارة الحالي والأحكام التي قررها أن المشرع العراقي نظر إلى قواعد القانون التجاري كقواعد تمثل استثناءً على قواعد القانون المدني ، وهذا ما يبدو واضحاً في موقفه من نظرية الأعمال التجارية ، إذ أشارت مذكرته التفسيرية إلى تعدادها على سبيل الحصر ... يُنظر : أستاذنا الدكتور باسم محمد صالح ، القانون التجاري ، القسم الأول ، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، بغداد ، الطبعة الثانية ، ١٩٩٣ ، ص ٣٠ .

مصادر البحث :

أولاً: باللغة العربية

١- الدكتور علي البارودي ، الدكتور محمد فريد العريني ، القانون التجاري ، دار المطبوعات الجامعية ، ١٩٨٧ .

٢- الدكتور مصطفى كمال طه ، القانون التجاري ، الدار الجامعية ، الإسكندرية ، ١٩٨٢ .

١٣- الدكتور عصمت عبد المجيد بكر ،
شرح قانون الإثبات ، المكتبة القانونية ، بغداد ،
٢٠١٢.

١٤-الدكتور نبيل إبراهيم سعد ، نحو
قانون للإفلاس المدني ، دار الجامعة الجديدة ،
الإسكندرية ، ٢٠٠٤ .

١٥-الدكتور باسم محمد صالح ، القانون
التجاري ، القسم الأول ، وزارة التعليم العالي
والبحث العلمي ، بغداد ، الطبعة الثانية ،
١٩٩٣ .

ثانياً: باللغات الأجنبية

1-Gerard Lyon- ceau , contribution ala
Recherche du droit commerciel, Rev.Tri.
Dr.com.1940.

2-Hamel et Lagarde, Droit commercial , T.
Vol.1, Par Jauffret 2e edition, Dalloz ,
Paris , 1980.

3-Jauffret, Alfred, Droit commercial , Par
Mestre, L.G.D.J. Delta, 22e edition ,
1996 .

4-Ripert et Roblot , Traite de droit com-
mercial , T2. Par Delebecque et Ger-
man, L.G.J. Paris, 18 edition, 2001.

5-Ripert et Roblot , Traite de droit com-
mercial, Par vogel, L.G.J. Paris, 18 edi-
tion , 2001.

6-Robert. W. Emerson, Business Law
, Barron's New York. Fifth edition,
2009.

٣-عبد الباقي البكري ، المدخل لدراسة
القانون والشريعة الإسلامية ، مطبعة الآداب ،
النجف، ١٩٧٣.

٤-الدكتور عبد الكريم زيدان ، المدخل
لدراسة الشريعة الإسلامية ، بغداد ، الطبعة
السادسة، ١٩٦٧ .

٥-الدكتور ثروت علي عبد الرحيم ، شرح
القانون التجاري المصري الجديد ، الجزء
الأول ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، الطبعة
الخامسة ، ٢٠٠٤ .

٦- الدكتور حسن الخطيب ، مبادئ القانون
التجاري العراقي ، مطبعة حداد ، البصرة ،
١٩٦٧ .

٧- الدكتور محمد السيد الفقي ، القانون
التجاري ، الجزء الأول ، نظرية الأعمال
التجارية والتجار ، منشورات الحلبي الحقوقية،
بيروت ، ٢٠٠٥.

٨-الدكتور أدوار عيد ، الدكتور كريستيان
عيد ، الوسيط في القانون التجاري ، الجزء
الأول ، الأعمال التجارية - التجار - المؤسسة
التجارية - الملكية الصناعية ، المنشورات
الحقوقية ، صادر ، بيروت ، ٢٠٠٧ .

٩-الدكتور محمود سمير الشرقاوي ،
القانون التجاري ، الجزء الأول ، دار النهضة
المصرية، القاهرة ، ١٩٨٢ .

١٠- الدكتور أحمد البسام ، القانون
التجاري، بغداد ، ١٩٦١.

١١-الدكتور أكرم ياملكي ، الوجيز في
شرح القانون التجاري العراقي ، الجزء الأول،
الطبعة الثالثة ، ١٩٧١.

١٢- الدكتور أكرم ياملكي ، القانون
التجاري ، منشورات جامعة جيهان ، أربيل
- العراق ، إثراء للنشر والتوزيع ، عمان ،
٢٠١٢ .

The Theory of The Unity of Law and Its Implications in Iraqi Law

Asst .Prof.Dr. Farouq Ibrahim Jassim*

Abstract

Though it was a long time since the calling for unifying the civil Law and the Commercial Law in one code according to the so called the theory of the private Law unit, and inspire of the retreat of the call for adopting this theory by the contemporary legal thought as well as the decline of the discord intensity about it after the Commercial Law became an accomplished fact but this call is still having echo in the Iraqi Law , especially the adopting of some decisions of this theory though some Laws issued by the Iraqi legislature such as the current commerce Law No.30 , in 1984. This research paper represents an attempt to evaluate of the attitude of the above mentioned Law from the above mentioned theory .

(*)Al Mustasiriya University/College Of Law



رفع دعوى الالغاء خارج ميعادها

د.علي احمد حسن اللهبي *

الاثر لا نجد مضانها في نصوص التشريعات، وإنما جلها قررتها محاكم القضاء الاداري سواء في العراق ام الدول محل المقارنة ، مما دفعنا للبحث فيها .

اهمية البحث : ولهذا البحث اهمية تظهر في تناوله موضوع تغفل الكتابات عن التركيز عليه ، اذ جل ما يتطرق اليه هو ان تقديم الطعن بعد انقضاء الميعاد القانوني يترتب عليه رد الطعن لتقديمه خارج الاوقات القانونية هذا من جهة ، ومن جهة اخرى يندرج موضوع البحث ضمن دراسة اجراءات التقاضي امام محاكم القضاء الاداري التي يحظى البحث بها بأهمية في العراق بالنظر الى عدم وجود تشريع متخصص بتنظيم هذه الاجراءات وتبيان الاثار القانونية المترتبة عليها.

منهج البحث : وسنعمد المنهج المقارن في اعداد بحثنا هذا ، وسيكون القانون الفرنسي والمصري والجزائري محل المقارنة مع القانون العراقي ، مع فهم القانون هنا بالمعنى الواسع ليستوعب احكام القضاء الاداري بوصفه قضاء انشائي.

تقسيم البحث : وسنقسم بحثنا هذا على ثلاثة مباحث ، سنخصص الاول منها للإحاطة

المقدمة

يمثل ميعاد الطعن بالقرار الاداري مدة زمنية محددة ، لها موعد معين تبتدئ منه ولها موعد معين تنتهي فيه كأصل عام ، وينبغي برفاع دعوى الالغاء (الطاعن) ان يرفع دعوى الالغاء خلالها ، فإذا اقامها خارج هذه المدة تأثرت دعوى الالغاء من ناحية اهمالها شكلية جوهرية استلزمها القانون.

والأحوال التي يمكن تصورها بإقامة دعوى الالغاء خارج المدة الزمنية المحددة ، هي ان يبادر صاحب الشأن بتقديم طعنه الى المحكمة المختصة قبل ان تبدأ مدة الطعن بالسريان في مواجهته ، او ان يتأخر بتقديم طعنه حتى انقضاء المدة الزمنية المقررة للطعن بالقرار الاداري.

مشكلة البحث : وتبرز مشكلة البحث في ان رفع دعوى الالغاء خارج ميعادها يترتب اثار قانونية تتفاوت بحسب قيام الطاعن بالتعجيل بتقديم طعنه او التأخير بتقديمه الى ما بعد انقضاء ميعاد الطعن ، فضلاً عن ان هذه

(*) مجلس الدولة

بالإطار الزمني لرفع دعوى الإلغاء ، وفي المبحث الثاني سنتناول رفع دعوى الإلغاء قبل سريان ميعادها ، في حين سنخصص المبحث الثالث لدراسة رفع دعوى الإلغاء بعد انقضاء ميعادها ، مع تضمين البحث بخاتمة تتضمن الاستنتاجات التي خلصنا إليها من بحثنا ومقت

المبحث الاول

الاطار الزمني لدعوى الإلغاء

على الرغم من نص المشرع العراقي في المادة سابعاً / حادي عشر من قانون مجلس الدولة المرقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل على أن (تسري احكام قانون المرافعات المدنية ... في شأن الاجراءات التي تتبعها المحكمة الادارية العليا ومحكمة القضاء الاداري ومحكمة قضاء الموظفين فيما لم يرد فيه نص خاص في هذا القانون) فان لدعوى الإلغاء مدد زمنية ينبغي أن تقام بها تختلف عن المدد التي تقام بها غيرها من الدعاوي ، وللوقوف على الأساس القانوني لهذه المدد وطبيعتها يجيء هذين المطلبين:

المطلب الاول

الاساس القانوني لدعوى الإلغاء

من المعلوم أن الإجراءات الواجب إتباعها في إقامة الدعاوي القضائية عموماً ودعوى الإلغاء خصوصاً تجد أساسها القانوني في القواعد التشريعية ، إذ لا يترك المشرع هذه الإجراءات محلاً للاجتهاد وإنما يرسمها مسبقاً بنصوص قانونية.

فبالنسبة إلى المشرع الفرنسي فقد حدد مدة إقامة دعوى الإلغاء بموجب الأمر الصادر في ١٩٤٥/٧/٣١ — الذي أعاد تنظيم مجلس

الدولة الفرنسي — بشهرين من تاريخ نشر القرار الإداري المطعون فيه في الجريدة الرسمية أو النشرات التي تعتمدها المصالح أو إعلان صاحب الشأن به^١.

اما بخصوص المشرع المصري فقد رسم الاطار الزمني لإقامة دعوى الإلغاء في المادة (٢٤) من قانون مجلس الدولة رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢ التي تنص على ان

(ميعاد رفع الدعوى أمام المحكمة فيما يتعلق بطلبات الإلغاء ستون يوماً من تاريخ نشر القرار الإداري المطعون فيه في الجريدة الرسمية أو في النشرات التي تصدرها المصالح العامة أو إعلان صاحب الشأن به ...).

وفي القانون الجزائري حددت المادة (٨٢٩) من قانون الاجراءات المدنية والإدارية رقم (٩٨) لسنة ٢٠٠٨ مدة اقامة دعوى الإلغاء بقولها (يحدد اجل الطعن امام المحكمة الادارية بأربعة اشهر ، يسري من تاريخ التبليغ الشخصي بنسخة من القرار الاداري الفردي ، او من تاريخ القرار الاداري الجماعي او التنظيمي).

اما بالنسبة الى المشرع العراقي فقد حدد في قانون مجلس الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل المدد القانونية لإقامة دعوى الإلغاء، وقد فرق بين الدعاوي المقامة امام محاكم القضاء الاداري ومحاكم قضاء الموظفين وعلى النحو الاتي:

ففيما يخص محاكم القضاء الاداري فقد استلزمّت المادة (٧/ سابعاً) من القانون ان يتم التظلم منه لدى الجهة الادارية المختصة خلال (٣٠) يوماً من تاريخ تبليغ صاحب الشأن بالأمر او القرار الاداري المطعون فيه او اعتباره مبلغاً ، وعلى هذه الجهة ان تبت في التظلم خلال

(٣٠) يوماً من تاريخ تسجيل التظلم لديها ، وفي حالة عدم البت في التظلم او رفضه من الجهة الادارية المختصة على المتظلم تقديم طعنه خلال (٦٠) يوماً من تاريخ رفض التظلم حقيقة او حكماً. وفي ما يتعلق بمحاكم قضاء الموظفين فان (المادة ٧/ تاسعاً) استوجبت الطعن بالأمر او القرار المعارض عليه ، المتعلق بالحقوق الناشئة عن قانون الخدمة المدنية او القوانين او الانظمة التي تحكم العلاقة بين الموظف وبين الجهة التي يعمل فيها ، خلال (٣٠) يوماً من تاريخ التبليغ به اذا كان الموظف داخل العراق و (٦٠) اذا كان خارجه.

اما بخصوص الطعن بقرارات فرض العقوبات الانضباطية امام محكمة قضاء الموظفين فيكون طبقاً للمادة (١٥) من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم (١٤) لسنة ١٩٩١ خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تبليغ الموظف برفض التظلم حقيقة او حكماً ، اذ يلزم الموظف المعاقب بالتظلم من قرار العقوبة الانضباطية خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تبليغه بالقرار ، وعلى الادارة ان ترد على التظلم خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تقديمه^٢.

ويمكن ان نقدم الملاحظات الآتية على الاطار الزمني لإقامة دعوى الالغاء في القانون العراقي مقارنة بالدول محل المقارنة:

١- ان القانون العراقي يختلف عن قوانين الدول المقارنة من ناحية تمييزه في تاريخ اقامة الدعوى بحسب المحكمة المراد اقامة الدعوى امامها ، بخلاف القوانين المقارنة التي حددت مدة زمنية واحدة لها ، بل ان المشرع العراقي ميز بخصوص الطعن امام محاكم قضاء الموظفين بين ان يكون الطعن متعلقاً بالعقوبات

الانضباطية او بحقوق الموظف ، وفي هذه الحالة الاخيرة بين ان يكون الموظف داخل العراق او ان يكون خارجه ، وكذلك امام محكمة القضاء الاداري اذ ان مدة الطعن بقرار انهاء عضوية عضو مجلس المحافظة هي ثلاثين يوماً من تاريخ التبليغ بالقرار^٣ ، وكذلك الطعن بقرار التضمين اذ جعل المشرع مدة تقديم الطعن ثلاثين يوماً من تاريخ تبليغ الموظف او المكلف بخدمة عامة بقرار التضمين او اعتباره مبلغاً^٤ ، وذلك بخلاف مدة الطعن المنصوص عليها في قانون مجلس الدولة البالغة (٦٠) يوماً من تاريخ رفض التظلم حقيقة او حكماً.

٢- ان مدد اقامة دعوى الالغاء في القانون العراقي او الدول المقارنة هي مدد قصيرة نسبياً مقارنة مع مدد اقامة الدعاوي المدنية التي لها مدد تقادم تختلف بحسب طبيعة الحق المدعى به والتي قد تبلغ خمسة عشرة سنة ، او خمس سنوات^٥ ، وهذا الاختلاف يجد مبرره في الرغبة بتحقيق الاستقرار للمراكز القانونية اذ تقول محكمة القضاء الاداري في مصر « إن المشرع بتقريره مواعيد معينة تصبح بعدها القرارات الإدارية حصينة من الإلغاء قد هدف من ذلك إلى مصلحة عليا هي استقرار الأوضاع الإدارية وعدم تركها معلقة مما يشيع الفوضى والاضطراب في المحيط الإداري وهو الأمر الذي يحرص المشرع على تجنبه توخياً وحماية للمصلحة العامة...»^٦ ، فضلاً عن تحقيق حسن سير العمل الاداري ، وما يقتضيه من سرعة البت في مصير القرارات الادارية ، اضافة الى ان تحديد الميعاد من شأنه ان يقلل من عدد الدعاوي وبالتالي تخفيف العبء عن كاهل القضاء^٧.

المطلب الثاني

الطبيعة القانونية للمواعيد في دعوى الالغاء

إذا كانت علة تحديد موعد للطعن بالقرار الإداري هي المحافظة على استقرار المراكز القانونية ، والحيلولة دون جعلها عرضة للتغيير عبر جعل باب الطعن بها مفتوحاً الى أجل غير مسمى ، فإن السؤال الذي يطرح هو حول الطبيعة القانونية لهذا الموعد ، هل يعد من النظام العام ؟

من خلال تحري رأي الفقه الإداري في فرنسا ومصر والجزائر والعراق ، يمكن القول ان الرأي يكاد يجمع على ان ميعاد رفع دعوى الالغاء هو من النظام العام بحيث يستطيع القاضي ان يثيره من تلقاء نفسه وان لم يدفع الخصم بذلك ، وكذلك لا يجوز الاتفاق على خلافه^٨.

ومع ذلك هنالك رأي ينتقد اصلاً تقييد اقامة دعوى الالغاء بموعد معين ، اذ يرى انه لا يأخذ بعين الاعتبار النتائج المترتبة عنه ، ومنها الإبقاء على القرارات الإدارية غير المشروعة بسبب فوات الميعاد ، وهذا ما يخالف مبدأ المشروعية ودولة القانون^٩.

ولا يختلف موقف القضاء الإداري عن موقف الفقه باعتبار ميعاد دعوى الالغاء من النظام العام فقد قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر في احد احكامها على ان ((من القواعد الأساسية في التشريع أنه لا يجوز إتباع طرق الطعن إلا في الأحوال التي نص عليها المشرع ، وهذه القاعدة من النظام العام ، وإذا قرر الشارع أن رفع الطعن في ميعاده من النظام العام حتى تستقر الحقوق لدى أصحابها فمن باب أولى يكون جواز اللجوء إلى محكمة

الطعن أو عدم جوازه من الأمور التي يتعين أن تتحقق المحكمة منها من تلقاء نفسها بعدم قبوله كلما تخلف شرط الصفة أو المصلحة أو كان الطعن مرفوعاً من قبل الحكم أو مرفوعاً على من تنازل عنه))^{١٠} ، وكذلك ما قضى به مجلس الدولة في الجزائر الذي يقول في حكم له « أن الطعن الحالي جاء دون احترام مقتضيات المادة ٢٧٩ ق إ م إذ تقدم الطاعن بالطعن الإداري المسبق بتاريخ ١٩/٠٣/١٩٩٥ ، واستلمته الإدارة بتاريخ ٢٠/٠٣/١٩٩٥ وقام برفع الدعوى الإدارية بتاريخ ١٥/٠٩/١٩٩٧ أي بعد تجاوز المدة المنصوص عليها في المادة ٢٧٩ ق إ م مما يتعين معه الصريح بعدم قبول الطعن شكلاً لفوات الميعاد »^{١١} ، وهو الموقف نفسه للهيئة العامة بصفقتها التمييزية في مجلس شورى الدولة العراقي (مجلس الدولة حالياً) التي تقول في حكم لها ان ((الشكلية من النظام العام))^{١٢} ، وكذلك قولها في حكم اخر « مدد الطعن بالأحكام والقرارات تعتبر حتمية ، ويترتب على عدم مراعاتها سقوط الحق في الطعن »^{١٣} ، في حين بينت المحكمة الإدارية العليا موقفها صراحة من اعتبار مدد الطعن من النظام العام اذ تقول في حكم لها على ان ((تعد المدة المحددة للطعن القضائي من النظام العام يترتب على عدم مراعاتها سقوط الحق في الطعن))^{١٤}.

المبحث الثاني

رفع دعوى الالغاء قبل سريان ميعاد الطعن بالقرار الإداري

إذا كان الاصل في القانون العراقي ان الطعن بإلغاء القرار الإداري يتطلب أولاً من صاحب الشأن التظلم من القرار الإداري لدى الجهة الإدارية الصادرة منها القرار ، واستثناء

الطعن في هذه الحالة من تاريخ علمه بمضمون القرار الاداري ، وهو تاريخ رفع دعواه امام المحكمة المختصة.

ويقول مفوض مجلس الدولة الفرنسي (J.D. Combrexelle) في هذا الشأن ((ان الشيء الواجب قوله للمتقاضي ، هو انك لا تستطيع ان تشتكي بعدم علمك بطرق ومدد الطعن لأنك قد احدثت طعنك امام القاضي في خلال المدد المقررة لذلك ، والشيء الاخر هو انك لا تستطيع ان تشتكي بعدم علمك بإمكانية الطعن القضائي لأنك قدمت بالفعل طعناً قضائياً))^{١٦}.

كما ان مجلس الدولة الفرنسي يقرر توافر العلم اليقيني لصاحب الشأن بمجرد مباشرته الطعن القضائي ضد القرار الاداري محل التنازع سواء تعلق الامر بالطعن بالالغاء او طلب وقف تنفيذ القرار ، ومن احكامه في هذا الشأن حكمه في قضية (Grondane) الصادر في ١٠/١٠/١٩٩٠ اذ اخذ مجلس الدولة فيه بالعلم اليقيني وذلك بعد تقديم طعن قضائي في اطار احترام القواعد المنصوص عليها في المادة ١٠٤ من قانون المحاكم الادارية ومحاكم الاستئناف الادارية^{١٧}

اما في مصر فلم نجد حكماً لمجلس الدولة يأخذ فيه صراحة بالقول المتقدم ، إلا ان دأب مجلس الدولة المصري كان دائماً يقوم على صياغة المبدأ بعموميته ، ليطبق بالتالي على كل ما ينسجم وشروط هذا المبدأ ، وفي هذا تقول المحكمة الادارية العليا على ان (متى قام الدليل القاطع وفقاً لمقتضيات ظروف النزاع وطبيعته على علم صاحب الشأن بالقرار علماً يقينياً لا ظنياً ولا افتراضياً بحيث يكون شاملاً لجميع محتويات هذا القرار ومؤداه حتى يتيسر له بمقتضى هذا العلم ان يحدد مركزه القانوني

ذلك هو عدم اقتضاء التظلم ، أي يكون بمقدور صاحب الشأن الطعن بصورة مباشرة امام القضاء الاداري ، فان من شأن ذلك ان يؤثر في الحكم القانوني المترتب على قيام صاحب الشأن بتعجيل تقديم طلبه الى محاكم القضاء الاداري قبل استيفاءه شرط التظلم او قبل انتهاء المدة المحددة قانوناً للإدارة للرد على التظلم او قبل تبليغه بالقرار الاداري ، وللإحاطة بتفاصيل هذا الموضوع سنقسمه على مطلبين ، سنخصص الاول لدراسة الاثر القانوني المترتب على تقديم الطعن بالقرار قبل التبليغ به او نشره ، بينما سنفرد المطلب الاخر لبحث الاثر القانوني المترتب على تقديم الطعن بالقرار قبل تقديم التظلم او انتهاء الموعد المحدد للرد على التظلم.

المطلب الاول

الاثار المترتب على تقديم الطعن بالقرار قبل التبليغ به او نشره

في حالة احتساب سريان ميعاد دعوى الالغاء من تاريخ التبليغ بالقرار الاداري او نشره^{١٥} — كما في حالة الطعن بالقرارات الادارية المتعلقة بحقوق الموظف المستمدة من قوانين الوظيفة العامة امام محاكم قضاء الموظفين التي استلزمت المادة (٧/تاسعا) من قانون مجلس الدولة المعدل ان يكون الطعن بها خلال (٣٠) يوماً من تاريخ التبليغ بها اذا كان الموظف داخل العراق و (٦٠) يوماً اذا كان خارجاً ، فان قيام صاحب الشأن برفع طعنه الى محكمة المختصة قبل التبليغ بالقرار لا يؤثر في قبول المحكمة للطعن على اساس ان تقديم هذا الطعن سيكون دليلاً على وصول العلم له بالقرار الاداري ، وبالتالي سيعمل في هذه الحالة بنظرية العلم اليقيني ، اذ يحتسب ميعاد

من القرار متى قام الدليل على ذلك بدأ ميعاد الطعن من تاريخ ثبوت هذا العلم دون حاجة الى نشر القرار او اعلانه (...)^{١٨}.

كما نستطيع ان نلحق واقعة تقديم الطعن بالقرار قبل التبليغ به بواقعة تقديم التظلم من القرار من دون حصول التبليغ للمتظلم ، اذ المستقر عليه في القضاء الاداري المصري ان التظلم من القرار يشير الى تحقق العلم اليقيني بمضمون القرار الاداري للمتظلم ، ومن الاحكام المتعلقة بهذا الامر حكم المحكمة الادارية العليا الصادر في ١٩٥٨/٥/٢٤ الذي تقول فيه « اذا ثبت ان الموظف المدعي ارسل خطاباً الى الجهة الادارية يحتوي علماً كافياً بماهية العقوبة الموقعة عليه ، وأسباب توقيعها ، وتحديد اسباب المعارضة في القرار من ناحية الشكل ومن ناحية الموضوع ، وقد سردها بكل تفصيل ، فلا يقبل منه بعد ذلك القول بأنه لم يكن يعلم بالقرار علماً كافياً نافياً للجهالة »^{١٩}.

وفي العراق بالرغم من عدم عثورنا على حكم يبين موقف محاكم مجلس الدولة من رفع دعوى الالغاء قبل التبليغ بالقرار ، فبرأينا ان الحكم لا يختلف عما تقدم اذ تقبل الدعوى على اساس تحقق العلم اليقيني للموظف ، والذي استقر القضاء الاداري عندنا على الاخذ به كوسيلة يعتد بها في ترتيب سريان مدد اقامة دعوى الالغاء امام محاكم القضاء الإداري ، ففي حكم لمجلس الانضباط العام (محكمة قضاء الموظفين حالياً) يقول فيه « ولما كان قرار المدعي بعلمه بالأمر المذكور يعد حجة بذاته عن سداد المبلغ الذي بذمته لدائرة التنفيذ، وبذا يتحقق العلم اليقيني ، وبما إن المدعي قد أقام الدعوى بتاريخ (٥) نيسان ١٩٧٣ أي بعد انتهاء المدة القانونية المعينة بالفقرة (٣) من المادة (٥٩) من قانون الخدمة المدنية ،

الأمر الذي تكون فيه دعواه تستوجب الرد من هذه الجهة ، أما ما عمد إليه المدعي من تحويل طلباته وتقديم طلباً جديداً بتاريخ ١٥ شباط ١٩٧٣ فلا يجدد المدة القانونية المنتهية لأنها من النظام العام))^{٢٠}، كما ذهبت محكمة قضاء الموظفين الى القول في احد احكامها «لاحظت المحكمة ان الامر المعترض عليه صادر بتاريخ ٢٠١٤/٢/٥ ، وحيث ان المدعي تسلم راتبه ٢٠١٤/٢/٢٤ منقوصاً ، مما يعني انه كان على علم بالأمر الاداري ، وان اقامة دعواه بتاريخ ٢٠١٢/٤/١٥ تكون الدعوى مقامة بعد مضي المدة القانونية البالغة ٣٠ ثلاثين يوماً من تاريخ تبلغ الموظف بالأمر المعترض عليه لمن كان داخل جمهورية العراق ...»^{٢١}.

المطلب الثاني

الاثار القانونية المترتب على تقديم الطعن بالقرار قبل تقديم التظلم او انتهاء الموعد المحدد للرد على التظلم

قد يستلزم المشرع لقبول دعوى الالغاء قيام الطاعن بالتظلم من القرار الاداري لدى الجهة الاداري قبل رفع الدعوى والمطالبة بالغاءه.

ففي فرنسا يستند تطلب هذا الشرط الى احكام القضاء الاداري وليس الى نصوص صريحة في القانون الفرنسي ، وترجع اسباب تطلبه الى اعتبارات تاريخية ترتد الى نظام الادارة القاضية الذي كان معمولاً به في بداية نشأة مجلس الدولة الفرنسي وقبل استكمال اختصاصاته القضائية عام ١٨٧٢^{٢٢}. وفي مصر فقد تطلب قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ لقبول طلبات الغاء القرارات الادارية التظلم منها الى الهيئة الإدارية التي أصدرت القرار أو إلى الهيئات الرئاسية وانتظار المواعيد المقررة للبت في هذا التظلم.

اما في الجزائر فقد جعلت المادة ٨٣٠ من قانون الاجراءات المدنية والإدارية التظلم من القرار جوازيًا ، أي يملك صاحب الشأن التوجه مباشرة الى القضاء وإقامة دعواه بإلغاء القرار الإداري خلال مدة اربعة اشهر من تاريخ تبليغه بالقرار او نشره ، او التوجه الى الجهة الادارية الصادر منها القرار للتظلم منه ، وفي هذه الحالة الاخيرة امام الجهة الادارية شهرين للرد على التظلم ، فإذا رفضته حقيقة او حكماً ابتداءً احتساب مدة الاربعة اشهر له للطعن بالقرار امام القضاء.

وفي العراق فيما يتعلق بالطعن امام محاكم القضاء الاداري فقد استلزمت المادة (٧/ سابعا) من قانون مجلس الدولة المعدل ان يتم التظلم من القرار لدى الجهة الادارية المختصة خلال (٣٠) يوما من تاريخ تبلغ صاحب الشأن بالأمر او القرار الاداري المطعون فيه او اعتباره مبلغا ، وعلى هذه الجهة ان تبت في التظلم خلال (٣٠) يوما من تاريخ تسجيل التظلم لديها ، وفي حالة عدم البت في التظلم او رفضه من الجهة الادارية المختصة على المتظلم تقديم طعنه خلال (٦٠) يوما من تاريخ رفض التظلم حقيقة او حكماً ، اما بخصوص الطعن بقرارات فرض العقوبات الانضباطية امام محكمة قضاء الموظفين فيكون طبقا للمادة (١٥) من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم (١٤) لسنة ١٩٩١ خلال ثلاثين يوما من تاريخ تبليغ الموظف برفض التظلم حقيقة او حكماً ، اذ يلزم الموظف المعاقب بالتظلم من قرار العقوبة الانضباطية خلال ثلاثين يوما من تاريخ تبليغه بالقرار ، وعلى الادارة ان ترد على التظلم خلال ثلاثين من تاريخ تقديمه.

والسؤال اذا كانت النصوص المتقدمة جعلت من تقديم التظلم شرطاً وجوبياً للطعن

بالقرار امام محاكم القضاء الاداري ، فما هو الحكم لو رفع صاحب العلاقة دعواه من دون أن يتظلم من القرار او ان ينتظر رد الادارة على تظلمه؟

ان رفع الدعوى من دون التظلم من القرار الاداري يقود حتماً الى رد الدعوى شكلاً لعدم استيفائها شكلية تطلبها القانون^{٢٣} ، وهذا الحكم افصحته عنه المحكمة الادارية العليا في مصر بقولها ان ((القرارات المتعلقة بالتسكين هي من القرارات التي يجب التظلم منها قبل اقامة الدعوى وإلا غدت الدعوى غير مقبولة))^{٢٤} ، وكذلك قضى به مجلس الدولة الجزائري في حكمه الصادر في ٢٠٠٥/٥/٢٢ بقوله (حيث أن الطعن الحالي جاء دون احترام مقتضيات المادة ٢٧٩ ق إ م إذ تقدم الطاعن بالطعن الإداري المسبق بتاريخ ١٩/٠٣/١٩٩٥ ، واستلمته الإدارة بتاريخ ٢٠/٠٣/١٩٩٥ وقام برفع الدعوى الإدارية بتاريخ ١٥/٠٩/١٩٩٧ أي بعد تجاوز المدة المنصوص عليها في المادة ٢٧٩ ق إ م المقدرة بثلاثة أشهر باعتبار أن الطعن التدرجي لم يتم الجواب عليه، وطبقاً للمادة ٢٨٠ من ق إ م مما يتعين معه الصريح بعدم قبول الطعن شكلاً لفوات الميعاد)، وهو ما بينته ايضا الهيئة العامة في مجلس شورى الدولة في العراق (مجلس الدولة حالياً) في احد احكامها اذ جاء فيه (يشترط قبل تقديم الطعن القضائي الى محكمة القضاء الاداري ان يتظلم صاحب الطعن لدى الجهة الادارية المختصة وعدم تقديم التظلم يجعل الدعوى واجبة الرد شكلاً لان تقديم التظلم الزامي)^{٢٥}.

اما عن تعجيل صاحب العلاقة برفع دعوى الالغاء قبل ان تنتهي المدة الزمنية الممنوحة للإدارة للرد على التظلم ، فان حكمها لا يختلف عن حكم الحالة الاولى ذلك ان المشرع ترك

للإدارة مدة معقولة بهدف تمكينها من مراجعة قرارها وتقليب وجهات النظر فيه ، فان تبين لها عدم مشروعيته جاز لها استدراك ذلك عبر سحب القرار او الغائه ، اما ان ردت الإدارة صراحة برفض التظلم فلا فائدة من انتظار صاحب العلاقة لمرور المدة اذ ينبغي ان يرفع طعنه مباشرة الى محاكم القضاء الاداري ، وهذا ما بينته المحكمة الادارية العليا في مصر ، اذ نصت في احد احكامها على ان ((لئن كان المدعيان قد أقاما دعواهما قبل مضي مدة الشهر وقبل أن تجيب الإدارة عن تظلمهما ، إلا إذا مضي الشهر المذكور خلال نظر الدعوى ، ولم تستجب الإدارة لتظلم المدعيين ، بل صرحت برفضه ، فإنه بهذه المثابة يكون لرفع الدعوى محله ، ويكون الدفع بعدم قبولها شكلاً على أساس رفعها قبل فوات مدة الشهر على تقديم التظلم مردوداً ، وإنما يكون لهذا الدفع محله لو أن الإدارة قد استجابت فرضاً لطلبات المدعيين قبل مضي الشهر سالف الذكر ، فتكون اقامتهما لدعواهما عندئذ سابقة لأوانها ، و كان يقضى عندئذ بالزمهما بمصروفاتها ، أما وأن الإدارة أصرت على عدم اجابة طلبهما ، بل رفضته صراحة ، فالخصومة تكون - والحالة هذه - ما زالت قائمة ولها محل ، مما لا مندوحة معه من فصل المحكمة فيها قضائياً))^{٢٦} ، وكذلك ما قضت به محكمة القضاء الاداري في العراق بقولها « ... وحيث ان عدم اجابة المدعي عليه على التظلم وحيث انه لم يبلغ المدعي تحريراً برفض التظلم فلا يعد سكوت المدعي عليه رفضاً للتظلم إلا بعد انتهاء المدة المحددة قانوناً»^{٢٧}.

إلا ان المحكمة الادارية العليا في مصر قبلت في حكم لها ان يجري رفع الدعوى قبل تقديم التظلم معلة ذلك — طبقاً لما جاء

في حكمها — بالقول ((ان التظلم الوجوبي ليس مقصوداً لذاته كإجراء شكلي وإنما وضع لتحقيق اغراض معينة فإذا تعجل صاحب الشأن وأقام دعواه بعد صدور القرار ثم تظلم منه الى الجهة المختصة خلال الميعاد المقرر قانوناً من ثم يكون قد تحققت به الغاية التي تغاها المشرع وعليه يرفض الدفع بعدم قبول الدعوى))^{٢٨}.

كما ان المحكمة نفسها صرحت في حكم اخر على أن « الغرض من جعل التظلم وجوبياً طبقاً لأحكام القانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ هو تقليل الوارد من القضايا بقدر المستطاع وتحقيق العدالة الإدارية بطريق أيسر للناس ، وإنهاء تلك المنازعات في مراحلها الأولى أن رأت الإدارة أن المتظلم على حق في تظلمه فإن رفضته أو لم تثبت فيه خلال الميعاد المقرر ، فله أن يلجأ إلى طريق التقاضي ، وأنه لو اوضح من ذلك أن المشرع ولئن استحدث التظلم الوجوبي الذي لا مناص من استنفاده قبل مراجعة القضاء للحكمة التي أشار إليها بالمذكرة الايضاحية ، أي أنه في صدد المواعيد لم يخرج عما قرره في شأن التظلم الاختياري . ولما كان انتظار المواعيد مقصوداً به إفراح المجال أمام الإدارة لإعادة النظر في قرارها ، فإن النتيجة الطبيعية لذلك أن الغرض من قول الشارع وانتظار المواعيد المقررة للبت في التظلم يكون قد تحقق إذا عمدت الإدارة إلى البت في التظلم قبل انقضاء فسحة الميعاد التي منحتها أو إذا بكر ذوو الشأن بمراجعة القضاء وانقضى الميعاد أثناء سير الدعوى دون أن تجيبهم الإدارة إلى طلباتهم ، ومن ثم يكون الدفع بعدم قبول الدعوى الحاضرة لمجرد أنها أقيمت قبل انقضاء ستين يوماً على تقديم التظلم لا سند له من القانون»^{٢٩}.

المبحث الثالث

رفع دعوى الالغاء بعد انقضاء ميعاد رفعها

يترتب على انقضاء ميعاد الطعن القضائي بالقرار الإداري تحصن القرار من الالغاء بحيث اذا رفعت دعوى الالغاء بعد مرور المدة الزمنية المحددة قانوناً لإقامتها ردت الدعوى من الناحية الشكلية لإقامتها خارج أوقاتها^{٣٠}، وللإحاطة بمداول تحصن القرار الإداري من الالغاء والآثار القانونية المترتبة عليه سنقسم هذا المبحث على مطلبين ، سنخصص الاول منها للتعريف بترحصن القرار الإداري ، في حين سنفرد الآخر لدراسة الآثار القانونية المترتبة على تحصن القرار الإداري من الالغاء.

المطلب الاول

ترحصن القرار الإداري

قدمت تعريفات عديدة لترحصن القرار الإداري جاءت متفاوتة في الفاظها وفي معناها^{٣١}، فقد عرف بأنه ((عدم جواز المساس به سواء بإلغائه أو سحبه))^{٣١} ، كما عرف بأنه « تحول القرار الباطل الى قرار صحيح بسبب عدم الطعن عليه خلال المواعيد المقررة قانوناً،^{٣٢} ، ويعاب على التعريف الاول انه غير مانع اذ ينطبق هذا التعريف كذلك على تحصين القرار الإداري ، بينما يعاب التعريف الثاني ان مسالة تحول القرار الإداري الذي تحصن من الالغاء القضائي الى قرار صحيح هو محل اختلاف الى يومنا هذا وسط فقهاء القانون الإداري ، وإزاء ذلك نعرف تحصن القرار الإداري بأنه عدم القدرة على الطعن بالقرار امام محاكم القضاء الإداري بعد انقضاء المدة المحددة للطعن.

ولكن يثور التساؤل عن الفروق القانونية بين تحصن القرار الإداري وترحصينه.

ان القضاء الإداري هو من استحدث مبدأ تحصن القرار الإداري ضد الإلغاء ، إذ اوجد هذا المبدأ واعلمه على قرارات الإدارة ، وإذا كان القضاء الإداري قد اوجد طريقاً لحماية القرار الإداري من السحب والإلغاء بترحصينه بمضي مدة الطعن ، فان القانون الإداري قد عرّف طريقاً آخر لحماية القرار الإداري من الإلغاء أو الرقابة القضائية ، ألا وهو تحصين القرار الإداري ، وحرصين القرار الإداري هو حصانة تشريعية يضيفها المشرع على بعض القرارات الإدارية بهدف استبعادها من ميدان الرقابة^{٣٣}.

والقرارات الإدارية المحصنة تعرف بأنها طائفة من الأعمال الإدارية تصدر من السلطة التنفيذية إلا ان المشرع على خلاف الأصل يقوم بإخراجها من رقابة القضاء بنص تشريعي صريح^{٣٤} ، ويعرف التحصين ايضاً على انه نص المشرع على ان تصرفاً ما من التصرفات التي تجريها الحكومة لا يكون موضع اي طعن ، وبالتالي يفسر الفقه في بعض القوانين بأن ذلك التصرف يصبح محصناً من الرقابة القضائية بكافة انواعها وأشكالها بناءً على نص القانون^{٣٥}.

ويرد النص على التحصين ضد رقابة القضاء بعبارات مختلفة تؤدي جميعها إلى عدم خضوع القرار الصادر من الجهة الإدارية المختصة لرقابة القضاء ، ويترتب على ذلك تجريد ذوي المصلحة من حقهم في منازعة هذا القرار الإداري قضائياً نظراً لأن المشرع حصن هذا القرار بنص القانون^{٣٦}.

أما بالنسبة لأهداف ومبررات تحصين

القرارات الإدارية ، فقد رأى بعضهم أن المشرع قد يقوم بتحسين بعض القرارات الإدارية لبواعث منها:

١. قد يكون الباعث من تحسين القرارات الإدارية هو رغبة المشرع في عدم عرقلة نشاط الإدارة ، وسرعة تنفيذها للمهام والمسؤوليات المنوطة بها، وإن فتح باب مخاصمة مشروعية بعض القرارات الإدارية يعرقل نشاط الإدارة بسبب بطء إجراءات التقاضي وطولها ، واستمرار بعض الدعاوى سنوات طويلة^{٣٨}

ومن جانبنا نرى أن بطء إجراءات التقاضي لا يبرر استبعاد القرارات الإدارية من رقابة القضاء ، كما لا يمكن منع الأفراد من أهم الحقوق ألا وهو حق التقاضي ، والطعن في قرار إداري لا يمنع من تنفيذه ما دام لا يترتب على تنفيذه نتائج يصعب تداركها.

٢. يمكن أن يكون الباعث من تحسين بعض القرارات الإدارية من نطاق الرقابة القضائية ، هو ورودها في تشريعات قد تلغى لاحقاً^{٣٩}.

وفي العراق فإن هنالك الكثير من التشريعات التي تنص على تحسين القرارات الإدارية نذكر منها ، ما نصت عليه المادة (٩٦) من قانون الصحة العامة رقم ٨٩ لسنة ١٩٨١ من أنه : (تمنع المحاكم عن سماع الدعاوى الناشئة عن الأوامر الصادرة بموجب أحكام هذا القانون بخلاف المحلات الخاضعة للإجازة أو الرقابة الصحية أو بإتلاف المواد الغذائية وذلك لأسباب تتعلق بالصحة العامة) ، وكذلك ما ورد في قانون وزارة التعليم العالي والبحث العلمي رقم (٤٠) لسنة ١٩٨٨ الذي قضى في الفقرة الأولى من المادة (٣٨) بعدم سماع المحاكم للدعاوى التي تقام على الجامعة

وهيئة المعاهد الفنية أو الكلية أو المعهد التابع لأي منهما في كل ما يتعلق بقضايا القبول والامتحانات والعقوبات الانضباطية والفصل، ويكون للجامعة حق البت في الشكاوى التي تنشأ عن ذلك ، وفي الفقرة الثانية من ذات المادة نصت على ما يأتي : (تمنع المحاكم من النظر في تقويم الشهادات والدرجات العلمية العربية والأجنبية التي تلي المرحلة الدراسية الثانوية، ودعاوى منح الألقاب والشهادات العلمية والفخرية)^{٤٠}.

ومما تجدر الإشارة إليه أن دستور العراق لعام ٢٠٠٥ نص في البند (ثالثاً) من المادة (١٩) على أن (التقاضي حق مكفول للجميع)، وكذلك نصت المادة (١٠٠) من الدستور ذاته على أن (يحظر النص في القوانين على تحسين أي عمل أو قرار إداري من الطعن)، وبذلك يمكن القول أن التحسين لم يعد له وجود في القانون العراقي في الوقت الحاضر.

صفوة القول أن الاختلاف بين تحسن القرار الإداري وتحسينه يتجلى في أمرين هما ، المنشأ والهدف ، فمنشأ تحسن القرار الإداري ، هو القضاء الإداري فهو الذي وجد واعمل هذا المبدأ ، أما منشأ تحسين القرار الإداري فهو المشرع ، فهو الذي يضمن القوانين نصوصاً تمنع الطعن بالقرارات الصادرة تطبيقاً لها^{٤١}.

وكذلك يبرز الاختلاف في الهدف من كل واحد منهما ، فالهدف من تحسن القرار الإداري بسبب فوات ميعاد الطعن هو تحقيق الاستقرار في المراكز القانونية ، بينما الهدف من تحسين القرار الإداري هو عدم عرقلة نشاط الإدارة ، وضمان وسرعة تنفيذها للمهام والمسؤوليات المنوطة بها.

المطلب الثاني

الاثار القانونية المترتبة على تحصن القرار الاداري

يمكن ايجاز الاثار القانونية المترتبة على تحصن القرار الاداري بفوات ميعاد الطعن به بالنقاط الاتية:

١. تصبح الحقوق والمراكز القانونية التي رتبها القرار الاداري غير المشروع الذي انتهى ميعاد الطعن به، حقوقاً مكتسبة لذوي الشأن فلا يجوز المساس بها^{٤٢}، وهذا ما افصح عنه المحكمة الادارية العليا في مصر بقولها في احد احكامها على ان « يتحصن القرار غير المشروع ويستقر عقب انقضاء فترة ستين يوماً على نشره او العلم به ويسري على هذا القرار ما يسري على القرار الصحيح الذي يصدر في الموضوع ذاته إذا انقضت فترة الستين يوماً المذكورة اكتسب القرار حصانة من اي الغاء او تعديل ويصبح عندئذ لصاحب الشأن حق مكتسب فيما تضمنه القرار...»^{٤٣}، وكذلك ما ذهبت اليه الهيئة العامة في مجلس شورى الدولة (مجلس الدولة حالياً) في العراق التي تقول (... فإن المميز عليه (ع. س. د) يكون قد اكتسب حقاً ثابتاً لهذا العنوان الوظيفي لا يجوز المساس به وحرمانه من مزاياه إذ إنه إذا كان من شأن مضي المدة المقررة للطعن في الأمر أو القرار الإداري ومقدارها ستون يوماً وفقاً لما قرره المادة (٧/ ثانياً) من قانون مجلس شورى الدولة أن يجعله محصناً ضد هذا الإلغاء القضائي فإن مضي هذه المدة على صدور القرار الإداري دون إلغاء من الإدارة يجعله محصناً من باب أولى ضد الإلغاء الإداري ولمضي مدة تزيد على تسعة أشهر من مباشرة المميز عليه بوظيفته ... لذلك قرر تصديقه ورد الطعون التمييزية ...»^{٤٤}.

٢. يجوز ابداء الدفع بعدم قبول دعوى الالغاء لفوات ميعاد الطعن بالقرار الاداري امام القضاء في اية مرحلة من مراحل الدعوى، باعتبار ان ميعاد الطعن من النظام العام، كما يجوز للمحكمة ان تقضي من تلقاء نفسها بعدم قبول الدعوى اذا رفعت بعد فوات ميعاد الطعن^{٤٥}.

٣. ان تحصن القرار الاداري غير المشروع لا يعني تحوله الى قرار مشروع، اذ لا يمنع تحصن القرار الاداري غير المشروع من المطالبة بالتعويض عن الاضرار الناجمة عن تنفيذه^{٤٦} لان دعوى التعويض لا تخضع للمدد المحددة لإقامة دعوى الالغاء - التي سبق وان فصلنا الحديث عنها -، وإنما تخضع للمواعيد التي تخضع لها الدعاوي المدنية التي تمتاز مدد اقامتها بالطول نسبياً قياساً مع مدد اقامة دعوى الإلغاء، وهذا ما اكده مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في ١٣/٤/١٩٥٦ بقوله ((أن رجوع الإدارة في القرار بصورة غير مشروعة يسمح باختصاصه خلال الميعاد المقرر، فإذا رفض الطعن لمرور الميعاد فإن ذلك لا يحول دون طلب التعويض عن الأضرار التي لحقت بصاحب الشأن نتيجة لرجوع الإدارة في القرار بصورة غير مشروعة))^{٤٧}، كما اكدت ذلك المحكمة الادارية العليا في مصر اذ تقول في حكم لها «، من حق المدعى الذي فوت على نفسه ميعاد الطعن، المطالبة بالتعويض عما لحق به من ضرر بسبب القرار الخاطئ الذي صدر مخالفاً للقانون»،^{٤٨}.

كما ان المحكمة الاتحادية العليا في العراق اشارت الى حق صاحب الشأن بالمطالبة بالتعويض امام محاكم القضاء الاعتيادي في حالة فوات مدة الطعن، اذ تقول في احد

احكامها على ان (...) إلا أنها ردت من محكمة القضاء الإداري بموجب القرار المؤرخ في ٢٤/٨/٢٠٠٨ بسبب كون الطعن خارج المدة القانونية التي نصت عليها الفقرتان (و، ز) من البند ثانياً من المادة السابعة من قانون مجلس شوري الدولة رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ المعدل، وذلك لأن الفقرة (ز) من المادة آنفة الذكر اشترطت على المتظلم أن يقدم طعنه إلى المحكمة خلال ستين يوماً من تاريخ انتهاء مدة الثلاثين يوماً المنصوص عليها في الفقرتين (و، ز) ولا يمنع ذلك من مراجعة المحاكم العادية للمطالبة بحقوقه في النصوص عن الأضرار الناشئة عن المخالفة أو الخرق للقانون (...)^{٤٩}، ولكن السؤال الذي يطرح هنا هو من هي الجهة التي ترفع دعوى التعويض امامها؟

في فرنسا اضحى مجلس الدولة هو صاحب الولاية العامة بنظر المنازعات الادارية وذلك ابتداء من تاريخ ١٣/ كانون الاول / ١٨٨٩ تاريخ صدور حكمه الشهير في قضية (Cadot)^{٥٠}، واستمر مجلس الدولة يتمتع باختصاصات واسعة بوصفه محكمة اول و آخر درجة حتى صدور مرسوم ٣٠ ايلول ١٩٥٣ الذي اصبح نافذاً في كانون الثاني ١٩٥٤ حيث اصبحت المحاكم الادارية — التي كانت تسمى مجالس الاقاليم — هي صاحبة الولاية العامة بنظر المنازعات الادارية^{٥١}، ولم يعد مجلس الدولة يتمتع باختصاصات بوصفه محكمة اول وآخر درجة إلا في عدد محدود من الدعاوي^{٥٢}

اما في مصر فان مجلس الدولة هو صاحب الاختصاص الوحيد بنظر جميع المنازعات الادارية ، وهو ما نصت عليه المادة (١٠) من قانون مجلس الدولة رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢ التي جاءت بأربعة عشر فقرة عددت في فقراتها الثلاثة عشر منها المنازعات الادارية

التي تختص بها محاكم مجلس الدولة ، ثم في الفقرة الاخيرة جاءت بعبارة (سائر المنازعات الادارية)، فأصبحت محاكم مجلس الدولة تختص وحدها بنظر جميع منازعات التعويض عن الاضرار الناتجة عن القرارات الادارية^{٥٣}.

وفي الجزائر نجد ان القضاء الاداري هو صاحب الولاية العامة بالنظر في الدعاوي الادارية ، بما فيها دعاوي التعويض او دعاوي القضاء الكامل بصفة عامة ، فقد نصت المادة (٨٠٠) من قانون الاجراءات المدنية والإدارية رقم (٨ — ٩) لسنة ٢٠٠٨ على ان (المحاكم الادارية هي جهات الولاية العامة في المنازعات الادارية تختص بالفصل في اول وآخر درجة بحكم قابل للاستئناف في جميع القضايا التي تكون الدولة او الولاية او البلدية او احدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الادارية طرفاً فيها) ، كما حددت المادة (٨٠١) من القانون نفسه الاختصاص النوعي للمحاكم الادارية التي جاء من ضمنها في الفقرة (٢) دعاوي القضاء الكامل^{٥٤}.

وبالنسبة الى العراق فان محاكم القضاء الاداري التي ترفع امامها الدعاوي القضائية هي محاكم القضاء الاداري ومحاكم قضاء الموظفين ، والأولى بينت المادة (٧/ ثامناً) من قانون مجلس الدولة المعدلة صلاحياتها في الدعاوي المقامة امامها بنصها على ان (تبث محكمة القضاء الاداري في الطعن المقدم اليها، ولها ان تقرر رد الطعن او الغاء او تعديل الامر او القرار المطعون فيه مع الحكم بالتعويض ان كان له مقتضى بناء على طلب المدعي)، ومن هذا النص يتضح ان المشرع العراقي منح محاكم القضاء الاداري سلطة التعويض عن الاضرار التي تصيب الطاعن من القرار الاداري غير المشروع ، إلا ان سلطتها تلك

مقيدة بالحكم بإلغاء القرار الإداري أو تعديله ، بمعنى آخر ان دعوى التعويض لا تقبل إلا اذا رفعت بصفة تبعية لدعوى الإلغاء ، فإذا رفعت بصورة أصلية فأنها لا تقبل سواء كان رفعها قبل انقضاء مدة الستين يوماً أو بعد انقضائها، دون ان يخل ذلك بحق صاحب الشأن برفع دعوى التعويض امام القضاء الاعتيادي بسبب الاضرار الناشئة عن القرار غير المشروع^{٥٥}.

اما بخصوص صلاحيات محاكم قضاء الموظفين في الدعاوي المرفوعة امامها فتقتصر على الغاء القرار الإداري غير المشروع بالنسبة الى اختصاصها في مجال حقوق الموظف والعقوبات المفروضة عليه، الى جوار اختصاصها بتخفيض العقوبة الانضباطية حين ترى انها لا تتناسب وشدة المخالفة الانضباطية ، ولا تملك سلطة الحكم بالتعويض عن الاضرار الناشئة عن القرار الإداري غير المشروع^{٥٦}.

وعلى العموم يمكننا القول بإمكانية اللجوء الى محاكم القضاء الاعتيادي (محاكم البداية) للمطالبة بالتعويض عن الاضرار التي اصاب صاحب العلاقة من القرار الإداري غير المشروع الذي تحصن بفوات مدة الطعن به بالإلغاء سواء امام محاكم القضاء الإداري او محاكم قضاء الموظفين ، وذلك استناداً الى المادة (٣٢) من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل .

٣- اختلف فقه القانون الإداري حول صلاحية القرار الإداري غير المشروع الذي تحصن ضد الإلغاء بفوات ميعاد الطعن به ، لان يكون اساساً لقرار اداري آخر ، اذ يذهب رأي الى ان تحصن القرار الإداري غير المشروع يقتضي ان يعامل معاملة القرار السليم وإلا لما كان لتحصنه من فائدة^{٥٧}، في

حين يذهب رأي آخر الى ان تحصن القرار لا يسبغ عليه صفة المشروعية ولا يطهره من العيوب التي شابته ، وبالتالي لا يجوز الاستناد اليه في اصدار قرارات ادارية اخرى^{٥٨}، وهذا الرأي تبنته المحكمة الاداري العليا في مصر بقولها ، ، إذا تحصنت بفوات ميعاد المطالبة بإلغائها فإنها لا تنتج غير الاثار التي تنشأ عنها مباشرة وبصفة تلقائية ومباشرة ، ومن ثم لا يجوز اتخاذها اساساً لقرار إداري آخر ، او ادخالها كعنصر من عناصره ، لأن تحصنها لا يسبغ عليها المشروعية ولا يطهرها من العيوب التي شابتها بحيث تكون الجهة الإدارية ملزمة بوجوب الاعتداد بهذه التقارير ، لأن القول بذلك معناه الزامها باحترام الخطأ ، الامر الذي يتنافى مع حسن سير الإدارة ومبدأ المشروعية^{٥٩}.

١. اذا كان مقتضى تحصن القرار الإداري هو استحالة التخلص منه باعتباره قد اصبح واقعاً قانونياً ، « فانه يمكن توقي الاثار الضارة لهذا القرار بصورة غير مباشرة وذلك عن طريق الطعن في القرارات الفردية التي صدرت لتطبيق القرار التنظيمي على الحالات الفردية ، لا بقصد الغائه بل بقصد عدم اعمال احكامه بعدم تطبيقه على تلك الحالات نظراً لمخالفته للقانون ، وذلك بإبطال القرار الفردي الصادر في حق الطاعن تطبيقاً للقرار التنظيمي»^{٦٠}.

الخاتمة

مما تقدم استخلصنا عدد من الاستنتاجات والمقترحات بصدد موضوع البحث نبينها على النحو الآتي:

أولاً : الاستنتاجات:

١- ان تحديد اقامة دعوى الإلغاء بمدة زمنية

قصيرة نسبياً يجد مبرره في الرغبة بتحقيق الاستقرار في المراكز القانونية.

٢- ان مدة اقامة دعوى الالغاء هي من النظام العام ، بحيث لا يجوز الاتفاق على خلافها ، كما يجوز ابداء الدفع بعدم قبول الدعوى لفوات مدة الطعن بالقرار الاداري امام القضاء في اية مرحلة من مراحل الدعوى.

٣- لم يحدد المشرع العراقي مدة زمنية واحدة ينبغي تقديم دعوى الالغاء فيها ، وإنما قدم مدد تختلف بحسب المحكمة المرفوعة امامها دعوى الالغاء ، او حتى بحسب طبيعة القرار الاداري المطعون فيه بالإلغاء.

٤- ان قيام الطاعن بتقديم طعنه قبل تبليغه بالقرار المطعون فيه لا يؤثر في قبول دعوى الالغاء على اساس ان تقديم الطعن سيكون بحد ذاته دليلاً على وصول العلم له بالقرار الاداري.

٥- ان اقامة الدعوى من دون التظلم من القرار — الذي اوجبه القانون — سيقود حتماً الى رد الدعوى لعدم استيفائها شكلية تطلبها القانون.

٦- ان تحصن القرار الاداري من الطعن به بإلغاء لفوات المدة القانونية لا يمنع من المطالبة بالتعويض عنه ، على اساس ان لدعوى التعويض مدد زمنية تختلف عن مدد اقامة دعوى الالغاء.

٧- يمكن توقي الاثار الضارة للقرار الذي تحصن بفوات المدة الزمنية بصورة غير مباشرة ، وذلك عن طريق الطعن في القرارات الفردية التي صدرت لتطبيق القرار التنظيمي على الحالات الفردية ، لا بقصد الغائه بل بقصد عدم اعمال احكامه بعدم تطبيقه على تلك الحالات .

ثانياً : المقترحات:

١- نقترح على المشرع العراقي التزام منحنى التشريعات المقارنة عبر تحديد مدة زمنية واحدة لرفع دعوى الالغاء خلالها ، وذلك بهدف تبسيط اجراءات التقاضي امام الافراد.

٢- نقترح على المشرع العراقي توحيد اجراءات الطعن بالقرار الاداري من ناحية تطلب التظلم من القرار الاداري قبل رفع دعوى الالغاء ، وعدم التمييز بين القرارات الادارية من ناحية تطلب الطعن في بعضها التظلم من القرار ، وعدم تطلب ذلك في البعض الآخر ، وذلك كله بسيطاً لإجراءات التقاضي.

٣- نقترح على المشرع العراقي منح محاكم القضاء الاداري ومحاكم قضاء الموظفين صلاحية النظر بطلبات التعويض عن القرارات الادارية غير المشروعة بصورة مستقلة ، اي لا يتقيد نظرها تبعاً لطلب الغاء القرار الاداري غير المشروع كما هو حال بالنسبة الى محكمة القضاء الاداري ، وهذا كله بهدف تيسير اجراءات التقاضي على الافراد.

الهوامش

1-André delaubadere .Traite de droit administratif.1984.p557.

٢-يجدر التنويه هنا الى ان نص الفقرة (ب) من البند تاسعا من المادة (٥) من قانون التعديل الخامس لقانون مجلس شوري الدولة رقم (١٧) لسنة ٢٠١٣ المنشور في جريدة الوقائع العراقية بعدد (٤٢٨٣) في ٢٠١٣/٧/٢٩ قد صحح لورود خطأ طباعي فيه بموجب البيان المنشور في الوقائع العراقية بعدد ٤٣٠٣ في ٢٠١٣/١٢/٢٣ ليكون (ب) - لا تسمع الدعاوي المقامة وفقاً لإحكام (١) من هذا البند بعد مضي (٣٠) يوماً من تاريخ تبليغ الموظف بالأمر او القرار المعترض عليه ، اذا كان داخل العراق و (٦٠) ستين يوماً اذا كان خارجاً).

٣- المادة (٦/ثالثاً) من قانون المحافظات غير المنتظمة في إقليم رقم (٢١) لسنة ٢٠٠٨.

٤- تنظر المادة (٦/ثانياً) من قانون التضمين رقم ٣١ لسنة ٢٠١٥.

٥- تنظر المادة (٤٢٩) والمادة (٤٣٠) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.

وينبغي ملاحظة ان التقادم في مجال قانون المرافعات المدنية لا يتناول حقاً موضوعياً فيؤدي الى انقضائه، اذ في ذلك يكون خلط بين الحق الموضوعي من جهة ووسيلة حمايته من جهة اخرى ، فالدعوى القضائية هي حق مستقل يوجد الى جانب الحق الموضوعي، وتكرس لحمايته ، لذا فالحق بالدعوى هو الذي يرد عليه التقادم فإذا لم يمارس خلال المدة المحددة ، فان الدعوى لا تقبل دون ان يكون في ذلك فصلاً في الموضوع .

د. نبيل اسماعيل عمر ، الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني في قانون المرافعات المدنية والتجارية ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، ١٩٨٩ ، ص ١٨٩ .

٦- حكمها بتاريخ ١٩٥٩/١١/٢٤ ، اوردته د.حمدي ياسين عكاشة ، القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، ١٩٨٧ ، ص ٨٥٠ .

٧- د. وسام صبار العاني ، الرقابة القضائية على مشروعية أعمال الإدارة في العراق والنظم المقارنة ، ط ٢ ، بلا دار طبع ، ٢٠١٢ ، بلا مكان ، ص ٢٣٤ .

8-Charle Debbasch:contentieux 8adminis-
tratif, Dalloz, 1975.p340.

٩- د. أحمد محبو : المنازعات الإدارية ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، بلا سنة نشر ، ص ٨١ .

١٠- الطعن رقم ٣٠٨ في ١٩٦٢/٤/٧ د. حامد شريف ، مجموعة المبادئ القضائية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا ، المكتبة العالمية ، ج ٥ ، الإسكندرية ٢٠٠٩ ، ص ٥٥٤ .

١١- اوردته خلوفي رشيد ، قانون المنازعات الإدارية ، شروط قبول الدعوى الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية ، ٢٠٠٤ ، ص ٢٣٤ .

١٢- لدعوى ١١٦/تمميز/٢٠٠٨ في ٢٠٠٨/٩/٤ ، قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة لعام ٢٠٠٨ ، وزارة العدل ، ص ٤٥٥ .

١٣- حكمها المرقم ١٦٧/انضباط/تمميز/٢٠٠٧ في ٢٠٠٧/١٢/٣ ، قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة لعام ٢٠٠٧ ، ص ٣٥٢ .

١٤- حكمها في القضية ٢١١/ قضاء موظفين/ تمميز/٢٠١٣ في ٢٠١٣/٩/٥ منشور في قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة ، وزارة العدل ، ٢٠١٣ ، ص ٣١٧ .

١٥- اذا كانت القاعدة العامة ان القرار الإداري الفردي يجري ايصال العلم به لصاحب العلاقة عبر التبليغ فان القضاء والفقه الإداريين يقدمان استثناءات على هذه القاعدة حيث يجوز فيها اللجوء الى نشر القرار وهي:

١. اذا كان محل اقامة المراد تبليغه مجهولاً / ٢. إذا مست اثر القرار الإداري الفردي أشخاص آخرين ففي هذه الحالة لا تنطلق المواعيد بالنسبة لهم إلا بعد نشره / ٣. اذا كان عدد المخاطبين بالقرار الإداري من الكثرة بحيث يصعب على الإدارة اجراء التبليغ لكل واحد منهم. د. علي محمد بدير وآخرون ، مبادئ وأحكام القانون الإداري ، العاتك لصناعة الكتب ، القاهرة ، بلا سنة ، ص ٤٥٤ .

١٦- نقلا عن د. محمد فوزي نويجي، العلم اليقيني بالقرار الإداري ، ط ١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٤ ، ص ٧٩ .

١٧- يلحظ ان مجلس الدولة الفرنسي عد في حكمه الصادر في ١٩٩٤/١٢/٥ تقديم صاحب الطعن امام القاضي الإداري لطلباته الختامية بالتعويض استناداً الى عدم مشروعية القرار الإداري لا يؤدي الى تحريك مهلة الطعن بتجاوز حدود السلطة. د. محمد فوزي نويجي، المرجع السابق ، ص ٧٦ .

١٨- حكمها الصادر في الطعن ٩٥٨ في ١٩٦٢/٤/١٤ مشار اليه سابقاً.

١٩- د. حسين عثمان محمد ، قانون القضاء الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠١٠ ، ص ٤٧٨ .

٢٠- قراره المرقم (١٩٧٣/١٠٧) في ٢ حزيران ١٩٧٣ منشور في مجلة العدالة، العدد ٣، السنة الأولى، ١٩٧٥، ص ٧٦.

٢١- حكمها المرقم ٢٠١٤/١٠٣٨ في ٢٠١٤/٨/٢١ (غير منشور).

٢٢- د. محمد ماهر ابو العينين،، دعوى الالغاء امام القضاء الإداري، ك١، المنشورات الحقوقية، بيروت، ١٩٩٨، ص ٢٧٢.

٢٣- ينبغي ملاحظة ان القضاء الإداري في مصر لا يتشدد بتطلب استيفاء شرط التظلم الوجوبي دائما، اذ انه لا يشترط التظلم إلا اذا كان مجديا من ناحية قدرة الجهة الإدارية على سحب القرار او الغائه، فإذا لم يكن مجديا جاز لصاحب العلاقة الطعن بالقرار مباشرة خلال مدة السنتين يوما من تاريخ تبليغه بالقرار او نشره، ومن الاحكام التي نوردها هنا حكم المحكمة الادارية العليا الذي تقول فيه (... فإذا امتنع على الادارة اعادة النظر في القرار لاستنفاد ولايتها بإصداره او لعدم وجود سلطة رئيسية تملك التعقيب على الجهة الإدارية التي اصدرته فان التظلم في هذه الحالة يصبح غير مجد ولا منتج، وبذلك تنتفي حكمته وتزول الغاية من التبرص طوال المدة المقررة حتى تفي الادارة الى الحق او تفرض التظلم او تسكت عن البت فيه). طعن ١٦٩٢ في ١٩٦٢/٣/٢٧ نقلا عن د. سامي جمال الدين، الوسيط في دعوى الغاء القرارات الإدارية، ط١، منشأة المعارف بمصر، ص ٣٩١.

٢٤- طعن ٢٩٧٠ في ١٩٩٥/٤/٢٩ المرجع السابق، ص ٣٩٠.

٢٥- حكمها في الطعن ١٢/ اداري/ تمييز في ٢٠٠٤/٥/٣١ (غير منشور).

٢٦- الطعن رقم ١١ في ١٩٦٠/٤/٢٦ اوردته الدكتور حامد الشريف، المرجع السابق، ص ٢٠٤.

٢٧- حكمها في الدعوى ١١٧/ق/٢٠١٢ في ٢٠١٢/١١/٢٨ (حكم غير منشور).

٢٨- حكمها في الطعن ١٥٩٤ في ١٩٨٥/١١/٢٣ نقلا عن د. محمد ماهر ابو العينين، المرجع السابق، ص ٢٨١.

٢٩- الطعن رقم ٦١٤ في ١٩٦٠/١/١٦ نقلا عن فؤاد احمد عامر، ميعاد رفع دعوى الالغاء في ضوء احكام المحكمة الادارية العليا، ط٢، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ص بلا تاريخ نشر، ص ٢٦٥.

٣٠- وهذا ما اكدته الهيئة العامة في مجلس شورى الدولة بصفتها التمييزية بقولها (يقرر مجلس الانضباط العام رد الدعوى شكلاً إذا وجد انها قد اقيمت بعد انقضاء المدة القانونية المنصوص عليها في الفقرة (٣) من المادة التاسعة والخمسين من قانون الخدمة المدنية رقم (٢٤) لسنة ١٩٦٠ قبل الدخول في اساس الدعوى). رقم الدعوى التمييزية ٥٤/انضباط/تمييز/ ٢٠٠٦ في ٢٠٠٦/٣/٢٠، مجموعة قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة لعام ٢٠٠٦، ص ٤٤٥.

٣١- التحصن في اللغة مشتق من حصن يقال تحصَّن، اتخذ حصناً ووقاية، وقيل جعل حوله حصناً أي دخل الحصن واحتوى به، وحصن المكان منع فهو حصين، وأحصن الرجل والمرأة تزوج، قال تعالى: (وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ)، وحصن المكان حصانة منع فهو حصين، والحصينة من الدروع الأمانة المنيعه قال تعالى في قصة داود على نبينا وعليه أفضل الصلاة والسلام: (وَعَلَّمْنَاهُ صَنْعَةَ لَبُوسٍ لَّكُمْ لِيُخْصِنَكُمْ مِنْ بَأْسِكُمْ)، قال الفراء: لتحصنكم ليمنعكم ويحرزكم، واصل الحصانة المنع ولذلك قيل: مدينة حصينة ودرع حصينة ويقال حصن الشيء حصانة امتنع. د. ابراهيم أنيس وآخرون، المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، دار المعارف بمصر، الطبعة الثانية، ١٩٧٢، ١٨٠/١.

٣٢- د. محمد عبد العال السناري، القرارات الإدارية في المملكة العربية السعودية، معهد الإدارة العامة، ١٩٩٤، ص ٣٧٣.

٣٣- احمد البيروني، القرار الإداري من الناحية الشكلية، بحث منشور بتاريخ ٢٠١٥/١/١٣ على الموقع الالكتروني www.caoa.gov.eg/NR/rdonlyres

٣٤- د. علي خطر شطناوي، المرجع السابق، ص ١٠٩.

٣٥- د. عمر محمد الشوبكي، القضاء الإداري، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط٤، ٢٠١١، ص ١٥٠.

٣٦- د. عدنان عمرو، القضاء الإداري، مبدأ المشروعية، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٤، ص ١٠٤.

٣٧- د. عمر محمد الشوبكي، القضاء الإداري، مصدر سابق، ص ١٥٠.

٣٨- د. علي خطار شطناوي، المرجع السابق، ص ١١٤.

٣٩- د. علي خطار شطناوي، المرجع السابق، ص ١١٤.

٤٠- نشر القانون رقم ٤٠ لسنة ١٩٨٨ في الجريدة الرسمية بعددها المرقم ٣١٩٦ في ١٩٨٨/٤/٤ المعدل بالقانون رقم (٨) لسنة ٢٠٠٧.

٤١- د. علي خطار شطناوي، الوجيز في القانون الإداري، دار وائل للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ٢٠٠٣، ص ٦٢٧.

٤٢- محمد ماهر ابو العينين، المرجع السابق، ص ٣٢١.

٤٣- الطعن رقم (١٣٤ لسنة ٣٤ ق_ جلسة ١٩٩١/٣/٣١) أوردته د. حمدي ياسين عكاشة، موسوعة القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة، الجزء الثاني، بلا مكان طبع، ٢٠٠١، ص ١٦٤١.

٤٤- رقم الدعوى التمييزية ٤١/ انضباط تمييز/ ٢٠٠٦ في ٢٠٠٦/٤/٣، قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة لعام ٢٠٠٦، ص ٤٢٨ وما بعدها.

٤٥- د. حمدي ياسين عكاشة، المرافعات الإدارية في قضاء مجلس الدولة، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٩٨، ص ١٢٨٠.

٤٦- د. حسني درويش، نهاية القرار الإداري عن غير طريق القضاء، بلا دار نشر، ١٩٨١، ص ٥٠١.

٤٧- احمد رفعت، قضاء التعويض في القانون الإداري المصري، بحث منشور على الموقع الإلكتروني www.egycout.com في ٢٠٠٨/١/١٣.

٤٨- طعن رقم ٥٦٠ في ١٩٩٨/٤/٩ مجموعة احكام

المحكمة الادارية العليا لسنة ٣١، ص ٨٤٧.

وينظر كذلك حكم المحكمة الادارية العليا الذي جاء فيه ينظر حكم المحكمة الادارية العليا في مصر الذي تقول فيه (من حق المدعى الذي فوت على نفسه ميعاد الطعن بالتعويض عما لحق به من ضرر بسبب القرار الخاطئ الذي صدر مخالفا للقانون) طعن رقم ٥٦٠ في ١٩٩٨/٤/٩ مجموعة احكام المحكمة الادارية العليا لسنة ٣١، ص ٨٤٧. وينظر حكمها الاخر الذي ينص فيه على ان (ان ميعاد الستين يوماً المنصوص عليه في المادة ١٩ من القانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٩ بشأن تنظيم مجلس الدولة و الذي رددته المادة ٢٢ من القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩ في شأن تنظيم مجلس الدولة للجمهورية العربية المتحدة، أن هذا الميعاد خاص بطلبات إلغاء القرارات الإدارية دون غيرها من المنازعات فلا يسرى على طلبات التعويض التي يجوز رفعها ما دام لم يسقط الحق في إقامتها طبقاً للأصول العامة .

٤٩- قرار المحكمة الاتحادية العليا بصفتها التمييزية، ذي العدد ٧٢/ اتحادية/ تمييز/ ٢٠٠٩، منشور على موقع المحكمة الاتحادية العليا الالكتروني.

<http://www.iraqja.iq>

٥١- انظر تفاصيل الحكم في:

Jeanclaudericci.Droitadministratif.4éd.
Hachette.paris.p153

٥١- دومنيك بويو و بروسبيرويل، القانون الاداري، ترجمة د. سليم حداد، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بلا تاريخ نشر، ص ١١٩.

٥٢- وهذه الدعاوي هي:

١- الدعاوي المتعلقة بإلغاء القرارات التنظيمية والفردية الصادرة بشكل مراسيم، وإلغاء قرارات الوزراء بسبب تجاوز السلطة.

٢- المنازعات المتعلقة بالموظفين المعيّنين بمراسيم، فيما يتعلق بوظائفهم.

٣- الدعاوي المرفوعة ضد القرارات الادارية التي يمتد نطاق تنفيذها الى حدود اكثر من محكمة ادارية واحدة.

٢- احمد البيروني ، القرار الاداري
من الناحية الشكلية ، بحث منشور بتاريخ
٢٠١٥/١/١٣ على الموقع الالكتروني
www.caoa.gov.eg/NR/rdonlyres

٣- د. أحمد محيو : المنازعات الإدارية ،
ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، بلا سنة
نشر.

٤- السيد خليل هيكل ، القانون الإداري
السعودي ، بدون ذكر دار طبع ، الطبعة الأولى
١٩٩٤ ، ص ٢٢٩.

٥- د. حامد الشريف ، مجموعة المبادئ
القضائية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا،
المكتبة العالمية، ج ٥ ، الإسكندرية ٢٠٠٩ ،
ص ٩١.

٦- د. حسين عثمان محمد ، قانون القضاء
الاداري ، منشورات الحلبي الحقوقية ،
بيروت، ٢٠١٠.

٧- د. حمدي ياسين عكاشة ، القرار الإداري
في قضاء مجلس الدولة ، منشأة المعارف
بالإسكندرية ، ١٩٨٧.

٨- خلوفي رشيد ، قانون المنازعات
الإدارية، شروط قبول الدعوى الإدارية ،
ديوان المطبوعات الجامعية، ٢٠٠٤ .

٩- دومنيك بويو و بروسبيرويل، القانون
الاداري ، ترجمة د. سليم حداد ، المؤسسة
الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بلا
تاريخ نشر .

١٠- سامي جمال الدين ، الوسيط في
دعوى الغاء القرارات الادارية ، ط ١ ، منشأة
المعارف بمصر .

١١- عبد الفتاح صالح ، مسؤولية

٤- المنازعات الادارية التي تقع في مناطق لا تدخل في
اختصاص محاكم ادارية.

د. مازن ليلو راضي ، القضاء الاداري ، مطبعة
جامعة دهوك ، ٢٠١٠. ص ٨٠.

٥٣- نداء محمد امين ، مسؤولية الادارة بالتعويض
عن القرارات الادارية غير المشروعة ، رسالة
ماجستير ، جامعة الشرق الاوسط ، عمان ، ٢٠١٠ ،
ص ١٤٣.

٥٤- عبد الفتاح صالح ، مسؤولية الادارة عن اعمالها
المادية المشروعة ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق ،
جامعة محمد خضير بسكرة، ٢٠١٣، ص ٦١.

٥٥- د. غازي فيصل مهدي ، النظام القانوني لممد الطعن
امام القضاء الاداري، مجلة دراسات قانونية، بيت
الحكمة ، ع ١، ص ٢٠٠، ٢٠١٣، ص ٨١.

٥٦- تنتظر المادة ٧/تاسعا) من مجلس شوري الدولة رقم
٦٥ لسنة ١٩٧٩ المعدل ، والمادة (١٥) من قانون
انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم ١٤ لسنة
١٩٩١ المعدل.

٥٧- د. السيد خليل هيكل ، القانون الإداري السعودي،
بدون ذكر دار طبع ، الطبعة الأولى ، ١٩٩٤ ، ص
٢٢٩.

٥٨- د. فؤاد احمد عامر، المرجع السابق ، ص ٤٢٩.

٥٩- طعن ٤٥٣٦ في ١٢/٢٦/١٩٩٩ اورده د. محمد
ماهر ابو العينين، المرجع السابق، ص ٣٢٠.

٦٠- حكم المحكمة الادارية العليا في مصر في الطعن
٤٦٦ في ١٩/٥/١٩٨٤، اورده د. عبد العزيز عبد
المنعم خليفة ، المرجع السابق ، ص ٧٧٥.

قائمة المراجع

أولا : المراجع باللغة العربية:

١- د. ابراهيم أنيس وآخرون ، المعجم
الوسيط ، مجمع اللغة العربية ، دار المعارف
بمصر، الطبعة الثانية ، ١٩٧٢ ، ١/١٨٠.

المشروعة ، رسالة ماجستير ، جامعة الشرق الأوسط ، عمان ، ٢٠١٠.

٢١- د. وسام صبار العاني ، الرقابة القضائية على مشروعية أعمال الإدارة في العراق والنظم المقارنة ، ط ٢ ، بلا دار طبع ، ٢٠١٢ ، بلا مكان .

ثانياً: المراجع باللغة الفرنسية:

1. André de laubadere . Traite de droit administratif.1984.
2. Jean – claude ricci. Droit administratif.4éd.Hachette.paris

الإدارة عن أعمالها المادية المشروعة ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة محمد خضير بسكرة، ٢٠١٣.

١٢- د. علي خطر شطناوي ، الوجيز في القانون الإداري ، دار وائل للنشر والتوزيع ، الطبعة الأولى ، ٢٠٠٣.

١٣- د. غازي فيصل مهدي ، النظام القانوني لمدد الطعن امام القضاء الاداري ، مجلة دراسات قانونية ، بيت الحكمة ، ع ١ ، س ٢٠٠٠.

١٤- فؤاد احمد عامر ، ميعاد رفع دعوى الالغاء في ضوء احكام المحكمة الادارية العليا، ط ٢، المركز القومي للإصدارات القانونية ، القاهرة ، ص بلا تاريخ نشر.

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

١٦- د.محمد عبد العال السناري ، القرارات الإدارية في المملكة العربية السعودية ، معهد الإدارة العامة ، ١٩٩٤ .

١٧- د.محمد فوزي نويجي، د. محمد فوزي نويجي ، العلم اليقيني بالقرار الاداري، ط ١، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٤.

١٨- د. محمد ماهر ابو العينين ، دعوى الالغاء امام القضاء الإداري ، ك ١ ، المنشورات الحقوقية ، بيروت، ١٩٩٨.

١٩- د. نبيل اسماعيل عمر ، الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني في قانون المرافعات المدنية والتجارية ، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٨٩.

٢٠- نداء محمد امين ، مسؤولية الإدارة بالتعويض عن القرارات الادارية غير

The Establishment of a suit cancellation out of time

Dr. Ali Ahmed Hassan Al-Lahibi*

Abstract

The time of appeal against the administrative decision is a specific period, with a specific date starting from it and with a certain date ending in it as a general asset. The appellant should file the cancellation action during this specific period, and if he raises it outside this period, the cancellation action shall be affected by its negligence of a fundamental formality asserted by law.

The conditions that can be envisaged to bring the cancellation action outside the specified period are: when the person concerned submits his appeal to the competent court before the period of appeal comes into force against him, or when he delay his appeal until the expiry of the prescribed period of time to challenge the administrative decision.

The problem of the research is that the filing of the cancellation action outside of the time sets legal effects that vary according to whether the applicant expedited the submission of his appeal or delayed in submitting it after the expiry of the date of appeal. Moreover, these effects are not stated in the texts of the legislation, But most of them were decided by administrative courts, whether in Iraq or the countries in comparison.

Legal literature neglects this subject generally, since most of what is discussed is that the submission of the appeal after the expiry of the legal deadline results in the refusing of the appeal for being submitted outside of legal times on one hand, and on the other hand this subject falls within the study of litigation proceedings before administrative courts, especially in Iraq in view of the lack of specialized legislation to regulate these procedures, and to clarify the legal implications thereof.

(*) Council of State

جريمة التنقيب الاثري المشروع (دراسة مقارنة))

أ.م.د. مازن خلف الشمري*

المقدمة

مر فن التنقيب عن الآثار في مراحل عدة قبل أن يبلغ الصورة التي يبدو عليها الآن من التطور فهو ليس حديث العهد كما هو الحال بالنسبة لعلم الآثار، ذلك لأن جذوره تغور بعيدا إلى عصور قديمة، لارتباطها الوثيق بما في النفس البشرية من غريزة حب الاستطلاع، ونزعة نحو معرفة المجهول، تلك النزعة التي خلقت وطورت كل العلوم. لهذا ليس غريبا أن نرى اهتمام القدامى من البابليين والآشوريين بالبحث عن الوثائق والسجلات ذات الصلة بتاريخهم، وخير مثال على ذلك أن الملك الآشوري (أشور بانيبال) وألمع ملوك الآشوريين الذي عاش في القرن السابع قبل الميلاد كان يرسل كتابه ليأتوه بنسخ من الوثائق القديمة وخاصة الألواح المنقوشة ليضعها في مكتبة نينوى، ونرى الملك البابلي (نابو نائيد) قد قام في القرن السادس قبل الميلاد بعمل حفريات في زقورة أور باحثا فيها عما عساه إن يكون فيها من وثائق ونصوص قديمة تشير إلى نشأتها.

(*) الجامعة المستنصرية / كلية القانون

وكانت التنقيبات الأثرية إلى وقت قريب تجري على يد هواة لم يكن لديهم علم بطرق الحفر المنتظمة ولا بضبط طبقات الآثار وتسلسل أدوارها الزمنية، فقد قام أشرف أوربا منذ القرن الرابع عشر أعمال التنقيب بحثا عن الآثار القديمة بنفس الطرق الهدامة التي استخدمها لصوص الآثار. واستمرت أعمال الحفر عن الآثار ونهبها حتى بلغت ذروتها في القرنين الثامن والتاسع عشر إما لقيمتها المادية أو لقيمتها الفنية، وبدأ الأشرف في تكوين مجموعات في قصورهم مما تسبب في خلق فئة من التجار هدفها البحث عن الآثار لنهب ما تخزنه الأرض في جوفها من تراث ثمين. ولقد تمت أعمالهم من خلال العملاء المحليين، فسادت أعمال نهب الآثار في فترة لم تكن فيها شعوب وحكومات تلك الدول واعية بتراث بلادها. وإذا كان الاهتمام بالآثار القديمة وانتزاعها من التربة يرجع إلى العصور القديمة إلا أن الطريقة العلمية في البحث عن الآثار تعد حديثة العهد ولا زالت في مراحل التطور ولم يهتد إليها الإنسان إلا بعد توصله للفهم الصحيح للقيمة الحقيقية للآثار تلك القيمة

التي تكمن في المدلول الحضاري لهذه الآثار ولم يتوصل الإنسان لفهم الآثار الأبعد أن زاد الاهتمام بها نتيجة لظهور المؤلفات العديدة خاصة تلك التي تبحث في تاريخ الفن . ومع مطلع القرن العشرين بدأت التنقيبات الأثرية المنظمة وبمرور الزمن توفرت طرق خاصة بكل ما يتعلق بالتنقيبات فأصبح عالم الآثار اليوم يهتدي بها ويعمل بموجبها.

وتعد التنقيبات السرية هي أحد الشرور التي تسعى قوانين حماية الآثار معاقبة من يقوم بها ، ويروى أن الجنود الرومان انتهكوا في (كورنث) حرمة القبور القديمة لبيعوا الأشياء الثمينة الموجودة فيها. وليس هناك عالم آثار في إيطاليا واليونان وأفريقيا والشرق بل وفي جميع البلدان الغنية بالآثار القديمة لم يتعرض إلى اللعن الذي يلعب به لصوص القبور والباحثين عن الكنوز.^١ وقد نهب اللصوص منذ القدم كل شيء تقريباً في سبيل المنفعة المادية، وهناك تهديدات ممثلة بانتهاك حرمة المدافن محفورة في أغلب الأحيان على شواهد القبور وموجهة ضد الناهبين.

لقد انتهكت حرمة القبور في مصر منذ القدم للاستفادة من الكنوز الغالية التي دفنت مع الأموات ولا تزال تجارة الآثار سواء كانت سرية أم علنية تتغذى من التنقيبات السرية أو اكتشافات الصدفة، فقد استطاعت هذه التجارة طوال العصور وقبل إقرار القوانين الصارمة تأمين انتقال آثار فنية قيمة إلى الغرب وبفضلها أنشئت المجموعات الخاصة.^٢

والمحاذير الكبرى للصفقات الخفية هي اثنان: أولها أن من يكتشف شيئاً قديماً بالصدفة أم بغيرها ويبيعه فإنه يخرب الحفريات دائماً وسيحاول أن يبقي المصدر سرياً وحيث يصل الشيء من خلال عدة وسطاء إلى جامع الآثار

أو إلى المتحف الأجنبي ويكون مجرداً من كل هوية أو مزوراً هوية كاذبة وهذا أكثر خطورة وثانيهما تجارة العاديات هي أيضاً السبيل الآخر الذي تقذف من خلاله المزيفات إلى الأسواق وتوجد عدة درجات في نشاط ومطامع المزيفين، ويكونون في أغلب الأحيان من عدم المهارة بحيث لا يستطيعون أن يخدعوا سوى عديمي الخبرة والسياس، وأحياناً على العكس يكون نجاحهم رائعاً، فلقد أحدثت موجة الفن المايسني والفن الكريتي جميع أنواع التقليد التي نجحت أحياناً، فمنذ ثلاثين عاماً قذفت إلى السوق أعمال مستوحاة بمهارة من الفن اليوناني القديم، ولا يستبعد أن يكون بعضها قد نفذ إلى المتاحف الأوروبية والأمريكية الكبرى، ولذلك أخذت المتاحف في أيامنا هذه تملك الوسائل والمختبرات لتخضيع الآثار المشبوهة إلى تجارب صارمة.^(٣) وفي القرن الحالي حدثت تطورات كبيرة في فن التنقيب دخل فيها العلم في نواحي عدة ومنها تحديد الحفر وتحليلات للتربة وللمكتشفات، كما يستخدم التصوير من الجو وفي البحث عن الآثار في الأعماق وغير ذلك ، لكن على الرغم من التطورات التي حصلت في مجال التنقيب مازال العراق يعاني من الأساليب غير العلمية المتبعة في الحفر وذلك بسبب سراق الآثار ، تلك الظاهرة التي تنامت بسرعة كبيرة منذ عام ١٩٩٠، بسبب الظروف والأزمات التي مر بها العراق .

وسوف نبحت في هذه الدراسة التنقيب الأثري غير المشروع في مبحثين نخصص الأول منهما لماهية التنقيب الأثري، ونخصص الثاني لأركان التنقيب الأثري غير المشروع وعقوبته.

المبحث الأول

ماهية التنقيب الأثري

قبل أن تبدأ التحريات والتنقيبات الفعلية عن بقايا حضارة وادي الرافدين منذ منتصف القرن التاسع عشر، بدأ الغرب يتعرف على العراق وبلدان الشرق الأدنى مدفوعاً بأطماع تجارية واستعمارية، وقد خدمت تلك الأهداف كتابات الرحالة والسياح الأوروبيين الذين بدأوا رحلاتهم منذ القرن الثالث عشر الميلادي، وفي هذا المبحث سوف نحاول مناقشة التطور التاريخي للتنقيب الأثري وطرقه وأهدافه وعلى النحو الآتي:

المطلب الأول

التطور التاريخي للتنقيب الأثري

بدأت التنقيبات الفعلية على مقياس واسع في منتصف القرن التاسع عشر، ولما كانت تلك التنقيبات بعيدة عن الأساليب العلمية المتبعة في علم الآثار الذي كان في بدايات تطوره، فإنه يصح أن نصفها بأنها كانت أقرب ما تكون إلى النباش والتخريب وكان هدفها الأساسي استخراج الآثار الكبيرة مثل المنحوتات، فلم يعتنوا بتسجيل ما يعرف في علم الآثار بالطبقات الأثرية، كما أهملوا تسجيل مخططات المباني القديمة.

وكان أغلب المنقبين هواة من قناصل الدول الأجنبية وكانت المنافسة على أشدها ما بين الفرنسيين والإنكليز، فقد حصل القنصل الفرنسي (بوتا) على امتياز للتنقيب في خرساباد (١٨٤٣-١٨٤٧) وحصل على غنائم كثيرة من المنحوتات الآشورية التي شحنها بأكلاك البصرة إلى متحف اللوفر الفرنسي.^٤

وقد استحوذ الإنكليز بدورهم على نينوى، حيث اشتهر المنقب (هنري ليرد) بالحفر في قصر سنحاريب عام ١٨٤٥ وحاز على كنوز نفيسة من المنحوتات الآشورية، كما اكتشف مكتبة آشور بانيبال التي وجدت فيها عشرات الألوف من ألواح الطين المدونة بشتى صنوف المعرفة، وأمتد نهب الآثار العراقية إلى الأقسام الجنوبية من العراق، ومن بينها التلول الأثرية المسماة (تلو) منطقة (لجش) بالقرب من الناصرية، حيث حفرها القنصل الفرنسي في البصرة (أميل دي سارزك) (١٨٧٧-١٨٧٨) وقد باع ما وجده من منحوتات وكتابات سومرية إلى متحف اللوفر بباريس.^٥

ودخلت الولايات المتحدة الأمريكية ميدان التنقيب في حفرها بالمدينة الشهيرة (نفر) (١٨٧٧-١٩٠٠) ووجدت أعداد كثيرة من الكتابات السومرية المهمة التي عرفتنا بأدب وادي الرافدين القديم ولا سيما النصوص السومرية.^٦

وفي نهاية القرن التاسع عشر بدأ طور جديد في أساليب التنقيب عن الآثار هو الطور العلمي المنظم، ويمكننا تحديد هذه البداية في التنقيبات الألمانية ببابل (١٨٩٩-١٩١٧) وفي آشور (١٩٠٤-١٩١٤) واستمر علم الآثار في التطور بالكشف عن مخلفات الماضي والتي شملت المدن المشهورة في بقايا عصور ما قبل التاريخ، وتتبع أصول الحضارة وبداياتها.

ومن الأمور المهمة التي استجدت منذ ثلاثينيات القرن الماضي بداية سيطرة السلطات الوطنية على نشاط الهيئات التنقيبية الأجنبية، بعد أن كانت الآثار التي تستخرجها تلك الهيئات تنهب وتذهب إلى المتاحف الأجنبية، وقليل منها تأخذ الدولة العثمانية حيث بدأت الحكومة الوطنية تسيطر على هذا المشروع الحيوي،

ففي العراق نظمت العلاقات ما بين بعثات التنقيب وبين الهيئة العامة للآثار العراقية في قانون الآثار رقم ٥٩ لسنة ١٩٣٦ والذي ألغى هذا القانون بصور قانون الآثار والتراث رقم ٥٥ لسنة ٢٠٠٢ لضمان سيطرة الدولة على أعمال التنقيب وأيلولة الآثار إلى المناحف الوطنية.^٧

كما أن الهيئة العامة للآثار والتراث نفسها دخلت ميدان التحري، فنقبت في عدة مواضع أثرية منذ عام ١٩٣٦ وازداد ذوي الاختصاص من موظفيها واضطلعت بالإضافة إلى التنقيبات بأعمال الصيانة المهمة، وأسس المتحف العراقي الجديد وافتتح رسمياً عام ١٩٦٦،^٨

وكان العراق من أوائل الدول العربية التي طالبت منذ عام ١٩٦٩ المنظمات الدولية للتربية والعلوم والثقافة (اليونسكو) بالتدخل من أجل استرداد الآثار العراقية التي حصل عليها بطرق غير مشروعة، وكان لتلك المطالبة أثرها فيما دعت إليه الجمعية العامة للأمم المتحدة في توصية صدرت عنها في عام ١٩٧٣ ناشدت فيه الدول الأعضاء ذات العلاقة أن تعقد حواراً ثنائياً فيما بينها لاستعادة الآثار التي أخرجت من منشئها من دون ترخيص وبشئى الطرق^٩

المطلب الثاني

طرق التنقيب الأثري العلمي المنظم

إن الغرض من التنقيب كان لا يتعدى البحث عن الآثار الهامة بنظر المنقب آنذاك، ومع ذلك فيمكننا القول بشيء من الاطمئنان بأن منقبي القرن التاسع عشر بشكل عام قد اتبعوا في الحفر ثلاث طرق مختلفة:^{١٠}

الطريقة الأولى: وهي رفع التل الأثري كلياً وذلك في حالة كون التل صغير لا يستدعي

حفره زمنياً طويلاً أو جهداً مالياً، ومن فوائد هذه الطريقة أن باستطاعة المنقب الأثري جمع اللقى الأثرية المهمة التي يحويها الموقع سواء كانت تلك اللقى تماثيل ومنحوتات أو لقى صغيرة، ومن مساوئها أنها تقضي على معالم التل الأثري بشكل كلي ونهائي.

الطريقة الثانية:

وهي تعتمد على القيام بحفر خنادق متوازية بعرض الخندق ، لا يتجاوز المتر ونصف المتر أو اقل من ذلك أو أكثر قليلاً حسب طبيعة التل الأثري ومقدار درجة تماسك أجزائه بعضها ببعض، حيث تخترق تلك الخنادق عادة من جهة إلى مقدار قريب من نصف عرض التل ثم يقوم المنقب بحفر خنادق أخرى من جهة التل المعاكسة أو أية جهة أخرى إذا اقتضت الضرورة ذلك، أما عن المسافة المتروكة بين خندق وخندق تتراوح عادة بين الثلاثة والأربعة أمتار أو أكثر أو اقل حسب طبيعة الحفر أو أهمية الموقع الأثري ومن مساوئ هذه الطريقة هي تخريب المقومات المعمارية والطبقات السكنية التي يحويها التل، وسوف لن تعرف والحالة هذه الأدوار التي تعود إليها اللقى الأثرية بشكل دقيق إضافة إلى أنه ليس بمقدور المنقب أن يضع لنا مخططات عن العمان والمباني مهما كان نوعها في الموقع كما ان اللقى الأثرية تبقى في أماكنها لاتصل لها يد الحفار في الفجوات المتروكة بين الخنادق

الطريقة الثالثة:

وفيها يلجأ المنقب إلى عمل أخاديد تخترق جوانب التل الأثري أو أي جزء برأى المنقب هو الجزء المهم منه، والسبب الذي يدفعه إلى عمل مثل تلك الأخاديد هو تميز التل الأثري بعدم الصلابة والتماسك، وبما أنه ذو طبيعة هشة يجعل معها صعوبة اللجوء إلى الطريقة الثانية في الحفر لخوفه

الموقع الثالث مؤسسة الآثار والتراث العراقية العامة^{١٢} وكان الاعتماد في هذا الاختيار مستنداً إلى دراسة الآثار المبعثرة على سطح المكان في كل حالة.

ثانياً: حل مشكلة معينة

ويجري التنقيب لحل مشكلة معينة كالبحث عن آثار تسد ثغرة بين عصر وآخر للحصول على معلومات جديدة تمثل العصر المجهول أو التأكد من تأثير دور من الأدوار، وفي مثل هذه الحالات يفضل الحفر في عدة مواقع لمقارنة آثارها بآثار العصر السابق واللاحق. فالبعثة الأمريكية لجامعة شيكاغو اختارت قلعة جرمو في محاولة للبحث عن آثار سبقت العصر الحجري الحديث كتلك التي وجدت في تل حسونة وكان اعتمادها في هذا الاختيار قائماً على دراسة الآثار المنتشرة على سطح الموقع وقامت بالحفر في عدد من المواقع الصغيرة الأخرى مثل كرد علي أغا وتل الخان وبنا هلك وكريم شهر وغيرها. واختارت المؤسسة العامة للآثار والتراث تل حسونة لحل مشكلة الآثار التي وجدت في الطبقة الأولى في نينوى، فاللقى الأثرية التي جمعت من التل أثناء التنقيش في عام ١٩٤٢ كانت تشمل كسرات من الفخار سبق أن استخرج مثلها في الطبقات السفلى في نينوى وأسفرت تنقيبات المؤسسة في عام ١٩٤٢ و ١٩٤٣ عن معرفة حضارة جديدة عرفت بحضارة حسونة التي شملت ما كان معروفاً في نينوى.^{١٣}

ثالثاً: لاستيضاح قضايا مبهمة

ويجري التنقيب أحياناً لاستيضاح بعض القضايا التي وردت في نصوص مكتوبة مثل التنقيب في مدينة نمر السومرية التي أختارتها بعثة أمريكية مشتركة من جامعة شيكاغو

من انهيار الخنادق على رؤوس العمال وهذه الطريقة اتبعت في الأقسام الوسطى والجنوبية من العراق مثل بابل والوركاء وغيرها، بينما استخدمت الطريقة الثانية في المدن الشمالية مثل آشور ونيوى وخرسباد وغيرها إذ كانت مادة الحجارة تشكل الأساس في البناء، بينما شكل الأجر واللبن المادة الأساسية في وسط وجنوب العراق.

المطلب الثالث

أهداف التنقيب الأثري

بعد الانتهاء من تفتيش المواقع الأثرية تبدأ مرحلة اختيار موقع معين أو مواقع معينة للحفر والسبر التي تهدف إلى الكشف عن الآثار المنقولة وغير المنقولة في باطن الأرض أو في قيعان الأنهار أو البحيرات أو الأهوار أو المياه الإقليمية طبقاً لأحكام المادة ٤ /عاشرا من قانون الآثار والتراث رقم ٥٥ لسنة ٢٠٠٢ .

ويحدد هذا الاختيار بتحديد الهدف المقصود من التنقيب ويمكن تلخيص هذه الأهداف فيما يأتي:

أولاً: استجلاء مظاهر حضارية

إذا كان القصد من الحفر هو استجلاء مظاهر حضارية فيفضل اختيار تل مرتفع ذي رقعة واسعة بعد دراسة المعلومات التي تتوفر في مرحلة التنقيش لأن مثل هذا التل تتوفر فيه فرص وجود طبقات السكن المتتالية مما يسهل توضيح تطور الحضارات في أزمان متعاقبة ومن هذه المواقع تبة كورا وتل الأربجية واريديو، وقد اختارت الموقع الأول بعثة أمريكية بإدارة الدكتور سبازر^{١١} ثم بإدارة الدكتور تولبر، واختارت الموقع الثاني بعثة إنكليزية بإدارة الأستاذ ملوان. واختارت

وجامعة بنسلفانيا لاستظهار معبد الإله انليل وزوجته ننليل، إذ ورد ذكر هذا المعبد في رقم طينية وجدت في زمن سابق في نفس الموقع وأسفرت حفريات البعثة عن كشف المعبد المطلوب إضافة إلى معابد أخرى واستمر العمل للحصول على المزيد من الاكتشافات الجديدة، فأستمر الحفر لمدة أطول يساعد على اكتشاف مظاهر حضارية جديدة يبرز منها قسم ويبقى القسم الآخر مدفوناً في التراب، الأمر الذي يتطلب العودة لاستكمال الحفر وقد تدعو الحاجة إلى استمرار العمل في مواسم عديدة وفي بعض الأحيان توقف البعثة الأثرية أعمالها قبل الوصول إلى النهاية كما حدث للبعثة الأمريكية في تبه كورا وللبعثة الإنكليزية في تل الأربجية.^{١٤}

رابعاً: إنقاذ إرث أثري

وقد يجري التنقيب لإنقاذ الآثار المعرضة للسرقة أو المعرضة للهدم عند فتح الطرق والقنوات والجداول وتشديد الدور أو الآثار المعرضة للغرق عند بناء مشاريع الري. فالمواقع الأثرية في منطقة ديالى كانت من جملة المواقع التي عثت بها اللصوص وقد انتشرت أخبار سرقة التماثيل السومرية الكبيرة منها بعد الحرب العالمية الأولى وعلمت جامعة شيكاغو بأهمية الموقع فاخترت تل خفاجي وتل أسمر للتنقيب وكانت موقفة في اختيارها إذ عثرت على الكثير من الآثار النفيسة التي ألقت ضوءاً جديداً على تاريخ العراق القديم.^{١٥}

إن أكثر التنقيبات التي تمت وفق الطرق القديمة في أواخر القرن التاسع عشر وأوائل القرن العشرين في نينوى وخرسباد وبابل ونمرود وغيرها جرت بعد أن ثبت لدى المنقبين استخراج الآثار منها بطريق الصدفة وبالحفر غير المشروع، أما التنقيبات التي

قامت بها (الهيئة العامة للآثار والتراث) في تل حرميل^{١٦} فكانت لإنقاذ آثارها من الهدم حيث أراد مالك الأرض بيعها لبناء الدور عليها وقد استمرت المؤسسة بالحفر في عدة مواسم بعد أن تأكدت من أهمية التل أثناء القيام بالحفر الاختباري عليه وتوصلت إلى نتائج مثمرة جداً وخصوصاً باكتشاف الآثار في حوض الدوكان قبل أن يغمر بالماء ويصبح خزاناً للري فأجرت الحفائر في عدة مواقع منها تل شمشارة الذي بدأت فيه بعثة دانماركية وتل كمريان وتل قورة شينة.

ومما هو جدير بالذكر أن الأعمال التي قامت بها الحكومة المصرية ومنظمة اليونسكو التابعة لهيئة الأمم المتحدة لإنقاذ آثار النوبة التي كانت معرضة للغرق في مياه سد أسوان إلى الأبد كانت مفيدة جداً وتم بواسطتها إنقاذ العديد من الآثار المهمة قبل أن تغمرها المياه.^{١٧}

المبحث الثاني

الإطار القانوني للتنقيب الأثري

بعد هذه المقدمة العامة التي خصصناها لبيان التطور التاريخي للتنقيبات الأثرية وطرقها وأهدافها، نقترح تقسيم مطالب هذا المبحث إلى ثلاثة: نستشرق في أولها ماهية الأثر، ونستعرض في ثانيها أركان التنقيب الأثري غير المشروع ونعكف في ثالثها على دراسة عقوبة التنقيب الأثري غير المشروع.

المطلب الأول

ماهية الأثر

ونستعرض في هذا المطلب مدلول الأثر بادئين بتعريفه، ثم بيان ذاتية الحماية الجنائية للأثر وذلك على النحو الآتي:

أولاً: تعريف الأثر

لم يحظ مفهوم الأثر بتعريف أجمع عليه المهتمون بشؤونه وهو ما يثير إشكالية وضع قاعدة قانونية واحدة.^{١٨} ولم نجد من خلال البحث تعريفاً اصطلاحياً أو فقهياً للأثر، ويمكننا استنباط التعريف من خلال الإرشادات التي وردت في كتب المعاجم اللغوية كإرشادات المفاهيم اللغوية التي تؤدي إلى مصطلح علم الآثار حيث معجم اللغة العربية بأنه علم الوثائق والمخلفات القديمة وعرفه آخرون بأنه معرفة بقايا القوم من أبنية وتماثيل.^{١٩}

أما في القانون فقد تباينت وتعددت التعريفات، فيعرفه القانون المدني الفرنسي بأنه «مجموعة من الأموال الثابتة والمنقولة ذات القيمة التاريخية للأفراد».^{٢٠}

ويعرفه قانون الآثار المصري رقم ١١٧ لسنة ١٩٨٣ أنه كل عمار أو منقول أنتجته الحضارات المختلفة، وأحدثته الفنون والعلوم والآداب والأديان من عصر ما قبل التاريخ وخلال العصور التاريخية المتعاقبة حتى ما قبل مائة عام، متى كانت له قيمة، أو أهمية أثرية أو صلة تاريخية بها. كذلك رفات السلالات البشرية والكائنات المعاصرة لها.^{٢١}

أما القانون اليمني، فقرر أن يعتبر أثراً «أي مادة منقولة أو ثابتة خلفتها الحضارة أو تركتها الأجيال السابقة في اليمن مما تم صنعه أو إنتاجه أو تشييده أو نقشه أو كتابته قبل ٢٠٠ سنة ويشمل ذلك الوثائق والمخطوطات وبقايا السلالات البشرية والحيوانية والنباتية، وكذلك أية مادة منقولة أو ثابتة لا يقل عمرها عن ٥٠٠ سنة ميلادية إذا وجد أن المصلحة العامة تقتضي المحافظة عليها بسبب قيمتها التاريخية أو الفنية على أن يتم ذلك بقرار من الرئيس».^{٢٢}

ويقرر نظام الآثار السعودي أن الآثار هي «الممتلكات الثابتة والمنقولة التي بناها أو صنعها أو أنتجها أو كتبها أو رسمها الإنسان قبل ٢٠٠ سنة، ويجوز لدائرة الآثار أن تعتبر من الآثار أيضاً الممتلكات الثابتة أو المنقولة التي ترجع إلى عهد أحدث، إذ وجد أن لها خصائص تاريخية أو فنية ويصدر بذلك قرار من وزير المعارف بناء على اقتراح من دائرة الآثار».^{٢٣}

أما القانون العراقي فقد عرف الأثر بأنه «الأموال المنقولة وغير المنقولة التي بناها أو صنعها أو أنتجها أو نحتها أو كتبها أو رسمها أو صورها الإنسان»^{٢٤} وقد حدد فترة زمنية عامة لكل ما يعتبر أثراً^{٢٥} في حين كان لزاماً أن يفرق بين النتاج الإنساني من جهة والرفاة البشرية والبقايا الحيوانية والنباتية من جهة أخرى فضلاً عن تحديد فترة زمنية أقصر للوثائق والمخطوطات من النتاج الإنساني، وذلك لأهمية هذه المخطوطات، فقد تكون خرائط حدود دولية والبعض منها يشكل بدايات النهضة البشرية والعلمية

ثانياً: ذاتية الحماية الجنائية للأثر

تباينت الحماية الجنائية للأثر عن غيرها من الحماية المدنية والدولية من عدة نواحٍ نبرزها على النحو الآتي :-

١- الحماية الجنائية والمدنية:

تتمتع الحماية الجنائية للأثر بأولوية في نظر المشرع مقارنة بالحماية المدنية لحق الملكية الذي لم يعد حقاً مطلقاً دون تقييد كما كان عليه الوضع حتى القرن التاسع عشر، وإنما أصبح مقيداً بالحدود التي ترسمها الحماية الجنائية للأثر، من ذلك مثلاً ما أدخله المشرع الفرنسي من تعديل تشريعي سنة ١٩٩٥ على

المادة ٢/٣٢٢ من قانون العقوبات بمقتضاه ثبوت جريمة تخريب وإتلاف الآثار ولو كان الجاني مالكاً للمال محل الاعتداء. كما كفل المشرع الفرنسي ذات الأولوية في بعض النصوص العقابية الخاصة ذات الصلة بالآثار، كما هو الحال بالنسبة للمادة ٢٠ من قانون ٢٧ سبتمبر ١٩٤١ التي نصت على «معاقبة كل من قام بأعمال حفر أو كشف في أرض مملوكة له أو لغيره بهدف التنقيب عن الآثار أو أي شيء له قيمة من الناحية التاريخية أو ما قبل التاريخ أو الفنية أو الأثرية».

كما تختلف الحماية الجنائية للآثار عن الحماية المدنية من حيث نطاق موضوع الحماية، فالأولى تعدد خلافاً للثانية، بطبيعة المال محل الاعتداء لا بوظيفته، ويستتبع ذلك اتساع نطاق الحماية الجنائية مقارنة بالحماية المدنية لتشمل عناصر الأثر سواء كانت من المنقولات بالمعنى الدقيق أم عقارا بالتخصيص، كالنوافذ والأبواب والأرضيات الخشبية في القصور والمعابد والكنائس والمساجد التاريخية، فيكون من الجائز قانوناً مباشرة الدعوى الجنائية عن جرائم التنقيب وخيانة الأمانة والسرقة الواقعة على أي مما سبق، خلافاً للحماية المدنية التي قد يفلت من نطاقها تلك العناصر لكونها عقارا بالتخصيص.^{٢٦}

٢- الحماية الجنائية والدولية للآثار:

يعد الأثر مجالاً مشتركاً بين كل من القانون الجنائي الداخلي والقانون الدولي الجنائي، فلم يعد هذا الأخير قاصراً كما كان عليه الوضع في القرن الماضي على حماية ضحايا الحروب من الأفراد، وإنما اتسعت دائرته لتشمل الممتلكات الثقافية في فترات الحروب وقد كان ذلك نتيجة طبيعية لما شهدته البشرية من امتداد العدوان ليس فقط إلى الأفراد غير العسكريين، وإنما

أيضاً إلى كل ما من شأنه طمس هوية الشعوب المعتدى عليها.

وعلى أية حال تختلف الحماية الجنائية عن الحماية الدولية للآثار من حيث الأسبقية الزمنية فقد وجدت الأولى طريقها إلى النور في بعض الدول منذ أواخر القرن الثامن عشر، مثال ذلك المرسوم الملكي الصادر في فرنسا في إبريل ويونيو ١٧٩٣ المتعلق بتحريم الاعتداء على التحف الفنية في الحدائق العامة الفرنسية، وقانون عام ١٨١٠ الذي عاقب لأول مرة جريمة تخريب وإتلاف الآثار في قانون العقوبات الفرنسي، وعلى الوجه الآخر تجلت إرهاصات الحماية الدولية للآثار في فجر القرن العشرين، كما يتباين كلا النوعين من الحماية من حيث نطاق كل منهما فالحماية الجنائية تقتصر على عناصر التراث المنقولة والثابتة فتشمل اللوحات الفنية والمحفوظات والكتب التاريخية والتماثيل، فضلاً عن المباني كالقصور والمعابد والكنائس والمساجد، وأيضاً المواقع الأثرية، أما الحماية الدولية، فيتسع نطاقها أكثر مما سبق لتدخل تحت لوائها وسائل النقل التي تستخدم في نقل الممتلكات الثقافية سواء محلية، أو دولية بغية حماية هذه الممتلكات من الاعتداء، كما تسبغ نوعاً من الحصانة على الأشخاص المكلفين بحماية هذه الممتلكات.^{٢٧}

المطلب الثاني

أركان جريمة التنقيب الأثري غير المشروع

إن الحماية الجنائية للآثار بوجه عام تركز على فكرة أساسية مفادها حق الدولة في الحفاظ على هويتها الثقافية والتاريخية من كل اعتداء، وطبقاً لذلك فإن حق التنقيب عن الآثار

أن يكون محل التنقيب عن آثار ثابتة أم منقولة وهو ما يجعل نطاق الحماية الجنائية في هذه الجريمة واسعاً غير محصور في صنف معين من الآثار.

ولا يتضمن شرط البحث عن الآثار أن يتبع ذلك العثور على آثار منقولة أو غير منقولة من جراء عمليات التنقيب غير المشروع عن الآثار حتى يسأل عن هذه الجريمة، وإنما مجرد القيام بأعمال الحفر أو التحري على سطح الأرض أو مجاري المياه والأنهار أو المياه الإقليمية بحثاً عن الآثار هو كافٍ للمساءلة عن هذه الجريمة.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع العراقي وبقية التشريعات الأثرية الأخرى عدت جريمة التنقيب عن الآثار من جرائم الخطر لا الضرر، لخطورة هذه الجريمة، فالتنقيبات غير المشروعة أو ما يطلق عليها بمصطلح (التنقيبات السرية) تؤدي في معظم الأحيان إلى الإضرار بالعديد من المواقع الأثرية لأنها غالباً ما تكون أقرب إلى النيش منها إلى الحفر العلمي المنظم^{٢٠}، ومرور بالإضرار بالعديد من الآثار وسرقتها وحيازتها، والاتجار غير المشروع وانتهاءا بتهريبها إلى خارج الوطن^(٢١)

الفرض الثاني: التنقيب دون ترخيص

ويقصد بذلك الحفر الأثري غير المشروع لعدم وجود ترخيص من الدولة بذلك^{٢٢} ويشمل ذلك أعمال البحث والمسح والتحري وقد يقع بطريق التفجير أو تقليب الأرض باستخدام آلة حادة، ولاتعد مباشرة أعمال الزراعة من قبيل التنقيب غير المشروع ولو تم العثور على شيء، إذ أن ذلك من قبيل الصدفة لا التنقيب المنظم^{٢٣}.

ومن الجدير بالذكر أن (الجهة الرسمية) صاحبة الحق في التنقيب هي (الهيئة العامة

ينحصر نطاقه بالدولة فقط ولا ينافسها على ذلك أحد، وقد نصت على هذا المبدأ المادة ٤٠ من قانون الآثار العراقي رقم ٥٩ لسنة ١٩٣٦ الملغى بأن "حق التنقيب عن الآثار ينحصر في الحكومة وفي الهيئات أو الأفراد الذين تخولهم ذلك وفقاً لأحكام هذا القانون فلا يسوغ لأحد أن يقدم على التنقيب عن الآثار بدون أن يحصل على إجازة رسمية ولو كانت الأرض ملكاً له" وكذلك المادة ٢٩ من قانون الآثار والتراث رقم ٥٥ لسنة ٢٠٠٢ التي نصت بأن تختص السلطة الأثرية بالقيام بأعمال التنقيب عن الآثار في العراق، ولها أن تجيز للهيئات العلمية والعلماء والجامعات والمعاهد العراقية والعربية والأجنبية التنقيب عن الآثار بعد تأكد السلطة الأثرية من مقدرتها وكفاءتها العلمية والمالية^{٢٤}، وعليه فإن من يباشر التنقيب عن الآثار بدون ترخيص فإنه يسأل عن جريمة التنقيب عن الآثار دون ترخيص، وسوف نقسم هذا المطلب إلى أربعة أركان وعلى النحو الآتي:

١- الركن الخاص

ويتمثل الركن الخاص أو المفترض لجريمة التنقيب الأثري غير المشروع في الافتراضين الآتيين:

الفرض الأول: ويتمثل في محل التنقيب والذي يشترط أن يكون بحثاً عن آثار تمييز له عن التنقيب عن النفط أو الغاز أو الفحم أو المعادن الأخرى، لذلك يشترط لقيام جريمة التنقيب هنا أن يكون بحثاً عن الآثار.

وقد أوضح المشرع السوداني هذا الشرط عند تعرضه للتنقيب بهدف العثور على آثار في باطن الأرض أو على سطحها أو في مجاري المياه أو البحيرات أو المياه الإقليمية^{٢٥} ويستوي

للآثار والتراث) إذا كان التنقيب في أرض مملوكة للدولة، إما إذا كان في أرض مملوكة لغير الدولة فقد نص قانون الآثار العربي الموحد بأنه ((على الجهة المرخص لها بالتنقيب وهي هنا الهيئة المختصة بالآثار، في هذه الأرض- الاتفاق بالتراضي مع المالك على مبدأ التنقيب وتعويضه عن الإضرار، وإذا لم يتم الاتفاق بالتراضي فإن يجوز الاستيلاء المؤقت على الأرض، بحيث تتولى الجهة المرخص لها بالحفر مباشرته، كما يجوز، إذا دعت الضرورة نزع ملكيتها طبقاً لأحكام القانون)).^{٣٤}

وتنقسم الرخص الخاصة بالتنقيب إلى ثلاثة أنواع هي^{٣٥}:

١- رخصة للبحث عن الآثار، ولا يجوز لحاملها أن يقوم بأي نوع من أنواع الحفريات.

٢- رخصة للمسح عن الآثار، تخول حاملها التفتيش بأية وسيلة أخرى خلاف التنقيب، كما تسمح له أن يقوم بحفريات تجريبية ليتحقق من وجود الآثار.

٣- رخصة للتنقيب عن الآثار وعمل دراسة علمية متكاملة عن الموقع والموجودات الأثرية والبيئية.

وتبدأ إجراءات الترخيص لدينا في العراق بتقديم طلب من قبل القائم بالتنقيب إلى الهيئة العامة للآثار مشتملاً الأمور الآتية:^{٣٦}

١- أسم وصفة مقدم الطلب ومؤهلاته العلمية وخبرته السابقة في التنقيب والنشر إلى جهة علمية معروفة تعني بالتنقيب ودراسة الآثار وعدد العاملين معه.

٢- خارطة عن حدود منطقة التنقيب مؤشر فيها الموقع الأثري المراد إجراء التنقيب فيه مع تقرير عن برنامج العمل الذي يتبع في التنقيب خلال ٥ سنوات .

بعد ذلك تقوم (الهيئة العامة للآثار والتراث) بدراسة هذا الطلب دراسة وافية، ثم تقوم برفعه إلى وزير الآثار والسياحة، موضحاً رأيه في صلاحية المنقب للقيام بأعمال التنقيب أم لا، فإذا ما وافق الوزير على اقتراح السلطة الأثرية تصدر الرخصة و تمنح موقعاً عليها من الوزير والسلطة الأثرية معاً، مع مراعات توافر المقدرة والكفاءة العلمية والمادية.^{٣٧}

وعلى هذا الأساس فإن من يقوم بالتنقيب عن الآثار بدون الحصول على رخصته أو يتجاوز الالتزامات المقررة في الترخيص، أو يقوم بالتنقيب بعد سحب الترخيص، منها أيضاً تقوم الجريمة كما لو كان التنقيب من دون ترخيص^{٣٨}

٢- الركن المادي

يتمثل الركن المادي في جريمة التنقيب الأثري غير المشروع في فعل التنقيب ويتضمن جميع أعمال البحث والمسح والسبر والتحري عن الآثار سواء كانت منقولة أو غير منقولة^{٣٩}. وكذلك البحث عن الآثار على سطح الأرض.

ولا يشترط في النتيجة هنا العثور فعلاً على آثار واستغلالها، بل يكفي المشرع بحدوث فعل التنقيب دون اشتراط الضرر الفعلي لاكتمال الركن المادي في جريمة التنقيب عن الآثار دون ترخيص ولأن التنقيب غير المشروع غالباً ما يكون الغاية الأساسية منه أفعال أخرى تالية غير مشروعة استقلاً، فقد عد المشرع هذا الفعل جريمة تامة بذاته ولو لم يتبعه الجاني بالأفعال التي يستهدفها من التنقيب من دون ترخيص. ويكتفي بعلاقة السببية بين السلوك الإجرامي والنتيجة في صورة الخطر الذي يمثل النتيجة في هذا النوع من الجرائم.

٣- الركن المعنوي

تعد جريمة التنقيب الأثري غير المشروع من الجرائم العمدية، حيث لا بد من توافر عنصر الركن المعنوي العلم والإرادة. والعلم مفترض هنا، أما الإرادة فتتطلب

أن تكون هنا عمدية، وبالتالي لا بد من توافر قصد جرمي لدى القائم بالتنقيب غير المشروع، فهو يستهدف من عملية الحفر والتحري العثور على آثار منقولة أو غير منقولة من دون ترخيص. وبما أن القصد الجرمي أمر لازم لقبام جريمة التنقيب عن الآثار بدون ترخيص، فهي من نوع الجرائم المستمرة، ويتحقق نموذجها طالما لم يكن هناك ترخيص من الهيئة مهما طال وقت الحفر أو التنقيب فيكون بدء الجريمة مستمراً من اللحظة التي يرتكب فيها السلوك الإجرامي في الحفر أو التنقيب أو السبر أو التحري أو المسح طالما لم يضع الجاني حداً لحالة التنقيب القائمة، ولا ينتفي القصد إلا إذا كان لاحقاً لحالة الاستمرار، أو كانت بنية تنصرف لأغراض الزراعة مثلاً أو لإقامة أساس لبناء معين، أو كان ماراً في أرض معينة بغية الوصول إلى موقع معين، فعثر نتيجة لذلك على آثار منقولة أو غير منقولة، فلا يسأل عن جريمة التنقيب غير المشروع لأن نيته لم تنصرف إلى العثور على آثار منقولة أو غير منقولة، وإن كانت بعد ذلك قد تقوم جريمة أخرى مستقلة إذا لم يبلغ عنها و قام بإخفائها... الخ.

المطلب الثالث

عقوبة التنقيب الأثري غير المشروع

اختلفت التشريعات الأثرية في طبيعة العقوبة حيال جريمة التنقيب الأثري غير المشروع في الاتجاهين الآتيين:

الاتجاه الأول/ تشريعات أثرية فرقت بين نوعين من العقوبات.

العقوبة الأولى/ عقوبة التنقيب بدون ترخيص

نصت المادة (٣٨) من القرار الجمهوري رقم (٢١) لسنة ١٩٩٤ المعدل بالقانون رقم (٨) لسنة ١٩٩٧ بشأن الآثار اليمني على الآتي «كل من أجرى أعمال الحفر والتنقيب عن الآثار دون ترخيص أو اشتراك فيه يعاقب بالحبس مدة لا تزيد عن سنتين أو بغرامة لا تقل عن (٣٠٠٠٠٠) ريال أو بالعقوبتين معاً، وتنتص المادة (٤٢) من قانون حماية الآثار المصري رقم (١١٧) لسنة ١٩٨٣ على الآتي «يعاقب بالسجن مدة لا تقل عن خمس سنوات ولا تزيد على سبع سنوات، وبغرامة لا تقل عن ثلاثة آلاف جنيه ولا تزيد على خمسين ألف جنيه كل من ج/ أجرى أعمال الحفر الأثري دون ترخيص أو اشتراك في ذلك، وتكون العقوبة الأشغال الشاقة المؤقتة وبغرامة لا تقل عن خمسة آلاف جنيه ولا تزيد عن خمسين ألف جنيه إذا كان الفاعل من العاملين بالدولة المشرفين أو المشتغلين بالآثار أو موظفي أو عمال بعثات الحفائر أو من المقاولين المتعاقدين مع الهيئة أو من عمالها».

العقوبة الثانية/ عقوبة التجاوز المتعمد لشروط الترخيص في الحفر الأثري

نصت المادة (٤٠) من القرار الجمهوري بالقانون رقم (٢١) لسنة ١٩٩٤ بشأن الآثار اليمني المعدل بالقانون رقم (٨) لسنة ١٩٩٧ على مايلي:

«يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر، وبغرامة لا تتجاوز (١٥٠٠,٠٠٠) ريال أو بالعقوبتين معاً كل من: ٢ / خالف شروط

الترخيص له في الحفر الأثري، وتنص المادة (٤٣) من القانون رقم (١١٧) لسنة ١٩٨٣ لحماية الآثار المصري على مايلي: «يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنة ولا تزيد على سنتين، وبغرامة لا تقل عن مائة جنيه، ولا تزيد على خمسمائة جنيه أو بإحدى العقوبتين كل من د / جاوز متعمداً شروط الترخيص له بالحفر الأثري.

الاتجاه الثاني/ تشريعات آثارية فرقت في العقوبة بين التنقيب في موقع مسجل أو مصنف على أنه موقع أثري، وموقع لم يعلن وما زال تحت ملكية من قام بالحفر.

وأخذ بهذا الاتجاه المشرع العراقي وفق المادة (٤٢) من قانون الآثار والتراث رقم ٥٥ لسنة ٢٠٠٢ التي تصن على أنه «يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على (١٠) عشر سنوات من باشر التنقيب عن الآثار أو حاول كشفها دون موافقة تحريرية من السلطة الاثرية وتسبب في أضرار بالموقع الأثري أو محرماته والمواد الأثرية فيه، وبتعويض مقدار ضعف القيمة المقدرة للضرر وضبط الآثار المستخرجة ومصادرة أدوات الحفر، وتكون العقوبة السجن مدة لا تزيد على (١٥) خمس عشر سنة إذا كان مسبب الضرر من منتسبي السلطة الاثرية». والملاحظ أن العقوبة المقررة في القانون العراقي تعد رادعة^{٤٠}، شأنها في ذلك شأن القانون المصري إذ تنص المادة (٤٢) من قانون حماية الآثار رقم ١١٧ لسنة ١٩٨٣ على عقوبة السجن مدة لا تقل عن خمس سنوات ولا تزيد على سبع سنوات وبغرامة لا تقل عن ثلاثة آلاف جنيه ولا تزيد على خمسين ألف جنيه كل من أجرى أعمال الحفر الأثري دون ترخيص أو اشترك في ذلك^{٤١} في حين نجد أن العقوبة المفروضة على جريمة التنقيب عن الآثار

من دون ترخيص في القانون السوداني تتميز بمظهر مظهر من مظاهر التخفيف^(٢٤) وهو مظهر التخيير بين عقوبتي الحبس والغرامة بأن يجيز للقاضي أن يوقع إحداها أو الجمع بينهما وهو ما لا يتناسب مع خطورة الجريمة والراجح في مثل هذه الجرائم الخطرة تشديد العقوبة بجعل الحبس والغرامة إلزاميتين وهو ما يمثل ردعاً أكيداً.

ويلاحظ أيضاً على نص المادة ٤٢ من قانون الآثار والتراث العراقي رقم ٥٥ لسنة ٢٠٠٢ ما يأتي:

١- أن المشرع العراقي لا يعاقب على الجريمة محل البحث إلا بوصف العمد، أم الخطأ فهو متصور ولم يفرد له عقوبة وهو ذات النهج إلي أعتمده المشرع العراقي في المادة ٦٣ من قانون الآثار الملغي .

٢- رفع المشرع وصف الجريمة إلى مستوى الجنائية لخطورة الجريمة، بخلاف المادة ٥٩ من قانون الآثار الملغي الذي كان وصف الجريمة فيه في مستوى الجنحة.

٣- شدد العقوبة إذا كان الفاعل من العاملين في السلطة الأثرية في حين أغفل مسئولية أو موظفي أو عمال بعثات التنقيب أو الجهات المشاركة المناط بها إدارة وصيانة المباني التراثية في وزارتي الداخلية أو وزارة السياحة والآثار وأمانة بغداد كما لو كانت الآثار موجودة في حيازتهم بسبب وظيفتهم أو بمناسبة كونهم وبحكم صلاحياتهم وقربهم من مواقع التنقيب أو الحفر بحيث يكونوا أقدر من غيرهم على معرفة ماتم العثور عليه من آثار وقيمتها ومدى أهميتها، وهو ما قد يجعلهم يسقطون أمام الأغراء والتفكير في العائدات الجرمية من جراء أخذها وإلتجارها أكثر من غيرهم .

٤. حسن فعل المشرع العراقي حينما نص على عقوبة وقف الرخصة أو سحبها أو إلغائها^(٣٤) فضلاً عن عقوبة المصادرة التي تفرض على الأشياء التي استعملت بارتكاب الجريمة من أدوات وأجهزة أو أشياء متحصلة من عملية التنقيب غير المشروع والمتمثلة بالآثار المنقولة وغير المنقولة، وهو النهج ذاته الذي اعتمده المشرع السوداني في تنظيمه للمادة (٢٦) من قانون حماية الآثار السوداني لسنة ١٩٩٩ وذلك في الحالتين الآتيتين:

الحالة الأولى/ إذا خالف المرخص له أي شرط من شروط الرخصة فيعاقب بوقف الرخصة أو سحبها من قبل الهيئة مانحة الترخيص.

الحالة الثانية/ إذا انقطع صاحب الرخصة عن مواصلة النشاط لأكثر من موسمين متتاليين دون إذن أو عذر مقبول، فيجوز للهيئة أن تلغي الرخصة، وأن تمنح الرخصة في نفس الموقع الأثري لأي بعثة أخرى تتوفر فيها الشروط المطلوبة.

الخاتمة

بعد الانتهاء من بحثنا هذا توصلنا إلى جملة نتائج وتوصيات:

أولاً: النتائج

١- إن أغلب التنقيبات الأثرية التي جرت على يد البعثات الأجنبية في منتصف القرن التاسع عشر كانت بعيدة عن الأساليب العلمية المنظمة المتبعة في علم الآثار وهي أقرب إلى النباش والتخريب، وكان هدفها الأساسي سرقة وتخريب الآثار إلى بلادها أو من خلال الاتجار فيها لتحقيق ثراء مادي على حساب سرقة الشعوب في أعز ما يوجد لديها من تراث ثقافي.

٢- إن العديد من البعثات التنقيبية كانت تعمل بلا ترخيص رسمي، وحتى لو كان هذا الترخيص موجود فعلاً إلا أنه كان محاطاً بالشك والغموض، لا سيما وأن شعوب المنطقة العربية كانت تحت ظل الاحتلال الفرنسي والبريطاني وهي مسلووبة الإرادة السياسية ومحرومة من تقرير مصيرها، وبالتالي فإن المحتل بأجهزته التنفيذية هو المانح الوحيد لذلك الترخيص المشبوه، أمام أعينها تحصل الصفقات المريبة لتنقيب وحفر ومسح المواقع الأثرية، وهذا ما حصل فعلاً في العراق ومصر واليمن والسودان... الخ.

٣- ليس هناك اتفاق مشترك بين التشريعات الأثرية العربية على إفراز تعريف قانوني موحد لمعنى (الأثر)، الأمر الذي يحدث معه أشكال كبير في صياغة قاعدة قانونية موحدة لما يتضمنه تعريف الأثر من مفردات أساسية من حيث الشمول والنطاق الزمني لعمر ما يعد فيه الشيء أثراً.

٤- لا تكفل بعض التشريعات العربية (السودانية واليمنية) تحقيق حماية جنائية فاعلة للآثار من التنقيبات السرية الخطرة، مما يزيد من فرص النيل منها وشيوعها وتسريب الآثار أو تهريبها من موطنها الأصلي.

٥- على الرغم من التقدم الملحوظ في مجال تقنيين حماية الآثار كون الجانب القانوني في حمايتها يمثل ركيزة أساسية لتنظيم العمل في هذا المجال، إلا أن عمليات البحث والتنقيب عن الكنوز الأثرية لأهداف تجارية لا زالت قائمة وبصورة ملفتة للنظر، وهذا يعني أن القانون لوحده لن يكون حارساً على الآثار، ترد عنها العابثين والسراق والمغامرين.

٦- لقد أصبحت حماية الآثار باعتبارها ملكاً

عاماً للأجيال البشرية الحاضرة والمستقبلية موضوعاً جديداً من موضوعات القانون الدولي المعاصر، فأصبحت الحماية الجنائية تجد أساسها القانوني في العديد من الاتفاقيات والمعاهدات الدولية المتعلقة بحماية الآثار الثابتة والمنقولة صراحةً أو ضمناً، فأصبحت جرائم الآثار في بعض صورها من جرائم الحرب أو من الجرائم الدولية.

ثانياً: التوصيات

١- على المشرع العربي إعادة النظر في النصوص العقابية الخاصة بحماية الآثار والتي لا تتناسب مع جسامة وخطورة بعض الجرائم المرتكبة ضد الآثار لا سيما التنقيبات الأثرية.

٢- تشديد الرقابة على بعثات التنقيب، والتسجيل الشامل للآثار المكتشفة وإنشاء وحدات أثرية بالمطارات الدولية وتكوين شرطة تختص بحراسة الآثار والمتاحف والمخازن الأثرية تابعة إدارياً لوزارة الداخلية وفنياً لدائرة الآثار في وزارة الثقافة.

٣- النظر بعين الاعتبار إلى مرتكبي جرائم الآثار على أنهم يتساوون من حيث الخطورة الإجرامية مع مرتكبي الجرائم الجسيمة كالإرهاب والفساد الإداري والمخدرات وهو ما يستوجب تشديد العقوبة السالبة للحرية إلى السجن المؤبد وإنزال عقوبة مالية باهظة.

٤- ينبغي أن يكون هناك تعاون إقليمي ودولي بما من شأنه رفع مستوى الحماية للممتلكات الثقافية واستردادها.

٥- تنمية دور الرقابة الشعبية على حماية الآثار، ويتحقق ذلك بحملات تفتيشية في وسائل الإعلام تهدف إلى إيقاظ الوعي لدى الأفراد وبأهمية التراث الثقافي الأثري وموقعه والحضارات التي ينتمي إليها وكيفية التعامل

معه، والمحافظة عليه فضلاً عن إيضاح الجوانب الجوهرية للقانون ولا سيما الجرائم التي قد تستحدثها والعقوبات التي قام بتشديدها.

الهوامش

١- د. تقي الدباغ، مقدمة في علم الآثار الموسوعة الصغيرة (٨٨)، منشورات دار الجاحظ ببغداد، ١٩٨١، ص ٣.

٢- طه باقر، مقدمة في تاريخ الحضارات القديمة، الجزء الأول، ١٩٧٣، ص ١٠.

٣- د. جواد علي، تاريخ العرب قبل الإسلام، الجزء السابع، بغداد، ١٩٥٧، ص ٣٦.

٤- وليد محمد صالح، العلاقات السياسية للدولة الأثرية، رسالة ماجستير غير منشورة، بغداد، ١٩٧٦، ص ١٦.

٥- د. تقي الدباغ، مصدر سابق، ص ٤.

٦- طه باقر، د. فاضل عبد الواحد علي، د. عامر سليمان، تاريخ العراق القديم، الجزء الأول، ١٩٨٠، ص ٤٢.

٧- تنص المادة (٢٩) من قانون الآثار والتراث رقم ٥٥ لسنة ٢٠٠١ بأنه تختص السلطة الأثرية بالقيام بأعمال التنقيب عن الآثار في العراق ولها ان تجيز للهيئات العلمية والعلماء والجامعات العراقية والعربية والاجنبية التنقيب عن الآثار بعد تأكد السلطة الأثرية من مقدرتها وكفاءتها العلمية والمالية بمقتضى المادة (٣١) يتم التنقيب علمياً بأشراف لجنة يشكلها الوزير او من يخوله من رئيس الهيئة او البعثة ويشترط فيه ان يكون عالماً آثارياً معروفاً سبق له ممارسة أعمال التنقيب الإداري ومهندس متخصص في تاريخ العمارة ومساعد ممارس في الرسم والتصوير وكذلك اختصاصي في قراءة الكتابات القديمة عند الحاجة .

٨- طه باقر، مصدر سابق، ص ١٠٨.

٩- عبد الوهاب عبد الرزاق التحافي، جرائم التعدي على الممتلكات الثقافية، بحث منشور في مجلة الموقف الثقافي، العدد ٣٣، مايس، حزيران، السنة السادسة- دار الشؤون الثقافية العامة، ٢٠٠١، ص ٢٧.

١٠- د. تقي الدباغ، د. وليد الجادر، أحمد مالك الفتيان،

الشيء المادي حتى يعد أثراً استناداً إلى المادة الأولى من قانون الآثار النافذ .

٢٦- د. أسامة حسنين عبيد، الحماية الجنائية للتراث الثقافي الأثري (دراسة مقارنة)، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨.

٢٧- د. محمد سامح عمرو، الحماية الدولية للممتلكات الثقافية في فترات النزاع المسلح، المركز الأصيل، للطبع والنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠٠٢، ص٤٢.

٢٨- وفي هذا يتفق المشرع العراقي مع أحكام قانون الآثار العربي الموحد الذي نص في الباب الثاني منه على أن «السلطة الأثرية وحدها صاحبة الحق في القيام بأعمال التنقيب أو الحفر، ولها أن تسمح للهيئات والجمعيات العلمية والبعثات الأثرية بالتنقيب عن الآثار بترخيص خاص وفقاً لأحكام القانون، ويحظر على أية جهة أو أي فرد، التنقيب عن الآثار، إلا بترخيص من السلطة الأثرية، حتى ولو كانت الأرض مملوكة للفرد أو لجهة».

٢٩- نص المادة الثالثة من قانون حماية الآثار السوداني لسنة ١٩٩٩ وتقابلها المادة (٢٣) من القرار الجمهوري بالقانون رقم (١) لسنة ١٩٩٤ بشأن الآثار اليمني المعدل بالقانون رقم (٨) لسنة ١٩٩٧.

٣٠- فراس ياوز عبد القادر أوجي، الحماية الجنائية للآثار (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير من جامعة بغداد، كلية القانون، ١٩٩٨، ص٣٦٣.

٣١- د. عزت مصطفى الدسوقي، جريمة تهريب الآثار وأثرها على مستقبل التنمية السياحية والأثرية، ٢٠٠٣، ص٥٥.

٣٢- د. أسامة حسنين عبيد، مصدر سابق، ص٩٥.

٣٣- فراس ياوز عبد القادر، مصدر سابق، ص٢٦٦.

٣٤- المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم (ألكسو) «النقاش والكتابات القديم في الوطن العربي» المؤتمر الجاري عشر للآثار في الوطن العربي، تونس، ١٩٨٨، ص٢٦٨.

٣٥- المادة الثالثة من قانون حماية الآثار السوداني لسنة ١٩٩٩.

٣٦- المادة ٣٢ من قانون الآثار والتراث العراقي النافذ وكذلك المادة (٢٤) من قانون حماية الآثار السوداني لسنة ١٩٩٩.

طرق التنقيبات الأثرية، بلا سنة نشر، ص٤٠- ص٤٢.

١١- د. عيسى سلمان وسليم طه التكريتي، بلاد آشور، بغداد، ١٩٨٠، ص٢٢.

١٢- د. سامي سعيد الأحمد، آثار بلاد الرافدين، سلسلة الكتب المترجمة، بغداد، وزارة الثقافة، ٨٧، ١٩٨٠، ص٢٢٥.

١٣- طه باقر، البعثات التنقيبية وتنظيم العلاقة معها، بحث مقدم إلى المؤتمر السادس في البلاد العربية الذي عقد بطرابلس عام ١٩٧١، ص١١٥.

١٤- د. عيسى سلمان، سليم طه التكريتي، مصدر سابق، ص٢٥.

١٥- طه باقر، مصدر سابق، ص١١٧.

١٦- د. تقى الدباغ، طرق التنقيبات الأثرية، مصدر سابق، ص٤٥.

١٧- د. عبد المنعم أبو بكر، البحوث الأثرية وأثرها في كتابة التاريخ القديم، المجلة التاريخية الصادرة عن الجمعية المصرية للدراسات التاريخية، مجلد ٥، ١٩٥٦، ص٢٣.

١٨- د. زاهي حواس، قراءة في قانون الآثار الجديد، جريدة الأهرام، العدد ٤٤٢٩٤، ١٥ مارس، ٢٠٠٨، ص٣.

١٩- مجمع اللغة العربية، «المعجم الوسيط»، الجزء الأول، باب الهمزة، كلمة أثر، المكتبة الإسلامية للطباعة والنشر استنبول، تركيا، ص٥.

٢٠- د. محمود عبد الرزاق، علم الآثار ومناهج البحث الأثري، ط١، منشورات جامعة صنعاء، كلية الآداب، ١٩٩٥.

٢١- نص المادة (١) من قانون الآثار المصري رقم ١١٧ لسنة ١٩٨٣.

٢٢- نص المادة (٣) من قانون الآثار اليمني، رقم ٨ لسنة ١٩٩٧.

٢٣- نص المادة (٥) من قانون الآثار السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم ٢٦ في ٢٣/٢/١٣٩٢هـ.

٢٤- نص المادة الأولى من قانون الآثار العراقي رقم ٥٩ لسنة ١٩٣٦.

٢٥- أشتراط المشرع العراقي مرور ٢٠٠ سنة على

المصادر

أولاً: الكتب والرسائل الجامعية

١- مجمع اللغة العربية، "المعجم الوسيط"
الجزء الأول، المكتبة الإسلامية للطباعة
والنشر، اسطنبول، تركيا، بلا سنة نشر.

٢- د. أسامة حسنين عبيد، الحماية الجنائية
للتراث الثقافي الأثري (دراسة مقارنة) الطبعة
الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة.

٣- د. جواد علي، تاريخ العرب قبل الإسلام،
الجزء السابع، بغداد، ١٩٥٧، بلا سنة طبع.

٤- د. تقي الدباغ، مقدمة في علم الآثار،
الموسوعة الصغيرة (٨٨) منشورات دار
الجاحظ بغداد، ١٩٨١.

٥- د. تقي الدباغ، د. وليد الجادر وأحمد
مالك الفتيان، طرق التنقيب الأثرية، بغداد، بلا
سنة نشر.

٦- د. سامي سعيد الأحمد، آثار بلاد
الرافدين، سلسلة الكتب المترجمة (٨٧)، بغداد،
وزارة الثقافة، ١٩٨٠.

٧- طه باقر، البعثات التنقيبية وتنظيم
العلاقة معها، بحث مقدم إلى المؤتمر السادس
للآثار في البلاد العربية الذي عقد بطرابلس
لعام ١٩٧١.

٨- طه باقر، مقدمة في تاريخ الحضارات
القديمة، الجزء الأول، ١٩٧٣.

٩- طه باقر، د. فاضل عبد الواحد علي،
د. عامر سليمان، تاريخ العراق القديم، الجزء
الأول.

١٠- د. عبد المنعم أبو بكر، البحوث

٣٧- المادة (٣٢) من قانون الآثار والتراث العراقي
لسنة ١٩٣٦ الملغي وكذلك المادة (٣٢) من قانون
الآثار النافذ لسنة ٢٠٠١.

٣٨- د. وليد محمد رشاد إبراهيم، حماية الآثار وعناصر
التراث الثقافي في القانون الدولي الخاص، رسالة
دكتوراه كلية الحقوق بجامعة حلوان، ٢٠٠٥،
ص ٢٩٤.

٣٩- د. فراس ياوز، مصدر سابق، ص ٢٦٢.

٤٠- بخلاف العقوبة المقررة في المادة (٦٣) من قانون
الآثار العراقي رقم ٥٩ لسنة ١٩٣٦ الملغي التي
كانت في مستوى الجعنة حيث نصت على انه «كل
من باشر بالتنقيب عن الآثار أو حاول كشفها خلافا
لأحكام المادة ٤٠ من القانون يعاقب بالحبس مدة
لا تزيد على سنة أو الغرامة التي لا تزيد على (١٠٠)
مائة دينار أو بكليتهما مع مصادرة وسائل الحفر
والآثار المستخرجة وإذا كانت الجريمة المذكورة
قد ارتكبت في موقع أعلن عنه انه تاريخي يعاقب
بالحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات أو بالغرامة
التي لا تزيد عن ٥٠٠ دينار مع مصادرة الوسائل
المستعملة والآثار المستخرجة»

٤١- بل ان مشروع قانون حماية الآثار المصري قد
رفع العقوبة إلى السجن المشدد والغرامة التي لا تقل
عن (٥٠) ألف جنيه ولا تزيد (١٠٠) ألف جنيه في
الصورة الأولى، وإلى السجن مدة لا تقل عن ثلاث
سنوات ولا تزيد على خمس سنوات، وبغرامة لا
تقل عن عشرة آلاف جنيه، ولا تزيد على خمسين
ألف جنيه للصورة الثانية (المواد ٤٤ و ٤٥) من
مشروع قانون حماية الآثار المصري.

٤٢- المادة ٦٣ من قانون حماية الآثار العراقي رقم
٥٩ لسنة ١٩٣٦ الملغي والمادة ٣٣ من قانون حماية
الآثار السوداني لسنة ١٩٩٩.

٤٣- بمقتضى المادة (٣٤) أولاً وثانياً من قانون الآثار
والتراث العراقي النافذ توقف السلطة الأثرية أعمال
التنقيب عند مخالفته شروط التنقيب وتتخذ القائم
به بلزوم إزالة المخالفة خلال مدة مناسبة تقدرها
السلطة الأثرية وللوزير إلغاء موافقته على التنقيب
إذا لم ترفع المخالفة أو كانت المخالفة جسيمة أو إن
وضع القائم بالتنقيب يستدعي ذلك».

الدولي المعاصر، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق
جامعة حلوان، ٢٠٠٥.

ثانياً: إصدارات ألكسو:

٢٠- المنظمة العربية للتربية والثقافة
والعلوم (ألكسو)، النقائش والكتابات القديمة في
الوطن العربي- المؤتمر الحادي عشر للآثار
في الوطن العربي- تونس، ١٩٨٨.

ثالثاً: التشريعات الوطنية:

٢١- قانون حماية الآثار العراقي رقم (٥٩)
لسنة ١٩٣٦.

٢٢- قانون حماية الآثار اليمني رقم (٨)
لسنة ١٩٩٧.

٢٣- قانون حماية الآثار السوداني لسنة
١٩٩٩.

٢٤- نظام الآثار السعودي الصادر
بالمرسوم الملكي رقم م/٢٩ لسنة ١٣٩٢هـ.

٢٥- قانون الآثار العربي الموحد.

٢٦- مشروع قانون حماية الآثار المصري.

٢٧- قانون الآثار والتراث العراقي
رقم ٥٥ لسنة ٢٠٠١.

الأثرية وأثرها في كتابة التاريخ القديم، المجلة
التاريخية الصادرة عن الجمعية المصرية
للدراستات التاريخية، مجلد ٥، ١٩٥٦.

١١- د. عيسى سلمان، سليم طه التكريتي،
بلاد آشور، بغداد، ١٩٨٠.

١٢- د. عزت مصطفى الدسوقي، جريمة
تهريب الآثار وأثرها على مستقبل التنمية
السياحية والأثرية، ٢٠٠٣.

١٣- عبد الوهاب عبد الرزاق التحافي،
جرائم التعدي على الممتلكات الثقافية، بحث
منشور في مجلة الموقف الثقافي، العدد ٣٣،
(مايس- حزيران)، السنة السادسة، دار الشؤون
الثقافية العامة، ٢٠٠١.

١٤- د. زاهي حواس، قراءة في قانون
الآثار الجديد، جريدة الأهرام، العدد ٤٤٢٩٤،
١٥ مارس، ٢٠٠٨.

١٥- د. فراس ياوز عبد القادر أوجي،
الحماية الجنائية للآثار دراسة مقارنة، رسالة
ماجستير كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٩٨.

١٦- د. محمد عبد الرزاق، علم الآثار
ومناهج البحث الأثري، الطبعة الأولى،
منشورات جامعة صنعاء، كلية الآداب، ١٩٩٥.

١٧- د. محمد سامح عمرو، الحماية الدولية
للممتلكات الثقافية في فترات النزاع المسلح،
المركز الأصيل للطبع والنشر والتوزيع،
القاهرة، ٢٠٠٢.

١٨- وليد محمد صالح، العلاقات السياسية
للدولة الآشورية- رسالة ماجستير غير
منشورة، بغداد، ١٩٧٦.

١٩- د. وليد محمد رشاد إبراهيم، حماية
الآثار وعناصر التراث الثقافي في القانون

The crime of illegal archaeological excavations

A comparative study

Assist Prof. Dr. Mazen Khalaf Al-Shammari*

Abstract

The art of excavations has gone through many stages before reaching its present image, because it's not as modern as archeology, and its roots are far from ancient times, because they are closely related to the human psyche of curiosity, towards knowing of the unknown, that tendency that created and .developed all sciences

Archaeological excavations until recently were carried out by hobbyists who had no knowledge of systematic drilling methods or of adjusting the laers of monuments and their temporal roles. Since the 14th century, the gentlefolks of Europe have been conducted excavations in search of ancient monuments in the same destructive ways as the antiquities thieves. Excavations and looting continued to culminate in the eighteenth and nineteenth centuries either for their physical value or for their artistic value.

And if the interest in the ancient monuments and extracting them from the soil related to ancient times, but the scientific method in the search for antiquities is a new era and is still in the stages of development that the humans did not reach till reaching the correct understanding of the real value of the monuments, that value which lies in the cultural significance of these monuments, for humans can't understand the monuments until after the increased attention to them as a result of the emergence of many works, especially those that look at the history of art

Secret excavations are one of the evils that antiquities laws seek to punish those who commit. And the trade in antiquities, whether secret or public, is .still fueled by secret excavations or by chance. Throughout the ages

(*) Al-Mustansiriya University/college of Law

الحماية الدستورية لفكرة النظام العام

م.د. علي حسن عبد الامير*

م.م. علي مجيد العكيلي**

مقدمة

إنّ حاجة لإنسان الملحة إلى النظام تُملئها طبيعة الحياة الإنسانيّة ذات الطابع الاجتماعي والمدنيّ ، ومتفرضه من مصالح متشابكة وتطلّعات متضاربة ناتجة عن نزعة التدافع والتغالب الفطريّة المتحكّمة بالإنسان ، والتي هي بحقّ سرّ تميزه ونجاحه وتطوّره نحو الأفضل ، قال تعالى : ﴿ وَلَوْلَا دَفْعُ اللَّهِ النَّاسَ بَعْضَهُمْ بِبَعْضٍ لَفُتِنَتِ صَوَامِعُ وَبِيْعٌ وَصَلَوَاتٌ وَمَسَاجِدُ يُذَكَّرُ فِيهَا اسْمُ اللَّهِ كَثِيرًا ﴾ [الحج: ٤٠] ، لكن هذه النزعة إن لم يُحسن الإنسان إدارتها وضبطها ستغدو عامل شرّ وعنصر خطر على الإنسانيّة برمتها ، والقانون وحده هو الذي يتكفّل ضبطها وتهذيبها ؛ لأنّه يضع القواعد التي من شأنها تنظيم الاختلافات وكبح الغرائز وإدارة الحياة على أساس المصلحة العامة ؛ لذا لا يكاد يختلف اثنان في أصل الحاجة الملحة إلى فكرة النظام والقانون ، وإنّما يختلف الناس في ما هو القانون

(*) (**) الجامعة المستنصرية/ كلية القانون

الأمثل والنظام الأفضل إنّ قواعد النظام العام لها من الأهمية الاجتماعيّة ما لا تقل عن أهمية القانون بغاياته الاجتماعيّة والإنسانيّة ، نظراً لأنّها تهدف إلى المحافظة على المبادئ والقيم الاجتماعيّة العليا ، فالنظام العام يمثل انعكاساً للنحو القانوني للدولة والذي يقيم على أساس نظم وقواعد معينة ومتصلة في سلوك الأفراد بحيث أنّ أيّ مساس بها يمكن أن يشكل إخلالاً بالنظام العام ككل ؛ لذلك نجده يتجه إلى ضبط نشاط الأفراد وتصرفاتهم اجتماعياً راسماً بذلك السلوك الاجتماعيّ الذي لا يمكن للأفراد تجنبه . إنّ فكرة النظام العام هي بمثابة محاولة التمييز في داخل النظام التشريعيّ بالدولة بين القواعد الأمرة التي تتصل بالمصالح العليا في المجتمع ، والتي ينبغي على المشرع وكذلك القاضي التنبيه لها وإلى ضرورتها ، ويجب عليه حمايتها ؛ لأنّه بحمايتها يحمي النظام العام ذاته، وبين القواعد المكملّة التي ليست بهذا القدر من الأهمية ، بحيث إذا تمّ تجاوزها من قبل الأفراد لم تتضرر المصالح العليا والأساسيّة في المجتمع ؛ ولذلك فإنّ حماية

هذا النوع من القواعد لا يستحق اهتمامًا خاصًا من جانب المشرع ، أو من جانب القاضي على الأقل كما هو الحال بالنسبة للقواعد الأولى ؛ لذلك سوف تكون دراستنا لموضوع الحماية الدستورية للنظام العام ، على النحو الآتي :-

المبحث الأول :- فكرة النظام العام .

المبحث الثاني :- ترابط الحماية الدستورية مع النظام العام

المبحث الأول

فكرة النظام العام

إن كلمة النظام العام كمصطلح ، مركبة من شقين ، فكلمة ” النظام ” موصوف ، وكلمة ” العام ” صفة ، إذن فكلمة ” النظام هي الأصل لدينا ، ومادخلت عليها الصفة إلا للحد من إطلاقها ، وينبني على ذلك ضرورة وجود نظم أخرى غير عامة ، فن تصور وجود نظام خاص Lordre Prive ونظام مختلط Lordre Mixte تمزج فيه خصائص النظامين العام والخاص ^١.

كما يعيننا في هذا المقام ، هو النظام العام؛ لذلك يعرف الفقيه «جودو ليوري» بأنه «مجموعة الشروط اللازمة للأمن والآداب العامة التي لا غنى عنها لقيام علاقات سليمة بين المواطنين بما يناسب علاقاتهم الاقتصادية»^٢.

هذا وقد أخذ الفقه في مصر إلى أن فكرة النظام العام من الأفكار المرنة التي يصب تحديدًا تحديدًا دقيقًا ، وهي فكرة ذات مفهوم متغير باختلاف المكان والزمان ، فإن فكرة النظام العام تسعى إلى تحقيق ، وهو حماية المصالح العليا في المجتمع والمحافظة على كيانه ، ولا غرو أن يكون هذا هدفها ، فهي

تعبّر بصفة عامة عن الأسس الاقتصادية ، والاجتماعية ، والأخلاقية التي يقزم عليها نظام المجتمع .

لكن المشكلة القائمة هي أنه يوجد خلاف بين الفقهاء في تعريف النظام العام ، مرجعه سبيان :

الأول : من الناحية التطبيقية :- مرونة فكرة النظام ، وعدم ثباتها واستقرارها تبعًا لاختلاف الزمان والدول ، فيما يعتبر من النظام العام الآن قد لا يعتبر قبل ذلك أو بعد ذلك من النظام العام ، وما يعتبر من النظام العام في دولة ما قد لا يعتبر في دولة أخرى من النظام العام .

الثاني : من الناحية النظرية :- اختلاف نظرة الفقهاء إلى فكرة النظام العام تبعًا لتضييق مداه أو توسيعه .

فالفقيه هوريو HAURIU يشير إلى أن النظام العام يجب أن يقف على النظام العام المادي الملموس الذي يُعدّ صورة مجسدة لحالة واقعية مناهضة للفوضى ^٣.

كذلك حاول العلامة الفرنسي ” هنري كابيتان “وضع صياغة لفكرة النظام العام ، فقال : ” يعتبر النظام العام ، كلّ حكم قانوني لا يستطيع الأفراد مخالفته أو استبعاد حكمه في تصرفاتهم القانونية أو بتعبير آخر ، كلّ حكم قانوني أمر ،،،^٤.

إذن فكرة النظام العام هو وجوب الانقياد لبعض القواعد ، قد كانت دومًا موجودة منذ العصور العريقة في القدم ، وكلما ارتقت المدينة في سلم التقدم ، كانت تلك القواعد تزداد عددًا ، وتزداد إطاعتها وجوبًا .

فالنظام العام فكرة متطورة ، مرنة ، مرتبطة بمبادئ القانون من خلال ارتباط القانون

المجتمع ، والمحافظة على الصفة العامة ، وقد لازمت هذه المهمة الضابطة للمجتمعات منذ بدء تكوينها على درجات وأشكال مختلفة ، ولا تزال تعد فكرة النظام العام هي الوظيفة الأولى للدولة على القيام بها سير المجتمع ، فهي بالنسبة للدولة جزء من فكرة أهم ، هي فكرة السلطة العامة °

كما إنّ النظام العام يعبر عن فكرة القانون ، والمثل العليا للجماعة بحيث يرتبط بالغاية التي قامت الدولة من أجلها ، وهو يخاطب في هذا الشأن سلطة الحكم ويرسم خط السير للدولة ، وضبط نشاط الأفراد وتصرفاتهم اجتماعياً ، بحيث يرسم ضوابط السلوك الاجتماعي التي لا يجوز للأفراد انتهاكها ، وهو إذ يفعل ذلك يؤكد حتماً إنّ قيماً ، وأوضاعاً معينة يجب المحافظة عليها واحترامها .

وهذا ما يثير السؤال هنا : هل يمكن التوفيق بين الحريات العامة والنظام العام ؟

والإجابة على هذا السؤال، نشير إلى أنّ الكثير من المفكرين والباحثين يعتقدون بأنّ هناك ثمة قيود على الحريات العامة ، فهي ليست مطلقة وإنما نسبية .

لذلك يقول أحد الكتاب معلقاً على هذا الموضوع : "كون حريات الأفراد يقابلها حقّ الدولة ؛ لذلك إنّ الدولة لكي تدوم لا بدّ لها من النظام ، وينتج عن ذلك إنّ الحريات لا يمكن أن تكون مطلقة ، كما أنّ النظام لا يمكن أن يكون مطلقاً ، وهذا يعني أنّ النظام العام لكي تكون ديموقراطيّاً يجب أن يظلّ نسبياً ، ،

إذا كان هناك ضرورة لوضع القيود ، فيجب كذلك معرفة هدف وغاية هذه القيود ، إذ يقول بعض الفقه في هذا الإطار : يجب أن ندرک أنّه لا بدّ من قيود لا نقاء الفوضى ، ولضمان

بالتطور في المجتمع المنظم له ، ذلك أنّه ليس بإمكاننا وضع تصور وتحديد كامل له ، بل هو بحاجة دائماً إلى إضافات وتطوير وفقاً لتطور النظم والمبادئ والظروف والقيم في المجتمع ، فالمصالح القصوى للمجتمع قد تفرض على الدولة تدخلاً لمدة زمنية محددة في النظام الاقتصادي وتوجيهه للحدّ من الاحتكارات مثلاً ، مما يحدّ من الحقوق والحريات ويقيّد نشاط الأفراد ؛ لذلك سوف نقسّم دراسة فكرة النظام العام على مطلبين ، وعلى النحو الآتي :-

المطلب الأول :- علاقة الحريات العامة بالنظام العام .

المطلب الثاني :- تأثير الظرف الاستثنائي على النظام العام .

المطلب الأول

علاقة الحريات العامة بالنظام العام

الأصل أنّه ليست هناك حقوق وحريات عامة مطلقة ، والحقوق المطلقة هي التي لا تتعلق بتعامل الفرد مع الآخرين كحرية العقيدة مثلاً ، فهي مطلقة ولكن متى كان هناك مجال لتعامل أفراد العقيدة من المجتمع من خلال ممارسة الشعائر الدينية ، أصبحت حرية ممارسة الشعائر الدينية خاضعة للقيود التشريعية والإدارية ، كذلك حرية الرأي مطلقة مادامت لا تتعلق بنشر هذا الرأي أو إذاعته ؛ لأنّه متى تمّ هذا الأمر فإنّ هذه الحرية المطلقة تتقيد بعدم المساس بالآخرين ، وإلاّ خضعت ممارستها لعقوبة جنائية أو إدارية .

وهكذا فإنّ فكرة النظام العام كقيد على الحرية ، تهدف إلى الإبقاء على النظام العام للدولة أي كفالة ظامن الدولة ، وطمأنينة أفرادها ، وتوفير السكينة التي يجب أن تسود

الحرية ضماناً أوفى ، لكن من الحمق أن نقبل أو نضع قيوداً ما لم تكن في سبيل المصلحة العامة ، وخاضعة لرقابة القضاء ، ونقرر من غير تردد ولا تأنٍ أنه لا يصح أي رأي من غير مناقشة صاحبه ، وسماح حجتة .

ففكرة النظام العام في وصفها المعاصر ، توصف بأنها صمام أمان حافظ لأيّ نظام اجتماعي ، مما قد يتهدد أسسه التي يبنى عليها ، فضلاً عن كونها الغطاء الشرعي لدفع حركة المجتمع تحقيقاً لأهدافه ، فهي إحدى قاطرات الدفع للمجتمع صوب الأمام وفق قيمه التي يدين بها ، وأسسها التي يبنى عليها ، وفي ظلّ أيديولوجيته الحاكمة .

فإذا نظرنا إلى فكرة النظم العام في مجال القانون الخاص ، وجدناها تعرف على أنها الأساس السياسي والاجتماعي والخلقي ، الذي يقوم عليه كيان الدولة كما ترسمه القوانين النافذة فيها أو بعبارة أخرى ” هي مجموعة القواعد القانونية التي تنظم المصالح التي تهم المجتمع مباشرة أكثر مما تهم الأفراد ، سواء أكانت تلك المصالح سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية أو خلقية ^٨

نحن نرى أنّ جميع القواعد التي تتعلق بالمصالح الأساسية للجماعة سواء كانت تلك المصالح سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية أو خلقية ، تعتبر قواعد أمرة لاتصالها بالنظام العام والآداب في المجتمع .

ويستنتج مما تقدم إنّ الدستور الذي هو على القمة من قواعد النظام العام ، على تقرير لعدد من الحقوق والحريات التي أكدها ، وضمنها ، وصان ممارستها للأفراد كما لجماعة الشعب هذه الحقوق والحريات تصير مكوناً أساسياً من مكونات منظومة قواعد فكرة النظام العام

، الأمر الذي لا يكون معه من سبيل للافتئات عليها ، أو النيل منها ، أو الانتقاص من مكانتها ، كلّ ما يكون بالمستطاع في مواجهتها هو انتظامها على النحو الذي يوطرها في حدودها دون عدوان في ممارساتها على حقوق أو حريات أخرى ، من دون أن تسبب إخلالاً بأيّ من الواجبات الدستورية المقررة وسلطات الدولة المختصة ، وهي بصدد قيامها بوظائفها تلتزم حدود ما هو مقرر بالدستور ، أيّ تلتزم قواعد النظام العام المعينة دستوراً الشكلي والإجرائي والموضوعي على سواء ، عليه فلا يجوز لها بداعي حفظ النظام العام _ أي حفظ مصلحة مقررة دستوراً أو واجب معين دستوراً _ أن تتعدى على حرية أو حقّ تقرر بدوره دستوراً ، وإنّما أن تبلور نشاطها في مقام حفظ أحد أو بعض عناصر النظام العام ، بما لا يشكل تهديداً لعنصر آخر من عناصر هذا النظام ، إذ ليس معنى جزء أو مفردة من النظام العام العصف بجزء آخر أو مفردة أخرى منه^٩

المطلب الثاني

تأثير الظرف الاستثنائي على النظام العام

يسود الدولة الحديثة مبدأ هام ، يحكم علاقتها بالأفراد ويهدف هذا المبدأ إلى إقامة التوازن بين حقوق هؤلاء وحرياتهم ، وبين ما للدولة من سلطات وقدرات ، وهذا المبدأ ما يعرف بمبدأ سيادة القانون ، وبمقتضى هذا المبدأ ، فإنّه يجب على كل سلطة من سلطات الدولة أن تنقيد في تصرفاتها بالقانون ، فلا تكون أعمالها وقراراتها صحيحة أو ملزمة للأفراد إلا بقدر التزامها حدود الإطار القانوني الذي تعيش الجماعة بظله ^{١٠}

هذا وقد ازدادت أهمية مبدأ سيادة القانون

السلطة الإداريّة بحيث تتجاوز أو تتناقض الشرعيّة العاديّة .

لذلك فإنّه قد تتأسس نظريّة الظروف الاستثنائيّة على مبدأ وجوب قيام الدولة بواجباتها الأساسيّة ، أي حفظ النظام العام وتأمين سير المرافق العامة في جميع الظروف ، فالسلطة الإداريّة يمكنها تجاوز محتوى الشرعيّة العاديّة حين تحول هذه بينها وبين تأدية واجباتها الأساسيّة .^{١٢}

لكن طالما إنّ المرفق العام قائم ؛ يجب أن يخضع سيره إلى بعض المبادئ ، منها مبدأ الاستمراريّة ، إذ لا يمكن فصل مبدأ استمراريّة المرفق العام عن استمراريّة الدولة من مفاعيل هذا المبدأ إنّّه في ظلّ الظروف الاستثنائيّة ، يسوغ توسيع صلاحيات وسلطات الإدارة وبصورة استثنائيّة ولفترة محدودة رعاية للصالح العام ؛ ولانتظام سير المرافق العامة ، وقد تعفى الإدارة من التقيد ببعض القواعد التي منها : قواعد الصلاحيّة ، والشكل ، والأصول .

ونتج عن ذلك أيضاً ما عُرف بنظرية الموظف الواقعيّ المبنية على الظروف الاستثنائيّة ، إذ تعتبر الأعمال الصادرة عن أشخاص يفتقرون إلى تولية رسميّة في مثل هذه الحالات ، شرعيّة ، وذلك بهدف استمراريّة المرفق العام وعدم توقفه .^{١٣} ونستنتج مما تقدم إنّ قواعد النظام العام ، هي تلك التي يقصد بها تحقيق مصلحة عامة سياسيّة ، أو اقتصاديّة ، أو اجتماعيّة والمعروف إنّ من أهم خصائص المصلحة العامة هو إنّها مرجعه دائماً على المصلحة الفرديّة ، ولذلك فإنّ القواعد الأمرّة Regles imperatives التي لا يجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالفها ؛ لأنّ في ذلك خروجاً على النظام العام ذاته .

في الوقت الحاضر بسبب ذبوع ظاهرة تدخل الدولة في مختلف أجه النشاط الفرديّ الاقتصاديّ والاجتماعيّ ، وممارستها الكثير من السلطات والاختصاصات التي تتيح لها تقييد حريات الأفراد وحقوقهم في سبيل تحقيق الصالح العام . وعلى الرغم من ذلك فلا بدّ من التسليم بوجود ملاءمة القانون للواقع حتّى يتصف بالجمود وعدم التطور ، ذلك أنّ استمرار العمل بالتشريعات المعدة للأوقات العاديّة المألوفة في جميع الظروف والأحوال من شأنه أن يجعل القانون متخلفاً ومنفصلاً عن الواقع الذي يطبق فيه .

فقد تمرّ بالدولة ظروف استثنائيّة وأحداث طارئة لا تسعف معها التشريعات المعدة للظروف العاديّة في علاجها ومواجهة آثارها ، وعندئذ سيكون إلزام السلطة التنفيذية ، بالرغم من ذلك فإن تطبيق هذه التشريعات من شأنه أن يؤدي إلى تعرض النظام العام والمرافق الأساسيّة في الدولة للخطر الشديد .

كما تربط نظريّة الظروف الاستثنائيّة أحياناً بفكرة تسيير المرافق العامة في الدولة ، وضرورة تخطي القيود المفروضة على الإدارة ، وذلك عبر اتخاذ إجراءات غير عاديّة^{١٤}

ففي هذا الصدد تتاح للسلطة الإداريّة في بعض الظروف الاستثنائيّة ، اتخاذ أعمال خارج النطاق العادي للشرعيّة تحتّمها ضرورات حفظ النظام العام ، وتأمين سير المرافق العامة ، فهذه الأعمال تعتبر في الظرف الاستثنائيّ أعمالاً شرعيّة ، رغم أنّها تعتبر في الظروف العاديّة أعمالاً غير شرعيّة .

بعبارة أخرى ، أنّ محتوى الشرعيّة العادي يتغير في الظروف الاستثنائيّة ، وتحلّ مكانة شرعيّة استثنائيّة ، تتيح توسيع صلاحيات

هذا ومن المعروف إنّ المصالح الأساسيّة التي يتركز عليها مجتمع معين ، تختلف عن تلك التي يقوم عليها مجتمع آخر بل إنّ هذه المصالح تختلف في المجتمع الواحد من حقبة زمنيّة إلى أخرى ، ولذا فإنّ أهمّ ما يميز فكرة النظام العام هو أنّها فكرة نسبيّة ومتطورة يختلف مفهومها من مجتمع إلى آخر وفي داخل المجتمع الواحد من عصر إلى آخر .

المبحث الثاني

ترابط الحماية الدستوريّة مع النظام العام

لا شك أنّ النصوص الدستوريّة تسعى إلى توفير الحماية اللازمة لكلّ العناصر التي تحيط بالمجتمع ؛ لأنّ إشباع الحاجات العامة ، وتوفير البيئة اللازمة ؛ لممارسة الحقوق والحريات من أهمّ الأعباء الدستوريّة الملقة على كاهل السلطات الثلاث ، وعموماً فإنّ فكرة النظام العام توصف بأنّها صمام أمان حافظ لأيّ نظام اجتماعيّ مما قد يتهدد أسسه التي يبنى عليها فضلاً عن كونها الغطاء الشرعيّ ؛ لدفع حركة المجتمع تحقيقاً لأهدافه فهي إحدى قاطرات الدفع للمجتمع صوب الأمام وفق قيمه التي يدين بها وأسسها التي يبنى عليها ، وفي ظلّ أيديولوجيته الحاكمة، فإذا نظرنا إلى فكرة النظام العام نجدّها متواجدة في جميع فروع القانون، ففي القانون الخاص يُعرّف النظام العام بأنّه ” الأساس السياسيّ والاجتماعيّ والخلقيّ الذي يقوم عليه كيان الدولة كما ترسمه القوانين النافذة فيها ، أو هو مجموعة القواعد القانونيّة التي تنظم المصالح التي تهّم المجتمع مباشرة أكثر مما تهّم الفرد ، سواء أكانت تلك المصالح سياسيّة أو اجتماعيّة أو اقتصاديّة أو خُلقية، وعليه فجميع القواعد التي تتعلق

بالمصالح الأساسيّة للجماعة تعتبر قواعده أمرّة لاتصالها بالنظام العام والأداب. إنّ اتصال فكرة النظام العام بالمجتمع يتّبين ذلك من اتصال هذه الفكرة وبشكل مباشر بالمجتمع فهي مستمدة من مجموع القواعد المعبّرة عن القيم والأسس الكامنة بالضمير الجمعيّ للمجتمع ، انطلاقاً من وضعه الفلسفيّ والأيديولوجيّ الذي يدين به والفكرة في ذلك تقوم بدور مزدوج من ناحية تقوم فكرة النظام العام بترجمة هذه الأسس والأصول ، وتجعلها ذات قوة إلزاميّة قد تفوق قوة القواعد العادية من حيث الإلزام ، كما وتقوم بتوفير الحماية اللازمة لتلك الأسس والأصول ممن أيّ تهديد قد ينالها ، فالنصوص الدستوريّة ماهي إلّا انعكاس للواقع الاجتماعيّ والأيديولوجيّ والفلسفيّ وهذا يعني أنّ النظام العام هو بذرة القواعد الدستوريّة واتجاهات المشرع . وعموماً فإنّنا سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين :-

المطلب الأول :- تحديد عناصر النظام العام

المطلب الثاني :- تسليط الضوء على تلازم النصوص الدستوريّة مع النظام العام

المطلب الأول

تحديد عناصر النظام العام

لقد أشرنا سابقاً إلى اتساع مضمون النظام العام ، ومشموله المتغير الواسع المدى مما يصعب معه تحديد ملامح النظام العام وعلى الرغم من أنّ المفهوم واسع إلّا أنّ عناصر النظام العام تبدو جلية في الضبط الإداريّ ، فقد أشار مفوض الدولة (LETOURNEUR) ، في تقرير له إلى القول : ” إنّ فكرة النظام العام مبهمة ، إنّ غموض غائبة النظام العام ، والطابع الظرفيّ له بإتيان من تعدد المقترضات

استقر عليه الفقه ، وبعض التشريعات من ” الأمن ، والصحة ، والسكينة ..

أولاً :- الأمن العام :- ويقصد به اطمئنان الجمهور على نفسه ، وماله من خطر الاعتداءات التي يمكن أن تقع عليه في الطرق والأماكن العامة^{١٦} . ولقد عرّفه البعض بأنه عنصر النظام العام الذي يتضمن غياب الأخطار التي تهدد الحياة وحماية حق الملكية للأفراد وتدارك أخطار الحوادث^{١٧} وعلى سبيل تشمل :

- منع الاجتماعات والمظاهرات التي تخل بالأمن ، فسلطة الضبط تمنع من إجراء بعض الاجتماعات قبل عقدها كإجراء وقائي ، كما أنّها تملك التدخل للمحافظة على الأمن العام ، والنظام ومنع كلّ انتهاك للقانون ، كما وتملك حلّ الاجتماع وفضّه بالقوة بعد عقده كإجراء علاجي^{١٨} .

- القيام بكافة التدابير اللازمة لمنع وقوع الجرائم ومنها ماخوله المشرع من سلطة تقديرية في منح تراخيص الأسلحة وحيازتها .

- القيام بالإجراءات الأمنية إزاء بعض الأفراد نظراً لخطورتهم على الأمن فيكون لسلطة الضبط اتخاذ مايلزم من التدابير الوقائية حفاظاً على النظام العام والأمن حتى لو كان في اتخاذها مساساً بحقوق الأفراد وحياتهم الخاصة ، ومثالة اتخاذ إجراءات باعتقال الأفراد الذين يتاجرون بالأسلحة والمخدرات أو العملة الأجنبية^{١٩} .

- القيام بالإجراءات اللازمة لتنظيم المرور ، وذلك باتخاذ إجراءات فرضت حدود السرعة أو فرض قيود على عربات النقل أو تنظيم وقوف السيارات في الأماكن المخصصة صيانة لأرواح الناس .

التي يواجهها ، إنّ الضبط الإداري ليس مكلفاً فقط بحماية الدولة ضد الأخطار التي تهددها ، بل عليه أيضاً أن يحمي الفرد من الأخطار التي لا يمكنه هو نفسه استبعادها سواء أكان مصدرها أفراد آخرون أم كان مصدرها حيوانات أو مظاهر طبيعية ؛ لذلك ليس من الممكن حصر تلك المقتضيات ذات المضمون المتغير داخل صيغة محددة وإنّ تلك حقيقة قد أدركها القضاء تماماً ،^{١٤} والواضح أنّ محاولات إدراك النظام العام تظلّ مهمة ، وذلك لأنّها مرتبطة بتغير ظروف الزمان والمكان .

إنّ الاتصال التدريجي للتشريعات المتعلقة بالضبط الإداري قد انتهت إلى أنّ للنظام العام ثلاث عناصر هي (الأمن العام ، والصحة العامة ، والسكينة العامة) ، فقد نصت المادة رقم (٣) من تشريعات الضبط الإداري المصرية الصادرة بالقانون رقم ١٠٩ لسنة ١٩٧١ ، والتي أشارت إلى ” تختص هيأة الشرطة بالمحافظة على النظام العام ، والأمن والآداب ، وحماية الأرواح ، والأعراض ، والأموال ، وعلى الأخصّ منع الجرائم وضبطها كما تختص بكفالة الطمأنينة والأمن للمواطنين في كافة المجالات وتنفيذ ما يفرضه عليها القوانين واللوائح من واجبات ، ، كما وأشارت تشريعات الضبط البلدي في فرنسا إلى أنّ ” هدف الضبط البلدي هو حسن النظام ، والأمن ، والصحة العمومية ..

يرى بعض الفقه^{١٥} أنّ النظام العام يتكون من عناصر تقليدية تتجلى بالأمن والصحة والسكينة ، وعناصر غير تقليدية أفرزها الواقع وضرورة التنظيم ، وتتجلى بحماية الآثار والبيئة وأمور أخرى سوف نبحثها فيما يلي :

الفرع الأول :- العناصر التقليدية للنظام العام :- تتجلى هذه العناصر كما أسلفنا بما

- القيام بالإجراءات اللازمة لإزالة العوائق من الشوارع والطرق العامة .

- إبعاد الأجانب قتلهم سلطات الضبط حفاظاً على كيان الدولة من أي ضرر أو خطر إبعاد الأجانب مادام الإبعاد قد تم صيانة الأمن العام.^{٢٠}

- اتخاذ أي إجراء ضد أي حالة تمثل خطر على الأمن العام . وقد اعترف مجلس الدولة الفرنسي بضرورة توفر ضرورة لممارسة سلطات الضبط بأن تكون الإجراءات ملائمة وضرورية ونافعة لحماية النظام العام.

ثانياً :- الصحة العامة :- ويقصد به حماية المواطنين ضدّ الأخطار التي تهدد صحتهم من الأوبئة وأخطار العدوى ، والأخطار الناجمة عن غياب علم الصحة ، ويعرفها البعض بأنها عنصر النظام العام الذي يتميز بانعدام الأمراض وتهديدها والذي يتطلب حالة صحية مرضية ويتمحص عن إجراءات تتعلق بصحة الأشخاص والحيوانات ومكافحة التلوث والوقاية من الأوبئة والجائحات الحيوانية ومراقبة الأطعمة المعروضة للبيع .^{٢١}

ولقد تزايدت أهمية هذا العنصر بسبب الأزدحام السكانيّ ، وتعقد الحياة الحديثة وسهولة الاتصال بين الناس ، حيث صارت الأمراض تأخذ شكل الكوارث الاجتماعية الحقيقية ، والتي تكون قابلة لأن تحدث اضطراباً جسيماً في النظام العام ، ومثال إجراءات الصحة :

- رعاية الصحة الاجتماعية بوضع الشروط اللازمة لتأمين حياة الجماعة من خلال رعاية نظافة الأماكن والطرق العامة وتوفير المياه النقية .

- توفير شروط الصحة والسلامة في

المشروعات الصناعية والتجارية ، والأماكن المدرسية والأضرحة الدينية .

- مكافحة الأوبئة والأمراض المعدية وتوفير اللقاحات المجانية اللازمة للوقاية من جميع الأمراض ، وفرض القيود على القادمين من الخارج .

- حماية البيئة من التلوث ؛ لأنّ البيئة تمثل غطاء عام يعيش فيه كل أفراد المجتمع .^{٢٢}

ثالثاً :- السكنية العامة :- ويقصد بها منع مظاهر الإزعاج والمضايقات التي تتجاوز الحالات العادية لحياة الجماعة^{٢٣} ويعرفها البعض بأنها عنصر النظام العام الذي يكفل اختفاء كلّ من المنازعات والمشاجرات المصحوبة بهياج في الشوارع والضوضاء والتجمعات الليلية التي تخلق راحة الناس .^{٢٤} فيقع على سلطة الضبط واجب القضاء على الضوضاء ، سواء كانت صادرة من أفراد الناس أم من المصانع والمؤسسات المختلفة أم من الأشغال العامة ؛ لذا فلقد أجاز القضاء السلطات الضبط الحقّ في إصدار قرارات عامة منظمة لحظر تشغيل المطاحن ليلاً متى ترتب على تشغيلها في هذا الوقت إزعاج للسكان وكذلك أجاز القضاء لسلطة الضبط تنظيم أجراس الكنائس وتحديد الأماكن التي يجوز فيها إطلاق منبهات الصوت وأبواق السيارات .^{٢٥}

الفرع الثاني :- العناصر غير التقليدية للنظام العام :- وتسمى أيضاً ” امتداد فكرة النظام العام ” حيث لم يعد النظام العام يتكون من عناصر الأمن والصحة والسكنية ، وإنما امتدّ إلى أمور مستحدثة فغلق الأماكن والمحلات المقلقة للراحة وتنظيم دخول الأحداث إلى دور السينما ، وغلق بيوت الدعارة

والحفاظ على البيئة ، ورونق وجمال المدن كلها أمور مستحدثة تتدخل ضمن العناصر غير التقليدية للنظام العام ، كما وتدخل أيضًا من عناصر النظام العام المشاكل التي تثيرها قنوات التواصل الاجتماعي ، وما قد يفرز من سلبيات لاستخدام شبكة المعلومات الالكترونية الأنترنت، وعمومًا فإنّ من خلال تتبع عناصر النظام العام يلاحظ اتساع هذه الفكرة اتساعًا كبيرًا ، فإذا كانت الفكرة قد حُصرت قديمًا في حماية أسس المجتمع وأمنه ، فإنّ التطور الاجتماعيّ الكبير الذي أصاب دور الدولة الحديثة في المجتمع ، قد وسع كثيرًا من الفكرة؛ لأنّ النظام العام كان ينظر إليه بصورة مطلقة وبطريقة سلبية ، وذلك بالنظر إلى غايته المباشرة وهي المحافظة على النظام وإعادته أي بمعنى اختفاء الاضطرابات المادية حيث كانت غايته الوحيدة الإبقاء على الوضع القائم، وبعد تدخل الدولة وبشكل أكبر في المجتمع وفي هذا فقد ذهب بعض الفقه^{٢٦} إلى أنّ النظام العام قد غزا جميع القطاعات وأصبح إيجابيًا وفعالاً وبناءً ؛ ولذلك يمكن القول أنّ النظام الاجتماعيّ بأكمله أصبح نظامًا عامًا.^{٢٧}

ترتيبًا على ماتقدم نجد أنّ النظام العام أخذ يتسع ويضمّ مجالات جديدة ، فالأهمية المتزايدة للمشكلات الاقتصادية وارتباطها بالتطور العام الذي يقود الدولة في طريق التوجيه مع تزايد تدخلها في العلاقات الاقتصادية قد وسع من نطاق النظام العام من أجل تحقيق بعض الغايات الاقتصادية ونتيجة لهذا التطور ظهرت فكرة النظام العام الاقتصاديّ أيضًا فلقد اتسع النظام العام ليحقق بعض الاعتبارات الجمالية المتعلقة بجمال الرونق والرواء متجاوزًا بذلك الأغراض التقليدية.^{٢٨}

أولاً :- النظام العام الاقتصادي :- لقد

تزايد تدخل الدولة واتسعت مجالات تدخلها تحت ضغط الظروف الاقتصادية والاجتماعية وبتأثير الاتجاهات الاجتماعية ، فتولت تنظيم كثير من الموضوعات والعلاقات الاقتصادية ، وذلك من أجل تحقيق الصالح العام الاقتصاديّ .

ويقصد بالنظام العام الاقتصاديّ تدخل الدولة في القطاعات الاقتصادية ؛ وذلك لأنّ ترك النشاط الاقتصاديّ للأفراد واتاحة حرية مطلقة في هذا المجال يعرض المجتمع الاقتصاديّ إلى مجموعة من الأخطار وفي هذا فقد أثير إلى ” يجب أن نزداد تعمقًا في مفهوم النظام العام الاقتصاديّ ” ويقتضي ذلك منا بأن نضعه في إطار مجموع الهياكل والمعطيات الاجتماعية ، وذلك حتى يمكن إدراك حقيقته، ففي عصر التحررية فهم النظام الاقتصاديّ على أنّه الثمرة التلقائية للمنافسة الحرة وكان على المشرع والمدير إذن أن يتمسكا بموقف الامتناع عن التدخل والواقع إنّ أيّ تدخل من جانبهما كان ينظر إليه على أنّه مصدر الاضطراب وكان التدخل الوحيد للمشرع هو الذي يهدف إلى حماية المنافسة الحرة ، وفي عصرنا هذا لم نعد نؤمن بذلك النظام الطبيعيّ والقائم على التوازن التلقائيّ ؛ وذلك لأنّ نظام الانتاج والتوزيع والأسعار لا يمكن أن ينتج الأمن القانون من خطة ومن تدخل الإدارة من أجل العمل على تطبيق تلك القوانين وتلك الخطة .

إنّ النظام الاقتصاديّ الحديث لن يوجد إلاّ إذا كانت قد اتخذت إجراءات من جانب السلطات الإدارية لجعل الوقائع مطابقة للتشريع والخطة.

ثانيًا :- المحافظة على جمال الرونق والرواء :- أثار الفقه الفرنسيّ مشكلة المحافظة على جمال الرونق والرواء ” تجميل المدن ” ومدى اعتباره من النظام العام بما يبرر لسلطات

انما تنال من كرامة الشخص البشرية وبالتالي يقع واجباً على عاتق من يملك سلطات البوليس الاداري بمنعها^{٣١}.

المطلب الثاني

تلازم النصوص الدستورية مع النظام العام

النظام العام كما أشرنا هو المجتمع ككل وتلازم النصوص الدستورية بتضح من خلال الحقوق والحريات التي تحتويها النصوص الدستورية والتي تمثل قيد يقيد معصم السلطات التي تتولى تنظيم النظام العام .

فالحريات والحقوق تتمتع بمركز الصدارة في المذهب الديمقراطي فهي الروح المعبرة عن أسمى مبادئ الديمقراطية والتي لا يجوز مخالفتها أو الخروج عليها ، ولما كانت الحقوق والحريات من أهم النصوص الدستورية مكانة ويوفر لها المشرع الدستوري حصانة تتمثل في تقرير رقابة صارمة على أعمال السلطة التشريعية وأعمال السلطة التنفيذية فهذا من غير شك يجعل هذه الحريات وتلكم الحقوق محور من محاور النظام العام ؛ لأنها النتيجة الحتمية التي بررت استعمال سلطات الضبط في الدولة

الفرع الأول

التنظيم التشريعي للحريات والحقوق

إذا كان الأصل هو إن الحريات والحقوق تجد مكانها الطبيعي في صلب الدساتير فإن المشرع العادي أيضاً يمارس دوراً في تنظيم هذه الحقوق والحريات بشرط أن لا يترتب على هذا التنظيم مخالفة للمبادئ الأساسية المنصوص عليها في الدستور حيث نص الأخير

الضبط الإداري التدخل لوقيته والمحافظة عليه، وذلك قبل أن تطرح هذه المسألة على مجلس الدولة ، وكان الاتجاه الغالب^{٣٢} إلى إطلاق اعتبار المحافظة على جمال الرونق والرواء عنصرًا من عناصر النظام العام بما يبرر تدخل سلطات الضبط الإداري ؛ وذلك لأن المحافظة على جمال المدن يتلاقى مع عناصر النظام العام ومتلازمة معها ولقد صدرت في فرنسا قوانين خاصة تؤكد ذلك^{٣٣} ولقد صدر عن مجلس الدولة الفرنسي قرار عام ١٩٣٦ بحكمه الصادر في قضية ” اتحاد نقابات مطابع باريس ” والذي أكد فيه المجلس إن حماية جمال الرونق والرواء تعتبر من أغراض الضبط الإداري بوصفه كونها أحد عناصر النظام العام الجديدة بالحماية^{٣٤} وبذلك اعترف المجلس واستقر قضاءه على مشروعية تدخل سلطات الضبط لتحقيق أغراض جمالية .

ثالثاً : كرامة الشخص البشري : تطورت

ممارسة في مسارح فرنسا مطالع عام ١٩٩٠ وقوامها القذف البعيد جداً لقزم يلبس ثوباً ويسمح بالامساك به بالأيادي ولحمائته عند سقوطه على سجادة ، الا ان عمدة مورسانغ سور اورج اتخذ قراراً يمع هذا المشهد في مسرح تابع لكومونته فأتخذت محاكم فارساي ومرسلينا قراراً بأبطال تدابير العمدة لتجاوز صلاحياته البوليسية ولكن مجلس الدولة اقر بشرعية قرار العمدة بموجب قراره في ١٠/٢٧/١٩٩٥ ن حيث اقر بأن (احترام كرامة الشخص البشري على انه احد مكونات النظام العام ولان يعود للعمد تأمين ذلك ضمن ممارستهم لصلاحياتهم البوليسية وبهذه المناسبة اعتبر المجلس الدستوري مرتكزاً على الجملة الاولى من دستور ١٩٤٦)) ان سلامة كرامة الشخص البشري ضد كل اشكال الاستبعاد والتحضير هي مبدأ ذو قيمة دستورية وقد اعتبر القرار ان هذه الممارسة

على إمكانية تنظيم الحقوق والحريات بناءً على قانون أو بقانون . ولقد أصبح المبدأ السائد منذ إعلان حقوق الإنسان الفرنسي الصادر ١٧٨٩ إن تنظيم الحريات مجال محجوز للمشرع ، فالأخير وحده المختص بتحديد المجال الذي تتم فيه ممارسة الحريات ؛ وذلك لأن التشريع صادر عن الإرادة العامة وتحت رقابة الرأي العام الذي يكون أقدر على تحقيق التوافق بين الحريات في النظام العام . ٣٢

وعلى ذلك يختص البرلمان بوضع القيود التي تردّ على ممارسة الحريات بشرط عدم المساس بالحريات الأصلية التي قررها الدستور للأفراد ويختص القضاء بالفصل في المنازعات التي تثار بين الحكومة والبرلمان بصدد اختصاصاتها التشريعية ، إن فلسفة النظام الديمقراطي تقوم على أنّ حقوق الإنسان وحرياته أمور لا يستقل أيّ مشرع ولو كان المشرع الدستوري يخلقها فهو فيما يضعه من قواعد من شأنها لا يعدو أنّ يكون كاشفًا عن حقوق أصلية وإذا كان الأمر كذلك ، فإنّ سلطة تنظيم الحريات لا يمكن أن تبلغ منطقيًا حدّ تقييدها وهذا ما أدركته مواثيق الحريات وما عبّر عنه الفصل الأول من دستور ١٧٩١ الفرنسي . وإذا كانت المواثيق والساتير أوكلت إلى المشرع وحده وضع حدود هذه الحرية إلّا أنّ الخوف من أن يثخيف المشرع العادي هذه الحدود أو أن يكون من شأنه المساس بهذه الحريات أو وضع عقبة في سبيل مباشرتها أمر وارد ؛ وذلك لأنّ الفكرة الأساسية وهي أنّ أصل ممارسة أي حرية من قبل الأفراد هو ممارستها بحرية وإنّ القيد أمر عارض لا يجوز أن يفرض إلّا لضرورة أو لتحقيق مصلحة حيوية .

وإذا كانت الفلسفة الديمقراطية قد رجحت

اعتبارات الحرية فإنّ كثير من الفقهاء لم تفتحهم اعتبارات تحقيق النظام في المجتمع فهم أدركوا أنّ قيام المجتمع نفسه يتعارض مع التسليم بصفة مطلقة للحريات المعترف بها للأفراد ؛ ولذلك كان تنظيم الحرية في نظرهم أمرًا أساسيًا .

ولقد اشترطت عدّة شروط في التشريعات المنظمة للحرية منها :-

أولاً :- أن يقوم التشريع المنظم للحرية على أساس من دعم الحرية وكفالتها . وإذا كان الثابت إنّ مصدر تنظيم الحريات وتحقيقها هو التشريع ، والذي يهدف أساسًا إلى تحديد إطار العمل ، وإطار الممارسة لكلّ من السلطة والفرد ، وذلك بايضاح كافة جوانب التحديد اللزم لبيان ماهية الحرية ووسيلة تنظيمها والضمانات المقررة لها ، وعليه لا بدّ من أن يكون التشريع الصادر داعم للحرية لا قاضيًا عليها بحيث يصبح التنظيم هو الكافل لها .

ثانيًا :- أن يكون التشريع المنظم للحرية مقررًا لضمانات الحرية ، وذلك بتوفير الآتي :-

أ . أن يكون التشريع المنظم للحرية متفقًا وأحكام الشرعية .

ب . أن يكفل التشريع المنظم للحرية حقّ التقاضي ، فالشرعية لا تكتمل جوانبها إذ لم تتضمن نصوص الدستور والتشريعات الضامنة للحرية النصّ على كفالة حقّ التقاضي .

ج . أن يقرر التشريع المنظم للحرية الجزاءات اللازمة عند المخالفة لنصوص إذ كانت النصوص الدستورية والتشريعية تحمي الحريات في نصوص تشريعية ، إلّا أنّها لا تحميها في المستوى الإداري لذلك لا بدّ أن تتضمن النصوص جزاءات لمن يمس بالحرية.

الفرع الثاني :- ارتباط الحريات بالنظام

العام :- من الثابت أنّ المشرع وحده هو المناط به أمر تنظيم الحريات بما يتلائم مع صيانة النظام العام ، وهذا يعني أنّه ليس لجهات الإدارة اختصاص ما من شأن إيراد قيود على استعمالات الأفراد لحقوقهم وحرياتهم ، لا بقدر معين كما أشرنا سالفًا .

إنّ الإدارة بما لها من سلطة عامة في كفالة النظام العام تملك أن تتدخل في مجال أيّة حرية من الحريات ، ولكن هذه السلطات يختلف تبعًا لوجود نصوص تشريعية خاصة تنظم ممارسة الحرية أو عدم وجود مثل هذه النصوص :

أولاً :- حالة وجود نصوص تشريعية خاصة ، إذا كانت هناك نصوص تشريعية خاصة من شأن تنظيم حرية ما ، فإنّ جهات الإدارة تلتزم بما ورد فيها من قيود بما ورد فيها من قيود وبالتالي فإنّ كلّ إجراء تتخذه الإدارة متجاوزة به تلك النصوص التشريعية الخاصة ينطوي على تجاوز للسلطة أيضًا ، فإنّه يتعين أن تفسر القيود التي توردها النصوص التشريعية تفسيرًا ضيقًا .

ثانيًا :- حالة عدم وجود نصوص تشريعية خاصة ، أما في حالة عدم وجود نصوص تشريعية خاصة فإنّ سلطات الإدارة تختلف ضيقًا أو اتساعًا حسب الظروف الزمانية والمكانية المحيطة بممارسة الحرية دون أن يعني ذلك أنّ سلطات الإدارة مطلقة من كلّ قيد فھر مقيدة بقيدين ، أحدهما مستمدة من طبيعة سلطة الضبط . والآخر مستمد من طبيعة فكرة الحرية .

إذن على الإدارة أن تعمل نوع من الموازنة بين الحفاظ على الحريات وبين صيانة النظام العام ، وجوهر الارتباط يكمن في إنّ أصل

الحريات هي محور النظام العام ، وتمارس الإدارة هذه المهمة من خلال إصدار لوائح الضبط المستندة أصلاً للقانون ، وهي أيّ اللوائح تظهر سلطة الإدارة إزاء الحريات لحماية النظام العام بعناصره التقليدية الممتدة ، وهذه اللوائح تصدرها الإدارة لتقييد النشاط الفردي من أجل صيانة النظام العام في المجتمع وهي بذلك تمس حقوق الأفراد وتقيّد حرياتهم بالضرورة ؛ لأنّها تتضمن أوامر ونواهي وتقرر في الغالب عقوبات على مخالفتها ، وبعد التنظيم اللائحي في مجال الضبط ضرورة ، ذلك أنّ القانون قد يعجز على أن يضبط الحريات العامة ضبطاً مفصلاً ، وذلك بترتيبها وتنسيق تنظيمها كما يفعل التنظيم اللائحي الضابط والذي يتميز بالمرونة والملاءمة والقابلية للتغير طبقاً لمقتضيات الزمان والمكان ومن ثم كان التنظيم اللائحي الضابط ضرورة يكتمل بها التشريع عند الاقتضاء .

إنّ الحماية الدستورية التي توفرها النصوص الدستورية للنظام العام بعناصره التقليدية والممتدة ماهي إلّا صورة لحماية الحقوق والحريات ؛ لأنّ الأخيرة تدور في فلك ونظام اجتماعي ولما كان الأخير كما أشرنا يمثل النظام العام ، فهذا يعني أنّ الارتباط وثيق بين مقتضيات ممارسة الحقّ ، وبين البيئة التي يعيش بها ذلك الحقّ .

الخاتمة

من خلال استعراض فكرة النظام العام ، اتضح لدينا أنّ هذه الفكرة عامة وشاملة فهي نظام اجتماعي إيجابي يعيش فيه الأفراد وتحكمه النصوص الدستورية والتشريعات العادية ، ومسألة صيانتها تعني صيانة للدولة ككل وبالتالي لا بدّ أن يولييه المشرع الدستوري

الهوامش

- ١- د. عبد الحميد الشواربي ، شريف جاد الله ، شائبة عدم دستورية ومشروعية قرارى إعلان ومد حالة الطوارئ والأوامر العسكرية ، منشأة المعارف الإسكندرية ، ٢٠٠٠ ، ص ٧٦ .
- ٢- د. سليمان الطماوي ، الوجيز في القانون الإداري ، دار الشروق ، القاهرة ، ١٩٦٧ ، ص ٤٩١ .
- ٣- محمد حسن دخيل ، الحريات العامة في ظل الظروف الاستثنائية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ١٩٠٢ ، ص ٧٠ .
- ٤- د. سعد ماضي السيد ، الضبط الإداري وهيئاته ، رسالة دكتوراه ، جامعة الإسكندرية ، كلية الحقوق ، ١٩٩٢ ، ص ٩٢ .
- ٥- د. محمد ماهر أبو العينين ، الحقوق والحريات العامة وحقوق الإنسان في قضاء وافتاء مجلس الدولة ، ط ١ ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، القاهرة ، ٢٠١٣ ، ص ١٦٦ .
- ٦- د. كريم يوسف أحمد كشاش ، الحريات العامة في الأنظمة السياسية المعاصرة ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٨٧ ، ص ٢٩ .
- ٧- د. محمد عبد الباري ، الحرية والدولة ، مطبعة الاعتماد ، القاهرة ، ١٩٢٦ ، ص ٣٢ .
- ٨- د. محمد ماهر أبو العينين ، المرجع السابق ، ص ١٦٧ .
- ٩- د. عبد العزيز محمد سالمان ، الحماية الدستورية لحرية الرأي ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ٢٠١٤ ، ص ٣١٤ .
- ١٠- د. سمير داود سلمان وعلي مجيد العكيلي ، مدى تأثير الظروف الاستثنائية على الشرعية الدستورية ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، القاهرة ، ٢٠١٥ ، ص ١١ .
- ١١- محمد حسن دخيل ، المرجع السابق ، ص ٧٩ .
- ١٢- د. مهاب نجا ، القانون الإداري العام ، دار الشمال ، طرابلس ، ط ١ ، ١٩٩٠ ، ص ٢٦٧ .
- ١٣- د. عيد أحمد الغفلول ، فكرة النظام العام الدستوري وأثرها في تحديد نطاق الدعوى الدستورية ، دار

بالحماية ، ويوفر الوسائل اللازمة والسلطة المختصة لذلك فوسائل الضبط أو البوليس الإداري ماهي إلا معالجات وقائية وعلاجية للحفاظ على النظام العام بشكل عام وعلى الحقوق والحريات بشكل خاص . ومما سبق توصلنا إلى النتائج الآتية

١ . إمكانية تقييد بعض الحريات استناداً إلى نصوص تشريعية وحفاظاً على النظام العام بشرط عدم المساس بأصل الحرية .

٢ . التوسع في سلطات الضبط الإداري استناداً إلى تنوع الحالات الاجتماعية وإمكانية استيعاب حالات جديدة قد تظهر مثل المشاكل المتعلقة بمواقع التواصل الاجتماعي وما يحيطها من سوء الاستخدام مما أظهر أو أفرز العديد من المشاكل .

٣ . إن التلازم بين الحقوق والحريات وبين النظام العام هو تلازم مصيري كعلاقة الأب بالابن ، فالنظام العام هو المجتمع بكل عناصره وبكل مفاصله ، والحقوق والحريات إحدى هذه المفاصل بل أهمها .

٤ . علاوة على وجود حماية قانونية للقواعد التي تعبر عن القيم العليا في المجتمع وفلسفته السياسية والاجتماعية المتمثلة بعدم جواز تعديلها أو المساس بها ، لابد من الاهتمام بوسائل الحماية القضائية كالرقابة على دستورية القوانين وسلطة المحاكم في تفسير النصوص الدستورية ومراعاتها في تفسير لهذه الفكرة.

٢٧- د. سليمان الطماوي ، القضاء الإداري ” دراسة مقارنة “ ، دار الفكر العربي ، ١٩٨٦ ، ص ٥٩ .

٢٨- د. سعد عبد المنعم ، الرقابة على أعمال الإدارة في الشريعة الإسلامية والنظم المعاصرة ، ط ١ ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٧٦ ، ص ٣٦٨ .

٢٩- ومن هذه القوانين

Loi du 21 Avril 190 _ Loi du 29 Décembre 1979

د. صلاح الدين فوزي ، المبادئ العامة في القانون الإداري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩١ ، ص ٥٧ .

٣٠- ومن هذه القوانين : - ق رقم ٦٦ لسنة ١٩٥٦ بشأن تنظيم الإعلانات . - ق رقم ٥٩ لسنة ١٩٧٩ بشأن إنشاء المدن الجديدة . - ق رقم ١٧٧ لسنة ١٩٨١ بشأن أشغال الطريق العام - ق رقم ٣ لسنة ١٩٨٢ بشأن التخطيط العمراني واشتراطات الجمالية .

٣١- د. مهاب نجا ، المرجع السابق ، ص ٢٦٧ .

٣٢- مارسو لونغ وآخرون ، القرارات الكبرى في القضاء الاداري ، المؤسسة الجامعية للدراسة والنشر والتوزيع ، القاهرة ، ٢٠٠٧ ، ص ٧٨٦ .

٣٣- د. سعاد الشرقاوي ، نسبة الحريات العامة وانعكاساتها على التنظيم القانوني ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٩ ، ص ١٤٧ .

قائمة المراجع

١. د. إبراهيم طه الفياض ، مجموعة محاضرات ألقيت على طلبة الماجستير ، القسم العام ، كلية الحقوق ، جامعة النهرين ، ٢٠٠٤ .

٢. د. سعد ماضي السيد ، الضبط الإداري وهيئاته ، رسالة دكتوراه ، جامعة الإسكندرية ، كلية الحقوق ، ١٩٩٢

٣. د. سعد عبد المنعم ، الرقابة على أعمال الإدارة في الشريعة الإسلامية والنظم المعاصرة ، ط ١ ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٧٦

النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٤ ، ص ١١ .

14 -BLAEVOET (C) : des recours juridictionnels contre les mesures de police , Th , paris , 1907 , p 18

-Burdeau (G) : Traite de science politique , paris , 1952 , p 14

١٥- د. إبراهيم طه الفياض ، مجموعة محاضرات ألقيت على طلبة الماجستير ، القسم العام ، كلية الحقوق ، جامعة النهرين ، ٢٠٠٤ ، (غير منشورة) ص ١٢ .

١٦- د. محمد فؤاد مهنا ، مبادئ وأحكام القانون الإداري في ظلّ الاتجاهات الحديثة ، دار المعارف ، القاهرة ، ١٩٧٨ ، ص ٥٧٨ .

17 - COENU (G) : Vocabulaire juridique . paris . p.u.f. 1^{ed}.1987 . p. 730

١٨- حكم محكمة القضاء الإداري في مصر قضية رقم ٥٦٨ لسنة ٣ ق ، جلسة ٣٠ / ٦ / ١٩٥٢ ، مجموعة أحكام السنة السادسة ، ص ١٢٦٦ .

١٩- حكم محكمة القضاء الإداري في مصر قضية رقم ٣٣٥ لسنة ٤ جلسة ٢٤ / ٤ / ١٩٥١ ، السنة ٥ ، ص ٨٩٨ .

٢٠- حكم محكمة القضاء الإداري في مصر قضية رقم ٣٧٦ لسنة ١٣ جلسة ١٠ / ٥ / ١٩٦٠ ، السنة ١٤ ، ص ٣١٢ .

٢١- د. عادل أبو الخير ، الضبط الإداري وحدوده ، الهيئة المصرية العامة للكتاب ، القاهرة ، ١٩٩٥ ، ص ١٥٧ .

٢٢- حكم المحكمة الإدارية قضية رقم ٣٧ لسنة ٢ ق جلسة ٢٦ / ٤ / ١٩٦٠ ، المجموعة ٥ ، ص ٧٨٠ .

٢٣- د. محمود عاطف البنا ، الوسيط في القانون الإداري ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٨٤ ، ص ٣٥٨ .

24- CORNU (G) : op . cit , p 792.

25 -BENOIT : Le droit administratif français , paris . Dalloz , ed 1968 . p. 122.

26-ETIENNE (P) : La notion de police administrative , Th , paris , 1978 . p.p. 246 -247.

١٥. د. محمد عبد الباري ، الحرية والدولة، مطبعة الاعتماد ، القاهرة ، ١٩٢٦ .

١٦. د. محمد ماهر أبو العينين ، الحقوق والحريات العامة وحقوق الإنسان في قضاء واقضاء مجلس الدولة ، ط ١ ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، القاهرة ، ٢٠١٣ .

١٧. د. محمد فؤاد مهنا ، مبادئ وأحكام القانون الإداري في ظلّ الاتجاهات الحديثة ، دار المعارف ، القاهرة ، ١٩٧٨ .

١٨. د. محمود عاطف البنا ، الوسيط في القانون الإداري ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٨٤ .

١٩. د. مهنا نجا ، القانون الإداري العام ، دار الشمال ، طرابلس ، ط ١ ، ١٩٩٠ .

٢٠. مارسو لونغ وآخرون ، القرارات الكبرى في القضاء الإداري ، المؤسسة الجامعية للدراسة والنشر ، القاهرة ، ٢٠٠٧ .

21. BLAEVOET (C) : des recours juridictionnels contre les mesures de police , Th , paris , 1907

22. Burdeau (G) : Traite de science politique , paris , 1952

23 . BENOIT : Le droit administratif français , paris . Dalloz , ed 1968

24. COENU (G) : Vocabulaire juridique . paris . p.u.f. 1^{er} ed . 1987 .

24. ETIENNE (P) : La notion de police administrative , Th , paris , 197

٤. د. سعاد الشرقاوي ، نسبية الحريات العامة وانعكاساتها على التنظيم القانوني ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٩

٥. د. سليمان الطماوي ، القضاء الإداري «دراسة مقارنة» ، دار الفكر العربي ، ١٩٨٦ .

٦. د. سليمان الطماوي ، الوجيز في القانون الإداري ، دار الشروق ، القاهرة ، ١٩٦٧ .

٧. د. صلاح الدين فوزي ، المبادئ العامة في القانون الإداري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩١ .

٨. د. عادل أبو الخير ، الضبط الإداري وحدوده ، الهيئة المصرية العامة للكتاب ، القاهرة ، ١٩٩٥ .

٩. د. عبد الحميد الشواربي ، شريف جاد الله ، شائبة عدم دستورية ومشروعية قرار إعلان ومد حالة الطوارئ والأوامر العسكرية ، منشأة المعارف الإسكندرية ، ٢٠٠٠ .

١٠. د. عبد العزيز محمد سلمان ، الحماية الدستورية لحرية الرأي ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، ٢٠١٤ .

١١. د. سمير داود سلمان وعلي مجيد العكيلي ، مدى تأثير الظروف الاستثنائية على الشرعية الدستورية ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، القاهرة ، ٢٠١٥ .

١٢. د. عيد أحمد الغفلول ، فكرة النظام العام الدستوري وأثرها في تحديد نطاق الدعوى الدستورية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٤ .

١٣. د. كريم يوسف أحمد كشاش ، الحريات العامة في الأنظمة السياسية المعاصرة ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٨٧ .

١٤. محمد حسن دخيل ، الحريات العامة في ظل الظروف الاستثنائية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٩ .

Constitutional Protection of The Public

Order Idea

Asst.Dr Ali Hassan Abdul Amer*

Asst.Tech. Ali Majeed AlaKili**

Abstract

No secret that the public order , is only a set of legal rules that are given to own ideas accepted in a particular country, desperately core of this country , regardless of interests , whether it regards the interests of religious or moral or political or economic.

It was also considered of public order : the necessary laws for the maintenance of political and social situation and the system of state or relating to the public interest.

Although this is the idea of public order and should be amenable to some of the rules , and this idea has always existed since ancient times , whenever the city lived up the ladder of progress . and increasingly must be obeyed.

For this that the legal rules of any kind reflect the values vary in the city , so it was necessary to provide the necessary constitutional rules that reflect the values of the highest protection

(*) (**)Al-Mustansiriya University/college of Law



الضمانات القانونية في عقد البيع

على الخريطة وفقاً لنظام الاسكرو المصرفي والقانون المدني العراقي

م.م. جعفر جبر محمود الحريشاوي *

الملخص

يعد (الاسكرو) أو ما يعرف بحساب الثقة نظاماً جديداً بالنسبة لقطاع العقارات في العراق بيد انه بات معروفاً ومطبقاً ومن الانظمة المتعارف عليها على مستوى دول العالم المتقدمة وهو معروف بالنسبة لمجتمع الأعمال والتجارة وعادة ما يتم استخدام حسابات الثقة في عمليات تجارية بقيمة مالية عالية ، ويبدو انه جاء ليرسي الكثير من الحلول لمشكلة تأخر انجاز المشاريع الاستثمارية او فشلها او إفلاس أصحابها او تحولها الى مشاريع للنصب والاحتيال خلال ادارة الأموال المستخدمة في المشاريع بصيغة لا تدع مجالاً لتبديدها ، لذا فان الضمانات الواردة بموجب هذا النظام جديرة بان تدرس وتتم الإشارة الى مواطن القوة فيها ولا شك ان بإضافة الضمانات القانونية المقررة في القانون المدني فان ذلك مما يدعم جانب الثقة بين المطورين (المستثمرين) وبين من

يتعامل معهم من الافراد وتستخدم حسابات الثقة على نحو واسع لإتمام عمليات الشراء والبيع في مزادات تتم عن بعد بين شخصين، وتقوم شركات القروض العقارية بإنشاء حسابات الثقة لدفع ضريبة العقار والتأمين خلال فترة القرض العقاري وعادة ما يتم تعيين محامين كضامين لحسابات الثقة لحماية الصفقات التجارية ذات القيمة المالية العالية، ويقوم نظام حساب الثقة بالتشدد مع المطورين كاسلوب للحماية في حلقة التعامل الواقعة بين المطور (البائع) والمشتري حيث يقوم المصرف بالتشدد مع المطورين في مجال اطلاق الدفعات الضرورية التي يحتاجها في عملية بناء الوحدات العقارية. ومن هنا يأتي سبب ثقة المشتري بالمصرف.

وتقوم شركات السمسرة العقارية بمهمة التوسط بين من يريد شراء الوحدات العقارية وبين المطور او المستثمر، ومما تجدر الإشارة اليه ان عملية البيع على الخارطة تعني بيع الوحدة العقارية التي هي بمثابة (منازل جاهزة للسكن مستقبلاً) بخلاف ما هو معمول به حالياً وهو بيع مساحة من الارض تكون مفروزة

(*) الجامعة التقنية الوسطى/ معهد الادارة التقني/قسم الادارة القانونية.

ومعدة للبناء اذ ان هناك فرقاً بين البيعين ويختلف المركز القانوني للحق العقاري في كلا الحالتين ويؤدي العقد المبرم أهمية بارزة في ضمان حقوق المتعاقدين بما يثيره من التزامات تعتبر ضماناً للطرف الآخر بالإضافة الى تحديد التكيف القانوني للعقد على ان يعد انه عقد جديد في الحياة القانونية فهو ينصب على محل غير موجود وقت إبرام العقد الا انه من الممكن ان يوجد مستقبلاً ويسري على الوحدة العقارية على الخريطة ما يسري على الوحدة العقارية المكتملة البناء من احكام كفايلتها لان تكون محلاً للتعامل والتصرف القانوني ويمكن ان تشملها عمليات البيع والشراء والرهن - عدا الايجار - وسائر التعاملات الاخرى كالهبة والوصية وغيرهما .

الى ان يضمن جانب الطرف الحكومي على حساب الطرف الآخر ومن هنا كان لزاماً البحث عن امكانية موازنة الكفتين من جهة و ايجاد ضمانه للمالك او المستفيد الذي هو الطرف الثالث بين جهتي التعاقد .

كما ان هذا النظام يسمح بدقة كبيرة من رصد وتقييم عمل المستثمرين وفقاً لمدى استجابتهم للقوانين والانظمة وحالة حساب الضمان الائتماني الخاص به من حيث الزيادة او النقصان الامر الذي قد يشكل تهديداً للمالك او المستفيد وهو من يحتاج الى الحماية والاطمئنان الى ان ما سيدفعه بعيداً عن احتمال الخسارة والضياع والتبديد والإتلاف .

مشكلة البحث

يتعرض القطاع العقاري في العراق لعشوائية كبيرة في عمليات البيع والشراء ، في ظل ضعف الرقابة والإشراف على عملية انجاز المشاريع والاستثمار في هذا القطاع المهم فيواجه صعوبات جمة بعضها يتعلق بالمستثمرين انفسهم اذ غالباً ما يتعرضون الى الافلاس نتيجة سوء ادارتهم للمشاريع التي يرومون القيام بها ، او نتيجة الظروف غير المتوقعة التي تجابههم او بسبب القصور في التشريعات وضعفها وهذا يقود الى فشل المشروع او تلوّنه او خسارة المستثمر لعدم حصوله على الاموال التي يحتاجها لاكمال مشروعه او الى هربه بالاموال الى خارج العراق ما يؤدي الى بقاء المشروع على حاله لسنوات طويلة بسبب ارتفاع الكلفة المرصودة له وهذا بلا شك يؤثر سلباً في مجال التنمية أولاً ويخلق بيئة مواتية للفساد الاداري والمالي ثانياً بالإضافة الى الاثار السلبية المرافقة لفشل المشاريع الاستثمارية وهروب المستثمرين

المقدمة

بعد تكرار المشاكل القانونية المتعلقة بتوقف او تاخير او تلوّنه تنفيذ المشاريع وخصوصاً تلك المتعلقة بالوحدات السكنية والتجارية كان لابد من البحث عن اسلوب جديد للعمل على تلافي هذه المشاكل المشار اليها لذا اتجهت الانظار نحو ما يعرف بنظام حساب الثقة او الضمان (الاسكرو) الذي يتيح بدقة للمطورين او المستثمرين الجادين فقط في تنفيذ المشاريع الى اكمال تلك المشاريع بالعمل على متابعة تنفيذها من قبل الجهة المسؤولة عن الصرف او هيئة الاستثمار ودراسة مستوى العمل المنجز وقياس السقف الزمني الممنوح للمشروع كما يتيح العمل بهذا النظام معرفة نوعية العمل المنجز وتقييمه من قبل المختصين من الهندسيين والفنيين ويدفع بالمطور او المستثمر الى الالتزام قانوناً ببند العقد المبرم بينه وبين الطرف الآخر على نحو قد يخل بكفة التوازن العقدي بين الطرفين الى الحد الذي يؤدي بالعقد

وضعف الثقة بهم وتهريب العملة الوطنية والاجنبية الى خارج العراق ، ناهيك عن التراجع عن تلبية حاجة الافراد في المجتمع الى السكن والاستقرار التي تعد الغرض الاساسي الذي من اجله انشأ المشروع .

هدف البحث

يهدف هذا البحث الى دراسة مستوى الضمانة القانونية التي يطرحها نظام حساب الثقة او الضمان خصوصا وانه يعد من الانظمة المستحدثة في الانظمة المصرفية العراقية مما يبين الغاية من استخدامه وسنحاول في هذا البحث المتواضع ان نجيب على الاسئلة التالية

- هل يمكن ان يكون هذا النظام وسيلة ناجعة لضمان تنفيذ المشاريع الحكومية ؟

- ما الغاية من ايجاد هذا النظام ؟

- هل يعد هذا النظام طريقا محمودا لمجابهة هدر المال العام وضياح المال الخاص؟

- ما الضمانات التي يتيحها هذا النظام ؟
- ما اسلوب التنسيق المتبع في هذا النظام؟

القانوني للمساعدة ترصين ما ندعو اليه وتنبناه من اراء وافكار ، عسى ان نكون موفقين في ذلك بحسب اجتهادنا العلمي .

مخطط البحث

المبحث الاول : مفهوم عقد البيع على الخريطة

المطلب الاول : التعريف بعقد البيع على الخريطة

المطلب الثاني : التكييف القانوني لعقد البيع على الخريطة

المطلب الثالث : اركان العقد

المبحث الثاني : مفهوم نظام الاسكرو المصرفي

المطلب الاول : التعريف بنظام الاسكرو

المطلب الثاني : الضمانات القانونية وفقا للقانون المدني

المطلب الثالث : الاثر المترتب على الاخلال بالضمانات

المبحث الاول

مفهوم عقد البيع على الخريطة

عقد البيع على الخريطة واحداً من أنواع العقود المدنية المستحدثة في الفقه القانوني ، وسنحاول ان نعطي تعريفاً يبين المقصود منه ونجعل ذلك في المطلب الاول ، وفي المطلب الثاني سنخرج على محاولة تكييفه لأيضاح طبيعته وفي المطلب الثالث سنبين الاركان التي يتكون منها هذا العقد ووفقاً لما يأتي:

اسلوب البحث :

اعتمدنا في بحثنا هذا على المنهجية العلمية المعتمدة القائمة على اسس عدة منها الاستقراء والتحليل المنطقي للنصوص القانونية واعتماد مبدأ المخالفة في النصوص القانونية المتبعة لإثبات ما نعتقده من اراء وافكار طرحت في هذا البحث المتواضع اضافة الى التدرج في الاستنتاجات والاستدلال المباشر وقياس الحالات المستحدثة التي لم يرد فيها نص على تلك القديمة المنصوص عليها متوخين الدقة في ذلك وموظفين بعض ادوات علم المنطق

المطلب الاول

تعريف عقد البيع على الخارطة

قبل ان نشرع بتعريف (عقد البيع على الخارطة) نرى ان نستعرض اهم التعاريف المتعلقة بعقد البيع على يعد انه - البيع على الخارطة - نوع من انواع عقد البيع لذا فان عقد البيع يعرف بتعارف متعددة منها ما عرفه الفقيه الفرنسي (بوتيه) البيع (عقد بموجبه يلتزم احد المتعاقدين و هو البائع نحو المتعاقد الاخر ان ينقل اليه شئ يحوزه كمالك لقاء ثمن هو مبلغ معين من النقود و يلتزم المتعاقد الاخر و هو المشتري مقابل ذلك ان يدفع الثمن)^١.

وقد اهتمت التشريعات بعقود البيع فعرف القانون المدني المصري (البيع عقد يلتزم به البائع ان ينقل للمشتري ملكية شئ او حقاً مالية اخر في مقابل ثمن نقدي)^٢، اما القانون المدني العراقي فعرف البيع في المادة (٥٠٦) منه (مبادلة مال بمال) و هو اقتباس من المادة (١٠٥) من مجلة الاحكام العدلية (مبادلة مال بمال و يكون منعقداً و غير منعقد) . وقد اشار القانون المدني العراقي الى ان البيع : (باعتبار المبيع اما ان يكون بيع العين بالنقد و هو البيع المطلق او بيع النقد بالنقد و هو الصرف او بيع العين بالعين و هو المقايضة)^٣

وقد نصت المادة ١٥٨٣ من القانون المدني الفرنسي على ان «: ينعقد عقد البيع باتفاق الطرفين المتبايعين بحيث يلتزم احدهما بتسليم الشئ المبيع إلى الطرف الآخر و يلتزم الطرف الآخر المشتري بدفع الثمن و يكون عقد البيع صحيحا عندما يوقع الطرفان عليه و يقران بذلك»

ومما تقدم يظهر ان جميع هذه التعاريف تدور حول : قيام شخص معين (البائع) بنقل

حقه و ملكيته لشئ معين الى شخص آخر هو (المشتري) الذي يكون ملتزماً بان يدفع قيمة الشئ الذي اشتراه للبائع .

اما فيما يتعلق بعقد البيع على الخارطة فنعرفه بانه نوع من انواع البيوع يرد على بيع عقارات على الخارطة قيد الانجازها او قبل المباشرة بانجازها، وتسمى هذه العقارات بـ (الوحدات العقارية) - يختلف تماماً عن بيع قطع الاراضي على الخارطة - في مقابل ثمن يدفعه المشتري الى المطور او البائع على شكل دفعات^٤.

ويقصد بالوحدة العقارية الجزء المفرد والمعلوم من العقار الذي يقوم المطور ببيعه على كمنزل سيقوم ببنائه مستقبلاً و يكون ذا ابعاد وقياسات محددة من الارض و ينحصر الغرض من الانشاء فيها باقامة البنايات المتعددة للأغراض السكنية أو التجارية او صناعية .

وبناءً على ما تقدم فان هذا العقد يتم عبر اتفاق بين المشتري والمستثمر الاصلي او الفرعي الذي يقوم ببيع وحدات عقارية يتعهد هو باكمال البناء عليها، وهو يختلف- كما ذكرنا انفا- عن بيع الاراضي المفروزة على الخريطة، في مقابل ثمن مادي يدفعه المشتري على شكل دفعات تقيد في حسابه الخاص الذي يقوم المستثمر بفتحه له بمجرد الاتفاق على ذلك، ويستوي في ذلك ان يكون المشتري شخصاً طبيعياً او معنوياً والامر نفسه بالنسبة للمطور او المستثمر ولا يجوز الحجز على المبالغ المودعة فيه لصالح دائني المستثمر^٥

على ان عملية البيع للمشتري لا تتم الا بناءً على ضوابط معينة تعد مسبقاً لهذا الغرض .

المطلب الثاني

التكييف القانوني لعقد البيع على الخريطة

استيفاء شكل معين فهذا الشكل تجب مراعاته ايضاً في الاتفاق الابتدائي الذي يتضمن وعداً بابرام هذا العقد) ومن خلال - تحليلنا المتواضع - لنص المادة السابقة يتبين انه كي يعقد العقد يجب ان يتم الاتفاق على المسائل الجوهرية والا اختل شرط الصحة في العقد وفي السياق المتقدم ينبغي ان يتم الاتفاق بين المطور وبين المشتري على جميع المسائل المتعلقة بالوحدة العقارية التي سيتسلمها المشتري منه، بالإضافة الى تحديد المدة اللازمة التي لانجاز المشروع ومدة استلام الثمن على شكل دفعات من المشتري^٦ ، والاهم من ذلك الشكلية اللازمة وهي التسجيل في دائرة الاراضي (الطابو) وهذا ينطبق على عقد البيع على الخريطة ، يعضد رأينا هذا ما ذهب اليه الفقيه (السنهاوري) من ان الاتفاق الابتدائي عبارة عن بيع تام كامل اتفاقا عليه المتعاقدان وله كامل الاثر القانوني المترتب على البيع من ترتب الشفعة كحق للمالك والتوريث عند الوفاة ضرورة وجود (عقد بيع) بين المطور والمشتري كشرط اساسي لفتح حساب الضمان ما يعني انه ليس بعقد ابتدائي ولا يتعلق الامر بقوة او ضعف الاثر المترتب على العقد الابتدائي بل بطبيعة العقد ، ومن ثم فان هذا العقد لا يخرج عن ان يكون واحداً من الحالات الثلاث :

الاول : ان يكون المتبايعان قد ارادا باتفاقهما هذا بيعاً كاملاً ، فاتفقا ان يعدا ورقة رسمية او عرقية كدليل لاثبات هذا البيع امعانا منهما في الحصول على وسيلة قوية للاثبات ويسمى هذا الاتفاق بالعقد الابتدائي ، وحقيقته انه بيع كامل يؤخذ فيه بالشفعة واذا مات احد المتبايعين قبل اعداد الورقة المتفق عليها كان الورثة ملتزمين مكانه بالمساهمة في اعداد هذه الورقة ، فاذا امتنع احد الطرفين من المساهمة في اعداد هذه

تثار فيما يتعلق بـ (عقد البيع على الخريطة) مشكلة تحديد هويته القانونية ان صح التعبير ومن الضرورة بمكان تحديد معالمه وتوضيح الطبيعة التي يكون عليها لما له من اثر في تحديد الاثار القانونية التي ستترتب عليه ، لذا كان لزاما علينا ان نبين التكييف القانوني له، متسائلين أ يعد (عقد البيع على الخريطة) عقداً نهائياً تاماً مرتباً لجميع الاثار القانونية ام يعد وعداً بالتعاقد يرتب الاثار التي تكون للوعد بالتعاقد ؟ قبل ان نبين التكييف القانوني لهذا العقد نود الاشارة الى مفهوم الوعد بالتعاقد فهو عقد ابتدائي يمهد لإبرام العقد النهائي الموعود به في المستقبل وهو عقد يلتزم به شخص بان يبيع شيئاً معيناً بثمن معين للموعد له اذا ابدى الاخير رغبته في الشراء خلال مدة معينة فاذا ابدى الموعد له رغبته في التعاقد تم العقد دون حاجة الى تدخل ارادة الواعد ، والوعد بالبيع يختلف عن الايجاب بالبيع اذ يجوز الرجوع عن الايجاب اذا لم يقترب بالقبول او لم تحدد له مدة للالتزام به وهو قد يكون وعد بالبيع كان يحصل المشتري على وعد من البائع بالبيع او وعداً بالشراء كان يحصل البائع على وعد من المشتري بالشراء او وعداً متبادلاً بالبيع والشراء وقد اشار القانون المدني العراقي الى اللوعد بالتعاقد في المادة (٩١) منه على ان : (الاتفاق الابتدائي الذي يتعهد بموجبه كلا المتعاقدين او احدهما بابرام عقد معين في المستقبل لا يكون صحيحاً الا اذا حددت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد ابرامه والمدة التي يجب ابرامه فيها) وأشار في الفقرة الثانية منه (اذا اشترط القانون للعقد

الورقة المتفق عليها كان للطرف الآخر إجباره على ذلك قضاءً بان يحصل على حكم بثبوت البيع منذ الاتفاق الأول وبحل الحكم مكان الورقة العرفية او الرسمية المتفق عليها وتبعا لذلك تترتب جميع الآثار القانونية لعقد البيع من وجوب تسليم المبيع (الوحدة العقارية) واستلام الثمن او جزءاً منه من تاريخ اثبات الاتفاق بالبيع وبالتالي يحسب كل ما ينتج عن الفترة اللاحقة للاتفاق من فوائد واستحقاقات مالية وقانونية .^٧

الثاني : ان يكون المتعاقدان قد قصدا باتفاقهما مجرد وعد بالبيع وان البيع لا يتم الا عند كتابة الورقة العرفية او الرسمية وقد يكون هذا الوعد من جانب احد الطرفين او من جانب كلا الطرفين فاذا اخل الواعد بالتزامه ولم يساهم في اتمام البيع بكتابة الورقة المتفق عليها اجبره الطرف الآخر بتنفيذ التزامه عينا بالحصول على حكم يقوم مقام عقد البيع والبيع في هذه الحالة يكون شكلياً لا يتم الا بكتابة الورقة المتفق عليها او بالحكم الذي يصدر لاجراء البيع ولا يعد الحكم موجودا الا من وقت كتابة الورقة او من وقت صدور الحكم بخلاف الحالة الاولى اذ يكون فيها البيع موجودا من وقت الاتفاق الاول .

الثالث : ان لا يقصد الطرفان بيعا باتاً، ولا وعدا بالبيع ، انما قصدا اعداد مشروع بالبيع يحدد شروطه مبدئياً على ان يتم البيع بعد ذلك بكتابة الاتفاق في ورقة عرفية او رسمية وفي هذه الحالة لا يكون هذا الاتفاق ملزماً لاحد منهما ويستطيع كلا منهما الامتناع عن ابرام البيع ولا يجوز للطرف الآخر إجباره على ذلك عن طريق القضاء فاذا قبل بعد ذلك الطرفان ابرام البيع عن طريق الكتابة فان البيع يتم ولكن من وقت كتابة الورقة .^٨

الرأي الآخر : هل يعد عقد البيع على الخارطة عقد بيع نهائي ام عقد بيع ابتدائي ؟

يتوجب علينا في البدء ان نبين المقصود من العقد الابتدائي فالعقد الابتدائي هو عقد ينشأ صحيحاً يبرم بين المشتري و المطور (البائع) وهو وان نشأ صحيحاً الا ان قوته الالزامية قاصرة على طرفيه بمعنى ان ليس له حجية في مواجهة الآخر وحكمه انه يمكن الحصول على حكم بصحة التوقيع على العقد الابتدائي اذا صدر عن طرفيه وتبقى قوته الملزمة قاصرة عليهما ، الا انه يلاحظ أن دعوى صحة التوقيع لا تمس موضوع العقد وانما تضيء الشرعية على التوقيع فقط ولا تثبت او تنقل الملكية وبعضهم لا يحدد العقد الابتدائي ويعدونه ورقة عرفية ليس لها من القوة القانونية التي تكون للسند الرسمي^٩ - والعقد الابتدائي اذا لم يتم تسجيله فانه لا يترتب عليه اي التزامات وبعبارة ادق العقد الابتدائي لا ينقل الملكية ولا يجوز الاحتجاج به في مواجهة الآخر اذ ان الملكية لا تنتقل الا بالتسجيل في حين ان عقد البيع النهائي هو العقد الذي يكون مكتمل الاركان ومنطوقاً على الحقوق والالتزامات التي تكون على طرفي العقد وله حجية قانونية بين الطرفين ومقررة على الآخر، وفيما يتعلق بعقد البيع على الخارطة فيمكن القول انه - كما نرى - عقد بيع نهائي وذلك للأسباب الاتية :

١- لا اشكال في ان المحل في عقد البيع على الخارطة غير موجود وقت نشوء الالتزام اذ من الممكن ان يوجد في المستقبل وهذا لا يثير اشكالا في اركان هذا العقد طالما ان المحل ممكن الوجود فيما بعد .

٢- اهم ما يميز هذا العقد ان له حجية قانونية في مواجهة المتعاقدين والآخر على حد سواء اذ تترتب المسؤولية المدنية على من يخل بالالتزامات المفروضة على الطرفين .

٣- الامر الذي يؤكد ان هذا العقد عقد بيع نهائي هو انه يتم فيه نقل ملكية الوحدة العقارية الى المشتري بعد تسجيلها في دائرة (الاراضي) مما يضيف عليه الحجية والقوة القانونية التي يتمتع بها في الحماية المقررة للمشتري .

عليه فإن المالك لن يستطيع عمل عقد نهائي إذا كانت ملكية الأرض واجراءات التصرف فيها موقوفة ، او غير قانونية ، اذ ان عقد البيع غير المسجل يكون فاقدا لركن من اركانه وهو وإن كان لا يترتب عليه نقل ملكية العقار المبيع إلى المشتري إلا أنه يترتب في ذمة البائع التزاماً بتسليم المبيع ، و ينبني على الوفاء بهذا الالتزام أن يصبح المبيع في حيازة المشتري ، و أن ينتفع به بجميع وجوه الانتفاع ، وبرغم ذلك الا ان عقد البيع غير المسجل -الوارد على عقار- لا يمكن ان ينتج كافة آثار البيع كافة المسجل لانه يكون عقداً باطلاً لفقدان احد اركانه وهو التسجيل وبالتالي لا تنتقل الملكية الى المشتري^{١٠}

المطلب الثالث

اركان العقد

عقد البيع على الخارطة كباقي انواع البيوع له اركان هي (الرضا و المحل و السبب والتسجيل في دائرة التسجيل العقاري) وسنتعرض لها تباعاً على التوالي :

الركن الاول : الرضا

فيما يتعلق بالاركان فان المبادئ العامة في عقد البيع على الخريطة لا تخرج عن تلك المعروفة في نطاق العقود ، فبالنسبة الى الرضا يقصد به (اتحاد ارادتين او اكثر على احداث اثر قانوني) والاتحاد هنا بمعنى الانطباق

والتوافق بين الارادات بمعنى ان يصدر القبول موافقاً للإيجاب و يوجد التراضي بوجود ارادتين متطابقتين ووجودهما يعد شرطاً لوجود العقد ولكنه ليس شرطاً لصحته، فيجب ان يكون رضا كل من المتعاقدين قد صدر صحيحاً غير مشوب بعيب من عيوب الرضا^{١١}.

و يتم التراضي باقتران الاجاب بالقبول حين تتوافر ارادة معتبرة قانونياً وان يعبر احدهما للآخر عن ارادته بشكل صحيح ووفقاً للقانون فيتم تبعاً لذلك تطابق الاجاب و القبول^{١٢}

ومن هنا يتبين انه لوجود الرضا يجب ان توجد إرادة وان تتجه إلى إحداث اثر قانوني وان توجد إرادة أخرى مطابقة لها بحيث يتحقق التوافق بين الإرادتين^{١٣} ولانشاء العقد ينبغي ان توجد إرادة لدى العاقد فلا يعتد القانون بالتصرفات الصادرة من عديم الإرادة لاي سبب كان لفقد التمييز كصغر سن او جنون او فقد الوعي وكذا الحال الإرادة المسلوقة نتيجة مرض او سكر او أي سبب اخر ولا يكفي ان تصدر الارادة بصورة صحيحة بل ينبغي ان تتجه إلى إحداث اثر قانوني فلا يعتد قانوناً بأي أعمال لا تعبر عن الارادة الصحيحة كالمجاملات اوالاتفاقات دون نية الالتزام او ارادة الهازل او من يعلق التزامه على محض المشيئة كتعليق البيع على شرط القبول اذ لا توجد إرادة جدية في مثل هذه الصور^{١٤} ويسود في مجال التعبير عن الإرادة في العقود مبدأ الرضائية اذ ان العقود لا تخضع لشكلية معينة ، فالإيجاب والقبول هما كل لفظين مستعملين عرفاً لانشاء العقد، ويعد اللفظ الذي صدر أولاً إيجاب والثاني قبول، على انه يمكن ان تكون الارادة بصيغة الماضي، كما بصيغة المضارع او الأمر إذا أريد بها الدلالة على الحال^{١٥}

فالإرادة كامنة في الضمير لا بد من الإفصاح عنها حتى يعتد بها قانوناً، والا لا قيمة لها اذا بقيت مضمرة ، فالتعبير هو الوسيلة التي تظهر بها الارادة وهذا التعبير قد يكون صريحاً او ضمناً والتعبير الصريح، هو الإفصاح عن الإرادة بطريقة صريحة لا لبس فيها ومباشرة بوسيلة متعارف عليها بين الناس في تعاملاتهم، كالمشافهة باللسان او بالتلفون او بالإشارة غير المبهمة من الأخرس او الإشارة المعتبرة الشائعة بين الناس ولو صدرت من غير الأخرس إذا تواضع الناس على دلالتها كهبز الرأس علامة على القبول او بالكتابة في محرر او نشرة او إعلان او معاطاة او مبادلة فعلية باليد او بإيفاد رسول لا يكون نائباً او قد يكون بإتخاذ أي موقف آخر لا يدع مجالاً للشك في الدلالة عليه كعرض البضاعة مع ثمنها او وضعت آلات ميكانيكية في الطريق لبيع السلع فهذا إيجاب ويكون قبول الأفراد للحصول على السلعة بوضع النقود في المكان المخصص لها او وقوف العجلات في مراب السيارات اذ يعد تعبيراً صريحاً عن إرادة التعاقد أيضاً^{١٦} وفيما يتعلق بالتعبير الضمني،(فان الإفصاح عن الإرادة بطريقة غير مباشرة او غير علنية يعد من هذا القبيل^{١٧}

الركن الثاني : المحل

وهو المعقود عليه وهو الذي لاجله نشأ الالتزام وهو في عقد البيع على الخارطة بالنسبة للمشتري الوحدة العقارية وبالنسبة للمطور او البائع الثمن ويشترط فيه الاتي :

١- ان يكون معيناً او قابلاً للتعيين : بمعنى ان تكون الوحدة العقارية محددة المساحة و الاوصاف ومعينة تعييناً ينافي الجهالة ، فان لم يكن معيناً او غير قابلاً للتعيين او لم يعين عند البيع كان العقد باطلاً لفقدان ركن من اركانه اما اذا كان غير قابلاً للتعيين عند البيع بان كان

مشاعاً او غير مفروز كان العقد باطلاً ايضاً وكذلك يكون باطلاً إذا اختلت بعض أوصافه كأن يكون المعقود عليه مجهولاً جهالة فاحشة أو يكون العقد غير مستوفي للشكل الذي فرضه القانون^{١٨}

٢- ان يكون المحل موجوداً او قابلاً للوجود فان لم يكن بالامكان ان يوجد في المستقبل بان كان المشروع فيه مخالفة للقانون ولا يمكن ان ينشأ كان العقد باطلاً .

٣- ان يكون المحل مشروعاً أي موافقاً للقانون

الركن الثالث : السبب

وهو الغرض المباشر من التعاقد او الباعث الدافع للتعاقد ويشترط فيه ان يكون مشروعاً كذلك بان يكون الغرض من بيع الوحدة العقارية للمشتري هو لتمكينه من السكن فيها او استخدامها للاغراض التجارية ويفترض ان لكل التزام سبب لكن المشرع العراقي اجاز العقد وان لم يذكر السبب فيه اذ يفترض ان لكل التزام سبب مشروع .

الركن الرابع : التسجيل

وهو الركن الرابع من اركان عقد البيع على الخريطة ويشترط فيه :
١- ان يكون الحائز قد حاز الحق وفقاً للقانون أي ان تكون حيازته قانونية ما يقتضي توافر اركان وشروط الحيازة القانونية ومن شروط الحيازة القانونية ان تكون مستمرة وان تكون مدة الحيازة خمسة عشر سنة وان تكون هادئة وبدون معارضة.

٢ - ان يحوز الوحدة العقارية بصفته مالاً لها لا بصفة اخرى بان تكون يده يد عارضة اذ لا اثر لذلك في الحيازة.

٣- ان يحوز الوحدة العقارية بحسن نية اي معتقد انها عائدة له وقت الحيازة
٤ - ان تستمر حيازته لها لمدة لا تقل عن خمسة عشر سنة وبدون انقطاع^{١٩}.

المبحث الثاني

مفهوم نظام الاسكرو المصرفي

يعد الاسكرو نظاماً مصرفياً معتمداً من قبل العديد من المصارف العالمية الغاية منه ايجاد ضمانات قانونية لمصلحة من يتعامل مع المستثمر من الافراد وغالباً ما يكون بالنسبة للاستثمار في مجال انشاء الوحدات السكنية وبيعها للافراد وسنحاول في هذا المبحث ان نبين المقصود من نظام الاسكرو وابرز المعايير التي يسير بمقتضاها ووفقاً لما يأتي :

المطلب الاول

التعريف بنظام الاسكرو

يمكن ان نعرف الاسكرو او كما يسمى بـ (حساب الثقة) بأنه نظام مصرفي معتمد من قبل اغلب المصارف العالمية وهو عبارة عن حساب مصرفي يفتح بأسم صاحب المشروع او الشركة باسم المستفيد لغرض بيع ناتج عملية الاستثمار للافراد ولا تصرف تلك المبالغ الا بأشعار من قبل الجهة المرخصة للاستثمار وتجري عملية صرف المبالغ بموجب كشوفات تقدم من قبل لجنة فنية او مهندس استشاري معتمد يبين نسب انجاز المشروع.

لتنظيم عملية البيع وربطها بالانجاز خوفاً من عمليات الاحتيال أو التخلف عن الانجاز وغيرها من الأمور التي قد تعكر صفو النمو الاستثماري^{٢٠}

ويحق للمستثمر استخدام الأموال المسجلة فقط في الحساب الخاص بالمشروع المرتبط به لتمويل نفقاته ولا يحق له ان يقوم بسحبها من المصرف الا بعد ان يثبت انه قد قام بانجاز المرحلة المستحقة للسحب بعد ان يقدم اقرار للمصرف بنسبة الانجاز وبعد ان يطلع المصرف فعلاً على النسبة الحقيقية للانجاز التي قام بها هذا المستثمر ويلزم المستثمر بأن يقدم سند الملكية أو إثبات ملكيته للأرض قبل فتح الحساب إذ أنه كثيراً ما كان يتم سداد قيمة الأراضي عبر شيكات مؤجلة، ما ينتج عنه في بعض الحالات أن يعجز المستثمر عن الوفاء بأقساط الأرض وينتهي الحال بالمطورين إلى استخدام أموال الافراد لتمويل دفعات شراء الأراضي بدلاً من البناء. ومن ثم كان لزاماً على أي شخص يريد ان يتقدم لتسجيل مشروع أن يثبت أن قيمة الأرض المقام عليها المشروع قد تم سدادها بالكامل قبل المباشرة بالمشروع الاستثماري الذي يريد المباشرة به وبعبارة اخرى ان هذا النظام يهدف ايضاً لحماية أموال المشترين للعقارات المباعة على الخريطة من العبث أو التلاعب المحتمل في سوق قد يضم مئات الشركات العقارية من خلال فتح حسابات ثقة، في حين تم وضع آلية بشروط مرنة تسمح للمطورين العقاريين بالتصرف بالأموال المودعة في تلك الحسابات كي لا يواجهوا مشاكل مالية قد تنعكس سلباً على تنفيذ المشروع ومن ثم من الممكن ان يتعرض المستثمر الى صعوبات مالية تعيقه من تنفيذ المشروع ولا شك في ان ذلك سينعكس سلباً على المشروع.

المطلب الثاني

التعاقد بموجب نظام الاسكرو

التعاقد الذي يتم بين المطور سواء كان رئيسياً او فرعياً وبين الوسيط لا يكون بمنأى عن نظام حساب الثقة اذ يتوجب على الوسيط ايداع ثمن بيع الوحدة العقارية في حساب المشروع ان هو قام بتسويق المشروع كليا او جزئياً وتختلف التشريعات المتعلقة بحماية حق المشتري فيما يتعلق بعملية التعاقد التي تتم بين المطور والوسيط العقاري الذي يقوم بالتسويق والترويج وبيع الوحدات العقارية فمثلاً في التشريع النافذ في دولة الامارات العربية المتحدة يحضر على الوسيط ان يودع ثمن بيع الوحدة العقارية في حسابه الخاص بل يتوجب عليه ان يودعه في حساب الضمان المتعلق بالمشروع كما يحضر عليه ان يستقطع عمولته من ثمن بيع الوحدة العقارية^{٢١} وبناءً على ذلك فان التعاقد في هذا النظام يتم - كما بينا - عن طريق الوساطة العقارية بموجب عقد السمسرة الذي يعقد مع المطور الرئيسي او الثانوي والوسيط وهو عقد يبنى على قيام شخص يسمى السمسار للبحث عن شخص آخر من أجل إبرام عقد أصلي معه ، أي يتوسط بين شخص واخر بموجب عقد يبرمه الوسيط مع احدهما لمصلحة الاخر ودور هذا الوسيط يقتصر في البحث عن شخص ليتعاقد مع عميله، او قد تقتصر مهمته في تقريب وجهات النظر بينهما، و يبقى خارج اطار العقد المبرم بين عميله وبين الشخص الاخر فهو لا يلتزم بأي التزام ناشئ عن العقد، ولا يسأل عن متابعة أو ضمان تنفيذ العقد لكن في جميع الاحوال يكون ملزماً بان يقوم بالتزامه الناشئ عن عقد الوساطة بحسن نية، على انه قد يسأل عن تدليسه اذا تعمد في إبرام العقد مع الاخر

وتعتمد حسابات الثقة في الولايات المتحدة الأميركية مثلاً على نحو واسع وذلك كطريقة من طرق اتمام صفقة البيع في اتفاقات تتم عن بعد بين المتعاقدين، فشركات القروض العقارية مثلاً تنشئ حسابات الثقة لسداد ضريبة العقار والتأمين في فترة القرض العقاري وغالباً ما يجري تعيين محامين كوسطاء ضامين لحسابات الثقة لحماية الصفقات التجارية ذات القيمة العالية،^{٢٢} ويمكن لأي شركة محاماة في بعض الدول التي تعتمد في تعاملاتها التجارية إنشاء حساب ثقة اذ يعد واحداً من شروط العقد التجاري إذا ما طلب منها احد عملاتها القيام بذلك كما انه يعد وسيلة يطمئن من خلالها المشتريين الذين يرغبون بحماية إضافية لأموالهم بالاضافة الى ان بعض البائعين يرون ان العمل من خلال حسابات ثقة يعد من الضمانات المهمة لعملائهم ، فغالبا ما يكون التعاقد عبر هذا النظم عن طريق عقد الوساطة العقارية ويكون دور المحامون فيه كضامين لحسابات الثقة في القيام بعملية البيع وتسهيلها وتوفير الضمان من أن خطوات ابرام العقد تتم وفقاً لما هو مرسوم له بين المتعاقدين ، و قد لا يقتصر دور الوسيط في تقريب وجهات النظر بل من الممكن ان يقوم الوسيط الضامن سواء أكان وسيطاً ام محامياً بترجمة الوثائق بصورة صحيحة ومراجعتها وتقديم كل ما يضمن ان تتم عملية ابرام العقد وفقاً للقانون ومراجعة بنود العقد وفي حالة اكتمال ابرام العقد واستيفاء جميع الشروط القانونية وفقاً للجدول المتفق عليه يقوم بنقل الأموال للبائع اذ قد يتقاضى لقاء ذلك اجرين

من البائع والمشتري بحسب العقد المبرم بينه وبين المطور والاخر^{٢٣}.

المطلب الثالث

اسلوب الحماية القانونية

هناك العديد من الأساليب المتبعة لتوفير الحماية القانونية للمتعاقد وفقاً لهذا النظام من بينها وسيلتان ناجعتان في حماية حق من يحتاج الى الحماية (المشتري) ونعرض لهما فيما يأتي :

١ - التشدد مع المطورون

يأتي التشدد مع المطورين كاسلوب حماية للطرف الضعيف من حلقة التعامل الواقعة بين المطور (البائع) والمصرف لذا كان لابد ان يتم التشدد مع المطورين في مجال اطلاق الدفعات الضرورية التي يحتاجها المطور في عملية بناء الوحدات العقارية لذلك في بعض الدول التي يعد نظام حساب الثقة معتمداً وفقاً لتشريع فعندها يتوجب على المصرف الذي يحتفظ بحساب الضمان الائتماني أن يقوم بتعيين مجلس أمناء لمراقبة ورصد طرق إنفاق الأموال من هذا الحساب وفقاً لنقد مراحل البناء، ومن ثم التأكد من جعل هذه المعلومات متاحة للمؤسسة المسؤولة عن متابعة مراحل البناء والإشراف على المطورين بشكل دقيق ، اذ يفرض القانون عقوبات على من يرتبط مع المصرف كجهة رقابية لمراقبة اعمال المطورون بصورة واقعية بحيث لا يتم صرف اية مبالغ للمطورون الا بعد التأكد من جدية المستثمرين ورغبتهم الحقيقية في اكمال المشروع الذي يرومون تشييده ، ويتم فرض الجزاءات القانونية التي تتمثل في الغرامة فضلاً عن إتخاذ اجراءات جنائية ومدنية بحقهم إذا قاموا بتقديم أي معلومات مضللة خاطئة يترتب عليها صرف مبالغ المودعين (المشتريين) يمتد دور الجهات الرقابية أيضاً

يراعى في ذلك عوامل متعددة فإذا ما لجأ المشتري الى المحامي الضامن لحماية حقوقه يقوم الاخير بتقاضى أجوره منه وفي حالة شركات التطوير العقاري اذ يمكن ان تعلن عن نيتها بإنشاء حساب ثقة نيابة عن عملائها ولعل السبب الرئيس من اللجوء إلى حسابات الثقة هو ضمان أن الأموال توضع بأيدي وسطاء ضامين ، على انه يجب ان يلاحظ ان التوسط في بيع الوحدة العقارية من قبل الوسطاء لا يعني ان تحل ارادة الوسيط محل ارادة المشتري او عميله او ارادة أي شخص آخر في مباشرة التصرفات القانونية و لحسابه بحيث تنصرف آثار التصرف القانوني إلى الوسيط لان ذلك يعني - بحسب ما نرى - اما تحول العقد المبرم بين الوسيط وبين العميل او المشتري الى عقد اخر يكون اقرب الى النيابة الاتفاقية منه الى عقد الوساطة او تجاوز حدود معالم الوساطة وواقع الحال انه ليس كذلك و لا يسوغ القانون للسماسرة أن يشتروا لا بأنفسهم ولا بوسطاء عنهم الأموال المنقولة أو العقارية التي يناط بهم بيعها او الترويج لها، كما أنه لا يسوغ لهم أن يأخذوا هذه الأموال على سبيل المقايضة أو الرهن، ويترتب على مخالفة ذلك الحكم بالبطالان وبالتعويض ذلك لان عمل الوسيط التجاري يتمثل بمجرد عمل مادي وليس قانونياً ويتمثل هذا العمل المادي بالبحث عن شخص للتعاقد مع الوسيط ((الشخص الذي طلب خدمة الوسيط التجاري)) وحمل الطرفين على التعاقد واستحقاقه الاجر على عمله هذا وعدم التزامه بأي التزام اخر كتفويض العقد بين الطرفين المتعاقدين او ضمان حسن تنفيذه او ضمان التزام احدهما او كلاهما في العقد فتنتفي مسؤوليته تبعاً لذلك اذ تقف مسؤوليته عند حدود معينة هي التوفيق بين راي المتعاقدين^{٢٤} .

ضمانات تتقرر على هذا العقد لارتباطه بنظام حساب الثقة وسنستعرض في هذا المبحث انواع الضمانات الواردة في العقد وفي نظام الاسكرو، ووفقا لما يأتي :

المطلب الاول

الضمانات القانونية وفقاً لنظام الاسكرو

يمكن القول ان الضمانات الواردة في هذا العقد وفقاً لنظام الاسكرو عديدة ولا نخرج عن جادة الصواب اذا قلنا ان القسم الاكبر من هذه الضمانات المقررة في هذا العقد يفرضها هذا النظام وهي متعددة ومتنوعة ويمكن التطرق لها تباعاً ووفقاً للاتي :

الضمانة الاولى : فتح حساب باسم

المشتري

الضمانة الاهم في هذا العقد هي ان يفتح حساب باسم المشتري لا باسم المطور ولا باسم الوسيط ولا باسم أي شخص آخر بل باسم المشتري اذ انه وبموجب حساب الثقة يتم تسليم المبالغ المالية المترتبة عن شراء وحدة سكنية او تجارية من احد مطوري العقارات الرئيسيين او الفرعيين الممولين إلى طرف ثالث الذي هو المصرف حيث يتخذ كافة الاجراءات اللازمة للحفاظ عليها في حساب بنكي مستقل باسم المشتري حتى يتم الوفاء بالالتزامات الناشئة عن العقد من نقل ملكية الوحدة العقارية - محل العقد - للمشتري وتسليمها له بالاضافة الى تنفيذ باقي الالتزامات الاخرى وبعد ان يجري الوفاء بينود العقد تسلم الأموال الى البائع، أما إذا لم يتم الوفاء بالالتزامات المتفق عليها تبقى الأموال في حساب الثقة حتى يتم تنفيذ جميع الالتزامات المطلوبة^{٢٦}

إلى حماية أموال المستثمرين المودعة في حساب المشروع، ويجب عليهم العمل على إعادة مبالغ الإستثمار إلى المستثمرين إذا ظهر أنه ليس هناك أي إمكانية لإكمال المشروع بسبب أي ظروف قهرية خارجة عن الإرادة، إلا أن القانون لم يحدد جداول زمنية محددة لذلك.

ودرجت إدارة حسابات الضمان لدى الجهات الرقابية على مراجعة هذه الحسابات والتحقيق فيها بناء على الشكاوى المستلمة وتسير الدول التي تعتمد هذا النظام في تطوير نظام أكثر دقة يسمح برصد وتقييم عمل المطورين تبعاً لمستوى إمتثالهم للقوانين كما يسمح هذا النظام بمعرفة دقيقة لنشاط المطور وحالة حساب الضمان الإئتماني التابع له

٢- الضمان المعلق

تلزم عادةً شركات التطوير العقاري بوضع أموال خاصة بالمشروعات في حساب معلق أو حساب ائتمان، لحين إنجاز المشروعات جزئياً في الأقل ولا تدفع الى المطورين الا بدفعات كل بحسب مراحل انجاز المشاريع ، وذلك لحماية المستثمرين من تأخير أعمال الإنشاء مما قد يعود ايجابا على سوق العقارات كأستثمارات حقيقية ، بالاضافة الى دوره في تعزيز ثقة المستثمرين والمستخدمين النهائيين في قطاع العقارات^{٢٥}

المبحث الثالث

الضمانات القانونية في عقد البيع على الخريطة

الضمانات القانونية التي يتضمنها هذا العقد تتنوع بحسب نوع الضمان اذ هناك ضمانات تقررت لمصلحة (الاخر) بموجب عقد البيع على الخارطة بعده عقد بيع وهناك

على الأقل والغاية الأساسية منه هو تلافي حالة تلك أو تأخير الانجاز أو الإفلاس الذي يعاني منه في بعض الأحيان المطورون و قبل أن يُسمح له بالشروع في البيع لا يمكن للمطور أن يطالب بأكثر من نسبة ضئيلة جداً كمقدمة من ثمن البيع ، ومن المهم جداً أن ترتبط خطة سداد الدفعات اللاحقة بجدول زمني للبناء في هذا النظام ، اما اهم الالتزامات المتصورة في هذا المجال فهي :

اولاً- التزام المطور بتنفيذ الالتزام : ينشأ على غرار العقود التقليدية التزاماً أساسياً جوهره التعهد بتنفيذ الالتزام ، ولما كان الالتزام الأساسي الذي يفرض على المطور لمصلحة المستفيد (المشتري) هو تملك الوحدة العقارية لذا كان لزاماً على المطور ان يتعهد بالقيام بهذا الالتزام وفقاً لما نص عليه العقد .

ثانياً: يلتزم المطور بعده مديناً بتنفيذ الالتزام بانشاء الوحدة العقارية وفقاً لما هو معمول به من معايير انشاء واقامة للمشروع وباستخدام الطرق المتبعة في البناء ولا يمكن اغفال هذه المعايير المتبعة بحجة ان الالتزام هو التزام بنتيجة ومن ثم لا يكون من الاهمية بمكان اتباع هذه المعايير بل القاعدة العامة هو ان يتم تنفيذ الالتزام وفقاً لما هو معمول به وقت نشوء الالتزام بناءً على الاتفاق كما يكون مسؤولاً عن توفير الادوات والمواد الضرورية لانجاز العمل .

ثالثاً : ولما كان محل العقد المبرم هو إقامة مبانٍ أو منشآت ثابتة أخرى ، وهي من صميم التزامات المطور الأساسية الا ان الالتزام بوضع التصاميم للوحدات العقارية وتنفيذها يعد التزاماً متفرعاً عن الالتزام الأصلي سواء أكان

الضمانة الثانية : تتمثل في ضرورة أن يقوم المطورين كافة بتسجيل مشروعاتهم وتقديم كافة التفاصيل كافة بشأنها اذ ان الهدف الرئيسي من إنشاء حساب الثقة يتجسد في بناء اواصر من الثقة بين الأطراف وتقوية الضمان في التعاملات التجارية ولا يقتصر ذلك على ضمان النتيجة النهائية المتحققة في اقامة وتشيد البناء وحسب ويفرض نظام حساب الثقة ان يقوم المطورون بتسجيل مشروعاتهم ابتداءً من الخريطة الأساسية للمشروع ومروراً بتحديد المساحة وتحديد العالم والصفات الأساسية للمشروع وانتهاءً بتسجيل المشروع بعد اكتماله ونقل ملكيته الى المشتري في دائرة الاراضي (الطابو) بالاضافة الى تسجيل أسماءهم كمرخص لهم بمزاولة نشاط التطوير العقاري في سجل خاص لدى الجهة المسؤولة عن الاستثمار والتطوير ولا يجوز لأي مطور مزاولة النشاط التجاري في مجال التطوير العقاري ما لم يكن مقيداً في ذلك السجل ومرخصاً له من الجهات المختصة

الضمانة الثالثة : هي وجوب حصول المطورين على إذن مسبق من السلطات المعنية للترويج للإعلانات ونشرها بغض النظر ان كانت هذه الاعلانات على النطاق المحلي او على النطاق الاقليمي الخارجي ، فلا يمكن المباشرة بالمشروع من دون ذلك لمخالفته للقانون .^{٢٧}

الضمانة الرابعة : يعد الضمان المعلق واحدة من اهم طرق الضمان المقررة بموجب نظام حساب الثقة اذ يلزم المطور بوضع اموال خاصة بالمشروع في الحساب المصرفي كضمان معلق لحين انجاز المشروع جزئياً

التصميم من وضع المهندس وينفذها المقاول تحت إشرافه، أم كانت التصاميم الهندسية جاهزة من وضع المطور نفسه في جميع الاحوال يكون مسؤولاً عن حالة وجود الخطأ في التصميم مسؤولية مباشرة^{٢٨}

المطلب الثاني

الضمانات القانونية وفقاً للقانون المدني

هناك العديد من الضمانات القانونية التي يمكن ان نتصورها في هذا الخصوص وجميعها تعود الى تطبيق القواعد القانونية العامة في مجال التعاقد لضمان حق المستفيد في هذا النوع من التعاقدات وهي في الحقيقة لا تعدوا ان تكون التزامات مقررّة بموجب القانون على المطورين لمصلحة المشتري ، ويمكن ان نتعرض لها بشيء من الإيجاز ومنها ما يأتي :

فيما يتعلق بالالتزامات المقررة بموجب القانون المدني العراقي : اشرنا سابقاً الى ان القانون المدني العراقي لم يشر الى هذا النوع من البيوع لذا فان الالتزامات المتصورة وفقاً للقانون المدني تعود الى ما تضمنه هذا القانون من احكام عامة تتعلق بتنفيذ الالتزام وقد قمنا بتقسيمها وفقاً لما يأتي :

الضمانة الاولى: التزام المطور بنقل الملكية للمشتري:

سبق ان اشرنا ان نقل الملكية للمشتري لا يتم الا بعد ان يقوم المطور بتسجيلها في دائرة الاراضي كون التسجيل يعد ركناً في العقد وبالتالي يكون العقد باطلاً ان لم يسجل ، ولا حاجة الى الاستفاضة في الكلام

عن ذلك ، لكن يمكن ان نتسائل عن الحكم القانوني في حالة بيع الوحدة العقارية على الخريطة في المزايدات ؟ معلوماً انه لا يتم العقد في المزايدة الا برسوها، ويسقط العطاء بعطاء اعلى منه او باقفال المزايدة دون ان ترسو على احد^{٢٩} وبما ان القانون المدني جاء خالياً من الاشارة الى الحكم القانوني المتعلق بهذا العقد لذا لا يمنع - كما نرى - من انطباق الحكم المتقدم عليه اذا بيعت بالمزايدة بعد اكتمالها من حيث البناء وصيرورتها جاهزة للسكن او الاستعمال التجاري . وفي السياق نفسه اشار قانون التنفيذ في الفقرة الثانية من المادة ١٠٢ من قانون التنفيذ (يعد المشتري الذي قام بتسديد البدل ورسوم التسجيل ومصاريفه مالاً للعقار بانتهاء مدة العشرة ايام الممنوحة للمدين) .

يسري على الوحدة العقارية في اعتقادنا - وان كانت لم تشيد بعد (لازالت على الخريطة) ما يسري على العقار من احكام ومن ضمنها ان تكون قابلة لان تباع من قبل المشتري بعد تسجيلها باسمه في دائرة الطابو ، كما يجوز للمشتري ان يقوم برهنها رهناً تأمينياً ما يعني امكانية وضع الوحدة العقارية لضمان وفاء دين المدين مالك العقار (المشتري) للدائن المرتهن سواء أكان مشاعاً أم مستقلاً . كما يجوز له (المشتري) ان يقوم برهن الوحدة العقارية رهناً حيازياً لدائنه وكما هو معلوم ان والرهن الحيازي يرد على المنقول وعلى حق الملكية العقارية وعلى الحقوق العينية الأصلية المسجلة في السجل العقاري عدا ان تكون الوحدة العقارية موقوفة أي مسجلة كوقف حينها يتغير الحكم القانوني فيما يتعلق بجواز كونها مالاً مرهوناً رهناً حيازياً لدائنه^{٣٠} .

الضمانة الثانية : تسليم المبيع

ما يعد ضماناً هنا هو ان القواعد العامة في القانون المدني قد تضمنت وجوب قيام البائع بتسليم المشتري للوحدة العقارية بعد اكمال عملية بناء وفقاً للعقد المبرم بينهما وفي الحقيقة فان تسليم المبيع لا يعني نقل الملكية لان التسليم وضع مادي به يسيطر الحائز على الشيء سيطرة مادية لا قانونية الا انه رغم ذلك فان للتسليم اهمية في مجال احقية البائع في الحصول على الفوائد الناجمة عن الثمن المستحق الاداء بعد ان يعذر المشتري بوجوب السداد من ناحية وان يكون المبيع (الوحدة العقارية) قابلاً لان ينتج ثمرات او ايرادات اخرى مالم يوجد اتفاق او عرف يقضي بغير ذلك وفي جميع الاحوال فان التسليم الصحيح الذي يكون من قبل البائع (المطور) هو التسليم القانوني ويعني ان يضع البائع المبيع تحت تصرف المشتري واعلامه بذلك ويقع وان لم يتسلم الاخير المبيع من الناحية الفعلية وكذلك حالة اعدار البائع للمشتري لتسلم المبيع حيث يعد هذا الاعذار بمثابة وضع المبيع تحت تصرف المشتري ويكتمل التسليم بتسليم المشتري للمفتاح او السند وقد يقع التسليم بصورة معنوية وتحقق بان يتراضى الطرفان على التسليم المعنوي دون الحاجة الى استيلاء المشتري مادياً على المبيع^{٣١} .

ويمكن ان يتحقق التسليم ايضاً في حالة ما اذا كانت العين المباعة موجودة في حيازة المشتري قبل البيع فاشترها من المالك فلا حاجة الى قبض جديد سواء كانت يد المشتري قبل البيع يد ضمان او يد امانة لانه لا يحتاج الى ان يقوم بنقلها كونها موجودة اصلاً بيد المشتري اما

فيما يخص الاحكام القانونية المتعلقة بالتسليم فيمكن القول ان الاصل ان زمان التسليم هو زمان دفع الثمن من قبل المشتري ولكن لا يمنع من ان يكون الاتفاق على تسليم المبيع الى المشتري فور انعقاد العقد على ان يؤجل دفع الثمن الى تاريخ لاحق^{٣٢} وبالنسبة الى مكان التسليم فهو المكان المتفق عليه في العقد واذا لا يوجد اتفاق فمكان التسليم هو محل وجود المبيع وقت ابرام العقد .

وفي حالة اخلال البائع بالتزامه بالتسليم فبحسب القانون المدني العراقي يكون للمشتري اذا اخل البائع بالتزامه ان يطالبه بالتنفيذ العيني اذا كان ذلك ممكناً او ان يطالبه بالفسخ مع التعويض ان كان للتعويض مقتضى ولا يضمن البائع عدم التعرض بصورة شخصية للمشتري بل يضمن ايضاً دفع التعرض القانوني الصادر من الاخر ولا شك ان منع المطور من التعرض للمشتري ضماناً مهمة له فيمنع من التعرض المادي والتعرض القانوني ووفقاً للقانون المدني فان التعرض المادي هو كل فعل مادي يصدر عن كمنع المشتري من الانتفاع بالوحدة العقارية كما لا يجوز لهان يتعرض للمشتري تعرضاً قانونياً بان يطالبه برد الوحدة العقارية التي باعها له قضائياً لان ذلك من موارد التعرض القانوني وهنا يجب ان يلاحظ ان البائع لا تنقرر مسؤوليته القانونية عن التعرض المادي الصادر عن الاخر بل عن التعرض القانوني الصادر عن الاخر كما ان المطور (البائع) تنقرر مسؤوليته القانونية اذا حرم المشتري من الحقوق التي له على المبيع وهو ما يعرف بضمان الاستحقاق كأن يتضح ان (الوحدة العقارية) مملوك لشخص اخر وسواء كان البائع حسن النية بان لا يعلم باستحقاق

المبيع وقت البيع فهنا البائع يلتزم برد الثمن الى المشتري سواء زادت قيمة المبيع او نقصت وعلى البائع ان يرد المصروفات الناقصة التي انفقها المشتري في دعوى الاستحقاق التي اقيمت عليه من قبل الاخر او كان البائع سعي النية بان كان يعلم باستحقاق (الوحدة العقارية) فعليه رد الثمن والتعويض مثل الزيادة التي حصلت في قيمة المبيع وسواء كانت هذه الزيادة حصلت بفعل المشتري ام بسبب ارتفاع السوق ، وكذلك حق مطالبة بما لحقه من خسارة او ما فاتته من كسب بسبب الاستحقاق وكذلك للمشتري المطالبة بالمصروفات التي ضاعت عليه كمصاريف تحرير العقد ورسوم التسجيل واجرة الدلال وغيرها^{٣٣}.

اما في حالة الاستحقاق الجزئي فيكون المشتري مخير بين امرين اولهما فسخ البيع برد المبيع وثانيهما استيفاء المبيع مع المطالبة بالتعويض عما اصابه من ضرر بسبب الاستحقاق الجزئي. ويعد المطور مسؤولاً ايضاً عن وجود العيب سواء كان ظاهراً ام خفياً عند وجوده في الوحدة العقارية ويحق للمشتري استناداً للقواعد العامة الرجوع بالتعويض من تاريخ اكتشاف وجود العيب - ان كان له مقتضى - على المطور ، كما يحق له ان يطالب بفسخ العقد ان كان المشتري قد اوفى بالتزامه وان كان بالامكان الرجوع بالطرفين الى الحالة التي كانا عليها وقت ابرام العقد^{٣٤}

يفترض نشوء عقد صحيح واجب التنفيذ لم يقم المدين بتنفيذه ، ففي هذه الحالة وبحسب القانون المدني العراقي (ينفذ الالتزام جبراً على المدين) ويجبر المدين بعد اذاره بتنفيذ الالتزام عينياً متى كان ذلك ممكناً اما اذا لم يكن بالامكان اجراء التنفيذ العيني ولم يبد المدين استعداداً للتنفيذ العيني ففي هذه الحالة تتقرر المسؤولية العقدية ويلزم القاضي بان يحكم بالتعويض وحتى تقوم المسؤولية العقدية يجب ان تتوافر اركانها الثلاث (الخطأ و الضرر و العلاقة السببية) بينهما بالإضافة الى ذلك فان عقد البيع على الخريطة اذا لم يسجل يعد باطلاً من الناحية القانونية لكن يمكن ان تترتب بعض الاثار المادية فمثلاً للمشتري ان يقيم دعوى استرداد الثمن من البائع مع المطالبة بالفائدة القانونية من تاريخ المطالبة القضائية حتى تاريخ التأدية الفعلية وله حق حبس المبيع حتى يستوفي الثمن) ويجوز للمشتري المطالبة بالمصاريف على ترميم المبيع اذا ثبت انه صرفها ليس بنية التبرع^{٣٥}.

الخاتمة

في ختام بحثنا المتواضع هذا توصلنا الى جملة من النتائج والاستنتاجات والتوصيات والمقترحات نعرضها تباعاً :

اولاً : النتائج والاستنتاجات :

١- عقد البيع على الخارطة هو نوع من انواع البيوع يرد على بيع عقارات على الخارطة قيد الانجازها او قبل المباشرة بانجازها، وتسمى هذه العقارات بـ (الوحدات العقارية) - يختلف تماماً عن بيع قطع الاراضي على الخارطة - في مقابل ثمن يدفعه المشتري

المطلب الثالث

الاثار المترتب على الاخلال بالضمانات

يترتب على اخلال المطور بالضمانات قيام المسؤولية المدنية ، وقيام هذه المسؤولية

الى المطور او البائع على شكل دفعات

٢- عقد البيع على الخارطة كباقي انواع البيوع له اركاناً هي (الرضا و المحل و السبب والتسجيل في دائرة التسجيل العقاري)

٣- فيما يتعلق بالاركان فان المبادئ العامة في عقد البيع على الخريطة لا تخرج عن تلك المعروفة في نطاق العقود

٤- الاسكرو او كما يسمى بـ (حساب الثقة) نظام مصرفي معتمد من قبل اغلب المصارف العالمية ولا يعدو عن ان يكون حساب مصرفي يفتح بأسم صاحب المشروع او الشركة باسم المستفيد لغرض بيع ناتج عملية الاستثمار للأفراد ولا تصرف تلك المبالغ الا بأشعار من قبل الجهة المرخصة للاستثمار وتجري عملية صرف المبالغ بموجب كشوفات تقدم من قبل لجنة فنية او مهندس استشاري معتمد يبين نسب انجاز المشروع

٥ - يحق للمستثمر استخدام فقط الأموال المسجلة في الحساب الخاص بالمشروع المرتبط به لتمويل نفقاته ولا يحق له ان يقوم بسحبها من المصرف الا بعد ان يثبت انه قد قام بانجاز المرحلة المستحقة للسحب .

٦- محل العقد المبرم في (البيع على الخارطة) إقامة مبانٍ أو منشآت ثابتة أخرى، وهي من صميم التزامات المطور لذا فان الالتزام بوضع التصاميم للوحدات العقارية وتنفيذها يعد التزاماً متفرعاً عن الالتزام الاصلي سواء أكان التصميم من وضع المهندس وينفذها المقاول تحت إشرافه، ام كانت التصاميم الهندسية جاهزة من وضع المطور نفسه

٧- يتم إنشاء هذا الحساب في العادة بواسطة بائع العقار لمصلحة المشتري وبالنيابة عنه وعادةً ما يتم دفع كلف فتح حسابات الثقة من قبل البائع، وذلك لأنه يرى الفائدة من بيع عقاراته من خلال حسابات ثقة

٨- الغاية من اعتماد نظام حساب الثقة (الاسكرو) المطبق في اغلب البلدان المتقدمة هو لتنظيم مبيع العقارات غير المنجرة عن طريق تأسيس حساب ثقة لدى مصارف معتمدة من دائرة التسجيل العقاري (الطابو) ولا يوجد تطبيق لهذا النظام في العراق الا بشكل محدود وفي نطاق ضيق عند مصارف قليلة .

٩- تلزم شركات التطوير العقاري بوضع أموال خاصة بالمشروعات في حساب معلق أو حساب ائتمان، لحين إنجاز المشروعات جزئياً على الأقل ولا تدفع الى المطورين الا بدفعات كل بحسب مراحل انجاز المشاريع ، وذلك لحماية المستثمرين من تأخير أعمال الإنشاء.

١٠- الضمانات القانونية في هذا العقد تتنوع بحسب نوع الضمان فبعض الضمانات تتقرر لمصلحة (الآخر) بموجب عقد البيع على الخارطة باعتباره عقد بيع في حين ان هناك ضمانات تتقرر على هذا العقد لارتباطه بنظام حساب الثقة

١١- محل العقد هو إقامة مبانٍ أو منشآت ثابتة أخرى، وهي من صميم التزامات المطور الاساسية لذا فان الالتزام بوضع التصاميم للوحدات العقارية وتنفيذها يعد التزاماً متفرعاً عن الالتزام الاصلي سواء أكان التصميم من وضع المهندس وينفذها المقاول تحت إشرافه، ام كانت التصاميم الهندسية جاهزة من وضع المطور نفسه

١٢- نقل الملكية للمشتري لا يتم الا بعد ان يقوم المطور بتسجيلها في دائرة الاراضي كون التسجيل يعد ركناً في العقد وبالتالي يكون العقد باطلاً ان لم يسجل.

١٣- يسري على الوحدة العقارية ما يسري على العقار من احكام ومن ضمنها ان تكون قابلة لان تباع من قبل المشتري بعد تسجيلها باسمه في دائرة الطابو ، كما يجوز للمشتري ان يقوم برهنها رهناً تأمينياً ما يعني امكانية وضع الوحدة العقارية كضمان لوفاء دين المدين مالك العقار.

١٤- يستطيع المشتري ان يقوم برهن الوحدة العقارية رهناً حيازياً لدائنه وكما هو معلوم ان والرهن الحيازي يرد على المنقول وعلى حق الملكية العقارية وعلى الحقوق العينية الأصلية المسجلة في السجل العقاري الا ان تكون الوحدة العقارية موقوفة عندها لا يجوز ان ترهن رهناً حيازياً .

١٥- ان زمان التسليم هو زمان دفع الثمن من قبل المشتري ولكن لا يمنع من ان يكون الاتفاق على تسليم المبيع الى المشتري فور انعقاد العقد على ان يؤجل دفع الثمن الى تاريخ لاحق.

١٦- تتقرر المسؤولية القانونية للمطور (البائع) اذا حرم المشتري من الحقوق التي له على المبيع وهو ما يعرف بضمان الاستحقاق.

١٧- في حالة الاستحقاق الجزئي فيكون المشتري مخير بين امرين اولهما فسخ البيع برد المبيع وثانيهما استيفاء المبيع مع المطالبة بالتعويض عما اصابه من ضرر بسبب الاستحقاق الجزئي.

ثانياً: التوصيات والمقترحات :

توصلنا الى جملة من التوصيات والمقترحات اهمها ما يأتي :

١- نوصي بضرورة اعتماد نظام (حساب الثقة) في نطاق السوق العقارية التي تشهد رواجاً من قبل الافراد في العراق .

٢- نقترح اصدار تشريع يتضمن (نظام حساب الثقة) يلزم جميع المطورين اتباعه تماشياً مع ما معمول به في الدول المتقدمة كالولايات المتحدة وبريطانيا والامارات العربية المتحدة .

٣- نوصي بالزام المصارف الرئيسية في العراق (الرشيد والرافدين) بضرورة اعتماد الالية المتبعة في نظام حساب الثقة في تعاملاتهم مع المستثمرين حفاظاً على حقوق الافراد من الضياع .

٤- لتلافي تلكوء المشاريع وتأخرها نقترح قيام هيئة الاستثمار في العراق بدراسة مشروع البيع على الخارطة لتلافي العقبات التي تعاني منها فيما يخص بعض استثماراتها المتلكئة ومنها على سبيل المثال (مشروع بسماية) .

٥- نوصي بتطبيق نظام حساب الثقة كمرحلة اولى وبشكل صحيح في قطاع الوحدات العقارية وذلك للتخلص من ازمة السكن التي يعاني منها العراق عموماً مع تفعيل الجانب الرقابي ليتم تطبيقه بشكل صحيح .

الهوامش :

(١٤) د. رمضان ابو السعود، الوسيط في شرح القانون المدني، بيروت، الدار الجامعية للطباعة والنشر ١٩٨٥، ص ٦٠.

(١٥) د. عبد الباقي البكري، شرح القانون المدني العراقي، بغداد، مطبعة الزهراء، ١٩٧١، ص ٣٨.

(١٦) د. مصطفى الجمال، مقدمة في اصول النظم القانونية، مطبعة الاسكندرية، ١٩٨٢، ص ٨٧، وانظر قرارات القضاء العراقي ممثلاً بمحكمة التمييز العراقية قرار ي العدد (٤-٤) الهيئة الاستئنافية / عقار / ٢٠٠٦ / محكمة التمييز الاتحادية، منشور من اعداد دريد سلمان الجناي، المختار في قضاء محكمة التمييز الاتحادية، بغداد، ٢٠١٠، ص ٢٨.

(١٧) د. زهدي يكن، الملكية والحقوق العينية الاصلية علماً وعملاً، بيروت ١٩٦٢، ص ٤٤.

(١٨) د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، مصر مطبعة السلام، ١٩٨٧، ص ١٣.

(١٩) د. محمد كامل مرسي، اصول القانون، مصر مطبعة الرحمانية، ١٩٢٨، ص ٧٧.

(٢٠) ينظر بهذا المعنى ما نشر عن مفهوم البيع على الخارطة على الموقع الالكتروني التالي :

<http://www.iraqdirectory.com/DisplayNewsAr.aspx?id=9768>

(٢١) ينظر الموقع الالكتروني

<http://www.alittihad.ae/details.php?id=3670&y=200>

(٢٢) د. طارق كاظم عجبل، المصدر السابق، ص ٢٨ وما بعدها.

(٢٣) د. طارق كاظم عجبل، المصدر نفسه، ص ٢٨ وانظر المادة (١) من قانون الدلالة العراقي المرقم ٥٨ لسنة ١٩٨٧ و المادة (١٩٢) من قانون التجارة المصري المرقم ١٧ لسنة ١٩٩٩

(٢٤) د. سعيد مبارك، طه الملا حويش، المصدر السابق، ص ١٩.

(١) د. زكي الدين شعبان، الشروط المقترنة بالعقد في

الشريعة و القانون، القاهرة، ١٩٦٨، ص ١٣

(٢) مصطفى مجيد، شرح قانون التسجيل العقاري، الجزء الثالث، ١٩٧٩، ص ٢٠٤.

(٣) المادة (٥٠٧) من القانون المدني العراقي

(٤) ينظر د. طارق كاظم عجبل، شرح قانون الاستثمار العراقي، بغداد، مكتبة السنهوري، ٢٠٠٩، ص ٢٦ وما بعدها.

(٥) عبد السلام ابو قحف، السياسات والاشكال المختلفة للاستثمارات الاجنبية، ج ٢، مؤسسة شباب الجامعة، الاسكندرية، ١٩٨٩، ص ٧٦.

(٦) د. سعيد يوسف البستاني، قانون الاعمال والشركات، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٤، ص ٥٨ وما بعدها.

(٧) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، اسباب كسب الملكية، الجزء التاسع، دار احياء التراث العربي، بيروت - لبنان، ص ١١ وما بعدها.

(٨) - سعدون العامري، الوجيز في شرح العقود المسماة في البيع والايجار، ط ٣، مطبعة العاني، بغداد ١٩٧٤، ص ١٠.

(٩) المادة (٤١٨) من القانون المدني المصري الجديد.

(١٠) القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل.

الموقع الالكتروني لجريدة الاتحاد الاماراتية

<http://www.alittihad.ae/details.php?id=3670&y=2008>

(١١) منير القاضي، شرح المجلة، مطبعة النجاح، بغداد (ب،ت)، ج ١ ص ٢٢٢.

(١٢) د. سعيد مبارك، د. طه الملا حويش، الموجز في العقود المسماة، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ٢٠٠٧، ص ١١.

(١٣) د. علي حسن الذنون، محاضرات في القانون المدني العراقي، القاهرة، ١٩٥٥، معهد الدراسات العربية، ص ٢٢.

المصادر

١- د. حسن الخطيب، نطاق المسؤولية المدنية التقصيرية والمسؤولية التعاقدية في القانون الفرنسي والقانون العراقي المقارن، مطبعة حداد ن البصرة، ١٩٦٨

٢- د. ريد سلمان الجنابي، المختار في قضاء محكمة التمييز الاتحادية، بغداد، ٢٠١٠

٣- د. رضا عبيد، القانون التجاري، الاسكندرية الطبعة الرابعة، مطابع شركة النصر للتصدير والاستيراد، ١٩٨٤، ص ٢٣٠.

٤- د. رمضان ابو السعود، الوسيط في شرح القانون المدني، بيروت، الدار الجامعية للطباعة والنشر، ١٩٨٥

٥- د. زكي الدين شعبان، الشروط المقترنة بالعقد في الشريعة والقانون، القاهرة، ١٩٦٨

٦- د. زهدي يكن، الملكية والحقوق العينية الاصلية علماً وعملاً، بيروت ١٩٦٢

٧- سعدون العامري، الوجيز في شرح العقود المسماة في البيع والايجار، ط ٣، مطبعة العاني، بغداد ١٩٧٤

٨- د. سعيد مبارك، طه الملا حويش، الموجز في العقود المسماة، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ٢٠٠٧

٩- د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، مصر مطبعة السلام، ١٩٨٧

١٠- د. صلاح الدين الناهي، الوجيز في المرافعات المدنية والتجارية، دراسة موازنة

<http://www.alittihad.ae/details.php?id=3670&y=2008>

(٢٦) عبد الفتاح مراد، شرح قوانين الاستثمار، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ١٩٩٠، ص ٢٥

(٢٧) عبد السلام ابو قحف، السياسات والاشكال المختلفة للاستثمارات الاجنبية، المصدر السابق، ص ٧٦

(٢٨) د. سعيد يوسف البستاني، قانون الاعمال والشركات، المصدر السابق ص ٥٨ وما بعدها.

(٢٩) د. علي حسن الذنون، محاضرات في القانون المدني العراقي، المصدر السابق، ص ٢٥

(٣٠) ينظر محمد طه البشير، د. غني حسون طه، الحقوق العينية الاصلية، القسم الاول، مكتبة السنهوري، ١٩٨٢، ص ٢٢٤ - د. اكثم امين الخولي، قانون التجارة اللبناني المقارن، جزء اول، طبعة ثانية، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٦٧، ص ١٤٦

(٣١) المادة (٥٣٩) من القانون المدني العراقي.

(٣٢) المادة (٥٣٦) من القانون المدني العراقي.

(٣٣) محمد طه البشير، د. غني حسون طه، المصدر السابق، ص ٢٢٤.

(٣٤) ينظر بها المعنى د. صلاح الدين الناهي، الوجيز في المرافعات المدنية والتجارية، دراسة موازنة، شركة الطبع والنشر الاهلية، بغداد، ١٩٦٢، ص ٤٥. وفي المعنى نفسه ينظر د. رضا عبيد، القانون التجاري، الاسكندرية الطبعة الرابعة، مطابع شركة النصر للتصدير والاستيراد، ١٩٨٤، ص ٢٣٠.

(٣٥) ينظر د. حسن الخطيب، نطاق المسؤولية المدنية التقصيرية والمسؤولية التعاقدية في القانون الفرنسي والقانون العراقي المقارن، مطبعة حداد ن البصرة، ١٩٦٨، ص ١٤٧ وما بعدها.

- شركة الطبع والنشر الاهلية ، بغداد ، ١٩٦٢
- ١١- د. طارق كاظم عجيل، شرح قانون الاستثمار العراقي ،بغداد ، مكتبة السنهوري، ٢٠٠٩
- ١٢- عبد الفتاح مراد ، شرح قوانين الاستثمار ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية، ١٩٩٠
- ١٣- د. علي حسن الذنون، محاضرات في القانون المدني العراقي ،القاهرة ، ١٩٥٥ ، معهد الدراسات العربية،
- ١٤- د. علي البارودي ،مبادئ القانون التجاري والبحري، دارالمطبوعات الجامعية،الاسكندرية، صص ٦٥-٦٦
- ١٥- د. عبد الباقي البكري، شرح القانون المدني العراقي ،بغداد ، مطبعة الزهراء، ١٩٧١
- ١٦- د. عبد الرزاق السنهوري ،الوسيط في شرح القانون المدني، اسباب كسب الملكية، الجزء التاسع ،دار احياء التراث العربي ، بيروت -لبنان،
- ١٧- عبد السلام ابو قحف ، السياسات والاشكال المختلفة للاستثمارات الاجنبية ، ج٢، مؤسسة شباب الجامعة ، الاسكندرية ، ١٩٨٩
- ١٨- د. محمد كامل مرسي ، اصول القانون ، مصر مطبعة الرحمانية ، ١٩٢٨ ،
- ١٩- محمد طه البشير، د. غني حسون طه ،الحقوق العينية الاصلية ،القسم الاول ،مكتبة السنهوري، ١٩٨٢
- ٢٠- د. مصطفى الجمال ، مقدمة في اصول
- النظم القانونية ،مطبعة الاسكندرية ، ١٩٨٢
- ٢١- د. اكثم امين الخولي ، قانون التجارة اللبناني المقارن ، جزء اول ، طبعة ثانية ، دار النهضة العربية ، بيروت ، ١٩٦٧ ، ص ١٤٦

المصادر من الانترنت :

- 1-<http://www.alittihad.ae/details.php?id=3670&y=2008>-
- 2- <http://www.iraqdirectory.com/DisplayNewsAr.aspx?id=9768>

القوانين :

- ١- قانون الدلالة العراقي المرقم ٥٨ لسنة ١٩٨٧ مطبعة النهضة بغداد ١٩٨٨
- ٢- قانون التجارة المصري المرقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ ، مطبعة الاسكندرية ٢٠٠٠ ،

Legal guarantees of the according to the Sales contract on map Escrow and Iraqi civil law

Asst.Tech.Jaafer Jabur AlHreshawi*

Abstract

The escrow regarded new for Iraqi real estate sector but it consider conventional systems on worldwide , It is known for the world of business and trade, the escrow usually used in high value trade operation it seems it comes to set many solutions such as Project delays, Failure or bankruptcy of their owners or it can be turned to Scam projects by administrated the money in manner which is in somehow there is no way to spoil the money so , the guaranties in this regulation deserved to study and be reference to strong points included it , there is no doubt that if we added the guaranties that Prescribed in civil law , this will be supported confidence side between Investors and those who deals with ,the escrow used in wild scale for achieved buying and sailing operation Real estate loans companies to pay property tax and the insurance usually they appointed lawyers as guaranties for protected the traded deal ,though the bank stresses with investors to set the payment of money which is necessary for building this why the buyers trust in bank , brokerages companies are mediating between investors and those who want buy real estate units, its important to say that the operation of sale estate units on map means sale a virtual house in future , its on the contrary of sale a piece of land there is a different between these sale operation the legal center is deferent , on the other side the contract concluded play important role of guarantee the right of contractors because of obligations that regarded as a guarantees legal qualification of the contract as a new contract in life that because it riveted on object that not be exist on the time of conclusion the contract , its very clear that the legal center of reale estate is the same one with that reale estate ready to live, the legal provisions apply on it like an object able for sale or subprim or other provision expcet rent

(*) Lec.in Technical Univrsity-Technical Managment Isttituc



التنظيم القانوني للاعتماد المستندي

في القانون العراقي

دراسة مقارنة

م.م. القاضي عباس زياد كامل السعدي *

الملخص

تؤدي "الاعتمادات المستندية" دوراً هاماً في عملية التجارة الدولية على وجه الخصوص وتكتسب الأهمية الكبرى من قدرتها الفائقة على تقليل المشاكل والعقبات التي تعترض طريق المتعاملين في التجارة الدولية.

والتجارة - بوجه عام - هي نشاط اقتصادي متخصص في اطار تقسيم العمل الاجتماعي، ولما كان قطاع التجارة هو احد قطاعات الاقتصاد الوطني الذي يجب ان يخدم عملية التنمية والتطور الاقتصادي. والاعتمادات المستندية صورة من صور النشاط الاقتصادي والتجاري والعمليات المصرفية . وان التطورات التجارية العالمية قد افضت الى توسيع دائرة البيوع الدولية ، ونظرا لارتباط العراق بعلاقات تجارية دولية ، فان الضرورة تملئ عليه ان يتعامل بمختلف أنواع العمليات

المصرفية، ومنها "منح الاعتماد المستندي". هذا وقد يحدث أن يقدم المورد بضائع مخالفة للعينات التي سبق أن اتفق عليها أو للمواصفات المحددة بشروط العقد أو أن يمتنع عن توريد البضاعة المتفق عليها في المواعيد والأسعار المعينة سلفاً، وذلك لأي سبب من الأسباب أو أن يرفض المستورد استلام البضاعة المرسلة إليه ، ففي كل هذه الحالات نجد أن «البنك هو الضامن» لكل من طرفي عقد الاعتماد المستندي فالبنك (فاتح الاعتماد) يوفر هذا الضمان ، وبذلك يطمئن العميل على وصول بضائعه سالمة في بلده والمستفيد (المصدر) يطمئن أنه سوف يستلم أمواله كاملة فور تسليمه للمستندات المطلوبة الخاصة بالبضاعة محل التعاقد للبنك المراسل (المبلغ) .

أذن الاعتماد المستندي هو تعهد خطي يصدر عن البنك فاتح الاعتماد بناءً على طلب المستورد ، لصالح المستفيد (المصدر) ، عن طريق البنك المراسل يتعهد فيه بدفع مبلغ محدد ، أو قبول سحبوات زمنية بقيمة محددة،

(*) كلية المأمون الجامعة

خلال فترة زمنية محددة ، مقابل استلام البنك لمستندات محددة بشرط مطابقة هذه المستندات لشروط الاعتماد.

لقد خصص قانون التجارة العراقي رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ المعدل النافذ ، في الباب الرابع -الفصل الثاني- العمليات المصرفية -الفرع الخامس- الاعتماد المستندي في المواد من (٢٧٣-٢٨٢) لدراسة التنظيم القانوني لعقد الاعتماد المستندي -دراسة قانونية مقارنة

المقدمة

قال تعالى ((يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)) (سورة المائدة، الآية: ١)

ينتشر « عقد الاعتماد المستندي » بالذات بين التجار المتواجدين في أكثر من دولة حيث يسهل إبرام الصفقات التجارية الدولية . فعندما يتدخل «البنك» يستطيع كل من « المشتري » و «البائع» بإيجاد الحلول المناسبة لمشكلاتهم (فالمشتري) لن يدفع ثمن السلعة إلا بعد وصول المستندات التي تثبت أنها في طريقها إليه ، كما أن (البائع) بإخراجه للبضائع يكون مطمئناً بواسطة «خطاب الاعتماد» أو (خطاب الضمان) الذي وجهه إليه البنك المتدخل فقيمة هذه البضائع بضمنها من البنك الذي يعد «مدينا» مليء الدين لا يخشى منه . بمعنى أكثر توصيفا ، يعطي البنك المصدر ضمانه للمستفيد بأنه سيقوم بشحن البضائع بعد تقديم كل الوثائق والمستندات المطلوبة كما حددها خطاب الاعتماد .

وبالنظر للتطور الحاصل في مجال «التجارة الداخلية والخارجية» ، فإن الاعتماد

المستندي يعد أهم أداة وفاء سريعة وقليلة التكاليف ، ويستخدم أيضاً كأداة ائتمان تستخدم من قبل كل من المصدر والمستورد لتمويل عملياتهم التجاري، هذا وأن استخدام الاعتماد المستندي أصبح «ظاهراً ومتداولاً» بشكل ملحوظ .

وفي السياق ذاته ، يعد « عقد الاعتماد المستندي » الوسيلة المصرفية الأكثر شيوعاً في تسهيل عمليات بيعات التجارة الدولية المعاصرة . يلتجئ إليه « التجار » لحل مشكل انعدام الثقة الذي تتسم به عمليات الاستيراد والتصدير ، لبعد كل من المصدر عن المستورد جغرافياً ، مما يجعل التاجر المستورد غير مطمئن لدفع الثمن قبل وصول السلعة إليه كاملة سالمة ، ويجعل البائع المصدر غير مطمئن لإرسال السلعة قبل قبض ثمنها . هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى ، أن هذا الاعتمادات المستندية تمكن التجار المستوردين من تجنب تجميد قيمة مبلغ العملية ، فيتدخل ويتوسط «البنك» لزراع الثقة والأطمئنان « عبر » الاعتماد المستندي « لحل هذه الإشكالات ، ويعقد تسوية بين كل من المشتري والبائع ، ويحصل المستفيد على ضمان من مؤسسة مالية قائمة ، أو شركة مالية قوية .

لقد أدت الثورة الصناعية ، الى تطور هائل في حجم التجارة الخارجية وساهم في انماء المبادلات التجارية ، وظهر ما يعرف «بالعقود التجارية الدولية» التي تجري عن بعد اميال كثيرة بين أطراف دون معرفة مسبقة فيما بينهم. مما يخلق مشكلة أمام المصدرين وكيفية ضمان حقوقهم من المستوردين الذين لا تربطهم بهم لا معرفة و لا علاقة سابقة ،

وأصبحت الحاجة ماسة لرؤوس أموال ضخمة لم تتمكن من تقديمها سوى «مصارف وبنوك وشركات مالية كبيرة» كمؤسسة مساهمة لها فروع متعددة في مختلف البلدان. فرضت سيطرتها الاقتصادية ونفوذها الواسع مما جعلها ترتبط ارتباطاً وثيقاً بالاقتصاد القومي لكل بلد. وأخذ بالتطور مع قيام غرفة التجارة الدولية (CCI) بوضع قواعد و أعراف دولية موحدة للاعتماد المستندي للحد من المشاكل التي يثيرها اختلاف الأعراف و العادات بين الدول.

وقضت محكمة التمييز اللبنانية "ان العقد الناشئ عن فتح اعتماد مصرفي عقد مبني على ,, اعراف التجارة الدولية " التي ترعى كيفية انشائه وأثاره ، وهذه الاعراف تقرها " جميع المحاكم عبر العالم دون حاجة لها بان ترددها الى تشريعاتها الداخلية ،، او تستنبط بالضرورة من هذه التشريعات ما يبررها ، اذ انه يتكون من الاعراف بحد ذاتها قانون غير مكتوب يفترض بالقاضي ان يعلم به العمل الذي له بسائر القوانين ،،.

لذلك ابتدع " المجتمع التجاري " الاعتماد المستندي كاداة وفاء تحقق "التوازن بين مصالح البائع والمشتري" وتحمي كل منهما من "سوء نية الآخر" ومن الظروف الاستثنائية التي قد تحول دون تنفيذ احدهما لالتزاماته . فاذا تم الاتفاق بين البائع والمشتري على الوفاء على طريق "اعتماد مستندي" وأصدر البنك الاعتماد المطلوب لصالح البائع يصبح "البنك" هو الملتزم الاول "بوفاء ثمن البضاعة للبائع"، والتزام البنك في مواجهة البائع يجنبه المخاطر (كاحتمال أفلاس البنك

أو المشتري) ، ونادراً ما ترفض البنوك وفاء الاعتماد "تسفيافاً" وذلك حفاظاً على سمعتها التجارية. أذن هو وسيلة دفع مضمونة. وهو أحسن وأسرع وأسهل طريقة لتمويل التجارة الخارجية.

ويعد من اخطر المواضيع التي تهدد النشاط الاقتصادي في العراق وتحديدًا نشاط "الاستيرادات" الذي يتطلب تغطية مدفوعاته " باعتمادات مستندية " سواء كان للقطاع العام او الخاص. وتعد الاعتمادات المستندية من العمليات المصرفية التي تتطوي على درجه كبيرة من الخطورة ، نظراً لضخامة المبالغ المالية التي تمثلها ، لذا فإن البنوك تحيط هذه العملية بالكثير من الاحتياطات المناسبة التي تقلل من هذه المخاطر ، وهي في سبيل ذلك تقوم بإجراء الكثير من الدراسات العميقة والمستفيضة للوضع المالي للمشتري. وهذا يستلزم رفده بالكوادر والكفاءات الفنية والقانونية والاقتصادية.

أختيار هذا الموضوع :-

أن أسباب اختياري لهذا الموضوع يعود للأهمية القصوى التي يتمتع بها عقد الاعتماد المستندي في تمويل عقود التجارة الدولية، وماله من دور في توعيه كل من البائع والمشتري والبنك بعملية الاعتماد المستندي. وقد اتبعت الأسلوب التفصيلي والتحليلي للقواعد والأعراف الدولية والتشريعات الوطنية المتعلقة بالاعتمادات المستندية.

أهمية البحث :-

تكمن أهمية البحث من أهمية الائتمان المستندي لما تقوم به «البنوك» عن طريق

منح الائتمان تؤدي دور الوسيط ، وكذلك قيام البنك الذي يتعامل معه المشتري بفتح اعتماد بناء على طلب هذا الأخير لفائدة البائع يتعهد له فيه بأن يدفع إليه ثمن البضاعة موضوع العملية التجارية بعد تقديمه مستندات وفقا للمتطلبات و فحصها.

هذا ويعد « الاعتماد المستندي » اسلوبا بارعا استنبطه الفكر المصرفي والتعامل التجاري استجابة لمتطلبات التجارة الدولية ، وأصبح الاعتماد المستندي وسيلة هامة لتسوية خلافات البيوع الدولية وتمويلها وغيرها. ووسيلة دفع مضمونة تعمل على تسهيل المعاملات بين طرفي عقد البيع وهي أيضاً مصدر "ربح وفير للبنوك" التي تتعامل بالاعتمادات المستندية بما تحققه من "عمولات" نتيجة لفتحها هذه الاعتمادات.

وتبرز أهمية بحث الاعتماد المستندي من خلال المزايا التي يحققها لأطراف الاعتماد المستندي المتمثل في (البائع - المصدر) إذ ان عقود البيوع الدولية غالبا ما تقع بين اشخاص تفصل بينهم مسافات وأميال كثيرة ، ويتردد البائع بإرسال البضاعة قبل أن يقبض ثمنها ، وكذلك يتردد المشتري من دفع الثمن قبل ان يستلم البضاعة ، ولهذا ابتدع العمل المصرفي وسيلة ادخال مصرف ما - من خلال التوسط ببنك دولي - عن طريق فتح اعتماد مستندي لديه من قبل المشتري. وبالتالي يحصل على تسهيلات مصرفية لتجهيز البضاعة وشحنها او لتمويل عمليات اخرى . و(المشتري المستورد) فائده بحصوله على تعهد « ائتمان » من المصرف بالوفاء تجاه البائع ، لا يكون مضطرا لدفع قيمة الصفقة وقت التعاقد او قبل شحنها

، وكذلك الحصول على تسهيلات مصرفية تسير له عدم دفع قيمة البضاعة المشتراة إلا بعد وصولها . ويكون «عامل ثقة» بالنسبة له. و(المصرف المصدر) يحقق فتح الاعتماد المستندي له القيام بنشاطات وعمليات متعددة في مجال التسليف والقطع والخدمات. وتشكل الارباح والعمولات الناجمة عن هذه العمليات موردا رئيسيا من موارد هذه المصارف. إضافة إلى أنه لا يشكل خطر على المصرف لتمتعه بحق رهن على البضاعة بحيازة مستنداتها ، فلو ان المشتري الأمر بفتح الاعتماد لم يدفع ما اداه المصرف للبائع الاجنبي ، فان المصرف يستطيع ان يستلم البضاعة بموجب حيازته للمستندات التي تمثلها. وكذا ان مرتين وبيعها «بالمزاد العلني» ويستوفي حقه من ثمنها ويطالب بتعويض التأمين في حال هلاك هذه البضاعة او تلفها. و(بالنسبة للتجارة الدولية) دور الاعتماد المستندي في غاية الأهمية في التجارة الخارجية ، تشجيع حركة هذه التجارة وتسهيل تمويلها ، وتساعد على انتشار وتطوير المبادلات التجارية بين اشخاص من جنسيات متعددة، وتؤدي البنوك التجارية دور الوسيط (الثقة) بين البائع المصدر والمشتري المستورد الذي يؤدي في الوقت ذاته الى ازدياد العلاقات التجارية وتدعيم التضامن الاقتصادي بين الشعوب.

ولتفاديا المشاكل لجأت «التجارة الدولية» الى عملية الاعتماد المستندي وبموجبها لا يقوم المشتري بدفع الثمن الى البائع إلا عندما يقدم له البائع مستندات ووثائق تثبت شحن البضاعة المستوفية للمواصفات المتفق عليها. والمألوف مع القضايا الأساسية للتجارة الدولية والبيع الدولي للبضائع فهناك (اتفاقية فيينا)

الاعتماد المستندي (UCP قواعد) وغيرها
أهمية الاعتماد المستندي في العراق :-

مما لا شك فيه، أن نشاط «الإعتمادات المستندية» في العراق كان قد تأثر في فترة «الحصار الاقتصادي» عام ١٩٩٠ وأُعيد العراق في تغطية أستيراداته على «الودائع النقدية» لدى مصرف الرافدين في «عمان لتعذر» فتح إعتمادات مستندية لحكومة العراق» بسبب قرارات الأمم المتحدة التي أقرت الحصار الاقتصادي، وعملت بمذكرة التفاهم خلال عام ١٩٩٦ وفتحت اعتمادات مستندية لعدد من المنظمات الحكومية آنذاك كلها كانت تتم بالتنسيق بين البنك المغطي (BANQUE NATIONAL DE PARIS) والبنك المراسل وتحريك الإعتمادات المستندية لمذكرة التفاهم تتم من خلال الأمم المتحدة. وتوقف العمل «بنشاط الإعتمادات المستندية» منذ آب ١٩٩٠ وحتى بعد أحداث ٢٠٠٣/٤/٩ لم يشهد نشاط الإعتمادات المستندية تقدماً ملحوظاً لتغطية إستيراداتها . وعلى أثر استقرار الوضع الأمني نسبياً ، وأزديار حجم الموازنة الانفجارية في عام ٢٠٠٨ فقد أدى إلى زيادة نشاط فتح الإعتمادات المستندية لتغطية «العقود الإستيرادية» . ومن المتوقع أن يزداد هذا النشاط بشكل كبير خلال الأعوام القادمة .

مخطط البحث :-

المبحث الأول:-تعريف مفهوم الإعتماد المستندي وأركانه وأطرافه وأنواعه.

المطلب الأول:- في تعريف الإعتماد المستندي وأطرافه .

المطلب الثاني:- أركان عقد الاعتماد المستندي

المطلب الثالث:- إجراءات واليات فتح الاعتماد المستندي

المطلب الرابع :-أنواع الإعتمادات المستندية.

المطلب الخامس :- فوائد ومخاطر الاعتمادات المستندية :-

المبحث الثاني :-الالتزامات المترتبة على طرفي عقد الاعتماد المستندي.

المطلب الأول :-الالتزامات المترتبة على البائع «المستفيد» .

المطلب الثاني :-الالتزامات المترتبة على «المشتري» .

المطلب الثالث :-الالتزامات المترتبة على «المصرف» .

المبحث الثالث :- الآثار القانونية المترتبة على عقد الاعتماد المستندي .

المطلب الأول :- علاقة المشتري (فاتح الاعتماد) بالبائع (المستفيد) . (يحكمها عقد البيع التجاري الدولي)

المطلب الثاني :- علاقة المشتري (فاتح الاعتماد) والمصرف . (يحكمها عقد الاعتماد المستندي)

المطلب الثالث :- علاقة المصرف (فاتح الاعتماد) بالبائع (المستفيد) . (يحكمها التعهد الصادر من المصرف للبائع)

الخاتمة :- المقترحات والتوصيات

المبحث الأول

تعريف مفهوم الاعتماد المستندي وأركانه وأطرافه وأنواعه

مستندات منصوص عليها شريطة ان تكون هذه المستندات مطابقة لشروط الاعتماد)) .أي بتعبير آخر، هو تعهد مصرفي مشروط بالوفاء. ومكتوب من بنك (يسمى المُصدّر) يسلم للبائع (المستفيد)، وذلك بناء على طلب المشتري (مقدم الطلب أو الأمر) وبالمطابقة لتعليماته ، يستهدف القيام بالوفاء (أي بوفاء نقدي أو قبول كمبيالة أو خصمها) وفي حدود مبلغ محدد خلال فترة معينة وفي نظير مستندات مشترطة))^٢ .

والدكتور علي البارودي يعرف الاعتماد المستندي بأنه ((تعهد صادر من البنك بناء على طلب العميل (يسمى الأمر، أو معطي الأمر) لصالح الغير المصدر (ويسمى المستفيد)، يلتزم البنك بمقتضاه بدفع أو بقبول كمبيالات مسحوبة عليه من هذا المستفيد، وذلك بشروط معينة واردة في هذا التعهد ، ومضمون برهن حيازي على المستندات الممثلة للبضائع المصدرة))^٣ ولكن يؤخذ عليه أنه ربط الاعتماد المستندي على التجارة الخارجية دون التجارة الداخلية . وكذلك الدكتور علي جمال الدين عوض يعرفه بأنه ((الاعتماد الذي يفتحه البنك بناء على طلب شخص يسمى الأمر، أيا كانت طريقة تنفيذه، أي سواء كان بقبول الكمبيالات أو بالوفاء ، لصالح عميل لهذا الأمر ، ومضمون بحيازة المستندات الممثلة لبضاعة في الطريق أو معدة للإرسال))^٤ .

أما الدكتورة سميحة القليوبي فقد عرفتة ((بأنه العقد الذي يلتزم بمقتضاه البنك بأن يضع مبلغا من المال تحت تصرف شخص يحدده العميل المتعاقد و يكون هذا الشخص المستفيد حائزا للمستندات التي تمثل البضاعة والمستندات المثبتة لعلاقاته مع العميل الامر

بهدف الوقوف على مفهوم ” الاعتماد المستندي ” باعتباره الصورة المهمة من صور الائتمان البنكي المباشر ، فلأبد من بيان تعريف مفهوم الاعتماد المستندي وتحديد أطراف الاعتماد المستندي في مطلب أول ، ثم نتحدث عن أركانه في مطلب ثان . والمطلب الثالث إجراءات واليات فتح الاعتماد المستندي، ونخصص المطلب الرابع لبيان أنواع الاعتمادات المستندية ، والمطلب الخامس لفوائد ومخاطر الاعتمادات المستندية .

المطلب الأول

في تعريف الاعتماد المستندي وأطرافه

أغلب التشريعات لم تعرف ” الاعتماد المستندي “ إلا ان بعض من رجال الفقه القانوني عرفه بأنه ((تعهد صادر من البنك بناء على طلب عميله الذي يسمى الامر بفتح اعتماد لصالح الغير الذي يسمى المستفيد مضمون بحيازة مستندات متمثلة لبضاعة منقولة أو معدة للنقل)) .

أما غرفة التجارة الدولية فقد عرفتة في المادة (٢) من الاصول والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية - ” الاعتماد المستندي “ بأنه ((عبارة عن تعهد يصدره البنك (مصدر الاعتماد) بناء على طلب احد عملائه (العميل او طالب فتح الاعتماد) لصالح طرف ثالث (المستفيد) يلتزم بمقتضاه البنك بقيمة الاعتماد او يفوض بنكا اخر بالدفع او بقبول ودفع سحوبات المستفيد مقابل

بالاعتماد والتي على البنك التحقيق منها و الحصول عليها لتنفيذ التزاماته بالاعتماد))^٥.
والأستاذان Terrel et H. le jeune ، يعرفانه ((بأنه كل فتح للاعتماد أيا كانت الصورة التي يتخذها يتم لمن كانت مرسلة إليه بضاعة في الطريق وسيكون مضمونا بواسطة المستندات المتعلقة بهذه البضاعة))^٦.

ويعرف الأستاذ بوتيلي بلوكاي للاعتماد المستندي بأنه ((تعهد بنكي بأداء مبلغ محدد لشخص معين عند تقديم مستندات محددة في تاريخ محدد))^٧.

وقانون التجارة العراقي رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ النافذ عرفه في المادة (٢٧٣/أ) ، الاعتماد المستندي بأنه ((عقد يتعهد المصرف بمقتضاه بفتح اعتماد لصالح المستفيد بناء على طلب الأمر بفتح الاعتماد، بضمان مستندات تمثل بضاعة منقولة أو مُعدة للنقل))^٨.

يتضح مما تقدم ؛ أن الاعتماد المستندي يقوم على إدخال طرف محايد يتمتع بثقة الطرفين إلى جانب قدرته على الوفاء بالديون و احترامه « وهي البنوك »^٩.

-أطراف الاعتماد المستندي- :

يرتب عقد الاعتماد المستندي سلسلة روابط ، لذا تبرز أهمية أطراف الاعتماد ، فإذا كانت الأطراف الرئيسية هي ثلاثة هم (المستورد ، المصرف ،و المصدّر) والبنك المركزي للمشورة إلا انه يمكن أن يزداد هذا العدد في اعتمادات مستنديه أخرى لتكون أطرافه متعددة فمنهم من حددها بأربعة أطراف هي (المستورد ، المصرف ، المصدّر ، والمصرف المرسل) ، أو قد يزداد إلى أكثر من ذلك ،

وفيما يأتي توضيح لكل طرف من أطراف « الاعتماد المستندي »^{١٠}.

١ -المشتري المستورد (الأمر بفتح الاعتماد) و يسمى الأمر أو «معطي الأمر و يسمى « الزبون» كذلك لأن البنك يتقيد عند فتح الاعتماد بالبيانات التي حددها العميل في طلبه من حيث أجل الاعتماد والمستندات التي يجب تقديمها ، فهو من يتقدم إلى البنك يطلب منه «فتح اعتماد مستندي» لفائدة « البائع » من أجل أداء ثمن البضاعة الذي سيقدم البائع المستندات الخاصة بها. وهو الجهة التي تطلب من المصرف فتح الاعتماد وفقاً لشروط يحددها في طلبه تتفق وشروط المصدّر الموضحة بالصيغة المتفق عليها في العقد . وهو ذلك العميل الذي يأمر البنك الذي يتعامل معه بفتح « الاعتماد المستندي». ومن خلال طلب إصدار الاعتماد يوقع الأمر على شروط إصدار الاعتماد وبالتالي يصبح ملتزماً بالوفاء للبنك ، إذ يتوجب عليه الوفاء بقيمة المستندات أو الكمبيالات المستندية المسحوبة في الاعتماد المستندي. وهو الشخص الطبيعي او المعنوي الذي يبرم عقد الاعتماد المستندي مع المصرف.

٢ -البائع وهو ((المستفيد)) الذي يصدر الاعتماد المستندي لصالحه والذي تصرف إليه قيمة الاعتماد عندما يتقدم بمستندات شحن البضاعة. والمصدّر هو الشخص الذي يتم فتح الاعتماد لصالحه بصفته المصدّر للبضائع بحيث تصرف قيمتها له متى التزم بالشروط الواردة في الاعتماد بعد تقديمه المستندات المطلوبة . وهو الطرف الوحيد المخول بالاستفادة من الاعتماد المستندي الذي يلزم عليه

تقديم المستندات حسب شروط الاعتماد كشرط للحصول المنفعة من الاعتماد. ونصت المادة (٢٨٠/ ف ثانيا) من قانون التجاري العراقي على أنه ((لا يتحمل المصرف اي التزام يتعلق بالبضاعة التي فتح الاعتماد بسببها)). وهذا الشخص ليس طرفا في عقد الاعتماد المستندي إلا ان الاعتماد يفتح لمصلحته .

٣- البنك المنشئي هو الذي يقوم « بفتح الاعتماد المستندي» بناء على طلب المشتري (الامر)، ويلتزم بذلك آزاء المستفيد بدفع قيمة (مبلغ) هذا الاعتماد إليه مقابل تقديمه وثائق ومستندات شحن البضاعة. هو المصرف المصدر الاعتماد الذي يتعهد بدفع مبلغ الاعتماد للمصدر لدى تقديمه المستندات ، ويلتزم بتنفيذ تعليمات المستورد وما يلتزم به المصدر . وهو البنك الذي يلتزم بمقتضاه سداد قيمة المستندات أو قبول الكمبيالات المسحوبة لصالح المستفيد (البائع - المصدر) أو إصدار التعهد بالدفع في تاريخ الاستحقاق وفقا لبنود خطاب الاعتماد، وذلك عند وفاء المستفيد بشروط الاعتماد المستندي.

٤- البنك المراسل أو (المؤيد) وهو البنك الذي يأخذ على عاتقه مسؤولية سداد قيمة المستندات أو قبول الكمبيالات المسحوبة عليه من المستفيد أو إصدار التعهد بالدفع بيوم أجل حسب بنود الاعتماد إذا كان الاعتماد أجلا ، أي أن يكون ذلك البنك ضامنا متضامنا مع البنك الفاتح للاعتماد أمام المستفيد. وهو إما يبلغ المستفيد بخطاب الاعتماد الوارد عليه من «البنك المنشئي» أو لإضافة تأييده إلى الاعتماد إذ يلتزم في هذه الحالة الاخيرة بتسليم المستندات من المستفيد و فحصها و أداء قيمة الاعتماد إلى هذا الاخير وإرسال المستندات و

كل الوثائق المتعلقة بالعملية إلى البنك المنشئي. والمصرف المراسل ؛ هو المصرف الذي يستعين به المصرف مصدر الاعتماد في بلد البائع أن لم يكن لديه فرع هناك. بتعبير أكثر توضيحا ، هو البنك المسؤول أو المنتخب (المسمى) من قبل البنك الفاتح للاعتماد عن تبليغ الاعتماد المستندي للمستفيد عند وصوله لمكتبه ، ويعد هذا البنك غير ملتزم التزاما ماديا تجاه المستفيد. ولا يعتبر تبليغ البنك المراسل للمستفيد بمثابة « التزاما ماليا » إن لم يكن معززا أو مؤيدا لذلك الاعتماد . وكما نصت على ذلك المادة (٢٧٨/ ف ثانيا) من قانون التجارة العراقي ^{١١} على أنه ((لا يعتبر مجرد الاخطار بفتح الاعتماد المستندي البات المرسل الى المستفيد عن طريق مصرف اخر تنبيها من هذا المصرف للاعتماد)). ويسمى ايضا بمصرف البائع او المستفيد.

٥- البنك المؤيد أو المعزز :- قد يطلب البنك المنشئي من البنك المراسل « اضافة تأييد» أي يقوم هذا البنك بإضافة التثبيت (التعزيز) على الاعتماد المستندي فيصبح ملتزما بنفس التزام البنك المنشئي أي بدفع قيمة الاعتماد إلى المستفيد عند تقديم مستندات شحن البضاعة إليه. ويسمى بالبنك المؤيد ، مقابل عمولة يحصل عليها من البائع والمشتري .

من هنا يتضح ، بأن الاعتماد المؤيد يعد «الالتزاما إضافيا » من قبل البنك الذي قام بتأييد الاعتماد. وبالرجوع إلى قانون التجارة العراقي بمادته (٢٧٨/ ف أولاً) على أنه يجوز تثبيت الاعتماد البات من «مصرف اخر ((يلتزم بدوره بصفة قطعية ومباشرة تجاه المستفيد)). وهو في الواقع يعطي ((الضمانة الأكيدة)) للبائع باستلام قيمة المستندات التي يقدمها البائع

إليه حتى في حالة عدم تسديد المشتري لقيمة تلك المستندات.

٦- الناقل:- وهناك من يضيف طرف خامس هو «الناقل» وهو شركة النقل (سفينة، شحن بري، طائرة) باعتبار هذا الطرف هو المسؤول عن تسلم البضاعة من مرفأ الانطلاق إلى مرفأ الوصول ويقوم بتسليمها بمجرد إظهار المستندات المؤيدة لها والتي يتم الحصول عليها من المصرف المغطى^{١٢} و(المصرف المعزز والمصرف المبلغ).^{١٣}

المطلب الثاني

أركان عقد الاعتماد المستندي

لا يكفي لإبرام عقد الاعتماد المستندي باعتباره من العقود الرضائية توافر الاركان التقليدية الثلاثة وهي (الرضا والمحل والسبب). وهناك أركان أخرى (العقد الدولي، البائع، المشتري ، المصرف ، المستندات ، البضاعة).

أولا : الرضا :- ويتحقق وجود ركن الرضا في «عقد الاعتماد المستندي» بالتعبير عن الإرادة من طرفي العقد وهما (المصرف والمشتري) المستورد الأمر بفتح الاعتماد وان يحصل توافق بين ارادتي الطرفين بأن يتطابق الإيجاب الصادر من احد الطرفين مع قبول الآخر. ويتمثل الإيجاب في « طلب فتح الاعتماد المستندي» للمصرف. وغالبا ما تعتمد المصارف (انموذجا مكتوبا) ويتضمن جميع اسم المشتري واسم المستفيد (البائع) ومبلغ الاعتماد ومدة الاعتماد وتفاصيل البضاعة التي سيتم فتح الاعتماد من اجل وفاء ثمنها , وتفاصيل عن المستندات الواجب تقديمها الى المصرف حتى يقوم بأداء مبلغ الاعتماد . اما

القبول ؛ فيصدر بقرار من المصرف يتضمن الموافقة عليه أو برفض الطلب ، فالموافقة تكون بمثابة «قبول» للإيجاب الصادر من العميل . ولا يكفي ان يكون الرضا موجودا وإنما ينبغي ان يكون صحيحا ايضا بأن يكون صادرا من شخص متمتع بالاهلية وان تكون ارادته خالية من عيوب الرضا. والشخصية المعنوية للمصرف تكسبه أهلية القيام بجميع العمليات المصرفية ومنها الاعتماد المستندي. والمشتري (العميل) ينبغي ان يكون متمتعا بالاهلية التجارية، ويجب ان تكون ارادة كل من الطرفين سليمة خالية من العيوب الرضا .

ثانيا : المحل :- والمحل في «عقد الاعتماد المستندي» هو (المبلغ النقدي) الذي يتعهد المصرف بأدائه الى (المستفيد) بناء على طلب المشتري (الأمر بفتح الاعتماد) . وينبغي أن يكون (موجودا) و(معينا) و(مشروعا) وغير مخالف لإحكام قانون بلد المشتري الذي ابرم فيه عقد الاعتماد المستندي.

ثالثا : السبب :- السبب في «عقد الاعتماد المستندي» هو (الغرض المباشر) فالعميل (يدفع العمولة) والمصرف يلتزم بفتح الاعتماد، وان يكون الباعث الدافع على ابرام «عقد الأعتداع المستندي (مشروعا), وألا كان العقد باطلا. فعندما يدفع العميل ثمن بضاعة «يحظر القانون استيرادها». كمن يستورد بضاعة من الدنمارك ودولته اصدرت قانونا يحظر التعامل مع الدنمارك . هذا وتطبق على ((السبب)) احكام القواعد العامة .

بالأضافة للأركان المهمة « لعقد الاعتماد المستندي» ولا ينعد ولا يتحقق ألا بوجودها، وإذا فقد أي ركن منها يعرض أطرافه إلى مخاطر وخسائر مالية وكلفة عالية ورسوم

مصرفية وتأخيرات في وصول السلع وقد تؤدي إلى مشاكل أخرى. وهناك أركان أخرى (العقد الدولي، البائع، المشتري، المصرف، المستندات، البضاعة) هي :-

أولاً:- وجود (عقد بيع دولي) :- يعني وجود ((عقد دولي بين العميل والمستفيد)) هو العقد الاساسي والذي تنشأ بقية العقود من اجل تنفيذه. ولنفرض ان هذا العقد الدولي هو (عقد بيع بضائع) اتفق فيه على وفاء الثمن عن طريق اعتماد مستندي، فيقوم المشتري بفتح الاعتماد المطلوب وبعكسها يعد (مخلا بعقد البيع) ويترتب عليه (رفض البائع تسليم البضاعة) وله حق المطالبة بالتعويض. وعليه؛ فعقد الاعتماد المستندي يفتح عادة بوجود عملية بيع دولي، وهو العقد الاول الذي يحتوي على معلومات تتعلق بالطريقة المتفق عليها للدفع والتفاصيل الاخرى.

ثانياً:- وجود تعهد مصرفي :- يثبت المصرف على المستند (تعهد) ويسمى هذا الاعتماد المستندي القطعي.

ثالثاً:- وجود أطراف متعددة :- عقد الاعتماد المستندي يتطلب أطراف متعددة وهم (طالب فتح الاعتماد - المشتري) و(المصدر - البائع) و(البنك - فاع الاعتماد) وكذلك (البنك المغطى) و(البنك المعزز أو المؤيد). والبعض يضيف اليهم (الناقل). باعتباره المسؤول عن تسلم البضاعة من مرفأ الانطلاق إلى مرفأ الوصول ويقوم بتسليمها بمجرد إظهار المستندات المؤيدة لها.

رابعاً :- ينبغي توافر شروط وإجراءات محددة :- يمتاز عقد الاعتماد المستندي بإجراءات معينة ومحددة وعلى المصدرين والمستوردين استيعاب وفهم كامل لهذه

الإجراءات المتبعة في عملية فتح الاعتماد المستندي من اجل حماية أنفسهم ضد أي خلافات محتملة مع المصارف أو الشركات الأخرى، لاسيما أن هذه الإجراءات تهدف إلى تقليل المخاطر والتكاليف غير الضرورية فيكون الاعتماد المستندي خالياً من المشكلات، إذ ان شروط الاعتماد تتمثل (كنوعه وتاريخ فتحه وصلاحيته وقيمه... الخ). ويجب ان يكون الاعتماد المفتوح مطابقاً للشروط المتفق عليها في عقد البيع وألا اعتبر الاعتماد المفتوح معيباً وجاز للبائع رفضه.

خامساً :- وجود ((المستندات)) التي تمثل البضاعة المشتراة، والالتزام بمحتويات وتعليمات الاعتماد وثم توقيع المستورد على الاعتماد يكون ملتزماً بما جاء به. وهذا يتعامل جميع الاطراف المعنية بعمليات الاعتماد بمستندات ولا تتعامل ببضائع او خدمات او غير ذلك من اوجه التنفيذ التي قد تتعلق بها تلك المستندات. ويجب على البنوك ان تخلص جميع المستندات المنصوص عليها في الاعتماد بعناية معقولة للتأكد مما اذا كانت تبدو في ظاهرها مطابقة لشروط الاعتماد ام لا. ونصت المادة (٢٧٩/ف أولاً وثانياً) من قانون التجارة العراقي ((أولاً:- على المصرف ان يتحقق من مطابقة المستندات لتعليمات الامر بفتح الاعتماد. ثانياً: اذا رفض المصرف المستندات فعليه ان يخطر الامر بذلك فوراً مبيناً له اسباب الرفض)). ومبدأ المطابقة الظاهرية هو الذي يقرر «مبدأ الاستقلال»^{١٤} ويحمي البنك ويجعله اكثر اطمئناناً على حقه باسترداد ما دفع، فهو يقوم بمقارنة ظاهراً للمستندات مع شروط الاعتماد فإذا كانت مطابقة يلتزم بالوفاء وإذا لم تكن مطابق كان له رفضها. لذا يستطيع البنك وفقاً لهذا المبدأ اتخاذ قراره بقبول المستندات او رفضها بسرعة وثقة وبأقل التكاليف الادارية.

ونصت على ذلك المادة (٢٨٠ / أولاً وثانياً) من قانون التجارة العراقي النافذ ((اولاً : لا يسأل المصرف اذا كانت المستندات مطابقة في ظاهرها للتعليمات التي تلقاها من الامر. ثانياً : لا يتحمل المصرف اي التزام يتعلق بالبضاعة التي فتح الاعتماد بسببها)).

والسؤال المطروح ، ما الحكم لو ضاعت المستندات أو جزءاً منها في الطريق ، الجواب؛ يمكن للمستفيد في هذه الحالة تقديم مستندات بديلة ، وفي الأحوال التي يتم فيها تقديم هذه المستندات البديلة خارج مدة صلاحية الاعتماد، فإن للبنك أن يرفضها وأن يمتنع عن تنفيذ التزامه ، إلا أن البائع لا يفقد حقه في الرجوع على المشتري بموجب عقد البيع الدولي .

والمستندات المطلوبة في الاعتماد هي «مستندات الشحن» التي تثبت ان المستفيد قام بشحن البضاعة المطلوبة فان الواقعة التي تجعل وفاء الاعتماد مستحقاً هي «واقعة ايجابية» تثبت تنفيذ المستفيد للعقد الاساس .

المطلب الثالث

إجراءات وآليات فتح الاعتماد المستندي

أن إجراءات فتح الاعتماد المستندي يتم استناداً لوجود علاقة قانونية سابقة بين طرفين هما ” البائع والمشتري “ وتكون هذه العلاقة القانونية هي ” عقد بيع دولي “. ويتطلب قيام العميل ببعض الاجراءات الخاصة ولتوضيح عملية الاعتماد المستندي على النحو الآتي:-

أولاً:- مثلاً مستورد عراقي في البصرة تعاقداً مع مجهز (صيني الجنسية) في العاصمة بكين على استيراد ”أدوات احتياطية للسيارات

الصينية ”بمبلغ (مائة ألف دولار) بشرط أن يتولى ”مصرف في بكين “وهو ”المصرف الآسيوي للاستثمار “ دفع ما يعادل المبلغ المذكور (يوان الصينية) إلى المجهز بموجب خطاب اعتماد مستندي . يعني وجود حساب (جاري) و ”رصيد مالي“ للحساب كاف لتغطية قيمة المستندات الخاصة بالاعتماد المستندي . ويكون الطلب من خلال تعبئة نموذج طلب فتح الاعتماد المستندي المعد من قبل البنك فاتح الاعتماد. ويقوم المشتري بالتوقيع على الطلب “ ويكون هذا بمثابة ”عقد بين البنك فاتح الاعتماد والمشتري “ ليضمن البنك حقه “علماً بأن استمارة طلب فتح الاعتماد المستندي تتضمن معلومات موحدة في جميع البنوك ، إلا أن أشكال استمارات طلب فتح الاعتماد المستندي تختلف من بنك لآخر ، أما المعلومات الجوهرية فهي متفق عليها.

ثانياً :- يوافق المشتري على طلب المجهز بهذه الطريقة ، فيقوم المجهز الصيني بتسليم كافة الوثائق والمستندات مقابل الدفع ، وتشمل (قوائم تتعلق بالبضاعة ووثيقة الشحن تبين أن البضاعة قد شحنت أو استلمت للشحن) وكذلك وثيقة التأمين ووثائق أخرى .

ثالثاً:- يتم تنفيذ عملية إجراء الاعتماد المستندي عن طريق وساطة (مصرفين) إذ يراجع المشتري مصرفه في البصرة ويطلب منه إصدار ”خطاب اعتماد غير قابل للنقض “ لمصلحة البائع الصيني وان يبلغ البائع به .

رابعاً:- يقوم ”مصرف البصرة “ بإعداد خطاب الاعتماد المستندي ويرسله إلى (المصرف المراسل) في ”بكين “ ونفرض انه (المصرف الآسيوي للاستثمار) فيقوم

بعض الاجراءات الخاصة لغرض فتح الاعتماد المستندي، وصدرت تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢٠) لسنة ٢٠١٤ والضوابط^{١٧} الواردة بكتاب وزارة التخطيط المرقم ١٥٧٩٢/٧/٤ في ٢٠/٧/٢٠١٤^{١٨}.

المطلب الرابع

أنواع الاعتمادات المستندية

تعرف الاعتمادات المستندية تنوعا كثيرا في أقسامها حسب ما يفرضه الواقع العملي والشروط المعتبرة في العقود المنشئة لها. ولكل واحد من هذه الانواع طبيعة وخصائص تميزه عن الاخرى، وعلى هذا الأساس تقسم الاعتمادات المستندية إلى :-

أولاً: من حيث "درجة الأمان وقوة الالتزام فيه"، أو من حيث طبيعة مسؤولية المصرف إلى :-

١- عقد الاعتماد المستندي القابل للإلغاء^{١٩}:- وهو الاعتماد الذي يستطيع المصرف المشتري الغاءه والرجوع عنه في أي وقت وبغير حاجة الى اخطار المستفيد ودون مسؤولية عليه تجاه الأمر بفتح الاعتماد (المشتري) او المستفيد (البائع). وفي هذا الصدد ذهب المشرع العراقي في قانون التجارة رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ خلافا لبعض القوانين^{٢٠} يجوز ان يكون «الاعتماد المستندي باتاً» او قابلاً للإلغاء ما لم يتفق صراحة على خلاف ذلك «أي على قابليته للإلغاء»^{٢١}. ولا يترتب على عقد الاعتماد المستندي القابل للإلغاء اي التزام على المصرف تجاه المستفيد ويجوز للمصرف تعديله او الغاؤه من تلقاء نفسه او بناء على

الأخير بإيصال الخطاب إلى "البائع الصيني" ويُدْرَج اسم المصرف المرسل في خطاب الاعتماد بوصفه المصرف الذي سيقوم بالدفع بوصفه وكيل لمصرف البصرة مقابل الالتزام بشروط الاعتماد. ويكون التبليغ عن طريق نظام السويفت وهو النظام الأكثر شيوعاً.

خامساً:- يقوم المصرف الصيني بإبلاغ البائع بعد استلامه خطاب الاعتماد.

سادساً:- يقدم المجهز الصيني كافة الوثائق والمستندات المتفق عليها مع المشتري إلى مصرفه (المصرف الآسيوي للاستثمار) ويستلم ثمنها من المصرف الصيني المذكور.

سابعاً:- يرسل المصرف الصيني "المصرف الآسيوي للاستثمار" المستندات المذكورة إلى مصرف البصرة ويطلبه بتغطية المبلغ الذي دفع للمجهز الصيني.

ثامناً:- يقوم مصرف البصرة بمطالبة عميله (المشتري) بتسديد المبلغ الذي يمثل قيمة البضاعة المستوردة. وفي حالة امتناع المشتري عن تسديد المبلغ يكون من حق مصرف البصرة التنفيذ على البضاعة عن طريق البيع لاستيفاء دينه، بعد استحصاله على إذن أو تصريح من القضاء ببيعها.

تاسعاً:- يقوم المشتري بتسديد المبلغ مقابل قيام مصرف البصرة تسليمه مستندات البضاعة وتسليمه أمر تسليم موجه إلى "الناقل" لغرض تحرير البضاعة وتسليمها إلى المشتري.

هذا ونصت المادتين (٨ و ١٦٩) على الخطوات العملية والضوابط وفقاً لتعليمات تنفيذ العقود الحكومية لعام ٢٠٠٨ على

طلب الامر.^{٢٢} فاذا قدمت المستندات التي فتح الاعتماد بسببها وكانت مطابقة لبيانات شروط عقد الاعتماد خلال مدة العقد وقبل طلب الغاء الاعتماد يكون المصرف والامر مسؤولين تجاه المستفيد.^{٢٣} الأمر الذي أصبح مع التعقيدات العملية التي يثيرها هذا النوع «نادر الوجود ولا يتمتع بطابع الثقة»، حتى أن البنوك أصبحت ترفض إصدار مثل هذا النوع من الاعتمادات المستندية . ولهذا لا يشكل هذا الاعتماد «ضمانه كافية للمستفيد» اذ قد يشحن المستفيد البضائع وبفاجأ عند تقديم المستندات الى البنك للوفاء بان الاعتماد قد تم الغاؤه او تعديله بشكل يجعل المستندات المقدمة غير مطابقة لشروط الاعتماد في صيغته المعدلة.^{٢٤}

والتكليف الشرعي للاعتماد المستندي غير القابل للنقض هو أنه (عقد مركب من الكفالة (الضمان) والوكالة، وينضم إليهما القرض، وكذلك (الرهن للتوثيق) ، فالضمان : هو الالتزام بالدفع . والوكالة : هي القيام بالأعمال التي تتعلق بالعملية مثل تبليغ الاعتماد وإجراء الاتصالات والمتابعة وفحص المستندات . والقرض : يتمثل في حالة الدفع عن العميل في الاعتماد غير المغطى أو المغطى جزئياً^{٢٥} .

٢- عقد الاعتماد المستندي غير القابل للإلغاء او القطعي:- في هذه الصورة يكون التزام المصرف في حالة الاعتماد المستندي غير القابل للإلغاء « قطعياً ومباشراً» تجاه المستفيد وكل حامل حسن النية للورقة التجارية المسحوبة تنفيذا للعقد الذي فتح الاعتماد بسببه. ولا يجوز الغاء الاعتماد المستندي البات او تعديله الا باتفاق جميع ذوي الشأن فيه.^{٢٦} أي يتعهد فيه مصرف المشتري فاتح الاعتماد،

تعهدا «شخصياً وقطعياً» تجاه المستفيد (البائع) بان يدفع له نقداً ثمن البضاعة مهما آلت اليه احوال المشتري حتى ولو أفلس او توفي، او بان يقبل ان يخصم المستندات المسحوبة لتسوية ثمن الصفقة. وتعهد المصرف في هذا الشأن تعهد «بات قطعياً». ولا يجوز الغاء الاعتماد المفتوح او تعديله الا باتفاق جميع اصحاب العلاقة فيه.^{٢٧} ويسمى بالاعتماد القطعي وكذلك يسمى بالاعتماد البات ، وهو الاعتماد الذي لا يجوز بأي حال من الأحوال نقضه أو تعديله بدون موافقة ذوي الشأن وهم الأطراف الثلاث للاعتماد المستندي وهم (الامر والمستفيد والبنك). وهذا النوع من الاعتمادات المستندية هو الأكثر استعمالاً وإقبالاً عليه من قبل التجار والمستوردين والمصدرين ذلك لأن عنصر الثقة والأنتمان فيه عالياً. ويشكل الاعتماد المستندي غير القابل للإلغاء تعهداً ثابتاً يلتزم به المصرف فاتح الاعتماد تجاه المستفيد الوفاء بالتزاماته المنصوص عليها في الاعتماد المستندي شريطة تنفيذ المستفيد شروط الاعتماد المستندي . وهو من أكثر الانواع ضماناً لحقوق المستفيد لانه غير قابل للإلغاء ولا ولأن المستفيد له الخيار بمطالبة المصرف فاتح الاعتماد او المصرف الوسيط كونه يوجد في بلده بحيث اذا امتنع عن الوفاء فإنه يقيم الدعوى عليه في محاكم بلده وينفذ الحكم الذي يحصل عليه ضده في نفس البلد. ولا يجوز إلغاء الاعتماد غير القابل للنقض بمجرد " انتهاء مدة النفاذ" بل تضاف مدة مناسبة لا تتجاوز ثلاثين يوماً لأغراض تداول المستندات . لذا يقتضي فتح اعتماد مستندي "غير قابل للنقض"، في حالات التعاقد مع جهات (أو شركات) أجنبية لتنفيذ عمل معين، توريد (أجهزة، مواد، معدات) أو

شراء خدمة ، وذلك لتغطية قيمة ذلك العقد بعد دراسة الشروط الخاصة بالاعتماد المستندي وفقاً للأصول والأعراف الدولية و ((تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم ٢ لسنة ٢٠١٤)) للاعتمادات المستندية قبل المصادقة على العقد، ويمكن (المجلس الوزراء) أستثناء^{٢٨} بعض الشركات أو الجهات من هذه التعليمات .

والتكليف الشرعي للاعتماد القابل للنقض هو : أنه من باب ((الوكالة الجائزة شرعاً))، وعندما يتعلق به حق الغير يصبح لازماً ، وذلك في حالة ما إذا تم القبول أو الدفع بموجبه، وليس هو من باب الكفالة ؛ لأنه مناقض لمقتضاها، ولعدم جواز شرط الخيار فيها^{٢٩} .

٣- عقد الاعتماد المستندي المعزز أو المؤيد من مصرف آخر:- يجوز تثبيت الاعتماد البات من «مصرف آخر» يلتزم بدوره بصفة قطعية ومباشرة تجاه المستفيد. ولا يعتبر مجرد الاخطار بفتح الاعتماد المستندي البات المرسل الى المستفيد عن طريق مصرف آخر تثبيتاً من هذا المصرف للاعتماد^{٣٠}. قد يطعن البائع لا الى المشتري ولا الى مصرفه فيشترط ان يتدخل مصرف ثان في العملية، وغالباً ما يكون المصرف المذكور هو المصرف الذي يتعامل معه في بلده. ويسمى هذا المصرف بالمصرف المراسل (البنك المبلغ للاعتماد). ويقتصر دوره على ((أخطار)) البائع بفتح الاعتماد وشروطه دون التزام من جانبه ، أو أن يتدخل لأعطاء ((تأييده أو تعزيره)) وفي هذه الحالة يصبح المصرف المؤيد ملتزماً بالتزاما باتاً وشخصياً تجاه البائع ، وبذلك يتحقق للمستفيد (ضمانتين مباشرتين) ضماناً فاعلاً للاعتماد، وضمانة المصرف المؤيد) كل منهما تستقل عن الأخرى .

وبتعبير أكثر تحديداً ، يطلب بموجبه البنك فاعل الاعتماد من البنك المراسل إضافة تعزيره عليه عند تبليغه للمستفيد وذلك بإضافة عبارة مفادها «أن الاعتماد يحمل تعزير البنك المبلغ وتعهده بالدفع أو القبول» حال تقديم المستندات بشرط مطابقتها لشروط الاعتماد. فضلاً عن أن تعزير الاعتماد من خلال «بنك وسيط» في بلد المستفيد يحقق له «السرعة في تنفيذ التزاماته» بتقديم المستندات المطلوبة.

ثانياً:- من حيث طريقة الدفع ، أي من حيث ميعاد الوفاء بقيمة الاعتماد إلى :-

١- اعتماد الدفع عند الاطلاع:-

هو الاعتماد الذي يتعهد بموجبه البنك بدفع قيمة الاعتماد للمستفيد عند تقديم المستندات المطلوبة. أي يتم الدفع في هذا النوع من الاعتمادات المستندية إلى المستفيد» بمجرد الاطلاع «وذلك بعد تسليم المستندات إلى البنك المصدر أو المعزز إن وجد وفحصها والتأكد منها، ويسمى هذا الاعتماد (بالاعتماد المنجز) . بمعنى آخر ، يدفع البنك فاعل الاعتماد بموجبه كامل قيمة المستندات المقدمة فور الاطلاع عليها والتحقق من مطابقتها للاعتماد^{٣١} .

٢- اعتماد السحب الزمني (القبول) أو اعتماد القبول:-

يستطيع المستفيد في الاعتماد المستندي أن يجري ((سحباً زمنياً)) إما على البنك المصدر أو المعزز إن وجد ويكون تاريخ الدفع بعد فترة زمنية، مثلاً بوليصة الشحن وعند تقديم أوراق الاعتماد المستندي فإن السحب سوف يقبل بدلاً من عملية الدفع وفي هذه الحالة يعتمد البنك مصدر الاعتماد والبنك المعزز إن وجد دفع

منها عند تقديم وثائق الشحن ونسبة أخرى يتم تسديدها بعد سنة واحدة أو سنتين من تاريخ استلام البضاعة، فيقوم المجهز بتحرير «سفحة مصرفية» يقوم البنك فاتح الاعتماد بالمصادقة عليها للاعتراف بقبولها ثم اعادتها إلى البنك المراسل لغرض الاحتفاظ بها وتقديمها عند الاستحقاق .

٤- اعتماد الدفعة المقدمة (الشرط باللون الأحمر) :-

قد يحتاج المستفيد أحياناً إلى بعض المال أو جزء منه لتكملة قيمة البضاعة المتفق عليها في الاعتماد المستندي فيقوم بالاستناد إلى الاعتماد المستندي الذي تضمن مثل هذا الشرط بأخذ دفعة على الحساب ليقيم بتكميله قيمة البضاعة أو لغايات التأمين أو الشحن وفي مثل هذه الحالة تكتب هذه الإعتمادات بالحبر الأحمر "الشرط باللون الأحمر" لتمييزه عن بقية الشروط والإعتمادات الأخرى. ولذلك نجد ان مثل هذه الإعتمادات قد اضيف لها شرط بعدم اعتبارها نافذة (Not operative) الا بعد إصدار خطاب الضمان الذي يغطي قيمة الدفعة المقدمة^{٣٤}.

وفي بعض الحالات الخاصة (كطلبات الشراء بأقيام بسيطة) يتم تحويل المبلغ بحوالة مصرفية قبل الشحن واستلام البضاعة إلى المورد لقاء خطاب ضمان بنفس المبلغ والعمله، أو يتم تحويل المبلغ بعد الشحن واستلام المواد لوجود تعامل سابق مع احد المجهزين وتوفر عنصر الثقة بين الطرفين. وهذا النوع من الإعتمادات يحمل طبيعة إستثنائية .

أذن ، هو اعتماد يحمل فقرة مطبوعة

قيمة السحب بتاريخ استحقاقه، بعبارة أوضح، هو الاعتماد الذي يشترط فيه على المستفيد ان يسحب على البنك سند سحب بقيمة الاعتماد يستحق الاداء بعد مدة من الاطلاع ويتعهد البنك بقبول سند السحب مقابل تسلم المستندات شريطة ان تكون مطابقة لشروط الاعتماد. ويعد «وسيلة لمنح الائتمان للمشتري» من وقت ابرام العقد حتى تاريخ استحقاق سند السحب . حيث يقوم البنك بتسليم المستندات الى المشتري والذي بدوره يتسلم البضاعة عند وصولها ويقوم باعادة بيعها ويزود البنك بالمبلغ اللازم لوفاء سند السحب عند استحقاقه^{٣٥}. والدفع يكون بموجب كمبيالات يسحبها البائع المستفيد ويقدمها ضمن مستندات الشحن. وتكون هذه السحوبات على المشتري فاتح الاعتماد، ولا يتم تسليم المستندات إلا بعد توقيع المشتري التزامه بالسداد في تاريخ الدفع المحدد^{٣٦}. ولا يجوز في اعتمادات القبول ، إجراء خصم كمبيالات ، أو شراؤها نقدا بأقل من قيمتها الاسمية .

٣- اعتماد مؤجل الدفع أو (اعتمادات الدفع بالآجل):-

وفيه يتعهد البنك بوفاء قيمة الاعتماد بعد (مدة محددة) من تاريخ تسليم المستندات التي تمثل البضاعة . ويتم بعد ذلك تسليم المستندات الى المشتري مما يمكنه من تسليم البضائع واعادة بيعها وتزويد البنك بالمبلغ المطلوب قبل التاريخ المعين للوفاء . ويستخدم هذا النوع «لمنح الائتمان» الى المشتري بدون حاجة لوجود «سند سحب» في حالة اعتماد الوفاء المؤجل، خلافا لأعتماد القبول . بتعبير آخر، قد يتم الاتفاق مع احد المجهزين على تجزئة الاعتماد المستندي بنسب معينة، يسدد نسبة

١- الاعتماد المستندي القابل للتحويل:-

يجوز بموجبه «للمستفيد» ان يطلب من البنك المفوض بالدفع القبول ان يجعل الاعتماد متاحاً كلياً او جزئياً الى «مستفيد اخر» او اكثر. ويستخدم كوسيلة «لمنح الائتمان للبائع». فاذا كان البائع ليس هو منتج البضاعة فانه يستطيع استخدام الاعتماد الصادر لمصلحته لوفاء التزامه في مواجهة «المنتج» او (مورد البضاعة) ^{٣٧}. بعبارة أوضح، قد يحتاج المستفيد في تنفيذ التزاماته إلى المساعدة والعون من قبل احد الوسطاء مقابل مبلغ معين، أو ان المستفيد قد يكون وسيطاً في توريد البضاعة ولذلك فانه يضطر إلى تحويل قيمة البضاعة الحقيقية إلى المنتج ويحتفظ بالنسبة التي أضافها على قيمة البضاعة كأرباح له في البنك المراسل أو المغطى ^{٣٨}.

لما كانت «صفة القابلية للتحويل» خلاف الاصل في العمليات المصرفية وهو انها تكون قائمة على (الاعتبار الشخصي)، فإن المشرع يفرض قيوداً على التحويل منها (١- موافقة المصرف صراحة ٢- لا يجوز تحويل الاعتماد القابل للتحويل لأكثر من مرة واحدة فقط ٣- ينصب على "مبلغ الاعتماد كله ٤- يجب ان لا تزيد مبالغ التحويل المجزأ على مبلغ الاعتماد ٥- معرفة الطرف الثالث الذي يحول إليه الاعتماد فقد يكون لدى المشتري بعض التحفظات تجاه الطرف الثالث. ٦- يجوز تحويل الاعتماد إلى مستفيد اخر في نفس القطر). فاذا توافرت هذه الشروط وتم تحويل الاعتماد فأن المتنازل له يصبح له حق مباشر قبل المصرف يستطيع مطالبته به مباشرة. ويأخذ التحويل صفة الاعتماد الاصيلي فاذا كان الاعتماد الاصيلي

«بالحبر الأحمر» لفت النظر إلى التعليمات الواردة فيه، وتنص على تفويض للمصرف الذي أتيح لديه الاعتماد بدفع مبلغ معين بنسبة من قيمة الاعتماد إلى المستفيد مقدماً قبل شحن البضاعة وقبل تقديم المستندات الموجبة للدفع.

٥- الاعتماد الدوّار (المتجدد) أو (القابلة

للتجديد)، أو من حيث طبيعة الاعتماد:-

يحدد الاعتماد بصورة "تلقائية" من حيث "مدة الاعتماد المستندي" أو من حيث قيمته وتكون هذه المدة المتجددة منصوص عليها في عقد الاعتماد المستندي دون الحاجة إلى تعديل أي شرط من شروط الاعتماد الأخرى. ويكون "للمدة أو للقيمة أو مجمع أو غير مجمع" ويتم تنفيذ دفعات شهرياً لمدة سنة على سبيل المثال على أن يتجدد قيمة الاعتماد (كل شهر) أي أن الاعتماد يصبح قابلاً للتنفيذ بحده الأعلى تلقائياً كل شهر وبالتالي يستطيع المستفيد أن يقدم للبنك كل شهر بمستندات شحن جديدة بالقيمة الشهرية المتفق عليها دون النظر إلى ما قد يستعمله في شهر معين من هذا الحد فإن لم يستخدمه سقط حقه فيه. ويفتح الاعتماد الدوّار المجمع (لستة أشهر أو لسنة) ومن ثم ينتهي ^{٣٥}. فالاصل في الاعتماد المستندي انه يخصص "لصفقة واحدة فقط". لكن قد يتم الاتفاق على صفقة يتم تنفيذها على دفعات ^{٣٦}. فيتم الاتفاق بين المصرف والمشتري على (فتح اعتماد لا ينتهي عند تنفيذه اول مرة) بل يتجدد كلما طلب المستفيد مبلغه خلال مدة معينة متفق عليها. بمعنى آخر، يتجدد مبلغها بشكل تلقائي ولمرات عديدة ضمن مدة نفاذ الاعتماد بشرط ان يتم شحن كامل المواد خلال تلك المدة،

ثالثاً:- من حيث حالة وجود وسيط ، أو من حيث قدرة المستفيد على تحويل حقوقه، فنقسم إلى:-

قابلاً للإلغاء كان التحويل قابلاً للإلغاء . وإذا كان الاعتماد غير قابل للإلغاء كان التحويل كذلك أيضاً^{٣٩}.

فهو اعتماد بموجبه يعطي البنك المصدر البنك المراسل شرعية شراء الكمبيالة المسحوبة بناء على الاعتماد المستندي بموجب تقديم الكمبيالة مستحقة الدفع بمجرد الاطلاع لدى المصدر للاعتماد أو أنها مستحقة الدفع في أجل لاحق معلوم، ومن ثم يتمكن البائع من الحصول على قيمة الاعتماد (الكمبيالة) حال تقديم المستندات المطلوبة السليمة الموجبة لدفع قيمة الاعتماد^{٤٠}.

هذا لا يجوز تحويل الاعتماد المستندي ولا تجزئته إلا إذا كان المصرف الذي فتحه مأذوناً في تحويله كله أو بعضه إلى شخص أو إلى جملة أشخاص غير المستفيد الأول بناء على تعليمات صادرة منه. ولا يتم التحويل إلا إذا وافق عليه ولا يجوز التحويل إلا مرة واحدة ما لم يتفق على غير ذلك.

٢- الاعتماد الظهيري (الاعتماد المفتوح بقوة اعتماد آخر) :

يتم اللجوء إلى الاعتماد المفتوح بقوة اعتماد آخر في الحالات التي يكون فيها المستفيد غير منتج للبضاعة المتفق عليها ما بينه وبين المشتري فاتح الاعتماد المستندي أو أن هذه البضائع لا تتوافر لديه من حيث (الكمية أو النوعية) الأمر الذي ينظر فيه المستفيد إلى شرائها من طرف آخر وحتى لا ينكشف الوضع التجاري أو المالي للمستفيد في هذه الحالة يقوم المستفيد بفتح اعتماد مستندي آخر مستند إلى الاعتماد الأصلي من حيث القوة بينه

وبين التاجر (المستفيد الجديد) الذي سوف يقوم بتزويده بهذه البضائع ،فيقدم «البنك الوسيط» اعتماد بضمان الاعتماد الأصلي لصالح المستفيد الثاني يعينه المستفيد الأصلي على أن تكون مدة الاعتماد الثاني أقصر من مدة الاعتماد الأصلي ، فيتمكن المستفيد الأصلي من جمع البضاعة وشحنها إلى المشتري قبل انتهاء مدة الاعتماد الأصلي.

٣- اعتمادات التداول المفتوح والمقيد (أقل شيوعاً) :-

اعتماد التداول المفتوح فيتعهد بموجبه البنك المصدر بالوفاء لاي بنك يقوم بتداول مستندات المستفيد شريطة ان تكون مطابقة لشروط الاعتماد . ويستخدم اعتماد التداول المفتوح اذا لم يكن للبنك المصدر فرع او بنك مراسل في بلد المستفيد .

أما اعتماد التداول المقيد هو الاعتماد الذي يخول فيه البنك المصدر بنك معين حق تداول مستندات المستفيد ويتعهد بوفاء قيمة الاعتماد لهذا البنك شريطة ان تكون المستندات مطابقة لشروط الاعتماد .

٤- الاعتمادات المساعدة أو المتقابلة :-

ويسمى هذا النوع من الاعتمادات ب (Back to back L/C) ويفتح عندما تكون هناك حاجة ماسة لايجاد مجهزين أو منتجين يشتركون مع المستفيد لتجهيز بضاعة معينة حيث يقوم المستفيد بفتح اعتماد مستندي لصالح المنتج بضمانه الاعتماد الاصلي ويصار إلى إصدار خطاب ضمان للاعتماد الاصلي مع ملاحظة ان مبلغ الاعتماد المقابل اقل من مبلغ الاعتماد الاصلي وكذلك بالنسبة إلى مدة نفاذه

التي تقل عن مدة الاعتماد الاصلي بعدة ايام لأغراض التداول^{٤١}.

وخلاصة القول ، أن عقد الاعتماد المستندي هو «عقد بيع ووكالة وكفالة ورهن وحوالة» ، بل الأفضل أن يؤخذ بأن الاعتماد المستندي «عقد جديد» لا تتناوله الصور السابقة ، وبما أن العقود ليس الأصل فيها التوقف فننظر في كل عقد جديد في مدى حليته وحرمة .

المطلب الخامس

فوائد ومخاطر الاعتمادات المستندية

تعد الاعتماد المستندي من أهم العمليات المصرفية في التجارة الدولية ؛ إذ تمنح بعض الثقة والائتمان لكل من البائع والمشتري. وهناك بعض المخاطر التي يتعرض لها ط المشتري «والمصرف وكذلك» البائع . وهذه الامور تنعكس «سلبا» على أطراف الاعتمادات المستندية سنحاول التعرف على الفوائد التي يحققها «عقد الاعتماد المستندي» ثم نتطرق بإيجاز في هذا البحث عن بعض المخاطر التي ينطوي عليها الاعتماد المستندي.

أولا :- فوائد الاعتمادات المستندية :-

الاعتمادات المستندية هي وسيلة سداد تحقق فوائد كثيرة هي :-

١-وسيلة للتوفيق وتسهيل المعاملات بين البائع والمشتري المتواجدين في بلدين مختلفين مما يؤدي إلى تسهيل التجارة الخارجية وتنشيطها.

٢-وسيلة دفع مضمونة في العمليات التجارية الدولية، حيث أنه يوفر الثقة بين المُصدّر والمستورد (أي طرفي عقد البيع) .

٣-توفر الاعتمادات المستندية تسهيلات ائتمانية لكل من المُصدّر والمستورد.

٤- مصدر ربح وفير للبنوك التي تتعامل بالاعتماد المستندي بما تحققه من عمولات نتيجة لفتحها هذه الاعتمادات.

٥- يفيد المجهز في الحصول على الثمن بسهولة ويسر وتعزيز المصرف للالتزام الجهة المتعاقدة بتسديد الثمن .

٦- لا مخاطر لانخفاض العملة الوطنية اذا كان هناك اتفاق على ان يتم التسديد بالعملة الاجنبية

٧- لا امتيازات للجهة المتعاقدة « الادارة».

٨-لا يعتبر الاعتماد ملزما للمستفيد إذ انه يمكنه اللجوء إليه فقط في حالة نشوب خلافات و نزاعات بين الطرفين .

٩-يمثل وسيلة وفاء بالتزامات العقد حيث يمكن للمصدر أن يحصل على ثمن بضاعته فور بدء تنفيذ العقد بتقديم المستندات المطلوبة و المطابقة تماما لشروط الاعتماد في حدود صلاحيته.

١٠- تمكين المستفيد من التمويل المباشر لعملية البيع إذ أنه يجنبها الانتظار والتأخير وذلك لحصول المستفيد على التمويل اللازم من بنكه قبل البدء في تجهيز المستندات و الشروع في الإنتاج .

١١- تحمي الاعتمادات المستندية أطراف البيع من مختلف الآثار الناتجة عن تغيير نظم المراقبة .

١٢- تمكن المستورد أيضا من التصرف في البضاعة عن طريق حيازته للمستندات ويدفع ثمنها ، ذلك لأن المصرف يرسل إليه المستندات بمجرد استلامها من المصدر .

ثانياً:- مساوئ (أو مخاطر) الاعتماد المستندي هي :-^{٢١}

١- عدم قدرة المستورد على تسديد المبلغ المحدد و في الوقت المقرر ، فيطلب من البنك - البنك المتعامل مع المستورد - تمديد الأجل ليسمح له بتحويل البضاعة إذا كانت مواد أولية و إيجاد مشتري إذا كانت منتوجات نهائية . وتكمن الخطورة إذا كان البنك لا يريد التخلي عن الضمان فيقوم بالاحتفاظ بحقه نحو هذه البضاعة وإظهار جميع الوثائق الخاصة بالسلعة و يقوم عندئذ وكيل شحن البضائع بأمر من البنك «بتخزين البضاعة لحسابه» .

٢- خطر خاص بفحص الوثائق و إعادة النظر فيها من طرف البنك المستورد ، بسبب قوانين و أحكام متعلقة بالاعتماد المستندي . وكذلك بالنسبة للبنك المصدر علماً أن هذا الأخير يلتزم به البنك المراسل .

٣- يواجه البنك المصدر (خطر عدم الوفاء له) رغم أنه متأكد من قدرة بنك المستورد على التسديد لبنك المصدر الذي سيتم تعويضه على المبلغ الذي أقرضه للمستفيد مقابل حصوله على الوثائق.

٤- خطر على المستورد عندما تكون «البضاعة غير مطابقة للطلبية» لهذا فهو يلجأ لاستعمال ضمانات تنفيذ حسن النية .

٥- لا يتمتع «المصدر» البائع بأي حماية أو أمان ، لذلك يجب دراسة نسبة حدوث هذا الخطر بدقة .

٦- أن تصل البضاعة إلى ميناء الوصول أو مكان الاستلام «مخالفة» لما اتفق عليه بين المشتري والبائع ويبقى الحق للمشتري في هذه الحالة بالرجوع على البائع بموجب عقد البيع ،

اذ لا يؤثر الاعتماد المستندي على حق الطرفين في الرجوع على بعضهما . وقد تستلزم إقامة الدعاوى أمام المحاكم، وقد يتعرض حقه للضياع نتيجة عدم قدرته في الرجوع على البائع بسبب عدم مطابقة البضائع الواصلة للمشتري.

٧- تجاوز البنك لحدود صلاحياته بأن فتح الاعتماد المستندي لصالح المستفيد بشروط أفضل، وفي هذه الحالة لا يستطيع البنك الرجوع على المشتري بما يترتب على هذا التجاوز من مصاريف وزيادة في النفقات.

٨- يبقى البائع معرضاً لمخاطر جراء شحنه للبضاعة دون استلام الثمن فعلاً، لحين قيام البنك بالدفع بعد مطابقتها للمستندات التي أرسلها المستفيد نفسه والمطابقة لشروط فتح الاعتماد.

٩- أن يقوم البنك بفتح الاعتماد ولكن يتأخر في إخطاره للمستفيد .

١٠- ومن المخاطر التي تتعرض لها البنوك هو عدم دقة البيانات والمعلومات المالية التي جمعتها إدارات الاعتمادات المستندية بشأن المركز المالي (للمشتري) وسمعته التجارية في الأسواق.

١١- وأهم المخاطر التي تلحق بأطراف عقد الاعتماد المستندي، سواء كان البنك أم المشتري هي عدم دقة المستندات، أو عدم كفايتها أو صحتها أو تزويرها أو فقدانها لأحد شروطها العامة أو الخاصة، أو التعارض بينها. لذا يجب إحاطتها ببعض الاحتياطات اللازمة لضمان قيام هذه العملية بوظيفتها الانتمائية.

١٢- كما أن الاعتماد المستندي قد ينطوي

على بعض المخاطر التي تحيط بالبائع، خاصةً إذا شُحن هذا البائع البضاعة للمشتري ورفض البنك تسليمه الثمن، ويتحقق ذلك في الأحوال التي يقوم فيها البائع بإرسال البضاعة للمشتري قبل استلام الثمن، فيرفض البنك تسليمه الثمن استناداً إلى عدم مطابقة المستندات المقدمة من قبل البائع لشروط الاعتماد. كما أن ضياع المستندات وهي في طريقها للبنك من شأنه أن يفوت الفرصة على البائع باستلام الثمن، خاصةً في الأحوال التي يكون فيها الاعتماد لمدة محدودة، الأمر الذي سينطوي عليه امتناع البنك عن تسليمه مبلغ الاعتماد لعدم وجود المستندات.

١٣- وقد يتعرض البنك لمجموعة من المخاطر في الأحوال التي لا تكون فيها إدارات الاعتمادات المستندية في البنوك على درجة كبيرة من التخصص والدقة في جمع البيانات والمعلومات عن العميل والمستفيد، وعن طبيعة البضاعة ونوعها؛ إذ نوصي البنك بهذا الخصوص لتلاشي مثل هذه المخاطر بالجوء إلى الاعتماد المستندي المغطى من قبل العميل، على أن تكون الغاية من حفظ الأموال هي رهنها أو اتخاذها ضماناً ليتمكن من التنفيذ عليها إذا ما لحقه ضرر نتيجة إفلاس المشتري أو هبوط الأسعار.

التي تشكل «عقد بيع دولي» تكون مستقلة عن علاقة البنك المنشيء بالأمر من جهة و بالبنك المراسل من جهة ثانية كما أن علاقة البنك المراسل بعلاقة البنك المنشيء تعد عقد (وكالة) تكون مستقلة عن علاقة البنك المنشيء بزبونه الأمر .

ولهذا تقتضي التطبيقات العملية أن يتضمن «عقد الاعتماد المستندي» على العناصر الأساسية التي تعين حقوق الأطراف المشتركة فيه، والالتزامات المترتبة من «المهام والواجبات» التي يلتزم بتنفيذها، وهذا وينتج عن فتح الاعتماد المستندي عدة التزامات قانونية يتحملها أطراف العقد المذكورة بعضها إزاء بعض .

ويمثل الاعتماد المستندي «خدمة مصرفية»، وتسهيلاً لعمليات التبادل التجاري الدولي وضمانة لتنفيذ البيوع الدولية، ويسمح بترتيب آثار قانونية معينة تربط بين المشتري و البائع على نحو يرتضيه الطرفان، وبين المصارف المذكورة .

ولأهمية هذه الالتزامات سنحاول في هذه البحث دراسة الالتزامات القانونية للعلاقات المذكورة ونعرضها بأيجاز في مطالب متعددة.

المطلب الأول

الالتزامات المترتبة على البائع «المستفيد»

يترتب على عقد الاعتماد المستندي عدد من الالتزامات بين أطرافه كل على حدا فالبايع «المستفيد» ملتزم إزاء (المشتري) الأمر بمقتضى عقد البيع الدولي الرابط بينهم

المبحث الثاني

الالتزامات المترتبة على طرفي عقد الاعتماد المستندي

من خصائص الاعتماد المستندي في إطار علاقاتها في التزامات الاطراف الاستقلالية تجاه بعضهما البعض فعلاقة الامر بالمستفيد

وكذلك أتجاه المصرف وعليه نحاول دراسة هذه الألتزامات في :-

أولاً:- التزام البائع اتجاه المشتري :-

١- يلتزم البائع «المستفيد» بتنفيذ جميع البنود والشروط الواردة في خطاب الاعتماد المستندي بكل دقة بعد أستلامه ، وإذا وجد الشروط مختلفه عن تلك التي اتفق مع المشتري (العميل الأمر) عليها فيحق له أن يرفض الاعتماد المستندي و يهمله.

٢- يقوم بأرسال كافة « المستندات المطلوبة والمعينة في خطاب الاعتماد إلى (مصرف فاتح الاعتماد) خلال مهلة المحددة في خطاب الاعتماد (أي قبل تاريخ انتهاء الصلاحية) لقبض (مبلغ الاعتماد) منه أو لسحب الكمبيالات عليه .

٣- التزام البائع « المستفيد» على تنظيم المستندات وفقاً لشروط خطاب الاعتماد المستندي ، ومن ثم تقديمها للمصرف الذي يدقق فيها ، فإذا وجدها غير مطابقة فما عليه إلا رفضها أو إعادتها إلى المستفيد لتصحيحها في حال كان ذلك ممكناً ضمن مهلة صلاحية الاعتماد.

٤- يلتزم البائع بشروط عقد البيع وشروط عقد الاعتماد المستندي وإلا فقد منه كمستفيد إي دائن بقيمة البضائع .

٥- يلتزم البائع (المستفيد) بأعتباره هو المسؤول عن جميع الترتيبات فيما يخص نقل البضاعة و شحنها انطلاقاً من البنود و الشروط المنصوص عليها في العقد البيع الذي أبرم بينه و بين المستورد إضافة الى تجميع و تجهيز

كل الوثائق والمستندات بصورة مطابقة لما هو على متن العقد .

٦- يقوم بتقديم كل الوثائق والمستندات للبنك المبلغ ضمن مدة صلاحية الاعتماد و بالمقابل قبض قيمتها حسب ما هو منصوص عليه .

ثانياً:- التزام البائع اتجاه المصرف:-

١- يلتزم البائع بشروط عقد البيع الدولي وشروط عقد الاعتماد المستندي اتجاه المصرف باستيفاء حقه منه بموجب عقد الاعتماد .

٢- يتحمل البائع (المستفيد من الاعتماد) المصاريف والفوائد المترتبة التي يتطلبها فتح الاعتماد المستندي خارج العراق ، ويفضل عند التعاقد تحميل تلك المصاريف على البائع ويثبت ذلك في نص الاعتماد .

المطلب الثاني

الألتزامات المترتبة على «المشتري»

أولاً:- التزام المشتري تجاه البائع :-

١- يلتزم المشتري إمام البائع بشروط البيع

٢- يلتزم الأمر (المشتري) بدفع العمولة و المصاريف و الفائدة المتفق عليها إلى البنك و بتلقى المستندات المتعلقة بالبضاعة عند إخطاره من طرف البنك و أداء قيمتها.

٣- يلتزم المشتري بأن تكون الشروط التي يحددها إلى «المصرف فاتح الاعتماد» واضحة ودقيقة وشفافة. وعدم قبول فتح اعتماد مستندي قابل للتحويل ، باستثناء حالات التحويل لصالح الجهات المصنعة المثبتة في العقد .

٤- يلتزم المشتري بدفع قيمة المسحوبات

المتداولة أو دفع قيمة المستندات نظراً للاعتماد المستندي طالما كانت هذه المستندات ظاهرياً مطابقة لأحكام وشروط الاعتماد الموقع عنه.

ثانياً:- التزام المشتري تجاه المصرف :-

١- يلتزم المشتري إمام المصرف بالوفاء .

٢- يتحمل المشتري (طالب فتح الاعتماد) المصاريف الخاصة بإجراءات فتح الاعتماد المستندي التي تترتب على ذلك داخل العراق .

٣- يلتزم المشتري في الاعتماد المستندي التزام «بدفع قيمة المستندات بنفس العملة الأجنبية التي دفع بها البنك بموجب الاعتماد»^{٤٣}، فانه يترتب على ذلك ان يرد المشتري ما يعادل هذا المبلغ بالعملة المحلية طبقاً لأسعار الصرف في بلد (المشتري) وقت الرد. ولذلك فان المشتري هو الذي يتحمل تقلبات اسعار الصرف اذا ادت الى انخفاض قيمة النقد المحلي بسبب ارتفاع قيمة العملة الأجنبية عند الرد.

المطلب الثالث

الالتزامات المترتبة على ((المصرف))

وتقوم المصارف بدور الوسيط في هذه العملية . فمصرف المشتري (يفتح الاعتماد المستندي لصالح البائع) , ويتعهد له بدفع مبلغ من النقود يعادل قيمة البضاعة المستوردة ، بعد ان يرسل البائع مستندات شحن البضاعة . فيطمئن البائع من انه سيقبض الثمن ويتأكد المشتري بانه لن يدفع قيمة البضاعة الا بعد ان يكون البائع قد شحنها اليه.

هناك عدد من المصارف ترتبط بهذا العقد التجاري أو عقد الاعتماد المستندي، نتطرق

إلى التزامات ودور كل مصرف :-

أولاً:- المصرف المنشئ (أو فاتح للاعتماد):-

١- يلتزم بفتح الاعتماد لمصلحة المستفيد «البائع» بناءً على طلب العميل «المشتري» «متعهداً بالدفع أو القبول أو التداول للسحوبات المسحوبة عليه.

٢- يلتزم أتجاه المشتري بفحص المستندات فحصاً دقيقاً للتثبت من صحتها ومن ثم تسليمها له ليسترد ما دفعه مضافاً إليه العمولات.

٣- يلتزم «البنك المنشئ» لعقد الاعتماد المستندي بدفع «مبلغ الاعتماد المستندي» إلى «المستفيد» بعد فحص كافة المستندات أو إلى «البنك المراسل» إذا طلب وفاء المبلغ .

٤- يلتزم المصرف الذي فتح الاعتماد بتنفيذ شروط (الوفاء والقبول والخصم) المتفق عليها في عقد الاعتماد ما دامت المستندات مطابقة لما ورد فيه من بيانات وشروط. (المادة ٢٧٤) من قانون التجارة العراقي .

٥- يلتزم المصرف اتجاه البائع بتسديد قيمة الاعتماد والرجوع على المشتري إذا لم يسدد القيمة كاملة بصفته» دائناً له «بعد تصفحه للمستندات وتسلمها له .

٦- يلتزم المصرف - بان يدفع الى شخص ثالث (المستفيد) او لأمره، او بان يدفع او يقبل او يخصم سندات تجارية (سند سحب) مسحوبة من قبل المستفيد. او ... بان يخول مصرفاً اخر بالدفع، او بقبول او خصم سندات السحب المذكورة وذلك مقابل تسليم مستندات معينة يقتضي ان تكون مطابقة لشروط الاعتماد».

وبتعبير آخر، الاعتماد المستندي هو عقد بين المصرف وزبونه الأمر بفتح الاعتماد، يتعهد المصرف بموجبه بان يدفع للمستفيد مبلغاً معيناً من النقود، أو بان يقبل أو يخصم لصالحه سندات سحب مسحوبة بقيمة معينة مقابل تسليم المذكور (المستفيد) مستندات معينة .

٧- للمصرف الحرية في قبول فتح الاعتماد أو رفضه ، وعند موافقته يلتزم «المصرف» بتعليمات المشتري و لاسيما فيما يتعلق بالمستندات .

٨- لا يستطيع البنك التحلل من التزامه بدفع قيمة خطاب الاعتماد إلى المستفيد في حال تقديم الأوراق المطلوبة ومطابقة الشروط إذ أن هذا الاعتماد يرتب في ذمة البنك التزاماً أصيلاً لا يستطيع الرجوع عنه .

٩- لا يترتب اي التزام على المصرف تجاه المستفيد (في عقد الاعتماد المستندي القابل للإلغاء) وإنما يجوز للمصرف تعديله أو الغاؤه من تلقاء نفسه أو بناء على طلب الامر. وإذا قدمت المستندات التي فتح الاعتماد بسببها وكانت مطابقة لبيانات شروط عقد الاعتماد خلال مدة العقد «وقبل طلب الغاء الاعتماد» يكون المصرف والامر (المصرف والمشتري) مسؤولين تجاه المستفيد (البائع). (بتصرف في المادة ٢٧٦ /اولا وثانيا) من قانون الجارة العراقي) .

١٠- يلتزم ويتعهد المصرف (بالوفاء أو بالتداول أو بأداء) أي التزام آخر بموجب الاعتماد لا يكون خاضعاً لأي إعفاءات أو حجج من طالب الإصدار ناتجة عن علاقاته بالمصرف الفاتح أو المستفيد. لأن عقد الاعتماد المستندي بطبيعته «عملية مستقلة» عن عقد البيع الدولي أو غيره من العقود التي قد يستند إليها المصارف .

١١- يلتزم المصرف المنشئ بصفة جوهرية وأساسية – بتعليمات المشتري « حرفياً » وفتح الاعتماد المستندي بناءً للشروط الموضوعية من قبله ، فلا يجوز له أن يضيف شروطاً في فتح الاعتماد من تلقاء نفسه باعتبار أن له أو لعميله مصلحة في ذلك ، لأن خطاب الاعتماد «مستقل » عن مصلحة المصرف و مصلحة العميل المشتري.

١٢- يلتزم المصرف « بتبليغ خطاب الاعتماد المستندي» إلى « البائع» المستفيد، من تلقاء نفسه ، أو قد يكلف مصرف آخر يتعامل معه في بلد المستفيد ليقوم بتبليغ خطاب الاعتماد الذي يقوم بتبليغه .

١٣- يلتزم «المصرف المنشئ» التزاماً (بتحقيق نتيجة وببذل عناية) من جراء فحصه وتدقيق المستندات و مطابقتها لتعليمات المشتري. والتأكد من سلامتها و خلوها من التزوير، ولا يسأل إذا كانت المستندات «مزورة» بطريقة فنية لا يمكن كشفها إلا بواسطة خبير، والعكس صحيح ، يسأل إذا كان التزوير في المستندات واضحاً و جلياً و يمكن كشفه بواسطة شخص عادي .

١٤- يلتزم «المصرف المنشئ» التزام (حرفي و مقيد) بشروط عقد فتح الاعتماد المستندي، ولا يقبل أي تفسير. إي يفرض على المصرف أن يدقق المستندات وفقاً لتعليمات العميل الأمر بشكل «حرفي و كامل ومقيد» ليتحقق من أنها مقدمة قبل انتهاء مدة الاعتماد، وقراءة المستندات «بمجموعها» للتحقق من مطابقتها لشروط كتاب الاعتماد و ليس دراسة كل مستند على حدة.

١٥- يلتزم المصرف «بدفع قيمة الاعتماد»

للبيع (المستفيد) مع شرط تحفظ متمثل بموافقة المشتري. وفي حال رفض المشتري للمستندات فإنه من حق «المصرف» الرجوع على البائع (المستفيد) لا سترداد ما دفعه.

١٦- يلتزم «المصرف في (الاعتماد المستندي غير قابل للرجوع) «التراما «نهائياً» و «مباشرة» تجاه البائع (المستفيد) بمجرد أن ((يتبلغ البائع بخطاب الاعتماد))،

و لا يحق للمصرف بعد ذلك الرجوع عنه أو تعديله إلا بموافقة (البائع) و(المشتري). ولا يجوز له أن يمتنع عن دفع قيمة الاعتماد للمستفيد إذا ما تلقى تعليمات بذلك من المشتري (العميل الأمر).

١٧- يلتزم هذا البنك الوسيط الذي يتمثل التزامه في التعهد بالنيابة عن عملية المستورد في قبول او دفع قيمة المستندات والوثائق التي يتسلمها و المقدمة اليه من المستفيد شرط ان تكون هذه الوثائق مطابقة لأحكام شروط العقد (الاعتماد) .

ثانياً:- المصرف المراسل :- (هو مصرف وسيط) (ويسمى المصرف المبلغ):-

عادةً ما يكون المشتري في بلد والبائع في بلد آخر، ولضمان حقوقه يطلب تدخل مصرف وسيط في بلده ولعل أبرز ما يميز التزام هذا المصرف هي:-

١- يلتزم البنك المؤيد بدوره (المراسل) بتمكين المستفيد من قيمة المستندات بعد تسلمها والقيام بفحصها وإرسال هذه المستندات على الفور إلى «البنك المنشئ». وخلال أجل معقول و إلا لم يبق له الحق في التمسك بكونها «غير مطابقة» لما تم الاتفاق عليه عند فتح الاعتماد و لما هو مدون في خطاب الاعتماد .

٢- يلتزم بدوره بتبليغ «خطاب الاعتماد المستندي» دون أي التزام تجاهه، بناء على توجيهات (المصرف المنشئ).

٣- يلتزم البنك الذي يستلم غالباً المستندات من المستفيد عليه أن يقوم بقبض قيمتها بعد أن يقوم بدوره بتدقيق المستندات و مراقبتها للتأكد من مدى مطابقتها للشروط و البنود الموجودة في العقد و من ثم القيام بدفع قيمتها إلى المستفيد.

٤- يلتزم المصرف المبلغ في حالة وجود اختلاف في الوثائق ، وهنا يكون له الخيار في أن يدفع للمستفيد لقاء كفالة أو تعهد بإعادة القيمة المدفوعة إذا رفضت المستندات من بنك فتح الاعتماد بسبب هذه الاختلافات .

٥- يلتزم البائع بعد ذلك بإرسال المستندات التي تثبت شحن البضاعة إلى بنك المبلغ.

٦- يلتزم «البنك المبلغ» بفحص هذه المستندات بدقة ، فإذا كانت مطابقة لشروط الاعتماد يقوم البنك «بدفع قيمتها» أو «قبول السحب» إما بتداول / شراء المستندات حسب شروط الدفع التي ينص عليها الاعتماد .

٧- لا يسأل البنك المراسل في مواجهة البائع «المستفيد» إذا كانت شروط الاعتماد المبلغة إليه مخالفة للشروط التي تعهد المشتري «لأمر بها» في عقد البيع الدولي .

ثالثاً: التزام المصرف المنشئ تجاه المصرف المراسل والمصارف المتداخلة :

١- يلتزم المصرف المنشئ «فاتح الاعتماد» تجاه المصرف المراسل أو المصارف المتداخلة بدفع «عمولة لهم» لقاء الخدمات التي يقومون بها «نيابة عنه» كإبلاغ الاعتماد للبائع (المستفيد) وتلقي المستندات منه وفحصها

ونقلها للمصرف المنشئ للاعتماد وغيرها .

٢- يلتزم بتغطية كافة المصاريف التي تقوم بها هذه المصارف بما في ذلك المبالغ التي تنشأ عن الاعتمادات المثبتة .

٣- يلتزم المصرف الذي فتح الاعتماد بتنفيذ شروط الوفاء والقبول والخصم المتفق عليها في عقد الاعتماد ما دامت المستندات مطابقة لما ورد فيه من بيانات وشروط. (المادة ٢٧٤) من قانون التجارة العراقي .

٤- يسأل البنك المصدر عن خطأ البنك الوسيط - نؤيد هذا الاتجاه الفقهي - خاصة إذا كان البنك المصدر هو من قام باختيار البنك المغطي أو المعزز أو المنفذ، ويجب أن يتحمل نتيجة التجاوز، وتكون المسؤولية على البنك المصدر، والذي بدوره يعود على المتجاوز، أما العميل، المشتري ” فعلاقته مع البنك المصدر فقط.

المبحث الثالث

الأثار القانونية المترتبة على عقد الاعتماد المستندي

أن عقد الاعتماد المستندي يرتب آثار قانونية عن كل علاقة من هذه العلاقات التي تربط بين (المشتري) والبائع من جهة ، وكذلك الأثار المترتبة على الأخلال بالعلاقة بين المشتري و (المصرف المنشئ) وهناك آثار قانونية تترتب من العلاقة بين المصرف (فاتح الاعتماد) بالبائع (المستفيد). بتعبير آخر، يترتب على “عقد الاعتماد المستندي” احكام قانونية من خلال الاحاطة بالعلاقات التي تربط بين اطراف الاعتماد المستندي وهم كل من

(المشتري) الامر بفتح الاعتماد، و(المصرف) فاتح الاعتماد و(البائع) المستفيد وهي تمثل الآثار القانونية لعقد الاعتماد المستندي. و سنحاول عرضها بأيجاز في مطالب ثلاثة على النحو الاتي :-

المطلب الأول

علاقة المشتري (فاتح الاعتماد) بالبائع (المستفيد) (يحكمها عقد البيع التجاري الدولي)

ان العلاقة بين (المشتري) وبين المستفيد منه (البائع) هي ”علاقة سابقة“ على عقد الاعتماد المستندي، ومستقلة عنه وتتمثل هذه العلاقة ” بعقد بيع دولي ” (كالبيع سيف او فوب) .

وبمقتضى عقد البيع الدولي يلتزم المشتري ”بدفع الثمن“ ويلتزم البائع ”بتسليم البضاعة“. فيقوم المشتري بدفع الثمن عن طريق ”فتح اعتماد مستندي“ لمصلحة البائع. وبعبارة يعد مخلا بالتزامه بدفع الثمن، فيحق للبائع الامتناع عن تنفيذ التزاماته والمطالبة (بفسخ العقد مع التعويض) ان كان له مقتضى.

وبالمقابل يلتزم البائع (المستفيد) بتسليم المبيع (البضاعة) وفقا للشروط المتفق عليها، وعن طريق تسليم مستندات تمثل البضاعة مطابقة للشروط المتفق عليها الى المصرف المنشئ . فاذا لم يقدم هذه المستندات او قدمها ناقصة او مخالفة للشروط المتفق عليها فإنه يعد ”مسؤولا“، على اساس اخلاله بالتزامه ”بتسليم المبيع“ ويحق ”للمشتري“ ان يمتنع عن دفع الثمن ويطلب (بفسخ العقد مع التعويض) ان كان له مقتضى.

المطلب الثاني

علاقة المشتري (فاتح الاعتماد) والمصرف (يحكمها عقد الاعتماد المستندي)

أن «عقد الاعتماد المستندي» هو الذي يحكم العلاقة بين (المشتري) فاتح الاعتماد وبين المصرف المنشئ، ولهذا يرتب التزامات وأثار متبادلة بينهما وتتمثل بما يأتي :-

أولاً:- التزامات (المشتري) العميل
الأمر فاتح الاعتماد:- ونبين كل واحد من هذه الالتزامات :-

أ- الالتزام بدفع العمولة .

من الأثار المترتبة على «عقد فتح الاعتماد المستندي» التزام «بدفع العمولة للمصرف» فاتح الاعتماد. وتمثل العمولة «مقابل» لقيام المصرف بفتح الاعتماد واستعداده لتنفيذه باداء المبلغ للمستفيد. ويلتزم المشتري بدفع العمولة من (لحظة فتح الاعتماد) بابرار عقد الاعتماد المستندي بين المصرف والعميل سواء نفذ الاعتماد او لم ينفذ .

هذا ويستحق المصرف العمولة سواء تم الغاء الاعتماد بناء على طلب العميل أو اذا كان الاعتماد قابلاً للإلغاء , او بانقضاء الاعتماد دون تنفيذه لسبب يرجع الى المستفيد, أو بسبب عدم تقديم المستندات المطلوبة في المدة المحددة في الاعتماد^{٤٥}.

ويفقد المصرف حقه «بالعمولة» اذا لم يتم تنفيذ الاعتماد لسبب يعود الى المصرف, فإذا دفع المشتري العمولة «مقهما» بإمكانه استردادها. اما اذا كان «الاعتماد من النوع القابل للإلغاء» وقام المصرف بالغائه فان الفقه يذهب الى ان للقاضي سلطة تقديرية في تقدير مدى استحقاق المصرف

للعمولة , وقد يحكم باستحقاقه للعمولة كلا او جزء , او يحكم بعدم استحقاقه للعمولة لانه لم يلتزم بشئ تجاه المستفيد.

هذا وتتعدد «العمولة» بتعدد الخدمات التي يقدمها المصرف. عن فتح الاعتماد أو تأييد الاعتماد او تعزيزه للمصرف الموجود في دولة البائع.

ب- الالتزام بدفع قيمة الاعتماد والمصاريف.

يلتزم المصرف بدفع «مبلغ» الاعتماد الى المستفيد (البائع) , مقابل المستندات المحددة في العقد , ويضاف اليه جميع المصروفات التي تكبدها المصرف أثناء تنفيذ للعقد , (كمصروفات البرقيات والمراسلات) مع مصرف البائع او البائع نفسه.

ومن الأثار المترتبة على اخلال العميل(المشتري) بالتزامه, يحق للمصرف ان « يحبس المستندات» الخاصة بالبضاعة ويمتنع عن تسليمها للمشتري , فاذا لم يقم بدفع المبلغ المستحق, فأن من حق المصرف ان «يستلم البضاعة» بموجب سندات الشحن التي لديه ويتخذ اجراءات التنفيذ عليها وبيعها (بالمزايدة) وفقا لاجراءات قوانين التنفيذ على الاشياء المرهونة رهنًا تجاريًا بصفته (دائنا مرتها).

ثانياً:- الأثار المترتبة على التزامات المصرف فاتح الاعتماد:-

أ- الالتزام باصدار خطاب الاعتماد المستندي الى المستفيد.

يلتزم المصرف باصدار «خطاب الاعتماد» المتضمن تعهده بدفع مبلغ معين من النقود

وتبليغه الى المستفيد. ويعد مخرلا بالتزامه اذا لم يقم بذلك ويكون مسؤولا «مسؤولية مدنية» تجاه المشتري. ومن الآثار القانونية المترتبة الزام المصرف بتنفيذ التزامه (تنفيذا عينيا) وكذلك حق المطالبة «بالتعويض» عما اصاب المشتري من ضرر بسبب اخلال المصرف بالتزامه.

اما بشأن المستفيد (البائع) فانه لا يستطيع ان يطالب المصرف بتنفيذ التزامه واصدار خطاب الاعتماد له , لانه ليس طرفا في عقد الاعتماد المستندي , هذا من ناحية ومن ناحية أخرى . وهو ليس دائما للمصرف , وعلاقته بالمصرف تكون بعد ان يصدر المصرف خطاب الاعتماد ويبلغه به.

ومن الآثار المترتبة على تضرر البائع بسبب عدم اصدار خطاب الاعتماد في الموعد المتفق عليه , فإنه يستطيع «الرجوع على المشتري» بمقتضى احكام «عقد البيع» , ويدفع الثمن عن طريق فتح الاعتماد المستندي.

ويتحمل المصرف المسؤولية القانونية اذا اصدر خطاب الاعتماد بشروط مغايرة ورفض (البائع) المستفيد خطاب الاعتماد , فان المصرف يعد مسؤولا عن اخلاله بالتزامه ويستطيع المشتري الرجوع عليه «بالتعويض».

ب- تلقي المستندات من (البائع) المستفيد وفحصها:-

تترتب آثار قانونية على عقد الاعتماد المستندي وكذلك الالتزام على عاتق «المصرف» بتلقي وفحص المستندات من البائع والتحقق من مطابقتها للشروط المتفق عليها في العقد وخطاب الاعتماد ومقدمه ضمن »

المدة المحددة» وإرفاق إجازة الاستيراد للمواد أو الأجهزة المراد توريدها في حالة خضوع عملية التوريد لمتطلبات إجازة الاستيراد وفقا للقانون. والمستندات هي :-

١- سند الشحن :- هو وثيقة تثبت «ملكية البضاعة» فمن يحوز سند الشحن يعد حائزا للبضاعة . ويمكن عن طريقه اجراء تصرفات قانونية^٦ على البضاعة اذ يمكن نقل ملكيتها وذلك عن طريق «تظهير سند الشحن» واعطائه لمن اشترى البضاعة فيكون كأنه تسلم البضاعة . والبائع يقوم بتظهير سند الشحن الى المصرف فاتح الاعتماد والذي يقوم بدوره بتظهيره الى المشتري .

يقوم الناقل بإصداره ويرسله للشاحن يثبت فيه استلامه للبضاعة ومواصفاتها كاملة وشروط النقل (مثل اجرة النقل وكيفية حسابها ودفعها , واسم السفينة وجنسيته وميناء القيام والوصول واسماء كل من الناقل والشاحن والمرسل اليه). أذن هو الذي يعطيه ربان السفينة) كدليل على أنه تسلم البضاعة على السفينة. بعبارة أوضح , هو الإيصال الذي يوقع عليه ربان السفينة , بأنه قد تسلم البضاعة لنقلها وهو بذلك تمثل سند يثبت الإلزام بتنفيذ العقد , وهو أهم (المستندات على الإطلاق) ويتضمن مجموعة من المعلومات منها : أسماء الأطراف المشاركة في الاعتماد , ميناء الشحن , ميناء التفريغ اسم الشاحن , الأجرة , بيان صفة البضاعة , مقدارها , عددها , العلامة المميزة لها وتوقيع الناقل , ويأخذ هذا السند الأشكال التالية :- (أ- سند الشحن الاسمي^٧ ب - السند لحامله^٨ ج- سند الشحن الأدنى^٩) .

٢- وثيقة التأمين :- في بعض البيوع الدولية البحرية يلزم « البائع » بأن يقوم (بالتأمين على البضاعة من الاخطار) التي يمكن ان تتعرض لها اثناء النقل. فيتعاقد مع «مؤمن» ، ويلتزم المؤمن بأداء مبلغ التأمين عند تحقق الخطر وذلك مقابل اقساط التأمين , وتثبت الاتفاق في وثيقة تسمى (وثيقة التأمين)، تتضمن كل شروط عقد التأمين . ومن الآثار القانونية المترتبة على البائع ان» يسلم هذه الوثيقة « كأحد المستندات المطلوبة الى» المصرف «. ويشترط أن يكون التأمين مغطيا لجميع المخاطر. وينبغي أن يشار إلى ذلك في نص عقد الاعتماد المستندي سواء كان التأمين مغطى من البائع او المشتري على أن يغطي التأمين قيمة البضاعة على أساس (CIP أو CIF) أو (فوب)^{٥١} .

هذا وأن زيادة التأمين النقدي للبضاعة ونسبته تزداد كلما كانت البضاعة قابلة للتلف بسرعة، أو كانت أسواقها صغيرة وأسعارها تخضع لتقلبات حادة من حين إلى آخر ، أما إذا كان للبضاعة أسواق كبيرة وسهلة ومتوفرة وأسعارها تميل وتمتاز بالثبات والاستقرار أو الصعود ، فإن أهمية التأمين النقدي ونسبته تقل في هذه الحالة^{٥٢} .

٣- الفاتورة التجارية^{٥٣} :-

وهي مستند يثبت مواصفات البضاعة التي باعها البائع الى المشتري من حيث (النوع والكمية وسعر الوحدة) , ويجب ان تكون مطابق لوصف البضاعة الموجودة في الفاتورة مع الوصف الوارد في خطاب الاعتماد. ويثبت فيها المبالغ التي تستحق للبائع تجاه المشتري. وهي تتمثل بمبلغ إجمالي يشمل ثمن البضاعة

واجرة النقل , ومصارف التأمين . ومن الآثار القانونية المترتبة عليها ينبغي ان لا تزيد هذه « المبالغ » بأي حال من الاحوال عن «قيمة الاعتماد المستندي» والا يرفض المصرف الوفاء.

أذن هناك آثار قانونية تترتب على هذه المستندات الرئيسية الثلاثة. والمستندات الإضافية الاخرى حسب ظروف كل صفقة ، مثل (١- شهادة المنشأ) التي يطلبها المشتري (وهي وثيقة او مستند يبين اسم البلد الذي تم فيه صنع البضاعة) . او (٢- شهادة صحية) تثبت خلو البضاعة من الامراض . او (٣- شهادة المعاينة والفحص^{٥٤})، وهي شهادة تثبت بأنه تمت عملية فحص البضاعة من قبل شركة معاينة معتمدة.

ولما كان المصرف يتعامل مع « مستندات وليس مع «بضاعة» فأن ذلك يرتب آثار قانونية على التزاماته المتمثلة في (١- فحص المستندات والتحقق من مطابقتها «ظاهريا» للمستندات المطلوبة) فقط ولا يتعدى التزامه إلى « فحص البضاعة » محل العقد وخطاب الاعتماد ، وهنا يحق «للمصرف» ان يرفض المستندات المقدمة من البائع (المستفيد) ويمتنع عن اداء مبلغ الاعتماد له، اذا كانت غير مطابقة لشروط الاعتماد المحددة في خطاب الاعتماد .

ولكن ليس له ان يرفض المستندات المطابقة لشروط الاعتماد بحجة ان البضائع ذاتها غير مطابقة لتلك الشروط، لأن فحص البضاعة ليس من اختصاصه , ولا يدخل في نطاق التزامه.

قراره بقبولها او رفضها. فاذا رفضها فعلى المصرف ان « يخطر البائع (المستفيد) فورا ويبين له اسباب الرفض. أما في حالة قبول المستندات فإن المشتري يتسلمها بسرعة تفاديا للمصروفات الاضافية.

ويتحمل المشتري المسؤولية القانونية عن تأخره في « تسلم المستندات » (بعد اخطاره) ولا يحق له ان الرجوع على المصرف عن تلف البضاعة او عن المصاريف الاضافية. لأن المصرف نفذ التزامه ، كما يحق للمصرف (حبس هذه المستندات) حتى يقوم المشتري بدفع قيمتها مع المصاريف °°.

المطلب الثالث

علاقة المصرف (فاتح الاعتماد) بالبائع (المستفيد)

(يحكمها التعهد الصادر من المصرف للبائع) رأينا فيما سبق ، ان المستفيد (البائع) ليس طرفا في عقد الاعتماد المستندي، وبالتالي لا يعطي للبائع حق مطالبة المصرف باعطائه "مبلغ الاعتماد". ولكن على العكس ، ان "عقد الاعتماد المستندي" يرتب على عاتق المصرف التزاما "باصدار خطاب الاعتماد وتبليغه الى المستفيد"، يتعهدا بموجبه "أداء مبلغ الاعتماد" الى المستفيد متى قدم المستندات المطلوبة .

ومصدر هذه العلاقة هو "التعهد" الصادر من المصرف تجاه (البائع) المستفيد. والتي تبدأ بعد اصدار خطاب الاعتماد وتبليغه الى المستفيد . وعليه ، تترتب التزامات معينة على عاتق كل منهما ، سنحاول توضيحها باختصار:-

من ناحية ثانية يلتزم المصرف (بقاعدة التنفيذ الحرفي) عند فحصه المستندات بأن يتأكد من تطابق مضمون المستندات المقدمة اليه تطابقا حرفيا مع شروط الاعتماد , ويتحقق هذا التطابق من خلال (عدد المستندات ونوعها) ويتأكد من التطابق التام بين المستندات وشروط الاعتماد وليس مجرد التشابه.

وللمصرف ان يرفض «المستندات المختلفة» مهما كان الاختلاف بسيطا . فمثلا لو ورد في المستندات تحديد سفينة لشحن البضاعة غير السفينة المتفق عليها في خطاب الاعتماد او ميناء للشحن غير الميناء المتفق عليه فعلى المصرف ان يرفض «اداء المبلغ» . لأن تقدير اهمية الشرط مسألة ترجع الى لمشتري.

هذا ويتحمل المصرف المسؤولية القانونية طبقا لقاعدة التنفيذ الحرفي بتعين ان تكون تعليمات الأمر واضحة وكاملة. فإذا فسر تعليمات الأمر (المشتري) تفسيراً غير معقولا. وعلى المصرف أن يقوم بعملية «فحص المستندات» في أسرع مدة معقولة (وهي على الأقل أسبوع)

ج- الآثار المترتبة على الالتزام بتسليم المستندات الى (المشتري) :-

بعد أن يتأكد المصرف من مطابقة المستندات يتسلمها من (البائع) ويقوم «بدفع مبلغ» الاعتماد. ثم يقوم بتسليم المستندات الى (المشتري). من خلال توجيه «اخطارا» له يشرح فيه بأنه قد تسلم المستندات وان عليه الحضور لاستلامها بعد دفع قيمتها . وينبغي أن يكون بأسرع وقت ممكن كي يتخذ (المشتري)

أولاً:- الآثار المترتبة على التزامات البائع (المستفيد):-

يترتب على البائع (بعد إصدار المصرف خطاب الاعتماد) القيام بأعداد «المستندات الخاصة بالبيضاة المباعة» ومطابقتها لشروط الاعتماد ثم يقوم بتقديمها وتسليمها للمصرف خلال المدة المحددة في الاعتماد.

أ- تنظيم المستندات المتفق عليها:- على البائع ان يراعي الدقة التامة في تنظيم المستندات المطلوبة . ويتحقق من "التطابق الحرفي" بينها وبين الشروط الواردة في خطاب الاعتماد . ومن الآثار القانونية المترتبة أنه من "حق المصرف " ان يرفض هذه المستندات غير المطابقة للشروط ، ويمتنع عن تنفيذ التزامه تجاه البائع بإعطائه "مبلغ الاعتماد".

ب- تقديم المستندات خلال المدة المتفق عليها : عادة ما تحدد مدة^٦ معينة في عقد الاعتماد المستندي فيتعين على البائع ان يقدم المستندات خلالها اذا اراد الاستفادة من «الاعتماد المفتوح لمصلحته» . والمدة يحددها المصرف بالاتفاق مع المشتري حسب بنود «عقد الاعتماد المستندي» وعلى البائع ان يسارع بتسليم المستندات خلال المدة المحددة، ومن حق المصرف ان يرفض إذا قدمت بعد انتهاء المدة المحددة .

وإخلال (البائع) المستفيد بالتزامه بتسليم المستندات يترتب مسؤولية تجاه المشتري وليس تجاه المصرف. فيستطيع المشتري ان يطالب «فسخ عقد البيع ((لان البائع اخل بالتزامه بموجب هذا العقد , كما ان له ان يطالب)) بالتعويض « عن أي ضرر اصابه بسبب هذا

الاخلال.

ثانياً:- الآثار المترتبة على التزامات المصرف تجاه(المستفيد):-

من الآثار المترتبة على المصرف بعد أصدر خطاب الاعتماد وأخطاره للبائع يلتزم « بأداء المبلغ الأعتماد» بعد استلام المستندات المطلوبة . ولا يجوز للمصرف ان يرجع في اعتماده لأن المستفيد سيكون له «حق مباشر» في مواجهة المصرف بمجرد تبليغه بالا اعتماد . ولا يحق له ان يمتنع عن تنفيذ التزامه تجاه المستفيد « بعدم الدفع وكذلك لا يستطيع المصرف ان يرفض تنفيذ الاعتماد اذا طرأ تغير في المركز القانوني للعميل كما في حالة وفاته او افلاسه.

وهنا يثار التساؤل ، ماهي الآثار المترتبة على المصرف في حالة « أبطال عقد البيع التجاري الدولي» بين (المشتري) و(البائع) ؟.

اختلف الفقه القانوني والمصرفي في حكم هذه الحالة وانقسموا الى اتجاهين :-

الأول : - يرى ان التزام المصرف يبقى قائماً تجاه المستفيد حتى لو ابطال عقد البيع او فسخ تأسيساً على ان التزام المصرف مستقل عن عقد البيع.

الثاني : - يرى انتهاء التزام المصرف في حالة ابطال البيع قبل تقديم المستندات استناداً الى ان عقد البيع هو سبب التزام المصرف بالدفع فاذا ابطال عقد البيع اصبح التزام المصرف بدون سبب.

الرأي الراجح- (هو الرأي الأول) فالتزام المصرف مستقل عن عقد البيع ومصدره

(الارادة المنفردة للمصرف). ولا يستطيع التمسك بأي دفع اساسه عقد البيع للتخلص من التزامه بأداء مبلغ الاعتماد الى المستفيد.

وفي حالة صدور (غش من البائع) والغش يفسد كل شيء . كما لو قدم المستندات مع علمه «ببطلان عقد البيع» او «فسخه» , وعلم المصرف بذلك , او انه قدم مستندات يدل ظاهرها على انها صحيحة في حين انها مزورة ويعلم المصرف بذلك .و الأثر القانوني هنا (لا يلتزم المصرف بأداء المبلغ للبائع)^{٥٧}.

وتعميقا للفائدة نوجز (مرة أخرى) الإجراءات العملية لطريقة التعاقد التجاري الدولي والدفع بأسلوب (الاعتماد المستندي)، وبيان موقف والتزامات المصرف المنشئ تجاه المشتري والبائع وتخليص البضاعة وإيصالها إلى بلد المستورد (المشتري).

١-بعد أبرام (العقد التجاري الدولي) بين المستورد (المشتري) والمصدر (البائع) يراجع التاجر المستورد إلى « المصرف المحلي» الذي يتعامل معه ، لغرض « فتح اعتماد مستندي» بقيمة عقد البيع التجاري الدولي، فيقوم المصرف بتوجيه « خطاب الاعتماد» إلى البائع مع كافة المستندات الخاصة بمواصفات البضاعة المراد استيرادها .

٢-بعدها يشعر المصرف « البائع» بخطاب الاعتماد ويتعهد فيه « بدفع قيمة البضاعة أو قبول كمبيالة بقيمتها» ويعد «خطاب الاعتماد» هو الخطوة العملية الأولى في فتح الاعتماد المستندي

٣-بعد تلقي خطاب الاعتماد يقوم البائع بإعداد «البضاعة المطلوب استيرادها»

وتحرير المستندات المتعلقة بها، ثم يرسلها لفرع البنك فاتح الاعتماد أو المصرف المراسل ببلده، وإذا كان تعهد البنك قاصرا على قبول كمبيالة يقوم البائع بسحب كمبيالة يرفقها بالمستندات مطالبا بالوفاء.

٤-يقوم المصرف «بفحص وتدقيق المستندات» والتأكد من مطابقتها لشروط ومواصفات البضاعة المراد أستيرادها من قبل التاجر المستورد فإذا اطمأن إليها دفع قيمة البضاعة، وتنتهي علاقة المصرف بالغير. وتبقى آثار العملية محصورة بين (البنك والمشتري) الذي يحصل على المستندات من البنك بعد الوفاء بالتزاماته تجاهه، ليتسنى له بعد ذلك تسلم البضاعة أو مبلغ التأمين إذا كانت قد هلكت قبل الوصول.

٥- وقد يحدث أن يتكلف المصرف باستلام البضاعة وتخليصها (من الكمارك) على أساس المستندات المسلمة إليه.

الخاتمة

مما لا شك فيه ، أن الاعتماد المستندي يلعب دورا جوهريا وأساسيا على صعيد التجارة الخارجية « الدولية» في تسوية عمليات البيع الدولي باعتباره « وسيطا» بين المصدرين والمستوردين . ولقلة التشريعات وضعت (غرفة التجارة الدولية^{٥٨}) قواعد و أعراف دولية موحدة «للا اعتمادات المستندية» للمساعدة على تسهيل عمليات التبادل التجاري الدولي ولتجنب النزاعات والخلافات وإزالة العقبات التي يمكن أن تعترضها.

بعد ظهور «العولمة» وانفتاح الأسواق

التجارية الدولية على بعضها البعض ، و ظهور وسائل الاتصالات الحديثة وبالذات ” الانترنت وشيوع استخدام المستندات ، والتواقيع الالكترونية ، والتجارة الالكترونية ، فأزادت أهمية ” الاعتماد المستندي “لمواكبة هذه التطورات على صعيد التجارة الدولية الألكترونية في ظل القواعد و الأعراف الدولية و التشريع الداخلي (قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ المعدل) في المواد ٢٧٣- (٢٨٢) . التي تعاملت مع ” الاعتماد المستندي “ بأنه ((عقد يتعهد المصرف بمقتضاه بفتح اعتماد لصالح المستفيد بناء على طلب الأمر بفتح الاعتماد ، بضمان مستندات تمثل بضاعة منقولة أو مُعدة للنقل)) .

أن مسألة تحديد نوع ” الاعتمادات المستندية ” في العمل المصرفي يتوقف على اعتبارات عديدة منها ١- الحاجات التجارية الدولية الدائمة التبدل وما تتطلبه من مرونة لاستيعاب ما يستجد فيها من مشكلات . ٢- المتغيرات الاقتصادية والسياسية الموجودة في كل من بلد المصدّر والمستورد ودرجة الثقة بينهما وملاءة المستورد وقدرته على التسديد الأنّي واللاحق لقيمة مستورداته ، ٣- للاعتمادات المستندية تصنيفات عديدة أشارت إليها القواعد والأعراف الموحدة الصادرة عن غرفة التجارة الدولية .

ومن المستقر عليه فقها وقضاء أن الاعتماد المستندي وإن كان طريقاً من طرق الوفاء بالثمن حتى ولو ورد فيها بعض الشروط الأساسية لاتفاق البيع كون الاعتماد المستندي يأتي تنفيذاً لشروط البيع . إلا أن الاعتماد المستندي بطبيعته يعد عملية مستقلة عن عقود

البيع أو غيرها من العقود التي تكون الأساس لفتح تلك الاعتماد . إذ أن الاعتماد متى فتح كان مستقلاً عن البيع سواء أكان مطابقاً لما ورد فيه أم غير مطابق وهذا ما ذهب إليه الفقه . ولما كان ذلك وكان الاعتماد موضوع الدعوى قطعي كونه غير قابل للنقض ويفيد تعهد نهائي من قبل البنك لا يمكن الرجوع فيه أو تعديله دون موافقة جميع الأطراف المعنية الأمر ، البنك المستفيد وهذا ما ذهب إليه و انعقد عليه الفقه واجتهاد القضاء.(محكمة التمييز الاردنية حقوق ١٩٩٩/١٥٥٤ تاريخ ٢٧/١١/٢٠٠١).

وبموجب قانون تنفيذ العقود الحكومية العامة رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ وتعليمات تنفيذه ، فالاعتماد هو «الاعتماد العامة للوفاء بالثمن للسلع او الخدمات «، واي وسيلة اخرى فأنها تتطلب موافقة الوزير لاعتمادها كأسلوب لأداء الثمن ، كالدفع بواسطة الحوالات المصرفية او الصكوك وهذا ما هو واجب العمل به بموجب تعليمات دوائر وزارة التخطيط في العراق .

الهوامش

- ١- الاعتمادات المستندية بطبيعتها تعني (الثقة والأمان) كما انها وسيلة من وسائل تسوية الدفعات الخارجية، فهي الوسيلة المفضلة للوفاء بالالتزامات إضافة إلى انها تعد إحدى وسائل الائتمان التعهدي ويعتمد في ذلك مستندات معينة تكون مشروطة بمطابقتها لشروط ونصوص الاعتماد المستندي.
- ٢- ينظر الدكتور علي جمال الدين عوض، الاعتمادات المستندي: دراسة قانونية للأعراف الدولية والقضاء المقارن، القاهرة ، ١٩٨١ هامش ص ٧ .
- ٣- راجع د علي البارودي - مؤلفه العقود وعمليات البنوك، القاهرة ، ١٩٨٢ ، ص: ٣٧٢.
- ٤- للمزيد من التفصيل راجع مؤلفه - الاعتمادات المستندية، المرجع السابق ، ص: ١١- ١٢ .

٥- ينظر الدكتور سميحة القيلوبي الأسس القانونية للعملية البنوك مكتبة شمس القاهرة ص ٩٨ .

6-Henry Terrel et Henry le jeune :Traité Des operations commerciales de-bougue émeéditions p 222.

7-Droit du crédit, Boutelet Blocaille, p6-264

٨- وقد نظم قانون التجارة الأردني رقم (١٢) لسنة ١٩٦٦م الأحكام العامة في الاعتماد المالي في المواد (١١٨-١٢١) والمادة (١/١٢١) من قانون التجارة الأردني تنص على ((إذا خصص الاعتماد المصرفي وفاء لمصلحة الغير وأيد المصرف هذا الاعتماد لمستحقه فلا يجوز بعد ذلك الرجوع عنه أو تعديله دون رضا ذلك الغير ويصبح المصرف ملزماً إزاءه مباشرة ونهائياً بقبول الأوراق والإيفاءات المقصودة)). وتنص الفقرة الثانية من المادة ذاته على أنه ((ويحق للمصرف أن يسترد المبالغ التي دفعها أو المصاريف التي أنفقها لإنفاذ ما وكل به مع الفائدة المتفق عليها أو الفائدة القانونية إن لم يكن اتفاق ابتداء من يوم الدفع)).

وعرفته محكمة التمييز الأردنية بأن ((الاعتماد المستندي هو تعهد صادر عن البنك بناءً على طلب الآخر (المشتري) يلتزم البنك بمقتضاه بدفع ثمن البضاعة إلى المستفيد (البائع) وفق شروط معينة ويفتح تنفيذ لا لزام المشتري بدفع الثمن)). (تميز حقوق أردني ٧٥/١٥٢ مجلة نقابة المحامين الأردنيين سنة ١٩٧٦ ص ٣٧٧).

وعرفه قانون التجارة الكويتي في المادة (٣٦٧) بأنه ((بانه " عقد يتعهد المصرف بمقتضاه بفتح اعتماد بناءً على طلب احد عملائه (الأمر بفتح الاعتماد) لصالح شخص اخر (المستفيد) بضمان مستندات تمثل بضاعة منقولة او معدة للنقل)). والقانون التجاري التونسي لعام ١٩٥٩، المواد من (٣٢٠ - ٣٢٧)، نظم قانون التجارة المصري رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩ المعدل (الاعتماد المستندي) بالمواد (٣٤١ - ٣٥٠). ويعرف المشرع الاماراتي في قانون المعاملات التجارية الاعتماد المستندي في المادة (٤٢٨) بأنه "عقد بمقتضاه بفتح المصرف اعتماداً بناءً على طلب عميله (الأمر بفتح الاعتماد)

في حدود مبلغ معين ولمدة معينة لصالح شخص اخر (المستفيد) بضمان مستندات تمثل بضاعة مشحونة او معدة للشحن".

9-Grégoire curien :le crédit -documentaire ,Danot -Paris 1998 p 4.

١٠- ينظر د . محي الدين اسماعيل علم الدين موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعلمية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٣ ، ص ٤٥٠ .

١١- تقابلة المادة ٤/٣٧٢ من القانون التجاري الكويتي : ((ولا يعتبر مجرد الأخطار بفتح الاعتماد المستندي البات المرسل إلى المستفيد عن طريق بنك آخر تأييداً منه لهذا الاعتماد)).

١٢- وهو المصرف الذي يوجد للمصرف الفاتح حساباً "لديه لتغطية ما سيدفعه المصرف المبلغ للمصدر وتتم التغطية بموجب ترتيبات مصرفية يتم الاتفاق بشأنها بين المصرف المغطى والمصرف مصدر الاعتماد .

١٣- وهو الذي يكون مسؤولاً عن قيمة الاعتماد طيلة مدة صلاحية خطاب التعرّيز ولا يمكن الرجوع عنه إلا باتفاق الأطراف .

١٤- يعد مبدأ الاستقلال عماد النظام القانوني للاعتماد وهو الذي يميزه عن غيره من الترتيبات القانونية المشابهة .

١٥- المادة (٨) :- أ- إصدار اجازة الاستيراد ويتطلب ذلك ان تكون هذه الاجازة مطابقة تماماً للبيانات الواردة في استمارة فتح الاعتماد المستندي . ب- استمارة فتح الاعتماد المستندي التي تتضمن المعلومات .

١٦- المادة (٩) :- جاءت المادة المذكورة بتوصيف دقيق لآلية فتح الإعتمادات المستندية وكيفية تداولها وأدناه تفاصيل فتح الإعتمادات المستندية والإجراءات التي يتطلب مراعاتها عند إجراء عملية الفتح:

قدر تعلق الأمر بعقود الشراء الخارجي (توريد مواد، تنفيذ عمل، شراء خدمة) من شركة أجنبية أو عربية وقد يتطلب ذلك فتح اعتمادات مستندية لتغطية قيمة تلك العقود مع مراعاة ما يلي:

أولا/ تقوم الوزارة المعنية (أو الجهة غير المرتبطة بوزارة أو الأقليم) بعد إصدار الإحالة وتوقيع العقد أصوليا واستلام كفالة حسن التنفيذ (Performance Bond) باتخاذ الإجراءات اللازمة لفتح إعتامد مستندي (غير قابل للنقض وغير مثبت) {Letter Of Credit} طبقاً للأصول والأعراف الموحدة للإعتمادات المستندية من خلال أحد المصارف العراقية الحكومية وفقاً للاستمارات المصرفية (استمارة طلب وعقد فتح إعتامد مستندي) الخاصة بذلك مع تضمين تلك الاستمارات بالشروط المالية الخاصة بعملية التوريد والشروط الأخرى المتفق عليها عقدياً بين الطرفين المتعاقدين (البائع والمشتري).

ثانياً/ إن إجراءات فتح الإعتمادات المستندية تتطلب مراعاة ما يلي:

أ- تحديد اسم المستفيد من فتح الإعتامد (البائع) وعنوانه كاملاً.

ب- وصف البضاعة المطلوبة مع ضرورة الإشارة إلى رقم العقد وتاريخه.

ج- تحديد مبلغ الإعتامد المطلوب رقماً وكتابةً.

د- الإشارة إلى نوع البيع التجاري بموجب شروط التجارة الدولية (Incoterms) الذي يشترط أن يحدد على أساس FOB\CIF\CFR\CIP أو غيرها وحسب شروط العقد.

هـ- بيان واسطة الشحن (بري، جوي، بحري أو غيرها) ونقطة الوصول النهائي (Final Destination).

و- تحديد قبول الشحن الجزئي (Partial Shipment) من عدمه أي بمعنى قبول إستلام البضاعة بعدة شحنات مثلاً أو أن تكون بشحنة واحدة.

ز- بيان قبول إستخدام أكثر من وسيلة نقل (Transshipment) من عدمه.

ح- تثبيت مدة ونفاذ الإعتامد المستندي وحسب شروط العقد.

ط- تحديد فترة التجهيز (Delivery time) المتعاقد عليها.

ك- في حالة وجود ضرورة تستوجب تمديد الإعتامد المستندي يتطلب مراعاة تمديد مدة نفاذ الكفالات أو

الضمانات بنفس الفترة.

ل- لا يجوز إجراء أي تعديل أو تمديد على الإعتامد المستندي غير القابل للنقض إلا بعد إستحصل موافقة الطرفين المتعاقدين حتماً.

م- لا يجوز إلغاء الإعتامد المستندي غير القابل للنقض إلا بطلب تحريري من الأمر بفتح الإعتامد بشرط موافقة المستفيد من الإعتامد (البائع) أو بطلب من البنك المراسل بناء على طلب من البائع (المستفيد من الإعتامد) بشرط تقديم موافقة المشتري تحريراً.

ن- في حالة وجود دفعة مقدمة بنسبة معينة من قيمة الإعتامد المستندي يشترط إستلام خطاب ضمان بنفس عملة الإعتامد بشرط أن يكون ذلك من خلال مصرف عراقي معتمد.

س- في الحالات التي يصر فيها البائع على فتح إعتامد مستندي غير قابل للنقض ومثبت (Confirmed L/C Irrevocable &) فإن أجور التثبيت (Confirmation charges) تكون على حسابه حتماً.

ع- المصاريف الخاصة بإجراءات فتح الإعتامد المستندي التي تترتب على ذلك (داخل العراق) يتحملها المشتري (طالب فتح الإعتامد) أما المصاريف والفوائد المترتبة التي يتطلبها فتح الإعتامد المستندي (خارج العراق) فيتحملها المستفيد من الإعتامد (البائع) وبفضل عند التعاقد تحميل جميع تلك المصاريف على البائع ويثبت ذلك في نص الإعتامد.

All bank charges «inside & outside» are on Beneficiary account

ف- يشترط أن يكون التأمين مغطياً لجميع المخاطر (All Risks) ويشار إلى ذلك في نص الإعتامد سواء كان التأمين مغطى من قبل البائع أو المشتري على أن يغطي التأمين قيمة البضاعة على أساس (CIF أو CIP).

ثالثاً/ تحديد المستندات والوثائق المطلوبة للإعتمادات المستندية ومصادقتها وكيفية تداولها بموجب الأصول والأعراف الدولية للإعتمادات المستندية

وقد تكون هناك حاجة للمشتري لبعض الوثائق الأخرى مثل (شهادة وزن، شهادة فحص، شهادة منشأ، القائمة القنصلية أو غيرها) حيث يتطلب تثبيت ذلك في نص الاعتماد.

رابعاً/ إرفاق إجازة الإستيراد للمواد أو الأجهزة المراد توريدها في حالة خضوع عملية التوريد لمتطلبات إجازة الإستيراد وحسب التعليمات النافذة.

خامساً/ قيام الوزارة المعنية أو الجهة غير المرتبطة بوزارة أو الإقليم بمتابعة الشحن وإستلام

إشعار من البائع يبين التفاصيل الدقيقة لشحن البضاعة مع مراعاة ما يلي:

أ- إكمال إجراءات التخليص الكمركي للأجهزة أو المواد الواصلة بهدف تسهيل عملية الوصول الى المخازن.

ب- قدر تعلق الأمر بالشحن الجوي أو البري حيث يتطلب إكمال الإجراءات الخاصة بالتخليص والتحميل بأسرع ما يمكن وضمن السماعات المقررة لتجنب دفع غرامات (أرضيات) عن مدة تأخر الإستلام للبضاعة الواصلة الى المطار أو الكمارك.

ج- فيما يخص الشحن البحري حيث إن ذلك يتطلب إكمال إجراءات النفاذ البحري بأسرع ما يمكن وضمن السماعات المحددة لتفريغ البواخر لتفادي دفع غرامات (Demurrage) عن التأخير في تفريغ حمولات البواخر وإعتبار ذلك من الأمور الهامة والعاجلة.

سادساً/ مراعاة تهيئة المعدات ومستلزمات التداول في المخازن لغرض إكمال إجراءات النفاذ والإستلام الأولي للمواد الواصلة وبدون تأخير مع مراعاة تثبيت حالة البضاعة الواصلة لأغراض ضمان حقوق التأمين.

سابعاً/ ضرورة متابعة إكمال إجراءات الفحص الهندسي للمواد المستلمة وإصدار شهادة الفحص والقبول خلال فترة مناسبة من تاريخ إستلام المواد.

ثامناً/ العيوب والفقدان والأضرار

في الحالات التي يتم فيها إستلام ارسالية ويظهر فيها عيوب او عدم مطابقة للمواصفات الفنية المطلوبة حيث يصار الى اصدار شهادة كشف اختلاف من

قبل لجنة الفحص والقبول ويتم اشعار البائع بذلك وبدون تأخير لضمان استبدال تلك الفقرات.

في حالة وجود فقرات ناقصة (Missing items) أو وجود ضرر (Damage) فيها (كلاً أو جزءاً) حيث يصار الى اصدار كشف اختلاف بذلك من قبل لجنة الفحص والقبول واشعار البائع بتفاصيل النواقص أو الضرر لضمان التعويض كون البيع على اساس (CIF or CIP or CFR) اي ان التأمين مغطى من قبل البائع .

ج- اما في حالة كون التأمين مغطى من قبل المشتري ووجود ضرر أو فقدان في ارسالية مستلمة حيث يصار الى اصدار كشف اختلاف اصولي واشعار شركة التأمين الوطنية بذلك لغرض ضمان التعويض.

تاسعاً/ إرشادات أخرى

أن المصارف تتعامل بالمستندات فقط ولا علاقة لها بالمواصفات الفنية للبضاعة ونوعيتها أو وزنها أو كميتها أو حتى معاينتها بمعنى أن موضوع الاعتمادات المستندية يكون التعامل فيه لقاء تقديم المستندات المطابقة لشروط الاعتماد المستندي، ولذلك فان التعليمات التي يصدرها المشتري الى المصرف فاتح الاعتماد The Opener Bank ((يجب أن تكون واضحة ودقيقة.

عدم قبول فتح اعتماد مستندي قابل للتحويل (Transferable L/C) لان مثل هذا النوع من الاعتمادات قد يلحق الضرر بالمشتري (الأمر بفتح الاعتماد) لاسباب قد تتعلق بإمكانية استخدام مثل هذا النوع من الاعتمادات لأغراض المضاربة أو تبييض الاموال.

ج- في حالة وجود دفعة مقدمة بنسبة معينة من اصل مبلغ الاعتماد المستندي حيث لا يجوز تسديد قيمة الدفعة المقدمة الى البائع الا بعد استلام خطاب ضمان (Bank Guarantee) بقيمة الدفعة المقدمة وبنفس عملة الاعتماد بشرط أن تكون تلك الكفالة غير مشروطة أي تكون عند الطلب (On Demand) بحيث يستطيع المشتري سحب تلك الكفالة دون الحاجة الى انذار أو اصدار امر قضائي بذلك.

هـ- يفضل عدم قبول تحميل (تكديس) البضاعة على سطح السفينة (Loaded On Deck) لما لذلك من تأثير مباشر على البضاعة كما أن المصارف ترفض قبول بوالص الشحن التي يذكر فيها صراحة أن البضاعة محملة على سطح السفينة.

هـ- يتم متابعة استلام الاشعارات المصرفية الخاصة بالاعتمادات المستندية المفتوحة من خلال البنك فاتح الاعتماد (The opener Bank) لغرض معرفة حركة الاعتمادات والمصاريف المترتبة عليها واجراء التسويات المالية لها اولاً بأول.

و- على الوزارات أو الجهة غير المرتبطة بوزارة أو الاقليم مراقبة الحساب المفتوح بالعملة الاجنبية بحيث يكون الرصيد المالي كافي لتغطية قيمة الاعتماد المستندي الذي يتطلب فتحه لتنفيذ عقد توريد معين أي بمعنى عدم اعطاء أي التزام عقدي لجهة اجنبية ما لم يتم التأكد من توفر الرصيد الكافي بالعملة الاجنبية لتغطية قيمة الاعتماد المستندي الذي يتطلب فتحه لتنفيذ ذلك الالتزام.

ز- في حالات التعاقد مع جهات اجنبية لتنفيذ عمل معين، توريد (أجهزة، مواد، معدات) أو شراء خدمة ويتطلب ذلك فتح اعتماد مستندي غير قابل للنقض لتغطية قيمة ذلك العقد حيث يتطلب دراسة الشروط الخاصة بالاعتماد المستندي التي ينبغي أن تكون وفقاً للاصول والاعراف الموحدة للاعتمادات المستندية (The Uniform Customs and Practice For Documentary Credit) قبل المصادقة على العقد فقد تكون هناك حاجة لمعرفة المزيد عن تفاصيل فتح الاعتماد المستندي وشروطه أو بسبب نقص الخبرة لدى جهة التعاقد قدر تعلق الامر بموضوع الاعتمادات المستندية واجراءاتها ومن المفيد لجهة التعاقد بالرجوع الى الجهات الحكومية ذات العلاقة بهذا الموضوع مثل دائرة العقود العامة الحكومية التابعة لوزارة التخطيط والتعاون الانمائي أو البنك المركزي العراقي أو مصرف الرافدين / الرشيد لتوفر الخبرة لدى تلك الجهات.

ح- في حالة توريد أجهزة، معدات أو أي بضاعة نحتاج فيها الى ضمانة لأغراض النصب أو التشغيل أو

ضمانة صيانة حيث يتطلب أن يؤخذ بنظر الاعتبار إبقاء نسبة معينة من قيمة الاعتماد لغرض التغطية على أن يشار الى ذلك في شروط الدفع الخاصة بالاعتماد المستندي“. نقلاً عن الخبير نعمان حافظ سلمان - أهمية الاعتمادات المستندية والاجراءات القياسية للرقابة والتفتيش ، المرجع السابق، ص ٧٩.

١٧- ((تتضمن اجازة الاستيراد المعلومات ادناه: (اسم المستورد وعنوانه. اسم المادة المطلوبة (الوصف الدقيق لها). الكميات المطلوبة. سعر الوحدة مع ذكر وحدة القياس. المبلغ الاجمالي مع ضرورة ذكر نوع البيع مثال ذلك (CIF,C&F,FoB,Exwork) أو غيرها وحسب الاتفاق بين الطرفين المتعاقدين. ميناء الشحن (مع الإشارة إلى منطقة الشحن) مثال ذلك ميناء أم قصر/البصرة.)).

١٨- منشور في الوقائع العراقية بالعدد ٤٣٢٥ في ٢٠١٤/٦/١٦ والضوابط الواردة بكتاب وزارة التخطيط المرقم ١٥٧٩٢/٧/٤ في ٢٠١٤/٧/٢٠

١٩- ان هذا النوع من الاعتمادات نادر الاستعمال في الحياة العملية لعدم اطمئنان البائع المستفيد اليه.

٢٠- المادة السابعة من الاصول والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية، النشرة ٤٠٠ لعام ١٩٨٤، بأنه يجب النص بصراحة ووضوح في كافة الاعتمادات المستندية فيما اذا كانت قابلة للإلغاء أو غير قابلة للإلغاء ، وفي حال غياب النص فان الاعتماد يعتبر قابلاً للإلغاء . (هذه النشرة صادرة عن غرفة التجارة الدولية).

٢١- أعفت المادة الخامسة /ف٣ من قانون التجارة الأمريكي لسنة ١٩٦٢ الحق في إلغاء أو التعديل في الاعتماد دون إشعار العميل أو المستفيد ما لم يتفق على غير ذلك“.

٢٢- ينظر نص المادة (٢٧٥) من القانون التجاري العراقي .

٢٣- ينظر نص المادة (٢٧٦) من القانون التجاري العراقي .

٢٤- ينظر الدكتور أحمد الزيادات – الاعتماد المستندي وخطاب الضمان – منشور على موقع شبكة قانوني

٣٠- ينظر نص المادة (٢٧٨) من قانون التجارة العراقي.

٣١- ينظر أ/ وعد عبدالودود سيف - الاعتمادات المستندية في البنوك التجارية ، بلا مكان وسنة الطبع ، ص٢.

٣٢- ينظر الدكتور أحمد الزيادات - الاعتماد المستندي وخطاب الضمان - منشور على موقع شبكة قانوني الأردني - <http://www.lawjo.net>

٣٣- ينظر أ/ وعد عبدالودود سيف - الاعتمادات المستندية في البنوك التجارية ، المرجع السابق ، ص٢.

٣٤- الخبير نعمان حافظ سلمان - رئيس قسم التفتيش ومختص في دراسة المناقصات والمقاولات وعقود التجهيز - بحثه الموسوم (أهمية الاعتمادات المستندية والاجراءات القياسية للرقابة والتفتيش) ، ص٥.

٣٥- ينظر الدكتور علي جمال الدين عوض - الاعتمادات المستندية ، دراسة للقضاء والفقه المقارن وقواعد سنة ١٩٨٣ الدولية ، جامعة القاهرة ، ص ٣٢ .

٣٦- مثال على ذلك " لو تم التعاقد مع إحدى الشركات الاجنبية "لتوريد اطارات سيارات "بمبلغ اجمالي (٥) مليون دولار واتفق ان يتم الشحن دوريا خلال مدة (٦) أشهر و(بثلاث) شحنات إذ يمكن فتح الاعتماد بمبلغ (٣٠٠٠٠) دولار مثلا على ان يقوم المجهز بتغطية الشحن ضمن المدة المتفق عليها وتقديم مستندات الشحن بما يغطي قيمة الاعتماد، ويستمر الشحن لحين اكتمال جميع الشحنات على ان يسبقها في ذلك تعزيز قيمة الاعتماد بشكل دوري.

٣٧- ينظر الدكتور أحمد الزيادات - الاعتماد المستندي وخطاب الضمان - منشور على موقع شبكة قانوني الأردني - <http://www.lawjo.net>

٣٨- الخبير نعمان حافظ سلمان - رئيس قسم التفتيش ومختص في دراسة المناقصات والمقاولات وعقود التجهيز - بحثه الموسوم (أهمية الاعتمادات المستندية والاجراءات القياسية للرقابة والتفتيش) ، ص٥.

٣٩- بحث "الاعتماد المستندي" منشور في موقع منتدى قانون الامارات <http://theuaelaw>.

الأردني <http://www.lawjo.net> ، وكذلك المحامي محمد أحمد زيدان - رسالة ماجستير (الوقاية في مخاطر الاعتمادات المستندية والكفالات المصرفية ، المملكة المتحدة ، ص ١٩ .

٢٥- ينظر محمد أحمد العباد - بعض الجواني الشرعية والفنية حول : الاعتمادات المستندية " . منشور على موقع في يوم الثلاثاء ، ٢٤ مارس ، <http://www.mngoolah.blogspot.com> ٢٠١٥/٠٣ وكذلك الدكتور مشعل عبد الباري- الاعتمادات المستندية، ص٦٩.

٢٦- ينظر نص المادة (٢٧٧) من قانون التجارة العراقي .

٢٧- ينظر نص المادة ١٠ من الاصول والاعراف الموحدة لعام ١٩٨٤

٢٨- قرر مجلس الوزراء (أستثناء تجهيز مبيد الراكسيل قبل فتح الاعتماد المستندي وبعد توقيع العقد مع شركة (باير) الالمانية من اساليب التعاقد) قرر مجلس الوزراء - في ٩/٢٨ / ٢٠١٤ الموافقة على قيام وزارة الزراعة بالتعاقد مع شركة (باير) الالمانية من خلال وكيلها الحصري (شادكو) , لغرض تجهيز الوزارة بمبيد الراكسيل وبكمية تجهيز مقدارها (٣٠٠,٠٠٠) كغم وبمبلغ اجمالي (٣,٥٧٠,٠٠٠) دولار قبل فتح الاعتماد المستندي وبعد توقيع العقد استثناء من اساليب التعاقد المنصوص عليها في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم ٢ لسنة ٢٠١٤ من اجل استخدام المبيد انفاً في تعفير بذور الرتب العليا للحنطة وتوزيعه على الفلاحين والمزارعين , على ان تتحمل وزارة الزراعة صحة الاجراءات التعاقدية . منشور في موقع الامانة العامة لمجلس الوزراء

<http://cabinet.iq/ArticleShow.aspx?ID=5280>

٢٩- ينظر محمد أحمد العباد - بعض الجواني الشرعية والفنية حول : الاعتمادات المستندية " . منشور على موقع في يوم الثلاثاء ، ٢٤ مارس ، <http://www.mngoolah.blogspot.com> ٢٠١٥/٠٣ وكذلك الدكتور مشعل عبد الباري- الاعتمادات المستندية، ص٦٨.

٤٠- ينظر الدكتور أحمد الزيادات - الاعتماد المستندي وخطاب الضمان ، المرجع السابق ، ص ٢٧١ .

٤١- الخبير نعمان حافظ سلمان - رئيس قسم التفتيش ومختص في دراسة المناقصات والمقاولات وعقود التجهيز- بحثه الموسوم (أهمية الاعتمادات المستندية والاجراءات القياسية للرقابة والتفتيش)، ص ٦.

٤٢- نقلا بتصريف عن مؤيد أحمد عبيدات وعبد الله حسين الخشروم- بحث المخاطر المترتبة على الاعتماد المستندي - دراسة تحليلية لنشرة (٦٠٠) ، في ٢٢/١٢/٢٠٠٨ المنشور في ٥/٤/٢٠٠٩ في مجلة المنارة ، المجلد ١٥ ، العدد ٢ لسنة ٢٠٠٩ . ص ١٦٦ - ١٦٨ .

٤٣- فمثلا سكوت الشركة عند قيام وزارة الصحة بفتح الاعتماد بالعملة الاسترلينية - بالرغم من اشتراط الشركة في عرضها فتح الاعتماد بالدولار الامريكي - لا يعتبر تفويضا منها للوزارة بفتح الاعتماد بالعملة الاسترلينية، اذ لا ينسب الى ساكت قول.

٤٤- قضت محكمة التمييز الاتحادية بقرارها المرقم ٤٠/موسعة مدنية / ٢٠٠٧ في ٢٦ / ٩ / ٢٠٠٧)) ... بعد تبوت تحقق مسؤولية المميز / المدعى عليه الثاني مدير عام مصرف الرافدين/ إضافة لوظيفته عن دفع مستحقات المميز عليه / المدعى (أ) عن فترة دراسته في الاتحاد السوفيتي (السابق) للمدة الاصلية والسنة اللاحقة التي مددت الدراسة فيها للمدعى بموافقة دائرته (الشركة العامة لصناعات البطاريات) المدعى عليه الاول إذ أقر وكلاء المميز من أن دائرة المميز عليه (فتحت الاعتماد المستندي) بتلك المستحقات وطلبت تنزيلها من حسابها لديه ، وأن تلك المستحقات لم تصرف للمدعى بسبب أمتناع (البنك المراسل) من صرفها بسبب الحصار الاقتصادي الذي فرض على العراق بعد ٢/٨/ ١٩٩٠ وتجميد أرصده لدى البنوك الاجنبية ، وحيث أن المبالغ المطالب بها لاتزال مودعه في حساب المدعى عليه الاول لدى المميز / إضافة لوظيفته فيكون الاخير مسؤولا عن تسديدها

للمدعى بالدولار الامريكي كونها أصبحت حقا مكتسبا له ، عليه قرر تصديق الحكم وصدر القرار بالاكثرية)) منشور في كتاب المحامي خليل أبراهيم المشاهدي ودريد داود سلمان الجنابي - المبادئ القانونية في قانون التجارة العراقي - قرارات محكمة التمييز ، ج ١ ، مكتبة صباح ، بغداد ، ٢٠١١ ، ص ٧ .

٤٥- بحث "الاعتماد المستندي" منشور في موقع منتدى قانون الإمارات

<http://theuaelaw.com>

٤٦- قرار محكمة التمييز الأردنية (حقوق) رقم ١٩٩٧/٧٦٧ تاريخ ١٩٩٧/٦/٩ ((قيام شركة التضامن بفتح اعتماد مستندي لدى البنك لاستيراد بضاعة فان قيام البنك باستلام بوليصة الشحن والتصريف بالبضاعة عن طريق بيعها دون اعدار الشركة وبسعر قليل فالحق خسارة بالشركة ، وعليه فان تصفية الشركة وانتهاء اعمال التصفية يجعل من (مخاصمة الشريكين مخاصمة صحيحة) طالما ان مهمة المصفي انتهت بانتهاء اعمال التصفية ذلك ان الاموال المتحصلة للشركة بعد انتهاء التصفية وانهاء شخصيتها يحكمها القانون المدني ويصبح الشركاء مالكيين على الشيوع لهذه الاموال، ولكل شريك في الشيوع ان يتخذ من الوسائل ما يحفظ المال المشترك بغير موافقة باقي الشركاء)).

٤٧- يكون صادرا باسم شخص معين عادة ما يكون الشخص المرسل إليه البضاعة، ولا يمكن تحويل الاستفادة منه إلى شخص آخر .

٤٨- يأتي من دون اسم من حاز عليه حاز على البضاعة .

٤٩- قد يكون صادرا لأمر شخص معين أو تحت إذنه وتنتقل ملكية هذا السند وملكية البضاعة التي يمثلها في هذه الحالة بتظهير السند نفسه لإذن أو لأمر آخر وهو الأكثر استعمالا (يكون عادة باسم بنك المستورد) وبمجرد حصوله على قيمة البضاعة يحوله ويظهره لصالح المستورد .

٥٠- البيع " سيف " هو البيع الذي يلتزم فيه البائع بابرار عقد نقل المبيع من ميناء الشحن إلى ميناء التفريغ والتأمين عليه ضد مخاطر النقل وشحنه على

٥٥-نقلا بتصرف من بحث"الاعتماد المستندي" منشور
في موقع منتدى قانون الإمارات . <http://theuacelaw.com>

٥٦-ولم يحدد المشرع الإماراتي كيفية تحديد هذه المدة
في حين تناولت لائحة الاعراف والاصول الموحدة
للا اعتمادات المستندية بقولها " ان بداية المدة تكون
وفقا لتاريخ الذي يحدده خطاب الاعتماد , فاذا حدد
الخطاب مدة زمنية معينة كشهر او ستة اشهر مثلا
ولم يحدد تاريخا لبدء احتسابها فانها تحتسب من
تاريخ اصدار الاعتماد. واذا صادف تاريخ انتهاء
مدة الاعتماد يوم عطلة للمصارف تمتد المدة الى
اول يوم عمل. وفيما عدا ايام العطلات فلا تمتد هذه
الصلاحية حتى لو توقف عمل المصارف في يوم
انتهائها لظروف قاهرة الا اذا كان منصوفا في
الاعتماد على ذلك.

٥٧- بحث"الاعتماد المستندي" منشور في موقع
منتدى قانون الإمارات .

<http://theuacelaw.com/vb/showthread.php?t=3309>

٥٨- تأسست غرفة التجارة الدولية في عام ١٩١٩
بهدف عام ما زال قائما دون تغيير ألا وهو : خدمة
قطاع الأعمال الدولي عن طريق تعزيز التجارة
والاستثمار وفتح الأسواق للسلع والخدمات . وتم
تأسيس الأمانة العامة للغرفة في باريس، وكان
دوره محوريا في إنشاء (محكمة التحكيم الدولية
التابعة للغرفة في عام ١٩٢٣. ثم توسعت
لتصبح منظمة أعمال دولية تضم في عضويتها
آلاف الشركات والهيئات في حوالي ١٣٠ بلدا.
ويوجد من بين الأعضاء عدد كبير من الشركات
الأكثر نفوذا في العالم وتمثل كل القطاعات
الصناعية والخدماتية. وأصبحت تقاليد وممارسات
"الاعتمادات المستندية" الموحدة (UCP)
المعتمدة في الغرفة هي (القواعد التي تطبقها
البنوك) في تمويل ما قيمته ملايين الدولارات من
التجارة العالمية كل عام.

السفينة واداء النفقات والمصروفات اللازمة لذلك ثم
اضافتها إلى الثمن الذي يلتزم المشتري بدفعه. وإذا
التزم البائع بأداء المصروفات و ابرام عقد النقل دون
عقد التأمين اعتبر البيع (سي أند اف). (المادة ٣٠١)
من قانون التجارة رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ .

٥١-البيع (فوب) هو البيع الذي يتم على اساس تسليم
البضاعة على ظهر السفينة التي يعينها المشتري
في الميناء المعين للشحن. (المادة ٢٩٨) من قانون
التجارة رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ .

٥٢- مؤيد أحمد عبيدات وعبد الله حسين الخشروم-
بحث المخاطر المترتبة على الاعتماد المستندي -
دراسة تحليلية لنشرة (٦٠٠) ، في ٢٢م ١٢/٢٠٠٨
المنشور في ٥/٤ / ٢٠٠٩ في مجلة المنارة ، المجلد
١٥ ، العدد ٢ لسنة ٢٠٠٩ ، ص ١٦٦ .

٥٣-هناك أنواع من الفاتورات (أ) – الفاتورة التجارية :
هي فاتورة مهمة في جميع المعاملات التجارية التي
تعتمد على الوثائق وهي تتضمن أسماء المتعاملين
، العنوان ، رقم السجل التجاري ، التاريخ ، رقم
الفاتورة ، نوعية البضاعة ، طبيعتها ، الوزن ، الكمية
، سعر الوحدة ، السعر الإجمالي للبضاعة وشروط
أخرى لعملية البيع .

ب- الفاتورة الأولية : وهي عبارة عن الفاتورة الابتدائية
للمعاملات التجارية ، يستعملها المشتري عموما من
اجل إشكاليات إدارية كالتوطين وفتح الاعتماد .

ج - الفاتورة القنصلية : وهي فاتورة تجارية موجهة إلى
قنصلية البلد المستورد الكائنة ببلد المصدر للحصول
على التأشيرة التي تؤكد منشئ البضاعة .

د- الفاتورة الجمركية : وهي فاتورة تجارية مصادق عليها
وموقعة من المصدر ، تتضمن جميع المعلومات
التي تطلبها مصلحة الجمارك في بلد المستورد .

٥٤-وقد قضي "بمسؤولية المصرف" لانه قبل شهادة
نوعية صادرة من خبير في حين وردت في خطاب
الاعتماد شهادة نوعية صادرة من خبراء. وبموجب
هذه القاعدة ايضا على المصرف ان يرفض
المستندات اذا وجد تناقض بينها . وليس له ان يقدر
ان العبرة ببيانات احد المستندات ويقبله بناء على
ذلك.

المقترحات والتوصيات :-

١- ضرورة توحيد النظام القانوني للاعتمادات المستندية في كل بلدان العالم لتجنب اختلاف التشريعات الوطنية بخصوصها، كما يؤدي ذلك إلى ازدهار حركة التجارة الدولية .

٢- ضرورة متابعة موضوع الاعتمادات المستندية المفتوحة (لأنها تمثل قيمة نقدية بالعملة الأجنبية) لتوريد سلعة أو تنفيذ عمل أو شراء خدمة من الخارج لتحسين (المراقب أو المفتش) كونها غير متوفرة داخل العراق وان تلك القيمة تدفع لقاء مستندات شحن مع وثائق أخرى محددة، ومن الأهمية أن يكون المراقب أو المفتش مؤهلاً لإجراء الفحص والرقابة حفاظاً على المال العام.

٣- ضرورة العمل على تحسين المراقب أو المفتش بالمعرفة والخبرة لهذا النشاط المهم وكذلك تأهيله بالشكل الذي يجعله قادراً على اكتشاف موطن الفساد في عقود الاستيرادات التي تتطلب فتح اعتمادات مستندية لتغطية اقيام مدفوعات الخارجية .

٤- ضرورة تطوير قدرات (المفتش الناجح أو المراقب أو الفاحص المقدر) وتنمية مهاراته الخاصة بحيث تؤهله لأجراء الفحص والتدقيق والتفتيش والرقابة الموضوعية وكتابة التقارير الرصينة لفحص عقود الاعتماد المستندي أو عقود الاستيرادات .

٥- ضرورة قيام البنوك بتعيين "موظفين أكفاء" في إدارات الاعتمادات المستندية، مشهود لهم بالنزاهة والخبرة العالية، تلافياً لما قد يحدث من قبل هؤلاء من تواطؤ أو جهل أثناء عملية الاعتماد المستندي.

٦- التأكيد على عقد المؤتمرات الخاص بالمشاركين في المناقصة أو الدعوة المباشرة قبل مدة لا تقل عن اسبوع لتاريخ فتح العطاءات.

٧- ضرورة التأكيد على «فحص إجراءات فتح الاعتماد المستندي» والموافقات الأصولية ، وتدقيق استمارة فتح الاعتماد المستندي ، ومعرفة نوع البيوع الدولية، وفحص العقد الدولي الخاص بين الطرفين ، وتدقيق جميع الإجراءات ذات العلاقة بموجب المادة التاسعة الخاصة بتعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لعام ٢٠٠٨. وتعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤ .

٨- ضرورة التأكيد على فحص مستندات الاعتماد المستندي والتأكد من صحتها (قوائم الشحن، والقوائم التجارية، قوائم التعبئة والتغليف ، شهادة الوزن، شهادة الفحص وغيرها من القوائم والشهادات المشار إليها في أصل وثائق الاعتماد). وملاحظة نوع الشحن (بري ، جوي أو بحري) وتدقيق وفحص الوثائق الخاصة بذلك . واتباع "معيار الفحص الجوهري" للمستندات دون النزول عن الأصول المصرفية الدولية، ويعد ذلك معياراً مزدوجاً قد يضمن الأضرار التي تلحق بالمشتري أو البنك. خاصةً إذا علمنا أن اعتماد معيار الفحص الحرفي سيؤدي إلى إعاقه حركة التجارة وتوقفها.

٩- ضرورة التأكيد على إستحصال الموافقات الأصولية على إطلاق المستحقات بعد إجراء الفحص الشامل لوثائق المناقصة (أو الدعوة المباشرة) من قبل الرقابة والتدقيق الداخلي والقانونية للتأكد من إستيفاء المعاملة لشروط إطلاق المستحقات طبقاً لتعليمات تنفيذ

المصادر

-القرآن الكريم

أولاً:-الكتب القانونية والبحوث :-

-الدكتور أحمد الزيادات – الاعتماد
المستندي وخطاب الضمان – منشور على موقع
شبكة قانوني الأردني .

<http://www.lawjo.net>

للمحامي الدكتور الياس حداد - الاعتماد-
المستندي في الآثار القانونية للعلاقات الناشئة
. عن فتحه . منشور على موقع ستار تيمز

<http://www.startimes.com/?t=20186895>

-المحامي خليل أبراهيم المشاهدي ودريد
داود سلمان الجناحي – المبادئ القانونية في
قانون التجارة العراقي – قرارات محكمة
التمييز ، ج ١ ، مكتبة صباح ، بغداد ، ٢٠١١ .

-الدكتورة سميحة القليوبي الأسس القانونية
للعلمية البنوك مكتبة شمس القاهرة .

-الدكتور علي البارودي - مؤلفه العقود
وعمليات البنوك، القاهرة ، ١٩٨٢ .

-الدكتور علي جمال الدين عوض،
الاعتمادات المستندية - دراسة قانونية للأعراف
الدولية والقضاء المقارن، القاهرة ، ١٩٨١ .

محمد أحمد العباد – بعض الجواني-
الشرعية والفنية حول : الاعتمادات المستندية
» منشور على موقع على الانترنت

<http://mngoolah.blogspot.com/2015/30>

-المحامي محمد أحمد زيدان – رسالة
ماجستير (الوقاية في مخاطر الاعتمادات
المستندية والكفالات المصرفية ، المملكة
المتحدة .

العقود الحكومية رقم (١) لعام ٢٠٠٨. وكذلك
وتعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة
٢٠١٤

١١- ضرورة توحيد قواعد ونظم وأحكام
(عقد الاعتماد المستندي) من قبل الغرفة
التجارية الدولية، والتشريعات الوطنية بحيث
يتم تحديد حقوق والتزامات كل أطراف
الاعتماد المستندي.

١٢- ضرورة الاسراع في إجراءات
التخليص الكمركي والتحميل « بهدف تسهيل
عملية وصول البضاعة إلى المخازن، وتجنب
دفع «غرامات» (أرضيات) عن مدة تأخر
التسليم للبضاعة الواصلة إلى المطار أو
الكمارك.

١٣- وأخيراً نقول ؛ إن الاعتماد المستندي
يعد من أهم العمليات المصرفية وأحسنها
وأسرعها وأسهلها وتؤدي المصارف دوراً
كبيراً في التجارة الدولية ؛ إذ تمنح بعض
الثقة والائتمان لكل من البائع والمشتري. لذا
نوصي بالإبقاء على عملية الاعتماد المستندي
بالرغم من المخاطر التي تحيط بها، إلا أن تلك
المخاطر لا تتجاوز حسناتها على أساس أنها
الطريقة المثلى للوفاء بالثمن في عقود التجارة
الخارجية (الدولية) .

الأستاذ محمد ديب-الاعتماد المستندي، البيع
سيف ومسؤولية الناقل البحري، طرابلس
١٩٨٠.

محمد لفروجي - العقود التجارية بين
مدونة التجارة و القانون البنكي - ط ٢ ، مطبعة
النجاح الجديدة، الدار البيضاء ، ٢٠٠١ .

محي الدين اسماعيل علم الدين موسوعة
أعمال البنوك من الناحيتين القانونية و العلمية ،
دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٣ .

مؤيد أحمد عبيدات وعبد الله حسين
الخشروم- بحث المخاطر المترتبة على
الاعتماد المستندي - دراسة تحليلية لنشرة
(٦٠٠) ، في ٢٢م ١٢ / ٢٠٠٨ المنشور في
٤/٥ / ٢٠٠٩ في مجلة المنارة ، المجلد ١٥ ،
العدد ٢ لسنة ٢٠٠٩ .

-الدكتور مشعل عبد الباري- الاعتمادات
المستندية .

-الخبير نعمان حافظ سلمان - رئيس
قسم التفتيش ومختص في دراسة المناقصات
والمقاولات وعقود التجهيز- بحثه الموسوم
(أهمية الاعتمادات المستندية والاجراءات
القياسية للرقابة والتفتيش) .

-الأستاذ وعد عبد الودود سيف - الاعتمادات
المستندية في البنوك التجارية ، بلا مكان وسنة
الطبع .

ثانياً- القوانين :-

قانون التجارة العراقي رقم (٣٠) لسنة
١٩٨٤ المعدل .

قانون التجارة الأردني رقم (١٢) لسنة
١٩٦٦ .

-القانون التجاري التونسي لعام ١٩٥٩ .

قانون التجارة المصري رقم (١٧) لسنة
١٩٩٩ المعدل .

-المشرع الاماراتي في قانون المعاملات
التجارية الاعتماد المستندي .

-القانون التجاري الكويتي

-غرفة التجارة الدولية في عام ١٩١٩

ثالثاً:- مواقع على الانترنت :-

<http://kenanaonline.com/users/254076>

ملتقى المعرفة المحاسب

<http://theuaelaw.com/vb/showthread.php?t=3309>

بحث"الأعتماد المستندي"منشور في موقع
منتدى قانون الإمارات .

Legal regulation for accreditation documentary in Iraqi law A comparative study

Judge Abbas Ziad al-Saadi*

Abstract

"Letters of credit» plays an important role in the international trade process in particular, and is gaining great importance of its unique ability to reduce the problems and obstacles that stand in the way dealers in international trade.

Since that trade is an economic activity that specializes in the framework of the division of social work, and what was Altjarhhuahd sectors of the national economy sector, which must serve development and economic development process. And letters of credit form of economic and commercial activity and banking operations, and global trade developments have led to the expansion of the international sales department, due to link Iraq's international trade relations, the necessity dictate to contend with different types of banking operations, including the «open documentary credit.

It may happen that the supplier provides goods in violation of the samples that have already been agreed upon or with the specifications set out terms of the contract or to refrain from supplying the agreed goods at the dates and the prices assigned in advance, so for any reason or to refuse imported receipt of the goods sent to him. In all these cases we find that «the Bank is the guarantor» for each of the parties to the contract letter of credit the Bank (Light of credit) provides this guarantee, the client check on the arrival of his goods safety in his country and the beneficiary (source) assured that he will receive a full money immediately handed over the required documents for the cargo place of contracting correspondent Banking (amount).

Authorized documentary credit is a written commitment issued by the Light Bank dependence on the imported request, for the benefit of the beneficiary (source), through the correspondent bank pledging to pay a fixed amount, or accept draws specific time worth, during a specific period of time, in exchange for the bank receipt for specific documents provided matching these documents to the terms of credit.

We have devoted the Iraqi Trade Law No .(30)of 1984the rate in force, in Part IV Deciding II banking operations -alfra V documentary credit in articles (273-282) to study the legal regulation of a documentary credit Study legal comparison.

(*)Eng. M University in College safe

CONTENTS

Research and Studies

Editor.....	7
Disruption of The Defence Rights in The Disciplinary Case ...pro.Dr.AmmarTariqAbdulAziz . Asst.Tech.Dhiaa HusseinLatif.....	38
The Theory of The Unity of Law and Its Implications in Iraqi Law Asst .Prof.Dr. Farouq Ibrahim Jassim	50
The Establishment of aSuit Cancellation Out Of Tim Dr. Ali Hassan Al- Lahibi.....	70
The crime of illegal archaeological excavationsA comparative study Assist Prof. Dr. Mazen Khalaf Al-Shammari.....	88
Constitutional Protection of The Public Order Idea Asst.Dr Ali Hssan Abdul Amer Asst.Tech. Ali Majeed AlaKili.....	104
- Legal guarantees of the according to theSales contract on Map Escrow and Iraqi civil law Asst.Tech.Jaafer Jabur AlHreshawi.....	126
-Legal regulation for accreditation documentary in Iraqi law Acomparativ study Judge Abbas Ziad al-Saadi.....	169



The Goals and Standard Publishing

The goals of Baytul Hikma

- Baytul Hikma is antellectual and scientific institution with moral entity and financial and administrative independence . Baytul Hikma is in Baghdad . Its goals;
- Studying the history of Iraq and the Arab and Islamic civilization.
- Laying the approach of dialogue between cultures and religions . Thus contributing to concolidate the culture of peace and the values of tolerance and coexistence between individuals and groups.
- Following- up the politiceal and economic global developments and their future effects on Iraq and Arab world.
- Paying attention to reserches and studies related to the issues of social , economic and political phenomena
- Interesting in reserches and studies that enhance the citizen rights and fundamental freedoms and the consolidation of democracy and civil society values.
- peoviding insightsand studies that serve policy and decision - making processes.

Puplishering standard

- The journal publishes researches that have not been published before . rhe researcher will be informed of decision of publishing within three months from the date of receipt of the reserch- one copyof the resercher should be sent in Arabic with a summary in English of no more than (200) words. (provided that.
- A -The researcher must be printed and saved on CD disk ,double - spaced and printing.
- B -Pages should not exceed 200) pages , (double-spaced and printing.
- C -All sources and margins should be serially numbered at the end of the paper in double spaces printing.
- The researcher gets a free copy of the Journal that published the research.
 - Researchers will not to be returned whether published or not.
 - The department has the right to publish the research in accordance with the plan of the Journal edition.



Law Studies

Quarterly journal issued by Department of Historical Studies In BaytulHikma

No.(44) Baghdad-2018

Chief Editor

Prof. Dr.Hanan M. Al kaisi

Secretary Editor

Dr. Thakra Inam Ghaeb

Consulative Commision

Prof.Dr.Ghazi Faisal

Prof.Dr.Mazin Lillo Radhi

Prof.Dr.Haider Adhem Al-Tai

Assist, Prof.Dr.Muhammed vloom Muhammed Ali

Assist,.Prof . Dr.Siba Nuaman Rasheed

Assist .Prof.Dr. Amal Kadhim Suod

Linguistic Correction

Assist. Prof. Dr.Asrae Hussain