



دراسات قانونية

مجلة فصلية محكمة تصدر عن قسم الدراسات القانونية في بيت الحكمة - بغداد
العدد (٥٢) لسنة ١٤٤٢هـ / ٢٠٢٠م

رئيس التحرير

د. عز الدين المحمدي
بيت الحكمة / قسم الدراسات القانونية

مدير التحرير

د. ذكرى انعام غائب
بيت الحكمة / قسم الدراسات القانونية

هيئة التحرير

أ.د. فوزي حسين الجبوري / العراق
أ.د. عبد الله عزام عبد القادر / الاردن
أ.م.د. محمد عزت / العراق
أ.م.د. جيهان حسين فقيه / لبنان
أ.م.د. عبد الرحمن نجم عبد المشهداني / العراق
أ.م.د. علاء الدين عبد اللطيف عبد العاطي / مصر
أ.م.د. الاء ناصر البعاج / العراق
أ.م.د. وليد كاصد الزبيدي / العراق
أ.م.د. وائل منذر البياتي / العراق
أ.م.د. اسماعيل نجم الدين زكنة / العراق

المراجعة اللغوية

أ.م.د. رشا طه (اللغة العربية)
مترجم اقدم بثينة هاشم (اللغة الانكليزية)

أهداف المجلة

مجلة (دراسات قانونية) دورية مُحكَّمة تصدر عن مؤسسة بيت الحكمة، تحمل الرقم الدولي المعياري (ISSN2223-8190)، وتختص بالدراسات والبحوث العلمية القانونية، يشرف عليها كادر من الخبراء والاكاديميين من مختلف الجامعات العراقية والعربية، وتنشر ورقياً وإلكترونياً، وتهدف إلى:

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

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

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

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

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

رؤية المجلة

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

دليل المؤلف

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

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

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

ثالثاً: يجب أن يشتمل البحث على العناصر الآتية:

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

- الملخّص التنفيذي باللغتين العربية والإنكليزية فيه نحو ٢٥٠-٣٠٠ كلمة، والكلمات المفتاحية (Key Words) بعد الملخّص، ويقدم الملخّص بجملة قصيرة ودقيقة وواضحة إشكالية البحث الرئيسية، والطرق المستخدمة في بحثها، والنتائج التي توصل إليها البحث.

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

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

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

- أن يقع البحث في مجال أهداف المجلة واهتماماتها البحثية.

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

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

- تفرد المجلة بابًا خاصًا للمناقشات لفكرة أو نظرية أو قضية مثارة في مجال العلوم الاجتماعية لا يتجاوز عدد كلمات المناقشة ٢٨٠٠-٣٠٠ كلمة، وتخضع المناقشات إلى ما تخضع له البحوث من قواعد التحكيم.

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

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

- تُنشر البحوث والدراسات في المجلة باللغتين العربية والإنكليزية.

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

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

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

-تعتمد المجلة نظام (MLA) في ترتيب الهوامش والمصادر

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

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

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

كلية الحقوق
قسم القانون الجزائي
القانون الجنائي و اجراءاته
القانون العسكري

قانون الشريعة الإسلامية
القانون الأمريكي

قسم القانون العام

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

القانون الدولي الخاص
القانون الدولي العام

قانون السوق المشتركة

المنظمات الدولية

القانون الدولي الاقتصادي

حقوق الإنسان

القانون الدولي للبحار

القانون الدولي للبيئة

تسوية المنازعات الدولية

القانون الدولي لحقوق الإنسان

القانون الدولي الإنساني

قسم القانون الخاص

الفقه

القانون البحري والجوي

الملكية الفردية

قانون العقود

قانون الأسرة

إجراءات مدنية

القانون التجاري

قانون الشركات

القانون الصناعي

قانون الأراضي

قانون الملكية العراقية

قانون الاثبات

الانصاف والائتمان

قانون حقوق الطبع

قانون التوثيق

قانون العمل

قانون المستهلك

منظم القانون المدني

دليل المُقيِّم

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

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

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

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

أخلاقيات النشر

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

العدد:

التاريخ: ٢٠ / /

«اسم الباحث» المحترم

«عنوانه»

تحية طيبة:

يسرنا إبلاغكم تسلمنا بحثكم الموسوم بـ:

«عنوان البحث»

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

رئيس هيئة التحرير

رئيس قسم الدراسات القانونية

(إقرار وتعهد)

عنوان البحث:

«عنوان البحث»

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

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

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

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

و عليه وقّعت في أدناه.

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

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

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

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

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

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

التاريخ: ٢٠ / /

التوقيع:

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

المحتويات

البحوث والدراسات

كلمة العدد

- رئيس التحرير ١٥
- مبدأ ثبات الحدود وما يتصل به في فقه محكمة العدل الدولية
- أ.م.د. محمد خالد برع ١٧
- التدخل الانساني واشكالية التطبيق
- أ.م.د. ابراهيم حردان ٣١
- التحقيق البرلماني كوسيلة للرقابة على اعمال مجلس الوزراء في الدستور العراقي المقارن
- أ.م.د. ايمان قاسم ٥٣
- عضوية الاجنبي في الشركات التجارية العراقية
- أ.م.د. سهام سوادي طعمة ٧٣
- مدى صلاحية التعويض العيني لجبر الضرر المستقبل(دراسة مقارنة في القانونين العراقي والانكليزي)
- م.د. كاظم حمادي..... ٩٥
- مدى كفاية قواعد القانون المدني في الحماية المدنية لاستخدام التقنيات البيوطبية
- م.د. فاطمة خلف ١٢٣
- الاساس القانوني لمفهوم عقد المقاولة من الباطن(دراسة مقارنة)
- م.د. عزيذ عزت
- م.م. مروان عزيذ عزت..... ١٤٥
- غلق الرهن في الفقه الاسلامي والقانون المدني (دراسة تحليلية مقارنة)
- م.احمد محمد صديق..... ١٦٩
- الاختصاصات التنفيذية لرئيس الجمهورية في النظام الرئاسي الامريكي
- م.م. شامل سامي ١٨٣
- دور الاتفاق الاطاري في صياغة العقد التجاري وتحديد نطاقه
- م.م. علي حسن باتول
- م.م. حيدر داوود سلمان..... ١٩٩



البحوث والدراسات

كلمة العدد

كلمة العدد

مع بداية العام الجديد ٢٠٢١ تركنا خلفنا ما حملته العام المنصرم ٢٠٢٠ من تركة ثقيلة من المأساة بفعل (وباء كوفيد ١٩) الذي سبب وقف كل تواصل مباشر بين الدول والمجتمعات الإنسانية وآثاره الصحية والنفسية والاجتماعية والاقتصادية المدمرة لازالت شاخصة في العالم اجمع، ورغم هذا فإننا نستقبل العام الجديد بأمل مشرق وتفاعل يتسع له نفوسنا التواقاة الى الصحة والسلامة والرخاء والازدهار للبشرية أجمع.

تحت انظار احبتي الباحثين والأكاديميين وقراءنا هذا العديد الجديد من مجلتكم دراسات قانونية التي تحمل اليكم باقة قيمة من البحوث والدراسات بمختلف الاختصاصات ولنخبة جليلة من الأساتذة الباحثين، لنستمر لإرواء عطش الباحثين والمهتمين بالشأن القانوني لرؤى والقيم الفكرية والعلمية والبحثية للمجلة وهي ترتقي باستمرار سلم التطور والرصانة المعرفية والأكاديمية لتكون نافذة مشرقة على عالم الفكر والثقافة العلمية والبحثية وهي تحمل شذرات استشرافية للعالم الجديد.

بيتنا الحكمة والفكر والحضارة القيمية تزدهي مجددا ودائما للانطلاقه بخطتها الطموحة للعام الجديد ببرنامج عمل وفعاليات وانشطة علمية بالموضوعات المختلفة برعاية ودعم سعادة الأستاذ الدكتور احسان الأمين رئيس مجلس أمناء بيت الحكمة، وقسم الدراسات القانونية اعد خطة مكتنزة بالانشطة والفعاليات العلمية والبحثية، وكانت خطوتنا لدعم وتنفيذ البرنامج تشكيل الفريق الاستشاري لقسم الدراسات القانونية، وتشكيل الفريق الاستشاري لتحرير المجلة من نخبة جليلة من الأساتذة والباحثين من مختلف الجامعات العراقية في بغداد والمحافظات والعربية من لبنان ومصر والأردن لنشكل جميعا فريق عمل واحد نرتقي بالعمل والمثابرة لنظل على استشراف العام الجديد.

وهنا لابد من كلمة استذكار بالشكر والتقدير والثناء للأستاذة الدكتورة حنان محمد القيسي المشرف على قسم الدراسات القانونية ورئيس تحرير مجلة دراسات قانونية لعشر سنوات منصرمة التي تركت لنا بصمة راقية ورائعة وأثرا طيبا في نفوسنا أولا وفي عمل القسم وبيت الحكمة ثانيا بما قدّمت جليل خدماتها واعمالها وتفانيها العلمية والإدارية.

ونجدد هنا دعوتنا للأساتذة والباحثين في الجامعات والمراكز البحثية العراقية والعربية باثراء الاعداد القادمة من مجلة دراسات قانونية بالأبحاث والدراسات الاكاديمية الرصينة وتفعيل شراكتها لتأخذ مكانتها وتعزز رسالتها ورواها الفكرية والعلمية لتعزيز مفاهيم الثقافة والبحث الأكاديمي في الجامعات والمراكز البحثية المتخصصة.

رئيس التحرير

مبدأ ثبات الحدود وما يتصل به في فقه محكمة العدل الدولية

أ.م.د. محمد خالد برع(*)

المقدمة

لقد قامت محكمة العدل الدولية بجهد واضح لترسيخ عدد من المبادئ القانونية التي أضحت أن تكون مصدراً أساسياً ترجع إليه المحاكم الدولية للفصل في أي نزاع دولي حدودي. على أساس أن احكام المحكمة المذكورة لها السبق في الكشف والاستدلال على ما هو قائم ومطبق من مبادئ القانون الدولي وقواعده.

فقد أسهمت المحكمة المذكورة بفعالية كبيرة في إرساء المبدأ الأساس الحاكم لتسوية النزاعات الحدودية والمتمثل بمبدأ ثبات الحدود، اثناء القضايا التي فصلت فيها والمتعلقة بتلك النزاعات، يضاف إلى ذلك المبادئ المتعلقة بالمبدأ المذكور، ومنها: مبدأ لكل ما بحوزته والذي هو في مضمونه ومحتواه يماثل مبدأ حرمة الحدود الموروثة عن الإستعمار، مبدأ حجية الخرائط، مبدأ التاريخ الحرج.

يوصف مبدأ ثبات الحدود بأنه المبدأ الأساس الحاكم لنزاعات الحدودية، ويراد به ان الحدود يجب أن تكون مستقرة، بمعنى ثبات خط الحد الدولي في الموقع الذي تمَّ تحديده فيه، فلا يجوز تعديله إلا بناء على الاتفاق بين الاطراف المعنية أو عبر وسائل التسوية السلمية الأخرى، ولا يمكن ذلك عن طريق استخدام القوة أو التهديد بها.

الملخص

يعد مبدأ ثبات الحدود من أهم المبادئ التي ارستها (محكمة العدل) الدولية في اطار التسوية القضائية لمنازعات الحدود الدولية امام هذه المحكمة العالمية. ويقصد بهذا المبدأ ثبات خط الحد الدولي في الموقع الذي تمَّ تحديده فيه، فلا يمكن تعديله إلا بناء على الاتفاق بين الاطراف المعنية أو عن طريق وسائل التسوية السلمية الأخرى.

كذلك هنالك مبادئ اخرى متعلقة أو متصلة بمبدأ ثبات الحدود عن طريق الهدف أو المضمون، وتتمثل هذه المبادئ بمبدأ حرمة الحدود الموروثة عن الاستعمال، ومبدأ القيمة الثبوتية للخرائط، ومبدأ التاريخ الحاسم.

وبناء على ما تقدم، بينت في بحث هذا الموضوع "مبدأ ثبات الحدود وما يتصل به في فقه محكمة العدل الدولية، إذ قسمت البحث على مبحثين : الاول مبدأ ثبات الحدود، اما المبحث الثاني فعالجت فيه المبادئ المتعلقة بمبدأ ثبات الحدود وفقاً لرأي محكمة العدل الدولية.

ذيلتها بخاتمة عالجت، أهم النتائج والتوصيات المتعلقة بموضوع البحث آنف الذكر.

(*) جامعة الانبار / كلية القانون والعلوم السياسية mkbflaw@gmail.com

المطلب الاول

مفهوم مبدأ ثبات الحدود وأثر محكمة العدل الدولية في تكريسه

إن المبدأ الأساس الحاكم لنزاعات الحدود البرية هو مبدأ ثبات الحدود، ويُقصد به أن الحدود يجب أن تكون مستقرة بالتطبيق لقاعدة أن «الأمر المستقر يجب تثبيته»، بمعنى ثبات خط الحد الدولي في الموقع الذي تمّ تحديده فيه، فلا يمكن تعديله إلا بناء على الاتفاق بين الاطراف المعنية أو من خلال وسائل التسوية السلمية الأخرى، وليس عن طريق استعمال القوة أو التهديد بها^(١).

كما يُعد مبدأ ثبات الحدود من المبادئ المستقرة في القانون الدولي المعاصر، وله أهمية كبيرة؛ وذلك لارتباط الحدود بالسيادة، على أن يكون اكتساب إقليم الدولة قد تمّ بطريقة مشروعة وفقاً لأحكام القانون الساري، أي ان ثبات الحدود الدولية يجب أن يكون قد تم بشكل قانوني من قبل الدولة المتمسكة بهذا المبدأ كي يُعتدّ به^(٢).

وهذا ما اوضحته محكمة العدل الدولية في قضية السيادة على الأراضي الحدودية (بين بلجيكا وهولندا) عام ١٩٥٩، إذ قضت «أن الوضع الواقعي المتمثل في الممارسة الفعالة لمظاهر السيادة الهولندية لمدة طويلة، ليس لها أية قيمة بالنسبة للحق القانوني الثابت لبلجيكا»^(٣).

ومن هنا تبدو أهمية التعرف على جهود محكمة العدل الدولية في الكشف والتفسير للمبادئ القانونية الرئيسية المتعلقة بتسوية النزاعات الحدودية، والمتمثلة بمبدأ ثبات الحدود، الذي يُعد المبادئ المستقرة في القانون الدولي المعاصر، وله أهمية كبيرة؛ نظراً لاتصال الحدود بالسيادة. كذلك سيتم التعرف، عن طريق هذا البحث، على أهم المبادئ المتعلقة او المتصلة بمبدأ ثبات الحدود المذكور آنفاً.

وبناءً على ما تقدم، سوف أقسم البحث على مبحثين:

المبحث الأول: مبدأ ثبات الحدود.

المبحث الثاني: المبادئ المتعلقة بمبدأ ثبات الحدود.

المبحث الأول

مبدأ ثبات الحدود

سوف اعالج في هذه المبحث التعريف بمبدأ ثبات الحدود ومساهمة محكمة العدل الدولية في إرسائه، فضلاً عن دور المحكمة المذكورة في إرساء الآثار المترتبة على مبدأ ثبات الحدود ونهايتها، وذلك عن طريق تقسيم هذا المبحث على مطلبين:

المطلب الاول: مفهوم مبدأ ثبات الحدود وأثر محكمة العدل الدولية في تكريسه

المطلب الثاني: الآثار المترتبة على مبدأ ثبات الحدود في فقه محكمة العدل الدولية

المطلب الثاني

الآثار المترتبة على مبدأ ثبات الحدود في فقه محكمة العدل الدولية

في أكثر من قضية عرضت على محكمة العدل الدولية، أكدت الأخيرة على الآثار المترتبة على مبدأ ثبات الحدود، مما ساعد على تكريسها وثباتها، ومن أهم هذه الآثار: عدم تأثر معاهدات الحدود بمبدأ التغيير الجوهري في الظروف، واستمرارية نفاذ معاهدات الحدود في حالة التوارث الدولي في مجال المعاهدات، وهذا ما سنعالجه على النحو الآتي:

أولاً: عدم تأثر معاهدات الحدود بمبدأ التغيير الجوهري في الظروف

يقصد بمبدأ التغيير الجوهري في الظروف، حصول تغيير أساس في الظروف الفعلية التي عقدت في ظلها أو على أساسها المعاهدة، بحيث تحدث إخلالاً بمدى الالتزامات المتبادلة بين أطرافها، قد يؤدي إلى إلغاء هذه المعاهدة أو التأثير في قوتها الإلزامية^(٧).

ولقد أكدت محكمة العدل الدولية على عدم خضوع المعاهدات الحدودية لمبدأ التغيير الجوهري في الظروف، بالاستناد إلى أن الغرض من عقد المعاهدات المذكورة هو تسوية قضايا الحدود تسوية نهائية، فقد أعلنت المحكمة، في رأيها الاستشاري لعام ١٩٥٠ بشأن قضية المركز الدولي لإفريقيا الجنوبية الغربية، عدم خضوع المعاهدات التي تنشئ أوضاعاً دائمة أو حقوقاً إقليمياً لمبدأ تغيير

وإذا بحثنا في أحكام محكمة العدل الدولية نجد انها أكدت على مبدأ ثبات الحدود الدولية في العديد من القضايا المتعلقة بالنزاعات الحدودية التي فصلت فيها، ففي قضية معبد برياه فيهيهار "Preah Vihear" بين كمبوديا وتايلند عام ١٩٦٢، أكدت المحكمة "إن الهدف الاساس للدولة التي تقوم بتحديد حدودها مع جيرانها هو الوصول إلى حل دائم ومحدد يمنع المنازعات في المستقبل"^(٤).

وأكدت المحكمة المذكورة أنه "عندما تقوم دولتان بتعيين الحدود فيما بينهما، فإن أحد الاهداف الرئيسية هو الوصول إلى حل ثابت ونهائي"^(٥).

كذلك في الحكم الصادر بخصوص النزاع الإقليمي (بين ليبيا وتشاد) عام ١٩٩٤، شددت المحكمة على مبدأ ثبات الحدود وعدم جواز تعديلها إلا باتفاق الدول المعنية بقولها: "إن الحدود التي عينتها معاهدة ما يكون لها صفة الاستمرار والدوام، ولا تتأثر بما قد يلحق بالمعاهدة ذاتها من عوارض تؤثر في استمرار سريانها، إلا إذا تمَّ تعديل الحدود باتفاق الدول المعنية"^(٦).

وفي ضوء ما تقدم، يتبين لنا أن المبدأ الأساس والذي كرسته محكمة العدل الدولية في تسوية نزاعات الحدودية الدولية التي نظرتها وبتت فيها، هو مبدأ ثبات الحدود.

الظروف، بتقريرها عدم شرعية إنهاء الانتداب على إقليم إفريقيا الجنوبية الغربية من جانب اتحاد جنوب إفريقيا بحجة تغير الظروف، والمتمثلة بانتهاء عصبة الأمم المتحدة التي أعطت الانتداب لجنوب إفريقيا^(٨).

وفي قضية (معد برياه فيهياري) "Preah Vihear" عام ١٩٦٢، ذكرت المحكمة أن عدم عد تسويات الحدود باتة وحاسمة، يؤدي إلى أن يصبح نظام الحدود مصدراً للتوتر والاضطراب في العلاقات الدولية^(٩).

ومن ثم فإن المحكمة تؤكد هنا على أن الأطراف قد أقرروا بأن المعاهدات الحدودية تقع خارج نطاق تطبيق مبدأ التغير في الظروف، حتى لا يتحول نظام الحدود إلى مصدر توتر للعلاقات الدولية بخلاف هدفه الحقيقي الذي يرمي إلى استقرار العلاقات بين الدول.

يتبين مما تقدم أن الهدف الأساس من استثناء معاهدات الحدود من مجال تطبيق مبدأ التغير الجوهرى في الظروف، هو ضمان استقرار الحدود أو عدم تعديلها بحجة حدوث تغير جوهرى في الظروف، وهو ما يساعد على تحقيق الاستقرار الإقليمي، فالقول بخلاف ذلك يعني أن كل دولة لا تروق لها اتفاقياتها الحدودية، بإمكانها أن تتصلب منها وتعدي على جيرانها، بذريعة الطرف الذي لديها والذي أثر على أوضاعها وعلى سيادتها الإقليمية. وهذا بلا شك يقوّض أهم مبدأ من مبادئ القانون الدولي، المستعملة في تسوية منازعات الحدود، ألا وهو مبدأ ثبات الحدود.

ثانياً : استمرارية نفاذ معاهدات الحدود في حالة التوارث الدولي في مجال المعاهدات

التوارث الدولي يعني انتقال السيادة على الإقليم من دولة لأخرى، ويراد بالاستمرارية انتقال حقوق والتزامات الدولة السلف المقررة في معاهدات الحدود إلى الدولة الخلف. فالدولة التي إنتقل إليها إقليم معين عن طريق التوارث تترث ذلك الإقليم طبقاً للحدود التي حددتها معاهدات الحدود السابقة، على الرغم من أن الدولة الخلف لم تشارك في عقد تلك المعاهدات. وقد تضمنت (المادة ١١) من اتفاقية (فيينا) المتعلقة بخلافة الدول في المعاهدات لعام ١٩٧٨، النص على أن "لا تؤثر خلافة الدول في حد ذاتها على أ- الحدود المقررة بمقتضى معاهدة أو ب- الإلتزامات والحقوق المقررة بمعاهدة متعلقة بنظام حدود". اذن وفقاً لمبدأ استمرارية معاهدات الحدود في حالة التوارث الدولي تنتقل التزامات الدولة السلف وحقوقها المحددة بموجب معاهدة تعيين حدود الإقليم إلى الدولة الخلف التي حلت محلها في حكم ذلك الإقليم. والهدف من ذلك المبدأ هو تحقيق نوع من الثبات للحدود الدولية لغرض استقرار العلاقات الدولية، هو الهدف نفسه الذي من أجله تم أقرار مبدأ ثبات الحدود^(١٠).

والموقف الذي اتخذته محكمة العدل الدولية، بهذا الشأن، يؤكد مبدأ استمرارية المعاهدات الحدودية في حالة التوارث الدولي، ففي القضية المتعلقة بحق المرور فوق الإقليم الهندي بين

المطلب الأول

مبدأ حرمة الحدود الموروثة عن الاستعمار

إن مبدأ حرمة الحدود الموروثة عن الاستعمار والذي هو ذاته مبدأ لكل ما بحوزته أو لكل ما بيده، يقصد به إستقلال كل دولة بالإقليم الذي تحوزه فعلياً وفقاً للوراثة الدولية أو طبقاً لخطوط الحدود التي رسمتها الدولة الإستعمارية قبل الإستقلال^(١٢).

إن النزاع الحدودي بين (بوركينا فاسو ومالي) يعد من أشهر النزاعات التي تمت تسويتها عن طريق محكمة العدل الدولية بتطبيق مبدأ لكل ما بحوزته فقد طبقت الغرفة الخاصة للمحكمة المذكورة في حكمها الصادر عام ١٩٨٦، مبدأ حرمة الحدود الموروثة عن الاستعمار، والذي بموجبه تمّ منع إجراء أي تغيير في الوضع السابق، ووقفت العمليات العسكرية جميعها. كذلك أكد الحكم المذكور على صيرورة هذا المبدأ مبدأ عاماً، إستقر في وجدان المجتمع الدولي باعتباره قاعدة عرفية دولية، يطبق وقت الحصول على الإستقلال دون أثر رجعي^(١٣).

وأضافت الغرفة أن المبدأ لا يطبق فقط بالنسبة للحدود الإدارية التي تفصل بين أقاليم تابعة لدولة إستعمارية واحدة، وإنما يطبق أيضاً بالنسبة للحدود الدولية التي تفصل بين الأقاليم التابعة لدولتين إستعماريّتين مختلفتين، أو تلك التي تفصل بين إقليم تابع لدولة إستعمارية وإقليم

الهند والبرتغال لعام ١٩٦٠، كانت البرتغال تستند إلى أن معاهدة عام ١٧٧٩ والمرسومين الصادرين عن حاكم "ماراثا" عام ١٧٨٣ و ١٧٨٥، قد أعطت البرتغال السيادة على المقاطعتين المحصورتين بالأراضي الهندية مشفوعة بحق المرور إليهما. وعندما أصبح البريطانيون أصحاب السيادة على ذلك الجزء من البلاد بدلاً من حاكم "ماراثا" اعترفوا بالحق البرتغالي بصورة ضمنية، الأمر الذي أدى إلى نشوء عرف محلي بين البرتغال وبريطانيا، فكان حق المرور يستند إلى موافقة كلا الدولتين، إلا أنه حق عرفي وليس اتفاقياً. لذلك قضت المحكمة أن الهند قد ورثت الوضع القانوني الناشئ عن هذا العرف المحلي الثنائي، ولم يتأثر هذا الوضع بالتغيرات التي طرأت على الإقليم عشية نيل الهند استقلالها^(١٤).

المبحث الثاني

المبادئ المتعلقة بمبدأ ثبات الحدود

سوف أقدم في المبحث المبادئ القانونية التي لها علاقة - مباشرة أو غير مباشرة - بمبدأ ثبات الحدود، ثم ابين مبدأ لكل ما بحوزت الكل ثم اعالج مبدأ حجية الخرائط، لنشير أخيراً إلى مبدأ التاريخ الحرج، وذلك عن طريق تقسيم هذا المبحث على مطلبين وعلى النحو الآتي:

المطلب الأول: مبدأ حرمة الحدود الموروثة عن الاستعمار

المطلب الثاني: مبدأي "القيمة الثبوتية للخرائط والتاريخ الحاسم"

تابع لدولة مستقلة أو خاضعة لنظام الوصاية ولكنها بقيت محتفظة بشخصيتها الدولية^(١٤).

كذلك ذكرت محكمة العدل الدولية في النزاع الإقليمي بين ليبيا وتشاد عام ١٩٩٤، أن مبدأ حرمة الحدود الموروثة عن الاستعمار يعد قاعدة قانونية وضعية عامة التطبيق^(١٥). وقد استندت (البحرين) على المبدأ المذكور في نزاعها الإقليمي والبحري ضد قطر، وكان ذلك بمناسبة مطالبتها بجزر حوار، إذ استندت في ذلك على قرار الحكومة البريطانية الذي حدد قاع البحر بين (قطر والبحرين) عام ١٩٣٩، وقد أيدت المحكمة المذكورة هذا الموقف حين فصلت في النزاع عام ٢٠٠١، مقررّة عائدة جزر حوار إلى البحرين استناداً إلى مبدأ حرمة الحدود الموروثة عن الاستعمار، على الرغم من معارضة قطر لتطبيق هذا المبدأ^(١٦).

واستناداً لما تقدم، يتضح أن مبدأ حرمة الحدود الموروثة عن الاستعمار قد طُبّق بمناسبة اتجاه الدول المستقلة حديثاً إلى تحويل التقسيمات الإدارية التي وضعتها السلطات الاستعمارية بين الأقاليم الخاضعة لسيطرتها إلى حدود دولية بمعناها القانوني الدقيق. ويطبق المبدأ المذكور من تاريخ الحصول على الاستقلال دون أي أثر رجعي.

وفي حكمها الصادر عام ٢٠٠٥ في قضية النزاع الحدودي بين بنين والنيجر، تطرقت محكمة العدل الدولية إلى القانون المنطبق على هذا النزاع، وذكرت أن القانون يشمل مبدأ حرمة الحدود الموروثة عن الاستعمار

الذي يتمثل ”هدفه الأساس في ضمان احترام الحدود الإقليمية كما توجد عليه إبان تحقيق الاستقلال“^(١٧).

في ضوء ما تقدم نخلص إلى أن مبدأ حرمة الحدود الموروثة عن الاستعمار قد استقر في وجدان المجتمع الدولي وأصبح مبدأً قانونياً دولياً، وذلك بهدف احترام الوحدة الإقليمية وعدم إفساح المجال أمام نزاعات لا تنتهي بشأن الحدود بين الدول المستقلة. ومن ثم فإن هذا المبدأ يتفق مع مبدأ ثبات الحدود من جهة الهدف والمضمون تقريباً، مما حدا بمحكمة العدل الدولية إلى إقراره وإرسائه، عن طريق القضايا المتعلقة بالنزاعات الحدودية التي عرضت عليها، وذلك لدوره البارز في التسوية السلمية للقضايا لتلك النزاعات الدولية.

المطلب الثاني

مبدأي (القيمة الثبوتية للخرائط والتاريخ الحاسم)

في إطار بيان المبادئ المتصلة أو المتعلقة بمبدأ ثبات الحدود في فقه أو رأي محكمة العدل الدولية سوف ابيّن، في هذا المطلب، مبدأي القيمة الثبوتية للخرائط والتاريخ الحاسم، وعلى النحو الآتي:

أولاً: مبدأ القيمة الثبوتية للخرائط

إثناء استقراء الأحكام القضائية الصادرة لمحكمة العدل الدولية المتصلة بالنزاعات الحدودية والتدقيق في المرافعات والأدلة والتي يستند إليها أطراف تلك النزاعات أمام المحكمة

المذكورة، يمكن معرفة الدور المهم الذي تؤديه الخرائط في تسوية النزاعات الحدودية، باعتبارها أدلة ذات قيمة ثبوتية حاسمة، فقد أعطت محكمة العدل الدولية الأهمية الكبيرة لهذا النوع من الأدلة واستندت إليها لتأسيس أحكامها^(١٨).

فقد حددت هذه المحكمة المركز القانوني لمبدأ القيمة الثبوتية للخرائط في النزاع الحدودي بين بوركينيا فاسو ومالي عام ١٩٨٦ بذكرها: "إنه في غياب الأدلة الأخرى أو غياب كفايتها لإظهار خط دقيق للحدود، فإن القيمة الثبوتية لخريطة المعهد الجغرافي الوطني الفرنسي تصبح حاسمة"^(١٩).

وكما هو معلوم فإن الحدود الدولية يتم ترسيمها حالياً على الخرائط، وهذا الترسيم يمثل إحدى الوسائل التي يتم بمقتضاها التمييز بين حدود السيادة الإقليمية للدول المتجاورة، ومن ثم فإن الخرائط، في الغالب، تلتق بمعاهدات تعيين الحدود^(٢٠).

وتكون هنا العلاقة بين مبدأ ثبات الحدود ومبدأ القيمة الثبوتية للخرائط، لأن الأخيرة تكون ملحقة عادة في المعاهدة أو في النظام القانوني الذي يحكم تعيين الحدود، بما فيه مبدأ ثبات الحدود. ورسخ التقدم العلمي في إعداد الخرائط إلى اعتماد أطراف النزاعات الحدودية عليها، بعدها تمثل أنها تمثل تجسيدا للحقائق الجغرافية الواقعية، وتعبيراً عن الاتفاقات بين الدول المعنية بترسيم الحدود فيما بينها، كما أن الخرائط تمثل أحد الأدلة المادية الموثقة التي يمكن الاعتماد بها لدعم الإدعاءات أمام محكمة العدل الدولية بشأن الحدود محل النزاعات^(٢١).

وهناك العديد من النزاعات الحدودية التي فصلت فيها م.ع.د. واحتلت فيها الخرائط أهمية بارزة، منها على سبيل المثال: النزاع بشأن السيادة على بعض أراضي الحدود (بين هولندا وبلجيكا) عام ١٩٥٩، والنزاع بشأن معبد برياه فيهار «Perahi Vi haer» عام ١٩٦٢^(٢٢).

وقد حددت محكمة العدل الدولية العديد من الشروط التي تجب مراعاتها عند بحث القيمة الثبوتية للخرائط في النزاعات الحدودية، منها: الدقة الفنية للخريطة ومقياس رسمها ومصدرها وحياد مصدرها^(٢٣).

وفي ضوء ما تقدم، نخلص إلى أن محكمة العدل الدولية أرست مبدأ القيمة الثبوتية للخرائط كوسيلة لإثبات الحدود بين الدول.

ثانياً: مبدأ التاريخ الحاسم

يقصد بمصطلح التاريخ الحاسم بأنه «التاريخ الذي لا يمكن بعده لأفعال الأطراف أن تُغير في مراكزهم القانونية، على نحو يُحسن أو يضر بادعاء الطرف الآخر»، أو أنه «التاريخ الذي بالرجوع إلى المركز الفعلي والقانوني الموجود فيه، ويكون موضوع ادعاءات الأطراف ومطالبهم قد تحدد بشكل نهائي»^(٢٤).

وقد شهد مبدأ التاريخ الحاسم عدة تطبيقات من جانب محكمة العدل الدولية في النزاعات الدولية، وذلك بسبب الأهمية التي يوليها له كل من محكمة العدل الدولية وأطراف النزاع على النحو الذي الذي صار الفصل فيه من قبل محكمة العدل الدولية أمراً لا مفر منه، قبل تقديرها للأدلة والوقائع المقدمة إليها من جانب أطراف النزاع. ففي النزاع الحدودي بين

بوركينافاسو ومالي عام ١٩٨٦، و عدت محكمة العدل الدولية في حصول دولة ما على استقلالها يورثها السيادة الإقليمية في الحدود وبالناطق الذي تركته لها السلطات الإستعمارية، مؤكدة أن مبدأ حرمة الحدود الموروثة عن الاستعمار المطبق على الدول الجديدة، يترتب عليه تجميد الوضع الإقليمي الذي كان موجوداً وقت نيل الإستقلال، أي إنه يوقف عقارب الساعة، من دون أن يرجعها إلى الوراء^(٣٥).

ويتبين من ذلك أن مسألة تحديد التاريخ الحاسم هي مسألة مرتبطة بشكل جوهري بالزمن، أي تحديد ما يشكل الإطار الزمني للنزاع، على اساس أن حقوق الأطراف تقوم على المراكز القانونية الموجودة في وقت معين. فإذن هي ليست مسألة أولية يجب الفصل بها كما في حالة الدفع الأولية، بل هي مسألة مرتبطة تماماً بوقائع النزاع المطلوب من محكمة العدل الدولية للفصل فيه^(٣٦).

ولبيان الكيفية التي تسير عليها محكمة العدل الدولية في تحديد التاريخ الحاسم، فيتضح من دراسة القضايا المتعلقة بالنزاعات الحدودية التي عرضت على المحكمة المذكورة اهتمامها بضرورة التحديد الدقيق والواضح للتاريخ الحاسم، حتى يمكن تسوية النزاع على أساسه، ومن البديهي أن يسعى كل طرف إلى اختيار التاريخ الذي يحقق مصالحه، بيد أن الأمر متروك في النهاية لتقدير محكمة العدل الدولية، فهذه الأخيرة لها أن تحدد تاريخاً ما ليكون تاريخاً حاسماً عندما يكون هذا التاريخ واضحاً بدقة، ولها أن تقرر النظر في الوقائع والأدلة التي يطرحها الطرفان، بصرف النظر عن تاريخها ولا تعلق أية أهمية على مسألة التاريخ

الحاسم، وبالتالي المسألة متروك للسلطة التقديرية للمحكمة بحسب ظروف وملابسات القضية^(٣٧).

وبالعودة إلى النزاعات الدولية التي عرضت على محكمة العدل الدولية وكان فيها لفكرة التاريخ الحاسم محل إهتمام، سواء أكانت من أطراف النزاع أم من المحكمة، نجد منها نزاع الحدود البحرية بين قطر والبحرين، والذي فصلت فيه محكمة العدل الدولية عام ٢٠٠١، كانت فكرة التاريخ الحاسم موضوع منازعة بين الطرفين، إذ طالبت قطر بعد شهر نيسان عام ١٩٣٦ تاريخاً حاسماً للنزاع بين الطرفين بشأن جزر «حوار». وبررت قطر ذلك بأن البحرين قامت بإحتلال الجزر المذكورة في هذا التاريخ، بيد أن محكمة العدل الدولية لم تأخذ بوجهة النظر هذه، بدليل أنها قررت في حكمها بعائدية جزر حوار للبحرين، مستندة في ذلك إلى قبول قطر للقرار البريطاني عام ١٩٣٩ الذي أقر بعائدية تلك الجزر للبحرين^(٣٨).

وفي ضوء ما تقدم، تتضح الأهمية الكبرى التي توليها المحكمة للتاريخ الحاسم، لغرض تسوية النزاعات الدولية التي تعرض أمامها. كما أن أطراف النزاع يعولون كثيراً على التاريخ المذكور من أجل دعم وتأييد مطالبهم بشأن النزاع أمام المحكمة المذكورة. فعند هذا التاريخ تكون وقائع النزاع أو مراكز الأطراف قد تحددت بشكل نهائي، بحيث لا يكون مقبولاً أن يقوم أي منهم بأي تصرف أو إجراء لغرض تحسين مركزه القانوني عما كان عليه في هذا التاريخ.

وإن لتحديد التاريخ الحرج أثريين رئيسيين، أولهما إيجابي، ويتمثل في قبول الأدلة والوقائع

السابقة للتاريخ الحاسم^(٢٩)، والثاني سلبي، ويتضمن إستبعاد الأدلة والوقائع اللاحقة للتاريخ الحاسم^(٣٠).

وساهمت في ترسيخ عدد من المبادئ القانونية التي أصبحت مرجعاً أساسياً للفصل في أي نزاع حدودي ينشأ بين الدول.

واستناداً لما تقدم، يتضح الدور البارز لمحكمة العدل الدولية في ترسيخ مبدأ التاريخ الحاسم، ودوره في حصول أطراف النزاع على حكم المحكمة تتحقق فيه متطلبات العدالة والشعور بالإنصاف لدى الأطراف، بما يضمن التنفيذ الطوعي من الأطراف جميعها، وأثر ذلك الإيجابي على صفو العلاقات الدولية وصور السلم والأمن الدوليين. كذلك نرى أن هناك علاقة بين مبدأ التاريخ الحاسم ومبدأ ثبات الحدود، إذ حيث يترتب على تطبيق مبدأ التاريخ الحاسم تجميد الوضع الإقليمي الذي كان موجوداً وقت هذا التاريخ، وذلك بهدف احترام الوحدة الإقليمية وعدم إفساح المجال أمام نزاعات لا تنتهي بشأن الحدود بين الدول، وبالتالي فهذا فمبدأ التاريخ الحاسم يتفق مع مبدأ ثبات الحدود من جهة الهدف^(٣١).

٢- كرسست محكمة العدل الدولية مبدأ ثبات الحدود، وهو المبدأ الأساس في تسوية النزاعات الحدود الدولية، والذي يعني ثبات خط الحدود الدولية في الموقع الذي تمّ تحديده فيه بحيث لا يمكن تعديله إلا عن طريق الاتفاق بين الدول المعنية أو عن طريق وسائل التسوية السلمية الأخرى، وليس عن طريق استعمال القوة أو التهديد بها، حفاظاً على السلم والأمن الدوليين.

٣- أيضاً أرست محكمة العدل الدولية مبدأ احترام الحدود الموروثة عن الاستعمار والذي يقضي بتحويل الحدود الإدارية الاستعمارية إلى حدود دولية كما هي بذات الحدود. بهدف احترام الوحدة الإقليمية وعدم إفساح المجال أمام نزاعات لا تنتهي بشأن الحدود بين الدول المستقلة.

٤- كرسست محكمة العدل الدولية مبدأ القيمة الثبوتية للخرائط، لما له من وظيفة مهمة في تسوية العديد من النزاعات الحدودية، باعتبار كون أن الخرائط إحدى الأدلة المادية الموثقة التي يمكن لأطراف النزاع الحدودي الاستناد إليها. بيد أن قيمتها الثبوتية تعتمد على توفر مجموعة من الشروط، منها، ما يتعلق بدقتها الفنية ومصدرها ومقياس رسمها، وغيرها من الشروط. لذلك استندت محكمة العدل الدولية لهذا النوع من الأدلة واستندت إليها لتأسيس أحكامها في شأن النزاعات الحدودية التي طرحت امامها.

الخاتمة

اثناء البحث في موضوع (مبدأ ثبات الحدود وما يتصل به في فقه محكمة العدل الدولية) توصلنا الى مجموعة من النتائج والتوصيات في هذا الشأن، وعلى النحو الآتي:

أولاً: النتائج

١- كانت لمحكمة العدل الدولية دوراً مهماً في تسوية العديد من النزاعات الدولية الحدودية، إذ ان الأخيرة كانت من أكثر النزاعات الدولية التي عُرضت على محكمة العدل الدولية لذلك لعبت الأخيرة دوراً هاماً في تسوية العديد منها،

٥- كذلك أرست محكمة العدل الدولية مبدأ التاريخ الحاسم، والذي تكون فيه المراكز القانونية لأطراف النزاع ثابتة كما هي موجودة في هذا التاريخ، ولا تترتب أية آثار قانونية على الأفعال التي يتخذها الأطراف بعده. ويتم تحديد التاريخ المذكور من قبل المحكمة المحال إليها النزاع.

ثانيا- التوصيات

١- بشأن تفعيل دور محكمة العدل الدولية في تسوية النزاعات الدولية، نوصي بتشجيع الدول على إحالة نزاعاتها الحدودية إلى غرف محكمة العدل الدولية، من أجل اختصار الوقت اللازم لتسوية النزاع وبأقل التكاليف، لأن هذه الغرف، لاسيما غرفة الإجراءات المختصرة، تتبع إجراءات كتابية وشفوية مختصرة من أجل الفصل في النزاع.

٢- نوصي بالتركيز على مبدأ ثبات الحدود الدولية كمبدأ ومعيار فاصل في حسم النزاعات الحدودية الدولية امام محكمة العدل الدولية وغيرها من اجهزة وهيئات القضاء الدولي

٣- كذلك نوصي بتوفير الدعم المالي لمساعدة الدول أطراف النزاع الحدودي، لاسيما الدول النامية منها، على تحمل نفقات التقاضي أمام محكمة العدل الدولية وغيرها من اجهزة القضاء الدولي، الأمر الذي يشجع هذه الدول على إحالة نزاعاتها الحدودية إلى القضاء الدولي.

٤- وبعدمنا نجحت محكمة العدل الدولية

في حسم النزاع الطويل بين قطر والبحرين بشأن تعيين الحدود البحرية بينهما عام ٢٠٠١، بالاعتماد على مبدأ ثبات الحدود والمبادئ الاخرى المتصلة به، نتمنى على الدول المطلة على الخليج حل خلافاتها، لاسيما الخلاف الإماراتي - الإيراني حول جزر أبو موسى وطنب الكبرى وطنب الصغرى، عن طريق اللجوء إلى محكمة العدل الدولية المعروفة بالموضوعية والحياد، كما يشهد لها بذلك تاريخها الطويل.

الهوامش

١- طارق عبد الرؤوف رزق، مبدأ ثبات الحدود ونهائيتها مع الإشارة إلى نزاع الحدود بين العراق والكويت، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٩٦، ص ١٤٩-١٥١.

٢- د. عبد الكريم عوض خليفة، أحكام القضاء الدولي ودورها في إرساء قواعد العرف الدولي والمبادئ العامة للقانون، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٩، ص ٢٠٢-٢٠٣.

3- I.C.J. Reports, 1959, P.209.

4- I.C.J. Reports, 1962, P.32.

5- Ibid., P.34.

6- I.C.J. Reports, 1994, P.37.

٧- صدام حسين وادي، دور محكمة العدل الدولية في تسوية منازعات الحدود، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠٥، ص ٨٧.

٨ - موجز الأحكام والفتاوى والأوامر الصادرة عن محكمة العدل الدولية (١٩٤٨-١٩٩١)، منشورات الأمم المتحدة، نيويورك، ١٩٩٣، ص ١٤ وما بعدها.

9- I.C.J. Reports, 1962, P. 34.

الدولية في عام ١٩٨٦: التعليق على قضية نزاع الحدود بين مالي وبوركينا فاسو، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد ٤٢، ١٩٨٦، ص ٣٩٩.

٢٢- موجز الأحكام والفتاوى ... (١٩٤٨-١٩٩٩)، مرجع سابق، ص ٦٤-٦٦، ٧٦-٧٧، ٢٢٧ وما بعدها.

23- Ahmed Abou- El wafa, Arbitration and Adjudication of International Land Boundary Disputes, Second Part, R.E.D.I., Vol.43,1987, PP.100-101.

وللمزيد من التفصيل بشأن شروط الخرائط يراجع:

د. عمر أبو بكر باخشب، التحكيم الدولي بين اليمن وارتريا حول السيادة الإقليمية على الجزر الواقعة في جنوب البحر الأحمر، مجلة جامعة الملك عبدالعزيز، إصدارات الاقتصاد والإدارة، جدة، المجلد ١٦، العدد ٢، ٢٠٠٢، ص ١٨٨.

٢٤- صدام حسين وادي، مصدر سابق، ص ١٤٩.

25 - I.C.J. Reports, 1986, PP.568.

26 - Ahmed Abou- El wafa, Arbitration and Adjudication of International Land Boundary Disputes , First Part , R.E.D.I., Vol.42, 1986, P.129.

٢٧- صدام حسين وادي، مصدر سابق، ص ١٥٦.

٢٨- محمد ثامر السعدون، النزاع الحدودي بين قطر والبحرين، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠١، ص ٩٩-١٠٠؛ موجز الأحكام والفتاوى ... (١٩٩٧-٢٠٠٢)، مصدر سابق، ص ١٨٢-١٨٣.

29- L.F.E. Goldie, The Critical Date, I.C.L.Q., vol.12, 1963, P.1254.

٣٠ - صدام حسين وادي، مصدر سابق، ص ١٥٣.

فعلى سبيل المثال في قضية النزاع الاقليمي والبحري بين نيكاراغوا وكولومبيا، والتي فصلت فيها محكمة

١٠- لجين عبد الرحمن منصور، تسوية منازعات الحدود الدولية وتطبيقاتها على العراق، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٩٧، ص ٥٣-٥٤.

١١- موجز الأحكام والفتاوى ... (١٩٤٨-١٩٩١)، مصدر سابق، ص ٦٨-٦٩.

I.C.J. Reports, 1960, P.40.

١٢- د. ياسين الشيباني، حكم محكمة التحكيم الدولي بشأن السيادة على حنيش وقواعد القانون الدولي، مجلة الثوابت، كلية الشريعة والقانون، جامعة صنعاء، العدد ١٥، يناير- مارس ١٩٩٩، ص ١٠.

13-I.C.J. Reports, 1986, P.565.

14-Ibid., P.566.

15 -I.C.J. Reports, 1994, P. 31.

١٦- موجز الأحكام والفتاوى والأوامر الصادرة عن محكمة العدل الدولية (١٩٩٧-٢٠٠٢)، منشورات الأمم المتحدة، نيويورك، ٢٠٠٥، ص ١٨٢-١٨٣.

١٧ - الأمم المتحدة، تقرير محكمة العدل الدولية ١ آب/أغسطس ٢٠٠٤ - ٣١ تموز/ يوليو ٢٠٠٥، الجمعية العامة، الوثائق الرسمية، الدورة ٦٠، الملحق رقم ٤ (A/٤٦٠/٤)، نيويورك، ٢٠٠٥، ص ٨؛ د. أحمد ابو الوفا، قضاء محكمة العدل الدولية (٢٠٠١-٢٠٠٥)، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦، ص ١٧٢-١٧٣.

١٨- د. عبد الناصر أبو زيد، منازعات الحدود الدولية (دراسة تطبيقية)، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤، ص ٦٣-٦٤.

١٩- د. فيصل عبد الرحمن علي طه، القانون الدولي ومنازعات الحدود، الطبعة ٢، دار الأمين للنشر والتوزيع، القاهرة، ١٩٩٩، ص ١٩٧.

20- T.S. Murty, Boundaries and Maps, I.J.I.L., Vol. 4, 1964, P. 367.

٢١- د. أحمد أبو الوفا، تعليقات على أحكام محكمة العدل

العدل الدولية عام ٢٠١٢، أعادت المحكمة التذكير بموقفها الثابت في أنها لا تأخذ بالافعال التي وقعت بعد التاريخ الحاسم، إذا كان الهدف منها تحسين الوضع القانوني للطرف الذي يعتمد عليها.

www.Icj-cij.org Judgment of 19 November 2012 - Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia), PP.29-30.

٣١ - للتفصيل في ذلك يراجع: قادر أحمد عبد النعمي، دور محكمة العدل الدولية في تطبيق مبادئ تسوية منازعات الحدود الدولية، الطبعة ١، دار المعرفة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ٢٠١٠، ص ١٢٠ وما بعدها.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً : الكتب

١- د. أحمد ابو الوفا، قضاء محكمة العدل الدولية (٢٠٠١- ٢٠٠٥)، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦.

٢- د. عبد الكريم عوض خليفة، أحكام القضاء الدولي ودورها في إرساء قواعد العرف الدولي والمبادئ العامة للقانون، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٩.

٣- د. عبد الناصر أبوزيد، منازعات الحدود الدولية (دراسة تطبيقية)، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤.

٤- د. فيصل عبد الرحمن علي طه، القانون الدولي ومنازعات الحدود، الطبعة ٢، دار الأمين للنشر والتوزيع، القاهرة، ١٩٩٩.

٥- قادر أحمد عبد النعمي، دور محكمة

العدل الدولية في تطبيق مبادئ تسوية منازعات الحدود الدولية، الطبعة ١، دار المعرفة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ٢٠١٠.

ثانياً : الرسائل والاطاريح

١- صدام حسين وادي، دور محكمة العدل الدولية في تسوية منازعات الحدود، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠٥.

٢- طارق عبد الرؤوف رزق، مبدأ ثبات الحدود ونهائيتها مع الإشارة إلى نزاع الحدود بين العراق والكويت، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٩٦.

٣- لجين عبد الرحمن منصور، تسوية منازعات الحدود الدولية وتطبيقاتها على العراق، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٩٧.

٤- محمد ثامر السعدون، النزاع الحدودي بين قطر والبحرين، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠١.

ثالثاً : البحوث

١- د. أحمد أبو الوفا، تعليقات على أحكام محكمة العدل الدولية في عام ١٩٨٦: التعليق على قضية نزاع الحدود بين مالي وبوركينا فاسو، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد ٤٢، ١٩٨٦.

٢- د. عمر أبو بكر باخشب، التحكيم الدولي بين اليمن وارتريا حول السيادة الإقليمية على الجزر الواقعة في جنوب البحر الأحمر، مجلة

tration and Adjudication of International Land Boundary Disputes , First Part , R.E.D.I., Vol.42, 1986.

3-I.C.J. Reports, Case Concerning Sovereignty over Certain Frontier Land, Judgment of 20 June 1959.

4- I.C.J. Reports, Case Concerning Right of Passage over Indian Territory, Merits, Judgment of 12 April 1960.

5- I.C.J. Reports, Case Concerning the Temple of Preah Vihear, Merits, Judgment of 15 June 1962.

6- I.C.J. Reports, Case Concerning the Frontier Dispute, (Burkina Faso/ Mali), Merits, Judgment of 22 December 1986.

7- I.C.J. Reports, Case Concerning the Territorial Dispute, (Libyan Arab Jamahiriya/ Chad), Judgment of 3 February 1994.

8-L.F.E. Goldie, The Critical Date, I.C.L.Q., vol.12, 1963.

9-T.S. Murty, Boundaries and Maps, I.J.I.L., Vol. 4, 1964.

جامعة الملك عبدالعزيز، إصدارات الاقتصاد والإدارة، جدة، المجلد ١٦، العدد ٢، ٢٠٠٢.

٣- د. ياسين الشيباني، حكم محكمة التحكيم الدولي بشأن السيادة على حنيش وقواعد القانون الدولي، مجلة الثوابت، كلية الشريعة والقانون، جامعة صنعاء، العدد ١٥، يناير- مارس ١٩٩٩.

رابعاً : الوثائق والتقارير الدولية

١- موجز الأحكام والفتاوى والأوامر الصادرة عن محكمة العدل الدولية (١٩٤٨-١٩٩١)، منشورات الأمم المتحدة، نيويورك، ١٩٩٣.

٢- موجز الأحكام والفتاوى والأوامر الصادرة عن محكمة العدل الدولية (١٩٩٧-٢٠٠٢)، منشورات الأمم المتحدة، نيويورك، ٢٠٠٥.

٣- الأمم المتحدة، تقرير محكمة العدل الدولية ١ آب/ أغسطس ٢٠٠٤ - ٣١ تموز/ يوليو ٢٠٠٥، الجمعية العامة، الوثائق الرسمية، الدورة ٦٠، الملحق رقم ٤ (A/٦٠/٤)، نيويورك، ٢٠٠٥.

خامساً : المصادر الاجنبية

1- Ahmed Abou- El wafa, Arbitration and Adjudication of International Land Boundary Disputes, Second Part, R.E.D.I., Vol.43,1987.

2-Ahmed Abou- El wafa, Arbi-

The principal of Constancy of Border And Related Matters In The Jurisprudence of The International Court Of Justic

Assit.Prof.Dr. Mohammed Khaled Braa^(*)

Abstract

The principle of the stability of borders is one of the most important principles established by the International Court of Justice in the framework of the judicial settlement of international border disputes before this World Court. This principle shall mean the stability of the international boundary line at the place where it has been defined.

There are also other principles related to the principle of the stability of the boundaries through the purpose or content, and these principles are the principle of inviolability of boundaries inherited from use, the principle of the value of the maps, and the principle of the decisive history.

Based on the foregoing, we dealt with the subject of «the principle of the stability of borders and related in the jurisprudence of the International Court of Justice, where we divided the research into two topics: We dealt with the principle of the stability of borders, before the second section, where we dealt with the principles relating to the principle of stability of borders.

The research concludes with the most important findings and recommendations related to the above mentioned topic.

(*) Al-Anbar University / College of Law and Political Science

التدخل الانساني واشكالية التطبيق

أ.م.د. ابراهيم حردان مطر(*)

تهدف هذه الدراسة الى التعرف على مفهوم التدخل الانساني والاسانيد القانونية لهذا المفهوم وتيريرات التدخل لأغراض انسانية، كما تهدف الى التعرف للمواقف المؤيدة والمعارضة للتدخل الانساني، اثناء تناول مفهوم التدخل وإشكالية السيادة ، والاعتبارات السياسية التي تكمن وراء هذا المفهوم اثناء التطبيق . كما يتم تناول ابرز التطورات التي اثرت على موضوع السيادة وبالشكل الذي اعطى الاولوية للجوانب الانسانية على حساب سيادة الدول.

المقدمة

بفعل المتغيرات الدولية المعاصرة اخذت الاتجاهات الحديثة في العلاقات الدولية تعطي اهتماما بالفرد اذ ان ضمانات حقوقه وحرياته اصبحت مكفولة دوليا ولاسيما بعد الحرب العالمية الثانية .

لقد اصبحت فلسفة حقوق الانسان اليوم محل اجماع عالمي ، نراها مدعومة من قبل المؤسسات العالمية ومدونة في النصوص الدستورية والمواثيق الدولية مثل الاعلان العالمي لحقوق الانسان ، والمعاهدات والاتفاقيات التي تخص الحقوق المدنية والسياسية والاقتصادية . اذ أن حقوق الانسان والضمانات التي تكفل التمتع بها وحمايتها

الملخص

يعد موضوع التدخل الانساني احد القضايا المعاصرة التي لها ارتباط وثيق بقضية حقوق الانسان وضمان حمايتها ، من خلال تضافر الجهود الدولية لتأمين هذه الحقوق اذا ما تعرضت لأي انتهاك ، ومن قبل اي جهة وفي اي مكان ، لقد تبلور هذا المفهوم (التدخل الانساني) بصورة اكثر وضوحا بعد انتهاء الحرب الباردة وما رافق ذلك من ثورات اطاحة بالأنظمة السياسية الشمولية .

لقد اصبحت فلسفة حقوق الانسان اليوم محل اجماع عالمي ، نراها مدعومة من قبل المؤسسات العالمية ومدونة في النصوص الدستورية والمواثيق الدولية مثل الاعلان العالمي لحقوق الانسان، والمعاهدات والاتفاقيات التي تخص الحقوق المدنية والسياسية والاقتصادية . اذ ان حقوق الانسان والضمانات التي تكفل التمتع بها وحمايتها اصبحت تمثل احد الموضوعات ذات الاهتمام سواء أكانت على الصعيد العالمي ام الاقليمي ام الوطني . إن الاهتمام بحقوق الانسان اصبحت يمثل الحد الفاصل بين المفهوم التقليدي للسيادة المطلقة ومبدأ عدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول والذي كان سائدا قبل الحرب العالمي الثانية ، وبين المفهوم الحديث للسيادة والذي حجم من صفة الاطلاق في مضمونها .

(*)الجامعة العراقية/ كلية القانون والعلوم السياسية dribrahimmutar@gmail.com

اصبحت تمثل احد الموضوعات ذات الاهتمام سواء أكانت على الصعيد العالمي ام الاقليمي ام الوطني . إن الاهتمام بحقوق الانسان اصبح يمثل الحد الفاصل بين المفهوم التقليدي للسيادة المطلقة ومبدأ عدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول والذي كان سائدا قبل الحرب العالمي الثانية ، وبين المفهوم الحديث للسيادة والذي حجم من صفة الاطلاق في مضمونها، لاسيما بعد انشاء منظمة الامم المتحدة التي تعد المنظمة الاكثر شمولية من جهة الاعضاء ومن جهة الاهداف التي تبغي انجازها ، اذ اصدرت العديد من المواثيق الاساسية المعنية بحقوق الانسان وحرياته ابتداء من ميثاق المنظمة وما يحتويه من نصوص متعلقة بهذه الحقوق الى التنظيمات التابعة لهذه المنظمة والتي تعنى بهذه الحقوق .

إن الاهتمام الدولي بحقوق الانسان، يعد من المسائل الحديثة العهد نسبيا ، اذ ان القانون الدولي وحتى وقت قريب لم يكن يهتم بغير العلاقات بين الدول ، ولم يكن الفرد موضع اهتمام ولا يخاطب باعتباره شخصية دولية لذلك لم يكن هناك اي اهتمام بالمواضيع ذات الصلة بحقوق الانسان على اعتبار انها من المسائل الداخلية للدول ، ومع ذلك لم يستطع المجتمع الدولي ان يستمر في اهمال هذا الموضوع لاسيما بعد ما عانته الانسانية من ويلات الحروب وعلى وجه الخصوص الحرب العالمية الثانية والتي كانت لها انعكاساتها الاشد فتكا على الانسانية ، هذه الانتهاكات هي التي جعلت من قضية حقوق الانسان وحمايتها قضية غاية في الاهمية لدى اعضاء المجتمع الدولي .

ويعد موضوع التدخل الانساني احد القضايا المعاصرة التي لها ارتباط وثيق بقضية حقوق الانسان وضمان حمايتها ، عن طريق تضافر الجهود الدولية لتأمين هذه الحقوق اذا ما تعرضت لأي انتهاك ، ومن قبل اي جهة وفي اي مكان ، لقد تبلور هذا المفهوم (التدخل الانساني) بصورة اكثر وضوحا بعد انتهاء الحرب الباردة وما رافق ذلك من ثورات اطاحة بالأنظمة السياسية الشمولية ، فضلاً عن تفكك عدد من الاتحادات كالاتحاد اليوغسلافي، والذي رافقته حروب اهلية كانت تعيد ذاكرة المجتمع الدولي الى ايام الحرب العالمية الثانية .

تأتي أهمية هذه الدراسة في انها تتناول احد الجوانب المهمة في العلاقات الدولية، وهو موضوع التدخل الانساني ، والمرتببط بقضية حقوق الانسان في جانبها الاجرائي الهادف الى توفير الحماية للأفراد في حالة تعرض حقوقهم الى الانتهاكات ومن اي جهة كانت . إن موضوع التدخل الانساني اصبح احد الجوانب المؤثرة في ادارة العلاقات الدولية وسط المؤشرات على تحجيم سلطة الدولة وسيادتها اثر التطورات الدولية المعاصرة التي شهدها العالم والتي جعلت من حقوق الانسان قضية ذات اهتمامات عالمية النطاق . كما ان موضوع التدخل الانساني لا زال يدور النقاش حوله على المستويات الدولية والمؤسسية والمنظمات الدولية حول شرعيته . في المقابل هناك من الدول من يعده وسيلة بيد الدول الفاعلة في المنظومة الدولية للضغط على الدول الاخرى بغية تحقيق مصالحها تحت غطاء المبرر الانساني ...

فضلاً عن ان هناك اعتبارات سياسية تكمن وراء هذا المبدأ من حيث التطبيق والتي كثيراً ما تنعكس سلباً على صدق النوايا المعلن عنها. وقد تم الاعتماد على المنهج التحليلي بغية التوصل الى النتائج المرجوة من هذه الدراسة .

المبحث الاول

التدخل الانساني

في هذا المبحث سيتم التعريف بمفهوم التدخل الانساني ومبرراته وشروطه، متناولين الاسانيد القانونية للتدخل للأغراض الانسانية.

اولاً : التدخل الانساني - المفهوم

والدلالات

إن فكرة التدخل الانساني هو تعبير عصري عن فكرة قديمة ، أطرها فقهاء القانون الكنسي، وهي فكرة (الحرب العادلة) التي طورها (القديس اوغسطين ٣٥٤- ٤٤٠)^(١) في الفكر السياسي ، ليبين ان مشروعية الحرب تهدف الى كونها ترمي الى هدم الباطل والدفاع عن الحق وتغليب الخير على الشر ، وأقام هيغوجروتوس ، فكرة الحرب العادلة وفق مذهب القانون الطبيعي ، إذ لا تكون الحرب عادلة الا اذا تم خوضها اثر مخالفة مبادئ القانون الطبيعي ، او اذا كانت ضد كل شعب يرتكب احدى الجرائم الموجهة ضد قانون البشر^(٢)، وهي (الاعتداء على حقوق الانسان بلغة العصر).

إن التدخل الانساني قد اقترن بتلك المحاولات السابقة على الحرب العالمية الاولى التي قامت بها الكثير من الدول الاوربية لحماية اقليتها الدينية من الاضطهاد الذي

تهدف هذه الدراسة الى التعرف على مفهوم التدخل الانساني والاسانيد القانونية لهذا المفهوم وتبريرات التدخل لأغراض انسانية، كما تهدف الى التعرف للمواقف المؤيدة والمعارضة للتدخل الانساني ، اثناء تناول مفهوم التدخل وإشكالية السيادة ، والاعتبارات السياسية التي تكمن وراء هذا المفهوم من جهة التطبيق . كما يتم تناول ابرز التطورات التي اثرت على موضوع السيادة وبالشكل الذي اعطى الاولوية للجوانب الانسانية على حساب سيادة الدول وما هي السبل الواجب على الدول ان تتبعها في سبيل الحد من توظيف هذا المفهوم من قبل الاطراف الدولية لاعتبارات سياسية .

اشكالية الدراسة : يظل مبدأ التدخل

الانساني موضوع خلاف بين المختصين في القانون الدولي والمثقفين والساسة على السواء، بسبب الغموض حول الخط الفاصل بين الشؤون الداخلية والشؤون الدولية ، ومن الذي يحدد ما يكون ضمن الاختصاص الداخلي والاختصاص الدولي ؟ وما هي معايير التدخل الانساني ومن له سلطة صياغته ومن يراقب تطبيقه ؟ وتبقى هذه تساؤلات بحاجة الى اجابة، لأن الموضوع ما زال مصدراً للخلاف بين المؤيدين والمعارضين لهذا المبدأ ، وقد يحمل في اليات تنفيذه اغراض سياسية بعيد عن المعلن منه .

واعتمدت الدراسة على فرضية مضمونها،

هو أن التدخل الانساني يتضمن صراعاً بين مسؤولية المجتمع الدولي في حماية وتعزيز حقوق الانسان بسبب من عالميتها من جهة وبين التزام هذه المجتمع باحترام سيادة الدول كقاعدة هامة للنظام الدولي من جهة اخرى .

لحق بها إذ استطاعت هذه الدول لاسيما روسيا وفرنسا التدخل من حين الى اخر في شؤون الدولة العثمانية بوصفها حاميتين للأرثوذكس والكاثوليك^(٣). وكثيرا ما تعكس استعمالات الدول الاوربية لمسألة التدخل الانساني في شؤون الدولة العثمانية اهداف استعمارية لمد نفوذها السياسي والاقتصادي في مناطق الدولة العثمانية . وهذه التدخلات لم تقتصر على اراضي الدولة العثمانية بل امتدت لتشمل مختلف الدول في اسيا وافريقيا^(٤). كما نجد السياسة نفسها متبع في الممارسات السياسية للولايات المتحدة الامريكية ، إذ تجسدت بصورة اكثر وضوحا في سياسة الرئيس الامريكي ويلسون في بداية القرن العشرين، عندما كتب في عام ١٩٠٢ ، من ان عزلة امريكا قد ولت وعليها في العصر الحديث ان تقود العالم ، ناقلا تصوره عن حماية الضعفاء من الاقوياء من اجل ضمان الانتصار للحرية، من نطاق السياسة الداخلية الى نطاق السياسة الخارجية الامر الذي عكسته النقاط الاربعة عشر التي اعلنها عام ١٩١٩ وشكلت اساسا لقيام عصبة الامم ، إذ ورد فيها التأكيد على حق الشعوب في تقرير مصيرها^(٥) .

من هنا يطرح السؤال : ما هو مفهوم التدخل الانساني ؟

عد (جوزيف ناي) التدخل الانساني – بمعناه الواسع – يشير الى ممارسات خارجية تؤثر في الشؤون الداخلية لدولة اخرى ذات سيادة، اما التدخل بمعناه الضيق فيشير الى التدخل بالقوة العسكرية في الشؤون الداخلية لدول اخرى ، وهو بهذا يتدرج مفهوم التدخل من جهة اشكال ممارسة النفوذ من اقل صور

القهر الى اعلاها^(٦). ويعرف (لاس اوبنهايم) التدخل الانساني بأنه التدخل الذي يستعمل القوة باسم الانسانية لوقف ما درجت عليه دولة ما من اضطهاد لرعاياها وارتكابها اعمال وحشية وقاسية ضددهم ويهتز لها ضمير الانسانية، الامر الذي يسوغ التدخل لوقف تلك الاعمال .

ويقدم (توماس فرانك) تعريفه للتدخل الانساني ، بأنه يقوم على استعمال القوة المسلحة او التهديد باستعمالها من قبل دولة او مجموعة دول أو بمعرفة هيئة دولية بغرض حماية حقوق الانسان من الانتهاكات التي تقوم بها دولة ضد مواطنيها...^(٧). ومن هذا التعريف نفهم ان التدخل يكون لحماية مواطنين دولة يتعرضون الى انتهاكات لحقوقهم الانسانية اي ان الامر قاصر على مواطني الدولة دون رعايا الدول الاخرى والتي تشملهم اجراءات الحماية الدبلوماسية التي توفرها دولهم التي تسوخ تدخلها الدبلوماسي من اجلهم، اما ما يغاير ذلك فيكون انتهاكا غير مشروع لسيادة الدولة .

في حين نظرت (اليزا بيرز) الى التدخل الانساني على انه الضغط كله الذي تمارسه حكومة دولة على حكومة دولة اخرى من اجل ان يكون تصرف الاخيرة مطابقا للقوانين الانسانية عن طريق احترام الحقوق الاساسية للفرد ، مهما كانت جنسيته^(٨) فهي بهذا وسعت ممن تشملهم الحماية الدولية ولم يعد الامر قاصرا على جنسية معينة من الافراد ، ونحن نذهب مع هذا الرأي الذي يعطي الحماية للفرد كإنسان أيا كانت جنسيته ، وتبرير هذا الرأي هو انه لو كان هناك رعايا لدولة ما تتعرض حقوقهم الى انتهاك في دولة اخرى ، وهي – اي الدولة الاولى عاجزة عن توفير الحماية

من قبل دولة على دولة اخرى تنتهك حقوق الانسان ، اي ان هناك امكانية لاستعمال وسائل الاكراه والضغط والتي تشمل اشكال الضغوط السياسية والاقتصادية والعسكرية من اجل وقف الانتهاكات لحقوق الانسان .

كما لا يفوتنا ان نذكر ان مفهوم التدخل الانساني ينطوي على جانب تقديم المساعدات الانسانية للدول المنكوبة بسبب اعمال خارجة عن فعل الانسان . وذلك بناء على (مبدأ المناوبة) ، وهو تقديم المساعدات الانسانية الى الدول المتضرر بكارث طبيعية ، ويمكن الاشارة بهذا الصدد الى توصية الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم ٩٦/٥٤ في ١٩٩٩ والتي دعت فيه المجموعة الدولية الى تقديم المساعدات العاجلة الى ضحايا الكارثة الطبيعية التي ضربت موزمبيق في ذلك الوقت (١٢) .

والسؤال الاخر الذي يطرح هو : من الذي يقوم بهذه المهمة هل هي دولة او مجموعة دول ؟ ام منظمات دولية عالمية ام اقليمية ؟

إن التدخل الانساني لكي يكون شرعياً يجب ان ينفذ عن طريق عمليات الامن الجماعي وفقاً لميثاق الامم المتحدة , وعن طريق احدى المنظمات الدولية ، وسوف يتم توضيح ذلك بصورة اكثر تفصيلاً ، لاحقاً .

وبناءً على ما تقدم يمكن ان نبلور مجموعة عناصر يتضمنها مفهوم التدخل الانساني والذي عن طريقها نستطيع ان نعطي تعريفاً يقترب من مكونات هذا المفهوم ، وهي على النحو الاتي:

١ - حدوث انتهاك لحقوق الانسان بصورة سافرة ومريعة ، بغض النظر عن جنسية الافراد المنتهكة حقوقهم

الدبلوماسية لهم ، ليس من واجب المجتمع الدولي ان يوفر الحماية لهم نيابة عن دولتهم ؟.

كما ان التدخل الانساني يكون في الحالات التي يتعرض فيها قطاع كبير من المواطنين وليس بالضرورة رعايا دولة او دول اخرى ما للموت او التعذيب على نطاق كبير وذلك نتيجة لسياسة حكومة الدولة او بسبب انزلاق الحكومة الى الفوضى والتسيب كما كان الحال في ليبيريا والصومال . فهو بهذا يكون مفهوم التدخل الانساني هدفه توفير الحماية الى قطاع كبير من البشر دون النظر الى جنسياتهم انطلاقاً من الرابطة الانسانية التي اصبحت واجبا على المجتمع الدولي حمايتها(٩) ، كما ان مفهوم التدخل يشمل ايضا حالات انهيار السلطة في دولة معينة او اصبحت عاجزة عن توفير الحماية للسكان وانزلاق البلاد الى حروب اهلية ، وهذا ما يؤكد (بول تايلور) ((بأنه اذا انهارت الدولة وكان هناك اتفاق عام بان حكومتها قد توقفت عن الوجود وفي هذه الحالة يصبح التدخل قائماً)) (١٠) مثل الحالة في الصومال .

اما عن وسائل التدخل الانساني وهل هو ينطوي على الاستعمال العسكري للقوة او التهديد باستعمال القوة لمنع استمرار الانتهاكات ضد السكان ، نجد (بيتر بيرجس) يعرف التدخل الانساني بأنه ((عمل قسري بواسطة دولة او اكثر ينطوي على استخدام القوة المسلحة في دولة اخرى بدون موافقتها ولغرض منع معاناة مواطنيها)) (١١) . الا اننا نذهب مع رأي (اليزا بيرز) السابق الذكر والذي يعطي التدخل توظيف لوسائل اخرى غير القوة العسكرية وهي اي ضغط يمارس

٢- مبادرة الاطراف الدولية او اعضاء المجتمع الدولي الى ضرورة القيام بعمل لوقف هذا الانتهاك وبشكل يكفل ضمان حماية حقوق الانسان وفقا لميثاق الامم المتحدة والمنظمات المعنية والمعاهدات والاتفاقيات الصادرة حول حقوق الانسان

٣- تنطوي الاعمال الواجب القيام بها من قبل الاطراف المبادرة لضمان الحقوق ووقف الاعمال التي تشكل انتهاكا لهذه الحقوق، على اعمال تشمل مختلف اشكال الضغط السياسي والاقتصادي والعسكري .

وبهذا نقول أن التدخل الانساني : عبارة عن جهود دولية ارادية ، تتدرج من الوسائل السلمية الى الوسائل العسكرية ، تقوم بها دولة او مجموعة من الدول او منظمة دولية ، عم طريق الامن الجماعي ووفقا لميثاق الامم المتحدة ، من اجل وقف الانتهاكات الصارخة لحقوق الانسان في دولة معينة .

ثانياً : مبررات التدخل الانساني وشروطه

لكي يكون هناك مبررا للتدخل ، يجب ان تكون هناك حالة من الحاق أذى خطير بالناس أو أن هناك احتمال قوي بالحاق هكذا اذى، اذ ان الاساس في التدخل الانساني هو تعرض الناس الى انتهاك لحقوقهم وبشكل سافر تحرك الرأي العام العالمي للمطالبة بضرورة قيام المجتمع الدولي بالتحرك لوقف هذه الانتهاكات، او تعرضهم لكارثة طبيعية تستوجب المبادرة بتقديم المساعدة (١٢). وتؤكد ممارسة الامم المتحدة جنوحها الى تفسير المادة (٧/٢) من الميثاق تفسيراً مرناً بحيث تدخلت

الامم المتحدة في الدول التي تنتهك فيها حقوق الانسان في الحالات الاتية (١٤) :

١- عند حدوث انتهاكات لحقوق الانسان

٢- في حالة ان انتهاك حقوق الانسان يهدد السلم والامن الدوليين بالخطر ، مثلما حدث بالنسبة لسياسة الفصل العنصري في جنوب افريقيا، إذ اتخذت الامم المتحدة مجموعة من الاجراءات كان من ضمنها قرار مجلس الامن في عام ١٩٧٧ بتطبيق المادة ٤١ والقاضي بفرض مقاطعة على صفقات السلاح لجنوب افريقيا . كذلك قرار مجلس الامن رقم ٦٨٨ لعام ١٩٩١ حول الاكراد في العراق، إذ ربط المجلس بين التدخل الانساني وحماية السلم والامن الدوليين (١٥).

٣- قد يفصح حجم الانتهاك لحقوق الانسان عن عجز الدولة عن الاضطلاع بمسؤولياتها في تطبيق القواعد الدولية الخاصة بحقوق الانسان، ضمن نطاق ممارسة سيادتها ، وعندها يصبح التدخل الدولي ضروريا .

اما الشروط الواجب الالتزام بها او مراعاتها، فيما يخص موضوع التدخل الانساني، فقد وضع القانون الدولي شروط لمشروعية التدخل الانساني (١٦) :

- ١- احترام سيادة واستقلال الدولة المعنية .
 - ٢- النزاهة والحيادية وعدم التمييز .
 - ٣- يجب ان يكون التدخل تحت اشراف الامم المتحدة .
- كما ان هناك شروطاً احترازية واجب مراعاتها هي (١٧) :

١- توفر حسن النية السليمة : يجب ان يكون الغرض الاساس هو وقف المعاناة الانسانية .

٢- فكرة الملاذ الاخير اي يمكن ان يكون التدخل العسكري الاجراء الاخير بعد ان تم اللجوء الى الوسائل الاخرى التي لم تحقق الهدف المطلوب وهو وقف الانتهاكات لحقوق الانسان .

٣- تناسب الوسائل : اي يجب ان يقتصر نطاق ومدى التدخل وحجمه على الحد الادنى الضروري لضمان تحقيق الهدف وهو حماية الانسانية .

٤- يجب ان تعالج حقوق الانسان بطريقة تضمن سيادة الدول وعدم هدر كرامتها .

٥- وبعض المختصين بالشؤون الدولية يضيف اشتراط عدم احداث اي تغيير في الهيكل السياسي للدولة التي تم التدخل فيها لأغراض انسانية .

ثالثاً : الاسانيد القانونية للتدخل للأغراض الانسانية

لقد انعكست العلاقة بين الفرد والدولة على تطور فكرة حقوق الانسان ، اذ يتطلع الفرد الى الحد من سلطة الدولة ، وبالمقابل تتطلع السلطة الى فرض وجودها على نواحي حياته جميعها . ومن ثم كانت الدولة هي مسرح التطورات التي اجتازتها فكرة حقوق الانسان ، كما تشعبت مسؤولية الدولية في ضمان حقوق الفرد وانعكس ذلك على ممارسة الدولة لسلطاتها وقيامها بوظائفها ، فأصبحت مشروعية السلطة السياسية تعتمد على ارادة الشعب وضمن حرية الفرد وسيادة القانون^(١٨).

وتجد حقوق الانسان جذورها الفكرية في المواثيق الداخلية التي كتبت على اثر الثورات الاجتماعية والسياسية ، كميثاق الحقوق البريطاني عام ١٦٨٩ ، وميثاق الحقوق الامريكي عام ١٧٧٦ والاعلان الفرنسي لحقوق الانسان عام ١٧٨٩ . واذ كان القانون الدولي قد عد معاملة الدولة للفرد من المسائل الداخلية التي لا يجوز للدول والمنظمات الدولية ان تتدخل فيها ، فإن مأسى الانسانية خلال الحرب العالمية الثانية فرضت على الامم المتحدة حماية حقوق الانسان ، لا سيما ان هناك علاقة وثيقة بين احترام هذه الحقوق او انتهاكها وسلامة المجتمع الدولي وأمنه^(١٩). وتتألف الشرعية الدولية لحقوق الانسان من^(٢٠):

١- الاعلان العالمي لحقوق الانسان الذي اعتمده الجمعية العامة للأمم المتحدة بقرارها رقم / ٢١٧ في ١٠ كانون الاول عام ١٩٤٨ .

٢- العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية الذي اعتمده الجمعية العامة للأمم المتحدة بقرارها رقم / ٢٢٠٠ في ١٦ كانون الاول عام ١٩٦٦ .

٣- العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والسياسية الذي اعتمده الجمعية العامة للأمم المتحدة بقرارها رقم / ٢٢٠٠ في ١٦ كانون الاول عام ١٩٦٦ .

إن اقرار حقوق الانسان والاعتراف بها قد مر بمراحل هي^(٢١) :

١- مرحلة التعريف بالحقوق : اي بلورة المفهوم وتحديد كميده كبدأ وغالبا ما تتم بوساطة فقهاء القانون الدولي.

٢- مرحلة الاعلان : اي اقرار الحق كمبدأ عام معترف به من قبل المجتمع الدولي وغالبا ما يأخذ الاقرار شكل الاعلان العالمي او معاهدة دولية تنتم بالعمومية .

٣- مرحلة النفاذ : يتم تحديد عموميات الحق وتطويرها بشكل اتفاقيات دولية ، من خلال العهدين الدوليين الصادرين ١٩٦٦ .

٤- مرحلة تشكيل الية التنفيذ عن طريق انشاء لجان لمتابعة تنفيذ الاتفاقيات المبرمة بهذا الخصوص وتشكيل لجان تحقيق او تقصي الحقائق .

٥- مرحلة الحماية الجنائية اي وضع الحق المعني بالحماية في اطار نص تجريمي وفرض عقوبات رادعة لمرتكبيها .

بهذا فان القانون الدولي لحقوق الانسان يكون ذو شقين : الاول خاص بتشريع الحقوق وبيانها ، والثاني يعنى بنظام الحماية الدولية لهذه الحقوق والتي تقوم بدورها على ابراز مبدأ العالمية اي ان حقوق الانسان اصبحت موضوعا للتشريع العالمي والحماية الدولية ، وان الدولة لا تستطيع ان تحتج بمبدأ السيادة للحيلولة دون وصول نظام الحماية الدولية الى الأشخاص في نطاق ولايتها الاقليمية^(٢٢) . وقد انشأ المشرع الدولي نوعين من اليات الحماية^(٢٣) ، النوع الاول يقوم على عضوية الامم المتحدة ويسمى اليات ميثاقية نسبة الى ميثاقها ، وبمقتضى هذه الليات يستطيع اي شخص او جماعة ان تشكوا حكومتها عندما يقع انتهاك من جانبها للحقوق والحريات الاساسية وتقدم الشكوى الى لجنة حقوق الانسان التابعة للمجلس الاقتصادي والاجتماعي التابع للأمم

المتحدة. اما النوع الثاني فيقوم على تصديق الدول على الاتفاقيات الدولية ويسمى اليات تعاهديه ، اذ تم تشكيل عدد من الجان ، من قبل الامم المتحدة ، والتي تعمل لمراقبة مدى التزام الدول بالاتفاقيات المعنية بحقوق الانسان ، كما تلزم الدول الاعضاء بتقديم تقارير حول التدابير التي اتخذتها لضمان الوفاء بهذه التعهدات^(٢٤) .

من هذا نجد ان الاسانيد القانونية للتدخل الانساني تنبع من روح مفهوم حقوق الانسان ، والشرعية الدولية لحقوق الانسان ، اذ اصبحت هذه الحقوق عالمية للنطاق من جهة الاهتمام الدولي بها والحرص العالمي على ضرورة توفير الليات التي تكفل الحماية لها .وبغية الحفاظ على السلم والامن الدوليين .

المبحث الثاني

التدخل الانساني واشكالية السيادة

في هذا المبحث سيتم تناول مفهوم السيادة واهم التطورات التي اثرت في هذا المفهوم وما هي التغييرات التي طرأت على هذا المفهوم . إن الاشكالية التي تطرح هنا هو كيف يتم الموازنة بين الحفاظ على السيادة الوطنية للدول والتي نص عليها ميثاق الامم المتحدة وبين حماية حقوق الانسان التي حرص عليها الميثاق في عدد من مواده .

اولا : السيادة وميثاق الامم المتحدة

السيادة هي الركن الرابع للدولة وهي السلطة العليا للدولة والتي تشمل المواطنين جميعهم وتمتد الى مناطق الدولة ، وهي القدرة على فرض الطاعة على الجميع بعيدا عن تدخل اي سلطة اخرى^(٢٥)، وللسيادة جانبان

وحقوق الانسان قيما عالمية اعتمدها الاسرة الدولية من خلال المواثيق الدولية ، وان الامن والسلام يسيران بشكل متداخل مع هذه القيم ، اذ ان ممارسة الديمقراطية واحترام حقوق الانسان تعد عملية بحد ذاتها تحوي اليات لتسوية الصراعات بشكل سلمي ، وتعزز ثقافة الحوار والمشاركة في صنع القرار والتمثيل السياسي لجميع الاطراف (٣١) . لقد عدت مسألة حقوق الانسان احدى المداخل الرئيسية لقيام النظام الدولي الجديد والدولة وفقا لهذا التطورات لم تعد الفاعل الوحيد في العلاقات الدولية ، وإن عد الفرد احد المخاطبين في القانون الدولي هي مسألة ليست بالجديدة ، لكنها اكتسبت قيمة كبيرة في الوقت الراهن ، إذ أن ان اي انتهاك لحقوقه تعد احدى الدوافع المشروعة للتداول في مجال العلاقات الخارجية وهذا يعد بحد ذاته تطورا مهما في ميدان حقوق الانسان ويمهد للانتقال الى ما يطلق عليه بالمجتمع الدولي (٣٢) إذ تزايد الميل الى استعمال مصطلحي (السياسات العالمية والسياسات عبر الوطنية) بدلا من مصطلح (السياسات الدولية) وهذان المصطلحين يعكسان الحاجة الى افاق ومنظورات اوسع ، لانهما يجسدان بروز فاعلين من غير الدول ، ويؤكدان صور الاعتماد المتبادل ، كما يوجهان الاهتمام الى الارتباط بين السياسات الداخلية والدولية (٣٣) . وفي الواقع ان حقوق الانسان تنشئ نظاما قانونيا جديدا اذ هي بحكم طبيعتها تلغي التميز التقليدي بين النظام الداخلي والنظام الدولي ، ومن ثم يجب الا ينظر اليها من زاوية السيادة المطلقة او من زاوية التدخل السياسي ، بل يجب ادراك ان حقوق الانسان تقضي ضمنا التعاون والتنسيق بين الدول والمنظمات الدولية (٣٤) . ان

هي السيادة على الصعيد الداخلي ، وهي امتلاك السلطة على الافراد والهيئات جميعها التي تقع ضمن حدودها الجغرافية ، اما الجانب الاخر فهو السيادة على الصعيد الخارجي ، والمقصود بها استقلال الدولة وعدم خضوعها الى اي سلطة اخرى واعتراف الدول بها وحققها في اقامة العلاقات الدبلوماسية مع الدول الاخرى وبشكل مستقل (٣٦) . وقد اقر ميثاق الامم المتحدة بهذا المبدأ فقد جاء في (الفقرة ١ من المادة ٢) من ميثاق الامم المتحدة (على ان تقوم المنظمة على مبدأ المساواة في السيادة بين اعضائها جميعهم) (٣٧) . وهذا يشير الى مبدئين :
الاول : اعتراف المنظمة بسيادة الدول الاعضاء .

والثاني : الدول الاعضاء متساوية .

كما نصت الفقرة السابعة من المادة الثانية (فق ٧ م ٢) من ميثاق الامم المتحدة على (ليس في هذا الميثاق ما يسوغ للأمم المتحدة ان تتدخل في الشؤون الداخلية التي تكون في صميم السلطان الداخلي لدولة ما) (٣٨) .

ومن هنا يرى البعض بان الميثاق يقر بمبدأ السيادة للدول ، ولا يعطي للأمم المتحدة حق التدخل في الشؤون الداخلية لها ، ولكن بعد انتهاء الحرب الباردة ونتيجة لرغبة الدول الغربية في توسيع دور الامم المتحدة (٣٩) ، عمد بعض المعنيين الى اعادة النظر في التقييم التقليدي لشرعية التدخل الانساني ، وادى ذلك الى تحولات في الاتجاهات السياسية لمجلس الامن اذ اصبح التدخل الانساني مسألة لا يمكن اغفالها واخذت تكتسب تأييدا تدريجيا لدى الدول الكبرى الغربية (٣٠) ، الذي يرى في الديمقراطية

الاختصاص المحفوظ للدول في نص (فق ٧ من م ٢) من ميثاق الأمم المتحدة لا يعني مطلقاً بأن السيادة قائمة بصورة كاملة مطلقة ، فالميثاق نفسه يفرض على الدول التزامات متعددة تتعارض والتمتع الكامل بالسيادة التامة (٣٥). فنجد في نص (فق ٣ من م ١) وهي ((ان من مقاصد الأمم المتحدة هي تحقيق التعاون الدولي لحل المسائل الدولية ذات الصيغة الاقتصادية والاجتماعية وتعزيز احترام حقوق الانسان والحريات الأساسية للناس جميعاً والتشجيع على ذلك دون تمييز ...) (٣٦). هذا وقد احتوت مواد الميثاق (١٣، ٥٥، ٥٦، ٦٢، ٦٨، ٧٦) على نصوص لحقوق الانسان (٣٧). وبالتركيز على نصوص الميثاق الخاصة بحقوق الانسان يمكن أن نقول أن واضعي الميثاق ادركوا أن الحفاظ على السلم والامن الدوليين لا يكون بتسوية النزاعات فقط ، اذ لا بد من خلق الظروف المناسبة لتحقيق حياة افضل للإنسانية اثناء اشاعة احترام حقوق الانسان وتحسين الاحوال المعيشية لهم ، وهذا يستوجب تحقيق التعاون الدولي لدعم السلام. والواقع ان قراءة ميثاق الأمم المتحدة على ضوء ممارساتها اللاحقة في مجال حقوق الانسان يشير الى اضطلاعها بأربع وظائف رئيسية (٣٨) :

١- الوظيفة المعيارية التي تركز على بلورة مفاهيم حقوق الانسان ومضامينها وترجمتها الى قواعد ومبادئ .

٢- الوظيفة الاعلامية التي تركز على الترويج لحقوق الانسان عن طريق نشر الوعي بها .

٣- الوظيفة الميدانية التي تركز على تقديم المعونات الانسانية .

٤- الوظيفة الحماية التي تركز على ابتكارليات دولية لحماية حقوق الانسان عن طريق تشكيل لجان المراقبة وتلقي الشكاوي ..

ثانياً : السيادة والتطورات الدولية

مع تسارع وتيرة العولمة (٣٩) ، تسارعت عملية تآكل سيادة الدولة لصالح المنظمات الدولية العالمية والاقليمية وهذا التآكل في سيادة الدولة ليس الا وجهاً من اوجه النظام العالمي الحالي الذي يتحول من نظام مركزه الدولة - الامة ذات السيادة ، الى نظام متعدد المراكز ، اذ نجد مجموعة من القوى الفاعلة في النظام الجديد ، منها المنظمات الدولية العالمية والاقليمية ، والمنظمات غير الحكومية ومنها الشركات المتعددة الجنسية (٤٠) هذا على المستوى الخارجي للدول ، اما على المستوى الداخلي للدولة ، فيتمثل بجماعات الضغط والنقابات ومنظمات المجتمع المدني ووسائل الاعلام (٤١) . اذاً تتمثل احدى اهم تجليات العولمة بتنوع وتعدد مراكز صنع القرار . وبعبارة اخرى ، ان تطور مفهوم السيادة اخذ يتأثر بجملة من العوامل منها :

اولاً : تأثير الثورة في وسائل الاعلام والاتصال والتي عززت في الحد من سوء استعمال السلطة ، وفي هذا الصدد يمكن ان نشير الى النتائج الاتية (٤٢) :

١- ازدياد قوة المواطن نسبياً في مواجهة السلطة السياسية ، وذلك عن طريق شعوره بمعايشة كل ما يقع من احداث في نطاق العملية السياسية ، ومن ثم زال امامه حاجز الغموض تجاه علم السياسة .

٣- محاكمة منتهكي حقوق الانسان .

٤- التدخل الانساني .

من هنا نجد ان هناك اهتمام متزايد لحقوق الانسان ، وعلى وجه التحديد بعد تأسيس منظمة الامم المتحدة التي اوريد لها ان تكون منظمة ذات طابع شمولي وعالمية النطاق، وهذا الاهتمام اصبح يعطي مبررا للتدخل الدولي في شؤون الدول التي تشهد انتهاكات خطير لحقوق الانسان، حيث ازدادت حالات التدخل الانساني منذ انتهاء الحرب الباردة . اما اهم الاسباب التي ادت الى زيادة الاهتمام الدولي بحقوق الانسان فهي (٤٦) :

١- لم تعد مسألة حقوق الانسان كما كانت في السابق مسألة فردية تعالج في نطاق القوانين والنظم الداخلية ، بل اصبحت قضية عالمية وانسانية ، فالانسان في النظم الديمقراطية محور كل الحقوق ، كما ان العالم لم يكتفي بتكريس هذه المبادئ في الدساتير الوطنية والاتفاقيات الدولية بل سعى لوضعها في حماية القانون الدولي .

٢- عكس انهيار المعسكر الاشتراكي اخفاق ايدولوجيته وادى ذلك الى اعتناق دول ذلك المعسكر ، للفكر الغربي وهو ما دعم انتشار الديمقراطية واحترام حقوق الانسان ، لاسيما وان مثل هذه الانظمة قد فقدت الحماية التي كان يوفرها لها نظام القطبية الثنائية .

٣- تعزيز أنشطة المنظمات الدولية العالمية والاقليمية ، الحكومية وغير الحكومية في مجال مراقبة حقوق الانسان ، فمثلا تم انشاء منصب المفوض السامي لحقوق الانسان في الامم المتحدة ، عام ١٩٩٤ ، كما تقوم منظمة

٢- ازدياد قوة الحقوق المعنوية التي يتمتع بها المواطن فلم يعد يتمسك بحق الرأي وانما يتمسك بحق الاتصال ، بمعنى حرية تداول المعلومات من اسفل الى اعلى وبالعكس .

٣- ادى ازدياد تداول المعلومات الى زوال حاجز السرية بصدد المعلومات السياسية .

ثانيا: كما ان التطور التكنولوجي زادة من حالة الاعتماد المتبادل بين الدول ، ومن ثم عملت على التقليل من دوافع الاستعمال المتطرف لمبدأ السيادة الوطنية .

ثالثا: وهذا ادى الى انتقال حقبة العلاقات الدولية من دائرة الصراع الى دائرة التعاون(٤٣).

رابعا: ان نظرية السيادة لا تتفق مع التطور الحديث للقانون الدولي فيما يخص اخضاع الدولة لسلطة المنظمات الدولية ، وفي اقامة نظام الامن الجماعي وآخر للتضامن الاقتصادي(٤٤).

وبهذا اصبحت مبادئ حقوق الانسان تتعارض مع مبدأ السيادة في نقاط عدة ، نذكر منها (٤٥) :

١- ملاءمة التشريعات الداخلية للمواثيق الدولية : اذ تفرض المصادقة على الاتفاقيات الدولية الخاصة بحقوق الانسان ، على الدولة تكيف قوانينها الداخلية بما ينسجم مع نصوص وروح هذه الاتفاقيات .

٢- المراقبة الدولية لوضعية حقوق الانسان: اذ تفرض التعهدات الدولية للدولة بخصوص حقوق الانسان السماح للمنظمات الدولية بمراقبة مدى احترام الدولة لالتزاماتها بهذا الخصوص والترخيص لها بالتفتيش والتحقق بهذا الصدد .

العفو الدولية ومنظمة أطباء بلا حدود وغيرها
بدور نشيط في هذا المجال .

٤- إن حقوق الانسان اصبحت تحسن
الخطاب السياسي الوطني بالشرعية وتبعد عنه
تهمة الدكتاتورية ، ولذا اصبحت مكانة الدولة
وتقدمها يقسان بمدى احترامها لمبادئ حقوق
الانسان .

٥- إن فقدان هذه الحقوق كان على مر
العصور سببا في انهيار المجتمعات واندلاع
الحروب ، وقد تمخضت الثورة سياسية
 واجتماعية كلها عن اعلان لحقوق الانسان .

٦- تسعى المنظمات الدولية لربط تقديم
المساعدات الانسانية للدول التي تعاني من
الكوارث والمجاعات ، وبين حرية حركة هذه
المنظمات فترك هذا اثره في خلخلة افكار
الدول النامية وقيمها ، ولاسيما عند مطالبة هذه
المنظمات للدول بتغييرات هيكلية في المجالات
السياسية والاجتماعية والاقتصادية .

وهكذا كرست نهاية الحرب الباردة
اجماعا دوليا حول اقتصاد السوق وحقوق
الانسان والديمقراطية ، وضمن هذا الاطار
نشأت علاقة بين السلام الدولي واحترام حقوق
الانسان وذلك وفقا لحاجتين هما (٤٧):

١- هناك علاقة بين احترام حقوق الانسان
في الداخل وطبيعة سياستها الخارجية ، فترى
مدرسة البحث عن السلام ان انكار حقوق
الانسان يعني انكار السلام بحد ذاته وحصول
العدوان، والدولة التي تنكر حقوق الانسان
لمواطنيها تنكرها في علاقاتها الخارجية
لان طبيعة النظام السياسي تؤثر في السياسة
الخارجية للدولة .

٢- احتمال أن يؤدي انكار حقوق الانسان
في الداخل الى تدخل قوة خارجية لرفع الظلم او
الى اندلاع حروب اهلية قد تتصاعد الى حروب
دولية ، ولاسيما في حالة انكار حق تقرير
المصير ، وقد ساد رأي مفاده ان الحكومات
الدكتاتورية التي تنكر حقوق الانسان تتسبب في
الحروب . بينما الحكومات الديمقراطية محبة
للسلام ، وقد عبر (جورج مارشال) وزير
الخارجية الامريكي الاسبق عن ذلك بقوله
ان الحكومات التي تتجاهل حقوق شعبيها ، لا
يحتمل ان تحترم حقوق الدول الاخرى .

وبناء على ما تقدم فقد اصبحت للفرد مكانة
في العلاقات الدولية عن طريق منح ضمانات
حقوق الانسان على المستويات الوطنية
والاقليمية والدولية وتتجسد بما يأتي (٤٨) :

١- اندماج الاتفاقيات الدولية لحقوق الانسان
في النظم القانونية للدول اذ اخذت الدساتير
الوطنية تنص على حقوق الانسان، الدولية
المعنية بحقوق الانسان .

٢- تقديم تقارير دورية الى الامين العام
للأمم المتحدة ، وذلك من اجل تفعيل الدور
الرقابي لمدى التزام الدول بالاتفاقيات الخاص
بحقوق الانسان .

٣- نظام الشكاوي ، ويقوم هذا النظام على
اساس اعطاء الافراد والدول الاطراف كلهم
في الاتفاقيات الدولية المعنية بحقوق الانسان
حق تقديم الشكاوي ضد اي دولة تنتهك البنود
المنصوص عليها في هذه الاتفاقيات ، ويتم
تقديم الشكاوي الى منظمة الامم المتحدة من
خلال لجانها المعنية بهذا الخصوص .

ثالثاً : التدخل الانساني بين التطبيق والاعتبارات السياسية

شهدت المرحلة التي تلت انتهاء الحرب الباردة عدد من الصراعات والحروب الاهلية , منها مذابح الابادة الجماعية في رواندا في العام ١٩٩٤ ، وحرب التطهير العرقي في البوسنة والهرسك في العام ١٩٩٢ ، وانهيار الدولة في الصومال في العام ١٩٩١ ، وغيرها من الصراعات التي دفع المجتمع الدولي نحو ضرورة ايجاد الوسائل للحد من مثل هذه الصراعات التي تسبب انتهاك لحقوق الانسان وتهدد السلم والامن الدوليين ، وكان اول تفعيل لمبدأ التدخل الانساني بعد انتهاء الحرب الباردة قد تمثل في (٤٩) :

١- اصدار مجلس الامن قراره رقم ٦٨٨ في ٥ نيسان ١٩٩١، الخاص بحماية الاكراد في شمال العراق

٢- اصدار مجلس الامن قراره رقم ٧٩٤ في ٣ كانون الاول عام ١٩٩٢ الخاص بالتدخل في الصومال

٣- انشاء المحكمة الجنائية الدولية الخاصة بمحاكمة مجرمي الحرب في يوغسلافية ، بموجب قرار مجلس الامن رقم ٨٠٨ في ٢٢ شباط عام ١٩٩٣

٤- انشاء المحكمة الجنائية الدولية الخاصة بمحاكمة مجرمي الحرب في رواندا ، بموجب قرار مجلس الامن رقم ٩٥٥ في ٨ تشرين الثاني عام ١٩٩٤

وعلى الصعيد ذاته فقد شهد العام ٢٠١١ انجاز اخر وهو اقرار الدول الاعضاء في

الامم المتحدة تأييد مبدأ ((مسؤولية الحماية)) بالإجماع ويؤكد هذا المبدأ انه في حالات قيام الدول بارتكاب فظائع جماعية ضد مواطنيها او فشلها في حماية مواطنيها من مثل هذه الفظائع، تقع على عاتق المجتمع الدولي مسؤولية التدخل عند الضرورة لحماية ارواح المدنيين (٥٠) والجدير بالذكر ان مبدأ (مسؤولية الحماية) يعود الى تقرير اللجنة الدولية التي انشأتها الحكومة الكندية في العام ٢٠٠٠ اذ اصدرت تقريرها المتضمن (المسؤولية في الحماية) والذي جاء فيه العديد من المصطلحات والمفاهيم الجديدة والحث على التحول من مفهوم (السيادة المطلقة) الى مفهوم (السيادة كمسؤولية) وظهر بذلك فكرة مسؤولية الحماية كمبدأ قائم بذاته ، وقد تم تنفيذ مسؤولية الحماية في ليبيا ، من قبل الدول الاعضاء في الامم المتحدة ، فقرار مجلس الامن رقم ١٩٧٠ في ٢٠١١ فرض اولاً عقوبات على ليبيا وأحال الموضوع الى المحكمة الجنائية الدولية ، وحين لم يوقف ذلك القرار العقيد القذافي عند حده ، سمح القرار الاممي رقم ١٩٧٣ بدعم من جامعة الدول العربية ، باتخاذ (كل التدابير الضرورية) عدا الغزو البري لحماية المدنيين في ليبيا ، فالأمم المتحدة الى جانب حلف شمال الاطلسي ، تقدمت لاتخاذ اجراءات من اجل انقاذ المدنيين وهو اول اختبار حقيقي لمبدأ مسؤولية الحماية الدولية (٥١)

والملاحظ على هذه الطروحات والاهداف التي اخذ المجتمع الدولي تبنيها ، بخصوص حقوق الانسان وعالميتها وضرورة توفير الجهود الدولية لضمان هذه الحقوق وسعي المجتمع الدولي الى خلق الاليات التي تكفل مراقبة حقوق الانسان عبر ايجاد الوسائل

الكفيلة بذلك ، والتي تصل الى درجة التدخل في شؤون الدول الاخرى التي تشهد حالات انتهاك مريعة لهذه الحقوق ، الا ان هناك اشكالية في التطبيق لحفظ هذه الحقوق ، وهذه الاشكالية تكون على ثلاثة مستويات هي :

١- مستوى عمل المنظمة الدولية - الامم المتحدة .

٢- مستوى الدول الداعية الى ان حقوق الانسان اصبحت عالمية النطاق وان حماية هذه الحقوق هي مسؤولية عالمية - وهذه الدعوات تتبناها الدول الغربية .

٣- مستوى التذرع بمفهوم السيادة وعدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول - وهذه تتذرع بها الدول التي تشهد مثل هذه الانتهاكات.

وبخصوص دور الامم المتحدة ، وعلى الرغم من ان الامم المتحدة وجدت من اجل حفظ السلم والامن الدوليين اللذين اصبحا على صلة بمنظومة حقوق الانسان ، التي نص عليها الميثاق في مواضع عدة ، الا ان الميثاق لم يتضمن في اية مادة من مواده توضيحا لمصادر التهديد والاخلال بالامن او تعريفا للعدوان وهو ما سمح بإعطاء تفسيرات متباينة للسلم والامن الدوليين ، وترك الامر الى السلطة التقديرية لمجلس الامن في تحديد طبيعة الممارسات التي تشكل تهديدا للسلم والامن الدوليين والى تحديد طبيعة الاجراءات للرد على هذه الممارسات^(٥٢). إن ترك الامر الى السلطة التقديرية لمجلس الامن جعل الامر رهين بالاعتبارات السياسية للأطراف الفاعلة في مجلس الامن ، فالتصويت في مجلس الامن مسألة سياسية قبل ان تكون قانونية ، اذ

تتدخل فيها مصالح الدول الاعضاء في مجلس الامن قبل الاعتبارات الاخلاقية والانسانية والقانونية . اضافة الى ان قرارات مجلس الامن تقتزن دوما بالحالة الطرفية للنزاع ، اذ يتحدد الموقف السياسي منه في ضوء موقف الدول الفاعلة الدائمة العضوية من اطراف النزاع لا من طبيعة النزاع نفسه ومثل هذه الحالة فان اجراءات الامن الجماعي ستتخذ بدوافع غائية تتصل بأهداف السياسات الوطنية اكثر من كونها استجابة لمقاصد التنظيم الدولي ومقتضيات الامن الجماعي ، وهذا ما حصل على صعيد الوضع في سوريا اذ ان الفيتو الروسي والصيني كان له دور في تعطيل تفعيل مبدأ مسؤولية الحماية الامر الذي زادة من تعقيد المشهد المتدهور في سوريا ، كما ان مجلس الامن يفوض الدول بالتدخل نيابة عنه دون مراقبته ، كما انه يصدر قراراته للقوات الدولية بالعمل دون تزويدها بالوسائل اللازمة لإنجاح المهمة ولذلك فشلت عمليات التدخل الانساني في الصومال وراوندا^(٥٣) .

مثل هذه الاشكاليات تعيق عمل الامم المتحدة المستقل الامر الذي انعكس على مصداقيتها بهذا الشأن . وهذا يرتبط ايضا بدور الدول الغربية بقيادة الولايات المتحدة الامريكية على تسخير الامم المتحدة من خلال مفهوم الدبلوماسية الوقائية للتدخل في الاوقات والظروف المناسبة في مناطق التوتر المحتملة تحت مسميات مختلفة خدمة لمصالحها ومصالح حلفائها ، كما انها اخذت تربط بين تقديم المساعدات للدول المحتاجة وبين تبني طروحاتها الليبرالية ، فمنذ مطلع التسعينات من القرن الماضي اخذت الدول الغربية بتبني مثل هذا التوجه ، فعلى سبيل المثال ، صرح (هيرمان

التدخل المنظمات الدولية ، ويقول انه بينما ينطبق هذا على الجميع من الناحية النظرية ، فانه من الناحية العملية اعطى الحق للدول الديمقراطية للتدخل في شؤون الامم غير الديمقراطية (٥٦) . والشئ نفسه يؤكد عليه نائب الرئيس الامريكي (جوزيف بايدن) حين اكد في العام ٢٠١١ ، بقوله (حين تنخرط دولة ما في ارتكاب الفظائع ، تكون بذلك قد تنازلت عن سيادتها) (٥٧).

والى جانب (كاغان) ، هناك طروحات للسنااتور الجمهوري (جون ماكين) في فكرته رابطة الديمقراطية والذي اكد فيها على ضرورة ايجاد رابطة للدول الديمقراطية تعمل على تطوير قدرات عسكرية ومدنية مشتركة تهدف الى التدخل الانساني في دول تعاني من مشكلات انسانية . هذه الطروحات بمجموعها تشكل برنامج عمل للسياسة الخارجية الامريكية (٥٨) .

اما ما يخص الدول الراض لمبدأ التدخل الانساني ، والدول التي تتذرع بمبدأ السيادة كأساس لحقها في ممارسة سلطاتها دون اي تدخل خارجي في شؤونها ، فنجد انها ترفض تبني الطروحات الغربية الليبرالية وتؤكد على خصوصيتها الاجتماعية والسياسية في ممارسة الحكم . وينطلق انصار خصوصية حقوق الانسان من تحفظ اساسه ان دعوى العالمية قد تتحول الى ذريعة لفرض هيمنة الثقافة الغربية وربما تسوغ التدخل الدولي تحت شعار حقوق الانسان ، اما انصار العالمية لمفاهيم حقوق الانسان فينطلقون من تحفظ رئيسي، هو ان دعوة الخصوصية قد تتحول الى ذريعة يتم عن طريقها الانلغاف حول حقوق

كوهين) مساعد وزير الخارجية الامريكي للشؤون الافريقية في العام ١٩٩٠، بان تبين النهج الليبرالي الغربي فيما يخص الاصلاح الاقتصادي واحترام حقوق الانسان التحول الديمقراطي هي شروط للحصول على المساعدات الامريكية ، ونفس الشئ عبر عنه (دو غلاس هيرد) وزير الخارجية البريطاني في العام ١٩٩٠ من ان المساعدات البريطانية سوف تمنح للدول التي تتبنى النهج الليبرالي ، كما اكد على ذلك الرئيس الفرنسي (ميتران) في المؤتمر الفرنسي الافريقي الذي عقد في العام ١٩٩٠. وقد اوضحت هذه السياسة يطلق عليها اسم (المشروطة السياسية) لمنح المعونات والقروض (٥٤) .

إن الطروحات الغربية بشأن تبني النهج الليبرالي فيما يخص منظومة حقوق الانسان قد جاءت على يد الكثير من المفكرين الغربيين بهذا الخصوص ، وتعكس نظرية (فرانسيس فوكوياما) حول نهاية التاريخ في العام ١٩٨٩ ، مثل هذه الطروحات عندما يدعي ان انتصار الولايات المتحدة الامريكية في الحرب الباردة هو انتصار دائم وابددي للقيم الليبرالية بوصفها الشكل النهائي للحكم في المجتمعات البشرية (٥٥).

وفي اطار مدرسة المحافظين الجدد هناك طروحات (لروريت كاغان) في كتابه (عودة التاريخ ونهاية الاحلام في العام ٢٠٠٨) والذي كان من ضمنه ، أن الدول الليبرالية في مرحلة ما بعد الحرب الباردة سعت الى انشاء مفهوم يسمح بالتدخل ضد مبدأ سيادة الدول التي تنتهك حقوق الانسان وسعت الى اعادة تعريف مفهوم السيادة ، ومن ادوات هذا

الانسان ، ويشكل عالم الجنوب الميدان الاول للتدخل الانساني بسبب اوضاعه الاجتماعية والاقتصادية المتردية وتعدد الاقليات فيه والتي لم تعالج ضمن اطر المشاركة في الحكم وعدم الاقرار بمبدأ التعددية كسبيل لمعالجة موضوع المشاركة السياسية .

الخاتمة

مع انتهاء الحرب الباردة وتحول الصراع من مستوى القمة الى مستوى الاطراف ، إذ تفجرت العديد من الصراعات الاهلية في الكثير من المناطق الاقليمية نتيجة لأسباب سياسية او اقتصادية او عرقية اثنية ، وقد كان لزوال احد الاقطاب في النظام الدولية اثره الواضح في هذا الجانب فبعد ان كان لنظام الثنائي القطبية دوره في عدم تفجر مثل هذه الصراعات وتوفير الدعم والحماية للنظم الدكتاتورية بحكم اليات توازن القوى بين المعسكرين الاشتراكي والرأسمالي، لذا كان انهيار نظام توازن القوى الثنائي اثره في اطلاق الحركات السياسية والقومية والدينية التي تسعى الى تحقيق اهدافها المتمثلة بحق تقرير المصير ، وقد ادى هذا الى ان تشهد الكثير من دول العالم عدد من الصراعات التي يمكن ان نسميها الصراعات الممتدة التي تربط بين الصراعات الداخلية والخارجية ، وانعكس هذا على تهديد للسلم والامن الدوليين ، فضلا عن ان الكثير من هذه الصراعات رافقتها او شهدت فيها اعمال تطهير عرقي او حروب اهلية .

ضمن هذا الاطار اصبح التدخل الانساني مثاراً للجدل السياسي والقانوني لاسيما مع زيادة الاهتمام الدولي بحقوق الانسان ، واعادة المتغيرات الدولية الجديدة وطرح مفهوم

السيادة ، وهل ان هذا المفهوم سيبقى قيديا على تحرك المجتمع الدولي الهادف الى توفير الحماية الدولية لحقوق الانسان .

إن مفهوم التدخل الانساني امامه اشكاليتان، الاشكالية الاولى تخص مبدأ السيادة بمفهومها التقليدي ، الا ان لتطورات الدولية ذات الابعاد المختلفة كان لها اثرها الواضح على تحجيم مفهوم السيادة التقليدي ، فلم تعد الدول قادرة على التذرع بهذا المفهوم حول حريتها في اسلوب استعمالها للسلطة ، ومع اقرار ميثاق الامم المتحدة بهذا المبدأ في فق ١ م ٢ وفق ٧ م ٢ على هذا المبدأ ، الا ان ذات الميثاق يفرض على الدول التزامات متعددة تتعارض والتمتع الكامل بالسيادة التامة ، كما جاء في فق ٣ م ١ ، ومواد الميثاق (١٣ ، ٥٥ ، ٥٦ ، ٦٢ ، ٦٨ ، ٧٦) الخاصة بحقوق الانسان وكذلك الاعلانات الخاصة بحقوق الانسان والتي تعد شرعية دولية لحقوق الانسان ، كما ان الربط بين حقوق الانسان والمحافظة على السلم والامن الدوليين عُد هذا بمثابة مرجع لمفهوم التدخل الانساني في شؤون الدول الاخرى اذا ما حدث هناك انتهاك لهذه الحقوق .

اما الاشكالية الاخرى التي لا زالت تفرض نفسها على مفهوم التدخل الانساني ، هي الاعتبارات السياسية التي تكمن وراء هذا المفهوم ، إذ إن اقتران الجهود الدولية باعتبارها سياسية حتى وان كان التحرك من قبل الامم المتحدة او عن طريقها ، إلا أن نفوذ الدول الكبرى في هذه المنظمة له اثره في توجيه الجهود الاممية وبالشكل الذي يخدم مصالحها الدولية ، ومن ثم انعكس على مصداقية الاداء المجتمعي . الامر الذي ابقى الجدل بين انصار

الخصوصية لحقوق الانسان ، وبين انصار العالمية لها حول شرعية التدخل الانساني

الهوامش

١- محمد يعقوب عبد الرحمن : التدخل الانساني في العلاقات الدولية ، مركز الامارات للدراسات والبحوث الاستراتيجية ، ابو ظبي ، ٢٠٠٤ ، ص٢٥

٢- المصدر نفسه ، ص ٢٥ . كذلك غانم محمد صالح : الفكر السياسي القديم والوسيط ، دار الكتب للطباعة والنشر ، الموصل ، ٢٠٠١ ، ص ١٧٣

٣- المصدر نفسه ، ص ٢٨ ، ٣١

٤- المصدر نفسه ، ص ٣٣

٥- عامر حسن فياض وآخرون : المدخل الى الفكر السياسي الحديث والمعاصر ، الجزء الثاني ، كلية العلوم السياسية ، جامعة بغداد ، ٢٠٠٨ ، ص ٦٨

٦- محمد يعقوب عبد الرحمن ، مصدر سبق ذكره ، ص ١٤

٧- المصدر نفسه ، ص ٢١ ، كذلك حول التدخل ينظر ، فابريس ديمسان : في ظل حروب (عادلة) العنف السياسي والعمل الانساني ، مركز الامارات للدراسات والبحوث الاستراتيجية ، ٢٠٠٦ ،

٨- محمد يعقوب ، المصدر السابق ، ص ٢١

٩- نقلا عن سعد حقي توفيق : مبادئ العلاقات الدولية ، جامعة بغداد ، كلية العلوم السياسية ، بلا تاريخ ، ص ٦٠٦

١٠- المصدر نفسه ، ص ٦٠٥

١١- المصدر نفسه ، ص ٦٠٥

١٢- المصدر نفسه ، ص ٦٠٩

١٣- سعد حقي ، مصدر سبق ذكره ، ص ٦١٣ ، كذلك ينظر ، صفوان مقصود خليل : الجرائم ضد

الانسانية والابادة الجماعية وطرق مكافحتها - دراسة في القانون الدولي المعاصر ، الدار العربية للموسوعات ، بيروت ، ٢٠١٠ ، ص ٣١

١٤ - محمد يعقوب عبد الرحمن ، مصدر سبق ذكره ، ص ١١١

١٥- سعد حقي ، مصدر سبق ذكره ، ص ٦١٤

١٦- ايناس عبد السادة : استخدام القوة في العلاقات الدولية ، اطروحة دكتوراه ، كلية العلوم السياسية ، جامعة

بغداد ، ٢٠٠٦ ، ص ١٦٦ - ١٦٧

١٧ - حسين علي : سيادة الدول بين تسييس القانون وقوننة السياسة ، الهيئة العامة السورية للكتاب ، دمشق ، ٢٠٠٩ ، ص ١٤٢

١٨ - محمد يعقوب عبد الرحمن ، مصدر سبق ذكره ، ص ٦١ - ٦٣

١٩- المصدر نفسه ، ص ٦١ . كذلك حول تطور مفهوم الحقوق والحريات ينظر ، بلقيس محمد جواد: التفاعلات الاجتماعية للتعددية السياسية ، مجلة دراسات دولية ، العدد ٤٥ ، مركز الدراسات الدولية ، جامعة بغداد ، ٢٠١٠ ص ٦

٢٠ - رياض عزيز هادي : حقوق الانسان ، تطورها مضامينها وحمايتها ، كلية العلوم السياسية ، جامعة بغداد ، ٢٠٠٥ ، ص ٣٤ كذلك ، حسين علي ، مصدر سبق ذكره ، ص ١١٧ كذلك ، ينظر مختار الاسدي : الحريات والحقوق - بحث مقارن ورؤية نقدية بين الواقع والادعاء ، دار الشؤون الثقافية ، بغداد ، ط ٢ ، ٢٠٠٩ ، ص ٣٨-٣٩

٢١- حافظ علوان حمادي : حقوق الانسان ، بغداد ٢٠٠٨ ، ص ١٤٦

٢٢ - فيصل شطناوي : حقوق الانسان والقانون الدولي الانساني ، دار حامد للنشر ، عمان ، ٢٠٠١ ، ص ١٣٧ - ١٣٨

٣٤ - سعد حقي توفيق، مبادئ العلاقات الدولية، مصدر سبق ذكره، ص ٦٠٢

٣٥ - سعد حقي توفيق، النظام الدولي الجديد، مصدر سبق ذكره، ص ٥٦

٣٦ - خليل الحديثي، مصدر سبق ذكره، ص ١٢٨

٣٧ - حافظ علوان، مصدر سبق ذكره، ص ١٤٤

٣٨ - محمد يعقوب عبد الرحمن، مصدر سبق ذكره، ص ٦٤

٣٩ - حول مفهوم وتأثير العولمة ينظر، حسن محمد: العولمة جذورها ومضامينها واثارها، مجلة دراسات دولية، العدد ١٤، مركز الدراسات الدولية، جامعة بغداد، ٢٠٠١، ص ١١٧. كذلك، محمد شقشوق: العولمة الثقافية المفهوم والتجليات، المجلة العربية للعلوم السياسية، العدد ٣٢، الجمعية العربية للعلوم السياسية، بيروت، ٢٠١١، ص ١٣١

٤٠ - حول تأثير الشركات المتعددة الجنسية ينظر، مجذاب بدر عناد: الشركات متعددة الجنسية واثارها في عولمة الاقتصاد العالمي، مجلة دراسات دولية، العدد ١٤، مركز الدراسات الدولية جامعة بغداد، ٢٠٠١، ص ١ وما بعدها

٤١ - حسن علي، مصدر سبق ذكره، ص ١٥٨ .

٤٢ - محمد سعد ابو عامود: النظم السياسية في ظل العولمة، دار الفكر الجامعي، القاهرة، ٢٠٠٨، ص ٢٣٣ كذلك للمزيد حول اثر الثورة المعلوماتية ينظر، محمد سعيد طالب: الدولة الحديثة والبحث عن الهوية، الشروق النشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٩، ص ٢٢٠

٤٣ - سعد حقي توفيق، النظام الدولي الجديد، مصدر سبق ذكره، ص ٥٤. كذلك طلال عتريس: الامن القومي وسيادة الدولة في عصر العولمة، في (العولمة واثارها في المجتمع والدولة) مركز الامارات للدراسات والبحوث الاستراتيجية، ٢٠٠٢، ص ٤١

٤٤ - عصام العطية: القانون الدولي العام، جامعة بغداد، الطبعة الخامسة، ١٩٩٢، ص ٢٨٤

٤٥ - سعيد الصديقي، مصدر سبق ذكره، ص ٨٢

٢٣ - حول البيات الحماية الدولية، ينظر: عامر حسن فياض: الرأي العام وحقوق الانسان، بغداد، ٢٠٠٣، ص ١٠٨

٢٤ - فيصل شطناوي، المصدر السابق، ص ١٣٨. كذلك اسامة ثابت ذaker: افاق تعليم المعايير الدولية لحقوق الانسان في اطار الدراسات القانونية في التعليم العالي، مجلة دراسات دولية، العدد ١٤، مركز الدراسات الدولية، جامعة بغداد، ٢٠٠١، ص ١٧

٢٥ - قحطان احمد سلمان: الاساس في العلوم السياسية، دار مجدلاوي للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٤، ص ٢٠٤

٢٦ - خضر عباس وعبد العظيم جبر: السيادة دراسة في ضوء الاتفاقية الامنية بين العراق والولايات المتحدة للعام ٢٠٠٨، المجلة العربية للعلوم السياسية، العدد ٣٢، الجمعية العربية للعلوم السياسية، بيروت، ٢٠١١، ص ١٠٠

٢٧ - خليل اسماعيل الحديثي: الوسيط في التنظيم الدولي، كلية العلوم السياسية، جامعة بغداد ١٩٩١، ص ١٤٨

٢٨ - المصدر نفسه: ص ١٦٠

٢٩ - حول التطورات الدولية وتطور دور الامم المتحدة ينظر، عبد القادر محمد فهمي: النظام السياسي الدولي - دراسة في الاصول النظرية والخصائص المعاصرة، دار الشؤون الثقافية العامة، بغداد، ١٩٩٥، ص ٥٧

٣٠ - سعد حقي توفيق: النظام الدولي الجديد دراسة في مستقبل العلاقات الدولية بعد انتهاء الحرب الباردة، لاهلية للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٩، ص ٥٣

٣١ - سامي ابراهيم الخزندار: المنع الوقائي للصراعات الاهلية والدولية - اطار نظري، المجلة العربية للعلوم السياسية، العدد ٣٢، الجمعية العربية للعلوم السياسية، بيروت، ٢٠١١، ص ٣٣

٣٢ - سعد حقي، المصدر السابق، ص ٥٤

٣٣ - سعيد الصديقي: الدولة في عالم متغير، الدولة الوطنية والتحديات العالمية الجديدة، مركز الامارات للدراسات والبحوث الاستراتيجية، الامارات العربية المتحدة، ٢٠٠٨، ص ٢٢

قائمة المصادر والمراجع

١. احمد عزام: تحول افكار نشر الديمقراطية الى رديف لنظرية الفسطاطين، مجلة افاق المستقبل، العدد ٤، مركز الامارات للدراسات والبحوث الاستراتيجية، ابو ظبي، ٢٠٠٤
٢. اسامة ثابت ذاکر: افاق تعليم المعايير الدولية لحقوق الانسان في اطار الدراسات القانونية في التعليم العالي، مجلة دراسات دولية، العدد ١٤، مركز الدراسات الدولية، جامعة بغداد، ٢٠٠١
٣. ايناس عبد السادة: استخدام القوة في العلاقات الدولية، اطروحة دكتوراه، كلية العلوم السياسية، جامعة بغداد، ٢٠٠٦
٤. بلقيس محمد جواد: التفاعلات الاجتماعية للتعددية السياسية، مجلة دراسات دولية، العدد ٤٥، مركز الدراسات الدولية، جامعة بغداد، ٢٠١٠
٥. جعفر عبد السادة الدراجي: التوازن بين السلطة والحرية في الانظمة الدستورية دراسة مقارنة، دار حامد للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٩
٦. حافظ علوان حمادي: حقوق الانسان، بغداد، ٢٠٠٨، ص ١٤٦
٧. حسن محمد: العولمة جذورها ومضامينها واثارها، مجلة دراسات دولية، العدد ١٤، مركز الدراسات الدولية، جامعة بغداد، ٢٠٠١
٨. حسين علي: سيادة الدول بين تسييس

- ٤٦- محمد يعقوب عبد الرحمن، مصدر سبق ذكره، ص ١٤٣
- ٤٧- محمد يعقوب عبد الرحمن، مصدر سبق ذكره، ص ١٥١
- ٤٨- سعد حقي توفيق، مبادئ العلاقات الدولية، مصدر سبق ذكره، ص ١٠٩. حول ضمانات حقوق الانسان ينظر، جعفر عبد السادة الدراجي: التوازن بين السلطة والحرية في الانظمة الدستورية دراسة مقارنة، دار حامد للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٩، ص ١٨٥ وما بعدها
- ٤٩- سعيد الصديقي، مصدر سبق ذكره، ص ٥٥
- ٥٠- دون كراوس: تطور الامم المتحدة ومجلس الامن الدولي، في ((التطورات الاستراتيجية العالمية رؤية استشرافية)) مركز الامارات للدراسات والبحوث الاستراتيجية، ابو ظبي، ٢٠١١، ص ٤٢
- ٥١- المصدر نفسه، ص ٤٤
- ٥٢- محمد يعقوب عبد الرحمن، مصدر سبق ذكره، ص ١٥٩
- ٥٣- المصدر نفسه، ص ١٦٣ كذلك. نيفين عبد المنعم: العلاقات الدولية ومستقبل النظام الدولي في ظل العولمة في ((العولمة واثارها في المجتمع والدولة)) مركز الامارات للدراسات والبحوث الاستراتيجية، ص ٢٠٠٢، ١٧٨
- ٥٤- رياض عزيز هادي: العالم الثالث من الحزب الواحد الى التعددية، دار الشؤون الثقافية العامة، بغداد، ١٩٩٥، ص ٧٦
- ٥٥- فرانسيس فوكوياما: نهاية التاريخ، ترجمة حسين الشيخ، دار العلوم العربية، بيروت، ١٩٩٣، ص ١
- ٥٦- احمد عزام: تحول افكار نشر الديمقراطية الى رديف لنظرية الفسطاطين، مجلة افاق المستقبل، العدد ٤، مركز الامارات للدراسات والبحوث الاستراتيجية، ٢٠١٠، ص ٩٤ وما بعدها
- ٥٧- دون كراوس، مصدر سبق ذكره، ص ٤٣
- ٥٨- احمد عزام، المصدر سبق ذكره، ص ٩٨

الدولية ، جامعة بغداد ، كلية العلوم السياسية ،
بغداد ، تاريخ .

١٧ . سعيد الصديقي : الدولة في عالم
متغير ، الدولة الوطنية والتحديات العالمية
الجديدة ، مركز الامارات للدراسات والبحوث
الاستراتيجية ، الامارات العربية المتحدة ،
٢٠٠٨

١٨ . صفوان مقصود خليل : الجرائم ضد
الانسانية والابادة الجماعية وطرق مكافحتها
- دراسة في القانون الدولي المعاصر ، الدار
العربية للموسوعات ، بيروت ، ٢٠١٠

١٩ . طلال عتريس : الامن القومي وسيادة
الدولة في عصر العولمة ، في (العولمة
واثارها في المجتمع والدولة) مركز الامارات
للدراسات والبحوث الاستراتيجية ، ٢٠٠٢

٢٠ . عامر حسن فياض : الرأي العام
وحقوق الانسان ، بغداد ، ٢٠٠٣ .

٢١ . عامر حسن فياض واخرون : المدخل
الى الفكر السياسي الحديث والمعاصر ، الجزء
الثاني ، كلية العلوم

٢٢ . عبد القادر محمد فهمي : النظام
السياسي الدولي - دراسة في الاصول النظرية
والخصائص المعاصرة ، دار الشؤون الثقافية
العامة ، بغداد ، ١٩٩٥

٢٣ . عصام العطية : القانون الدولي العام ،
جامعة بغداد ، الطبعة الخامسة ، ١٩٩٢

٢٤ . غانم محمد صالح : الفكر السياسي
القديم والوسيط ، دار الكتب للطباعة والنشر ،
الموصل .

القانون وقوننة السياسة ، الهيئة العامة السورية
للكتاب ، دمشق .

٩ . خضر عباس وعبد العظيم جبر : السيادة
دراسة في ضوء الاتفاقية الامنية بين العراق
والولايات المتحدة للعام ٢٠٠٨ المجلة العربية
للعلوم السياسية ، العدد ٣٢ ، الجمعية العربية
للعلوم السياسية ، بيروت ، ٢٠١١ .

١٠ . خليل اسماعيل الحديثي : الوسيط في
التنظيم الدولي ، كلية العلوم السياسية ، جامعة
بغداد ، ١٩٩١ .

١١ . دون كراوس : تطور الامم المتحدة
ومجلس الامن الدولي ، في ((التطورات
الاستراتيجية العالمية رؤية استشرافية)) مركز
الامارات للدراسات والبحوث الاستراتيجية ، ابو
ظبي ، ٢٠١١

١٢ . رياض عزيز هادي : العالم الثالث
من الحزب الواحد الى التعددية ، دار الشؤون
الثقافية العامة ، بغداد ، ١٩٩٥

١٣ . رياض عزيز هادي : حقوق الانسان ،
تطورها مضامينها وحمايتها ، كلية العلوم
السياسية ، جامعة بغداد ، ٢٠٠٥

١٤ . سامي ابراهيم الخزندار : المنع
الوقائي للصراعات الاهلية والدولية - اطار
نظري ، المجلة العربية للعلوم

١٥ . سعد حقي توفيق : النظام الدولي
الجديد ، دراسة في مستقبل العلاقات الدولية بعد
انتهاء الحرب الباردة

١٦ . سعد حقي توفيق : مبادئ العلاقات

الامارات للدراسات والبحوث، الاهلية للنشر
والتوزيع، عمان، ١٩٩٩

٣٤. مختار الاسدي: الحريات والحقوق -
بحث مقارنة ورؤية نقدية بين الواقع والادعاء،
دار الشؤون الثقافية، بغداد، ط٢، ٢٠٠٩

٣٥. نيفين عبد المنعم: العلاقات
الدولية ومستقبل النظام الدولي في ظل
العولمة في ((العولمة واثارها في المجتمع
والدولة) مركز الامارات للدراسات والبحوث
الاستراتيجية، ٢٠٠٢

٢٥. فابريس ديمسان: في ظل حروب
(عادلة) العنف السياسي والعمل الانساني،
مركز الامارات للدراسات والبحوث
الاستراتيجية، ٢٠٠٦

٢٦. فرانسيس فوكوياما: نهاية التاريخ،
ترجمة حسين الشيخ، دار العلوم العربية،
بيروت، ١٩٩٣.

٢٧. فيصل شطناوي: حقوق الانسان
والقانون الدولي الانساني، دار حامد للنشر،
عمان، ٢٠٠١.

٢٨. قحطان احمد سلمان: الاساس في
العلوم السياسية، دار مجدلاوي للنشر والتوزيع،
عمان، ٢٠٠٤.

٢٩. مجذاب بدر عناد: الشركات متعددة
الجنسية واثارها في عولمة الاقتصاد العالمي،
مجلة دراسات دولية، العدد ١٤، مركز
الدراسات الدولية جامعة بغداد، ٢٠٠١

٣٠. محمد سعد ابو عامود: النظم السياسية
في ظل العولمة، دار الفكر الجامعي، القاهرة،
٢٠٠٨

٣١. محمد سعيد طالب: الدولة
الحديثة والبحث عن الهوية، الشروق للنشر
والتوزيع، عمان، ١٩٩٩

٣٢. محمد شقشوق: العولمة الثقافية
المفهوم والتجليات، المجلة العربية للعلوم
السياسية، العدد ٣٢، الجمعية العربية للعلوم
السياسية، بيروت، ٢٠١١.

٣٣. محمد يعقوب عبد الرحمن:
التدخل الانساني في العلاقات الدولية، مركز

Humanitarian Intervention And Problematic Application

Assit.Prof.Dr.Ibrahem Hardan^(*)

Abstract

The issue of humanitarian intervention is one of the issues that are closely linked to the cause of human rights and the protection of human rights. Through concerted international efforts to secure these rights if they are subjected to any violation and by any party and anywhere. The concept of humanitarian intervention has become more apparent after the end of the Cold War and the subsequent revolutions to overthrow totalitarian political systems. Today's human rights philosophy has become a global consensus, supported by international institutions and codified in constitutional texts and international covenants such as the Universal Declaration of Human Rights.

Human rights and guarantees for their enjoyment and protection have become a topic of global concern. This interest also represents the dividing line between the traditional concept of sovereignty and the modern concept of it, which is of a magnitude in content.

The study aims to identify the concept of humanitarian intervention and the legal basis for this concept and the justification for intervention for humanitarian purposes and to identify the international positions supporting and opposing him .

(*)Al-Iraqia University/ College Of Law and Political Sciench

التحقيق البرلماني كوسيلة للرقابة على اعمال مجلس الوزراء في الدستور العراقي المقارن

أ. م. د. إيمان قاسم هاني الصافي(*)

مقدمة

أولاً- تمهيد

يعد التحقيق البرلماني من الوسائل الفعالة التي تمكن البرلمان من الكشف عن عيوب الجهاز الحكومي سواء أمن الناحية المالية ام السياسية ام الإدارية او العسكرية، كما يستطيع اثناء التعرف على حاجات الدولة، فالتحقيقات البرلمانية تجعل البرلمان يحصل مباشرةً وبفسه على المعلومات والبيانات المطلوبة مما يجعله مطمئناً لصحة تلك المعلومات على العكس من السؤال والاستجواب اذ يحصل البرلمان على هذه المعلومات والبيانات عن طريق ما يفصح به مجلس الوزراء (رئيساً او أعضاء) وما يصوره من حقائق.

لذا تحرص اغلب الدساتير على الاعتراف بحق التحقيق للمجالس التشريعية، ويجمع الفقهاء من اساتذة القانون الدستوري على ان هذا الحق من الحقوق المقررة للبرلمان حتى في حالة عدم النص عليه، لأنه حق طبيعي وأصيل تسوغه النصوص الدستورية والتي تقرر المسؤولية السياسية لمجلس الوزراء أمام البرلمان، وحق هذا الآخر في اقتراح التشريع ،

الملخص

يعد التحقيق البرلماني من وسائل الرقابة السياسية على اعمال مجلس الوزراء، فهو الوسيلة الأكثر قدرة على استجلاء الحقيقة، إذ هن طريقها يمكن الالمام بتفاصيل القضية المطروحة، لأنه يتضمن تحقيقاً موسعاً يصل إلى التفاصيل الدقيقة كلها والتي تتعلق بالقضية وتصل إلى عمقها، بغية الكشف عن أخطاء الجهاز الحكومة في النواحي والمجالات المختلفة، لذا حرصت غالبية دساتير دول العالم إلى تقرير هذا الحق للبرلمان، فالتحقيق حق أصيل وطبيعي مقرر للبرلمان حتى في حالة عدم النص عليه في صلب الدستور، إذ يتفرع عن حقوق أخرى مقررة للبرلمان كحق اقتراح مشروعات القوانين وحق تحريك المسؤولية السياسية لمجلس الوزراء، لذا واثناء ما تقدم أرتأيت ان اسلط الضوء على فاعلية هذه الوسيلة الرقابية في دستور ٢٠٠٥ وما درجت عليه الدساتير المقارنة.

(*)الجامعةالمستنصرية / كلية القانون Emanqasim558@yahoo.com

فضلاً عن المبادئ العامة المترتبة على هذين الحقين الآخرين، عليه فالتحقيق ينطلق من فكرة تقوم على أن كل مجلس تشريعي مدعو للفل في مسألة ما ، يتطلب تزويده بالمعلومات الضرورية والكافية عن هذه المسألة ، فإذا كان

من حق البرلمان ان يراقب مجلس الوزراء في اعماله وتصرفاته وله الحق في تشريع القوانين، فله ان يمارس كل الوسائل المشروعة، بما في ذلك وسائل البحث والتحري والاطلاع، لتمكينه من مباشرة صلاحياته الدستورية للوقوف على حقيقة ما يجري في الاجهزة الحكومية، ومن ثم تقرير الوسائل الكفيلة لتفادي العيوب الموجودة مما يسمح برفع الضرر أو تجنب الخطأ.

ثانياً: مشكلة البحث

سينصب البحث على موضوع الرقابة السياسية التي يمارسها البرلمان على اعمال مجلس الوزراء في واحدة من أهم وأخطر أدوات الرقابة البرلمانية وهي التحقيق البرلماني، الذي نصت عليه غالبية الدساتير المقارنة ولم ينص عليه دستور ٢٠٠٥ الناقد على الرغم من إن نصه على الوسائل الرقابية الأخرى كالسؤال والاستجواب وطرح موضوع عام للمناقشة والأثر المترتب على الرقابة السياسية المتمثل بسحب الثقة، إلا أن النظام الداخلي لمجلس النواب الصادر ٢٠٠٧ قد نص على حق اجراء التحقيق البرلماني كأحد وسائل الرقابة السياسية على اعمال مجلس الوزراء غير أنه لم يفرد لهذا الحق أحكام خاصة كما عمل مع باقي وسائل الرقابة الأخرى، فكان تنظيمه لحق

التحقيق البرلماني يشوبه القصور والخلل فلم توفر إطار قانوني سليم لممارسة هذا الحق.

ثالثاً: أهداف البحث

يهدف البحث إلى تحليل طبيعة التحقيق البرلماني، وبيان أهمية لجانته التي تشكلها السلطة التشريعية في العراق والدول المقارنة لمراقبة اعمال مجلس الوزراء، وكذلك يهدف إلى التعرف على الاجراءات المختلفة والتي تتطلبها لجان التحقيق البرلمانية من جهة تشكيلها وضوابطها واختصاصاتها ومدى تنفيذ التوصيات التي تخرج بها ، مع التركيز على الهدف الاساس من هذه الدراسة وهو التنبيه لأهمية دور لجان التحقيق البرلمانية ومدى فاعلية رقابتها على اعمال مجلس الوزراء وحث مجلس النواب على القيام بدوره الفعال في مراقبة اعمال مجلس الوزراء عند ممارسة هذه الوسيلة اثناء ايجاد الاطار القانوني السليم والمتكامل لها.

رابعاً: نطاق البحث

اعتمد البحث على اسلوب التحليل والمقارنة بين دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ وبعض الدساتير المقارنة الاجنبية والعربية (المملكة المتحدة، وفرنسا، ومصر، ولبنان)، لاستجلاء تفاصيل التحقيق البرلماني.

خامساً: هيكلية البحث

تناولت في موضوع البحث خطة تتوزع على مبحثين هما:

المبحث الاول: مفهوم التحقيق البرلماني.

المبحث الثاني: النظام الاجرائي للتحقيق البرلماني.

ثم تنتهي بخاتمة تتضمن أهم ما توصلت إليه من نتائج وتوصيات بهذا الصدد.

الضرورة كافة التي نرى انها كفيلة للوصول للحقيقة وتقديم تقرير بنتيجة أعمالها للبرلمان ليتصرف في ضوء ذلك ويتخذ القرار المناسب.

الفرع الثاني

تميز التحقيق البرلماني عن صور التحقيق الأخرى

إن دراسة التحقيق البرلماني تتطلب تمييزه عن غيره من التحقيقات كالتحقيق الإداري والتحقيق القضائي، لذا سنتولى بيانها على النحو الآتي:

أولاً: تمييز التحقيق البرلماني عن التحقيق الإداري :

يعرف التحقيق البرلماني بأنه (وسيلة الإدارة للأخذ بالإجراءات القانونية بحق الموظف عند اتيانه فعلاً يشكل مخالفة تأديبية لأحكام الوظيفة العامة والخروج على مقتضيات الواجب الوظيفي ، وما يجب ان يتمتع به الموظف العام من أمانة ، ونزاهة ، والتزام بمهام وظيفته وواجباتها)^(٣) ، و عرف أيضاً بأنه (استجواب يتضمن اسئلة محددة موجهة الى الموظف او العامل تفيد نسبة اتهام محدد اليه في عبارة صريحة وبطريقة تمكنه من ابداء دفاعه والرد على ما وجه اليه من اتهامات ويكون من شأنها احاطته علماً بجوانب المخالفة المنسوبة اليه كلها)^(٤) .

فالتحقيق الإداري اذن هو نوع من التحقيق الذي تقوم به السلطة التنفيذية إذ تصدر هذه السلطة امراً بتشكيل لجنة تحقيقه ادارية لاستجلاء موضوع معين ، فهو يقترب من التحقيق البرلماني بأن كلاهما يعد وسيلة

المبحث الأول

مفهوم التحقيق البرلماني

إن البحث في مفهوم التحقيق البرلماني يتطلب أولاً تحديد معنى التحقيق وتمييزه عما يشته به من جانب، ثم بيان الطبيعة القانونية له من جانب آخر ، والذي سنتولى ايضاحه على النحو الآتي:-

الفرع الأول

معنى التحقيق البرلماني

أورد الفقه عدة تعاريف للتحقيق، فمنهم من عرفه بأنه (إجراء يلجأ اليه البرلمان بقصد التحري عن الحقيقة والاستنارة من اجل الرقابة على أعمال الحكومة)^(١) ، وعرفه آخرون بأنه (عملية من عمليات تقصي الحقائق عن وضع معين في اجهزة السلطة التنفيذية تمارسه لجنة مؤلفة من عدد معين من أعضاء المجلس التشريعي للكشف عن مخالفة او مخالفات سياسية بوضع اقتراحات معينة كتحريك المسؤولية السياسية او اصلاح ضرر معين او تلافى اخطاء معينة وتعرض أعمالها على المجلس التشريعي في صورة تقرير)^(٢).

لذا نرى أن التحقيق هو مجموعة من الإجراءات والوسائل المشروعة التي يمارسها البرلمان عن طريق لجنة مكونة من أعضائه، تقوم هذه اللجنة بممارسة الإجراءات

لاستقصاء الحقائق بإتباع مجموعة إجراءات محددة لغرض تحديد المخالفات المسؤولين عنها واقتراح الوسائل المجدية لتلافيها (٥) .
إلا ان هناك اوجه اختلاف بين التحقيقين من ناحيتين هما :

١. من الجهة المختصة بإجراء التحقيق :

فالتحقيق البرلماني يقوم به البرلمان عن طريق لجنة برلمانية سواء أكانت من لجان النوعية ام لجنة خاصة يشكلها لهذا الغرض، في حين أن التحقيق الإداري تقوم به السلطة التنفيذية (٦) .

٢. من جهة حيث الهدف: إذ إن التحقيق

البرلماني يستهدف الاستيثار من وقوع مخالفة من عدمها، فهو لا يفرق تحقق مخالفة فعلاً ، بينما التحقيق الإداري يقوم على مخالفة وقعت فعلاً ، إذ يرمي الى التوصل الى مقترفها واستجماع الأدلة التي تنسبها اليه بما يبرر تحملها وزرها (٧) .

ثانياً: تمييز التحقيق البرلماني عن التحقيق القضائي :

يعرف التحقيق القضائي بأنه (مجموعة من الإجراءات التي ترمي الى تجميع الأدلة المتعلقة بجريمة ارتكبت وتقدير كفايتها وذلك بالشكل المحدد قانوناً لإحالة المتهم الى المحاكمة القضائية) (٨) .

وبذلك فان أوجه الشبه بين التحقيقات الجنائية والبرلمانية يكمن في ان كلاهما وسيلة لاستقصاء الحقائق بإتباع مجموعة إجراءات محددة ، وبغرض تحديد المخالفات والمسؤولين عنها وكذلك اقتراح الوسائل المجدية لتلافيها (٩) .
أما أوجه الاختلاف فأنها تكون من ثلاث نواحي هي :

١. من جهة الهدف : إذ ان التحقيق البرلماني يقتضي على اعمال تصرفات مجلس الوزراء وفي الغالب يقصد به الاستنارة في شؤون عامة لأفردية ، اما التحقيق القضائي فانه يجري مع افراد عاديين ومعينين أبلغ عنهم لارتكابهم أفعالاً جنائية محظورة ومحددة (١٠) .

٢. من جهة الوسائل : إن لجان التحقيق

القضائي تتمتع بسلطات اوسع بكثير من تلك الممنوحة للجان التحقيق البرلمانية ، فقاضي التحقيق القضائي يجوز ان يوقف وان يفتش وان يحتجز الاشخاص او الوثائق او الادلة ، في حين ان لجان التحقيق البرلمانية ربما لا تمتلك مثل هذه السلطات الواسعة فهي تقف عند حد استدعاء الشهود واستجوابهم على الرغم من ان البرلمان يمنح في بعض الاحيان لجان التحقيق البرلمانية بعض السلطات الخاصة في المسائل الخطرة وذات الاهمية الخاصة (١١) .

٣. من جهة الأثر : إن التحقيق البرلماني

ذو طابع سياسي إذ ينطوي على عقوبة سياسية تتجسد في حجب الثقة عن مجلس الوزراء او عن احد أعضائه عندما يثبت التقصير او الخطأ، اما التحقيق القضائي فهو ذو صفة قضائية يترتب عليه البراءة من التهمة المنسوبة الى المتهم او الحكم عليه بإحدى العقوبات الجزائية المقررة قانوناً (١٢) .

الفرع الثالث

الطبيعة القانونية للتحقيق البرلماني

يتفق غالبية الفقه على أن التحقيق يعد عملاً برلمانياً وسياسياً من الناحية الشكلية والموضوعية، فهو عمل برلماني لان لجان التحقيق تتشكل من داخل البرلمان ولا ينضم اليها

احد من أعضاء السلطة التنفيذية او القضائية، كما أن الموضوع محل التحقيق هو من المسائل التي تدخل ضمن اختصاص السلطة التشريعية من دون اعتداء على غيرها من السلطات، وهو عمل سياسي لأنه في جوهره يتناول عملاً من أعمال الحكومة السياسية او الاقتصادية او المالية او العسكرية، وعليه فهو ذو صبغة سياسية هدفه الأول والأخير رقابة الحكومة بما يكفل حماية مصالح الدولة وصيانتها، إذ إن الجهاز الحكومي قد يعاني من داء ينبغي استئصاله او نقصاً يجب استكماله^(١٣).

المبحث الثاني

النظام الإجرائي للتحقيق البرلماني

يمر التحقيق بمراحل عدة، ولكل مرحلة إجراء معين يختلف عن سابقه وممهّد للتالي له، لذا ومن اجل تسليط الضوء على هذه الإجراءات لا بد من بيان المقومات الأساسية للتحقيق ثم بيان آثاره، وذلك ضمن فرعين وعلى النحو الآتي:-

الفرع الأول

مقومات التحقيق

يرتكز التحقيق على ثلاثة مقومات أساسية تتمثل بوجود لجان برلمانية تتولى ممارسته، وموضوع خاص ينصب عليه، وسلطات لازمة لحسن اتمامه، لذا سنتولى ايضاحها تباعاً.

أولاً: لجنة التحقيق

تمثل اللجان البرلمانية ضرورة عملية لا يمكن الاستغناء عنها في العمل البرلماني،

فالمجالس النيابية تتكون من أعضاء كثيرين، ويستحيل عليهم انجاز مهامهم التشريعية والرقابية في الجلسات العامة، مالم يسبق ذلك دراسة كافية وتحضير لهذه الأعمال في لجان مشكلة من عدد قليل من الأعضاء، والذين يتم اختيارهم على اساس الخبرة والاختصاص في المسائل والموضوعات المختلفة^(١٤)، ويُعرف الفقه اللجان البرلمانية بانها (لجان يشكلها المجلس من بين اعضائه يوكل اليها مهمة دراسة مشاريع القوانين والرقابة على أعمال السلطة التنفيذية، وتولى اعداد التقارير فيما يوكل اليها على أن تعرض تقاريرها على المجلس)^(١٥)، وتُعرف ايضاً بانها (اجهزة تنشأ بكل مجلس من بين عدد محدود من الأعضاء، يتم اختيارهم وفقاً لتخصصاتهم ويكلفون بتحضير أعمالها وتقديم تقرير عنها)^(١٦).

وتتخذ اللجان البرلمانية ثلاثة أنواع، الأول هو اللجان الدائمة المتخصصة او النوعية والتي يوجد لها النظام الداخلي للمجلس النيابي ويحدد صلاحيتها، ويراد بكونها دائمة أي انها تؤدي عملها بصفة مستمرة في المجال المنوط بها ولا يأي تشكيلها بقرار عرضي صادر عن المجلس النيابي فوجودها مستمد من نصوص الأنظمة الداخلية للمجالس النيابية، والنوع الثاني اللجان المؤقتة او الخاصة التي يشكلها المجلس النيابي لمهمة خاصة او لمدة محددة وينتهي اجلها بانتهاء مهمتها او بقرار من المجلس^(١٧)، اما النوع الثالث يتمثل بلجان التحقيق التي يشكلها المجلس النيابي من بين اعضائه لغرض فحص ودراسة قضية تختص السلطة التنفيذية والوكالات الإدارية، للوقوف على حقيقة تلك القضية، وترفع تلك اللجان تقاريرها للمجلس النيابي مصحوبة بما تراه من

قرارات او توصيات لاتخاذ الرأي النهائي في تلك القضية^(١٨).

ومن اجل بيان موقف الأنظمة الدستورية المقارنة والنظام الدستوري العراقي بشأن تشكيل لجان التحقيق البرلمانية، سنتولى بيانها تباعاً.

١. موقف الأنظمة الدستورية المقارنة: تتمثل بالأنظمة الدستورية الآتية :-

أ. المملكة المتحدة: تمارس امور التحقيق البرلماني في المملكة المتحدة اما من قبل لجنة مؤلفة من أعضاء المجلس النيابي كلهم فيكون لها صلاحية النظر في المواضيع كافة التي تحال اليها، أي اذا رغب مجلس اللوردات او مجلس العموم في إجراء تحقيق في احدى المسائل اصدر قراراً بذلك، ويجري التحقيق امام هيئة المجلس (أي المجلس باكملة) او تمارس امور التحقيق من قبل احدى اللجان الدائمة في المجلس النيابي، واخيراً يمكن ان تمارس امور التحقيق لجنة خاصة تشكل لهذا الغرض^(١٩)، وظل هذا الوضع سائداً حتى سنة ١٨٨٢، اذ انتقلت صلاحية التحقيق بعد هذا التاريخ إلى اللجان الدائمة للمجلس النيابي او اللجان الخاصة المشكلة لهذا الغرض، وظلت لجنة المجلس باكملة محتفظة فقط بصلاحية النظر في الشؤون المالية ومشاريع القوانين الأكثر أهمية^(٢٠).

ب. فرنسا: لم يقر دستور الجمهورية الخامسة لسنة ١٩٤٨ بحق البرلمان الفرنسي في ممارسة التحقيق، إلا أن القانون الاساس الفرنسي الصادر في ١٧/١١/١٩٥٨ هو من اجاز لكل مجلس نيابي انشاء لجنة خاصة

للتحقيق او الرقابة بناءً على طلب من احدى اللجان الدائمة، كما اكد هذا القانون على انه لا يجوز انشاء لجان تحقيق في حالة قيام السلطة القضائية بإجراء تحقيقات في ذات الموضوع احتراماً لمبدأ الفصل بين السلطات، وتعد لجان التحقيق والرقابة لجان مؤقتة، لانها لا تستطيع الاستمرار في أعمالها أكثر من ستة اشهر، ولا يمكن انشاءها مرة اخرى قبل سنة لمباشرة ذات الموضوع، وعدد أعضائها ثلاثون عضواً على الأكثر يتم اختيارهم بنظام الانتخاب بالأغلبية، ويراعى في اختيارهم التمثيل النسبي لمختلف الجماعات والكتل البرلمانية في المجلس النيابي وذلك بأن ترشح كل مجموعة برلمانية من يمثلها في عضوية هذه اللجان، ثم ترسل قائمة بأسماء المرشحين إلى رئيس المجلس، الذي يتولى نشر الاسماء المختارة في الجريدة الرسمية بعد الموافقة على اختيارهم^(٢١).

ج. مصر: ينص الدستور المصري لسنة ١٩٥٢ في المادة (١٣٥) على ان «لمجلس النواب تشكيل لجنة خاصة، او أن يكلف لجنة من لجانها بتقصي الحقائق في موضوع عام، او بفحص نشاط احدى الجهات الإدارية، او الهيئات العامة، او المشروعات العامة، وذلك من اجل تقصي الحقائق في موضوع معين، وابلغ المجلس بحقيقة الاوضاع المالية، او الإدارية، او الاقتصادية، او إجراء تحقيقات في أي موضوع يتعلق بعمل من الأعمال السابقة او غيرها، ويقرر المجلس ما يراه مناسباً في هذا الشأن»، اما النظام الداخلي لمجلس النواب المصري لسنة ٢٠١٤ فانه نص في المادة (٢١٨) على ان « للمجلس ان يشكل لجنة خاصة او يكلف لجنة من لجانها النوعية بتقصي الحقائق عن امر عام له اهمية خاصة

٢. **موقف النظام الدستوري العراقي:** لم يتضمن دستور لسنة ٢٠٠٥ النافذ أي إشارة للتحقيق، إلا ان هذا الحق يمكن ان يسمح به في ظل ما ذهبت إليه المادة (٦١) من الدستور والتي نصت على ان «يختص مجلس النواب بما يأتي: ... ثانياً- الرقابة على اداء السلطة التنفيذية»، اما النظام الداخلي لمجلس النواب لسنة ٢٠٠٧ فإنه تلافى هذا النقص في المادة (٣٢) منه التي نصت على ان «يتولى مجلس النواب أعمال الرقابة على السلطة التنفيذية، وتتضمن الرقابة الصلاحيات الآتية: ... ثانياً: إجراء التحقيق مع أي من المسؤولين المشار اليهم في اعلاه بشأن أي واقعة يرى المجلس ان لها علاقة بالمصلحة العامة او حقوق المواطنين»، كما ذهبت المادة (٨٢) منه إلى ان «للمجلس تشكيل لجان فرعية ولجان مؤقتة ولجان تحقيق بحسب مقتضيات العمل والموضوعات المعروضة عليه»، اما المادة (٨٣) منه فإنها ذهبت إلى ان «يتم تشكيل اللجان المؤقتة ولجان التحقيق بموافقة أغلبية عدد الحاضرين في المجلس بناءً على اقتراح هيئة الرئاسة او من خمسين عضواً من الأعضاء»، وعن طريق النصوص السالفة، يتضح ان النظام العراقي سار على ذات النهج الذي سار عليه النظام اللبناني اذ جعل صلاحية إجراء التحقيق البرلماني من اختصاص لجان خاصة تشكل لهذا الغرض تسمى بلجان التحقيق، والتي يجري تشكيلها بموجب قرار صادر عن مجلس النواب بناءً على اقتراح من هيئة رئاسة المجلس او من خمسين عضو من الأعضاء.

او لفحص احوال احدى المصالح العامة او الهيئات العامة او وحدات الادارة المحلية او القطاع العام او أي جهاز تنفيذي او اداري او أي مشروع من المشروعات العامة يدخل في نطاق الاختصاص الرقابي للمجلس، وذلك لتقصي الحقيقة عن الاحوال او الاوضاع المالية او الإدارية او الاقتصادية العامة بالنسبة للموضوع او الجهة التي شكلت اللجنة من اجلها او لإجراء تحقيقات في أي موضوع يتعلق بعمل من الأعمال السابقة وكذلك للتحقق من مدى التزام أي من الجهات السابقة بسيادة القانون او بالخطة او بالموازنة العامة لدولة»، وعن طريق النصوص السالفة، يتضح ان ممارسة امور التحقيق البرلماني في مصر يكون اما من قبل لجنة خاصة تشكل لهذا الغرض او من قبل احدى اللجان النوعية الدائمة في مجلس النواب.

د. لبنان : تنص المادة (١٣٩) من النظام الداخلي لمجلس النواب اللبناني لسنة ٤٩٩١ على ان «للمجلس النواب في هيئته العامة ان يقرر إجراء تحقيق برلماني في موضوع معين بناءً على اقتراح مقدم إليه للمناقشة او في معرض سؤال او استجواب في موضوع معين او مشروع يطرح عليه»، ونصت المادة (١٤٢) منه على ان «يحق للجان ان تعين لجنة فرعية من اعضائها لاستقصاء الحقائق في قضية معينة، وفي حال امتناع الادارة المختصة عن توفير المعلومات المطلوبة إلى اللجنة الفرعية رفع هذه الاخيرة تقرير بالأمر إلى اللجنة التي انتدبتها، التي تقوم بدورها بطلب تعيين لجنة تحقيق برلمانية من الهيئة العامة»، وعن طريق النصوص السالفة، يتضح ان ممارسة امور التحقيق في لبنان يكون قبل لجنة خاصة تشكل بموجب قرار صادر عن مجلس النواب في هيئته العامة.

ثانياً: موضوع التحقيق:

ب.فرنسا: اكدت المادة (٦) من القانون الفرنسي الصادر في ١٧/١١/١٩٥٨ على على وجود وجهين لممارسة التحقيق البرلماني، فالوجه الأول يتمثل في لجان التحقيق المكلفة بجمع المعلومات وتقصي الحقائق حول وقائع واحداث يغلب عليها الطابع السياسي، والوجه الثاني هو لجان الرقابة وتتمثل مهامها في مراقبة المصالح العمومية وسير المرافق العامة والشركات العامة والمؤسسات الاقتصادية، كما اكدت المادة المذكورة على انتهاء مهمة لجان التحقيق البرلمانية بمجرد فتح تحقيق قضائي يخص ذات الوقائع التي تكونت لجنة التحقيق البرلمانية بشأنها، بمعنى ان هذا القانون لم يجيز انشاء لجان للتحقيق في حالة قيام السلطة القضائية بإجراء تحقيقات في ذات الموضوعات، ولم يجيز القانون ايضاً انشاء لجان تحقيق لمباشرة ذات الموضوعات التي كانت محلاً للتحقيق الرقابة قبل انقضاء مدة سنة منذ تاريخ انتهاء أعمالها (٢٤).

ج. مصر: أكد الدستور المصري لسنة ٢٠١٤ النافذ وكذلك اللائحة الداخلية لمجلس النواب لسنة ٢٠١٤ على ان لجان تقصي الحقائق تنظر في الموضوعات الإدارية والاقتصادية وذلك اثناء فحص نشاط الجهات الإدارية او الهيئات العامة او المشروعات العامة وابلاغ المجلس بحقيقة هذه الاوضاع (٢٥).

د. لبنان: تنص المادة (١٣٩) من النظام الداخلي لمجلس النواب اللبناني لسنة ١٩٩٤ على ان "لمجلس النواب في هيأته العامة ان يقرر إجراء تحقيق برلماني في موضوع معين بناءً على اقتراح مقدم اليه للمناقشة او

من المعروف أن التحقيق البرلماني ينصب دائماً على الموضوعات التي تتعلق بالمخلفات الإدارية والتقصير من الاجهزة الإدارية، فهو يعني بالبحث في فساد بعض الادارات والمؤسسات والشركات العامة او فحص بعض المسائل المنسوبة إلى احد الوزراء تمهيداً لاتهامه او تحقيق طعن مقدم ضد أعضاء المجلس الخ، ولا يقتصر التحقيق البرلماني على المواضيع الإدارية فحسب بل يعمل التحقيق على اظهار مواضيع اجتماعية وسياسية ذات اهمية، خاصة المواضيع التي تثير الرأي العام، ولكن لا يبحث التحقيق البرلماني في المخالفات القانونية لانها تعد من اختصاص القضاء (٢٦).

وعلى اساس ما تقدم، لا بد هنا من بيان موقف الأنظمة الدستورية المقارنة والنظام الدستوري العراقي ازاء المسائل التي تدخل ضمن التحقيق البرلماني، والتي سوف نتناولها تباعاً.

١. موقف الأنظمة الدستورية المقارنة: تتمثل بالأنظمة الدستورية الآتية:-

أ. المملكة المتحدة: إن النطاق الموضوعي للتحقيق البرلماني يمتد ليشمل أي موضوع يتعلق بأي وزارة من الوزارات، وكذلك في حال اتهام احد الوزراء، وايضاً عند فحص الطعون المقدمة وفي صحة نيابة أعضاء المجلس النيابي، كما ان موضوع التحقيق يمكن أن ينصب على فضيحة مالية او سياسية، لذا فالتحقيق في المملكة المتحدة ما هو الا وسيلة تمكن البرلمان من الكشف عن اخطاء الجهاز الحكومي سواء أ من الناحية الإدارية ام المالية ام السياسية (٢٧).

اهمية خاصة وتثير النقاش على مستوى الرأي العام، اما المخالفات القانونية فلا يبحث التحقيق البرلماني بها فهي تعد من اختصاص القضاء، والواقع العملي يؤكد ذلك الأمر إذ رفض طلب تشكيل لجنة تحقيقية من عدد من أعضاء مجلس النواب لبحث قانونية فصل (١١٤) ضابط من وزارة الدفاع، لأن البحث في قانونية القرار من عدمه يعد من اختصاص الاجهزة القضائية^(٢٦).

ومن امثلة التحقيق في المسائل الإدارية، قرار مجلس النواب بتشكيل لجنة تحقيقية للتحقيق في موازنة محافظة صلاح الدين، وقد ادعى محافظ صلاح الدين السيد (أحمد عبدالله عبد) امام المحكمة الاتحادية العليا ان قرار مجلس النواب بتشكيل لجنة للتحقيق في الموضوع المذكور تضمن مخالفات لاحكام الدستور والنظام الداخلي لمجلس النواب ولقانون المحافظات غير المنتظمة في اقليم رقم (٢١) لسنة ٢٠٠٨، ومن هذه المخالفات مخالفته للمادة (٤٧) من الدستور الخاصة بالفصل بين السلطات وان اتصال رئيس مجلس النواب لوزير المالية لوقف الصرف لمحافظة صلاح الدين عن المتبقي من تخصيصاتها وحسب ماجاء في كتاب وزارة التخطيط المرقم (و. س/١/١/٦٦١) في ٢٨/٨/٢٠١٣ لاسند له من القانون، وكذلك مخالفته للمادة (٦١) والمادة (١١٥) من الدستور لان الأولى تخص الاختصاصات الحصرية لمجلس النواب والمادة (٥١) من الدستور نصت على أن يضع مجلس النواب نظاماً داخلياً له لتنظيم سير العمل فيه وكان على مجلس النواب ان ينظم عمله بمهنية عالية وليس بانتقائية، والثانية تخص الصلاحيات المحافظات وبين ان قانون المحافظات غير المنتظمة في اقليم اعطى

في معرض سؤال او استجواب في موضوع معين او مشروع يطرح عليه، « كما تنص المادة (١٤٣) من هذا النظام على ان « يمكن للمجلس ان يولي لجان التحقيق البرلمانية سلطات هيئات التحقيق القضائية على ان يصدر القرار في جلسة للهيئة العامة...»، وعن طريق النصوص السالفة، يتضح ان النظام الداخلي لمجلس النواب اللبناني لم يحدد الموضوعات التي يجري التحقيق البرلماني فيها مكتفياً بايراد عبارة عامة وهي (التحقيق في موضوع معين)، كما انه اكد على امكانية ان تتولى لجان التحقيق البرلماني سلطات هيئات التحقيق القضائية بمعنى انه اجاز للجان التحقيق البرلماني النظر في المخالفات القانونية إلى جانب المخالفات السياسية والإدارية والمالية.

٢. موقف النظام الدستوري العراقي:

نصت المادة (٨٤) من النظام الداخلي لمجلس النواب لسنة ٢٠٠٧ على ان « تتمتع لجنة التحقيق بصلاحيه تقصي الحقائق فيما هو معروض عليها من قضايا ويحق للجنة دعوة أي شخص لسماع اقواله على وفق الطرق الأصولية ولها حق الاطلاع على كل ما له علاقة بالقضية المعروضة عليها من دون المساس بالقضايا المعروضة على القضاء ولها الاستعانة بالخبراء ويتم تحديد اجورهم بالاتفاق مع هيئة الرئاسة».

وعن طريق النص اعلاه، يتضح ان النظام الداخلي لمجلس النواب العراقي حظر التحقيق في القضايا المعروضة على القضاء، بمعنى أن التحقيق البرلماني ينصب على المخالفات الإدارية والتقصير من الاجهزة الإدارية والمواضيع الاجتماعية والسياسية التي لها

تتمثل بالأنظمة الدستورية الآتية:-

أ. المملكة المتحدة: تتمتع لجان التحقيق البرلمانية في المملكة المتحدة بسلطات مطلقة، فلها حق الاطلاع على الأوراق والبيانات جميعها في دوائر واجهزة ومصالح الدولة المختلفة ولها ان تسمع الشهود وتطلب الايضاحات التي ترى انها تقيّد التحقيق الذي تباشره وفي حالة تخلفهم عن اداء الشهادة او الامتناع عن الحضور توقع على الشهود عقوبة جزائية، وتملك لجان التحقيق كذلك الانتقال إلى المواقع الخارجية واستدعاء الخبراء عند الحاجة^(٢٨)، وتتسم أعمال هذه اللجان بالعلانية، أي انها تخضع لمبدأ علانية التحقيق لمباشرة أعمالها كقاعدة عامة^(٢٩).

ب. فرنسا: لم تكن لجان التحقيق البرلماني في فرنسا في بداية الأمر تتمتع بسلطات واسعة، لذلك كان دورها ضعيفاً حتى صدور قانون ١٩١٤/٣/٢٣ الذي وسع سلطات لجان التحقيق، اذ اجاز هذا القانون للبرلمان الفرنسي بمجلسيه (الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ) الحق في استدعاء الشهود وتحليفهم اليمين وتوقيع العقوبات اللازمة عند رفضهم الحضور او الادلاء بمعلومات مخالفة للحقيقة، وكثيراً ما يطلق على هذا القانون اسم (قانون السلطات القضائية للجان التحقيق البرلمانية) وبصدور قانون رقم (١١٠٠) في ١٧/١١/١٩٥٨ في ظل الجمهورية الخامسة اتسمت لجان التحقيق بصلاحيات اكبر اذ استطاعت ان تمارس سلطات قاضي التحقيق كلها ومنها توقيف المتهمين بل ان بعضها مارس بعض اختصاصات السلطة التنفيذية كتوجيه اللوم إلى بعض الموظفين وهي عقوبة لا توقعها الا

لمجلس المحافظة اعداد الموازنة وإجراء المناقلة بين ابوابها، فعليه طالب بالغاء قرار مجلس النواب المشار اليه اعلاه، فاصدرت المحكمة الاتحادية العليا قرارها المرقم (٩٠/١٣/٢٠١٣) في ٦/١١/٢٠١٣ الذي جاء في خلاصة فتواه (ان قرار مجلس النواب بتشكيل لجنة تحقيقية في موازنة محافظة صلاح الدين لايعد مخالف للدستور)، اذ ان المادة (٦١/٢١١) من الدستور اعطت مثل هذا الحق لمجلس النواب في الرقابة وان من وسائل هذه الرقابة تشكيل لجان تقوم بهذا الغرض استناداً إلى احكام المواد (٨٢) و (٨٤) من النظام الداخلي وتمنحها الصلاحيات للوصول إلى الحقائق، وكذلك ان المادة (٢) من قانون المحافظات غير المنتظمة في اقليم رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٨ نصت على أن «يخضع مجلس المحافظة والمجالس المحلية لرقابة مجلس النواب»، وعليه قررت رد الدعوى^(٢٧).

ثالثاً: سلطات التحقيق

لكي تتمكن لجان التحقيق من انجاز ما كلفت به من مهام، لا بد من تمتعها ببعض السلطات في هذا الصدد، اذ درجت الأنظمة الدستورية على منح لجان التحقيق البرلماني سلطات تتمثل باستدعاء الاشخاص وطلب الوثائق اللازمة والزيارة الميدانية للاماكن والاستعانة بالخبراء.

هذا ومن اجل تسليط الضوء على هذه السلطات في الأنظمة الدستورية المقارنة والنظام الدستوري العراقي، سنتولى بيانها على النحو الآتي:-

١. موقف الأنظمة الدستورية المقارنة:

التي ترى انها تفيد التحقيق^(٣٣)، كما تتمتع هذه اللجان بسلطات هيئات التحقيق القضائية^(٣٤)، وتمارس هذه اللجان أعمالها على اساس سرية التحقيق وفقاً لما جرى عليه الواقع العملي.

٢. موقف النظام الدستوري العراقي:

تتمتع لجان التحقيق البرلماني في العراق شأنها شأن غالبية الدساتير بسلطات واسعة ازاء الاشخاص والامكنة والوثائق وتتسم أعمال هذه اللجان من جهة المبدأ العام بالسرية وهي على النحو الآتي:-

أ.سلطات لجان التحقيق اتجاه الاشخاص:

تملك لجان التحقيق البرلماني استدعاء كل شخص ترى ضرورة الاستماع إلى اقواله او شهادته من الافراد والموظفين الذين ترى فيهم نوع من استجلاء الحقيقة^(٣٥).

ب.سلطات لجان التحقيق اتجاه الوثائق:

تملك لجان التحقيق البرلماني في العراق الحق في الحصول على ما تريده من بيانات ومعلومات ومستندات ووثائق تعزز جهودهم في البحث عن الحقيقة^(٣٦).

ج.سلطات لجان التحقيق على الاماكن:

تملك لجان التحقيق افضلا عن سلطاتها اتجاه الاشخاص والوثائق، سلطات اتجاه الاماكن تتمثل بحق لجنة التحقيق في الانتقال إلى أي وحدة من الوحدات الإدارية او الاماكن التابعة للجهة محل التحقيق وإجراء المعاينة اللازمة والقيام بالزيارات الميدانية التي يقتضيها التحقيق^(٣٧).

د.الاستعانة بالخبراء: تملك لجان التحقيق

البرلماني الحق بالاستعانة بالخبراء في مختلف الاختصاصات لدعم عملها والمعلومات والاستشارات الإدارية والمالية والفنية^(٣٨).

السلطات الإدارية، كما استطاعت هذه اللجان الاطاحة ببعض الوزراء احياناً وبمجلس الوزراء بأكمله احياناً اخرى لعدم تعاونه معها^(٣٩)، وقد كانت السرية تهيمن على أعمال لجان التحقيق البرلمانية وذلك وفقاً للمادة (٢) من قانون ١٩٥٨/١١/١٧ التي اكدت على ان الأعضاء في لجان التحقيق والرقابة أي كانت صفة مساعدتهم او مشاركتهم في أعمالها، ان يكونوا ملتزمين بالسرية وهو خرق لهذه الاحكام كلها ويعاقب عليه بالعقوبات المنصوص عليها في المادة (٣٧٨) من القانون الجزائي، ثم توسع المشرع الفرنسي في هذا الصدد اذ قرر بالقانون رقم (٦٩٨) لسنة ١٩٩١ الصادر في ١٩٩١/٧/٢٠ عد العلانية هي القاعدة ما لم تقرر اضافة السرية على أعمالها^(٤٠).

ج. مصر: أكد الدستور المصري لسنة ٢٠١٤ النافذ وكذلك اللائحة الداخلية لمجلس النواب لسنة ٢٠١٤ على ان للجان التحقيق البرلماني ان تجمع ما تراه من أدلة وان تطلب سماع من ترى سماع اقواله وعلى الجهات الإدارية والهيئات والمشروعات العامة جميعها ان تستجيب إلى طلبها وان تضع تحت تصرفها ما تطلبه من وثائق او مستندات او غير ذلك^(٤١)، ولم يبين الدستور واللائحة الداخلية ما اذا كانت أعمال هذه اللجان سرية ام علنية، إلا ان الواقع العملي اكد سرية أعمالها.

د. لبنان: يؤكد النظام الداخلي لمجلس النواب اللبناني لسنة ١٩٩٤ على تمتع لجان التحقيق البرلماني بسلطات واسعة، اذ ان لها ان تطلع على جميع الأوراق في مختلف دوائر الدولة وان تطلب تبليغها نسخاً عنها، ولها ان تستمع الافادات وطلب الايضاحات جميعها

الفرع الثاني

آثار التحقيق

تلتزم لجان التحقيق البرلماني عادة بتقديم تقرير مفصل وعام عقب الانتهاء من تحقيقاتها إلى البرلمان، ويتضمن هذا التقرير عادة المعلومات والبيانات جميعها والتي توصلت إليها نتيجة التحقيق مدعوماً بأرائها ومقترحاتها، وعلى الرغم من أهمية التقرير الذي تعده لجنة التحقيق البرلماني وتأثيره على أعضاء المجلس النيابي إلا أن القرار النهائي يتخذه المجلس النيابي مجتمعاً، هذا وأن القرار الذي يتخذه المجلس النيابي لا يتجاوز إحدى الفروض الآتية^(٣٦):-

- إذا أشار التقرير إلى عدم وجود تجاوز أو خطأ أو تقصير أو مخالفة من جانب الجهاز الحكومي، فهنا يقرر المجلس النيابي غلق باب المناقشة فيه ويقوم بغلق القضية ويوجه الشكر إلى مجلس الوزراء أو الوزير المعني ويجدد الثقة بهم ثم ينتقل إلى جدول الأعمال^(٤٠).

- إذا توصلت لجنة التحقيق في تقريرها إلى وجود نوع من التقصير أو التجاوز والمخالفات البسيطة، فهنا يتم لفت نظر مجلس الوزراء إلى ذلك ويوصي بإصلاح العمل الإداري محل التحقيق^(٤١).

- أما إذا اثبتت تقرير اللجنة التحقيقية وجود تجاوزاً أو تقصيراً أو مخالفاً جوهرية واقتنع البرلمان بالمعلومات الواردة في التقرير، فإنه يعمل على تحريك المسؤولية السياسية سواء أكانت لمجلس الوزراء بأكمله أو لوزير معين ثم تطرح مسألة سحب الثقة^(٤٢).

وبناء على ما تقدم، لا بد من بيان موقف الأنظمة الدستورية المقارنة والنظام الدستوري العراقي إزاء هذه الآثار وذلك على النحو الآتي:-

أولاً: موقف الأنظمة الدستورية المقارنة :
تتمثل بالأنظمة الدستورية الآتية:-

١. المملكة المتحدة: ان لجان التحقيق البرلماني في المملكة المتحدة اما توصي المجلس النيابي بسد النقص التشريعي من خلال المطالبة بتشريع جديد او تعديل تشريع قائم اذا وجدت ان هناك عيوب او نقص في التشريع القائم او قد يكون ما توصلت اليه اللجان يصلح اساساً لتحريك المسؤولية السياسية للوزراء امام المجلس النيابي مما يترتب عليها سحب الثقة من الوزارة باكملها او من الوزير المعني، اما اذا لم تجد لجان التحقيق أي مخالفة او تقصير او عن طريق في النشاط الوزاري عندئذ ستوصي للمجلس النيابي بغلق القضية وتجديد الثقة بالوزارة^(٤٣).

٢. فرنسا: بعد انتهاء التحقيق من لجان التحقيق البرلمانية فأنها اما ان تقرر سلامة موقف الجهة الحكومية او الإدارية محل التحقيق، وعدم وجود اخطاء او مخالفات او قصور، ووضوح الحقيقة، فان المجلس النيابي ينتهي إلى حفظ الموضوع وعدم اثاره أي مسؤولية سواء كانت سياسية ام جنائية لعدم وجود مبرر لذلك، ويوجه الشكر لمجلس الوزراء ويجدد الثقة به وينتقل لجدول الأعمال، اما اذا اثبتت تقارير لجان التحقيق وجود تقصير او اخلال او مخالفات واقتنع المجلس النيابي بها، عندئذ ستحرك المسؤولية السياسية لمجلس الوزراء بأكمله او لوزير معين ثم تطرح مسألة سحب الثقة^(٤٤).

٣. مصر: تنص المادة (٢٢١) من اللائحة الداخلية لمجلس النواب المصري لسنة ٢٠١٤ على ان « يجب ان يشمل تقرير اللجنة ما اتخذته من إجراءات لنقض الحقائق عن الموضوع المحال اليها، وما تكشف لها عن حقيقة الاوضاع الاقتصادية والمالية والإدارية، المتعلقة بالجهة التي كلفت اللجنة بفحص احوالها ومدى التزامها مبدأ سيادة القانون وبالخطة العامة والموازنة العامة للدولة، وان تضمن تقريرها مقترحاتها بشأن علاج السليبيات التي تكشف لها، ويناقش المجلس تقارير لبيان تقصي الحقائق في اول جلسة تالية لتقديمها، وتكون اولوية الكلام في مناقشة تقارير لجان تقصي الحقائق لمن يقدم طلباً كتابياً بذلك لرئيس المجلس قبل الموعد المحدد للمناقشة»، وعن طريق النص السالف، يبدو ان اللائحة الداخلية لمجلس النواب المصري اكتفت فقط ببيان ما يجب ان يتضمنه تقرير لجان التحقيق البرلماني وكيفية مناقشة مجلس النواب دون الإشارة إلى ما يترتب على التحقيق البرلماني من آثار.

٤. لبنان: تنص المادة (١٤٠) من النظام الداخلي لمجلس النواب اللبناني لسنة ١٩٩٤ على ان « يجب على اللجنة التي تجري التحقيق ان تقدم تقريراً بنتيجة أعمالها إلى رئيس المجلس الذي يطرحه على المجلس للبت في الموضوع»، ويتضح من النص السالف، ان النظام الداخلي لمجلس النواب اللبناني قد اكتفى ببيان إجراءات عمل لجنة التحقيق وكيفية اعداد التقارير دون بيان الآثار المترتبة على انتهاء التحقيق و يعد هذا نقصاً تشريعي.

ثانياً: موقف النظام الدستوري العراقي:

تنص المادة (٨٥) من النظام الداخلي لمجلس النواب لسنة ٢٠٠٧ على ان « ترفع

اللجنة بعد انتهاء التحقيق تقريرها وتوصياتها إلى هيئة الرئاسة لعرضها على المجلس لاتخاذ ما يراه مناسباً،» وعن طريق النص السالف، يبدو ان النظام الداخلي لمجلس النواب العراقي سار على ذات النهج الذي سارت عليه غالبية الأنظمة المقارنة، اذ لم ينص على الآثار المترتبة على التحقيق البرلماني مكتفياً ببيان الإجراءات المتبعة في اعداد التقرير والتوصيات، الا ان الواقع العملي يؤكد ان تقارير لجان التحقيق اما تنتهي إلى عدم وجود اخطاء او تقصير او انحراف في القضية المعروضة وبالتالي اذا اقتنع مجلس النواب بذلك قرر غلق القضية وتجديد الثقة بمجلس الوزراء او الوزير المعني ومن ثم العودة إلى جدول الأعمال، اما اذا تضمن التقرير وجود تقصير او اخلال او مخالفات جسيمة واقتنع المجلس بذلك عندئذ ستحرك المسؤولية السياسية لمجلس الوزراء بأكمله او للوزير المعني ثم تطرح مسألة الثقة، اما اذا ثبت ان الخطأ او التقصير بسيط عندئذ سوف توصي اللجنة التحقيقية بضرورة إصلاحه وتجنب الوقوع فيه مستقبلاً، ومن أمثلة ذلك، قيام مجلس النواب العراقي بتشكيل لجنة تحقيقية مؤقتة بموجب الأمر النيابي رقم (٧) في ٢٠١١/١/١٦ بخصوص متابعة اوضاع السجناء العراقيين في المملكة العربية السعودية، إذ فاتح مجلس النواب - الدائرة البرلمانية (شؤون اللجان) الامانة العامة لمجلس الوزراء بموجب كتابه المرقم ٣٦٨٩/٩/١ في ٢٠١١/٥/٤، من أجل متابعة توصيات اللجنة واتخاذ الاجراءات اللازمة وبالسرعة الممكنة، ومن ضمن توصيات اللجنة هي: (١. ضرورة توجيه وزارة الخارجية العراقية بتحويل السفارة العراقية في الرياض بالتعاقد مع مكتب محاماة

سعودي متخصص بالقضايا الجنائية لمتابعة قضايا الموقوفين والدفاع عنهم في المحاكم السعودية تحقيقاً وإستئنافاً وتمييزاً. ٢. ضرورة توجيه وزارة الخارجية برصد مبالغ مالية تغطي نفقات توكيل المحامين السعوديين وتسديد النفقات البسيطة لمن أكمل مدة محكوميته وعدم اطلاق سراحه بسبب عدم تسديد متعلقات مالية مما تسبب ببقاءه في السجن لاسيما ان معظم العوائل الفقيرة لا تملك تسديد تلك المتعلقات المالية. ٣. هناك اعداد كبيرة من العراقيين دخلوا الاراضي السعودية باسماء مستعارة مما تعذر على السفارة العراقية حصر الاعداد الحقيقية للمعتقلين مما يتوجب العمل على كشف الاسماء الصحيحة عن طريق المستمسكات الخاصة التي تثبت شخصية المعتقل وتزويد السفارة العراقية في الرياض بالمستمسكات الثبوتية ليتسنى لها متابعة الموضوع. ٤. في احدى الزيارات للمعتقلين العراقيين في السجون في السعودية تبين ان هناك اتهامات من قبل بعض السجناء تشير إلى تورط بعض الاجهزة الامنية من الطرفين بعمليات تهريب المخدرات والتغريب ببعض الشباب في هذه الاعمال الخطرة، من الضروري توجيه وزارة الداخلية بإجراء تحقيق بالموضوع للوقوف على حقيقة المعلومات^(٤٥).

الخاتمة

بعد الانتهاء من البحث في موضوع التحقيق البرلماني كوسيلة للرقابة على اعمال مجلس الوزراء، توصلت إلى مجموعة من النتائج والتوصيات بهذا الصدد وهي على النحو الآتي:

أولاً: النتائج

١. يعد التحقيق البرلماني كونه من وسائل

الرقابة السياسية على اعمال مجلس الوزراء، الوسيلة الأكثر قدرة على استجلاء الحقيقة، فمن خلاله يمكن الالمام بتفاصيل القضية المطروحة كافة، إذ يتضمن تحقيقاً موسعاً يصل إلى كل التفاصيل الدقيقة التي تتعلق بالقضية وتصل إلى عمقها.

٢. إن التحقيق البرلماني وإن كان في الاساس من الوسائل الرقابية التي يختص بها النظام البرلماني، إلا أن ذلك لا يعني ان الدول الأخرى التي تتبنى أنظمة أخرى كالنظام المختلط أو الشبه رئاسي لا تأخذ بتلك الوسيلة الرقابية، فقد أثبتت الدراسة تبنى فرنسا ومصر التحقيق البرلماني كوسيلة للرقابة على اعمال مجلس الوزراء.

٣. إن اختصاصات لجان التحقيق البرلمانية وفعاليتها وقدرتها على التأثير يختلف من دولة إلى أخرى، وكذلك الاجراءات التي على البرلمان القيام بها من أجل تشكيلها، وذلك تبعاً لطبيعة ذلك النظام، ففي بعض الدول يتم منح لجان التحقيق صلاحيات واسعة جداً قد تصل إلى حد تحريك المسؤولية السياسية لمجلس الوزراء أكمله أو لوزير ما.

٤. إن نتائج التحقيق قد تؤدي في بعض الاحيان إلى إقامة المسؤولية الوزارية على الحكومة سواء أكانت تلك المسؤولية بصورة فردية أو جماعية، وهذا ما أشارت إليه الدساتير والانظمة المقارنة فما عدا دستور ٢٠٠٥ العراقي، إذ لم ينص على التحقيق كونه وسيلة للرقابة على اعمال مجلس الوزراء مكتفياً بالإشارة إلى الاستجواب كسبب لتحريك المسؤولية السياسية، إذ أن النظام الداخلي لمجلس النواب لسنة ٢٠٠٧ قد نظم مسألة

التحقيق البرلماني لا كوسيلة رقابية ، بل كوسيلة لجمع المعلومات واستجلاء الحقيقة في القضايا المعروضة.

ثانياً: التوصيات

١. النص في صلب دستور ٢٠٠٥ على حق مجلس النواب بإجراء التحقيق البرلماني في اللجوء إليه، وكذلك النص على جعل تحريك المسؤولية السياسية لمجلس الوزراء كأثر مباشر للتحقيق البرلماني، وذلك تماشياً مع ما هو معمول به في دول العالم ذات التجربة البرلمانية العريقة ذلك لأن المسؤولية السياسية لمجلس الوزراء أمام البرلمان هي أخطر سلاح يملكه في مواجهة السلطة التنفيذية ولذلك حرصت اغلب الدساتير والانظمة الداخلية لبرلمانات دول العالم على جعله الأثر المباشر للتحقيق.

٢. وضع إطار قانوني سليم يلم بجميع متطلبات التحقيق البرلماني ابتداءً من الاجراءات ثم الجزاءات القانونية التي تفرض على عدم الالتزام والاستجابة من قبل الجهات الحكومية لهذه اللجان وانتهاؤاً بالآثار المترتبة على عمل هذه اللجان، بما يضمن فعالية التحقيق البرلماني كوسيلة رقابية على اعمال مجلس الوزراء.

الهوامش

١- ينظر: د. هشام محمد البديري، لجان التحقيق البرلماني كوسيلة للرقابة على أعمال السلطة التنفيذية في مصر والكويت، ط١، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، مصر، ٢٠١١، ص٤١. وكذلك ملفي رشيد مرزوق الرشيد، التحقيق البرلماني، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية،

كلية الحقوق، جامعة المنصورة، العدد التاسع والأربعون، ٢٠١١، ص٣٣٣.

٢- ينظر: د. عثمان سلمان غيلان العبودي، التحقيق البرلماني، (دراسة على صعيد الدساتير العراقية والمقارنة)، مجلة القانون المقارن، العدد ٥٠، ٢٠٠٧، ص٦-٧.

٣- ينظر: د. عثمان سلمان غيلان العبودي، المرشد العملي في مهارات التحقيق الاداري، بدون مطبعة، بغداد، ٢٠٠٨، ص٥٩.

٤- ينظر: د. ايهاب زكي سلام، الرقابة السياسية في اعمال السلطة التنفيذية في النظام البرلماني، عالم الكتب، القاهرة، ١٩٨٣، ص١٢٠.

٥- ينظر: د. هشام محمد البديري، المصدر السابق، ص٤٧-٤٨. وكذلك ساجد محمد كاظم الزالمي، وسائل تحريك المسؤولية السياسية للحكومة (دراسة دستورية مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٩٢، ص١٢٧.

٦- ينظر: د. سعيد السيد علي، التحقيق البرلماني (دراسة مقارنة)، دار ابو المجد للطباعة، مصر، ٢٠٠٩، ص٥٦.

٧- ينظر: د. هشام محمد البديري، المصدر السابق، ص٤٩.

٨- ينظر: د. سعيد السيد علي، المصدر السابق، ص٥٧. وكذلك د. هشام محمد البديري، المصدر السابق، ص٤٨.

٩- ينظر: د. هشام محمد البديري، المصدر السابق، ص٤٧.

١٠- ينظر: د. سعيد السيد علي، المصدر السابق، ص٥٨.

١١- بنظر: ساجد محمد كاظم الزالمي، المصدر السابق، ص١٢٩.

١٢- بنظر: ساجد محمد كاظم الزالمي، المصدر نفسه اعلاه، ص١٢٨.

١٣- ينظر: ساجد محمد كاظم الزالمي، المصدر السابق، ص١٣٨. وكذلك مناور بيان مناور الراجحي، التحقيق البرلماني وتطبيقاته في دولة الكويت، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الاوسط، ٢٠١١، ص٣٤.

24- Jean- Pierre Cambx , Le travail Par-
lementaire sous la Cinquieme Repub-
liaue. 4 . edition . . p. 124 . Georges
Burdeau , op.cit , p. 625 – 627 .

٢٥- تنظر: المادة (١٣٥) من الدستور المصري لسنة
٢٠١٤، وكذلك المادة (٢١٨) من اللائحة الداخلية
لمجلس النواب المصري لسنة ٢٠١٤.

٢٦- ينظر: محضر جلسة مجلس النواب العراقي رقم
(١١) في ٢٠٠٩/٥/١٤، غير منشور .

٢٧- لمزيد من التفاصيل ينظر: قرار المحكمة الاتحادية
العليا رقم ٩٠ /اتحادية/ ٢٠١٣ في ٢٠١٣/١١/٦،
منشور في مجلة التشريع والقضاء (احكام وقرارات
المحكمة الاتحادية العليا لعام ٢٠١٣)، المجلد
السادس، ص٢٣٦- ٢٣٨.

٢٨- ينظر: ساجد محمد كاظم الزالمي، المصدر السابق،
ص١٣٩. وكذلك وسيم حسام الدين الأحمد، المصدر
السابق، ص٨٤.

٢٩- ناقشت لجنة المحاكمات الإدارية والتحقيقات في
المملكة المتحدة منذ سنة ١٩٥٧ ما اذا كان يجب ان
يكون التحقيق سرياً او علنياً، وكانت حجج الذين
يطالبون بالشفرة او العلانية ان اصحاب المظالم
ستمكنهم من معرفة مصير التحقيق، إلى جانب ان
النشر سوف يساعد على جعل التحقيقات الإدارية
والسلطات الوزارية التي تساندها احسن فهماً وأكثر
قبولاً للجماهير، كما ان في العلانية مراجعة فعالة
للافعال التحكيمية، اما المنادين بالسرية فقد ذهبوا
إلى ان السرية تساعد على ضمان الثقة وتعميقها
بين الوزير والمحققين، فضلاً عن ان الوزير قد
تكون لديه من الاعتبارات في اتخاذ قراره، ونشر
هذه الاعتبارات وحدها يعطي اثرأ سلباً، ويزيد عدم
الرضا العام في القضية محل التحقيق، بالاضافة
إلى ذلك فان النشر قد يؤدي إلى تحويل توصيات
المحقق على قرار شرطي مما يجعل العامة يقفون
في مواجهة الوزير، وانه لايجوز للوزير ان
يتعرض لمثل هذا الموقف الناشئ عن الاختلافات
بين قراره وقرار اللجنة، غير ان اللجنة المذكورة
انتهت إلى التوصية بالنشر او العلانية . ينظر:

Stefani (G) , procedures p'enole , paris -
Dalloz , 1990 , p. 847

١٤- ينظر: لبنى عدنان يوسف الموسوي، الدور
الرقابي للجان البرلمانية في دستور العراق لسنة
٢٠٠٥، رسالة ماجستير، كلية القانون، الجامعة
المستنصرية، ٢٠١٤، ص٣٨.

١٥- ينظر: د.عثمان سلمان غيلان العبودي، اللجان
البرلمانية في النظام الدستوري العراقي والمقارن،
بحث منشور في مجلة القانون والقضاء، العدد
التاسع، ٢٠١٢، ص١٢. وكذلك د.أحمد سعيغان،
الأنظمة السياسية والمبادئ الدستورية العامة، ط١
، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٨،
ص٣٥٢.

١٦- ينظر: سامي عبد الصادق، اصول الممارسة
البرلمانية، المجلد الأول، الهيئة المصرية العامة
للكتاب، بلا مكان طبع، ١٩٨٢، ص١٠٩.

١٧- ينظر: لبنى عدنان يوسف الموسوي، المصدر
السابق، ص٧٠-٧١.

١٨- ينظر: د.عمرو هاشم ربيع، الرقابة البرلمانية
في النظم السياسية (دراسة تجرية الشعب
المصري)، مطبوعات مركز الدراسات السياسية
والاستراتيجية، القاهرة، ٢٠٠٢، ص٨١-٨٢.

19- Anrew adonis, parliament today, Man-
chester university, press, 2003, p.94.

٢٠- ينظر: د.سعيد السيد علي، المصدر السابق،
ص٦٢-٦٣.

21- Georges Burdeau , Francis Hamon ,
Michel Troper Dvoit Constitutionnel,
Paris L.G.D.J , 1999 , P.442 .

٢٢- ينظر: د. محمد باهي ابو يونس، الرقابة البرلمانية
على أعمال الحكومة في النظامين المصري
والكويتي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية،
٢٠٠٢، ص١١٢.

23- Julien Lafemere, Manuel De Droit
Constitutionnel, Paris, 2edition mise
ajour, 1996, P.1091.

- وسيم حسام الدين الأحمد، الرقابة البرلمانية على أعمال
الادارة في النظام البرلماني والرئاسي (دراسة
مقارنة)، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت،
٢٠٠٨، ص٨٣.

الاطلاع على كل ما له علاقة بالقضية المعروضة عليها من دون المساس بالقضايا المعروضة على القضاء... ”، اما المادة (١١٨) فانها ذهبت إلى ان ” تلزم الوزارات باعلام اللجان المختصة عن القرارات الاستراتيجية والامور الإدارية والتعليمات المهنية الصادرة عنها وللجان ان تطلب من الوزراء نسخاً من التقارير التي اعدوها في الزيارات الخارجية التي قاموا بها، وفي المؤتمرات والمجمعات الدولية التي اشتركوا فيها... ” .

٣٧- تنص المادة (٣٢/خامساً) من النظام الداخلي لمجلس النواب لسنة ٢٠٠٧ على ان ” لأعضاء مجلس النواب القيام بزيارات تفقدية إلى الوزارات ودوائر الدولة للاطلاع على حسن سير وتطبيق احكام القانون“ .

٣٨- تنص المادة (٧٥/رابعاً) من النظام الداخلي لمجلس النواب لسنة ٢٠٠٧ على ان ” للجان الاستعانة بالخبراء عند الحاجة اليهم وتحدد اجورهم بعد الاتفاق مع هيئة الرئاسة ” ، اما المادة (٨٤) منه فانها نصت على ان ” تتمتع لجنة التحقيق بصلاحيه تفصي الحقائق فيما هو معروض عليها ... ولها الاستعانة بالخبراء ويتم تحديد اجورهم بالاتفاق مع هيئة الرئاسة ” .

٣٩- ينظر: د. عثمان سلمان غيلان العبودي ، التحقيق البرلماني ، المصدر السابق ، ص٣٥-٣٧. وكذلك ساجد محمد كاظم الزامل، المصدر السابق، ص١٤٧-١٤٨ .

٤٠- ينظر: د. سعيد السيد علي، المصدر السابق، ص٢٤٠ .

٤١- ينظر: د. سعيد السيد علي، المصدر السابق، ص٢٤١ .

٤٢- ينظر: د. سعيد السيد علي ، المصدر نفسه اعلاه ، ص٢٤١ .

٤٣- ينظر: وسيم حسام الدين الأحمد ، المصدر السابق، ص٢٩٠ وما بعدها .

٤٤- ينظر: د. سعيد السيد علي، المصدر السابق، ص٢٤٠-٢٤١ . وكذلك وسيم حسام الدين الأحمد، المصدر السابق، ص٢٥١ .

٤٥- ينظر: كتاب مجلس النواب/ الدائرة البرلمانية / شؤون اللجان، ذي العدد: ١/٩/٣٦٨٩ في ٢٠١١/٥/٢٠٠٧، غير منشور .

30- Vellet Elisabeth , Les Commissions d'enquete parlementaires sous la Cinquieme Republique , Reve Francaise de Droit Constitutionnel , Paris , 2003 , p.261 .

31- Ardant philippe, Manuel institutions politiques et droit Constitutionnel, paris,p. 552 .

٣٢- تنظر: المادة (١٣٥) من الدستور المصري لسنة ٢٠١٤، وكذلك المادة (٢٢٠) من اللائحة الداخلية لمجلس النواب المصري لسنة ٢٠١٤ .

٣٣- تنظر: المادة (١٤١) من النظام الداخلي لمجلس النواب اللبناني لسنة ١٩٩٤ .

٣٤- تنظر: المادة (١٤٣) من النظام الداخلي لمجلس النواب اللبناني لسنة ١٩٩٤ .

٣٥- تنص المادة (٧٧) من النظام الداخلي لمجلس النواب لسنة ٢٠٠٧ على ان ” أولاً : للجنة وبموافقة أغلبية أعضائها دعوة أي وزير او من هو بدرجةه للاستيضاح مع اعلام رئيس مجلس النواب ورئيس مجلس الوزراء وعلى المسؤول المدعو حضور اجتماع اللجنة خلال سبعة ايام من تاريخ تسلمه الدعوى . ثانياً: للجنة وبموافقة أغلبية اعضائها دعوة وكلاء الوزراء واصحاب الدرجات الخاصة وغيرهم من موظفي الحكومة (مدنيين وعسكريين) مباشرة للاستيضاح وطلب المعلومات مع اعلام رئيس مجلس النواب ورئيس الوزراء بذلك . ثالثاً : لوزير الدولة لشؤون مجلس النواب او من يمثله حضور اجتماعات اللجان بعد دعوتها بالتنسيق والتعاون وتبادل المعلومات بين الحكومة والمجلس . رابعاً : للجنة توثيق أي لقاء مع أي مسؤول يدخل ضمن صلاحياتها صوتاً او صورة وصوتاً ” ، اما المادة (٨٤) من النظام الداخلي ذاته فانها نصت على ان ” تتمتع لجنة التحقيق بصلاحيه تفصي الحقائق فيما هو معروض عليها من قضايا ويحق للجنة دعوة أي شخص لسماع اقواله على وفق الطرق الاصولية ... ” .

٣٦- تنص المادة (٧٨) من النظام الداخلي لمجلس النواب لسنة ٢٠٠٧ على ان ” للجان الدائمة الطلب بعلم هيئة الرئاسة من دوائر الدولة ومنظمات المجتمع المدني تزويدها بالوثائق والمعلومات التي تحتاج اليها“، ونصت المادة (٨٤) منه على ان ” تتمتع لجنة التحقيق بصلاحيه تفصي الحقائق ... ولها حق

قائمة المصادر و المراجع

أولاً: المصادر العربية

أولاً: الكتب

١. د. احمد سعيفان، الانظمة السياسية والمبادئ الدستورية العامة، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٨.

٢. د. ايهاب زكي سلام، الرقابة السياسية على اعمال السلطة التنفيذية في النظام البرلماني، عالم الكتب، القاهرة، ١٩٨٣.

٣. سامي عبدالصادق، اصول الممارسة البرلمانية، المجلد الاول، الهيئة المصرية العامة للكتاب، بدون مكان طبع، ٢٨٩١.

٤. د. سعيد السيد علي، التحقيق البرلماني (دراسة مقارنة)، دار ابو المجد للطباعة، مصر، ٩٠٠٢.

٥. د. عثمان سلمان غيلان العبودي، المرشد العملي في مهارات التحقيق الإداري، بدون مطبعة، بغداد، ٨٠٠٢.

٦. د. عمرو هاشم، ربيع، الرقابة البرلمانية في النظم السياسية (دراسة تجربة الشعب المصري)، مطبوعات مركز الدراسات السياسية والاستراتيجية، القاهرة، ٢٠٠٢.

٧. د. محمد باهي ابو يونس، الرقابة البرلمانية على اعمال الحكومة في النظامين المصري والكويتي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، ٢٠٠٢.

٨. د. هشام محمد البديري، لجان التحقيق البرلماني كوسيلة للرقابة على اعمال السلطة التنفيذية في مصر والكويت، ط١، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، مصر، ٢٠١١.

٩. وسيم حسام الدين الأحمد، الرقابة البرلمانية على اعمال الإدارة في النظام البرلماني والرئاسي (دراسة مقارنة)، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٨.

ثانياً: الرسائل الجامعية:

١. ساجد محمد كاظم الزاملي، المسؤولية السياسية للحكومة (دراسة دستورية مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٩٢.

٢. لبنى عدنان يوسف الموسوي، الدور الرقابي للجان البرلمانية في دستور العراق لسنة ٢٠٠٥، رسالة ماجستير، كلية القانون، الجامعة المستنصرية، ٢٠٠٤.

٣. مناور بيان مناور الراجحي، التحقيق البرلماني وتطبيقاته في دولة الكويت، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الاوسط، ٢٠١١.

ثالثاً: البحوث:

١. د. عثمان سلمان غيلان العبودي، التحقيق البرلماني (دراسة على صعيد الدساتير العراقية والمقارنة)، مجلة القانون المقارن، العدد ٥٠، ٢٠٠٧.

٢. د. عثمان سلمان غيلان العبودي، اللجان البرلمانية النظام الدستوري العراقي والمقارن، بحث منشور في مجلة القانون والقضاء، العدد التاسع، ٢٠١٢.

٣. ملفي رشيد مرزوق الرشيد، التحقيق البرلماني، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، العدد التاسع والاربعون، ٢٠١١.

رابعاً: الدساتير والقوانين والأنظمة :

١. الدساتير

- أ. الدستور الفرنسي لسنة ١٩٥٨ (النافذ) .
- ب. دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ (النافذ) .

ب. الدستور المصري لسنة ٢٠١٤ (النافذ).

٢. القوانين

أ. القانون الأساسي الفرنسي لسنة ١٩٥٨ .

٣. الأنظمة

أ. النظام الداخلي لمجلس النواب اللبناني لسنة ١٩٩٤ (المعدل) .

ب. النظام الداخلي لمجلس النواب العراقي لسنة ٢٠٠٧ .

ج. اللائحة الداخلية لمجلس النواب المصري لسنة ٢٠١٤ .

خامساً: محاضر جلسات مجلس النواب العراقي

١. محضر جلسة مجلس النواب العراقي رقم (١١) في ٢٠٠٩/٥/١٤ .

سادساً: قرارات المحكمة الاتحادية العليا

١. قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم (٩٠/٢٠١٣) في ٢٠١٣/١١/٦ .

ثانياً: المصادر الاجنبية

أولاً: الفرنسية

1. Ardant Philippe, Manuel institutions Politques et Droit constitutional, Paris.

2. Georges Burdeau, Francis Hamon, Michel Troper Droit constitution's, Paris L.G.D.J, 1999.

3. Julien Lafemere, Manuel De Droit constitutional, Paris, 2edition mise a jour, 1996.

4. Stefani(G), Procedures P'enole, Paris Dalloz, 1990.

5. Vellet Elisabeth, Les commissions d'enquete parlementaires Sous La cinquieme Republique, Reve Francaise de Droit constitutional, Paris, 2003.

ثانياً: الانكليزية

1. Anrew Adonis, Parliament today, Manchester University, Press, 2003.

2. Jean – Pierre Camby, Le travail Parlementaire Sous La Cinquieme edition Republique.4.

Parliamentary Investigation As a means of control over the work of the council of ministers in the Iraqi constitution and comparative

Assit.Prof.Dr.Iman Qssim^(*)

Abstract

The parliamentary investigation of the means of political control over the work of the council of ministers is the means most capable of truth as of which can be captured all the details of the case at hand because it includes an extensive investigation up to every minute detail related to the case and up to a depth in order to detect the government apparatus errors in the various aspects and fields so Keen majority of the constitution of the countries in the world to report this right of the parliament investigation is authentic and natural right decision for the parliament, even in the absence of the text in the heart of the constitution as divided as other rights of the constitution as divided as other rights held in the parliament as the right to propose draft laws and the right to more the political responsibility of the council of ministers so through the foregoing, we decided delve in to this topic highlighting the effectiveness of this method in the constitution of the regulatory practice of the 2005 and the comparative constitutions.

^(*)Al- Mustansiryah University/ Colleg Of Law

عضوية الاجنبي في الشركات التجارية العراقية

أ.م.د. سهام سوادي طعمة(*)

وعند الاطلاع على نصوص قوانين الشركات العراقية الملغية والحالية نرى اضطرابا واضحا لدى المشرع العراقي بخصوص تحديد الأشخاص الذين يحق لهم تأسيس الشركات أو المشاركة فيها، أو شراء حصة فيها حسب القانون العراقي .

لقد اشترط قانون الشركات العراقي لسنة ١٩٨٣ الملغي على غير العراقيين الإقامة داخل العراق أو الوطن العربي , ومن ثم الغي هذا الشرط بموجب قانون الشركات ٢١ لسنة ١٩٩٧ المعدل وأبقى على شرط واحد لاكتساب عضوية ، هو أن لا يكون ممنوعا قانونا .

ويعد أن ساوى قانون الشركات العراقي لسنة ١٩٨٣ الملغي بين العرب والعراقيين في المشاركة أو تأسيس الشركات، اشترط قانون ١٩٩٧ المعدل أن تقتصر المشاركة على شركات الأموال فقط ولا يسمح المشاركة في شركات الأشخاص . وقد صدر قرار من مجلس قيادة الثورة السابق رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٤ منع العرب من تكوين الشركات أو المشاركة في تكوينها .

وعليه يفهم من نص المادة (١٢) من قانون الشركات العراقي لسنة ١٩٨٣ الملغي ونص المادة (١٢) من قانون الشركات العراقي لسنة ١٩٩٧ المعدل عدم السماح للأجانب - غير العرب - من المشاركة في تكوين الشركات،

الملخص

تشجيعا للاستثمار الاجنبي ومن باب مساواة المستثمرين الاجانب بالعراقيين وبعد ان كانت الشركات العراقية حكرا على العراقيين فقط، أجرى المشرع العراقي تعديلا مهما على قانون الشركات العراقي رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧ بموجب امر سلطة الائتلاف المؤقتة المرقم ٦٤ والمؤرخ ٢٠٠٤/٣/٣ سمح للأجنبي بالعضوية في الشركات المؤسسة وفقا للقوانين العراقية سواء كان الاجنبي مؤسسا او مساهما او شريكا، مما احدث انعطافا مهما في مجال الاستثمار بصورة عامة والاستثمار الاجنبي بصورة خاصة . فضلا عن ذلك اثره على قانون الاستثمار وسوق الاوراق المالية وتعليماته .

الكلمات المفتاحية: العضوية ، الشركات ، الاستثمار ، سوق الاوراق المالية .

المقدمة

اعترف للأجنبي بالشخصية القانونية على اثر انتشار أفكار حقوق الإنسان وتسجيلها عبر المواثيق والاتفاقيات الدولية ونشوء أعراف دولية تقر للإنسان بالشخصية القانونية، وبضمان حقوقه وحرياته في أي مكان، مما افضى ذلك الى تحسين وضع الاجنبي . ويمكن عد كل شخص بمجرد تجاوزه حدود دولته أجنبي إمام جميع دول العالم سواء أكان تجاوز الحدود للمرور ام للإقامة ، سواء بشكل مشروع ام بشكل غير مشروع .

(*)الجامعة المستنصرية / كلية القانون sahamaltaie@gmail.com

لأن النصوص تحدثت فقط عن العراقيين
والعرب ، في حين تسعى التشريعات لغالبية
الدول إلى تشجيع الاستثمار الذي يعني السماح
بدخول رؤوس الأموال الأجنبية وفق ضوابط
تحمي المواطن والاقتصاد الوطني .

اشكالية البحث

يثير موضوع عضوية الاجنبي في الشركات
التجارية العراقية عدة اشكالات سنحاول
طرحها ومعالجتها عن طريق بحثنا ومن هذه
الاشكالات :

١. تحديد مفهوم الاجنبي وفق القوانين
العراقية .

٢. تحديد مفهوم العضوية وما هو نطاقها في
ظل تعديل سلطة الائتلاف لسنة ٢٠٠٤ .

٣. هل ان الاجنبي مسموح له ان يكون
مؤسسا في الشركات العراقية ام مساهما فيها
ام شريكا ؟

٤. ماهي مبررات منح الحق للأجنبي
باكتساب العضوية في الشركات العراقية
وماهي شروط تطبيقه؟

٥. مدى تأثر القوانين الاخرى بعضوية
الاجنبي في الشركات كقانون الاستثمار وقانون
سوق العراق للأوراق المالية ؟

منهجية البحث

سنتناول دراسة موضوع عضوية
الاجنبي في الشركات التجارية العراقية
باعتماد الاسلوب التحليلي وذلك اثناء دراسة
نصوص قانون الشركات العراقي المتعلقة
بالموضوع وكذلك تطرقنا الى نصوص قانون
الاستثمار رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦ وقانون سوق
العراق للأوراق المالية بموجب امر سلطة
الائتلاف رقم ٦٤ لسنة ٢٠٠٤ وتعليماته .

وللاعتبارات السابقة فقد بادر المشرع
العراقي الى تعديل المادة ١٢ من قانون
الشركات العراقي رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧
المعدل سنة ٢٠٠٤ لتقرأ ((للشخص الطبيعي
أو المعنوي الحق في اكتساب العضوية في
الشركات المنصوص عليها في هذا القانون
كمؤسس أو حامل أسهم أو شريك، ما لم يكن
ممنوعا من مثل هذه العضوية بموجب القانون
أو استنادا لقرار محكمة صادر عن محكمة
مختصة أو جهة حكومية مخولة)) .

وعليه فقد فتح المشرع الباب لاكتساب
العضوية في الشركات العراقية أمام الأشخاص
أي كانت جنسية الشخص، وكذلك طبيعيا يكون
الشخص أو معنويا في الاستثمار الذي يأخذ
شكل الشركات التي يسمح القانون بتأسيسها في
العراق .

اهمية موضوع البحث

يعد سماح المشرع للأجنبي باكتساب
العضوية في الشركات التجارية العراقية انعطافه
مهمه في قانون الشركات العراقي لما له التأثير
المباشر والكبير في تشجيع الاستثمار وجذب
رؤوس الاموال الاجنبية الى البلد ، فأرتأينا ان
نسلط الضوء على هذا الموضوع ونرى مدى
تأثر بعض القوانين به واخذنا مثال لها قانون
الاستثمار رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦ وقانون سوق
العراق للأوراق المالية لسنة ٢٠٠٤ وتعليماته

خطة البحث

لغرض الاحاطة بموضوع البحث الموسوم (عضوية الاجنبي في الشركات التجارية العراقية) سنحاول دراسته بمبحثين المبحث الاول نتناول فيه دراسة مفهوم عضوية الاجنبي في الشركات وذلك بدراسة تعريف الاجنبي في مطلب اول ودراسة مفهوم العضوية في مطلب ثاني حيث سنتناول فيه عضوية الاجنبي كمؤسس للشركات وحامل للأسهم وشريك في الشركات في افرع ثلاث مستقلة .

اما المبحث الثاني سنتناول فيه دراسة مبررات وشروط السماح للأجنبي بالعضوية في الشركات العراقية واثار ذلك على القوانين وذلك في مطلبين سنتناول مبررات وشروط عضوية الاجنبي في الشركات العراقية في مطلب اول ثم اثار عضوية الاجنبي في الشركات العراقية وفقا لقانون الاستثمار العراقي وقانون سوق العراق للأوراق المالية في مطلب ثاني .

المبحث الاول

مفهوم عضوية الاجنبي في الشركات

توجه المشرع العراقي في تعديل قانون الشركات العراقي عام ٢٠٠٤ الى تعديل جوهرى ، اذ منح الحق للأجنبي في اكتساب العضوية في جميع انواع الشركات المنصوص عليها في القانون بعد ان كان حق العضوية في الشركات مقتصر على العراقيين حصرا، ومن هذا المنطلق لا بد لنا بادئ ذي بدء ان نتولى دراسة تعريف الاجنبي في فرع اول ثم نتطرق الى دراسة التعريف بعضوية الاجنبي في الشركات في فرع ثاني وعلى النحو الآتي :

المطلب الاول

تعريف الاجنبي

لقد اعترف للأجنبي بالشخصية القانونية على اثر انتشار أفكار حقوق الإنسان وتسجيلها عبر المواثيق والاتفاقيات الدولية^(١) ونشوء أعراف دولية تفر للإنسان بالشخصية القانونية، وبضمان حقوقه وحرياته في أي مكان ، مما افضى ذلك الى تحسين وضع الاجنبي والذي يمكن تعريفه بأنه كل شخص طبيعي أو معنوي لا يحمل جنسية الدولة التي يقيم فيها أو يمارس على إقليمها نشاطه أي أن كل شخص لا يحمل جنسية دولة ما يعد أجنبي عنها لذا يمكن عد كل شخص بمجرد تجاوزه الحدود أجنبي إمام جميع دول العالم سواء أكان تجاوز الحدود للمرور^(٢) او الإقامة، سواء بشكل مشروع ام بشكل غير مشروع .

والأجنبي يظهر بمظهرين الأول يصطلح عليه الأجنبي بشكل نسبي وهو كل شخص يحمل جنسية دولة ما فيكون وطني نسبة للدولة الأخيرة وأجنبي بالنسبة لغيرها وتظهر الصفة الأجنبية له عند حركته عبر الحدود . أما الثاني فيصطلح عليه الأجنبي بشكل مطلق وهذا الاصطلاح ينصرف لعديم الجنسية فهو أجنبي أمام جميع الدول لأنه لا يحمل جنسية أي منها بموجب قوانينها الداخلية^(٣) . ولكن الفقه وكذلك التشريع يفترض له جنسية دولة موطنه أو محل إقامته فيوصف بأنه وطني نسبة لدولة الموطن أو محل الإقامة وهذا يعني أن المظهر الثاني له مدلول نظري وليس له قيمة عملية ويمكن ان توصف دولة موطنه او اقامته بانها دولة جنسيته المفترضة ، وهي تقابل الجنسية الفعلية بالنسبة لمتعدد الجنسية .

الحاصل على إجازة الاستثمار والذي لا يحمل الجنسية العراقية إذا كان شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا مسجلا في بلد أجنبي). في حين عرف المشرع الاجنبي بطريقة سلبية في قانون الجنسية العراقية رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٦ في المادة (٧/١) عندما عرفت العراقي لا الاجنبي فنصت على انه ((كل من يحمل الجنسية العراقية)) و المفهوم المخالف للنص يعني ان الاجنبي كل من لا يحمل الجنسية العراقية أي الاجنبي هو غير الوطني، فالتعريف الاخير للاجنبي جاء بمفهوم المخالفة عن طريق تعريف الوطني وهذا يعني ان الاجنبي يمكن ان يعرف بشكل ايجابي عندما ينص عليه بصفته في التشريع ويمكن ان يعرف بشكل سلبي عندما يعرف الوطني ويفهم خلاف معناه الاجنبي .

ومن الجدير بالذكر أن الشخص يمكن أن تزوج أو تتعدد صفته الوطنية اذا كان يحمل جنسيتين أو أكثر فهو وطني أمام كل منها ويبقى أجنبي عما سواها.

المطلب الثاني

مفهوم العضوية في الشركات

تنطبق صفة العضوية في الشركات التجارية على كل شخص طبيعي او معنوي يملك نصيبا سهم او حصة - في الشركة ، ويشترك في تسيير نشاطها في حدود الدور الموكل اليه ، ويتقاسم مع زملائه الاعضاء ارباح وخسائر مشروعهم الاقتصادي .

إن المشرع العراقي اطلق صفة العضوية في المادة ١٢ من قانون الشركات العراقي المعدل للدلالة على الانتماء الى الشركة، في

وقد أشار إلى الإحكام المتقدمة قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم ١٤٤/٤٠ في ١٩٨٥/١١/١٣ المتعلق بحقوق الأفراد الذين هم ليس من رعايا الدولة التي يقيمون فيها (الأجانب) كما كان ضمن هذا الاتجاه القانون الفرنسي رقم ٢٠٠٢/٣/٢٠ في ٢٠٠٢/٣/٢٠ المتعلق بدخول وإقامة الأجانب في كاليديونيا الجديدة وسبق للقانون الفرنسي لعام ١٩٤٥ أن اخذ بهذا الحكم كما ذهبت العديد من التشريعات الأجنبية و العربية ومنها المشرع المصري في قانون رقم ٨٨ لسنة ٢٠٠٥ في المادة (١) منه المعدل لقانون ٨٩ لسنة ١٩٦٠ المنظم لدخول وإقامة الأجانب في مصر إلى هذا المعنى كما كان هذا هو موقف المشرع اللبناني في قانون رقم ١٠ لسنة ١٩٦٢ الذي نصت المادة (١) منه على (يعد اجنبيا بالمعنى المقصود وبهذا القانون كل شخص من غير التابعة اللبنانية) وهذا هو موقف المشرع البحراني في قانون الجنسية لعام ١٩٦٣ و المشرع الجزائري في القانون الخاص بوضع الاجانب رقم ٦٦-٢١١ لسنة ١٩٦٦ وكذلك الحالة بالنسبة للمشرع التونسي في قانون رقم ٧ لسنة ١٩٦٨^(٤).

كما كان موقف المشرع العراقي في قانون الإقامة الملغي رقم ١١٨ لسنة ١٩٧٨ المعدل من المادة(٦/١) ضمن هذا الاتجاه إذ عرف الاجنبي بطريقة ايجابية على انه (كل من لا يتمتع بالجنسية العراقية) وسلك الاتجاه ذاته في قانون اقامة الاجنبي النافذ المرقم ٧٦ لسنة ٢٠١٧ اذ عرف الاجنبي بأنه كل من لا يحمل جنسية جمهورية العراق ، كذلك كان اتجاه قانون الاستثمار العراقي رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦ المعدل في المادة الاولى الفقرة عاشرًا منها ، اذ عرفت المستثمر الاجنبي) الشخص

و عليه سنقسم دراسة هذا المطلب الى فرعين
الاول عضوية الاجنبي في مرحلة تأسيس
الشركات والفرع الثاني عضوية الاجنبي في
الشركات القائمة.

الفرع الاول

عضوية الاجنبي في مرحلة تأسيس الشركات

يكتسب الاجنبي صفة العضو المؤسس اثناء
قيامه بتأسيس شركة جديدة وذلك بالمشاركة مع
غيره من الأشخاص ممن توجد لديهم الرغبة
والقدرة على التعاون بصدد مشروع اقتصادي
معين . وذلك بالقيام بالإجراءات اللازمة لتكوين
الشركة على وجه يعتد به قانوناً .

إن المشرع العراقي ساوى في منح الأجنبي
الحق باكتساب العضوية كمؤسس للشركات في
شركات الأشخاص وشركات الاموال على حد
سواء ، ومن هنا لا بد لنا من ضبط وتحديد
معنى المؤسس في شركات الأشخاص او لا ثم
الاجنبي مؤسس لشركات الاموال ثانياً ، وعلى
النحو الآتي:

اولاً : الاجنبي مؤسس لشركات الأشخاص

إن المشرع العراقي منح الاجنبي الحق
بعضوية شركات الأشخاص العراقية ويتم هذا
عن طريق إبرام عقد للشركة من قبل مجموعة
من الأشخاص وفق ما هو مقرر قانوناً^(٥)
اذ يلتزم بمقتضاه الأشخاص بالمساهمة في
المشروع الاقتصادي المشترك وذلك بتقديم
حصة من مال أو عمل لاقتسام ما ينشأ عنه من
ربح أو خسارة^(٦) .

لا سيما استقر الفقه والقضاء على اطلاق
صفة الشريك على مالك الحصة في شركات
الأشخاص وصفة المساهم على مالك السهم في
شركات الاموال . ومن باب توحيد المصطلحات
مع مفردات القانون سنطلق مصطلح العضو
المؤسس للدلالة على مؤسس الشركة والعضو
الشريك للدلالة على العضوية في شركات
الأشخاص والعضو المساهم للدلالة على
العضوية شركات الاموال.

والسؤال الذي يثار ، هنا ما هو نطاق الحق
الذي منحه المشرع للأجنبي في عضوية
الشركات العراقية ؟ وبعبارة اخرى هل يمكن
للأجنبي ان يكون مؤسساً لشركة عراقية ام
عضواً شريكاً في شركات الأشخاص ام عضواً
مساهماً في شركات الاموال ؟ في الحقيقة لقد
اجاب المشرع عن التساؤل اعلاه في المادة
١٢ من قانون الشركات العراقي رقم ٢١ لسنة
١٩٩٧ المعدل سنة ٢٠٠٤ إذ اجاز للأجنبي
اكتساب العضوية في جميع انواع الشركات
المنصوص عليها في هذا القانون كمؤسس
لها او حامل اسهم او شريك فيها، ما لم يكن
ممنوعاً من مثل هذه العضوية بموجب القانون
او نتيجة قرار صادر عن محكمة مختصة او
جهة حكومية مخولة.

ونفهم من نص المادة اعلاه ان المشرع
منح الحق للأجنبي في اكتساب العضوية في
مرحلتين : الاولى في مرحلة التأسيس سواء
أكانت الشركات هي شركات اشخاص ام
شركات اموال . اما المرحلة الثانية فهي
عضوية الاجنبي في شركات قائمة سواء أكان
بصفته مساهم في شركات الاموال او بصفته
شريك في شركات الأشخاص.

ويطلق على هؤلاء الأشخاص الذين وجدت لديهم فكرة الشركة وسعوا إلى تنفيذها بالإجراءات القانونية اللازمة ب (المؤسسين) .

ولم يتضمن قانون الشركات العراقي نصاً يحدد بمقتضاه من هو المؤسس وهذا يعني ترك المسألة خاضعة لتقدير الفقه والقضاء ليحدد من هو الشخص المؤسس اثناء تقصي دور الشخص في عملية التأسيس وما إذا كانت تصرفاته تكفي لوصفه بالمؤسس . إذا ما وقع الخلاف بشأنه^(٧) .

وتؤسس شركات الأشخاص من قبل مجموعة صغيرة من الأشخاص الذين يختار بعضهم الآخر والطبيين فقط دون الأشخاص المعنويين اذ استلزم قانون الشركات العراقي النافذ في المادة ٦ / ثالثاً صراحة إن يكون الشركاء في الشركة التضامنية أشخاص طبيعيين فقط . وعليه لا تستطيع الأشخاص المعنوية تأسيس أو المشاركة في هذا النوع من الشركات ، ويبرر الفقه^(٨) ذلك بأن هؤلاء الشركاء يتحملون وبالتضامن المسؤولية الشخصية وغير المحدودة عن ديون الشركة بما يترتب على ذلك من آثار يصعب تطبيقها عندما يكون الشريك شخصاً معنوياً .

وبهذا اصبح بإمكان أي شخص طبيعي إن يشترك في تأسيس شركات الأشخاص بغض النظر عن جنسيته أو محل إقامته . وإذا كان هذا التوجه تملية ضرورة تشجيع الاستثمار في العراق ، غير انه لا يتلاءم مع شركات الأشخاص ، إذ انه لا يؤمن مصلحة المتعاملين مع هذه الشركات والذين يعتمدون بشكل كبير على الذمة المالية للشركاء كونهم المسؤولين شخصياً عن ديون الشركة والتزاماتها، والذين

يصعب عليهم حقيقةً – كما لاحظ البعض^(٩) – الوصول إلى أموالهم الشخصية إذا ما كانت خارج العراق عند بزوغ مسؤوليتهم عن ديون الشركة والتزاماتها . ولذا ينبغي لحماية مصلحة المتعاملين مع شركات الأشخاص تأييد ضرورة منع الأشخاص الأجنبية أو غير المقيمين في العراق عن تكوين أو المشاركة في شركات الأشخاص ما لم تقدم ضمانات مجزية حمايةً لحقوق الغير من المتعاملين مع هذه الشركات^(١٠) .

ثانياً : الاجنبي مؤسس لشركات الاموال

من الضروري أن يتم تحديد مفهوم المؤسس في شركات الاموال ، وتبدو اهمية التحديد من وجهين ، فمن الوجه الأول إن الأفراد يقبلون على الاشتراك في الشركات لتقنتهم في المؤسسين وما يتمتعون به من سمعة وخبرة في مجال موضوع غرض الشركة ، ومن الوجه الثاني فإن المؤسسين يخضعون للمسؤولية المدنية والجنائية في حالة إلحاق الضرر بمصالح المدخريين وفي حالة عدم احترام النصوص القانونية الأمرة المتعلقة بتأسيس الشركات^(١١) .

ولم يضع المشرع العراقي تعريفاً للمؤسس في قانون الشركات العراقي المعدل ولذلك اجتهد الفقه في المسألة . وباستقراء آراء الفقه يمكن القول أن هناك اتجاهان يتنازعان لتحديد معنى المؤسس، اتجاه يضيق من معناه واتجاه يوسع من معناه .

١ - الاتجاه المضيق لمعنى المؤسس

حسب أنصار هذا الاتجاه^(١٢) فإنه يعد مؤسساً كل من وقع العقد الابتدائي للشركة

وقانونها الأساسي وقام باتخاذ إجراءات النشر والشهر بصفته شريكا. ووفقا لهذا الاتجاه لا يعد مؤسسا الأشخاص الذين يقومون بالدعاية لمشروع الشركة والترويج له ، كما لا يعتبر مؤسسا الأشخاص الذين يقتصر عملهم على مجرد إقناع المدخرين بالاكتمال باسم الشركة.

فالمؤسس حسب هذا الاتجاه هو الشخص الذي يقوم بأي إجراء قانوني أو تصرف يستلزمه القانون لتأسيس الشركة.

و هذا الاتجاه منتقد من وجهين ، فمن الوجه الأول إن أنصار هذا الاتجاه يضيفون من مفهوم المؤسس إلى حد يؤدي إلى إفلات أشخاص ساهموا في انجاز مشروع الشركة وإخراجه إلى الوجود وقاموا بأدوار حاسمة لهذا الغرض من المسؤولية المدنية والجنائية في حالة إلحاق أضرار بمصالح المكتسبين والاقتصاد الوطني، وفي حالة مخالفة النصوص القانونية الأمرة المتعلقة بتأسيس الشركة (١٢).

ومن الوجه الثاني انه ليس بالضرورة كل من قام بإجراء قانوني تطلبه المشرع يعد مؤسسا ، وتفسير ذلك انه قد يقوم احد الأفراد بذلك دون أن تكون له نية تحمل المسؤولية المترتبة على ذلك.

٢- الاتجاه الموسع لمعنى المؤسس

وفحوى هذا الاتجاه (١٤) انه يعد مؤسسا فضلا عن الشركاء المؤسسين لكل شخص قام فعلا بنشاط يدخل ضمن الأنشطة الضرورية لتأسيس الشركة ولو لم يكن شريكا.

والحقيقة إذا دققنا النظر في هذا الاتجاه فإننا نجد لا يخلو من المثالب ، ذلك أن

الأخذ بالمعنى الواسع للمؤسس كما يقرر بعض الفقه (١٥) يعارض قاعدة التفسير الضيق للنصوص الجنائية في حالة تطبيق أحكام المسؤولية الجنائية عند مخالفة القواعد الأمرة للتأسيس والإضرار بمصالح المدخرين والاقتصاد الوطني .

وعلى الرغم من هذا الاعتراض فإن هذا الاتجاه هو الراجح لدى الفقه (١٦) . و ما تجدر الإشارة إليه وكما يقرر الفقه (١٧) أن صفة المؤسس هي من مسائل الواقع إذ يختص بها قاضي الموضوع .

وقد اخذ قانون الشركات رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧ المعدل بذات موقفي قانون الشركات التجارية رقم ٣١ لسنة ١٩٥٧ وقانون الشركات رقم ٣٦ لسنة ١٩٨٣ الملغين. في تجنب ايراد تعريف محدد للمؤسس صراحة , الا انه بالرجوع الى المادة ١٣ من القانون اعلاه التي نصت على ان " يعد المؤسس عقدا للشركة، موقع من قبلهم او من قبل ممثلهم القانونيين " وعليه يمكن الاستنتاج ضمنا بأن المؤسس هو من قام بالتوقيع على عقد الشركة وبأشهر الاجراءات التي حددها القانون بقصد اكمال تسجيل الشركة وفقا للأحكام الواجب مراعاتها بهذا الصدد . وهذه الاشارة تبين ان القانون العراقي قد اخذ بذات ما قرره الاتجاه التقليدي الذي يضيف من تعريف المؤسس ، وبحسب رأي الفقه (ونحن نؤيد هذا الاتجاه) لا يمكن الاخذ بالمفهوم الواسع للمؤسس الذي قررته بعض التشريعات العربية صراحة لان مثل هذا الامر يتطلب ان يتدخل المشرع صراحة للأخذ بمثل هذا المفهوم .

وبهذا الصدد ندعو المشرع العراقي الى

ينوب عنه قانونا ويباشر الاجراءات التي حددها القانون بقصد اكمال تسجيل الشركة وفقا للأحكام الواجب مراعاتها بهذا الصدد.

الفرع الثاني

عضوية الاجنبي في الشركات القائمة

إن الاجنبي يكتسب العضوية في الشركات القائمة سواء كانت شركات اموال كمساهم فيها او في شركات الاشخاص كشريك فيها وستتناول الحاليتين تباعا وكالاتي :

اولا : الاجنبي مساهم في شركات الاموال القائمة

إن العضو الاجنبي يعد مساهما في الشركة اذا كان يملك اسهما في رأس مالها طبعيا كان ام معنوي أيا كان عدد الاسهم التي يساهم بها وتاريخ تملكها . مما يعني ان الامر الجوهري في تحديد صفة العضو فيها هو امتلاك الشخص الاجنبي لسهم او اكثر في الشركة وبالشكل الذي يكسبه هذا الوصف^(١٩). ووفقا لهذه الاعتبارات يسمى العضو فيها بالمساهم^(٢٠).

وقد اقتصر قانون الشركات العراقي^(٢١) على بيان موقع السهم من رأس المال وخصائصه دون تحديد مفهومه.

اما الفقه ، ينظر الى السهم من جانبين احدهما موضوعي ، وبمقتضاه فان السهم يمثل نصيب العضو المساهم في شركات الاموال ، وبهذا المعنى يقابل حصة الشريك في شركات الاشخاص^(٢٢) ، اما الاخر فهو جانب شكلي وبمقتضاه فان السهم هو الصك الذي يمثل هذا الحق ويثبتته^(٢٣).

ضرورة تبني مفهوم واضح للمؤسس يقرر متى توافر هذا الوصف ومتى يتم استبعاده وذلك بقصد تمييزه عن غيره من الاشخاص الذين يضطلعون بالقيام ببعض الاعمال او التصرفات لمصلحة الشركة قيد التأسيس .

ويتجه بعض الفقه^(١٨) الى الاخذ بالمفهوم الموسع كونه يستغرق المفهوم الضيق اذ ان قيام الشخص ببعض الاعمال او التصرفات التي لها شأن هام في التأسيس وتدل على المشاركة الفعلية فيها كالتوقيع على عقد او نظام الشركة او بيان الاكتتاب او طلب الترخيص بأنشاء الشركة مثلما تمثل الركيزة الاساسية للمفهوم التقليدي للمؤسس فهي تعد كذلك من قبيل التصرفات التي تسبغ صفة المؤسس وفقا للاتجاه الموسع .

ومهما يكن من تعريف المؤسس سواء بالمفهوم الضيق او المفهوم الموسع اخضع المشرع في التعليمات الوزارية رقم ١٩٦ بتاريخ ١٥ / ٣ / ٢٠٠٤ الخاصة بتسجيل الشركات في القسم الثاني منها لهذه التعليمات الاشخاص (الطبيعيين والمعنويين) المؤسسين لشركات عراقية خاصة او مختلطة بموجب احكام القانون رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧ وتعديلاته والقوانين اللاحقة لهذا القانون، اذ تطلب من الشخص الراغب بتأسيس الشركة بموجب القوانين العراقية الى عدة اجراءات وتقديم عدة وثائق وتقديم البيانات الحقيقية وغير مضللة لمسجل الشركات وتحديث هذه المعلومات .

وبعد الاطلاع على مفهوم المؤسس وفقا لقانون الشركات العراقي المعدل النافذ واره الفقه التي قيلت بشأنه ، فالمؤسس الاجنبي هو من يوقع على عقد تأسيس الشركة او من

قانوناً للمساهمين القدامى فيها ، والذي يخولهم شراء الأسهم الجديدة بعدد يتناسب مع عدد الأسهم المملوكة من قبل كل منهم^(٢٥) . فربما يكتتب هؤلاء بكل الأسهم الجديدة ولا يستطيع الغير عندئذ الانضمام للشركة بهذه الطريقة .

وينبغي ملاحظة الخصوصية المتعلقة بالشركة المحدودة كونها لا تلجأ إلى الاكتتاب العام^(٢٦) . ولذا فإن الأسهم الجديدة التي تصدرها لزيادة رأس مالها يتم الاكتتاب بها من قبل الشركاء فقط أو مع غيرهم من الأشخاص ممن سبق الاتفاق معهم مباشرة على ذلك دون توجيه دعوة عامة للجمهور^(٢٧) .

ولا مجال في ظل قانون الشركات العراقي لأصحاب سندات القرض لاكتساب صفة الشريك في الشركة بهذه الصورة ، فعلى الرغم من كونه أجاز للشركة المساهمة إصدار سندات قرض إلا أنه أوجب على الشركة المقترضة الوفاء بقيمة السندات في الموعد المحدد^(٢٨) .

الصورة الثانية: تمثل حالة الشخص الذي يمتلك اسهم في الشركة من أحد المساهمين القدامى فيها أي كان عددها دون إن يترتب على انضمامه في الشركة زيادة رأس مالها .

إذ إن الأسهم تمتاز بكونها قابلة للتداول وهذا ما يعطي للشريك فيها الحق بالتخلي عن ملكية أسهمه بأي تصرف قانوني مشروع. فإذا ما تنازل الشريك عن ملكية أسهمه في الشركة لشخص آخر وتم تسجيل هذا التنازل في سجل انتقال الأسهم الخاص بالشركة وفقاً لما يتطلبه القانون^(٢٩) فعندئذ يكتسب المتنازل إليه صفة الشريك في الشركة التجارية . وهي ذات النتيجة التي تحدث فيما لو تلقى الوارث ملكية اسهم مورثه في الشركة^(٣٠) .

يكون اكتساب الشخص لملكية السهم ومن ثم لاكتساب صفة العضو المساهم في شركات الاموال عند تخطي الشركة مرحلة التأسيس بالانضمام الى الشركة اثناء حياتها إذ إن صفة العضو في شركات الاموال ليست حكراً على المؤسسين او المكتتبيين بأسهمها عند بداية تأسيسها فحسب بل أيضاً مقرررة للأشخاص الذين دخلوا في عضوية الشركة اثناء حياتها بامتلاكهم لأسهم في رأس مالها يمكن التمييز بين صورتين لاكتساب الشخص صفة الشريك في شركات الاموال اثناء حياتها دون المشاركة في تأسيسها .

الصورة الأولى : يكتسب بمقتضاها الشخص صفة المساهم مباشرة عن طريق المساهمة في رأس مال الشركة بدفع مقابل نقدي للاسهم الجديدة التي أصدرتها . ذلك إن شركات الاموال هي شركات ذات نشاط واسع تقبل عادة على مشاريع ضخمة تحتاج إلى إمكانات مادية وفنية عالية . وهذا ما يجعلها بحاجة إلى رؤوس أموال إضافية لتغطية هذه النفقات مما قد يدفعها إلى اتخاذ قرار بزيادة رأس مالها . وقد تلجأ الشركة لتغطية هذه الزيادة إلى إصدار اسهم جديدة وعرضها على الجمهور في اكتتاب عام وفقاً للإجراءات المقررة قانوناً^(٣١) .

فإذا ما أصدرت الشركة اسهماً جديدة وطرحتها للاكتتاب العام . يصبح بإمكان الأشخاص اقتناء اسهم الشركة وتسديد قيمتها . وبهذا يصبح المكتتبون بالأسهم الجديدة شركاء شأنهم شأن الشركاء القدامى فيها .

غير إن حرية الأشخاص بالانضمام إلى الشركة المساهمة بالاكتتاب بالأسهم الجديدة غير مطلقة وإنما مقيدة بحق الأولوية المقرر

و عليه فان امتلاك الأسهم في الشركة هو ما يضيفي على المالك صفة العضو المساهم فيها آيا كان عددها حتى وان كان سهماً واحداً. على انه ينبغي الأخذ بنظر الاعتبار عدم قابلية السهم للتجزئة . إذ إن انتقال ملكية السهم الواحد لأكثر من شخص لا يخولهم ممارسة الحقوق المستمدة من صفة الشريك من قبل كل منهما وانما يجب عليهم اختيار من يمثلهم تجاه الشركة في ممارسة تلك الحقوق .

إذ لا يسري تقسيم الأسهم في مواجهة الشركة^(٣١) . فلا يكون أمام الشركة ألا سهماً واحداً وان تعدد مالكوه^(٣٢) .

ومما لا شك فيه ان اكتساب صفة الشريك في الشركة المحدودة بموجب هذه الطريقة ينبغي إن لا يؤدي إلى تجاوز الحد الأعلى للشركاء المقرر قانوناً .

ثانياً : الاجنبي شريك في شركات الاشخاص القائمة

إن صفة العضو الشريك في شركات الأشخاص قد يكتسبها الاجنبي ليس عن طريق مشاركته في تأسيس شركة تجارية جديدة بل عن طريق المشاركة في شركة قائمة نتيجة امتلاكه لحصة في رأس مالها . ذلك إن صفة الشريك لا تقتصر على الشركاء المؤسسين للشركة فحسب وانما قد تشمل أيضا شركاء آخرين دون إن يكونوا من مؤسسيها وانما هم أشخاص دخلوا في عضوية الشركة أثناء حياتها .

وبموجب هذه الطريقة يمكن التمييز بين صورتين ، الأولى يكتسب بمقتضاها الشخص صفة الشريك في الشركة بصورة مباشرة ،

وذلك عن طريق مشاركته بحصة معينة في رأس مال الشركة ، وبهذه المشاركة يضاف عنصر إيجابي إلى الذمة المالية للشركة ، ويكتسب مقدمه صفة الشريك فيها شأنه شأن من شارك بها عند تأسيسها . وهذا ما يتحقق عندما تلجأ الشركة إلى زيادة رأس مالها بواسطة إدخال شركاء جدد في عضويتها يساهمون بحصص معينة لتغطية الزيادة المطلوبة .

فقد تتكون الشركة ابتداء من مجموعة صغيرة من الشركاء المؤسسين وتبدأ بممارسة نشاطها وتستجد فيما بعد ظروف تضعها أمام الحاجة إلى المزيد من الأموال كما لو كانت ترغب بتوسيع أعمالها وتطويرها، مما يدفعها إلى اتخاذ قرار بزيادة رأس مالها. والذي قد يتم تنفيذه عن طريق ضم شريك جديد فيها أو أكثر ليساهم بحصة في رأس مالها .

فقد أجاز قانون الشركات العراقي النافذ في المادة (٥٧) للشركة التضامنية زيادة رأس مالها بقرار تتخذه الهيئة العامة معدلاً لعقدتها . دون إن يحدد طريقاً معيناً ينبغي سلوكه لتغطية الزيادة كما فعل ذلك بالنسبة لشركات الأموال . وعليه فمن المتصور والمقبول إن تلجأ الشركة إلى تنفيذ قرار الزيادة بضم شريك جديد إليها وبالتالي يكتسب الشخص صفة الشريك بذلك. على إن ذلك مقرون بالطبع بالالتزام بالحد الأعلى لعدد الشركاء كما ينبغي أيضا موافقة جميع الشركاء على انضمام الشريك الجديد^(٣٣).

أما الصورة الثانية فهي تمثل حالة الشخص الذي ينضم إلى شركة تجارية قائمة أثناء تلقيه ملكية حصة في رأس مالها من أحد الشركاء فيها بأية طريقة مشروعة من طرق اكتساب الملكية . فمن المعلوم بأن لكل شريك في

الشركات العراقية بصفته مؤسس لشركات الاموال وشركات الاشخاص وبصفته حامل للاسهم في شركات الاموال وبصفته شريكا في شركات الاشخاص ، مع وجود التحفظ على عضوية الاجنبي في شركات الاشخاص على عد ان هذا النوع من الشركات قائم على الوصف الشخصي سواء في مرحلة التأسيس او مرحلة الشركة القائمة كما اوضحنا سابقا ولذلك ندعو المشرع العراقي الى تعديل نص المادة (٢١) من قانون الشركات وقصر عضوية الاجنبي على شركات الاموال دون شركات الاشخاص .

المبحث الثاني

مبررات عضوية الاجنبي في الشركات العراقية واثره على القوانين الاخرى

كان اتجاه المشرع العراقي قبل عام ٢٠٠٤ اقتصر العضوية في الشركات العراقية على الاشخاص الطبيعية والمعنوية ممن يحملون الجنسية العراقية ، ولكن في عام ٢٠٠٤ حدث تغيير جذري في الاتجاه السابق وذلك من خلال السماح للأجنبي بعضوية الشركات العراقية لاعتبارات سياسية واقتصادية ، وعلى الرغم من ذلك المشرع العراقي لم يطلق العنان للأجنبي بالعضوية في الشركات التجارية اذ اشترط عدة شروط في حال توافرها في الاجنبي يمكن عندها اكتساب العضوية في الشركات العراقية الخاصة . عند صدور قانون الاستثمار العراقي لسنة ٢٠٠٦ فقد اكد المشرع على التوجه السابق بل منح الحق للأجنبي ببيع وشراء الاوراق المالية في سوق العراق للأوراق المالية .

شركات الأشخاص حصة في الشركة يبين عقد الشركة مقدارها . فإذا ما انتقلت ملكية حصة الشريك (كلها أو جز منها) إلى شخص آخر بأي طريق مشروع كالتصرف أو الميراث . فعندئذ يكتسب هذا الشخص صفة الشريك في الشركة بعد إن امتلاك الحصة في الشركة هو ما يضيف على المالك صفة الشريك فيها .

على إن اكتساب الاجنبي صفة الشريك في شركات الأشخاص بالانضمام إلى شركة قائمة ليس طليفاً من كل قيد فهو يخضع لقيد يشكل الميزة الجوهرية لهذه الشركات هو إن لا أحد يمكنه إن يصبح عضواً في الشركة بدون رضا كل الشركاء مالم ينص على خلاف ذلك في عقد الشركة ، وهذا ما نص عليه المشرع العراقي في المادة ٦٩ / اولاً اذ اجازت للشريك في الشركة التضامنية نقل ملكية حصته او جزء منها الى شريك اخر ولكن لا يجوز له نقلها الى الغير الا بموافقة الهيئة العامة بالأجماع . وفي كل الاحوال يتم ذلك عن طريق تعديل عقد الشركة.

مما سبق يتضح إن امتلاك الحصة في شركات الأشخاص هو نقطة البداية لعلاقة الشريك الاجنبي بالشركة واكتسابه تلك الصفة ايأ كان مقدار الحصة . فلا يشترط امتلاك الشركاء لحصص متساوية . ويثبت عقد الشركة في هذه الشركات مقدار حصة كل شريك دون إن تصدر هذه الشركات وثائق أو شهادات تثبت حق الشريك فيها^(٢٤) إذ إن عقد الشركة يقوم بهذا الغرض فهو وسيلة الشريك لأثبات صفته ومقدار حصته في الشركة^(٢٥) .

وفي نهاية المبحث نستنتج ان المشرع العراقي اجاز للأجنبي ان يكون عضوا في

بناء على ما سبق سنتناول في هذا المبحث مبررات وشروط عضوية الاجنبي في الشركات العراقية في مطلب اول ثم نتناول اثر عضوية الاجنبي في الشركات العراقية على التشريعات العراقية .

المطلب الاول

مبررات السماح للأجنبي بالعضوية في الشركات العراقية

تتجسد اهمية السماح بعضوية الأجنبي في الشركات اثناء تحديد اهم الوسائل التي تتبعها الدول في سبيل جذب رؤوس الأموال الأجنبية لاسيما نحو الدول النامية ومنها الدولة العربية إذ ازدادت حركة الاستثمارات الأجنبية في السنوات الأخيرة بسبب عولمة الأسواق المالية والنمو السريع لحركة الاستثمارات والتي اثرت على اقتصادات الدول المختلفة و على النظام النقدي العالمي وكذلك اثرت على قدرة الدول في الحصول على مصادر التمويل في اسواق التمويل الدولية .

والعراق ، بعده احد الدول النامية التي تحتاج بشكل كبير إلى الاستثمارات الاجنبية بسبب الظروف التي مرت عليه وما تعرض له اقتصاده ومؤسساته وبناه التحتية من خراب لعقود من الزمن ، فان تدفق الاستثمارات الاجنبية لم تؤثر فيه بشكل ملحوظ قبل عام ٢٠٠٣ بسبب طبيعة النظم السياسية والاقتصادية وبسبب مركزية الادارة الاقتصادية المعتمدة آنذاك، وعدم وجود التشريعات التي تستقطب الاستثمارات الاجنبية، وتشجيعها وتكفل نجاحها. لكن التغيير السياسي والاقتصادي الذي حصل في العراق بعد ٢٠٠٣ ، ومارافقه من أحداث عنيفة

تضررت بسببها جميع القطاعات في البلد، وعدم قدرة الاقتصاد العراقي على النهوض بمفرده بمتطلبات التنمية الاقتصادية دون استمالة الاستثمارات الاجنبية للمساهمة في هذه التنمية، فان المشرع قد انتبه إلى هذه الحاجة الملحة للاستثمار الاجنبي بسبب تلك السياسات والظروف والاحداث ولما يتمتع به العراق من القدرات الاقتصادية والموارد المادية والبشرية الهائلة وما تمخض عن ذلك من سن تشريعات تتعلق بالاستثمار متضمنه الكثير من المزايا والضمانات والحوافز والتسهيلات، والضمانات الحماية لعدم مصادرة المشروع الاستثماري أو تأميمه، وعدم سريان التعديلات اللاحقة التي قد ترد على قانون الاستثمار والتي من شأنها أن تمس الحقوق والمزايا الممنوحة للمستثمرين .

يلاحظ على هذا التعديل إتبانته بمبدأ جديد لم يكن معروفاً في التشريع العراقي وذلك حينما أطلق حرية الاشتراك في الشركات لكل الأشخاص الأجانب وبذلك ساوى بينهم وبين العراقي وبهذا المبدأ الجديد فتح الباب على مصراعيه للأجنبي لكي يستثمر أمواله في العراق دون أي محددات وليأتي منسجماً مع أمر يرمرر للاستثمار المالي الأجنبي الذي اتاح حرية الاستثمار الأجنبي في العراق.

ومن اسباب صدور هذا التعديل تشجيع الاستثمار وتنمية الاقتصاد الوطني والعراق يحتاج في الوقت الحاضر الى ذلك ، ويمكن ان نصف الاستثمار في حالة توافر مناخ صالح لجذب رؤوس الاموال الاجنبية بأنه احد اهم مصادر تمويل الاقتصاد الوطني .

ومن الجدير بالذكر ان المشرع العراقي

التضامنية مثلا : أو يقدم غير المقيم في العراق ضمانات مجزية كأن يكون غير المقيم مالكا لأموال داخل العراق أو بمشاركة العراقيين من ذوي المكانة المالية المرموقة، أما بغير ذلك فينبغي أن يوصد الباب بوجه الأشخاص الأجنبية عن تكوين أو المشاركة في شركات الأشخاص^(٣٧) .

ويمكن اضافة قيد ثالث على القيد السابقين وهو قيد الإقامة ، فيجب على المشرع الانتباه الى هذه المسألة وقصر العضوية على الاجنبي المقيم خصوصا في شركات الاشخاص لان هذا النوع من الشركات - وكما هو معروف - قائم على الوصف الشخصي .

المطلب الثاني

اثر السماح للأجنبي بعضوية الشركات العراقية على القوانين

إن السماح للأجنبي بالعضوية في الشركات اثار في قوانين اخرى كقانون الاستثمار وقانون سوق العراق للأوراق المالية وسنوضح هذا الاثر في فرعين مستقلين وكالاتي :

الفرع الاول

اثر سماح الاجنبي بالعضوية في الشركات العراقية على قانون الاستثمار

انسجاما مع توجه المشرع العراقي بتشجيع الاستثمار الاجنبي واستقطاب رؤوس الاموال الاجنبية ، وذلك اثناء تعديل سلطة الائتلاف لسنة ٢٠٠٤ لقانون الشركات العراقي لعام ١٩٩٧ وعلى اثره نص قانون الاستثمار العراقي رقم ٣١ لسنة ٢٠٠٦ على جواز

في قانون الشركات العراقي النافذ والمعدل ميز في المعاملة بين الوطني والاجنبي في عضوية الشركات على اساس معيار شخصي وهو جنسية العضو في الشركة لا على اساس معيار موضوعي وهو طبيعة راس المال الداخل للشركة فكان من المفروض ان يحدد الصفة الاجنبية للعضوية عن طريق اجنبية راس المال لا الصفة الاجنبية للعضو ، لان في هذا التوجه تشجيع المواطنين وكذلك الاجانب على جلب رؤوس الاموال الاجنبية الى العراق ، فاعتماد المعيار الشخصي سيجعل الاجنبي الذي اكتسب العضوية في الشركات والموجود في العراق في مركز افضل من العراقي العضو في الشركة والذي ينبغي جلب رؤوس اموال له خارج العراق^(٣٨) .

وعلى الرغم من هذه المبررات والاسباب في اكتساب الاجنبي للعضوية في الشركات العراقية الا ان المشرع العراقي لم يطلقها وانما قيدها بقيدين هما :

الأول : أن لا يكون الشخص ممنوعا قانونا . كأن يكون قد ساهم في جرائم تخريب الاقتصاد الوطني، كتزوير العملة، ويستطيع المسجل أن يستخدم هذا القيد عند الموافقة على تأسيس الشركة .

والقيد الثاني : إن تقتصر المشاركة بالنسبة للأجنبي وحتى للعراقي غير المقيم في العراق على شركات الأموال (المساهمة والمحدودة) لصعوبة الوصول إلى الأموال الشخصية التي تكون خارج العراق، عندما يسأل شخصا عن ديون الشركة كما هو الحال في الشركات

اكتساب العضوية في الشركات المساهمة الخاصة والمختلطة ، وذلك في المادة ١١ منه اذ تطرق الى حقوق المستثمر الاجنبي اذ جاء فيها: (ثانياً : يحق للمستثمر الاجنبي :

أ-التداول في سوق العراق للأوراق المالية بالأسهم والسندات المدرجة فيه واكتساب العضوية في الشركات المساهمة الخاصة والمختلطة...)

ومن هذا النص يتضح تأثر قانون الاستثمار بتعديل قانون الشركات العراقي، اذ عن طريق اكتساب عضوية الاجنبي في الشركات المساهمة الخاصة والمختلطة سمح له بالتداول في سوق العراق للأوراق المالية بالأسهم والسندات المدرجة فيه ، وعلى اساس ماسبق سندرج عدة ملاحظات على النص اعلاه :

اولاً: إن النص اعلاه جمع بين عدة قوانين وهي قانون الاستثمار بوصفه القانون المختص باستثمار اموال الاجنبي ، وقانون سوق الاوراق المالية بوصفه القانون المختص بتداول الاوراق المالية ، وقانون الشركات بعده القانون المختص بتأسيس الشركات والذي سمح بعضوية الاجنبي فيها .

ثانياً : إن قانون الاستثمار قصر الاستثمار الاجنبي على الاسهم والسندات دون الاوراق المالية الاخرى او الاشكال الاخرى للاستثمار غير المباشر في سوق الاوراق المالية وبهذا الصدد نقترح اضافة الاوراق الاخرى أو الاشكال الاخرى للاستثمار الاجنبي، وذلك ضماناً لفاعلية السوق وتنوع الاستثمار الاجنبي، وذلك ضماناً لفاعلية السوق وتنوع

الاستثمار الاجنبي وتنشيط حركة التعاملات والتداولات في سوق الاوراق المالية خدمة للاقتصاد الوطني، وانسجاماً مع القانون المؤقت لسوق الاوراق المالية .

ثالثاً : إن المشرع لم يعط الحق لشركات الوساطة الاجنبية من العمل بالسوق ولم ينظم عمل الوسيط على الرغم من كونه نظم عمل الوسيط الوطني او شركات الوساطة الوطنية في قانون^(٣٨) .

رابعاً: إن التداول بالأوراق المالية يكون على نوعين اما تداول بأسهم لشركات تحت التأسيس لأول مرة لكي تتمكن بعد ذلك من طرحها للاكتتاب لعام ، اما النوع الثاني يكون التعامل بأسهم شركات قائمة اما لزيادة رأس المال او تخفيضه ، والمشرع اجاز للأجنبي بتداول اسهم الشركات القائمة والمدرجة في السوق وذلك بعبارة (التداول في سوق العراق للأوراق المالية بالسهم والسندات المدرجة فيه) في المادة المذكورة ، في حين ان عملية التداول بالسهم تلي عملية الادراج في السوق ، لذلك كان لزاماً على المشرع ان يمنح صراحة ،الحق اولا في الادراج للمستثمر الاجنبي في السوق ومن ثم التطرق الى الاثار المترتبة على الادراج وهي حق التداول بالسهم المدرجة في السوق . وعليه فأننا نرى منح الحق للمستثمر الاجنبي بالأدراج في سوق العراق للأوراق المالية بنص صريح في قانون الاستثمار لان الاجنبي بمنحه الحق بعضوية الشركات العراقية وتداول اسهم الشركات المدرجة في سوق للأوراق المالية فمن باب اولى منحه حق تداول الاسهم قيد التأسيس تشجيعاً للاستثمار الوطني .

الفرع الثاني

اثر عضوية الاجنبي على قانون سوق العراق للأوراق المالية وتعليماته

صدر قانون الشركات العراقي رقم ١٢ في عام ١٩٩٧ و تم تعديله بموجب امر سلطة الائتلاف بتاريخ ١ / ١ / ٢٠٠٤ ، وبعد ثلاثة اشهر ونصف تقريبا تم تشريع القانون المؤقت لسوق العراق للأوراق المالية رقم ٤٧ لسنة ٢٠٠٤ بمعنى انهما متقاربان في تاريخ النشوء وعلى الرغم من ذلك لم نجد تاثير لقانون السوق بقانون الشركات النافذ اذ لم يتاثر بتوجه المشرع بالسماح للأجنبي بالعضوية في الشركات العراقي وبهذا الخصوص على المشرع الالتفات الى الملاحظات الآتية :

اولا : عند ملاحظة نصوص القانون المؤقت لسوق العراق للأوراق المالية نجد انه غاب عنه التطرق الى المستثمر الاجنبي ضمن اهداف القانون وتشجيع الاستثمار الاجنبي بما يضمن تنشيط حجم التداولات في السوق وبما يعزز مكانة سوق الأوراق المالية العراقي بين اسواق الأوراق المالية العربية والعالمية .

ثانيا: لم يرد تعريف المستثمر الاجنبي ضمن القسم الاول (التعاريف) من القانون المؤقت لسوق العراق للأوراق المالية .

ثالثا : لم يتطرق المشرع الى منح الحق للمستثمر الاجنبي سواء كان شركة ام فرد بالأدراج في السوق بغية تمكنه من التداول بالأسهم المدرجة فيه بيعا او شراءاً وعليه نرى ضرورة النص على حق الاجنبي بالأدراج في السوق لتمكنه من تداول الاسهم .

رابعا: ونرى بهذا الصدد ضرورة اضافة فقرة الى المادة ٣ القسم ٣ (من قانون سوق

العراق للأوراق المالية) ، بما يضمن منح مجلس المحافظين الخاص بسوق الاوراق المالية، صلاحية الموافقة على ادراج الشركات الاجنبية في السوق اضافة الى المهام المنوطة بها المذكورة في القانون .

وعلى اثر ذلك اصدرت هيئة الاوراق المالية تعليمات خاصة بتداول غير العراقي في السوق رقم (١) لعام ٢٠٠٧ وقد تكفلت بوضع القواعد الخاصة التي تنظم هذا التعامل ما يخص منها كيفية التأكد من شخصية العميل (الاجنب) واهليته وعلاقته بالوسيط^(٣٩) اما بالنسبة لتعليمات رقم (١) لسنة ٢٠١٠ بخصوص تداول غير العراقي في سوق الاوراق المالية ولدى التدقيق فيها نجد انها تتطلب من المستثمر غير العراقي ولغرض السماح له بالتداول بالأسهم في سوق الاوراق المالية العراقي ان يقدم عدة مستمسكات عن طريق الوسيط المجاز ومن هذه المستمسكات ، عقد واجازة التأسيس المصدقة إضافة الى مستمسكات اخرى، وهذا يفسر بان هذه التعليمات لم تقرر حكماً جديداً بل نظمت او تطرقت لكيفية قيام غير العراقي او الاجنبي بالتداول في الاسهم المقيدة او المدرجة بالسوق فقط ولا تتطرق لكيفية تسجيل او قيد او ادراج اسهمه في العراق بل دليل ان التعليمات طالبت المستثمر غير العراقي بتقديم نسخة من عقد واجازة التأسيس المصدقة وهذا يعني انه لا يشمل بهذه التعليمات التداول باسم الشركات التي هي قيد التأسيس ، وهذا منطقي فالتعليمات لا تشرع او تقرر حكماً جديداً بل هي فقط لتسهيل تنفيذ القانون الصادر .

هذا من جهة ومن جهة اخرى فان تعليمات رقم ٥١ الخاصة بشروط ومتطلبات ادراج

الشركات في سوق الأوراق المالية (السوق الثانوي) وكذلك تعليمات رقم (٦) بخصوص شروط ومتطلبات ادراج الشركات في سوق الأوراق المالية (السوق النظامي) فأنها لم تنشر الى الشركات الاجنبية في فقراتها .

وقد شهد السوق ولأول مرة تجربة استثمار لغير العراقيين وذلك في شهر اب في سنة ٢٠٠٧ ولحد الان إذ اشار التقرير السنوي الصادر عن سوق العراق للأوراق المالية لسنة ٢٠١٧ بازدياد ملحوظ لقيمة المبيعات لغير العراقيين إذ كانت عدد الاسهم المباعة ٤٦ مليار سهم بقيمة ٤٧ مليار دينار اثناء تنفيذ ٦٦٥١ على اسهم ٤٤ شركة مساهمة عراقية. اما عدد الاسهم المشتراة لغير العراقيين ٨٠ مليار سهم بقيمة ٦٢ مليار دينار اثناء تنفيذ ٧٨٣٥ عقد على اسهم ٤٩ شركة .

الخاتمة

في نهاية بحثنا الموسوم (عضوية الاجنبي في الشركات التجارية العراقية) توصلنا الى عدة استنتاجات وتوصيات ندرجها على النحو الاتي :

اولا : الاستنتاجات

١. اختلفت التشريعات في تعريف الاجنبي فمنهم من عرفه بانه كل من لا يتمتع بالجنسية العراقية او قد يعرف العراقي ويفهم تعريفه للمفهوم المخالف .

٢. تنطبق صفة العضوية في الشركات التجارية على كل شخص طبيعي او معنوي

يملك نصيبا سهم او حصة - في الشركة ، ويشترك في تسيير نشاطها في حدود الدور الموكل اليه، ويتقاسم مع زملائه الاعضاء ارباح وخسائر مشروعهم الاقتصادي.

٣. إن المشرع منح الحق للأجنبي في اكتساب العضوية في مرحلتين : الاولى في مرحلة التأسيس سواء كانت الشركات اشخاص ام اموال . اما المرحلة الثانية فهي عضوية الاجنبي في شركات قائمة سواء أكان بصفته مساهم في شركات الاموال او بصفته شريك في شركات الاشخاص.

٤. إن المشرع العراقي ساوى في منح الأجنبي الحق باكتساب العضوية كمؤسس للشركات في شركات الاشخاص وشركات الاموال على حد سواء.

٥. إن العضو الاجنبي يعد مساهما في الشركة اذا كان يملك اسهما في رأس مالها طبيعي كان ام معنوي أيا كان عدد الاسهم التي يساهم بها وتاريخ تملكها . مما يعني ان الامر الجوهري في تحديد صفة العضو فيها هو امتلاك الشخص الاجنبي لسهم او اكثر في الشركة وبالشكل الذي يكسبه هذا الوصف.

٦. تتجسد اهمية السماح بعضوية الأجنبي في الشركات اثناء تحديد اهم الوسائل التي تتبعها الدول في سبيل جذب رؤوس الأموال الأجنبية ولاسيما نحو الدول النامية ومنها الدولة العربية إذ ازدادت حركة الاستثمارات الأجنبية في السنوات الأخيرة بسبب عولمة الأسواق المالية والنمو السريع لحركة الاستثمارات

والتي اثرت على اقتصادات الدول المختلفة و على النظام النقدي العالمي وكذلك اثرت على قدرة الدول في الحصول على مصادر التمويل في اسواق التمويل الدولية .

٧. إن المشرع العراقي لم يطلق عضوية الاجنبي في الشركات وانما قيدها بقيدتين هما أن لا يكون الشخص ممنوعاً قانوناً و أن تقتصر المشاركة بالنسبة للأجنبي وحتى للعراقي غير المقيم في العراق على شركات الأموال (المساهمة والمحدودة).

٨. تأثر قانون الاستثمار العراقي النافذ لسنة ٢٠٠٦ بتعديل قانون الشركات العراقي , اذ من اثناء اكتساب عضوية الاجنبي في الشركات المساهمة الخاصة والمختلطة سمح له بالتداول في سوق العراق للأوراق المالية بالأسهم والسندات المدرجة فيه.

٩. اثناء بحثنا لم نجد تأثر لقانون سوق العراق للأوراق المالية بقانون الشركات النافذ اذ لم يتأثر بتوجه المشرع بالسماح للأجنبي بالعضوية في الشركات العراقي عدا التعليمات رقم (١) الخاصة بتداول غير العراقي في سوق الاوراق المالية .

التوصيات

توصلنا اثناء بحثنا بعدة توصيات نوردها كالاتي :

١. صدور تعليمات خاصة بعضوية الاجنبي في الشركات العراقية تحدد من خلالها شروط هذه العضوية وحقوق والتزامات الاجنبي في الشركات بالتفصيل .

٢. نرى ان تقتصر عضوية الاجنبي في شركات الاموال (المساهمة والمحدودة) دون شركات الاشخاص لان الاخير قائمة على الاعتبار الشخصي وكما وضحنا ذلك اثناء البحث .

٣. ادراج شرط الاقامة على الاجنبي لما لعضوية الشركات من اثر في الاقتصاد الوطني للبلد .

٤. تحديد مفهوم المؤسس في الشركات وعدم ترك مثل هذا الامر المهم لاجتهادات الفقه والقضاء والاخذ بالمفهوم الموسع كونه يستغرق المفهوم الضيق ويشمل اكثر الاشخاص ممن لهم دور مهم في تأسيس الشركة .

٥. النص على حق شركات الوساطة الاجنبية من العمل بالسوق كونه نظم عمل الوسيط الوطني او شركات الوساطة الوطنية في قانون ولم ينظم عمل شركات الوساطة الاجنبية .

٦. منح الحق للمستثمر الاجنبي بالأدراج في سوق العراق للأوراق المالية بنص صريح في قانون الاستثمار وقانون سوق الاوراق المالية لان الاجنبي بمنحه الحق بعضوية الشركات العراقية وتداول اسهم الشركات المدرجة في سوق للأوراق المالية فمن باب اولى منحه حق تداول الاسهم قيد التأسيس تشجيعاً للاستثمار الوطني .

٧. ندعو المشرع الى ادراج تعريف للمستثمر الاجنبي في قانون سوق العراق للأوراق المالية، ونرى كذلك اضافة فقرة الى

المادة ٣ القسم ٣ (من قانون سوق العراق لأوراق المالية) ، بما يضمن منح مجلس المحافظين الخاص بسوق الاوراق المالية، صلاحية الموافقة على ادراج الشركات الاجنبية في السوق اضافة الى المهام المنوطة بها المذكورة في القانون .

الهوامش

١- المادة (٧) من الاعلان العالمي لحقوق الانسان لعام ٤٨٩١ التي نصت على (الناس جميعا سواء امام القانون وهم متساوون في حق التمتع بحماية القانون دونما تمييز ،كما يتساوون في حق التمتع بالحماية من أي تمييز ينتهك هذا الاعلان ومن أي تحريض على مثل هذا التمييز).

٢- د. صالح عبد الزهرة الحسون - حقوق الاجانب في القانون العراقي ، الطبعة الاولى ، دار الافاق الجديدة - ١٩٨١ - ص ٨.

٣- الماد(١/١) من اتفاقية الامم المتحدة بشأن عديم الجنسية لعام ١٩٥٤ .

٤- د. سعيد يوسف البستاني المركز القانوني للأجانب و العرب في الدول العربية دراسة مقارنة - الطبعة الاولى منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت - لبنان ٢٠٠٤ ص ٣٦ وما بعدها.

٥- انظر نص المادة (١٣) من قانون الشركات العراقي النافذ رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧ النافذ.

٦- انظر نص المادة (٤) من قانون الشركات العراقي النافذ والتي بينت مفهوم الشركة .

٧- كامل عبد الحسين البلداوي ، الشركات التجارية في القانون العراقي مديرية دار الكتاب للطباعة والنشر ، ١٩٩٠ ، ص ١٣٦ .

٨- د. موفق حسن رضا ، قانون الشركات ، مركز البحوث القانونية ، وزارة العدل ، بغداد ، ١٩٨٥ ص ٣٢ . وكذلك د. فوزي محمد سامي ، شرح

القانون التجاري ، الجزء الثالث مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ١٩٩٧ ص ١٠٣ .

٩- د. لطيف جبر كومانبي ، الشركات التجارية دراسة قانونية مقارنة ، الجامعة المستنصرية ، ٢٠٠٦ ، ص ٤٠ .

١٠- لطيف جبر كومانبي ، المصدر السابق ، ص ٤٠ و ٤١ .

١١- القليوبي سميحة ، الشركات التجارية ، ج ٢ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ١٩٩٣ ، ص ٣٦ ٣٥ . أبو زيد رضوان ، شركات المساهمة والقطاع العام ، دار الفكر العربي ، القاهرة ١٩٨١ ، ١٠٢ ١٠١ . الشراوي محمود سمير ، القانون التجاري ، ج ١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ١٩٨٩ ، ص ١٨٧ محرز احمد ، الوسيط في الشركات التجارية ، ط ٢ ، منشأة المعارف ، القاهرة ، ٢٠٠٤ ص ٤٠٧ .

١٢- د. علي حسن يونس و الوسيط في الشركات التجارية ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٦١ ، ص ٣٢٢ . د. عزيز العكلي ، الشركات التجارية في القانون الاردني ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ١٩٩٥ ص ٢٥٥ . د. عيد ادور ، الشركات التجارية ، شركات المساهمة مطبعة النجوى ، بيروت ، ١٩٧٠ ، ص ٢٧-٢٨ . في نقد هذا الاتجاه انظر: سميحة القليوبي ، الشركات التجارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ١٩٩٣ ، ص ٣٦٣٥ ، د ابو زيد رضوان ، شركات المساهمة والقطاع العام ، دار الفكر العربي ، القاهرة ١٩٨١ ، ص ١٠١-١٠٢ ، احمد محمد محرز ، الوسيط في الشركات التجارية ، ط ٢ ، منشأة المعارف ، القاهرة ، ٢٠٠٤ ، ص ٤٠٧ ، قاسم علي سيد ، قانون العمال (الشركات التجارية) ، ج ٢ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ٢٠٠١ ، ص ٢٩١ ٢٩٢ .

١٣- د. سميحة القليوبي ، مصدر سابق ، ص ٣٧ .

١٤- د. احمد محمد محرز ، مصدر سابق ، ٤٠٧ .

١٥- د. سميحة القليوبي ، مصدر سابق ، ص ٣٧ .

٢٥- نصت المادة (٥٦/ثالثاً) من قانون الشركات العراقي النافذ (لكل مساهم حق الافضلية في شراء الأسهم بسعر الاكتتاب بعدد يتناسب مع عدد الأسهم التي يملكها ...)

٢٦- انظر المادة (٣٨) من قانون الشركات العراقي المعدل النافذ.

٢٧- انظر المادة (٦٥) من قانون الشركات العراقي المعدل النافذ.

٢٨- انظر المادة (٨٤) من قانون الشركات العراقي المعدل النافذ.

٢٩- حسب نصوص المواد (٦٤، ٦٥، ٦٦) من قانون الشركات العراقي المعدل النافذ .

٣٠- انظر المادة (٦٧) من قانون الشركات العراقي المعدل النافذ .

٣١- د. احمد محمد محرز ، مصدر سابق ، ص ٤٦٤ .

٣٢- د. احمد ابراهيم البسام ، مصدر سابق ، ص ١٣٨ . بند ١٠٦ .

٣٣- الدكتور فوزي محمد سامي ، المصدر السابق ، ص ١١٩

٣٤- الدكتور شكري حبيب شكري وميشيل ميكالا، شركات الأشخاص وشركات الأموال علماً وعملاً في القانون المصري ، مطبعة بروكاشيا، بدون سنة طبع ، ص ٢٠٦ ، الهامش رقم ١ .

٣٥- انظر المادة (١٣/ثامناً) من قانون الشركات العراقي المعدل النافذ .

٣٦- د. عبد الباري عبد الرضا ، القانون الدولي الخاص، الطبعة الاولى ، السنهوري ، بغداد ، ٢٠٠٣ ، ص ١٩٥ .

٣٧- د. لطيف جبر كومانى ، مصدر سابق ، ص ٤١ .

٣٨- القسم الخامس من القانون المؤقت لسوق العراق للأوراق المالية رقم ٧٤ لسنة ٢٠٠٤ .

٣٩- المواد ١ ، ٢ من تعليمات رقم (١) تداول غير العراقي في اسواق المال العراقية .

١٦- أبو زيد رضوان ، المرجع السابق ، ص ١٠٢، محمود سمير الشرفاوي ، مصدر سابق ، ص ٢٩٣ ٢٩٤ ، وهذا الاتجاه نجده مكرس في القانون المصري ، كما يكرسه قانون الشركات اليمني في المادة (٦٧) وقانون الشركات البحريني في المادة (٦٧) وقانون الشركات السعودي في المادة (٥٣) وقانون الشركات الإماراتي في المادة (٧٠) .

١٧- د.سميحة القليوبي، مصدر سابق ، ص ٣٦ ، قاسم علي سيد ، مصدر سابق ، ص ٢٩٤ ٢٩٥ ، أبو زيد رضوان ، مرجع سابق ، ص ١٠٢ .

١٨- فاروق ابراهيم جاسم، تحديد مفهوم المؤسس في الشركة المساهمة - دراسة في القانون العراقي واللبناني والانكليزي والفرنسي ، بحث منشور في مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية ، العدد الثامن، ص ٤٣١ .

١٩- فاروق ابراهيم جاسم ، حقوق المساهم في الشركة المساهمة ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون -جامعة بغداد ، ١٩٩٣، ص ٥ .

٢٠- د. رزق الله انطاكي ود. نهاد السباعي ، موسوعة الحقوق التجارية ، الشركات التجارية ، مطبعة الجامعة السورية ، ١٩٥٢، ص ١٣١ .

٢١- نصت المادة (٢٩/اولا) منه على (: يقسم راس المال في الشركة المساهمة والمحدودة الى اسهم اسمية نقدية متساوية القيمة غير قابلة للتجزئة

٢٢- د. صلاح الدين الناهي ، شرح القانون التجاري العراقي - الجزء الرابع - الشركات التجارية ، بدون دار نشر ، ١٩٤٨ ، ص ٤٤ .

٢٣- د. احمد ابراهيم البسام ، الشركات التجارية في القانون العراقي ١٩٦٧ ، مطبعة العاني ، ص ١٤٧ بند ١١٣ . وكذلك د. زق الله انطاكي ود. نهاد السباعي ، مصدر سابق ، ص ١٣١ .

٢٤- نصوص المواد (٥٤ و٥٥ و٥٦) من قانون الشركات العراقي النافذ والتي نظمت زيادة رأس المال الشركة بإصدار اسهم جديدة .

قائمة المصادر والمراجع

اولا : الكتب

٩. د. صلاح الدين الناهي ، شرح القانون التجاري العراقي – الجزء الرابع – الشركات التجارية ، بدون دار نشر ، ٨٤٩١ .
١٠. عبد الباري عبد الرضا ، القانون الدولي الخاص ، الطبعة الاولى ، السنهوري ، بغداد ، ٣٠٠٢ .
١١. د. عزيز العكلي ، الشركات التجارية في القانون الاردني ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ١٩٩٥ .
١٢. د. علي حسن يونس ، الوسيط في الشركات التجارية ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٦١ .
١٣. د. عيد ادور ، الشركات التجارية ، شركات المساهمة مطبعة النجوى ، بيروت ١٧٩ .
١٤. فاروق ابراهيم جاسم ، حقوق المساهم في الشركة المساهمة ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون - جامعة بغداد ، ١٩٩١٣ .
١٥. د. فوزي محمد سامي ، شرح القانون التجاري ، الجزء الثالث مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ١٩٩٧ .
١٦. قاسم علي سيد ، قانون العمال (الشركات التجارية) ، ج٢ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ٢٠٠١ .
١٧. كامل عبد الحسين البلداوي ، الشركات التجارية في القانون العراقي مديرية دار الكتاب للطباعة والنشر ، ١٩٩٠ .
١. د. أبو زيد رضوان ، شركات المساهمة والقطاع العام ، دار الفكر العربي ، القاهرة ١٨٩١ .
٢. احمد ابراهيم البسام ، الشركات التجارية في القانون العراقي ٧٦٩١ ، مطبعة العاني .
٣. احمد محمد محرز ، الوسيط في الشركات التجارية ، ط٢ ، منشأة المعارف ، القاهرة ، ٤٠٠٢ .
٤. د. رزق الله انطاكي ود. نهاد السباعي ، موسوعة الحقوق التجارية ، الشركات التجارية ، مطبعة الجامعة السورية ، ٢٥٩١ .
٥. د. سعيد يوسف البستاني المركز القانوني للأجانب و العرب في الدول العربية دراسة مقارنة – الطبعة الاولى منشورات الحلبي الحقوقية – بيروت – لبنان ٤٠٠٢ .
٦. د. سميحة القليوبي ، الشركات التجارية ، ج٢ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ٣٩٩١ .
٧. بشكري حبيب وميشيل ميكال ، شركات الأشخاص وشركات الأموال علماً وعملاً في القانون المصري ، مطبعة بروكاشيا ، بدون سنة طبع .
٨. د. صالح عبد الزهرة الحسون – حقوق الاجانب في القانون العراقي ، الطبعة الاولى ، دار الافاق الجديدة ، ١٨٩١ .

٦. تعليمات رقم (١٥) شروط ومتطلبات
ادراج الشركات الاجنبية في السوق الثانوية.

٨١.د. لطيف جبر كوماني ، الشركات
التجارية دراسة قانونية مقارنة ، الجامعة
المستنصرية ، ٢٠٠٦.

١٩. محمود سمير الشرقاوي ، القانون
التجاري ، ج١، دار النهضة العربية ، القاهرة
١٩٩٨ .

٢٠.د. موفق حسن رضا ، قانون
الشركات، مركز البحوث القانونية ، وزارة
العدل، بغداد، ١٩٨٥ .

ثانيا : البحوث

فاروق ابراهيم جاسم ، تحديد مفهوم
المؤسس في الشركة المساهمة - دراسة
في القانون العراقي واللبناني والانكليزي
والفرنسي، بحث منشور في مجلة جامعة
الانبار للعلوم القانونية والسياسية ، العدد
الثامن، ص ١٣٤ .

ثالثا : القوانين والتعليمات

١. قانون الشركات العراقي رقم ١٢ لسنة
١٩٩٧ المعدل لسنة ٢٠٠٤ .

٢. القانون المؤقت لسوق الاوراق المالية
رقم ٧٤ لسنة ٢٠٠٤ .

٣. قانون الاستثمار رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦ .

٤. تعليمات رقم (١) تداول غير العراقي في
اسواق المال العراقية

٥. تعليمات رقم (٦) شروط ومتطلبات
ادراج الشركات الاجنبية في السوق النظامي.

Membership of Foreigners in Iraqi Trade Companies

Asst. Prof. Dr. Siham Swadi Tu'ma^(*)

Abstract

In order to encourage foreign investment and create equality between foreign investors and their Iraqi counterparts (as Iraqi companies had been exclusive to Iraqi nationals), the Iraqi legislature introduced a significant amendment to the Iraqi Companies Law no. 21 of 1997 pursuant to the Coalition Provisional Authority order no 64 on 03/03/2004, allowing foreigners to become members in Iraqi companies incorporated in accordance with Iraqi laws. That amendment represented a turning point in investment in general and foreign investment in particular. It also impacted the Law of Investment and Stocks Exchange and the instructions promulgated thereunder.

Legal personality of foreigners was acknowledged in the wake of the spread of human rights and registering them through international agreements and conventions and the establishment of international customs acknowledging the legal personality of individuals, which improved the situation of foreigners. An individual is deemed a foreigner once he crosses the boundaries of his country whether he does that for residency or transit, legally or illegally.

An examination of Iraqi corporate laws, both those revoked and those in place, reveals a clear confusion among Iraqi legislators concerning determination of persons entitled to establish or subscribe at companies in accordance with Iraq laws.

(*) Al-Mustansiriya University/ College of Law

مدى صلاحية التعويض العيني لجبر الضرر المستقبلي

دراسة مقارنة في القانونين العراقي والانكليزي

م.د. كاظم حمادي يوسف الحلفي(*)

الملخص

يُعد الضرر ركناً من اركان المسؤولية المدنية، فإذا لم يكن ثمة من ضرر فليس من مسؤولية مدنية سواء أكانت عقدية أم تقصيرية، وهذا ما تقرره قاعدة ان لا دعوى بغير مصلحة. فإذا كانت طرق التعويض التقليدية لا تثير مشكلة أو تساؤلاً في حال كان الضرر فيها ثابتاً فإن الامر ليس كذلك بصدد الضرر المستقبل أو المتغير، فهذا الاخير يُعد ضرر غير ثابت، أو غير مستقر بنتائجه، فطرق التعويض هي التعويض العيني، والتعويض بمقابل (سواء أكان نقدياً أم غير نقدي)، فأى من طريقي التعويض هو اصلح من الاخر لجبر الضرر المستقبل، وبأنواعه المختلفة (المالي، والمعنوي، والجسدي)؟.

فالتعويض العيني موضوع البحث يتجسد بإعادة حالة المضرور الى ما كانت عليه قبل وقوع الضرر، أي بإزالة الضرر ومحو اثره كلياً، وإذا كنا بصدد ضرر مستقبل تمتد نتائجه الى زمن لاحق لوقوع الفعل الضار، فهل يصلح هذا النوع من انواع التعويض لجبره أم لا؟. وإذا لم يكن التعويض العيني لوحده ملائماً لجبر الضرر المستقبل، فهل يمكن اجتماعه مع طريقة اخرى من طرق التعويض بمقابل لجبر مثل هذا النوع من الضرر؟.

المقدمة

المسؤولية المدنية تقوم على الضرر، وتهدف الى تعويض هذا الضرر، فإن هذا التعويض يمثل جزءاً لها يميزها بدهاءة عن غيرها، ومن ناحية اخرى يهدف التعويض الى جبر الضرر وبحسب مقدار الضرر يقدر التعويض الذي يكون حسب الاحوال اتفاقياً، أو قانونياً، أو قضائياً، والذي لا يتقرر، أو لا يكون مستحقاً، أو لا يقضى به إلا بتوافر شروط، أو صفات، أو مواصفات الضرر: المادي، أو المالي، والمعنوي (الادبي)، والجسمي (الجسدي).

وهنا لا بد من التمييز بين التعويض العيني موضوع بحثنا وبين التنفيذ العيني، فالأول يحصل بعد الإخلال بالالتزام، وأما الثاني فيحصل قبله، ولا يمكن اللجوء الى الاول إلا إذا تعذر إجراء الثاني^(١). ويرى البعض أن التعويض العيني طريقة مثلى لجبر الضرر، وأياً كانت المسؤولية المدنية المتحققة عقدية أم تقصيرية^(٢).

وما اختلف فيه بشأن ملاءمة، أو عدم ملاءمة طريقة التعويض العيني لجبر الضرر لا يتوقف على طبيعة المسؤولية كونها عقدية، أو تقصيرية كما ذهب الى ذلك بعض الفقهاء والشراح^(٣)، وانما لا بد من النظر الى

lawyerahilfy@umoustansiriyah.edu.iq

(*) الجامعة المستنصرية / كلية القانون

٢- الرغبة في اجراء دراسة مقارنة بين وسائل التعويض العيني لجبر الضرر المستقبل في القانون الانكليزي، والقانون المدني العراقي. وبيان مدى صلاحية هذا التعويض لجبر الضرر المستقبل في كلا القانونين.

ثالثاً. نطاق البحث

تهدف هذه الدراسة الى تسليط الضوء على وسائل التعويض العيني لجبر الضرر المستقبل في القانون الانكليزي، وما يتضمنه من وسائل متعددة بهذا الخصوص. فضلاً عن الوسائل التعويض العيني التي تناولها القانون المدني العراقي والقضاء العراقي بصدد جبر الضرر المستقبل.

رابعاً. الدراسات السابقة لموضوع البحث

على الرغم من وجود دراسات قليلة تناولت موضوع تعويض الضرر المستقبل في المسؤولية المدنية بشقيها العقدي والتقصيري، إلا انها لم تبين بشيء من التعمق مسألة صلاحية التعويض العيني لجبر الضرر المستقبل، فضلاً عن عدم تناول الوسائل الممكنة التي تكون صالحة لجبر هذا الضرر ، كما انها لم تتناول موضوع البحث بمنهج مقارنة مع القانون الانكليزي، خصوصاً ان القضاء الانكليزي له دور فعال في ارساء وترسيخ وسائل التعويض العيني لجبر الضرر المستقبل.

خامساً. منهجية البحث

تتركز هذه الدراسة على اساس منهج البحث القانوني التحليلي المقارن، فهي

نوع الضرر كونه مالياً أو معنوياً أو جسدياً، والى ما يراه القاضي من طرق التعويض الاكثر ملاءمة من غيرها لجبر الضرر، أو التعويض عنه (٤).

وعن مدى صلاحية التعويض العيني لجبر الضرر المستقبل، أو المتغير، فان ذلك يتوقف على نوع الضرر المراد جبره وطبيعته، فالضرر المالي يتفق مع فكرة التعويض العيني بإعادة الحال الى ما كان عليه ولمواجهة احتمالات تغير الضرر مستقبلاً، فان بالإمكان أن يحتفظ القاضي للمتضرر بالحق في إعادة النظر في تحديد مقدار التعويض وليس بالضرورة أن يكون الحكم في دعوى التعويض المؤقت، أو التكميلي متضمناً تعويضاً عينياً إذ يمكن أن يكون نقدياً ولا مانع لمواجهة احتمالات تغير الضرر عما كان عليه وقت حصوله، بينما لو كان الضرر ثابتاً فان التعويض برد الشيء، أو إعادته الى حالته السابقة يعد كافياً لجبر الضرر وفي ذلك حماية للمضرور من التغير المستمر في الاسعار، أو من صعوبات الحصول على مثيل للأموال المتضررة من الاسواق مثلاً (٥).

ثانياً. أسباب اختيار موضوع البحث

١- قلة الابحاث والدراسات القانونية، ولاسيما المقارنة منها مع القانون الانكليزي، وتبين لنا ندرة الدراسات المقارنة التي يقوم بها الباحثون القانونيون في العراق التي يكون محورها المقارنة بالقانون الانكليزي، حيث هناك اوجه شبه من جهة ، ومن جهة اخرى هناك اوجه اختلاف فيما يتعلق بموضوع بحثنا بين القانونين.

تتمحور على القانون الانكليزي (والذي يتمثل بالسوابق القضائية، والمبدأ القانونية التي رسخها القضاء الانكليزي والفقهاء الانكليزي)، بوصفه محوراً أساساً مع مقارنته بالقانون المدني العراقي وفق القواعد العامة، فضلاً عن موقف الفقه والقضاء العراقي ببيوصفها نظم قانونية مقارنة.

سادساً. هيكلية البحث

وسوف يكون البحث عن وسائل التعويض العيني لجبر الضرر المستقبلي في القانون العراقي والقانون الانكليزي وذلك في مطلبين وعلى النحو الآتي :

المطلب الاول: وسائل التعويض العيني لجبر الضرر المستقبلي في القانون العراقي.

المطلب الثاني: وسائل التعويض العيني لجبر الضرر المستقبلي في القانون الانكليزي.

المطلب الاول

وسائل التعويض العيني لجبر الضرر المستقبلي في القانون العراقي

لقد عُرف الضرر بأنه "مساس بحق لأخر أو بمصلحة مشروعة له" (٦) ، وهذا المساس يُعد ضرراً مادياً إذا ما سبب للمضروب خسارة مالية، كما يُعد هذا المساس ضرراً أدبياً أو معنوياً إذا كان لا يسبب خسارة مالية ، وبتعبير آخر، قيل أن الضرر هو "الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه أو بمصلحة مشروعة له سواء أكان ذلك الحق أم تلك المصلحة متعلقاً بسلامة جسمه، أم بماله، أم حريته أم شرفه، وصفته وغير ذلك" (٧).

ومما تقدم ذكره يُعد الضرر ركن من اركان المسؤولية المدنية، إن لم يكن ركنها المهم الذي تقوم عليه، بل هو الذي تقوم المسؤولية من أجل تعويضه، كذلك فإن التعويض لا يكون إلا عن ضرر ولا مصلحة في الدعوى إذا لم يكن مدعي المسؤولية قد أصابه ضرر يطالب بتعويضه، فالضرر كركن من اركان المسؤولية المدنية له شروط وانواع، كما أن للضرر أحوال يرتبط فيها بظرف الزمان فيكون ضرراً مؤكداً ومحققاً في الحال، أو يكون مؤكداً في نتائجه التي تتراخي الى الاستقبال حتى يوصف بالضرر المستقبلي، وهو بالطبع ضرر يوجب المسؤولية والتعويض (٨).

وعلى هذا الأساس وحتى يمكن تحديد الوسائل المناسبة للتعويض العيني لجبر الضرر المستقبلي، فلا بد والحالة هذه من التعرض الى وجود الضرر المستقبلي مع شروطه وانواعه وذلك في فرع اول، فضلاً عن ايجاد الوسائل المناسبة للتعويض العيني لذلك الضرر في فرع ثانٍ، على النحو الآتي:-

الفرع الاول

وجود الضرر المستقبلي مع شروطه وانواعه

لقيام المسؤولية المدنية (العقدية والتقصيرية) لا بد من قيام اركانها والمتمثلة بالخطأ والضرر والعلاقة السببية بين الخطأ والضرر، فضلاً عن ذلك يذكر فقهاء القانون المدني شروطاً لركن الضرر، ومن اهم هذه الشروط التي لا بد من توافرها لكي يكون الضرر واجب التعويض، هي كالآتي:

١- أن يكون الضرر مباشراً ، ٢- أن يكون الضرر محققاً ، ٣- أن يكون الضرر شخصياً (اي أصاب المضرور شخصياً) ، ٤- أن يكون الضرر قد أصاب حقاً أو مصلحة مشروعة للدائن أو المضرور ٥- أن لا يكون الضرر قد سبق تعويضه ، ٦- أن تكون نتيجة الضرر في المستقبل (يتضمن البعد الزمني من جهة النتائج).

وتجدر الإشارة الى أنه، من اهم شروط الضرر المستقبل هو ان يكون مشتملاً على البعد الزمني من جهة النتيجة وليس السبب، فالضرر سواء أكان حالاً أم مستقبلاً يجب أن تتوافر فيه الشروط المذكورة آنفاً^(٩) .

وهذا ما يدعو الى القول ، أن الضرر المستقبل يوجد مع شروط الضرر ، سواء أكان النظر الى هذه الشروط مما ينطبق على كل ضرر بصرف النظر عن وقته أو زمنه، اي على وفق نظرة عامة لكل ضرر ، وسواء كان النظر الى هذه الشروط مما ينطبق على أجزاء هذا الضرر بعد زمنه ، أي سواء أكان الضرر في الحال (ضرر حال) ، أم كان الضرر في الاستقبال (الضرر المستقبل) .

وعلى غرار ما ذكرناه بشأن شروط الضرر ، فانه الى جانب صورتي المسؤولية المدنية العقدية والتقصيرية ، يذهب فقهاء القانون المدني الى تبني تقسيمات لأنواع الضرر في نطاق المسؤولية المدنية ، وهذه الانواع التي لا تخرج عما يأتي :

اولاً- الضرر المادي أو المالي . ثانياً- الضرر المعنوي (الادبي أو الاعتباري) . ثالثاً- الضرر الجسمي أو الجسدي .

وهناك من يميز بين الضرر المادي والضرر المالي ، أو يضيف نوعاً آخر للضرر ، إلا وهو ضرر الموت ، فضلاً عن كون الضرر الجسمي ضرراً ذا طبيعة خاصة ، إذ يكون ضرراً مادياً ومعنوياً في الوقت ذاته^(١٠) .

وتجدر الإشارة الى أن ، الانواع انفة الذكر من الضرر ، يمكن أن تكون أضراراً في الحال أو أضراراً في الاستقبال ، وكما تذكر على وجه الإجمال أو العموم ، يصح ذكرها على وجه التخصيص إذ يكون الضرر سواء أكان مادياً أم مالياً أم أدبياً أم جسمياً ضرر مستقبلاً مادياً أم مالياً أم أدبياً أم جسمياً ، الأمر الذي يؤكد أن الضرر المستقبل يمكن أن يوجد مع أنواع الضرر المشار اليها فيما تقدم .

الفرع الثاني

وسائل التعويض العيني لجبر الضرر المستقبل

وفقاً للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع بشأن تعويض الضرر هناك عدة طرق بخصوص ذلك وهذا الامر لا يثير اي اشكالية عندما يكون الامر متعلق بضرر حال ونتائجه مستقرة ، ولكن الامر ليس كذلك بخصوص الضرر المستقبل ، ذلك لأنه ضرر يتمتع بخصائص تميزه عن غيره كونه ضرر غير مستقر بنتائجه ، وطرق التعويض لجبر هذا الضرر هي التعويض العيني موضوع بحثنا فضلاً عن التعويض بمقابل (نقدي وغير نقدي) .

ويُقصد بالتعويض العيني الحكم بإعادة حالة المضرور الى ما كانت عليه قبل وقوع الضرر ، وهذا النوع من التعويض هو الافضل

أن كان ممكناً لأن مضمونه يتعلق بإعادة حالة المضرور الى ما كانت عليه قبل وقوع الضرر، أي إزالة الضرر الذي لحق بالمضرور واعادته الى الحالة التي كان عليها وكان الضرر لم يحدث^(١١).

وبشأن وسائل التعويض العيني لجبر الضرر المستقبلي، فهنا لا بد من النظر الى نوع الضرر كونه مالياً أو معنوياً أو جسدياً، فضلاً عن سلطة القاضي التقديرية فيما يراه مناسباً من طرق التعويض والتي تكون أكثر ملاءمة من غيرها لجبر الضرر أو التعويض عنه.

وقد اختلف الفقه بصدد ملاءمة التعويض العيني لجبر الضرر في نطاق المسؤولية المدنية بصورتها العقدية والتقصيرية، وهنا ذهب جانب من الفقه^(١٢) الى ان التعويض العيني هو الغالب في التطبيق في مجال المسؤولية العقدية ولا يكون له تطبيق إلا على وجه الاستثناء في مجال المسؤولية التقصيرية.

في حين يرى جانب اخر من الفقه، أن طريقة التعويض العيني تلائم المسؤولية التقصيرية اكثر من ملاءمتها للمسؤولية العقدية ولا سيما في حالة الضرر المادي^(١٣).

وكما أن ملاءمة التعويض العيني لجبر الضرر المستقبلي، تتحدد في نوع الضرر المراد جبره وطبيعته، فالضرر المالي يتفق مع فكرة التعويض العيني بإعادة الحال الى ما كان عليه ولمواجهة احتمالات تغير الضرر مستقبلاً، فأن بالإمكان أن يكون الحكم في دعوى التعويض المؤقت أو التكميلي متضمناً تعويضاً عينياً إذ يمكن أن يكون نقدياً ولا مانع لمواجهة احتمالات تغير الضرر من اجتماع

طريقتين للتعويض (عيني ونقدي) خاصةً عندما يكون الضرر آخذاً بالتفاقم والتطور عما كان عليه وقت حصوله، بينما لو كان الضرر ثابتاً فأن التعويض العيني يرد الشيء أو إعادته الى حالته السابقة يُعد كافياً لجبر الضرر، وفي ذلك حماية للمضرور من التغير المستمر في الاسعار أو صعوبات الحصول على مثل للأموال المتضررة^(١٤).

وتجدر الاشارة الى، إن فكرة التعويض العيني لها جذور في الشريعة الاسلامية، إذ انها تجعل من التعويض العيني الطريقة الاصل للتعويض، وذلك على اساس مبادلة مال بمال فمن اتلف مالا يدفع مثله أن كان مثلياً^(١٥).

وكما أن القانون المدني العراقي النافذ رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ وتعديلاته، وردت فيه اشارة صريحة للتعويض العيني كطريقة لجبر الضرر، وذلك في ” الفقرة ثانياً من المادة ٢٠٩، منه والتي تنص على انه ” ويقدر التعويض بالنقد على انه يجوز للمحكمة تبعاً للظروف وبناءً على طلب المتضرر ان تأمر بإعادة الحالة الى ما كانت عليه أو أن تحكم بأداء أمر معين أو برد المثل في المثليات وذلك على سبيل التعويض“^(١٦).

وإذ أن الموقف القضائي بصدد التعويض العيني وعلى اساس المادة (٢٠٤) من القانون المدني العراقي النافذ، والتي تنص على قاعدة عامة، وهي كل تعدد يصيب الغير بأي ضرر يستوجب التعويض، فضلاً عن أن ” الفقرة اولاً من المادة ٢٠٩، من القانون نفسه، قد اعطت لقاضي الموضوع سلطة تقديرية لاختيار طريقة التعويض المناسبة تبعاً لظروف الحال، وعلى اساس ذلك فقد يجد القاضي أن التعويض

العيني افضل وسيلة من غيره لجبر الضرر^(١٧).

وبالنسبة للأضرار المعنوية فان اسلوب التعويض بمقابل سواء أكان نقدياً أم غير نقدي يبدو ناجعاً إلا في حالات محدودة كتلك الأضرار التي تصيب السمعة والكرامة، أما بالنسبة للأضرار الجسدية وإذ تكون احتمالات التغير بالضرر واردة أكثر من غيره، وهنا اختلف الفقه بشأن التعويض العيني عنها، لأن جسم الانسان وكما ذكر بعض الفقهاء لا يتم اصلاحه كما في الاشياء، وهناك مخاطر لا يمكن الشفاء منها مطلقاً، أو يكون الشفاء منها ناقصاً، أو العجز، أو الموت، مما يستحيل وايه التعويض العيني وبصورة مطلقة، إلا في الحالات التي تبدو فيها امكانية نقل وزراعة الاعضاء البشرية وعمليات التجميل^(١٨).

وهناك من الفقهاء من يذهب الى أنه يمكن التعويض العيني عن بعض صور الأضرار الجسدية كما في حالات التشويه، إذ يمكن اجراء عملية التجميل لإعادة المضرور الى الحالة التي كان عليها قبل وقوع الضرر، ولاسيما حالات التشويه البسيط والمحدود، ويُعد هذا الرأي الاتجاه المعاصر من الفقه، والذي اعطى اهمية خاصة للتطورات العلمية في مجال الطب، ومدى امكانية زرع ونقل الاعضاء البشرية، ومن ثم صلاحية التعويض العيني عن الضرر الجسدي، ولحالات محدودة، ولأعضاء معينة في جسم الانسان، سواء أكان العضو المعوض عنه طبيعياً أم اصطناعياً^(١٩).

وتجدر الاشارة الى أنه هناك اعضاء في جسم الانسان يمكن تعويضها عينياً عند تضررها، وذلك يتم إما عن طريق الاتفاق بين المسؤول والمضرور، أو عن طريق القضاء،

وهذا ما نجده في عمليات التجميل، والتي يكون الهدف منها ازالة تشويه حدث في جسم المريض، فمن شأن ذلك ان تعيد المضرور الى الحالة التي كان عليها قبل وقوع الضرر، فلا يقتصر التعويض العيني في هذه الحالة على ازالة الضرر الجسدي بل حتى الضرر الجمالي لأنه بزوال الاصابة عن طريق التعويض العيني بالجرأة التجميلية فإنه يتحقق الاستقرار النفسي للمضرور، وبذلك يكون التعويض العيني قد ازال الضرر الجسدي والمعنوي الذي لحق بالمضرور من جراء التشويه في أن واحد^(٢٠).

وخالصة القول أن، التعويض العيني يُعد وسيلة احتياطية لتنفيذ الالتزام لا يلجأ اليها إلا إذا اصبح التنفيذ العيني للالتزام غير ممكن أو ممكناً ولم يقيم به المدين، ولم يطلبه الدائن، وعموماً فان اغلب التطور الذي حصل في مجال الطب فان التعويض العيني يبقى في اطار الضرر الجسدي مقصوراً على حالات محدودة وبحسب نوع الاصابة التي لحقت بالمصاب لأن هناك حالات يستحيل معها التعويض عينياً كالإصابات الجسدية التي تؤدي الى الوفاة، فهنا والحالة هذه لا يمكن اعادة الحياة الى الميت، كما أن التعويض العيني وان كان يجبر الضرر الحاصل إلا انه لا يزيل ما حدث اثناء المدة الواقعة بين حدوث الضرر واعادة الحال الى ما كان عليه قبل حدوث الضرر، فضلاً عن ذلك فقد تحدث أضرار مستجدة بعد ازالة هذه الأضرار الحاصلة وبعد مضي مدة غير محددة، وهنا تكمن اشكالية التعويض العيني الذي يبدو معه أن التعويض العيني لا يجبر كامل الضرر المستقبلي، وذلك يمكن ان تجتمع طريقتان للتعويض، وذلك بإضافة التعويض

ويحدث أن يكون الضرر محقق الوقوع على الرغم من انه لم يقع ، إذ يكون وقوعه سيتم في فترة لاحقة، فوجوده امرأ محققاً وسيعم حتماً في المستقبل.

وهذا النوع من الأضرار يسمى الضرر المستقبل، وتسميته بالمستقبل إنما يرتبط بطبيعة هذا الضرر وزمانه ومع الوقت تفسر طبيعته وخصائصه إذ تظهر كلاً أو جزءاً مستقبلاً بعد حين يطول أو يقصر بعد أن تكون اسبابه قد ظهرت، أو تأكدت فعلاً في الحال، وتراخت نتائجه في المستقبل.

ولبيان امكانية التعويض العيني لجبر الضرر المستقبل عن طريق وسائل تتلاءم مع طبيعة الضرر المستقبل فلا بد من تعريف الضرر المستقبل في القانون الانكليزي (الفرع الاول)، وتناول شروطه (الفرع الثاني)، وتحديد انواع الضرر (الفرع الثالث)، فضلاً عن وسائل التعويض العيني لجبر الضرر المستقبل (الفرع الرابع) ، وكما يأتي بيانه:

الفرع الاول

تعريف الضرر المستقبل في القانون الانكليزي

اشارَ المشرع الانكليزي الى الضرر المستقبل في تشريعات عدة ، منها " تشريع التعويض الانكليزي الصادر في ١٩٩٦ ، (Damages Act ١٩٩٦) في م ٢ ف ٢ ب/ب بأن " التعويض يعني تعويض الخسارة المالية المستقبلية " (٢١) .

فهذا النص يبين أن التعويض يقتصر على الخسارة المالية التي ستقع مستقبلاً، اي أن

النقدي للتعويض العيني فيكون المضرور قد حصل على حقه الكامل في التعويض ، ولكن جزء منه بالتعويض العيني ، والجزء الاخر بالتعويض النقدي ، وهذا أمر يكثر حدوثه عندما يأخذ الضرر المستقبل بالتفاقم عما كان عليه وقت حدوثه.

المطلب الثاني

وسائل التعويض العيني لجبر الضرر المستقبل في القانون الانكليزي

يُعد الضرر بطبيعته قابل للتغير ، فقد يتفاقم ويشند الى درجة كبيرة، وقد يتقلص حتى الوصول للزوال، وفي الواقع العملي فإن من يتعرض للإصابة بضرر أيا كان سببه فإنه يستحق تعويضاً بالقدر الذي يعيد التوازن الذي اختل نتيجة للفعل الضار من جانب المسؤول بحيث لا تبقى اي خسارة من دون تعويض.

والذي يحدث انه عند مطالبة المضرور بالتعويض يُحكم له بمقدار من التعويض عن الأضرار الحالية، إلا انه وبعد صدور الحكم النهائي بالتعويض واكتسابه درجة البتات قد يطرأ على هذا الضرر تفاقمأ بزيادة حجمه ، وقد يأخذ التفاقم شكلاً آخر يتمثل ببقاء حجمه على حاله، ولكن الاسعار ترتفع وتنخفض للقيمة الشرائية للمبلغ المحكوم به في التعويض فيترتب على ذلك اختلال التوازن بين الضرر والتعويض عنه.

فلا بد لقيام المسؤولية المدنية ان يكون الضرر محقق الوقوع، ويكون كذلك إذا تحقق سببه ونتائجه، ومن ثم يتمكن القاضي أن يقدره ويقضي بما يناسبه من تعويض.

الضرر المستقبلي هو الخسارة المالية المستقبلية.

كما أن تشريع مساهمة المضرور والمسؤول في الإهمال (Law Reform) (Contributory Negligence Act 1945) ، والصادر في الخامس عشر من حزيران ، ١٩٤٥ ، فيصدد اشارته الى الضرر المستقبلي نجد انه وسع من نطاقه ، وضمنه حالتين بنص (الفقرة رابعاً من المادة ٢٨) منه، بالنص على انه ” الضرر اينما ورد يمتد ليشمل الضرر الناجم عن فقدان الحياة، والضرر الناجم عن جروح شخصية“ (٢٢) .

ومن الجدير بالذكر ان هذا التشريع شأنه شأن التشريع السابق ونقصد (تشريع التعويض الصادر ١٩٩٦)، فقد حدد الضرر المستقبلي بالجانب المادي فقط، اي أنه نظم الضرر المادي الذي يصيب الشخص ويمس جسمه، أو ماله، أو ينتقص حقوقه المالية، أو يفوت مصلحة مشروعة له تقدر فائدتها مالياً (٢٣) .

كما أن تشريع المساهمة في المسؤولية المدنية الانكليزي (Civil liability) (Contribution Act 1978)

الصادر في الاول من تشرين الثاني ١٩٧٨ ، على الرغم من أن هذا التشريع لم يشر صراحةً الى الضرر المستقبلي، إلا انه قد وضع قاعدة يمكن ان تمتد لتشمل الضرر المستقبلي، وذلك في المادة (١) منه، والتي تنص على انه “اي شخص ارتكب فعلاً تضرر منه آخر كان الاول مسؤولاً عنه“ (٢٤) .

ومن الجدير بالذكر أن قوانين التجارة في التشريعات الانكلوامريكية أشارت الى الضرر المستقبلي ، فقد عرف مشرع

قانون التجارة الامريكي الموحد الصادر سنة ١٩٩٢ (Uniform Commercial Code Act 1992) ، الضرر المستقبلي، واطلق عليه الخسارة التبعية (Incidental Damage) في “ الفقرة اولاً من المادة ٢-٧١٥ ” منه، على انه “أ- اي خسارة للمتطلبات العامة والخاصة والاحتياجات التي تم التعاقد عليها والتي علم بسببها وقت التعاقد ولم يكن من المعقول منعها لعدم تحقق نتائجها بعد. ب- ويمتد هذا الضرر ليشمل ما يصيب الشخص، أو ملكيته نتيجة الاخلال بالتعهد“ (٢٥) .

كما أن اغلب الفقه الانكليزي في تعريف الضرر المستقبلي لا يخرج عن كونه ” أذى يسببه شخص لغيره عن قصد أو إهمال يترتب عليه مسؤوليته عن فعله الضار مالم يكن قد ارتكبه بعذر مشروع“ (٢٦) .

وعلى الرغم من اتفاق الفقه الانكليزي على مفهوم الضرر المستقبلي إلا ان تسمياتهم له جاءت مختلفة، فمنهم من اطلق عليه تسمية الخسارة المنتظرة (Prospective loss) ، وعرفه بانها ”الخسارة الفعلية التي تصيب المدعي في وقت لاحق على الاخلال، ويسمى الضرر المنتظر لأنه واقع لا محالة ونسبة وقوعه كبيرة“ (٢٧) .

وهناك من الفقهاء من اطلق على الضرر المستقبلي اسم الضرر الحدسي اي المتوقع وعرفه بأنه ” اي أذى لشخص المدعي، أو ملكيته، أو في مقدار من ثروته كأثر للإخلال“ (٢٨) .

وكما أن الفقيه الانكليزي (هوستن) يطلق على الضرر المستقبلي تسمية ” الضرر

الحادث“، ويعرفه بأنه ”نوع من الأضرار يفترض القانون انه سيقع كنتيجة طبيعية للفعل الخاطيء، ولا يتطلب بيانه، أو اثباته في الدعوى“،^(٢٩).

و عرفه فقيه اخر بأنه“ الضرر الذي تراخت نتائجه الى وقت لاحق على الإخلال“،^(٣٠).

واضاف فقيه اخر وصفاً للضرر المستقبل عند تعريفه اياه وهو ان يكون فعلياً، و عرفه بأنه ” الضرر الفعلي الذي تحققت اسبابه وقت انعقاد العقد، وتراخت نتائجه الى ما بعده“^(٣١).

الفرع الثاني

شروط تعويض الضرر المستقبل في القانون الانكليزي

للتعويض عن الضرر المستقبل لابد من توافر عدة شروط، وتوافرها يستطيع المضرور ان يطالب بتعويضه، وعند عدم توافر هذه الشروط في الضرر عندها لا يكون واجب التعويض، والشروط الواجب توافرها في الضرر للتعويض عنه، على النحو الآتي:

اولاً - أن يكون الضرر مباشراً.

ويطلق على هذا الشرط في القانون الانكليزي بشرط السببية (Causation)، ويُقصد به ان الضرر الذي يعوض عنه يجب ان يحصل بسبب الإخلال في العقد، اي ان يكون الإخلال الصادر من المدعي عليه هو السبب المباشر للضرر، أما إذا كان فعل المدعي نفسه قد سبب الضرر فلا محل لتعويضه^(٣٢).

وتبرز اهمية تحقق هذا الشرط في قضية (Koufos V. C. Czarukow)

ثانياً- ان يكون الضرر المستقبل مؤكداً ومحقق الوقوع

وهذا الشرط يُعرف بشرط اليقينية (Certain) ويُقصد به ان الضرر المستقبل المدعى به يجب ان يكون ثابتاً على وجه

اليقين والتأكيد، اي لا يكون افتراضياً، ولا يكون احتمالياً بل يجب ان يكون قد وقع فعلاً، ووصف الوقوع الفعلي هنا يشمل الضرر الحال والضرر المستقبلي، الذي سيتحقق وقوعه، اي ان اسبابه أو موجباته ستؤدي حتماً الى وقوعه مستقبلاً^(٣٤).

ومن الجدير بالذكر ان المحاكم الانكليزية قد وضعت معياراً بصدد الضرر المحقق والمؤكد من عدمه مقتضاه ان يثبت المدعي ان نسبة تحقق الضرر ٥٠٪، وترتب على ذلك نتيجتين هما :

اولهما : استبعاد فكرة الاحتمالية

ويُقصد بهذه النتيجة أن يكون التفكير منصباً على النتيجة التي لم يكن من المرجح أن تحدث. كما يجب أن يكون هناك خطر حقيقي أو احتمال حدوثه.

ثانيهما: استبعاد الضرر البعيد من مجال التعويض^(٣٥)

وهذه النتيجة توصل الى انه هناك اضرار لا يمكن التعويض عنها، وهي اضرار بعيدة الصلة، كما تسمى الاضرار غير القابلة للاسترداد إذ يفشل المضرور من اثبات رابطة السببية بين فعل مسبب الضرر والاضرار الناجمة عن ذلك.

وترسخت ضرورة وجود هذا الشرط في قضية (Hadley V. Baxendale 1854) ، وتتلخص وقائعها بأن طاحونة الشركة المدعية، والكاننة في مدينة (كلوستر) قد توقفت عن العمل نتيجة اصابة الآلة البخارية التي تديرها بتلف في عمود الاسطوانة، فأصبح من الضروري

ارسال العمود للورشة التي تقوم بصنعه بمدينة (كريتوس) كنموذج لإرسال عمود جديد مماثل له، لذا أبرم المدعي عقداً مع المدعى عليه، وهو الناقل بأن يقوم هذا الاخير بأخذ هذا الجزء التالف الى منطقة كريتوس، وقد طلب المدعي من المدعى عليه ذلك، وافهمه أن الامر في غاية العجالة، ولكن المدعى عليه ارتكب اهمالاً في تسليم الجزء التالف الى الورشة أو المصنع الذي سيقوم بعملية صب شيء مثيل للجزء التالف مما نجم عنه تأخر الناقل في تسليم الشيء البديل الى مالك الطاحونة لعدة ايام، وترتب عليه أن الطاحونة التي تعود الى المدعي قد توقفت عن العمل اثناء فترة تأخر الناقل بإيصال الشيء البديل عن الآلة البخارية التالفة. طالب المدعي من المدعى عليه بأن يعوضه عن الأضرار التي ستتجم كنتيجة طبيعية لهذا التأخر، وقد حكم القاضي (Alderson) في القضية وازعاً المبدأ الاتي: إذا ما قام الطرفان بإبرام عقد ثم أحل احدهما بالعقد فإن ما يجب أن يستحق كتعويض للطرف الاخر نتيجة لهذا الإخلال هو أما ما يُعد عدلاً ومنطقاً ناشئاً عادةً وبصورة اعتيادية اي طبقاً للمجرى الطبيعي للأمر أو انه من المعقول ان تكون الأضرار متوقعة من قبل الطرفين في الوقت الذي ابرم فيه العقد^(٣٦).

ومن الجدير بالذكر أن المبدأ الذي وضعته قضية (Hadley V. Baxendale 1854) ، يتضمن شقين: الشق الاول أن الأضرار التي تكون قابلة للتعويض هي تلك التي تنتج بشكل طبيعي اثناء العقد.

والشق الثاني، ينبغي إثبات وبيان إن المدين يحيط علماً بتلك الحالة) بمعنى اخر انه

Calder 1895) ، وتتلخص وقائع هذه القضية ، أن المدعي تم استعماله من قبل شركة (Partnership) ، والمكونة من اربعة شركاء لمدة سنتين، وبعد مرور ستة اشهر توفي اثنين من الشركاء، ولم يبقى سوى شريكين، وعلى اثر ذلك حصل تغيير في الشركة التضامنية من قبل القانون تم بموجبه فصل جميع الموظفين، وقد عرض الشريكان الباقيان على المدعي إعادة تعيينه وبشروط عمله السابقة ذاتها إلا أن المدعي رفض إعادة التعيين، ورفع دعوى على اساس الفصل الخاطئ (Wrongful dismissal) ، وحكم بالدعوى أنه كان على المدعي أن يبذل جهود معقولة للاستمرار في العمل، وأن ما كان عليه الرضا استناداً لواجبه في تقليل الأضرار، فإذا وجد عملاً بديلاً مناسباً في مكان آخر فسيعوض تعويضاً اسمياً (Nominal damage) ، فقط على الرغم من ان فصله من العمل كان غير نظامياً، وانه من الناحية القانونية يُعد اخلافاً بالعقد^(٤١) .

رابعاً- أن تكون هناك مصلحة مشروعة

بمقتضاه هذا الشرط ينبغي وجود علاقة قانونية بين المضرور، وبين طالب التعويض، وعلى ذلك نص وحدد تشريع الحوادث المميتة الانكليزي الصادر في ٢٢ من تموز ١٩٧٦ (Fatal Accidents Act 1976)، وهذا التشريع صدر استثناء من المبدأ العام في القانون الانكليزي، والمتضمن انه ” ليس لشخص اية مصلحة قانونية تستطاع حمايتها بطريق القضاء، في حياة الغير“ ، فقد عُد من قبيل الضرر المستقبل ما يصيب المعالين اصحاب المصلحة المشروعة اي

كان يعلم بها)، وأن الشخص الاعتيادي يكون قادراً ايضاً على العلم بها وقت ابرام العقد ، ويتوقع هذه الاضرار الاستثنائية التي تستتبع الإخلال بالعقد.

ثالثاً- شرط تجنب الأضرار أو التخفيف منها.

يُعد شرط تجنب الأضرار أو التخفيف عنها، من الشروط الأساسية التي يتضمنها القانون الانكليزي، وهو في الوقت ذاته يُعد التزاماً يقع على عاتق الدائن كي يحصل على التعويض (Duty to mitigate damage suffered) .

وبمقتضى هذا الشرط هناك ناحيتين هما: الاولى أن على الدائن التزاماً باتخاذ السبل المعقولة التي تقلل من الضرر الذي نشأ بسبب الإخلال بالعقد من جهة المدين^(٣٧) .

أما من الناحية الثانية فأن هذا الواجب يفرض على الدائن التزاماً بعدم اتيان اي عمل غير معقول من شأنه أن يؤدي الى زيادة الأضرار^(٣٨) .

وإذ يقع على عاتق المدين اثبات فشل الدائن في التقيد بهذا الشرط^(٣٩) .

ومن الجدير بالذكر أن هذا الشرط قوامه معيار موضوعي يتحدد فيما سيقوم به الشخص العاقل المنصف المعتاد الذي يتواجد في نفس ظروف الدائن ووضعه، وهل سيتخذ الدائن هذه الاجراءات المعقولة لغرض تجنب الأضرار أو تقليصها أو تخفيفها أم لا^(٤٠)؟.

وقد رسخ القضاء الانكليزي ضرورة توافر هذا الشرط في قضية (Brace V.)

الفرع الثالث

انواع الضرر المستقبل في القانون الانكليزي

يتضمن القانون الانكليزي نوعين من الاخلال وهما الإخلال الحاضر، اي في موعده المستحق (Present Breach) والإخلال المبسر (Anticipatory breach)، والذي يحصل قبل موعده المستحق، وذلك بقيام المدين بإهدار العقد على نحو مطلق بإعلانه انه لن ينفذ الالتزام المترتبة في العقد، وانه لم يعد ملتزماً بها^(٤٣).

ويقابله في القانون العراقي الفسخ أذ في حالة امتناع احد الطرفين عن تنفيذ العقد فإنه يحق للطرف الاخر فسخ العقد مع التعويض أن كان له مقتضى وهذا ما اشارت اليه الفقرة ثانياً من المادة (١٧٧) من القانون المدني العراقي النافذ رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ وتعديلاته.

ومما تقدم ذكر، فإن الاضرار المترتبة على الإخلال قد تكون اضرار حادثة(اضرار عامة) أو اضرار متفاقمة وهي الاضرار التي يتم التعويض عنها، فضلاً عن ان هناك انواع من الاضرار لا يتم التعويض عنها، وسوف نتناول انواع الاضرار، كالاتي:

اولاً- الاضرار التي لا يتم التعويض عنها.

هناك اضرار لا يتم التعويض عنها، وهي الاضرار بعيدة الصلة (Too Remoteness)، كما تسمى الاضرار غير القابلة للاسترداد، أذ لا يستطيع المضرور من اثبات رابطة السببية بين فعل مسبب الضرر والاضرار الناجمة عن ذلك^(٤٤).

من يعيّلهم المضرور من الم كنتيجة لوفاة من يعيّلهم، وحددت "الفقرة ثالثاً ورابعاً من المادة ١" من القانون المذكور انفاً، اصحاب المصلحة المشروعة على سبيل الحصر، أذ نصت فقرة ثالثاً منه، ان اصحاب المصلحة المشروعة لا بد ان يكون واحداً من :

(زوجة أو زوج المضرور، والديه أو جديه، واخيه أو اخته، وعمه أو خاله)

وفضلاً عن ذلك اشارت "الفقرة رابعاً البند ب من المادة (١)" منه صراحةً، بأن الخليفة والولد الناتج من ثمرة علاقة اثيمة يعدان من اصحاب المصلحة المشروعة، بالنص على انه " يجب ان يعامل الشخص غير الشرعي معاملة الطفل الشرعي لأمه أو ابيه"، اي انه جواز تعويض الخليفة عن الضرر المستقبل الذي يصيبها جراء وفاة خليلها.

خامساً – أن يصيب الضرر المستقبل حقاً مكتسباً.

يتجسد هذا الشرط في القاعدة العامة في القانون الانكليزي من انه " الأضرار تعويض سواء أكان بصدد عقد أم عمل غير مشروع (فعل ضار)، فحق تعويض المضرور تبعاً لذلك هو حق مصون كفله القانون، ويستوي ان يكون الحق المصون حقاً مادياً أو ادبياً، والمسألة الهامة التي يستند اليها حق التعويض هي بما خسره المدعي، وليس بما يستطيع المدعي عليه دفعه"^(٤٥).

ثانياً. الاضرار التي يتم التعويض عنها.

ذكرنا فيما تقدم، أن الاضرار المترتبة على الإخلال قد تكون اضراراً حادثه (الاضرار العامة)، وقد تكون اضراراً متفاقمة، وعلى النحو الآتي:

أ- الاضرار الحادثة

وهي الاضرار الناشئة عن الإخلال بالعقد على الرغم من عدم استطاعة الدائن اثبات انه قد اصابه ضرر فعلي نتيجة لهذا الإخلال، لذا فإن التعويض عن هذه الاضرار يسمى التعويض الاسمي (Nominal damages)^(٤٨).

أذ لا توجد في هذه الاضرار اية خسارة أو ضرر حقيقي، انما هناك اضرار اسمية تؤكد ان هناك انتهاك (تعدي) على حق قانوني للمضروب^(٤٩).

كما تسمى هذه الاضرار الحادثة بالاضرار العامة إذ تعرف بانها "الاضرار التي تحصل نتيجة الخرق الحاصل من المدين على حقوق الدائن القانونية أو واجباته وهي توصف بانها نتائج محتملة وطبيعية للإخلال".

أما الضرر الخاص وهي اضرار حقيقية بمعنى اخر فهي اضرار لا تفترض من قبل القانون كالضرر العام، انما يجب على المدعي اثبات وقوع ضرر فعلي، وعليه تحديد هذا الضرر، ومقدار التعويض يتوقف على الخسارة الفعلية التي لحقت بالمضروب، والتي اصيب بها في الواقع^(٥٠).

وقدرسخ القضاء الانكليزي تعويض الاضرار الخاصة (الحقيقية) في قضية (Monarch Steam Ship Co.ltd.V.)

ومن الجدير بالذكر ان الاضرار بعيدة الصلة بالقانون الانكليزي تقابلها في القانون العراقي (الاضرار غير المباشرة)، وهي الاضرار التي لا تكون نتيجة طبيعية للفعل الضار، لذا لا يمكن التعويض عنها سواء في المسؤولية التقصيرية أم المسؤولية العقدية^(٥١).

وقدرسخ القضاء الانكليزي، مسألة عدم تعويض هذه الاضرار، في قضية (British Columbuo saw mill co. V. Nettle ship 1868)، والتي تتلخص وقائعها في ان اجزاء ماكينة طحن كانت قد رزمت في صناديق واعطيت الى المدعى عليه، وهو ناقل لغرض نقلها الى (Vancouver)، إذ ان احد هذه الصناديق كان قد فقد اثناء عملية النقل، ونتيجة لذلك لم يكتمل عمل المطحنة، ولم يباشر العمل بها، وعلى اساس ذلك فان المدعي طالب بمصاريف خسارة الماكينة وخسارة الارباح التي كان من المفترض ان يجنيها المدعي لو ان المطحنة قد اكتملت وعملت في الموعد المحدد لها، وقد قررت المحكمة بالسماح للمدعي بطلب التعويض فقط عن خسارة الالة المفقودة، أما طلب المدعي بالتعويض عن خسارة الارباح المقرر أن يحصل عليها لو ان المطحنة اكتملت وعملت في الوقت المحدد، فلم تستجب المحكمة له، واعتبرتها المحكمة من الاضرار بعيدة الصلة^(٥٢).

في حين ان القانون العراقي يعد الكسب الفائت احد عناصر التعويض عن الاضرار المادية، شرط ان يكون نتيجة طبيعية للفعل الضار^(٥٣).

ملاحظة أن الظروف الخاصة لا يكفي مجرد العلم بها من قبل اطراف العقد، حتى يمكن المطالبة بالتعويض بل لا بد من ان يقترن مع العلم بهذه الظروف قبول المتعاقد باعتباره توقع هذه الظروف وعدها جزء من العقد اي قبول المدين استعداده لتحمل التعويض عن الاضرار المترتبة عن الاخلال^(٥٣).

وقد رسخ القضاء الانكليزي مسألة صفة المدعى عليه وعدها عاملاً رئيساً في تقدير علمه بالظروف الخاصة الملابسة للتعاقد، والزمه بالتعويض عن تلك الاضرار بسبب صفته تلك، والتي توجب عليه العلم بتلك الظروف إذ قرر هذا المبدأ في قضية سنة ٢٠٠٠ (Ltd.V.Arcadia Petroleum.)^(٥٤)، وتتلخص وقائعها في ان القضية تخص بيع منتجات نفطية، وفيها خاصم المدعى عليه المدعي بأنه لم تكن لديه ادنى فكرة عن الاضرار التي يطالب بها المدعي، والناجمة عن اجراء التغطية الخاصة بالصفقات، وبما انه لا يعلم بهذا الضرر الخاص الناشئ عن ظرف ملابس، فإنه لا يكون مسؤولاً عن تعويضها، والمحكمة قررت خلاف ذلك إذ الزمت المدعى عليه بالتعويض عن تلك الاضرار على الرغم من انها ناجمة عن ظرف خاص ملابس للتعاقد، ولكن نظراً لتمتع اطراف القضية بصفة تجار بترول محنكين (يتمتعون بخبرة ودراية بمجال عملهم) فإن الاضرار المتحققة في هذه القضية قابلة للتعويض^(٥٤).

ومن الجدير بالذكر انه فضلاً عن الاضرار المتفاقمة هناك ما يسمى بالأضرار الطفيلية (Parasitic damage): وهي أضرار جسدية، تحدث عندما يكون الضرر في حد ذاته

(kartshamns of jefabriker 1939) ، تتلخص وقائعها في ان باخرة بريطانية كانت قد استأجرت عام ١٩٣٩، لغرض نقل حمولة فول الصويا من مدينة منشوريا الى ميناء في السويد، ولكن حدث تأخر بسبب عدم صلاحية الباخرة للإبحار، وترتب عليها عدم وصولها الى الميناء في الوقت المحدد قبل نشوء الحرب بين بريطانيا و المانيا، مما اضطر المدعي الى تكبد مصاريف الحصول على بواخر محايدة تقوم بعملية النقل بدلاً من الباخرة الانكليزية مما حدى به الى المطالبة بالتعويض عن تلك الخسائر بعدها خسائر حقيقية تعرض لها المدعي واستناداً الى المعايير الدولية ينبغي على المدعى عليه توقع الحرب وتسبب الخسائر نتيجة لذلك، أذ على المدين العلم بهذه الظروف^(٥١).

ب - الاضرار المتفاقمة

تعد هذه الاضرار بمثابة خسائر تتفاقم نتيجة وجود ظروف خاصة ملابسة للتعاقد اي انها تنتج من ظروف استثنائية قد تكون عبارة عن افعال قام بها المدعى عليه (مسبب الضرر) مما ادى الى تفاقم اصابة المضرور، فهنا يتم التعويض لا على اساس قياس الخسائر المادية فقط، وانما عن الاضرار اللاحقة^(٥٢).

ومن الجدير بالذكر أن هذه الاضرار لا يمكن التعويض عنها كونها بعيدة الصلة (Too remoteness) ، لكن إذا كان المتعاقدان وقت ابرام العقد قد احاطا علماً بهذه الظروف، وان الاخلال بالعقد في ظلها سيؤدي الى تفاقم الاضرار فإنه يمكن والحالة هذه المطالبة بالتعويض عن الاضرار الناتجة عن الاخلال بالعقد في ظل تلك الظروف الخاصة، مع

مسبباً اضرار اخرى ناجمة عن الفعل الذي صدر من مرتكب الفعل الضار، أذ يؤدي الى نوع اخر من الاضرار، ويكون التعويض عنها تعويضاً مالياً تقديماً^(٥٥).

الفرع الرابع

وسائل التعويض العيني لجبر الضرر المستقبل في القانون الانكليزي

تثير مسألة التعويض العيني عن الضرر المستقبل في القانون الانكليزي مجموعة من الاشكاليات لعل ابرزها مدى امكانية جبر الضرر عن طريق التعويض العيني في نطاق المسؤولية العقدية، وما الفرق بين هذا التعويض وبين التنفيذ العيني للعقد، هذا من جانب، ومن جانب اخر هل من الممكن في نطاق المسؤولية التصيرية ان يكون التعويض عن الضرر المستقبل تعويضاً عينياً، فضلاً عن الصور التي من الممكن ان يغطيها التعويض العيني عن الضرر المستقبل في المسؤولية التصيرية، وهذا ما سنقوم ببيانه، وعلى النحو الآتي:

اولاً- وسائل التعويض العيني عن الضرر المستقبل في نطاق المسؤولية العقدية

يُقصد بالتعويض العيني، في اطار المسؤولية العقدية، هو ما يكون تعويضاً عن الاخلال العقدي عندما يعجز التعويض النقدي الذي هو الاصل في التعويض عن جبر الضرر بطريقة عادلة فيصار الى التعويض العيني، إذ ان التنفيذ لعين ما التزم به المتعاقد هو الاصل العام.

كما أن الحكم في التنفيذ العيني هو حكم يصدر من الحكمة بالزام المتعاقد بتنفيذ عين الالتزام الذي تعهد بأدائه. وهو نوع من الجزاء يقوم على مقتضيات العدالة المجردة اساساً.

وعلى هذا الاساس لا يحكم بالتنفيذ العيني إلا إذا كان التعويض النقدي غير ملائم، ويتمثل تأصيل هذا المبدأ في ان هناك كثير من الحالات لا يعد فيها الجزاء الذي تفرضه القواعد العامة في القانون امراً ملائماً. ذلك ان الجزاء العادي للإخلال بالعقد هو استرداد التعويض النقدي وفقاً للقواعد العامة.

وفي معظم القضايا يُعد ذلك جبراً ملائماً للضرر، مثل حالة بيع البضائع التي يسهل الحصول عليها من السوق، أو حالة بيع حصص، أو اسهم يتوافر لها سوق حر، ولكن في حالات كثيرة وبوجه خاص في حالة البائع الذي يرفض نقل ملكية عقار فان مجرد التعويض النقدي يتجافى مع التوقع العادل والمعقول للمدعي. ولا يمثل جبراً للضرر الذي لحقه وسيلحقه في المستقبل، لذلك فان القاعدة الاصولية هي ان لا يحكم بالتنفيذ العيني أن كان التعويض النقدي جزاءً ملائماً قانوناً^(٥٦).

وأن التنفيذ العيني بموجب القانون الانكليزي عن الضرر المستقبل الناجم عن تنفيذ العقد يخضع للسلطة التقديرية للمحكمة، ولا تُعد ممارسة السلطة للحكم بالتنفيذ العيني حقاً للشخص الذي يطالب به، ذلك لأن الحكم بالتنفيذ العيني يخضع للسلطة التقديرية للمحكمة. ولا يعني ذلك ان يترك التقدير لمطلق السلطة الفردية المتقلبة، ولكن المقصود هو أن الحكم الذي يكون له ما يبرره عادةً وفقاً للقواعد المنظمة لهذه المسألة، وقد تمتنع المحكمة عن إصداره أن كان الحكم بالتنفيذ في الظروف المعينة، والملازمة للدعوى يتجافى مع مقتضيات العدالة^(٥٧).

وان ايجاد وسيلة لجبر الضرر عن طريق التعويض العيني للقيام بأداء محدد قد تم تطبيقه بحذر من اجل تلبية الحالات التي يكون

فيها الجبر العادي للضرر عن طريق دعوى التعويض عن الاضرار لا تُعد تعويضات كافية عن الإخلال بالعقد، وللمحكمة سلطة تقديرية لوضع الاداء المحدد وفق القواعد المعروفة^(٥٨).

وقد يتسنى للقضاء الانكليزي ان يطبق التعويض العيني عن الضرر الذي من شأنه أن يقع مستقبلاً على المتعاقد بسبب اخلال المعاهد الاخر، من ذلك الحكم الذي تقرر في قضية (Sohl V. Butcher)، إذ وجدت محكمة الاستئناف أن العقد لم يكن باطلاً، وعند ممارستها لاختصاصها وفقاً لقواعد العدالة ذهبت الى انه كان من الواجب الغاء عقد الايجار، ولكن ذلك قد لا يكون امراً عادلاً بالنسبة للمستأجر، لأن ذلك يتطلب منه التخلي عن الحيازة فوراً. ومن ثم قضت المحكمة للمستأجر بما يتضمنه العقد من شروط، وذلك بأن يكون له الخيار في أن يتخلى عن العقد، أو أن تبقى له الحيازة على اساس الاجر الكامل الذي كان مسموحاً به بموجب القانون.

كما رسخ القضاء الانكليزي التعويض العيني عن الضرر المستقبل في قضية (Gist V. Baily)، والتي تتلخص وقائعها، في ان المدعي اتفق مع المدعى عليه ان يشتري منزلاً مملوكاً للمدعى عليه خاضعاً لعقد ايجار ساري المفعول. وكانت القيمة السوقية للمنزل بوصفه خلواً من اي مستأجر هي مبلغ (٢٢٥٠) جنيهاً، ولكن تم الاتفاق على ثمن للشرائه قدره (٨٥٠) جنيهاً لأن الطرفين كانا على اعتقاد بأن المنزل خاضع لأحكام قوانين تقييد الاجارات، وان كان ذلك الاعتقاد غير صحيح، بل الواقع أن المستأجر اخلى العقار من دون مطالبة باي حماية.

وعندما اقام المدعي (المشتري) دعوى ضد المدعى عليه مطالباً بالتنفيذ العيني لعقد البيع، اقام المدعى عليه دعوى فرعية مطالباً بإبطال العقد على اساس الغلط المشترك (Common Masike)، وقد حكم القاضي (Goff)، بانه رغم ان الغلط لا يكفي لأبطال العقد قانوناً إلا انه بلغ درجة من الجسامه (خطأ جسيم) إذ يستدعي تدخل المحكمة عدالةً، ومهما يكن من امر ففي الظروف الملايصة استشعر القاضي بان مجرد رفض التنفيذ العيني لن يكون امراً ملائماً، ومن ثم قضى بشطب الدعوى على اشتراط ان يتعاقد المدعى عليه على بيع المنزل بموجب عقد جديد بثمن يراعى فيه تسليم المنزل خلواً من المستأجر^(٥٩).

ومن الجدير بالذكر، ان المحكمة بموجب القضية الاولى حكمت ببقاء الحيازة بيد المستأجر تعويضاً مما يمكن ان يلحقه من ضرر مستقبلي، فإذا ألغى العقد حسب وصفها سيلحقه ضرر، إذ لن يتمكن من البقاء بالمأجور للمدة المستقبلية التي دفع عنها الاجر الكامل. وفي القضية الثانية ألزم القاضي المتعاقد الاخر بأن يقدم للمدعي منزلاً جديداً بعقد بيع جديد يراعى فيه تسليم المنزل خلواً من المستأجر، لأن مجرد التعويض النقدي لا يكفي لتعويض المتضرر وما يلحقه من ضرر مستقبلي نتيجة عدم تنفيذ البائع للالتزامه العقدي.

ومن اهم التطبيقات العملية للتعويض العيني عن الضرر المستقبل في القانون الانكليزي، هو مبدأ (تمسك المتعاقد غير المقصود بالعقد)، ويتضمن هذا المبدأ في انه متى تمسك المتعاقد بالعقد وعبر عن ارادته بكلمات، أو اعمال، أو حتى بالسكوت، بأنه

يرفض ان يقبل الإخلال سبباً لفسخ العقد، فأن اثر ذلك هو اعتبار الحال كما هو عليه قائماً. ومن ثم فأن العقد يظل قائماً مستقلاً بالنسبة للطرفين، وعلى هذا يظل بائع البضاعة الذي يرفض اعتبار الإخلال الجوهري منهياً للعقد، مسؤولاً عن تسليم البضاعة للمشتري المقصر، بينما يظل الاخير بدوره ملزماً بقبول استلامها ودفع الثمن المتفق عليه.

ومودى هذه القاعدة القائلة ان العقد يظل قائماً يمكن ان يظهر بوضوح في حالة امتناع احد المتعاقدين عن تنفيذ التزامه ففي هذه الحالة يحتفظ بالعقد قائماً لمصلحة المتعاقد الاخر، ولمصلحة نفسه ايضاً، كما انه يبقى مسؤولاً عن جميع التزاماته بموجب العقد، وكما يمكن للمتعاقد الاخر لأكمال تنفيذ العقد ان رغب بذلك على الرغم من ألغائه السابق للعقد^(١٠).

ثانياً- وسائل التعويض العيني عن الضرر المستقبل في نطاق المسؤولية التقصيرية

يمكن ان تقسم المسؤولية التقصيرية، والاضرار الناجمة عنها في القانون الانكليزي الى ثلاث فئات هي:

أ- الأضرار عن اهمال. ب- الأضرار المتعمدة. ج- المسؤولية الصارمة. وسوف نتناول كلاً منها، وكما يأتي:

أ- الأضرار عن اهمال:

يُعد هذا النوع من الضرر بالضرر الخاص ويمكن تعريفه بأنه "ذلك الضرر أو الإيذاء الذي ينتج من دون التعدي على ممتلكات الغير والذي ينتج عن شخص يتمتع في ارضه الخاصة، أو ملكه، أو في اماكن العمل، أو من مبنى الى مبنى

اخر، أو ضرر يأتي عن طريق ازعاج الراحة، أو ممكن ان يؤثر على الراحة مستقبلاً عن طريق الاصدار المستمر للضجيج، أو الابخرة، أو الرائحة الكريهة، أو الحشود، أو الازدحام مما يؤدي الى منع وصول الشخص الى داره، أو مكان عمله، أو تلوين مصادر المياه في مجرى طبيعي الذي ممكن ان يحدث لكل صاحب ارض متاخمة أضرار آنية ومستقبلية، أو قد يكون هذا الضرر ناجم عن نشر صور، أو علامات جنسية على نافذة متجر، أو من شأنها ان تشير الى اعمال جنسية صريحة، وهي خاصة بالكبار، وغير خاضعة للمراقبة، ومن الممكن مشاهدتها داخل المحل، أو ان تكون في صورة حقوق ضوء النوافذ، كل هذه الاعمال تخضع للضوابط القانونية، ويلزم مسببها بإزالتها لأن من شأنها أن تحدث أضرار آنية ومستقبلية للأشخاص اعلاه، لكن المباني التي تحتاج الى قدر اكبر من العناية مثل حالات الازعاج في الجوار، أو تدلي الاغصان تقوم المحكمة بإصدار قرار بإزالتها حتى من دون اذار مسبق، ويجوز للمحكمة ليس فقط ان تمنح التعويضات بل ضمن سلطتها التقديرية ان تمنع الأضرار المستقبلية، إذا كان من شأن تراكم الازعاجات، أو تدلي الاغصان أن يحدث ضرر للجار^(١١).

ب- الأضرار المتعمدة :

الضرر، أو المسؤولية عن عمد ينجم هذا النوع من الضرر عن طريق قيام الشخص لأفعال من شأنها ان تحدث ضرر لآخر عندما يكون متعمداً لارتكاب هذا الفعل، ومن اهم صور هذه الأضرار هي التي من شأنها ان تحدث ضرراً مستقبلياً، ومن الممكن جبر

الضرر فيها بشكل عيني هي تلك المتأنية عن افعال القذف، والقذف، والذم، واقتراء الكلمات المنطوقة، والتشهير في بعض الاستنساخ على شكل دائم، وبموجب قانون التشهير لسنة ١٩٥٢، يشمل ضرر البث والاستقبال عن طريق الارسال اللاسلكي، وبما في ذلك التلفزيون، ومنها قانون المسارح لعام ١٩٦٨، ويتضمن ايضاً استقدام الصور، والايماءات، وغيرها، وفي الاداء العام للمسرحية، فإذا كان تجريح للشخص، أو الحط من قدره، أو الحط من سمعته المهنية في الدعاية التجارية عن طريق القذف، أو التشهير، ويكون ايصالها الى شخص ثالث، كذلك التشهير في الزوجة بوضع كتاب في التداول ليس فقط بالعمد، وايضاً الأهمال من دون تأكد من انها تحتوي على تشهير. فإذا كان البيان الصادر والعرض غير مقبول ولو لم توجد نية الايذاء للمدعي وبشكل عام هناك وسيلة للدفاع منصوص عليها في هذا القانون، وبصرف النظر عن بعد التحديد، فهناك حالات معينة يكون التعويض فيها عن طريق اعتذار في الصحف فضلاً عن التعويض وهي عبارة عن تخفيف الأضرار. لكن إذا كان الضرر لا يمثل صورة من التشهير بل يشكل ضرر بملكية الشخص أو في جودة بضاعته إذا اتضح أن التشهير بها كان كاذب فليس من الضروري اثبات الضرر الفعلي فيكون التعويض هنا قابل للتنفيذ^(١٢).

ج - المسؤولية الصارمة:

يؤسس هذا النوع من المسؤولية على

الضرر بصرف النظر عن وجود الخطأ من عمده، ولعل من ابرز الأضرار في هذا المجال، والتي من شأنها أن تحدث أضراراً في الحال، وفي المستقبل هي تلك الأضرار الناجمة عن مسؤولية المنتج عن منتج المعيب، والتي من الممكن ان يكون تعويض الضرر المستقبل فيها تعويضاً عينياً.

ولعل من اكثر الدعاوى شهرة في مسؤولية المنتج هي دعاوى زرع الثدي، أذ عندما تنتج شركة منتجات خطيرة، أو معيبة، وتصيب الاشخاص أضراراً فيأماكن الشخص المضرور أن يرفع الدعوى على الشركة ليحرك مسؤوليتها التصيرية مطالباً بالتعويض عن الاصابات، ويجب على المدعي أن يثبت الضرر، وأن يثبت أن هذا الضرر الحاصل، أو الذي من شأنه أن يحصل كان نتيجة للعيب في المنتج، ويجوز للمحكمة أن تسمع الدعوى الجماعية.

ومن اكثر الدعاوى اثاراً للجدل هي دعوى السليكون، منتج زرع الثدي، أذ حكم للمتضررين بثلاثة مليارات عن الاصابة المزعومة، كما قامت المحكمة بإصدار قرار مكن الحكومة من منع المنتج في السوق خوفاً من الأضرار المستقبلية^(١٣).

ومن الجدير بالذكر انه يمكن رد الأضرار في القانون الانكليزي الى أضرار خاصة، وأضرار عامة، والتعويض العيني عن الاضرار المستقبلية الخاصة ممكن ان يرد في صورة نشر اعتذار في الجريدة الرسمية، أو

الخاتمة

بعد الانتهاء من هذه الدراسة لا يسعنا إلا ان نسجل اهم ما توصلنا اليه خلالها من نتائج، فقد لاحظنا أن القانون العراقي كأحد الأنظمة القانونية التي تعتنق نظام القانون المدني يتشابه مع القانون الانكليزي في بعض الجوانب، ويختلف عنه في جوانب أخرى فيما يتعلق بالضرر المستقبلي، وسنجد هذه النتائج وبعض التوصيات والمقترحات، على النحو الآتي:

أولاً- النتائج

١- إن كلاً من القانونين العراقي والانكليزي يؤكدان ان الضرر المستقبلي محقق الوقوع ومن ثم امكانية تعويضه.

٢- كلا القانونين يشترطان السببية، اي ان يكون الضرر نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام، أو التأخر عن الوفاء به، أي أن القانونين العراقي والانكليزي متفقان في أن التعويض يقتصر على الضرر المباشر استناداً الى (الفقرة ثانياً من المادة ١٦٩) من القانون المدني العراقي النافذ. والتي اصطلحت عليه (نتيجة طبيعية)، واستناداً الى السابقة القضائية (Hadley V. Baxendale 1854)، في القانون الانكليزي، والتي اشارت الى ان الأضرار التي يمكن التعويض عنها هي ما تنشأ عادةً طبقاً للمجرى الطبيعي للأمر عن الإخلال بالعقد، بخلاف الأضرار غير المباشرة، والتي اصطلح القانون الانكليزي تسميتها بالأضرار بعيدة الصلة (Too Remoteness)، والتي

وسائل الاعلام، أو في صورة منع الاعتداء على الحيازة ورد الحيازة الى صاحبها، أو إزالة الأفعال التي من شأنها ان تحدث ازعاج، أو ضوضاء، أو تلوث.

أما بالنسبة للأضرار العامة فإنه من الممكن إلزام الشخص بإزالة ما أحدثه من ضرر في الصالح العام الذي من شأنه أن يؤدي مستقبلاً الى الإضرار بالمجتمع، ولكن لا يمكن للشخص أن يقوم بنفسه بتعبيد شارع عام مثلاً، لذا فإن الأضرار العامة تمثل الخشية الجدية من الأضرار المستقبلية التي تكون في صورة الازعاج العام، الذي يمثل عمل غير قانوني، أو الاغفال الذي يسبب أزعاجاً للجمهور عموماً، مثل عرقلة طريق سريع، أو حين يوجد واجب اصلاحه، أو في حالة السماح للقدارة، والقمامة من الترسب على ارض واحدة مما يجعلها مزعجة لأهل الحي.

وأن ازعاج الجمهور لا يمكن معه لشخص مقاضاة الاخر إلا إذا كان يعاني من ضرر لحق في نفسه، كما لو كسرت ساقه في حفرة في الطريق العام أحدثها شخص اخر. مع ذلك يعاقب محدث الضرر العام عن طريق القانون الجنائي، ويمكن للمدعي العام اتخاذ اجراءات مدنية للحصول على امر قضائي يمنع استمراره. ويكون للسلطات المحلية القدرة على اتخاذ اجراءات لوضع حد للمضايقات العامة، والشخص الخاص قد يزيل عقبة عن الطريق العام، ولكن لا يجوز له اصلاح طريق عام، أو جسر (٦٤).

لا يعرض عنها إلا إذا تم الاتفاق عليها مسبقاً عند ابرام العقد واحيط المدين علماً بها ابتداءً وتوقعاً اطراف العقد حدوثها مسبقاً.

٣- تنص المادة (٢٠٣) من القانون المدني العراقي، على انه "في حالة القتل وفي حالة الوفاة بسبب الجرح أو اي فعل ضار آخر يكون من احدث الضرر مسؤولاً عن تعويض الاشخاص الذي كان يعيّلهم المصاب وحرّموا من الاعالة بسبب القتل والوفاة". نلاحظ أن المشرع العراقي وضع قاعدة في النص الوارد مقتضاها أن الاشخاص الذين كان يعولهم المصاب لا يستحقون التعويض لمجرد حرمانهم من اعالة المصاب نفسه إذا وجد شخص آخر يعيّلهم من اقاربهم هو او فر ثروة ففي هذه الحالة لا يصيبهم ضرر مستقبلي، ودليلنا في ذلك انه نص (حرّموا من الاعالة) ولم ينص (حرّموا من اعالته لهم). بخلاف المشرع الانكليزي في قانون الحوادث المميّنة والذي يعتد بشخصية المصاب، وليس ادل على ذلك ايراده اشخاصاً ذو علاقة قانونية به، زوجها زوجته ابنه الخ.

٤- لا يختلف القانون العراقي عن القانون الانكليزي في جواز التعويض عن الضرر المستقبلي بضرورة وجود المصلحة المشروعة، ولكنهما يختلفان في اصحاب المشرعة المشروعة، ففي الوقت الذي عامل فيه قانون الحوادث المميّنة الانكليزي الخليفة معاملة الولد الشرعي نجد ان القانون العراقي لا يقضي بالتعويض للخليفة عن فقد خليلها الذي كان يتولى الاتفاق عليها ليس فقط لأنه ليس لها اي حق يحميه القانون، ولا لأنه ليس المحقق

ان تكون هناك جدية أو استمرارية في العلاقة بينهما بل لأن المصلحة التي تدعي الخليفة الإضرار بها تقوم على علاقة غير مشروعة لا يقرها القانون وتتنافى مع الآداب العامة.

٥- لا توجد قاعدة عامة في القانون المدني العراقي النافذ تفرض على الدائن واجب تقليل الأضرار، ولكن عند التعمق اكثر في النظام القانوني العراقي، سوف نجد ان واجب الدائن بتقليل الأضرار يمكن تلمسه في موضع واحد في القانون العراقي وبالتحديد في قانون بيع وايجار اموال الدولة رقم ٣٢ لسنة ١٩٨٦ المعدل، الذي نص في الفصل الرابع (نكول المشتري أو المستأجر) في المادة (١٩) منه على واجب تقليل الأضرار المفروض على الدائن، وذلك في حالة نكول المشتري أو المستأجر عن تسديد بدل ايجار أو شراء المال موضوع المزايدة حيث نصت المادة:-

(اولاً- إذا نكل المحال عليه عن دفع بدل المبيع والمصاريف في حالة البيع وبدل الايجار والمصاريف في حالة الايجار فيعرض المال غير المنقول على المزايدة الاخير الذي كف يده قبله بالبدل الذي كان قد عرضه فإذا وافق على اخذه يضمن الناكّل بقرار من لجنة البيع أو الايجار الفرق بين البديلين من تأميناته وان لم تكف فمن امواله الاخرى، ويستوفي ذلك وفق قانون تحصيل الديون الحكومية).

فالمادة اعلاه حملت الناكّل الفرق بين البديلين وهو ما نراه حسب رأينا المتواضع تطبيقاً لواجب تقليل الأضرار المفروض على الدائن.

٦- لا يوجد في القانون العراقي ما يسمى

ثانياً- التوصيات والمقترحات:

١- لم يتضمن القانون المدني العراقي النافذ بين دفتيه نصاً حول واجب تقليل الأضرار، لذا نقترح أن يعاد النظر في نصوص القانون المدني العراقي، وعلى وجه الخصوص المادة (١٦٩) منه، أما بتعديلها أو بإضافة فقرة جديدة رابعة إليها حتى يكون القانون المدني العراقي موافقاً للقانون الانكليزي، ونقترح ان يكون نص الفقرة كالآتي:

(... ويُعد الضرر المستقبلي نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو التأخر في الوفاء به إذا لم يكن في استطاعة الدائن ان يتوقاه ببذل جهد معقول).

٢- نوصي المشرع العراقي بأن يمنح الحق للمضروب بالمطالبة عن التعويض الادبي المستقبلي في اطار المسؤولية العقدية، وعدم قصره على المسؤولية التقصيرية كما جاء في الفقرة اولاً من المادة (٢٠٥) من القانون المدني العراقي النافذ.

٣- نوصي المشرع العراقي بتعديل (الفقرة ثانياً من المادة ٢٠٥) من القانون المدني العراقي النافذ، وذلك من اجل منح الأزواج والاقارب من الاسرة عما يصيبهم من ضرر ادبي مستقبلي بسبب اصابة المضروب من ذويهم أو وفاته بسبب الاصابة، وعدم قصره على حالة الوفاة.

بالأضرار الاسمية التي يفترض فيها الضرر، ويكون التعويض فيها تعويضاً اسمياً وهو ما منصوص عليه في القانون الانكليزي.

٧- لم يفرق القانون الانكليزي بين التنفيذ العيني للعقد والتعويض العيني عن الإخلال بالالتزام العقدي، لكن لاحظنا اثناء البحث انه ثمة فرق بين المفهومين، إذ بينما يرد الاول في المرحلة السابقة لتنفيذ العقد يرد الثاني بعد تنفيذ العقد اي عندما يكون هناك اخلال في تنفيذ الالتزام التعاقد.

٨- لا يُعد التعويض النقدي في اطار المسؤولية العقدية هو الطريقة المثلى لجبر الضرر في الاحوال كلها، ومن ثم يجوز ان يكون التعويض تعويضاً عينياً اي عن طريق تنفيذ العقد بطريقة عينية قد تكون لذات العقد أو لترضية عينية من شأنها جبر الضرر وان اختلفت مع العقد محل الاخلال.

٩- أما في المسؤولية التقصيرية فقد لاحظنا ان القانون الانكليزي يجيز التعويض العيني عن الضرر المستقبلي، وفي صور متعددة سواء كان ذلك في الأضرار الخاصة المتمثلة في الضرر عن افعال والضرر عن تعدي أو تعمد والضرر في المسؤولية القسوى، إذ في هذه الاحوال كلها قد يكون التعويض العيني عن طريق ازالة الضرر عينياً ومنع اثاره في المستقبل أو عن طريق نشر حكم فيه اعتذار في الجريدة الرسمية، أو في الاضرار العامة التي تتخذ صورة اصدار حكم وازالة الاذى العام الذي من شأنه ان يحدث ضرر في المستقبل.

الهوامش

- ٨- وتجدر الإشارة الى انه التعويض قد يكون منصوفاً عليه في الشريعة الإسلامية كالديات والأرش، وقد يكون غير منصوفاً عليه وهو ما يقدره الحاكم بنفسه أو بواسطة الخبراء الفنيين ويسمى هذا التعويض باسم حكمة العدل، ينظر: د.محمود الشربيني، المسؤولية المدنية في الفقه الإسلامي، مجلة العدالة، جامعة أبو ظبي، العدد ١٩٩٤، السنة ٦، ١٩٧٩، ص ٢٩.
- ٩- ينظر: د.أحمد محمد الرفاعي، أثر البعد الزمني على حق المضرور في التعويض الكامل، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ٢٠٠٨، ص ٩.
- ١٠- ينظر: د.سعدون العامري، تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية، مرجع سابق، ص ١٢٣.
- ١١- ينظر: د. غني حسون طه، الوجيز في النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام، مطبعة المعارف، بغداد، العراق، ١٩٧١، ص ٤١١.
- ١٢- ينظر: د. غني حسون طه، الوجيز في النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص ٤٨٢، ود.مقدم السعيد، التعويض عن الضرر المعنوي - دراسة مقارنة، دار الثقافة للطباعة والتوزيع، بيروت، لبنان، ١٩٨٥، ص ٢١، ود.طه عبد المولى إبراهيم، مشكلات تعويض الأضرار الجسدية في القانون المدني في ضوء الفقه والقضاء، ط١، دار الفكر والقانون، المنصورة، مصر، ٢٠٠٠، ص ١٤٥.
- ١٣- ينظر: د.سعدون العامري، تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية، مرجع سابق، ص ١٤٩.
- ١٤- ينظر: د.عدنان إبراهيم سرحان ود.نوري حمد خاطر، شرح القانون المدني الأردني، مصادر الحقوق الشخصية - للالتزامات، دار القلم، عمان، الأردن، ٢٠٠٠، ص ٤١٥.
- ١٥- فقد روي عن الصحابي انس بن مالك، أن رسول الله (صل الله عليه واله وصحبه وسلم) "كان عند بعض نسائه فأرسلت إحدى امهات المؤمنين مع

١- ينظر: د.عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج ٢، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٠، ص ٧٩٨.

٢- ينظر: د.حسن حنتوش رشيد، الضرر المتغير وتعويضه في المسؤولية التقصيرية، اطروحة دكتوراه، كلية القانون - جامعة بغداد، ٢٠٠٤، ص ٧٣.

٣- ينظر: د.سعدون العامري، تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية، منشورات مركز البحوث القانونية، بغداد، العراق، ١٩٨١، ص ١٤٩، ود.محمود سعد الدين الشريف، شرح القانون المدني العراقي، نظرية الالتزام، ج ١، مصادر الالتزام، مطبعة العاني، بغداد، العراق، ١٩٥٥، ص ٤٣.

٤- يشير الاستاذان مارتى وريينو من الفقه الفرنسي الى وجهة النظر القائلة ان اعادة الحال الى ما كانت عليه قبل وقوع الفعل الضار ليست تعويضاً بالمعنى القانوني لهذه الكلمة وان التعويض لا يمكن ان يكون إلا مبلغاً من النقود ويضيفان انه لا فرق في التعويض العيني بين المسؤولين العقديين والتقصيريين، ينظر: د.حسن حنتوش رشيد، الضرر المتغير وتعويضه في المسؤولية التقصيرية، المرجع السابق، ص ٨١.

٥- ينظر: د.حسن حنتوش رشيد، الضرر المتغير وتعويضه في المسؤولية التقصيرية، مرجع سابق، ص ٨٢، و د.محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج ١، في ازدواج أو وحدة المسؤولية ومسألة الخبرة، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة، مصر، ١٩٧٨، ص ٤٩ وما بعدها.

٦- ينظر: د.سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ج ٢، المجلد ٢، الفعل الضار والمسؤولية المدنية، ط ٥، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، ١٩٨٨، ص ٢.

٧- ينظر: المرجع نفسه، ص ٤٢.

- 21 -See: Sec 2(2) b – b from Damages Act 1996.
- 22 -See: Sec 1 from Law Reform Contributory Negligence Act 1945.
- ٢٣- ينظر : د.حسين عامر ، المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية ، ط١ ، مطبعة مصر ، القاهرة ، مصر ، ١٩٥٦ ، ص ٣٠٦ .
- 24 -See: Sec 1 from Civil liability contribution act 1978.
- 25 -See: Sec 2-715(1) A/B from uniform commercial code act 1992.
- 26-See: William Geldart, Introduction on English law (originally elements of English law) 9th edition, oxford university press, New York, 1967,p.128.
- 27- See : A u b r e y L . D i a m o n d & W.S.Nock ,Sutton and Shannon on contract, 17thedition. Butterworths,London,1970,p.402.
- 28-See:G.H.Treitel, an outline of the law of contract, 2nd edition, butterworths,London,1979,p.325.
- 29 -S e e : R . F . V . H e u s t o n , & R.A.Buckley, Law of Torts,19th edition, S w e e t & M a x w e l l , London,1987,p.593.
- 30 -See: A.G.Guest,Anson,s Law of contract, 24th edition, clarendon press, Oxford,1975,p.532.
- 31 -See: Sir William R.Anson& John C.Miles,& J.L.B.rierly, Principles of the English law of contract and of Agency in its relation to contract, 18thedition , at the clarendon prss, Oxford, 1937,p.376.

- خادم لها بقصعة فيها طعام فضربت بيدها فكسرت القصعة فضمنها وقال (صل الله عليه واله وصحبه وسلم) ” طعام بطعام وإناء بإناء“، ينظر: ابو عبدالله محمد بن ابراهيم البخاري، صحيح البخاري ، ج٣ ، مطبعة محمد بن علي ، ١٣١٩م، ص١٧٩ .
- ١٦- تقابلها المادة(١٧١) من القانون المدني المصري النافذ رقم ١٣١ لسنة١٩٤٨ وتعديلاته، والمادة(١٣٦) من قانون الموجبات والعقود اللبناني لسنة ١٩٣٢ النافذ.
- ١٧- وهذا ما قضت به محكمة تمييز العراق، على انه ” مما يتعين ازالة هذا الضرر وقد أوضح الخبير أن ازالة الضرر يتم برفع التنازير الثلاثة من مكانها الحالي الى الجهة الاخرى حتى لا تنتسرب الحرارة الى المحل المجاور“، قرار محكمة تمييز العراق، ذي الرقم ٢٥٨ / ٢م / ١٩٧٤ / مجموعة الاحكام العدلية/ العدد١، السنة ٦، ص ٦٧ .
- ١٨- ينظر : د.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج١ ، مرجع سابق، ص٨٥٨، ود. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية،الضرر، ج١، شركة التاميس للطبع والنشر، بغداد، العراق، ١٩٩١، ص٢٨٠، و د.حسن حنتوش رشيد، الضرر المتغير وتعويضه في المسؤولية التقصيرية، مرجع سابق، ص٨٣ وما بعدها.
- ١٩- ينظر: د.عدنان ابراهيم سرحان ود.نوري حمد خاطر، شرح القانون المدني الاردني، مصادر الحقوق الشخصية – الالتزامات ، مرجع سابق، ص٤٨٦، ود.ابراهيم محمد شريف السندي، الضرر الجسدي وتعويضه في المسؤولية التقصيرية، اطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠٢، ص٢٤١ .
- ٢٠- ينظر: د.نظام جبار طالب الموسوي، فكرة الضرر الجمالي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق ، جامعة النهريين، ص ٢٠٠، ١٥٢ وما بعدها.

- 48 -See: L.Diamond,LL.M. and others , Sutton and Shannon on contracts, Aubrey.London,Butterworths,1970,p399.
- 49 -See: R. F. Heuston D. C. L. and R.A.Buckley M.A.D.phll,p.400.
- 50 -See: Introduction to English law, ninth edition prepared by D.C.M.Yardley, Oxford, New York, Oxford University Press,1987,p.139.
- 51 -See: Avter singh contract & Specific tenth Edition Eastern Book company lurch nom,2008,p.447.
- 52 -See: R. F. V. Heuston, N, D. C, L and R.A.Buckly, M.A.D.Phll,c.p.594.
- 53 -See: L.A. Rutherford. L.A. todd. M. G .Woodley interduction to law. Second Edition-Sweet & Maxwell. London,1987,p.15.
- 54 -See: Fan wei, The measurement of damage in carrying of good by sea , 2008,p.191.
- 55 -See: R. F. V. Heuston, D. C, L. and R.A.Buckley, M,A,D,phll,p.597.
- 56 -See: Cheshire, Fifoot, Furmst o: The law of contract, London Butterworth,1972,p.606.
- 57-See: Guerst, Ansons law of contract, twenty-fourth edition, Clarend press,Oxford,1987,p.558.
- 58 -See: Guerst, Ansons law of contract,op. cit.,p.559.
- ٥٩ - ينظر: شيشر، وفوفون، وفير مستون، ترجمة هنري رياض، احكام العقد ونسبية العقد في القانون الانكليزي، الناشران دار الجبل، بيروت، مكتبة خليفة عطية، الخرطوم، ١٩٨١، ص٣٨ وما بعدها.
- 32 -See: A.G.Guest, Anson, s Law of contract, 24th edition, op.cit.,p.531.
- 33 -See: Aubrey L. Diamond & W.S. Grabiner & R.S. Nock, op. cit.,p.413.
- 34-See: Aubrey L. Diamond & W.S. Grabiner & R.S. Nock, op.cit.,p.402.
- 35 -See: A.G.Guest, Anson's Law of contract, op.cit.,p.532.
- 36-See: Sir William R. Anson & John C. Miles, & J.L. Brierly, op.cit.,p.370.
- 37-See: Aubrey L. Diamond & W.S. Grabiner & R.S. Nock, op.cit.,p.415.
- 38 -See: G.H. Treitel, an outline of the law of contract, op.cit.,p.346.
- 39-See: Aubrey L. Diamond & W.S. Grabiner & R.S. Nock, op.cit.,p.415.
- 40 -See: A.G.Guest, Anson's Law of contract, op.cit.,p.550.
- 41-See: G.H. Treitel, an outline of the law of contract, op.cit.,p.346.
- 42 -See: R.F.V. Heuston, & R.A. Buckley, Law of Torts, op.cit.,p.592.
- 43 -See: R.F.V. Heuston, & R.A. Buckley, Law of Torts, op.cit.,p.599.
- 44 -See: Tettenbram, the law of damages, Edition, 2003,p.3.
- ٤٥ -- وهذا ما اشارت اليه المواد (٢٠٧ و ١٦٩) من القانون المدني العراقي النافذ.
- 46 -See: Tettenbram, the law of damages, Edition, op.cit.,p.5.
- ٤٧ - وهذا ما اشارت اليه (الفقرة اولاً من المادة ٢٠٧) من القانون المدني العراقي النافذ.

٦٠- ينظر المرجع نفسه، ص ١٤٨.

61-See: D.C.M.Yardly:William Geldart Introduction to English,Oxford NewYourk,1989,p.144.

62-See: D.C.M.Yardly:William Geldart Introduction to English,op.cit.,p.139.

63 -See: Available on the following website: Legal- dictionary.Thefreedictionary.com.

64 -See: D.C.M.Yardly:William Geldart Introduction to English,op.cit.,p.145.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً- المراجع باللغة العربية

أ- المراجع اللغوية :

١- ابو عبدالله محمد بن ابراهيم البخاري، صحيح البخاري ، ج٣، مطبعة محمد بن علي، ١٣١٩م.

ب - الكتب القانونية :

١- د.أحمد محمد الرفاعي ، أثر البعد الزمني على حق المضرور في التعويض الكامل، دار النهضة العربية، القاهرة ، مصر، ٢٠٠٨.

٢- د.حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية،الضرر، ج١، شركة التايمس للطبع والنشر،بغداد،العراق، ١٩٩١.

٣- د.حسين عامر ، المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، ط١، مطبعة مصر، القاهرة، مصر، ١٩٥٦.

٤- د.سعدون العامري،تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية، منشورات مركز

البحوث القانونية، بغداد، العراق، ١٩٨١

٥- د.سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني، ج٢، المجلد٢، الفعل الضار والمسؤولية المدنية، ط٥، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، ١٩٨٨.

٦- د.بطه عبد المولى ابراهيم ،مشكلات تعويض الأضرار الجسدية في القانون المدني في ضوء الفقه والقضاء، ط١، دار الفكر والقانون ، المنصورة، مصر، ٢٠٠٠.

٧- د.عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج٢، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٠.

٨- د.عدنان ابراهيم سرحان ود.نوري حمد خاطر، شرح القانون المدني الاردني، مصادر الحقوق الشخصية – الالتزامات ، دار القلم ، عمان ، الاردن، ٢٠٠٠.

٩- د.غني حسون طه ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام – مصادر الالتزام ، مطبعة المعارف ، بغداد ، العراق ، ١٩٧١.

١٠- د.محمود جمال الدين زكي،مشكلات المسؤولية المدنية، ج١، في ازدواج أو وحدة المسؤولية ومسألة الخبرة، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة، مصر، ١٩٧٨.

١١- د.محمود سعد الدين الشريف، شرح القانون المدني العراقي ، نظرية الالتزام، ج١، مصادر الالتزام، مطبعة العاني، بغداد، العراق، ١٩٥٥.

1.A.G.Guest,Anson,s Law of contract, 24th edition, clarendon press, Oxford,1975.

2 .A u b r e y L . D i a m o n d & W.S.Nock ,Sutton and Shannon on contract, 17thedition. Butterworths,London,1970.

3. Avter singh contract & Specific tenth Edition Eastern Book company lurch nom,2008.

4. Cheshire,Fifoot,Furmsto:The law of contract, London Butterworth,1972.

5. D.C.M.Yardly:William Geldart Introduction to English,Oxford NewYourk,1989.

6. Fan wei, The measurement of damage in carrying of good by sea , 2008.

7. G.H.Treitel, an outline of the law of contract, 2nd edition, butterworths,London,1979.

8. Guerst, Ansons law of contract, twenty-fourth edition, Clarendon press,Oxford,1987.

9. Introduction to English law, ninth edition prepared by D.C.M.Yardley, Oxford, New York, Oxford University Press,1987.

١٢-د.مقدم السعيد، التعويض عن الضرر المعنوي – دراسة مقارنة، دار الثقافة للطباعة والتوزيع، بيروت، لبنان، ١٩٨٥.

ج - الاطاريح والرسائل الجامعية

١-د.ابراهيم محمد شريف السندي، الضرر الجسدي وتعويضه في المسؤولية التقصيرية، اطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠٢.

٢-د.حسن حنتوش رشيد،الضرر المتغير وتعويضه في المسؤولية التقصيرية، اطروحة دكتوراه،كلية القانون – جامعة بغداد، ٢٠٠٤.

٣-د. نظام جبار طالب الموسوي، فكرة الضرر الجمالي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة النهرين، ٢٠٠٠.

د - البحوث القانونية

١-د.محمود الشربيني، المسؤولية المدنية في الفقه الاسلامي،مجلة العدالة،جامعة ابو ظبي، العدد ١٩، السنة ٦، ١٩٧٩.

هـ - القوانين

١- القانون المدني المصري النافذ رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ وتعديلاته.

٢- قانون الموجبات والعقود اللبناني لسنة ١٩٣٢ النافذ.

٣- القانون المدني العراقي النافذ رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ وتعديلاته.

ثانياً- المراجع باللغة الانكليزية

أ- الكتب القانونية

المضرون والمسؤول في الالهال)

Civil liability Contribution -5
Act 1978.. (تشريع المساهمة في المسؤولية
المدنية الانكليزي)

Uniform Commercial Code -4
Act 1992(قانون التجارة الامريكي الموحد
الصادر عام 1992).

.Fatal Accidents Act 1976 -5
(تشريع الحوادث المميثة الانكليزي الصادر
في 22 من تموز 1976).

Defamation Law of 1952-6(قانون
التشهير لسنة 1952) ..

Theaters Law of 1968-7(قانون
المسارح لسنة 1968).

ج - المواقع الالكترونية:

Legal- dictionary.Thefreedic-e1
tionary.com

10. L.A.Rutherford.L.A.todd
.M.G.Woodleyinterduction to
law. Second Edition-Sweet &
Mxwell.London,1987.

11.L.Diamond,LL.M.andothers,Sut
tonand Shannon on contracts,Au-
brey.London,Butterworths,1970.

1.R.F.V.Heuston,& R.A.Buckley,
L a w o f T o r t s , 1 9 t h
edition,Sweet&Maxwell, Lon-
don,1987.

13.Sir William R.Anson& John
C.Miles,& J.L.Brierly, Princi-
ples of the English law of con-
tract and of Agency in its rela-
tion to contract, 18thedition ,
at the clarendon prss, Oxford,
1937.

14.Tettenbdran, the law of damag-
es, Edition, 2003.

15.William Geldart, Introduction on
English law (originally elements of
English law) 9th edition, oxford uni-
versity press, New York, 1967.

ب - القوانين

Damages Act1996-1 (تشريع
التعويض الانكليزي).

Law Reform Contributory -5
Negligence Act 1945..(تشريع مساهمة

The validity of in-kind compensation for future – reparation

a comparative study of Iraqi and English law

Lect. Dr. Kadhim Hammadi (*)

Abstract

Damage is considered one of the pillars of civil responsibility. If there is no harm, then there is no civil liability, whether it is contractual or negligent, and this is determined by the rule that no lawsuit without interest. If the traditional compensation methods do not raise a problem or a question in the event that the damage is fixed, then the matter is not so with regard to the received or changed damage, the latter is considered unstable or unstable damage with its results, the compensation methods are in-kind compensation, and compensation in return (whether it is cash or Non-monetary), which of the two methods of compensation is more suitable than the other to redress future damage, and its various types (financial, moral, and physical)

The in-kind compensation that is the subject of the research is embodied in restoring the case of the victim to what it was before the occurrence of the damage, i.e. by removing the damage and erasing its effects completely, and if we are in the future of damage, the results of which extend to a later time due to the occurrence of the harmful act, so this type of compensation is correct to make it correct or not? And if the in-kind compensation alone is not suitable for reparation for the future damage, can it be combined with another method of compensation in exchange for reparation of this type of damage

(*) Al-Mustansiriyah University/Colleg Of Law

مدى كفاية قواعد القانون المدني في الحماية المدنية لاستعمال التقنيات البيوطبية

م . د . فاطمة خلف كاظم (*)

العراقية النافذة ذات العلاقة بمظاهر استعمال التقنيات البيوطبية، لم تنظم مسألة الحماية المدنية أو (المسؤولية المدنية)، كما توصلت الى أن هناك عجزاً وقصوراً في القواعد القانونية التقليدية النافذة الخاصة بالمسؤولية المدنية عن استيعاب بعض أنواع السلوك الطبي التي يصعب معها إثبات حصول الضرر نتيجة للخطأ الطبي، وبشكل خاص في مجال الأعمال الطبية غير الاعتيادية. وُختمت الدراسة بمقترحات تساعد في تنظيم القيام بهذه التقنيات، وكذلك تساعد على تطوير المسؤولية الطبية؛ لكي تتماشى مع تطور الأعمال الطبية.

الكلمات المفتاحية: تقنيات بيوطبية، العلاج الجيني، البصمة الجينية، الحماية المدنية

المقدمة

يعد الطب و القانون مجالين مختلفين من جهة نطاق كل منهما، و من جهة موضوعهما، إلا إنهما متكاملان في الغاية و الهدف، فالمجال الطبي يحتاج الى تنظيم و القانون هو النظام الذي يحدد المسار القانوني و التنظيمي للسلوك الطبي . و تعد المبادئ القانونية التي تحكم الممارسات الطبية من أهم التحديات التي تواجه البحث العلمي في المجال الطبي، فهي الاطار المناسب للممارسة الطبية فالنظام القانوني يهدف الى مواكبة التطور الطبي، فلا

الملخص

تبين هذه الدراسة في موضوع بالغ الأهمية، و هو « مدى كفاية قواعد القانون المدني في الحماية المدنية لاستعمال التقنيات البيوطبية» الذي يطرح العديد من المشكلات الأخلاقية و القانونية لاسيما عدم وجود قواعد قانونية خاصة لتنظيمها و بشكل خاص لما يترتب على استعمالها من آثار كحصول أضرار ناتجة عنها؛ و لمعالجة هذا الموضوع قسمنا دراستنا لمبحثين، الأول يتعلق في بيان ماهية التقنيات البيوطبية و مظاهر استعمالها، و الثاني يتعلق في مدى كفاية التشريعات المدنية في الحماية المدنية لاستعمال التقنيات البيوطبية، و خُصت الدراسة لمجموعة من النتائج، من أهمها: إن هناك آثاراً سلبية عديدة و خطيرة لاستعمال هذه التقنية العلاجية من التقنيات البيوطبية، و هي بذلك تعد في مقام أعمال طبية غير اعتيادية (تجارب علاجية) أكثر من كونها محاولات طبية اعتيادية، و توصلت الى أن التشريعات

(*) الجامعة المستنصرية/ كلية القانون fatimahkhalaf80@uomustansiriyah.edu.iq

يقف القانون عقبة أمام التقدم العلمي البيوطبي فيتم وضع الحلول القانونية لكل ما يستجد من مسائل أو مشاكل بسبب التطبيق العملي لهذا

التطور . إلا أن الواقع العملي يؤكد أن هناك تفاوتاً بين القواعد القانونية المتمثلة بثباتها و استقرارها و بين المجال الطبي الذي يشهد تطوراً سريعاً كظهور التقنيات البيوطبية ، مما جعل النشاط الطبي تحيطه صعوبات متعددة منها ما يتعلق بالجسم البشري المتمثل بتعقيداته و مدى حرمة المساس به، و منها ما يتعلق بمن يمارس العمل الطبي في مدى معرفته في استعمال الآلات و الأجهزة الحديثة في مساسه بالجسد البشري مما يصعب تحديد المسؤول في إحداث الضرر في حالة وقوعه ، و من ثم تعويض الأضرار الناشئة عن النشاط الطبي و بشكل خاص التقنيات البيوطبية، فضلاً عن الصعوبات القانونية المتمثلة في إثبات عناصر المسؤولية الطبية لاسيما عنصر الخطأ و مدى وجوب إثباته لتحقق المسؤولية و الحكم بتعويض المريض المتضرر .

إشكالية البحث

إن مدى نجاح القواعد القانونية التقليدية في التشريعات المدنية لاستيعاب ما ينشأ عن استعمال التقنيات البيوطبية من ممارسات غير مشروعة ، و تحديد حقوق و التزامات مستخدمي هذه التقنيات .

أهداف البحث

١- دراسة مظاهر استعمال التقنيات البيوطبية، و مدى تأثيرها على المراكز القانونية .

٢- استقراء و تحليل النصوص القانونية و التشريعات النافذة ، و تحديد مدى كفايتها في تنظيم استعمال التقنيات البيوطبية ، و كيفية الحماية المدنية لمستعملها .

٣- بيان الحماية المدنية المقارنة في استعمال التقنيات البيوطبية ، و كيفية الاستفادة منها في تجديد القواعد القانونية التقليدية .

هيكلية البحث

لتنظيم العملية البحثية ستكون الدراسة في مبحثين، خصصت الأول في البحث في بيان ماهية التقنيات البيوطبية و ما هي مظاهر استعمالها ، أما الثاني سنبين فيه مدى كفاية القواعد القانونية المدنية في الحماية المدنية الناشئة عن استعمال التقنيات البيوطبية .

المبحث الأول

ماهية التقنيات البيوطبية

سوف ناقش في هذا المبحث مفهوم التقنية، و مفهوم التقنيات البيوطبية، ثم نتطرق لبيان مظاهر استخدام هذه التقنيات .

المطلب الأول

مفهوم التقنية البيوطبية

أولاً: مفهوم التقنية: المعنى اللغوي لمصطلح (التقنية): بادئ ذي بدء أن مصطلح التقنية تعريب من كلمة يونانية «Technology» و المشتقة من لفظين «Techn» و هي المهارة أو الحرفة أو الصنعة، و من اللفظ «Logy» و يعني الدراسة^(١) كما أن كلمة التقنية مشتقة من اللفظ «Technique» و التي ترجمت للعربية بلفظ تقنية أو تقانة^(٢) أما المفهوم الاصطلاحي

الطبية والصيدلة والمناعة والعلاج الجيني
بتقنيات الهندسة الوراثية»^(٧)

المطلب الثاني

مظاهر استعمال التقنيات البيوطبية

بعد أن تطرقنا لمفهوم التقنيات البيوطبية،
فإن مجال استعمال التقنيات البيوطبية تتمثل
بالعلاج الجيني، اختبارات البصمة الجينية، و
زراعة الأعضاء الذاتي

الفرع الأول

العلاج الجيني

وهو العلاج الذي يعتمد فيه على الجين
البشري، وبحسب ما ذكرته وزارة الطاقة
الأمريكية للعلوم وفي البرنامج الخاص
بالجينوم البشري _ في أن العلاج الجيني هو :

" A technique for correcting
defective genes responsible for
disease development " ^(٨)

وهو ما يعني بأن " العلاج الجيني هو تقنية
لتصحيح الجينات المعيبة والمسؤولة عن
تطور مرض ما "

و على ضوء تعريف المنظمة عرف
الباحثون هذه التقنية بأنها " استعمال الجينات
كدواء أو في حالات أخرى هو لاستصلاح
الجينات غير السوية والتي كانت طفرتها
سبباً للمرض " ^(٩). و يذهب المختصون بأن
هذه التقنية تكون إما للخلايا الجسدية أو للخلايا
الجينية ^(١٠)، فتتبلور آلية عمل هذه التقنية و
ذلك بتوفير جين سليم لخلية معيبة (الجسدية أو

المعرب / Technology»؛ و لذلك تعددت
المفاهيم في هذا الإطار: فعرّفها البعض بـ
أن التكنولوجيا فكر و أداء و حلول للمشكلات
قبل ان تكون مجرد اقتناء معدات» ^(٦)، و عرفها
البعض على إنها « العلم التطبيقي أو الوسائل
والأدوات المخترعة و المستخدمة لفأهية و
معيشة الناس» ^(٤)، و ذهب البعض على إنها
ليست مجرد أجهزة أو علم تطبيقي، و إنما هي
أوسع من ذلك فهي « جهد إنساني و طريقة
للتفكير في استخدام المعلومات و المهارات و
الخبرات و العناصر البشرية و غير البشرية

المتاحة في مجال معين و تطبيقها في
اكتشاف وسائل تكنولوجية لحل مشكلات الإنسان
و اشباع حاجاته و زيادة قدراته» ^(٥).

ثانياً: مفهوم التقنية البيوطبية

و التي تسمى بـ«التقنيات الاحيائية أو
الحيوية الطبية» ، و هي نوع من أنواع التقنية
الحيوية «Biotechnology» و عرفت
منظمة التعاون الاقتصادي و التنمية التقنية
الحيوية «Organization for Economic
Co-operation and Development

OECD» التكنولوجيا الحيوية بأنها «
هي فرع متعدد التخصصات من العلوم و
التكنولوجيا تتعامل مع تحويل الكائنات الحية و
غير الحية عن طريق استخدام الكائنات الحية
أو أجزائها أو منتجاتها المشتقة منها، إضافة
الى خلق نماذج للعمليات البيولوجية من أجل
انتاج المعرفة، البضائع، و الخدمات» ^(١).

و اثناء ما تقدم إيضاحه، فإن التقنية
البيوطبية هي « تلك التكنولوجيا التي تهدف
الى التعامل مع الاحياء المجهرية في المجالات

الجينية) بدلاً من الجين المعيب، وتعتمد نسبة نجاح مثل هذا العلاج بالدرجة الأولى على مدى العمر الجيني للخلايا المعالجة^(١١). و لذلك يثور تساؤل في هذا الإطار يتعلق بمدى أمان القيام بهذه التقنية أم أنها تختلف عن العلاجات الطبية الاعتيادية من جهة خلوها من المخاطر غير الاعتيادية؟

للإجابة عن هذا التساؤل لابد من الإشارة الى أن هذه التقنيات العلاجية ما زال استعمالها على نطاق ضيق فهي ليست متاحة للجميع و ليست منتشرة في انحاء العالم جميعاً، كما يذهب المختصون أن نسب فشل مثل هذه العلاجات أكثر من نجاحها؛ و ذلك للمخاطر في استعمالها سواء تلك المتعلقة بالخلايا الجسدية أو تلك المتعلقة بالخلايا الجينية، و من المخاطر المتعلقة بالعلاج الجيني للخلايا الجسدية :

١- احتمالية عدم قيام الجين المنقول (المنغرس) بوظيفته بسبب انغراسه في المكان الخطأ، مما ينشط جين آخر مريض حامل أو يعمل في إيقاف جين سليم عن عمله، أو تساهم عملية النقل في احتمال حدوث فيروسات جديدة خبيثة تقتل الجسم .

٢- استعمال هذه التقنيات العلاجية أدى الى ظهور بنوك لتخزين الجينات و الخلايا؛ مما شجع الى المتاجرة بها وهو ما أدى الى التدخل في معرفة أسرار الخارطة الجينية للإنسان^(١٢) .

أما المخاطر الناشئة عن استخدام العلاج الجيني للخلايا الجينية: فتتمثل بالمخاطر الواردة أعلاه، إضافة الى مخاطر متعلقة بخصوصية هذه الخلايا؛ و لمعرفة هذه المخاطر لابد من توضيح كيفية استخدام

هذه التقنية العلاجية، فالعلاج الجيني للخلايا الجينية تتمثل في الخلايا الجذعية الجينية و ليس للإنسان الكامل، و هي تأتي على نوعين:

النوع الأول: تتمثل في علاج الجنين نفسه، فيقوم الأطباء به من أجل التشخيص المبكر للأمراض الخطيرة و التشوهات الخلقية التي تصيب الجنين في حالة زرعه في الرحم (الاحصاب الخارجي)، إذ يقوم الأطباء باستبعاد الاجنة المصابة و زرع السليمة منها و التي عُولجت قبل ذلك^(١٣) .

النوع الثاني: استعمال الخلايا الجذعية الجينية لعلاج مرضى آخرين و يكون فيه الإنسان كاملاً، و في هذا النوع يستفاد الأطباء من الاجنة الفائضة من عمليات الاحصاب الاصطناعي الخارجي و يسمى هذا النوع من العلاج " بالخلايا الجذعية الجينية" ، فيقوم الأطباء بعزل الخلايا الجذعية الجينية مباشرة من كتلة الخلايا الداخلية لأجنة بشرية عمرها أيام من التخصيب ليتم تنميتها في بيئة مصطنعة الى ان تتحول الى أنواع من الانسجة الأدمية، و قد ساعد هذا النوع من العلاج الجيني من اكتشاف جين موجود في الخلايا العصبية للأجنة و الذي يمكن من خلاله علاج السكتة الدماغية و مرض الزهايمر أو اورام المخ^(١٤) . و على الرغم من مساهمة العلاج الجيني للخلايا الجينية في معالجة بعض الامراض المستعصية، إلا أنه لا يخلو من المخاطر الخاصة لاستخدام هذه الخلايا إضافة الى المخاطر المتعلقة بالخلايا الجسدية المار ذكرها، و تتمثل هذه المخاطر الخاصة بما يأتي:

١- تكمن الخطورة في هذا العلاج في أنه قد يتعدى الهدف من إبعاد الجين غير السليم و

إنما للحصول على مولود ذو مواصفات خاصة أو مميزة^(١٥) .

٢- احتمالية إن تلك الخلايا الجينية تتمايز (١٨) الى العديد من الخلايا الوظيفية كخلايا الكبد الجسدية و الخلايا الجنسية التي تؤثر على النسل اللاحق، فأى خلل يحدث في العلاج الجيني للخلايا الجينية يؤثر جوهرياً على جميع الخلايا المتميزة عنها دون استثناء^(١٦) .

ولما تقدم ذكره يتضح بأن هناك آثاراً سلبية عديدة و خطيرة لاستخدام هذه التقنية العلاجية من التقنيات البيوطبية، و هي بذلك تعتبر في مقام أعمال طبية غير اعتيادية " تجارب طبية علاجية " أكثر من كونها محاولات طبية اعتيادية .

الفرع الثاني

اختبارات البصمة الجينية «D.N.A»

إن البصمة الجينية و التي يطلق عليها ايضاً (البصمة الوراثية) هي " تلك المادة الوراثية الموجودة في خلايا جميع الكائنات الحية، فهي الشفرة التي تميز كل إنسان أو كائن حي عن الآخر"^(١٧) . و هذه البصمة توجد في كل خلايا جسم الانسان التي تحتوي على نواة، فهي المادة الوراثية التي تقوم بتنظيم عمل وظائف الجسم (الفيزيائية و الكيمائية)، و من الوظائف الأساسية لهذه البصمة بناء عدة نسخ من الخلية الأساسية و تكون حاملة للمعلومات الوراثية ذاتها^(١٨) فتورث هذه المعلومات من جيل لآخر، و يستفاد من هذه المعلومات في وقتنا الحاضر في أمرين:

الأمر الأول: علم الصيدلة الجينية: تعد هذه التقنية أحد فروع علم الصيدلة، إذ يستفاد من الخارطة الجينية أو الوراثة "D.N.A"، و التنوع الوراثي في قياس مدى الاستجابة للأدوية في المرضى أي فعالية الدواء أو سميته، و قد أُصطلح على هذا العلم بمصطلح آخر و هو " علم الوراثة الدوائي"^(١٩) . و بفضل هذه التقنية تغير نمط الحياة لبعض المرضى و الى تقدم عملية اكتشاف الادوية المناسبة أو انخفاض في الآثار الجانبية لبعض الادوية لبعض المرضى، و كذلك استعماله في اختبارات علاج السرطان أي تحديد المريض الذي يعاني من التسمم بسبب استعمال بعض الادوية الخاصة و الشائعة لعلاج السرطان^(٢٠) . و لم يقف الامر على الفوائد الدوائية أعلاه، و إنما أدى التطور في علم الوراثة الدوائي الى امتداد تأثيره في مجال الطب الشرعي، حيث ساعدت هذه التقنية في تفسير الوفيات المرتبطة باستخدام الادوية و خاصة حالات التسمم العرضي أو حالات الوفاة المفاجئة^(٢١) .

الأمر الثاني: تحديد الهوية بواسطة البصمة الجينية "D.N.A": أوضحنا في السطور السابقة أن البصمة الجينية (D.N.A) هي الشفرة التي تميز كل إنسان عن آخر، و ما تحتويه من المعلومات الوراثية المنقولة من الآباء الى الأبناء؛ و لذلك لم يقف التطور في المجال البيوطبي الى حد الاستفادة من هذه الشفرة في المجال الطبي و ذلك في تحديد الامراض الوراثية أو ما يتعلق بعلم الوراثة الدوائي في مساهمته في اكتشاف سبب الوفيات المفاجئة، و إنما استطاع العلماء تحديد هوية المشتبه به في جريمة ما، و من ثم حل معظم القضايا التي يصعب فيها تحديد شخصية الجاني، كذلك لها فائدة في القضايا المدنية المتعلقة بإثبات البنية الشرعية^(٢٢)

الفرع الثالث

زراعة الأعضاء البشرية الذاتي

و هو أحد أنواع زراعة الأعضاء البشرية ، حيث يمكن في هذا النوع زراعة عضو جديد باستخدام المحتوى الوراثي لخلية المريض من غير ان يتم نقل و زراعة عضو من متبرع أو من ميت، و بعبارة أكثر دقة تتم في هذا النوع زراعة نسيج من انسجة جسد المريض نفسه، و من أهم حالات الزراعة التي تحصل في هذا النوع هي زراعة الخلايا الجذعية الذاتية "Autologous stem cell transplantation"^(٢٣)، و حري بالإشارة في هذا المجال، أن زراعة الأعضاء الذاتي هي نوع من أنواع زراعة الأعضاء البشرية، إذ هناك ما يسمى بالزراعة المغاير "Allograft Transplantation" التي تتم فيها زراعة عضو أو نسيج بين كائنين غير متطابقين وراثياً، و هذا النوع من المتعارف عليه في عمليات زراعة الأعضاء البشرية، و يتطلب في هذا النوع أن يتقبل الجهاز المناعي للمريض (المتبرع له) للعضو أو النسيج المزروع.^(٢٤)

المبحث الثاني

مدى كفاية التشريعات المدنية في الحماية المدنية لاستعمال التقنيات البيوطبية

إن تعقيدات الجسم البشري و ما يرتبط به من أعمال طبية و منها استعمال التقنيات البيوطبية تجعلنا أمام تساؤل و هو: مدى كفاية التشريعات المدنية في توفير الحماية المدنية لاستعمال مثل هذه التقنيات بشكل خاص ، و ذلك لحداتها و استعمالها بشكل مختلف عن

العلاجات الطبية الاعتيادية، و لذلك سنبحث في هذا الاطار مدى نجاعة قواعد القانون المدني التقليدية في الحماية المدنية لاستعمال التقنيات البيوطبية، ثم سنخرج في بيان الحماية المدنية المقارنة في مجال العمل الطبي و التقنيات البيوطبية .

المطلب الأول

مدى نجاعة قواعد القانون المدني العراقي التقليدية في الحماية المدنية لاستعمال التقنيات البيوطبية

للتعرف على مدى نجاعة قواعد القانون المدني التقليدية في الحماية المدنية لاستعمال التقنيات البيوطبية لابد من معرفة هل إن كانت للتشريعات المدنية النافذة في العراق قواعد تنظيمية لاستعمال هذه التقنيات و توفير الحماية المدنية الناشئة عن استعمالها أم أن هذه الحماية فقط في قواعد القانون المدني التقليدية؟ و الإجابة عن هذا التساؤل في السطور الآتية:

الفرع الأول

التشريعات القانونية العراقية النافذة المنظمة لاستعمال التقنيات البيوطبية

بالرجوع الى التشريعات القانونية النافذة نجد أن المشرع العراقي قد أصدر قوانين تتعلق بعدد من أنواع السلوك الطبي غير الاعتيادي منها قانون المعهد العالي لتشخيص العقم و التقنيات المساعدة على الإنجاب رقم ١٩ لسنة ٢٠١١م ، و قانون عمليات زرع الأعضاء البشرية و منع الاتجار بها رقم ١١ لسنة ٢٠١٦م، و أشار المشرع في كلا القانونين الى الاستفادة من الانسجة و الاجنة في الأبحاث و العلاجات الطبية . ففي قانون المعهد العالي

لتشخيص العقم والتقنيات المساعدة على الانجاب قد أشار المشرع بأن من أهداف المعهد الذي أسس وفق هذا القانون هو ضرورة مواكبة التطورات الحديثة الحاصلة في مجال أبحاث الاجنة و علاج العقم فضلاً عن إجراء البحوث و تجميدها^(٢٥)، و هنا يتضح بأن المشرع قد أشار بشكل غير مباشر الى استعمال أو اجراء البحوث المتعلقة بالتقنيات البيوطبية (و هي الاجنة، أي ما يتولد عنها من الأبحاث في الاستفادة من الخلايا الجذعية الجنينية في تجارب علاجية). و على رغم من إشارة المشرع غير المباشرة لاستعمال بيوطبية، إلا أنه لم يوضح بشكل دقيق ماهية الأبحاث المتعلقة بالأجنة، و ما هي هذه الاجنة، فهل تعد اجنة فائضة عن عمليات الانجاب الاصطناعي أم أنها متعلقة بأجنة تعد خصيصاً لأغراض علاجية؟ فهذا أمر يعد في غاية الخطورة و الأهمية ، لاسيما و أن هناك من السلبيات و الآثار الخطيرة التي تترتب على استعمال الخلايا الجنينية و كما اشرنا اليها مسبقاً.

أما قانون عمليات زرع الأعضاء البشرية و منع الاتجار بها ، فإن المشرع قد استعمل عبارة "عملية نقل أو زرع عضو بشري أو نسيج من شخص للمتبرع له"^(٢٦)، و على الرغم من إشارته باستعمال نسيج بشري في عمليات زراعة الأعضاء، إلا أنه لم يشر الى استعمال نسيج أو لخلايا الشخص المريض نفسه (زراعة الأعضاء الذاتي)، إذ عرف المشرع عملية زرع الأعضاء بأنها " الاستعمال العلاجي الجراحي للأعضاء البشرية الذي يكون بعملية جراحية يحصل عن طريق المتلقي على أحد الأعضاء أو الانسجة البشرية من المتبرع حياً كان أو ميتاً"^(٢٧)، كما عرّف الانسجة البشرية بأنها " جزء من أي عضو بشري ينزرع من إنسان حي أو ميت"^(٢٨).

و مما سبق بيانه لمفهوم عمليات زرع الأعضاء و مفهوم (النسيج البشري)، نستشف أن المشرع العراقي قد أغفل انه يمكن الاستفادة من النسيج البشري للمريض نفسه في إيجاد نسيج جديد و زرعه بدل النسيج المعيوب و الذي يتطلب زراعة نسيج جديد، فكان من الاجدر بالمشرع أن يشر الى ذلك دون أن يكون النص قاصراً بصورة غير مباشرة على عمليات زرع الأعضاء المغاير؛ لأن من خصائص أي قانون أن يكون قانوناً مرناً يمكن تطبيقه في كل زمان و على كل الظروف ، فيكون مواكباً لكل التطورات الحاصلة في مجالات الحياة؛ فالتطور الحاصل في مجال العمل الطبي و بشكل خاص في مجال الأمور البيولوجية (التقنيات البيوطبية) و ذلك في مجال الاستفادة من الخلايا (الجسدية و الجنينية) سواء في عمليات الانجاب الاصطناعي أو زراعة الأعضاء البشرية (المغاير أو الذاتي)، جعل بالإمكان في الوقت الحاضر الاستفادة من انسجة المريض نفسه لزرعها بدلاً عن النسيج المتضرر؛ و ذلك لتفادي المشاكل المترتبة على رفض جهاز المناعة الذاتي للمريض بعد الزراعة ، و من ثم رفض العضو أو النسيج المزروع و كما أوضحناه مسبقاً .

أما ما يتعلق بالبصمة الجينية و استعمالاتها (تحديد الهوية من خلال البصمة الجينية، أو ما يتعلق بالصيدلة الجينية أو علم الوراثة الدوائي)، فإن المشرع العراقي لم ينظم تشريعاً خاصاً بها، إلا أن القانون العراقي يعتبر البصمة الجينية (الوراثةية) من ادلة الاثبات في الدعاوى الجنائية و المدنية، و على الرغم من ذلك فإن كل من " قانون الاثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩م المعدل، و قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩م، و قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩م" لم

وان البصمة الوراثية هي دليل قاطع فتكامل هذه الوسيلة تحليل الدم في حسم الدعوى، وهو ما ذهبت اليه محكمة التمييز في احد قراراتها المتعلقة بإثبات البنوة إذ ذهبت المحكمة بشأن نتيجة فحص تطابق الأنسجة للأطراف المدعية الى ان " الصفات الوراثية للطفل (ز) لا تمت بأية صلة للصفات الوراثية العائدة للزوجين(م) وزوجته المدعى عليها (ك) وان الصفات الوراثية للطفل (ز) تشابه الصفات الوراثية العائدة للزوجيين (ن) وزوجته (س) وعلى ضوء ذلك ان الطفل (ز) لا يمكن أن يكون بأي حال من الأحوال أبنا للزوجيين (م) و(ك)". (٣١)

و بذلك يتضح لنا اثناء استعراض التشريعات التي أوردناها، إنها لم تنظم مسألة الحماية المدنية أو " المسؤولية المدنية" على الرغم من أن في مجال العمل الطبي عامة و المجال الطبي غير الاعتيادي (تجارب طبية علاجية) بشكل خاص لا بد أن يضع المشرع نصوصاً؛ لضمان حقوق و التزامات الأطراف ذات العلاقة ، و لضمان حقوق و التزامات مستخدمي التقنيات البيوطبية لا بد من الرجوع الى القواعد العامة و هي النصوص الواردة في القانون المدني و الذي سنتطرق اليه في الفرع الآتي.

الفرع الثاني

الحماية المدنية لاستعمال التقنيات البيوطبية في قواعد القانون المدني العراقي

إن التطور في أي مجال يصاحبه مخاطر أو آثار ضارة و بشكل خاص إن كان ذلك التطور يتعلق بالمساس بالجسم البشري. و الحقيقة أن المسؤولية المدنية الناشئة عن استعمال التقنيات البيوطبية تكون خاضعة للقواعد العامة

تنص صراحة على البصمة الجينية باعتبارها دليلاً في إثبات النسب، فموجب قانون الاحوال الشخصية فان النسب يثبت بأحد الادلة الثلاثة «الفرش، الاقرار، الشهادة، البيئة»^(٢٩)، و بموجب المادة(١٠٤) من قانون الاثبات اجاز المشرع للقاضي ان يستند الى وسائل التقدم العلمي في استنباط القرائن القضائية فنص على أنه(للقاضي ان يستفيد من وسائل التقدم العلمي في استنباط القرائن القضائية) ، فأعطى المشرع للقاضي سلطة تقديرية في ذلك، فضلا عن ذلك نجد أن المادة المذكورة قد جاء نصها شاملاً لكل وسائل التقدم العلمي بشأن القرائن القضائية (في مجال الاثبات) ومن هذه الوسائل (البصمة الجينية او الوراثية)، ولكن نجد ذلك تعد شيء من القصور التشريعي لان هذه الوسيلة تعتبر دليلاً اقوى في إثبات هوية الشخص في المجال الجنائي والمدني، وعليه كان على المشرع العراقي أن ينص صراحة على اعتبار فحص الجينات الوراثية(البصمة الوراثية) من وسائل اثبات النسب ومن جانب اخر نجد ان المشرع العراقي في قانون اصول المحاكمات الجزائية رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١ المعدل قد اجاز بموجب المادة (٧٠) فحص الدم ويشترط في ذلك ان يتعلق الفحص بجناية أو جنحة وأن يكون أمر فحص الدم مقيداً في أمر التحقيق.^(٣٠)

ومما تقدم نجد أن هناك قصوراً في التشريعات المدنية في النص صراحة عن هذه التقنية(البصمة الوراثية) بعدها من وسائل الاثبات في حين نص المشرع على فحص الدم في قانون اصول المحاكمات الجزائية بموجب المادة(٧٠) منه، فنرى ان تعدل المادة(٧٠) والنص بعبارة " فحص الجينات الوراثية او البصمة الوراثية لتحديد هوية الشخص " ومن التطبيقات القضائية في عد الدم دليلاً ناقصاً

ولكن على الرغم من ذلك هناك حالات استثنائية عن القاعدة العامة إذ يكون التزام الطبيب فيها التزاماً بتحقيق نتيجة وذلك بضمان السلامة في بعض الحالات كالأدوية الطبية والتركيبات الصناعية والأدوية ونقل الدم والتحليل الطبية^(٣٥)، و قد نصت تعليمات السلوك المهني الطبي الصادرة عن نقابة الاطباء العراقي عام ٢٠٠٢م في أن مسؤولية الطبيب تجاه المريض هي مسؤولية عناية وليست مسؤولية شفاء، و ان الطبيب مسؤول عما يستعمله أو يقصر في استعماله من وسائل وليس مسؤولاً عن الشفاء.^(٣٦)

الطبيعة التقصيرية لمسؤولية الطبيب:

إن هدف المسؤولية الطبية هو إعادة التوازن الذي اختل نتيجة للضرر، و رد المريض (المضرور) الى الوضع الذي يكون فيه لو لم يقع الفعل الضار و ذلك على نفقة الطبيب المسؤول^(٣٧)، فتثور مسؤولية الطبيب اذا اعتبر فعله خروجاً عن القواعد و الأصول العلمية المستقرة و المعاصرة في علم الطب و الأعراف الطبية، أو اذا اتسم عمله بالجهل أو الإهمال الذي لا يصدر من طبيب في مستواه المهني^(٣٨)، و تقوم هذه المسؤولية على عنصر الخطأ، فيكون على الشخص المصاب (الخاضع للتقنيات البيوطبية) إثبات خطأ الطبيب الذي أدى الى حصول الضرر الذي أصابه، و ذلك لحصول إهمال أو تقصير من قبل الطبيب في التزام أو واجب فرضه القانون، و قد حددت تعليمات السلوك المهني الطبي الصادرة عن نقابة الأطباء العراقية حالات معينة يكون الطبيب فيها مسؤولاً عن حصول ضرر بالمريض و هي :

«١- إذا ثبت حصول خطأ نتيجة إهمال الطبيب نتائج الفحص الشعاعي أو الفحوص المخبرية، والحقن خارج الوريد.

في المسؤولية المدنية بصفة عامة، ففي هذا المجال لا تنهض المسؤولية إلا اذا توفرت أركان قيمها «الخطأ، الضرر، و العلاقة السببية بين الخطأ و الضرر»^(٣٩)، و في نطاق المسؤولية المدنية يخضع الأطباء للقواعد العامة في المسؤولية التقصيرية (الاعمال غير المشروعة التي تقع على النفس) في المادة (٢٠٢) و ما بعدها من القانون المدني العراقي المعدل، و لأحكام المسؤولية العقدية اذا كان المساس بجسد المريض أو بصحته ناتجاً عن الاخلال بالتزام مصدره عقد طبي (الاخلال بالتزامات تعاقدية) في المادة (١٦٨) و ما بعدها من القانون المدني العراقي المعدل. و تعد مسؤولية الطبيب في الأصل وفق القانون المدني مسؤولية عقدية، و أما الاستثناء فهي المسؤولية التقصيرية، فالطبيب ملزم بعلاج المريض و مصدر التزامه في ذلك هو العقد المبرم مع المريض، إلا أن الإشكالية تثور في إطار المسؤولية التقصيرية للطبيب، و قبل الولوج في بيان الطبيعة التقصيرية لمسؤولية الطبيب لا بد من بيان درجة التزام الطبيب في ممارسة عمله الطبي.

درجة التزام الطبيب: ذهب الفقه القانوني و

القضاء بشكل عام على أن التزام الطبيب إزاء مريضه هو التزام ببذل عناية لا التزام بتحقيق نتيجة، و ذهب في ذلك القضاء المصري^(٤٠) و ذهب القضاء العراقي الى نفس اتجاه القضاء المصري، فعد التزام الطبيب هو لبذل عناية لا بتحقيق نتيجة وهذا ما ذهبت اليه محكمة التمييز العراقية في أحد قراراتها والذي جاء فيه (إن التزام الطبيب بمعالجة المريض والعناية به لا يعني التزامه بضمان الشفاء، ولا يسأل ان ازداد المريض مرضاً ما لم يكن بتقصيره، ولا يكون مقصراً إذا استند في العلاج الى أسس فنية و علمية).^(٤١)

٢- قيام الطبيب بحقن المريض المصاب بجروح عميقة بمصل الكزاز .

٣ - إهمال الطبيب لالتزاماته في أمور الرقابة والمتابعة لحالة المريض .

٤- عدم الحصول على موافقة المريض لقيامه بالعملية الجراحية فضلاً عن عدم إيضاحه لمخاطر العملية الجراحية المراد إجراؤها، و عدم قيامه بإبلاغ مريضه بخطورة مرضه.

٦- إهمال الطبيب في التدخل الطبي في الوقت المناسب .

٧- عدم قيام الطبيب بإرسال المريض إلى المستشفى في الوقت المناسب، و معالجة مريضه من غير وجود وسائل علاجية أو إسعافية لازمة في عيادته الخاصة ٨- الإهمال في عدم تعقيم الأدوات المستعملة في العلاج والتشخيص».

٩- إذا أخطأ الطبيب في كتابة كلمة بدل أخرى أو كتابة جرعة معينة بدلاً عن الجرعة المقررة^(٣٩).

ووفق القانون فإن معيار تحديد الخطأ الموجب للمسؤولية المدنية هو معيار موضوعي و هو " المعيار الذي يقيس سلوك الطبيب المقصر على السلوك الطبي المألوف من طبيب وسط في مستواه مع مراعاته في ذلك لدرجة التخصص الدقيق و الظروف الخارجية المحيطة بالطبيب"^(٤٠) ، و بالرجوع الى تعليمات السلوك المهني الطبي نجد أن نقابة الأطباء العراقية قد أخذت بهذا المعيار، حيث عدت الطبيب الاختصاصي هو الضليع في موضوع عمله الطبي المراد اجراؤه و الذي يغفره للممارس العام لا يغفره في العادة للطبيب الاختصاصي^(٤١) .

وفي اطار استعمال التقنيات البيوطبية ، فإن تحديد إن كان الطبيب مخطئاً ، اثناء مقارنة سلوك الطبيب المعالج الذي أجرى احدى استخدامات التقنيات البيوطبية (كالعلاج الجيني) مع سلوك طبيب في درجته نفسه أو مستواه و في ذات الظروف التي واجهها الطبيب المعالج و التي أدت الى حدوث الضرر الواقع على المريض (المتضرر من العلاج الجيني مثلاً)، فالضرر الذي يوجب التعويض هو الضرر محقق الوقوع و مباشرراً للخطأ أو التقصير، و متعلق بحق مكتسب أو مصلحة مشروعة^(٤٢) . و الضرر الناجم عن القيام بإحدى استعمالات التقنيات البيوطبية ، لا بد أن يكون قد مس حقاً أو مصلحة مشروعة للمضرور، و المساس بالحق في هذا المجال يتمثل في التعدي على الحق في الحياة أو إصابة جسم المريض الذي تجرى عليه تلك العلاجات ، و ما ينتج عن ذلك من عجز جزئي أو كلي عن العمل، علاوة عما يتكبده من نفقات العلاج و نحوه .

و يتضح من استعراض للقواعد القانونية التي يخضع لها الطبيب، إن سلوك الطبيب يحكمه نوعان من القواعد القانونية هي : ١- القواعد المدنية التقليدية و التي يخضع لها سائر أفراد المجتمع، ٢- قواعد اخلاقيات المهنة أو قواعد السلوك المهني التي تصدر عن نقابة الأطباء و التي هي قواعد ملزمة تحكم سلوك الأطباء أثناء ممارستهم لمهنة الطب أو العمل الطبي بوجه عام . فيتم تحديد المركز القانوني للطبيب بالنظر الى مهنة الطب التي يمارسها و ليس بالنظر اليه كشخص عادي، فنتم معالجة مسؤوليته حسب الطبيعة الخاصة لالتزامه فإن لم يراع أموراً معينة في ممارسته لعمله فيعتبر مهماً لواجباته و إن كان ذلك يغتفر للرجل العادي فمن حق المتضرر المطالبة بتعويضه عما لحقه من ضرر «دعوى المسؤولية

الفرع الأول

موقف الفقه و القضاء المقارن في الحماية المدنية الناشئة عن العمل الطبي

لعجز القواعد القانونية التقليدية إزاء إثبات حصول خطأ الطبيب في مجال استعمال العلاجات غير الاعتيادية «كالتقنيات البيوطبية» و كما أوضحناه مسبقاً؛ سارع الفقه و القضاء الفرنسي الى إيجاد المركز القانوني للمسؤولية التقصيرية؛ فأوجد نظرية الخطأ المفترض أو الاحتمالي، و نظرية المسؤولية بدون خطأ

١- المسؤولية على أساس الخطأ

المفترض: ذهب القضاء الفرنسي عند نظره للقضايا المتعلقة بالمسؤولية الطبية الى الاستنتاج أن الضرر ما كان ليحدث لولا حصول خطأ أو تقصير من قبل الطبيب المعالج على الرغم من عدم تمكن المتضرر من إثبات تقصير أو إهمال الطبيب بواجب بذل العناية و الحيطة و الحذر^(٤٣) فوفق هذه النظرية يقع على الطبيب عبء إثبات نفي الخطأ الطبي الصادر منه أو من المستشفى، و في عام ١٩٩٨م أخذت محكمة النقض الفرنسية بهذه النظرية بخصوص الحكم الصادر بالقضية المتعلقة بتعرض المدعي للعدوى بمرض آخر أثناء إقامته في المستشفى الخاص، فذهبت المحكمة «إن مجرد انتقال العدوى أثناء إقامته في المستشفى، لا يمكن تفسيره إلا بأن الضرر الحاصل هو لارتكاب المستشفى خطأً أدى الى حصول الضرر»^(٤٤). و على الرغم من إن هذه النظرية تحقق التوازن بين مصلحة المضرور في إعفائه من إقامة الدليل على حصول الخطأ، و مصلحة الطبيب في حقه في نفي حصول الخطأ من جانبه، إلا إنها لم تسلم من الانتقاد

المدنية» بعد أن يثبت حصول هذا الضرر نتيجة لخطأ الطبيب أثناء معالجته للمريض المتضرر «أي المسؤولية الخطئية».

و لكن وفق القواعد القانونية التقليدية تكون مسألة إثبات وقوع خطأ أدى الى ضرر (علاقة سببية بين الخطأ و الضرر) في المجال الطبي بوجه عام و في مجال الاعمال الطبية غير الاعتيادية كالتقنيات البيوطبية، أمراً عسيراً و ذلك لتعقيدات الجسد البشري و تغير حالاته، فضلاً عن عجز تلك القواعد القانونية في إثبات حصول الخطأ الذي أدى لوقوع الضرر و خاصة إن الامر متعلق بالجينات و كيفية الاستفادة منها في العلاجات الطبية غير الاعتيادية مما يصعب التثبت معها حصول خطأ من قبل الطبيب المعالج لا سيما إن مخاطرها و أثارها السلبية التي اوضحناها يصعب معها تحديد من هو المسؤول لأن كل جسم له حالاته و حساسياته تجاه دواء معين دون الدراية المسبقة بذلك، فكل ذلك يؤدي الى عجز المدعي (المريض المتضرر) و القضاء من التثبت من حصول خطأ طبي أدى الى وقوع الضرر، و من ثم قد لا يحكم للمدعي بالتعويض؛ و ذلك لعدم وجود قواعد قانونية في التشريع العراقي لحل مثل هذه الإشكالية .

المطلب الثاني

الحماية المدنية المقارنة في مجال العمل الطبي و التقنيات البيوطبية

سنحاول في هذا المطلب معرفة ما توصل اليه مشرعو الدول و الفقه المقارن في إيجاد الحلول لسد النقص الحاصل في القواعد القانونية التقليدية للحماية المدنية في استعمال التقنيات البيوطبية

حيث اعتبر بعض الفقهاء إنها نظرية تنافي القواعد القانونية العامة المتمثلة في وجوب إقامة المدعي (المريض المتضرر) الدليل على تقصير الطبيب المعالج بواجبه القانوني مما أدى الى حصول الضرر الذي أصابه، كما و اعتبروا أن هذه النظرية ليست سوى استعمال لوسيلة خالصة لمصلحة المضرور على حساب القواعد القانونية المدنية^(٤٥).

٢- المسؤولية المدنية بدون خطأ (المسؤولية الموضوعية): ذهب جانب من الفقه و القضاء الفرنسي الى إيجاد وسيلة أخرى لإعفاء المريض المتضرر من واجب إثبات حصول الضرر بسبب خطأ الطبيب المعالج و الاكتفاء بالاعتماد على حصول ضرر الذي يجب أن يكون جسيماً (٤٦) ، و أول من أخذ بهذه النظرية هو القضاء الإداري في فرنسا و ذلك بشأن الاعمال الطبية التي تجرى في المؤسسات الصحية العامة، فأخذ بها في قضية "Gómez" في مايو / ١٩٩٨م إذ قضت محكمة الاستئناف الإدارية «...أن استعمال طريقة علاجية جديدة يمكن أن يستتبع خطراً على المرضى الذين يخضعون لها وخاصة أن نتائج هذه الطريقة غير معلومة بعد، وأن استخدام مثل هذه الطريقة تم دون وجود ضرورة تفرضاها حالة المريض مما يؤدي إلى قيام مسؤولية المستشفى عن المضاعفات التي أصابت المريض والتي تعتبر نتيجة حتمية ومباشرة للطريقة العلاجية (Luque) حتى في حالة غياب الخطأ»^(٤٧). أما القضاء العادي الفرنسي فقد حاول الأخذ بهذه النظرية، ولكن عن طريق ما يعرف بمبدأ ضمان السلامة وتمم بموجبه تطبيق المسؤولية بدون خطأ ويقصد بهذا المبدأ «الالتزام بعدم تعريض المريض لأي أذى، و عدم الحاق الضرر به بسبب ما يستعمله الطبيب من أدوات وأجهزة أثناء قيامه بالعمل الطبي أو بسبب ما يعطيه من أدوية»^(٤٨).

مما تقدم استعراضه بشكل مفصل من نظريات؛ لتخفيف عبء إثبات الخطأ، نجد أن الأخذ بفكرة (المسؤولية بدون خطأ) خروج عن مبادئ العدالة وقواعد القانون في ضرورة تحقق المسؤولية بأركانها من أجل احقاق الحق بين اطراف النزاع، أما فكرة الخطأ المفترض فتعمل على إيجاد التوازن بين الاطراف المتنازعة دون المحاباة التامة لطرف دون آخر، و من جانب آخر فإن الأخذ بفكرة الخطأ المفترض سيبقي على عاتق الطبيب إثبات عدم ارتكابه أي تقصير في عمله الطبي الذي ينسب إليه الضرر الحاصل، في حين أنه في فكرة أو نظرية المسؤولية بدون خطأ سيقع على عاتق الطبيب إثبات السبب الاجنبي الذي هو أصعب من إثبات نفي تقصيره في واجبه في الحيطه والحذر. لذلك نرى على المشرع العراقي الأخذ بالمسؤولية على أساس الخطأ المفترض في مجال الأعمال الطبية، لأن هذه الفكرة فيها تشديد على الأطباء في الحذر في قيامهم بأعمالهم الطبية دون الاستهانة بالجسم البشري وكرامته، وفي الوقت ذاته يجب الأخذ في الاعتبار مكانة العمل الطبي، وإبداع الأطباء في إيجاد العلاجات للأمراض المستعصية.

الفرع الثاني

الحماية المدنية في التشريعات المقارنة المنظمة للتقنيات البيوطبية

سوف ابين في السطور الآتية كيفية الحماية المدنية لاستعمال التقنيات البيوطبية في تشريعات دول أصدرت تشريعات منظمة للأبحاث البيوطبية، و هي كل من جمهورية ليتوانيا، و مملكة المغرب .

أولاً: جمهورية ليتوانيا: تعد جمهورية ليتوانيا من أول دول العالم التي أصدرت قانوناً

للمتضرر أو لذوي حقوقه في حالة وفاته وذلك مهما كانت المدة الفاصلة بين تاريخ البحث وتاريخ ظهور الضرر" (٤٠). و عن طريق هذه المادة نجد أن المشرع المغربي جعل المسؤولية هنا على أساس تحمل التبعة، و ليس على أساس الخطأ المفترض الذي تبناه المشرع الليتواني و كما أوضحناه .

الخاتمة

بعد انتهائنا من دراسة " مدى كفاية قواعد القانون المدني في الحماية المدنية لاستعمال التقنيات البيوطبية" بحمد الله و توفيقه ، ينبغي أن نذكر ما توصلنا اليه من النتائج و التوصيات:

النتائج:

١- التقنية البيوطبية هي «تلك التكنولوجيا التي تهدف الى التعامل مع الاحياء المجهرية في المجالات الطبية و الصيدلة و المناعة و العلاج الجيني بتقنيات الهندسة الوراثية»

٢- إن هناك آثاراً سلبية عديدة و خطيرة لاستعمال هذه التقنية العلاجية من التقنيات البيوطبية، و هي بذلك تعد في مقام أعمال طبية غير اعتيادية (تجارب علاجية) أكثر من كونها محاولات طبية اعتيادية .

٣- اثناء استعراض التشريعات العراقية النافذة ذات العلاقة بمظاهر استعمال التقنيات البيوطبية، فإنها لم تنظم مسألة الحماية المدنية أو (المسؤولية المدنية) على الرغم من أن في مجال العمل الطبي عامة وفي المجال الطبي غير الاعتيادي بشكل خاص لا بد أن يضع المشرع نصوصاً؛ لضمان حقوق و التزامات الأطراف ذات العلاقة.

٤- إن سلوك الطبيب في العراق يحكمه

صريحاً خاصاً بالأبحاث البيوطبية و هو قانون " اخلاقيات البحث البيوطبي/ Ethics of Biomedical Research" لسنة ٢٠٠٠م ، حيث أورد قسماً خاصاً عن المسؤولية المدنية التي يتحملها كل من الباحث (الطبيب المعالج)، و المتعهد (المرفق) الذي يقام فيه البحث أو العلاج البيوطبي ، و ذلك عن الاضرار الناجمة عن ذلك سواء كانت مادية أو معنوية و كذلك عن حالة الوفاة ، إلا اذا أثبت المدعى عليه (الباحث أو المرفق) إن الضرر الحاصل بسبب لا علاقة له بالبحث البيوطبي، و هو ما أشارت اليه الفقرة (١) من المادة (١١) من القانون المذكور (٤٩)، فالمشرع الليتواني قد جعل المسؤولية أساسها الخطأ المفترض قابل لإثبات العكس و ليس تحمل التبعة، و أبقى المشرع حق المدعى عليه في نفي المسؤولية عنه ، و هو بذلك ابقى على مكانة العمل و البحث العلمي و الإبقاء على الابداع و اسهام الباحثين و الأطباء في تطوير العمل الطبي . و بذلك نجد المشرع قد وضع حداً في ضرورة الرجوع الى القواعد القانونية التقليدية في المسؤولية المدنية .

ثانياً: مملكة المغرب: تعد المغرب الدولة الوحيدة التي أصدرت قانوناً خاصاً بالتقنيات البيوطبية و هو قانون " حماية الأشخاص المشاركين في الأبحاث البيوطبية " رقم ٢٨٠١٣ لسنة ٢٠١٥م ، و نص هذا القانون على وجوب تعويض المشاركين عن الاضرار التي تلحق بصحتهم أثناء القيام بالبحث أو بعد توقف البحث أو بعد انتهائه و ذلك بعد ثبوت العلاقة السببية بين البحث و الاضرار الحاصلة، و هو ما نص عليه بالقول: " يتحمل المتعهد مسؤولية الأضرار التي تلحق بصحة المشارك أثناء إنجاز البحث أو بعد توقيفه أو انتهائه، عند ثبوت علاقة سببية بين البحث و الأضرار و يضمن المتعهد التعويض الكامل

نوعان من القواعد هي : ١- القواعد القانونية المدنية التقليدية التي يخضع لها سائر أفراد المجتمع، ٢- قواعد اخلاقيات المهنة أو قواعد السلوك المهني التي تصدر عن نقابة الأطباء و التي هي قواعد ملزمة تحكم سلوك الأطباء أثناء ممارستهم لمهنة الطب أو العمل الطبي بوجه عام.

٥- توصلت الدراسة إلى أنّ هناك عجزاً وقصوراً في القواعد القانونية التقليدية الخاصة بالمسؤولية المدنية عن استيعاب بعض أنواع السلوك الطبيّ التي يصعب معها إثبات حصول الضرر نتيجة للخطأ الطبي، وبشكل خاص في مجال الأعمال الطبية غير الاعتيادية (كالتقنيات البيوطبية)

٦- هناك محاولات للفقهاء والقضاء المقارن في إيجاد مخرج للعجز و القصور في القواعد القانونية التقليدية في إطار المسؤولية الطبية، و التي ساهمت هذه المحاولات في قيام مشرعي بعض الدول الاخذ بها في التشريعات المتعلقة بالأعمال الطبية غير الاعتيادية (كالتقنيات البيوطبية) دون الرجوع الى تلك القواعد التقليدية في المسؤولية المدنية و من ثم ضياع حق المتضرر في التعويض بسبب صعوبة اثبات وقوع خطأ الطبيب في استعمال تلك التقنيات .

التوصيات:

١- ندعو ان تعدل المادة (٧٠) من قانون اصول المحاكمات الجزائية إذ تنص على عبارة (فحص الجينات الوراثية أو البصمة الوراثية) بدلاً من عبارة (فحص الدم) في تحديد هوية الشخص.

٢- ندعو المشرع العراقي الى تعديل

قانون المعهد العالي لتشخيص العقم و التقنيات المساعدة على الانجاب و قانون عمليات زرع الأعضاء البشرية و منع الاتجار بها، و ذلك بإيراد نصوص أو قسم خاص عن المسؤولية المدنية في تحمل الاضرار الناشئة عن القيام بتلك العمليات الطبية المشار إليها في هذين القانونين و على غرار ما قامت به بعض التشريعات المقارنة في تنظيم أي عمل طبي لاسيما المتعلقة بالتقنيات الطبية الحديثة، و ذلك لمنع الرجوع الى القواعد التقليدية التي يعجز بسببها المريض المتضرر عن اثبات خطأ الطبيب أو تقصيره و من ثم عدم حصوله على التعويض.

٣- ندعو المشرع العراقي إصدار قانون متعلق بتنظيم العمل الطبي في العراق، تُحدد فيه ماهية الأعمال الطبية، وأخلاقيات الطبيب، و الممارسات المحظورة القيام بها، وتبين فيه مسؤولية الطبيب في وجوب تعويض المريض عن أي ضرر إلا إذا أثبت أنه قد التزم بأصول العمل الطبي وقواعده (أي تُقام مسؤولية الطبيب على أساس الخطأ المفترض) ، و ذلك لمنع التشتت في تنظيم عمله بين القواعد التقليدية و تعليمات السلوك المهني الطبي .

الهوامش

١- انظر: عامر إبراهيم فزليجي، المعجم الموسوعي لتكنولوجيا المعلومات و الانترنت (عمان: دار المسيرة للنشر و التوزيع و الطباعة، ٢٠٠٣م)، ص ٣٣١ .

٢- المرجع نفسه

٣- نور الدين زمام، صباح سليمان، تطور مفهوم التكنولوجيا الإنسانية و استخداماته في العملية التعليمية، مجلة العلوم الإنسانية و الاجتماعية، الجزائر، العدد الحادي عشر، ٢٠١٣م، ص ١٦٥ .

٤- عبد الله عمر الفراء، المدخل الى تكنولوجيا التعليم (الأردن: مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع،

الأعضاء البشرية، المرجع السابق، ص ٦٤، و
انظر: عبد الباسط الجمل، الهندسة الوراثية و أبحاث
الدواء (القاهرة: دار الرشاد، ط١، ١٩٩٨م)، ص ٧١
١٣- رضا عبد الحليم عبد المجيد. المسؤولية الطبية
عن الخطأ في تشخيص تشوهات الجنين وأمراضه
الوراثية(القاهرة: دار النهضة العربية، ط١،
٢٠٠٣م)، ص ٥ و ما بعدها

١٤- انظر: سعاد، راحلي، النظام القانوني للتجارب
الطبية على الأجنة البشرية، أطروحة دكتوراه،
كلية الحقوق، جامعة الجزائر ١، ٢٠١٤-٢٠١٥م،
ص ١٠٤

١٥- انظر: بلحاج العربي، الحدود الشرعية و الاخلاقية
للتجارب الطبية على الإنسان في ضوء القانون
الطبي الجزائري- دراسة مقارنة (الجزائر: ديوان
المطبوعات الجامعية، ٢٠١١م)، ص ٦٨-٦٩.

١٦- و تمايز الخلايا هو من المصطلحات المتعارف
عليها في علم البيولوجيا (علم الاحياء) و الذي يعني
بأن كل خلية تأخذ النمط الخاص بها مما يتضمن
تغييراً جذرياً في شكل الخلية و هذا التغيير لا يشمل
المادة الجينية إذ تبقى لا تتغير، اثناء هذه العملية هناك
خلايا تتحول لأي نمط من الخلايا و هو ما يصطلح
عليها "خلايا كلية الخيارات "totipotent" و هي
التي تكون في الثدييات كالخلايا الجنينية المبكرة.
انظر في ذلك:

Sharona Even-Ram,1 Vira Artym,1,2 and
Kenneth M. Yamada, Matrix Control of
Stem Cell Fate, Cell, Volume 126, Is-
sue 4, 25 August 2006, Pages 645-647

١٧- عبد الهادي مصباح، العلاج الجيني و استنساخ
الأعضاء البشرية، المرجع السابق، ص ٥٦

١٨- انظر: جيرار سيغان، اساسيات علم الوراثة-
تعريب: فؤاد شاهين(بيروت: عويدات للطباعة و
النشر، ط١، ٢٠٠٣م)، ص ٢٠-٢٢

19 - Lesko, L.J. & Woodcock, J. Transla-
tion of pharmacogenomics and phar-
macogenetics: a regulatory perspec-
tive. Nat Rev Drug Discov. Vol.3,
No.9, (2004), pp.763

١٩٩٩م)، ص ٨١

٥- فضيل دليو، التكنولوجيا الجديدة للإعلام و الاتصال-
المفهوم، الاستعمالات، الآفاق(الأردن: دار الثقافة،
٢٠١٠م)، ص ١٩

6- „Biotechnology is interdisciplinary
branch of science and technology
dealing with transformation of living
and inanimate matter by the use of liv-
ing organisms, their parts or products
derived from them, as well as creation
of models of biological processes in or-
der to produce knowledge, goods and
services” . See: McHughen A.: Public
perceptions of biotechnology. Biotech.
J. 2007, 2, 1105

7- Jalaluddin M Ashraf, Medical Biotech-
nology, A Textbook of Biotechnology-
Editor: Zahoor Ullah S MD, 2015, p.3

٨- وزارة الطاقة الامريكية للعلوم (مشروع الجينوم
البشري):

[http://www.ornl.gov/sci/techresources/
Human- Genome/medicine/genethere-
apy.shtml](http://www.ornl.gov/sci/techresources/Human-Genome/medicine/genethereapy.shtml)

٩- فتحي عويضة، العلاج بالجينات، المجلة العربية
للعلوم الصيدلانية، عدد تأسيسي، ج١، جمعية كليات
الصيدلة العربية، كلية الصيدلة، دمشق، ١٩٩٧م،
ص ١٢٠

١٠- تقوم الخلايا الجسدية بالوظائف الحيوية للإنسان
ماعدا التكاثر، و من الخلايا الجسدية (الخلايا
العصبية، الخلايا الطلائية التي تغلف الجسد، الخلايا
الدفاعية المتعلقة بتكون الاجسام المضادة، و الخلايا
العضلية)، انظر في ذلك: خالد الكبيسي، مقدمة في
علم الاحياء الجزيئي(عمان: دار صفاء، ٢٠٠٠م)،
ص ٦٦

١١- عبد الهادي مصباح، العلاج الجيني و استنساخ
الأعضاء البشرية-رؤية مستقبلية للطب و العلاج
خلال القرن الحادي والعشرين(القاهرة: الدار
المصرية اللبنانية، ١٩٩٩م)، ص ٦٥

١٢- انظر عبد الهادي مصباح، العلاج الجيني و استنساخ

بين الزوجين ممكناً، اما الاقرار فيعد البديل الثاني
لثبوت النسب.

٣٠- عاقبت المادة (٣٨١) من قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩م بالحبس من ابعده طفلاً حديث العهد بالولادة ممن لهم سلطة شرعية عليه أو بإخفائه أو أبذله بأخر أو نسبه زوراً الى غير والدته.
٣١- انظر في ذلك القرار رقم (٢٤٨) موسعة أولى في ١٩٨٧/٣/٣١ منشور في مجلة القضاء العراقية/ العدد الثاني / السنة (٤٢) / ١٩٨٧/ ص ٢١٨.

٣٢- انظر: محمد عبد النبأوي، المسؤولية المدنية لأطباء القطاع الخاص (الدار البيضاء: مطبعة النجاح الجديدة، ٢٠٠٣م)، ص ٢٥.

٣٣- انظر: محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية (مصر: دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠١م)، ص ١٨٧

٣٤- قرار محكمة التمييز رقم ٥٣٥ تمييزية /٦٨ في ١٩٦٨/١١/٣٠ منشور في المجلد الثاني للفتوة الجنائي في قرارات محاكم التمييز رقم ١٢٤/ص ٢١٧.

٣٥- د.حسن زكي الأبراشي/ مسؤولية الاطباء والجراحين المدنية في التشريع المصري والمقارن/ دار النشر للجامعات المصرية/ القاهرة/ ١٩٥١/ ص ٢٢٨.

٣٦- البند (الثالث) من تعليمات السلوك المهني الطبي الصادر عن نقابة الاطباء العراقي عام ٢٠٠٢.

٣٧- انظر: محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية - ج ١ (القاهرة: مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٧٨م)، ص ٤٩

٣٨- انظر: أنس محمد عبد الغفار، المسؤولية المدنية في المجال الطبي - دراسة مقارنة بين القانون و الشريعة الإسلامية (مصر: دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر و البرمجيات، ٢٠١٠م)، ص ٢٢٤

٣٩- انظر في تفاصيل هذه الحالات: البند (٢)، (٣)، (٤)، (٥) من تعليمات السلوك المهني الطبي العراقي لسنة ١٩٨٥م

٤٠- كريم عشوش، العقد الطبي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ٢٠٠٠م- ٢٠٠١م، ص ١٢٢

٢٠- انظر: فيليب روجيه، البصمات الوراثية- ترجمة: فؤاد شاهين(بيروت: عويدات للطباعة و النشر، ط١، ٢٠٠٣م)، ص ١٥ و ما بعدها

21- Kirchheiner, J. & Seeringer, A. (2007). Clinical implications of pharmacogenetics of cytochrome P450 drug metabolizing enzymes. Biochimica et Biophysica Acta. Vol. 1770, pp. 490

٢٢- انظر: عبد الهادي مصباح، العلاج الجيني و استنساخ الأعضاء البشرية، المرجع السابق، ص ٥٧

23- Federico M, Bellei M, Brice P, et al, EBMT/GISL/ANZLG/SFGM/GELA Intergroup HD01 Trial. High-dose therapy and autologous stem-cell transplantation versus conventional therapy for patients with advanced Hodgkin's lymphoma responding to front-line therapy. J Clin Oncol. 2003;21(12):2320-2325.

24- Mendoza E, Territo M, Schiller G, (1995), et al. Allogeneic bone marrow transplantation for Hodgkin's and non-Hodgkin's lymphoma. Bone Marrow Transplant.;15(2):299

٢٥- انظر: الفقرة (رابعاً) و الفقرة (سادساً) من المادة (٢) من قانون المعهد العالي لتشخيص العقم و التقنيات المساعدة على الانجاب رقم ١٩ لسنة ٢٠١١م

٢٦- انظر: الفقرة (أولاً) من المادة (١) من قانون عمليات زرع الأعضاء البشرية و منع الاتجار بها رقم ١١ لسنة ٢٠١٦م

٢٧- انظر: الفقرة (رابعاً) من المادة (١) من قانون عمليات زرع الأعضاء البشرية و منع الاتجار بها رقم ١١ لسنة ٢٠١٦م

٢٨- انظر: الفقرة (سادساً) من المادة (١) قانون عمليات زرع الأعضاء البشرية و منع الاتجار بها رقم ١١ لسنة ٢٠١٦م

٢٩- بموجب المادة (٥١) من قانون الاحوال الشخصية لا بد من توفر شرطين لثبوت النسب: ١- ان يمضي على عقد الزواج اقل مدة الحمل. ٢- ان يكون التلاقي

principal investigator of biomedical research must compensate for damage to persons referred to in Article 88 of the Law on Health System."

٥٠-المادة (٣٤) من قانون حماية الأشخاص المشاركين في الأبحاث البيوطبية رقم ٢٨٠١٣ لسنة ٢٠١٥ م

قائمة المصادر والمراجع

اولا : العربية

١- أحمد شرف الدين، مسؤولية الطبيب « مشكلات المسؤولية المدنية في المستشفيات العامة - دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقضاء الكويتي والمصري والفرنسي » (الكويت: جامعة الكويت، ١٩٨٦ م)

٢- أنس محمد عبد الغفار، المسؤولية المدنية في المجال الطبي - دراسة مقارنة بين القانون والشريعة الإسلامية (مصر: دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، ٢٠١٠ م)

٣- بلحاج العربي، الحدود الشرعية و الاخلاقية للتجارب الطبية على الإنسان في ضوء القانون الطبي الجزائري- دراسة مقارنة (الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، ٢٠١١ م)

٤- جيرار سيغان، اساسيات علم الوراثة- تعريب: فؤاد شاهين(بيروت: عويدات للطباعة والنشر، ط١، ٢٠٠٣م)

٥- حسن زكي الأبراشي، مسؤولية الاطباء والجراحين المدنية في التشريع المصري والمقارن،(القااهرة: دار النشر للجامعات المصرية، ١٩٥١)

٦- خالد الكبيسي، مقدمة في علم الاحياء الجزيئي(عمان: دار صفاء، ٢٠٠٠م)

٤١- انظر: البند(السادس) من تعليمات السلوك المهني الطبي الصادر عن نقابة الاطباء العراقية لسنة ١٩٨٥ م

٤٢- انظر: سعدون العامري، الضرر في المسؤولية التقصيرية (بغداد: مطبعة وزارة العدل، ١٩٨١م)، ص٥٠-٥٥

٤٣- انظر: محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي(الاسكندرية: الدار الجامعية الجديدة، ٢٠٠٦م)، ص٦٧

44- Dorsnner-Doletvet (Annick), La responsabilite' du medecin (Economica, Paris, 2006), p.135

٤٥- انظر: أحمد شرف الدين، مسؤولية الطبيب " مشكلات المسؤولية المدنية في المستشفيات العامة - دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقضاء الكويتي والمصري والفرنسي " (الكويت: جامعة الكويت، ١٩٨٦م)، ص٨٢

٤٦- انظر: علي عصام غصن، الخطأ الطبي(لبنان: منشورات زين الحقوقية، ط٢، ٢٠١٠م)، ص١٣٢

٤٧- انظر القرار لمحكمة الاستئناف الفرنسية المشار إليه في: غصن، علي عصام، الخطأ الطبي، المرجع السابق، ص١٣٤.

٤٨- انظر: نبيلة نسيب، الخطأ الطبي في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ٢٠٠٠-٢٠٠١م، ص٦٥

٤٩- فنصت هذه الفقرة :

"The sponsor and the principal investigator of biomedical research shall be liable for damage resulting from injury to the health of a research subject or his death as well as for research-related non-pecuniary (moral) damage, if they fail to prove that damage has resulted from causes unrelated to biomedical research or from deliberate acts of the research subject. In the event of death of a research subject caused by biomedical research or by the consequences of such research, the sponsor and the

ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر،
٢٠٠٠م-٢٠٠١م

١٧- محمود جمال الدين زكي، مشكلات
المسؤولية المدنية - ج ١ (القاهرة: مطبعة
جامعة القاهرة، ١٩٧٨م)

١٨- محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في
المجال الطبي(الاسكندرية: الدار الجامعية
الجديدة، ٢٠٠٦م)

١٩- محمد حسين منصور، المسؤولية
الطبية (مصر: دار الجامعة الجديدة
للنشر، ٢٠٠١م)

٢٠- محمد عبد النبأوي، المسؤولية المدنية
لأطباء القطاع الخاص (الدار البيضاء: مطبعة
النجاح الجديدة، ٢٠٠٣م)

ثانياً: المجالات

١- فتحي عويضة، العلاج بالجينات، المجلة
العربية للعلوم الصيدلانية، عدد تأسيسي، ج ١،
جمعية كليات الصيدلة العربية، كلية الصيدلة،
دمشق، ١٩٩٧م

٢- نور الدين زمام، صباح سليمان، تطور
مفهوم التكنولوجيا الإنسانية و استخداماته
في العملية التعليمية، مجلة العلوم الإنسانية
و الاجتماعية، الجزائر، العدد الحادي عشر،
٢٠١٣م

ثالثاً: الرسائل و الأطاريح

١- سعاد، راحلي، النظام القانوني للتجارب
الطبية على الأجنة البشرية، أطروحة دكتوراه،
كلية الحقوق، جامعة الجزائر ١، ٢٠١٤م-
٢٠١٥م

٢- نبيلة نسيب، الخطأ الطبي في القانون

٧- رضا عبد الحليم عبد المجيد. المسؤولية
الطبية عن الخطأ في تشخيص تشوهات الجنين
وأمرضه الوراثية(القاهرة: دار النهضة
العربية، ط ١، ٢٠٠٣م)

٨- سعدون العامري، الضرر في
المسؤولية التقصيرية (بغداد: مطبعة وزارة
العدل، ١٩٨١م)

٩- عامر إبراهيم فزيلي، المعجم
الموسوعي لتكنولوجيا المعلومات و الانترنت)
عمان: دار المسيرة للنشر و التوزيع و الطباعة،
٢٠٠٣م)

١٠- عبد الله عمر الفراء، المدخل الى
تكنولوجيا التعليم(الأردن: مكتبة دار الثقافة
للنشر و التوزيع، ١٩٩٩م)

١١- عبد الباسط الجمل، الهندسة الوراثية
و أبحاث الدواء(القاهرة: دار الرشاد، ط ١،
١٩٩٨م)

١٢- عبد الهادي مصباح، العلاج الجيني
و استنساخ الأعضاء البشرية-رؤية مستقبلية
للطب و العلاج خلال القرن الحادي و
العشرين(القاهرة: الدار المصرية اللبنانية،
١٩٩٩م)

١٣- علي عصام غصن، الخطأ
الطبي(لبنان: منشورات زين الحقوقية، ط ٢،
٢٠١٠م)

١٤- فضيل دليو، التكنولوجيا الجديدة
للإعلام و الاتصال-المفهوم، الاستعمالات،
الآفاق(الأردن: دار الثقافة، ٢٠١٠م)

١٥- فيليب روجيه، البصمات الوراثية-
ترجمة: فؤاد شاهين(بيروت: عويدات للطباعة
و النشر، ط ١، ٢٠٠٣م)

١٦- كريم عشوش، العقد الطبي، رسالة

5- Federico M, Bellei M, Brice P, et al, EBMT/GISL/ANZLG/SFGM/GELA Intergroup HD01 Trial. High-dose therapy and autologous stem-cell transplantation versus conventional therapy for patients with advanced Hodgkin's lymphoma responding to front-line therapy. J Clin Oncol. 2003

6- Kirchheiner, J. & Seeringer, A. (2007). Clinical implications of pharmacogenetics of cytochrome P450 drug metabolizing enzymes. Biochimica et Biophysica Acta. Vol.

8- Jalaluddin M Ashraf, Medical Biotechnology, A Textbook of Biotechnology- Editor: Zahoor Ullah S MD, 2015

9- Sharona Even-Ram, 1 Vira Artym, 1,2 and Kenneth M. Yamada, Matrix Control of Stem Cell Fate, Cell, Volume 126, Issue 4, 25 August 2006

ثالثاً: المواقع الالكترونية

وزارة الطاقة الامريكية للعلوم (مشروع الجينوم البشري):
<http://www.ornl.gov/sci/techresources/Human-Genome/medicine/genetherapy.shtml>

الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ٢٠٠٠-٢٠٠١م

رابعاً: القوانين و التشريعات

قانون المعهد العالي لتشخيص العقم و التقنيات المساعدة على الانجاب رقم ١٩ لسنة ٢٠١١م

قانون عمليات زرع الأعضاء البشرية و منع الاتجار بها رقم ١١ لسنة ٢٠١٦م

قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩م

تعليمات السلوك المهني الطبي الصادر عن نقابة اطباء العراق عام ٢٠٠٢

قانون حماية الأشخاص المشاركين في الأبحاث البيوطبية رقم ٢٨٠١٣ لسنة ٢٠١٥م

ثانياً: المصادر الاجنبية

1- Dorsner-Doletvet (Annick), La responsabilite' du medecin (Economica, Paris, 2006

2- McHughen A.: Public perceptions of biotechnology. Biotech. J. 2007

3- Mendoza E, Territo M, Schiller G,(1995), et al. Allogeneic bone marrow transplantation for Hodgkin's and non-Hodgkin's lymphoma. Bone Marrow Transplant.;15(2)

4- Lesko, L.J. & Woodcock, J. Translation of pharmacogenomics and pharmacogenetics: a regulatory perspective. Nat Rev Drug Discov. Vol.3, No.9, (2004)

The Adequacy of Civil Law Rules In Civil Protection For The Use OF Biomedical Thechnologies

Lect.Dr. Fatimah Khalaf Kadhum^(*)

Abstract

This study revolves around a very important, namely, civil law in civil protection for the use of biotechnological techniques, which is raises many ethical and legal problems, because there are no special legal rules to regulate them. In order to deal with this subject, we have divided our study into two sections .The first concerns the definition of biotechnological techniques and their uses. The second relates to the adequacy of civil legislation in civil protection to use biotechnological techniques. This study concluded a set of results: there are several negative and serious effects on the use of this therapeutic technique of biotechnological techniques, which is considered to be unconventional medical procedures(therapeutic trials) than regular medical attempts, and we found that the legislations in force on the manifestations of the use of biotechnology techniques did not regulate the issue of civil protection (Civil liability),We also found that there is a deficit and deficiency in the traditional legal rules in Iraq for civil liability for the absorption of certain types of medical behavior, which are difficult to prove due to medical error, For unconventional medical procedures

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

الاساس القانوني لمفهوم عقد المقاولة من الباطن

– دراسة مقارنة –

م. د. عزيد عزت حمد(*)
م.م. مروان عزيد عزت(**)

بجملة ميزات ينفرد بها ويختلف عن غيره من العقود كذلك فان المجال الحيوي الذي يبرز فيه عقد المقاولة من الباطن هو مقاولات البناء والمنشآت الثابتة .

إذ تتعدد حاجات الإنسان التي يسعى لإشباعها، حتى يتمكن من العيش على وجه يليق بأدميته، وهو يستمد العناصر اللازمة لذلك من الطبيعة التي تحيط به و من الأشخاص الذين يعيشون معه، فالطبيعة توفر له المواد الخام لتنفيذ المشاريع التي يحتاجها والأشخاص يقدمون له الخدمات والأعمال التي لا يستطيع أن يقوم بها بنفسه. وتعد العقود وسيلة ناجحة لتمكينه من ذلك، وقد أنبرت معظم التشريعات المدنية، انطلاقاً من تأكيدها على الغرض الاجتماعي، الذي تهدف إلى إدراكه وهو رعاية لمصالح الأفراد والمصلحة العامة.

اهمية موضوع البحث

تتبع أهمية هذه الدراسة من الدور البارز الذي يلعبه التعاقد من الباطن في الحياة العملية في القطاعات الصناعية والهندسية، ويظهر ذلك من ضخامة الأعمال التي يتم التعاقد بشأنها

الملخص

تتبع أهمية هذه الدراسة من الدور البارز الذي يلعبه التعاقد من الباطن في الحياة العملية في قطاعي الصناعة والهندسة. في حياته اليومية في مختلف المجالات ، من أجل الحصول على أعمال وخدمات متنوعة. تم تنظيمه من قبل معظم التشريعات المدنية ، مع التركيز على الغرض الاجتماعي المتمثل في رعاية مصالح الأفراد والمصلحة العامة. بناءً على اعتماد هذا العقد من قبل معظم الدول على أساس أهميته في تنمية المجتمعات وتطورها ، يتم تنظيم هذا العقد بشكل مناسب في هذا التطور ، كما أن عقد العقد له أهمية خاصة في مجال استكمال المباني والهياكل المعمارية للمجال الحيوي للاستثمار واستغلال الأموال. تكمن أهمية دراسة فكرة الأساس القانوني لمفهوم عقد التعاقد من الباطن في الحفاظ على المواقف القانونية للمقاولين والإحاطة بالحقوق المنصوص عليها في القانون.

المقدمة

لكل عقد من العقود مفهومه الخاص الذي يميزه عن غيره من العقود ، وعقد المقاولة من الباطن هو احد هذه العقود والذي يمتاز

(*)كلية المأمون الجامعة/ قسم القانون Athed.a.hamad@almamonuc.edu.iq
(**)جامعة صفاقس/ كلية الحقوق Athedazett19672@gmail.com

مشكلة موضوع البحث

تتمحور إشكالية هذا البحث في مدى معالجة الإشكاليات التي يثيرها التعاقد من الباطن كثيرة ومتنوعة، ليس في نطاق العقود الإدارية فحسب، بل في نطاق العقود الخاصة فهناك إشكالية في تشعب العلاقات المتولدة عن التعاقد من الباطن.

منهجية موضوع البحث

في هذا البحث سيتم استعمال المنهج المقارن وستتم المقارنة بين القانون المدني الفرنسي والمصري والعراقي لما له من سبق تشريعي في تبني الحلول، فضلاً عن عرض موقف الفقه الإسلامي .

هيكلية موضوع البحث

اقتضت طبيعة البحث ألى تقسيمه على مقدمة ومبحثين وخاتمة إذ نتناول في المبحث الاول مفهوم عقد المقاولة من الباطن وخصائصه التي يمتاز بها وفي المبحث الثاني نتعرف على العقود التي يجوز فيها التعاقد من الباطن والاساس القانوني الذي يستند اليه المقاول عند ابرامه عقد مقاولة من الباطن فضلاً عن الخاتمة واهم النتائج والتوصيات.

المقاول عند ابرامه عقد مقاولة من الباطن فضلاً عن الخاتمة واهم النتائج والتوصيات.

المبحث الاول

مفهوم عقد المقاولة من الباطن وبيان خصائصه

مصطلح عقد المقاولة من المصطلحات القانونية الحديثة في مجال العقود على الرغم

من الباطن في الكثير من العقود العامة بشكل عام إذ يعد عقد المقاولة من الباطن من أهم العقود التي يمارسها الفرد في حياته اليومية في شتى المجالات، وذلك للحصول على الأعمال والخدمات المتنوعة. فقد نظمتها معظم التشريعات المدنية، وذلك تأكيداً على الغرض الاجتماعي، وهو رعاية لمصالح الأفراد والمصلحة العامة. ومن منطلق تبني معظم الدول لهذا العقد على أساس ما له من أهمية بالغة في تطور المجتمعات ورفقيها، إلى تنظيم هذا العقد تنظيمًا ملائماً في هذا التطور الذي لحقه ويكتسب عقد المقاولة أهمية لاسيما في مجال إنجاز المباني والمنشآت المعمارية لما يمثله من مجال حيوي للاستثمار واستغلال الأموال. وتكمن أهمية دراسة فكرة الاساس القانوني لمفهوم عقد المقاولة من الباطن في الحفاظ على المراكز القانونية للمتعاقدين والإحاطة بالحقوق المنصوص عليها قانوناً.

اهداف موضوع البحث

يهدف الباحث عن طريق هذه الدراسة إلى ما يأتي:-

١- التعرف على ماهية التعاقد من الباطن، وخصائصه، ، والتميز بينه وبين غيره من النظم القانونية الاخرى .

٢- بيان التنظيم التشريعي للتعاقد من الباطن في نطاق العقود العامة إلى ما يثيره عقود الباطن من مسائل معقدة نظراً لتشعب العلاقات المتولدة عنها من جهة.

٣ - موقف الفقه الإسلامي من التعاقد من الباطن.

لشروط خاصة كبناء بيت، أو إصلاح طريق، والمقاوله اتفاق بين طرفين يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين بأن يقوم للآخر بعمل معين بأجر محدد في مدة معينة^(٢).

إذ عرف المشرع الفرنسي التعاقد من الباطن على أنه «عملية يتعاقد بمقتضاها مقاول وتحت مسؤوليته من الباطن مع شخص آخر يوصف بالمتعاقدين من الباطن لتنفيذ كل أو جزء من عقد المقاوله، أو جزء من العقد العام المبرم مع رب العمل»^(٣). ويتضح من هذا القانون بأن المشرع الفرنسي قد ذهب إلى أن التعاقد من الباطن يشتمل التنفيذ الكلي أو الجزئي للعقد الأصلي، إلا أن غالبية الفقه الفرنسي يذهب إلى عكس ذلك، بمعنى أن التعاقد من الباطن لا يكون إلا بصورة جزئية من العقد العام، ولقد تبنى (المشرع الفرنسي) في قانون المشتريات العامة رقم (٩٧٥-٢٠٠٦) إذ جاء في المادة (١٢) والتي تنص على أنه «يستطيع الطرف الأصيل في عقد الأشغال العامة أو عقد الخدمات العامة أو العقد الصناعي أن يتعاقد من الباطن بغية تنفيذ بعض أو جزء من عقده شريطة أن يكون قد حصل من السلطة المتعاقدة معه على القبول لكل واحد من المتعاقدين من الباطن وبشروط السداد المباشر لهم.

ويقوم عقد المقاوله على الوصف الشخصي، إذ يبحث صاحب المشروع عن المقاولين لتنفيذ العمل موضوع العقد وصفاً لمؤهلاتهم وخبراتهم التقنية. فمن يريد إنشاء بناية ما، لا يحتاج إلى ذوي الاختصاص في مرحلة التنفيذ فقط، وإنما تبدأ حاجاته إلى هؤلاء من نقطة بداية التفكير في المشروع، أي مرحلة البحث عن المهندس المعماري لإعداد التصاميم

من ان هذا العقد من العقود المعلومة في الفقه الاسلامي بمصطلح اخر هو (عقد الاستصناع) منذ قديم الزمان ، فالموضوع الاساس لعقد المقاوله هو القيام بأعمال صناعية من قبل جهات فنية مختصة الى من يرغب فيها بمواصفات محددة متفق عليها بين طرفي العقد ، فالموضوعات المطلوبة في تنفيذ عقد المقاوله وهي التي تفرض التزامات معينة يجب ان يلتزم بأدائها كل من صاحب العمل والمقاول ، ودليل مشروعية هذا العقد في الفقه الاسلامي هو القياس على عقد السلم ، فالظاهر فيه عدم الجواز عند بعض فقهاء المسلمين لأنه عقد يباع بموجبه ما هو غير موجود ولكنهم اجازوا العمل به على سبيل الاستحسان وأن حاجة الناس تدعو الى طلب صناعات معينة قد لا توجد جاهزة فيحتاجون الى أن تستصنع لهم ، فاذا لم يجز العمل بهذا العقد لوقع الناس في حرج اما فقهاء الشريعة الاسلامية فانهم يرون ان عقد الاستصناع ليس يبيعا لأنه يحتمل معنى عقدين هما السلم والاجارة^(١).

وتنص المادة (٨٨٢) من القانون المدني العراقي على أنه (يجوز للمقاول أن يوكل تنفيذ العمل في جملته او في جزء منه الى مقاول اخر اذا لم يمنعه من ذلك شرط في العقد او لم تكون طبيعة العمل مما يفترض منه قصد الركون الى كفايته الشخصية).

يراد بالمقاوله في اللغة : المفاوضة والمجادلة، ومنه قولهم: قاوله في الأمر: مقاوله إذا فاضه وجادله، وقاولوا في الأمر: تفاوضوا، وتطلق أيضاً على إعطاء العمل للآخر ، قاوله مقاوله على: تعهد منه للقيام به، والمقاول: من يتعهد بالقيام بعمل معين مستكمل

اسماً خاصاً وتكفلت ببيان القواعد المنظمة له، سواء أكان في القانون المدني أم القوانين الأخرى، لتمييزه عن غيره من العقود، وقد أوردت تلك القوانين المدنية المعاصرة تعريفات متعددة لعقد المقولة.

وقد عرفته المادة (٦٤٦) من القانون المدني المصري بأنه « عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً، أو يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر^(٧)، وتطابقها المادة (٦١٢) من القانون المدني السوري والمادة (٨٦٤) من القانون المدني العراقي^(٨).

وهو اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو عدد من الأشخاص نحو شخص أو أشخاص عدة آخرين بإعطاء شيء أو فعله أو بالامتناع عن فعله^(٩). وهذا الاتفاق يجب أن ينصب على أحداث اثر قانوني وإذا لم يكن الهدف منه أحداث هذا الاثر فليس ثمة عقد ويشترط أن يكون هذا الاتفاق قد ورد في نطاق القانون الخاص وفي دائرة المعاملات المالية^(١٠). والمقولة هي المفاوضة من (قوله) في امره و(تقاولاً) اي تفاوضاً^(١١). واصطلاحاً هي: (العقد الذي يلتزم بموجبه احد الطرفين بصناعة شيئاً أو يؤدي عملاً مقابل اجر يتعهد به الطرف الاخر ، والباطن : تعني خلاف الظاهر والجمع بواطن^(١٢)).

فعقد المقولة من الباطن يقصد به ذلك العقد الذي يبرم بين الما قول الاصلي و الما قول من الباطن ، والذي بموجبه يقوم الما قول من الباطن باناطة جزء من العمل او العمل المعهد اليه كله بموجب عقد المقولة الاصلي المبرم بينه وبين رب العمل الى ماقول اخر ليقوم

والرسومات الهندسية، ثم الما قول منفذ العمل ومكتب الدراسات متابع ومراقب المشروع، حتى يصل رب العمل إلى تحقيق مشروعه. وتنتقل تلك الحاجة إلى الما قول الأصلي المتعاقد مع صاحب المشروع، عند شروعه في إنجاز العمل المكلف به، مما يضطره إلى البحث عن مقاولات فرعية ذات مؤهلات تقنية متخصصة، فيتعاقد معها من الباطن، لإتمام جزء من الصفة محل الاتفاق أو كلها، وعليه سوف أقسم هذا المبحث على مطلبين أبين في المطلب الاول تعريف عقد المقولة من الباطن اما في المطلب الثاني أستعرض لخصائص هذا النوع من العقود.

المطلب الاول

تعريف عقد المقولة من الباطن وبيان خصائصه

إذا اريد تعريف عقد المقولة من الباطن نجد في البدء انه يتكون من ثلاث كلمات تشكل عنوانه هي(العقد) و(المقولة) و(الباطن). فالعقد يعني ارتباط الايجاب الصادر من احد العاقدين بقول الاخر على وجه يثبت اثره في المعقود عليه^(٤). فمفهوم عقد المقولة يعني الاستصناع ، فالاستصناع في اللغة العربية هو طلب القيام بصناعة شيء معين ، فاستصنع الشيء بمعنى دعا الى صنعة^(٥).

اما المقولة في الاصطلاح هي (عقد يتعهد احد الطرفين بمقتضاه ان يصنع شيئاً او يؤدي عملاً لقاء مقابل يتعهد به الطرف الاخر)^(٦).

يعد عقد المقولة في القوانين المدنية المعاصرة من العقود المسماة، أي وضعت له

بتنفيذه مقابل التزام المفاوض الاصيلي بدفع الاجر الى المفاوض من الباطن .

المطلب الثاني

خصائص عقد المفاوضة من الباطن

لكل عقد من العقود خصائص تميزه عن غيره من العقود وينفرد بها ومن ضمنها عقد المفاوضة من الباطن فهذا النوع من العقود ينفرد بنوعين من الخصائص اولها: تلك التي تجعله عقد مفاوضة . وثانيهما : التي تجعله عقد مفاوضة من الباطن . فعقد المفاوضة يختلف عن غيره من العقود كالبيع والايجار بجملة من المميزات التي يمتاز بها . ومن جانب اخر لكي يوصف العقد بأنه عقد مفاوضة لكن من الباطن .

ايضا هناك خصائص اساسية لعقد المفاوضة من الباطن ، و ذلك كله يختلف عن العناصر والاركان التي يمتاز بها كل من عقد المفاوضة وعقد المفاوضة من الباطن والتي سيتم بحثها وهي:- اولاً : الخصائص الاساسية لعقد المفاوضة .

ثانياً:- الخصائص الاساسية لعقد المفاوضة من الباطن.

الفرع الاول

الخصائص الاساسية لعقد المفاوضة

يتميز التعاقد من الباطن بالعديد من الخصائص المستمدة من طبيعته القانونية، والوظيفة التي يؤديها في تنفيذ العقود الإدارية، إذ تعد المفاوضة من الباطن عقداً يستند في وجوده ومدته إلى عقد المفاوضة الأصلي، فيستحيل ايجاد المفاوضة الفرعية في انعدام المفاوضة الأصلية. وعقد المفاوضة من الباطن يتفرع عن عقد المفاوضة الأصلية، والذي يعرف بعقد المفاوضة

ولم يعرف (المشرع العراقي) عقد المفاوضة من الباطن على غرار ما فعل في تعريفه لعقد المفاوضة ، فالمشرع عندما ينظم احكام المفاوضة من الباطن تحت عنوان (مفاوض المفاوض) لم يبدأ تنظيمه بايراد تعريف لهذا العقد وانما اكتفى بالنص اولا على ان يجوز للمفاوض ان يعهد بتنفيذ العمل محل المفاوضة كله او جزء منه الى مفاوض اخر اذا لم يمنعه شرط في العقد ولم تكن طبيعة العمل تقضي الركون الى الكفاية الشخصية ، ولعل السبب في عدم تعريف المشرع لعقد المفاوضة من الباطن يعود الى عدم رغبته في احكام نفسه في مسألة التعريفات يقينا منه ان مهمة المشرع الاساسية هي وضع الاحكام والقواعد العامة وليس وضع التعريفات تاركا هذه المهمة الى الفقهاء لوضع التعريف المناسب لهذا العقد.

ولم يكن (المشرع العراقي) في هذا المجال مختلفا عن موقف (المشرع المصري)، فالاخير قد نظم المفاوضة من الباطن في المادة (٦٦١) منه واجاز فيها للمفاوض الاصيلي فهو يوكل بتنفيذ العمل كله او جزء منه الى مفاوض من الباطن اذا لم يمنعه من ذلك شرط في العقد او لم تكن طبيعة العمل تقتضي الاعتماد على كفايته الشخصية (١٣). ولم يأت المشرع المصري بتعريف لعقد المفاوضة من الباطن كما عرف عقد المفاوضة في المادة (٦٦٤) وتاركا امر تعريفه الى الفقهاء ليجدوا التعريف الملائم لهذا العقد وكما يتفق مع القواعد العامة التي وضعها المشرع.

. وبذلك فعقد المقاولة هو الأصل وعقد المقاولة من الباطن هو الفرع . وتطبيقا للقاعدة الفقهية المأثورة «الفرع يتبع الأصل»^(١٤).

« فإن عقد المقاولة من الباطن يتبع عقد المقاولة في خصوصياته وطبيعته ، ومن ثم يأخذ الخصائص ذاتها التي يتميز بها عقد المقاولة ويتميز عقد المقاولة بشكل عام بانه ينشأ التزام شخصي على عاتق المفاوض وهو التزام بعمل والمفاوض في تنفيذه لهذا الالتزام يقوم به على وجه الاستقلال ودون تبعية لرب العمل وايضا دون ان يكون في موقف الاجير او العامل ، كما ان اختيار رب العمل التعاقد مع مفاوض دون اخر يقوم على الثقة في شخصيته وكفاءته المهنية وهو ما يجعل غالبا للوصف الشخصي دورا في ابرام مثل هذا النوع من العقود .

وعليه يتميز عقد المقاولة بعدة خصائص وهي :-

اولا:- التزام المفاوض القيام بعمل :- إذ تنص المادة (٨٦٤) من القانون المدني العراقي بان عقد المقاولة هو عقد يتعهد به احد الطرفين ان يصنع شيئا او يؤدي عملا لقاء اجر يتعهد به الطرف الاخر ، كما نصت المادة (٨٦٥) الفقرة الاولى . يجوز ان يقتصر المفاوض على التعاقد بتقديم عمله على ان يقدم رب العمل المادة التي يستعملها المفاوض او يستعين بها في القيام بعمله ويكون المفاوض اجيرا مشتركا ونصت الفقرة الثانية من المادة السابقة نفسها على انه:- كما يجوز له ان يتعهد المفاوض بتقديم العمل والمادة معا ويكون العقد استصناعا في ضوء النصوص المتقدمة يمكن القول بانه يشترط ان يكون محل التزام المفاوض في عقد المقاولة اداء

عمل او صنع شيء لقاء اجر ولا يكون محل التزام باعطاء شيء . ويجوز ان يتعهد المفاوض بتقديم المادة التي يصنع منها الشيء لكن يجب ان يبقى قصد المتعاقدين لي الا انشاء التزام بعمل دون نقل ملكية المواد او ملكية الشيء بعد صنعه ، وقد اقر (المشرع المصري) جواز معاهدة المفاوض بتقديم المادة التي يصنع منها الشيء دون ان يمنع ذلك عد العقد مقاولة ، اذا العبارة بارادة المتعاقدين ، فاذا لم تكن العبارة واضحة فان بعض القرائن قد تتوافر وتعين القاضي على اختيار التكيف السليم^(١٥).

وقد نهج (المشرع العراقي) في ذلك نهج المشرع المصري ذلك في المادة (٨٦٥) الفقرة الثانية عندما اجاز للمفاوض ان يقدم المادة والعمل عد العقد هنا استصناعا .

والمقاولة الاصلية والمقاولة من الباطن والتي تتبعها في المحل يجوز ان تتعلق باعمال مادية او عقدية يتعهد المفاوض بتنفيذها ، فالمفاوض قد يلتزم بالقيام ببناء مدرسة او عمارة او مسرح فهذا الالتزام اذا كان في الاصل ذو طابع مادي لكنه مع التطور الكبير في مجال الهندسة المعمارية دخل الاداء والطابع الوجداني في عداد الالتزامات التي تقع على عاتق المفاوض كعقود الاستشارات الفنية والهندسية او عقود الخبرة . وكل هذه الاعمال ينفذها المفاوض على وجه الاستغلال لحساب رب العمل فهو لا ينوب عن رب العمل في اداءه لهذه الاعمال لان النيابة لا تكون في ابرام التصرفات القانونية ولا يجوز قصر نطاق المقاولة على الاعمال المادية بل ان الاصوب كما قال البعض (ان التفرقة بين الاعمال الفعلية واليدوية منتقد لعدم وجود عملا لا يكون للعقد دور فيه)^(١٦).

ثانياً: عقد المقاولة من الباطن عقدا رضائياً :-

فلا يشترط لانعقاد عقد المقاول من الباطن شكلاً خاصاً معيناً فهو ينعقد بمجرد ارتباط قبول أحد الطرفين بإيجاب الطرف الآخر وتطابقهما، ويجوز انعقاده بالكتابة أو شفاهة أو حتى بالإشارة الدالة لمن لا يقدر على النطق، للقاعدة «الإشارة المعهودة للأخرس كالبيان باللسان»^(١٧).

وقد عرف الفقه^(١٨) (العقد الرضائي) وهو العقد الذي يكفي لانعقاده تراضي طرفيه، أي ينشأ بمجرد تطابق إرادتهما، أيا كانت وسيلة التعبير كتابة أو شفاهة أو إشارة. والرضائية في القانون المدني هي القاعدة العامة في القانون المذكور التي تنص على ما يأتي «يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين من دون الاخلال بالنصوص القانونية ويقصد بعبارة دون الاخلال بالنصوص القانونية إمكانية اشتراط المشرع شروطاً أخرى تضاف لشروط تطابق الإرادتين لانعقاد العقد. والمقصود بالتحديد شكائية يفرضها القانون لإتمام العقد صحيحاً، وهو ما يعرف بالعقد الشكلي، إذ يتخلف الشكائية يعد العقد باطلاً ولا يرتب أثراً على الرغم من توافر رضا أطرافه. ويعد عقد المقاولة من العقود الرضائية التي يكفي فيها توافق إرادة صاحب المشروع مع إرادة المقاول، إذ لم يشترط المشرع شكليات لإتمام العقد. ولكن نظراً لأهمية تكاليفه قد يتفق المتعاقدان على إخضاعه لشكل معين. ومن ثم لا ضرورة للكتابة إلا لإثبات المقاولة وشروطها لحل المنازعات التي قد تنجم بين أطرافها، فليست الكتابة شرطاً لانئائها»^(١٩).

ثالثاً: عقد المقاولة من الباطن من العقود الملزمة للجانبين :- يعد عقد المقاولة الفرعي على غرار عقد المقاولة الأصلي، من العقود الملزمة للجانبين. ويقصد بهذه الأخيرة، العقود التي تنشأ التزامات متقابلة في ذمة كل من المتعاقدين، فيعد كل متعاقد بموجبه داننا ومدينا في آن واحد، فيكون محل التزام أحد الطرفين سبباً لالتزام الطرف الآخر، ومحل التزام هذا الأخير سبباً لالتزام الطرف الأول ولذلك عد المشرع العقد ملزماً لطرفيه متى تبادل المتعاقدان الالتزام ببعضهما بعضاً^(٢٠).

وبموجب عقد المقاولة من الباطن، يلتزم المقاول الفرعي بأداء العمل المتفق عليه، والذي يتمثل في إنجاز الأعمال محل التعاقد وتسليمها في الوقت المحدد وفق الاتفاق. وبالمقابل، يلتزم الطرف الثاني للعقد، وهو المقاول الأصلي، بتمكين المقاول الفرعي من إنجاز العمل محل الاتفاق، بتقديم كل ما يلزمه لذلك. ولعل أهم التزام يلتزم به المقاول الأصلي، هو الالتزام بدفع الأجر للمقاول الفرعي متى أنجز الأعمال المتفق عليها. ومن هنا يظهر التزام المقاول الفرعي بأداء العمل هو سبب التزام المقاول الأصلي بدفع الأجر المستحق له فكان العقد ملزماً للجانبين^(٢١).

رابعاً: تنفيذ المقاول لما يعهد إليه من أعمال على وجه الاستقلال دون تبعية :-

تفترض المقاولة قدراً من الاستقلال عند من يقوم بالعمل فهو يعمل مستقلاً في تنفيذ عمله ولا يخضع لإشراف إداري أو فني من قبل رب العمل إلا ان هذا الاستقلال لا يمنع ان تعطى له بعض التعليمات فرب العمل يقوم بتقديم التصميم للمقاول الذي يعمل الاخير على تنفيذه

مستقلا ، اما في علاقة رب العمل بالمهندس فان المهندس يستقل بوضع التصميم لكن دون ان يمنع ذلك رب العمل ان يقدم له الخطوط العريضة . ويقوم المهندس برقابة المقاول اثناء التنفيذ دون ان يفقد المقاول استقلاله لان لا يتدخل وانما يراقب المخالفات ويرفعها الى رب العمل ليتخذ الاجراءات القانونية لتنبية المقاول باتباع العرف السليم في التنفيذ او صلب فسخ العقد^(٢٢).

خامسا:- يتميز عقد المقاولة من الباطن من عقود المعاوضة :-

لأن كلا الطرفين يهدفان من تعاقدهما الحصول على منفعة ، مقابل ما يقدمه للطرف الآخر ، فالمقاول يؤدي العمل المطلوب منه مقابل البذل الذي يحصل عليه من صاحب العمل، ويقابل ذلك عقد التبرع الذي لا يقوم على المبادلة، فلا يأخذ فيه المتعاقد مقابلاً لما يعطى. إذ يعرف عقد المعاوضة « هو ذلك العقد الذي يلزم كل واحد من طرفيه بإعطاء، أو فعل شيء ما» ، وبموجبه يحصل كل متعاقد على مقابل لما التزم به. وبذلك، فإن عقد المعاوضة هو عكس عقد التبرع، ويقصد بهذا العقد الذي لا يحصل فيه أحد المتعاقدين على مقابل لما يقدمه، ولا يقدم المتعاقد الآخر مقابلاً لما يحصل عليه وبالرجوع إلى تعريف عقد المقاولة حيث نصت المادة (٨٦٤) من القانون المدني العراقي والتي عرفت المقاولة « عقد به يتعهد احد الطرفين ان يصنع شيئاً او يؤدي عملاً لقاء اجر يتعهد به الطرف الآخر» فلا شك في أن عقد المقاولة من عقود المعاوضة، لأن صاحب المشروع يدفع الأجر للمقاول مقابل ما حصل عليه من العمل الذي أداه هذا الأخير.

ويحصل المقاول على الأجر مقابل ما أداه من عمل. وعلى غرار عقد المقاولة الأصلي، فإن عقد المقاولة الفرعي، من عقود المعاوضة، بعد التزام المقاول الأصلي بأداء الأجر للمقاول الفرعي هو مقابل لما حصل عليه من أعمال، وما التزم به المقاول الفرعي من أداء عمل هو مقابل لما حصل عليه من أجر^(٢٣).

ولا تعد خاصية المعاوضة تكراراً لخاصية الإلزام للجانبين، لأنه وإن كانت عقود المعاوضة كلها هي في الوقت ذاته عقوداً ملزمة للجانبين، فليس العقود الملزمة للجانبين كلها هي عقود معاوضة. ويرجع السبب في هذا إلى وجود عقود تبرع ملزمة للجانبين، وأهم مثل يضرب عليها، عقد الهبة بعوض، فهذا العقد لا شك في أنه عقداً ملزماً للجانبين، لأن الموهوب له يلتزم بتقديم مقابل عما وهب له. غير أن هذا المقابل لا يعادل في قيمته ما تحصل عليه من الهبة، مما يبقيه في دائرة عقود التبرع، ولا يصل إلى درجة عقود المعاوضة وإن كان ملزماً للمتعاقدين معاً. والمقصود من هذا التمييز أن عقد المقاولة الفرعي على غرار عقد المقاولة الأصلي، ليس من عقود التبرع بل هو عقد معاوضة، وإن التزم المقاول الفرعي مجاناً أو بعوض غير معادل لما قدمه من عمل، فلا يخضع لأحكام عقد المقاولة ولا تطبق قواعد الضمان والمسؤولية الخاصة به.

سادسا :- يتميز عقد المقاولة بالاعتبار الشخصي في ابرام عقد المقاولة:-

يقصد بعقود الاعتبار الشخصي تلك العقود التي تكون فيها شخصية أحد المتعاقدين محل وصف خاص عند المتعاقد الآخر. وبعد عقد مقاولة البناء من العقود التي تبرم بالنظر إلى

دليل او عرف يقضي بغير ذلك ، وفي سائر الاحوال الاخرى وبخاصة في اعمال المقاولات الكبيرة يكون المفروض ان المكانة التي وصل اليها اسم المقاول في السوق لا صفات المقاول الشخصية هي التي كانت محل الوصف الاول في التعاقد).

سابعا : أنه عقد وارد على العمل :-
فالعنصر الجوهري في العقد مطلوب من المقاول، وهو القيام بعمل معين ، وكونه أيضاً يقوم بالعمل باستقلال تام، ولا يخضع لأي نوع من التبعية أو الإشراف من جانب صاحب العمل.

الفرع الثاني

الخصائص الاساسية لعقد لمقاوله من الباطن

إن وجود الخصائص الاساسية لعقد المقاوله غير كاف لكي يوصف العقد بانه مقاوله من الباطن بل ينبغي ان تتوفر خصائص اخرى وهي :-

اولا :- ان يكون عقد المقاوله من الباطن مسبقا بعقد اصلي :-

بما أن عقد المقاوله من الباطن هو عقد ثان ابرم لغرض تنفيذ العقد الاصلي ، ان يجب أن يكون هناك عقدا اصليا ابرم اولاً ، ولحقه عقد اخر ابرم لغرض تنفيذ العقد الاصلي ، فاذا لم يكن العقد السابق مقاوله فان العقد اللاحق يعتبر عقدا اصليا وليس من الباطن وعلى هذا الاساس اذا اقتصر ابرام المدين في العقد الاول على المتعهد بان يحصل موافقة المقاول على التعاقد مع رب العمل فان نجح في تنفيذ تعهده (وهو

شخصية المقاول، إذ تعد هذه الأخيرة سببا لاختيار صاحب المشروع لمقاول محدد دون غيره من المقاولين ، إذ يتميز عقد المقاوله سواء أكان الاصلي ام من الباطن بانه من العقود التي تقوم على الوصف الشخصي اذ تلعب الثقة والسمعة والخبرة الفنية والمهنية دورا كبيرا في اختيار المتعاقد عندما يكون محل العقد اقامة مبان ومنشآت ، اذ يرتبط تنفيذ العملية التعاقدية وحصول التعاقد على الاداء المنتظر على مدى الثقة والخبرة التي يوليها المتعاقد للمقاول ، ولا يمكن القول بانتقال العقد للخلف العام وهذا ما قرره المادة (٧٩٥) من القانون المدني العراقي التي تنص على انقضاء المقاوله بوفاه العامل او المهندس او المقاول . وقد اخذت بهذا الحكم المادة (٦٦١) من القانون المدني المصري والتي تقرر :- ينقضي عقد المقاوله بموت المقاول اذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار عند التعاقد^(٢٤).

اما بالنسبة لموقف المشرع العراقي فقد نصت المادة (٨٨٨) ف١ على انه:- تنتهي المقاوله بموت المقاول اذا كانت مؤهلاته الشخصية محل صف في التعاقد. فان لم تكن محل وصف فلا ينتهي العقد من تلقاء نفسه، ولا يجوز لرب العمل فسخه في غير حالة تطبيق المادة (٨٨٥) التي تجيز لرب العمل فسخ العقد ووقف التنفيذ ، الا اذا لم تتوفر في ورثة المقاول الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل .

وتعد شخصية المقاول محل وصف في التعاقد اذا ابرم العقد مع فنان او مهندس او معماري او مع غيرهم ممن يزاولون مهنا حرة اخرى وتفترض هذه الصفة في العقود التي تبرم مع العمال او الصناع ، الا اذا كان هناك

التزام نتيجة) فان عقد المقاولة يكون اصليا مع رب العمل كذلك لو ان المدين التزم بصفته وكيلا ان ينوب عن رب العمل في ابرام عقد المقاولة عندما يكون اصليا (٢٥).

وفي مجال الانشاءات العقارية يوجد في فرنسا مهنة هامة هي (البروموتير) وهو ليس مقاولا واتما وكيلا اذ يلتزم ان ينوب عن رب العمل في ابرام التصرفات القانونية والادارية اللازمة كافة لبدء وتنفيذ تلك الانشاءات بما يتضمن العديد من التصرفات كسواء الارض وشراء المواد واستخراج رخصة البناء والاقتراض باسم وكيله وغيرها (٢٦). وعليه الاسبقية تتحدد هنا بتاريخ ابرام العقد ، فالعقد المبرم اولاً هو عقد المقاولة الاصلي ، اما عقد المقاولة من الباطن يجب ان يكون لاحقاً في تاريخ انعقاده للعقد الاصلي على اساس علاقة التبعية بين عقد المقاولة الاصلي وعقد المقاولة من الباطن اما بالنسبة للتنفيذ فلا مانع من ان يبدأ تنفيذ عقد المقاولة الاصلي ثم يليه عقد المقاولة من الباطن الا انه يجوز عقد المقاولة الاصلي قد نفذ لان الغاية من ابرام عقد المقاولة من الباطن تنتفي في هذه الحالة.

ثانياً :- ان تنتفي العلاقة العقدية المباشرة بين رب العمل والمقاول من الباطن:-

عندما يتم ابرام عقد مقاولة من الباطن بين المقاول الاصلي والمقاول من الباطن يترتب على ذلك عدم وجود علاقة تعاقدية مباشرة تربط بين رب العمل بالمقاول من الباطن لعدم وجود اي عقد يربط بينهما فاطراف عقد المقاولة من الباطن هما المقاول الاصلي والمقاول من الباطن ، كذلك الحالة بالنسبة للمقاول من الباطن فهو ايضا يعد من الغير في

عقد المقاولة الاصلي الذي يربط بين رب العمل والمقاول الاصلي ، واذا وجدت علاقة تعاقدية مباشرة بين رب العمل والمقاول من الباطن فهنا نكون امام عقد مقاولة اصلي واذا تعدد المقاولون الذين ابرم معهم رب العمل عقود مقاولة فنكون امام حالة تعدد المقاولين وليس تعاقد مع مقاولين من الباطن (٢٧).

وعلى الرغم من أن وضوح عقد المقاولة الاصلي يعقد بين رب العمل والمقاول الاصلي وان عقد المقاولة من الباطن يقوم بين المقاول الاصلي والمقاول من الباطن الا ان الصعوبة تكمن في حالة حصول شك حول وجود عقد المقاولة الاصلي التي تثار التساؤلات في وجوده او عدم وجوده وفي ضوء الاجابة يتحدد ما اذا كان العقد عقداً اصلياً ام من الباطن . وهذه حالة تحدث كثيراً لدى المكاتب الهندسية لشخص ما فيجب تحليل الظروف المحيطة بالطرفين لمعرفة ما اذا كان هناك تعاقد سابق بين هذا الشخص والمهندس الاصلي فيكون فيكون مركز المهندس الثاني اذا كان يعمل مستقلاً عن المهندس الاصلي في مركز المقاول من الباطن .

ثالثاً :- أن يكون الهدف من ابرام عقد المقاولة من الباطن هو تنفيذ العقد الاصلي:-

ينبغي أن يكون الهدف الاساس لابرام عقد المقاولة من الباطن هو تنفيذ عقد المقاولة الاصلي سواء أ كان نص العقد على كل العمل ام جزء منه . ذلك لان عقد المقاولة من الباطن ، ابرم اساساً لتنفيذ عقد المقاولة الاصلي .

فمثلاً اذا كان عقد المقاولة الاصلي موضوعه بناء مجمع سكني فيجوز أن يبرم

المطلب الاول

العقود التي يجوز فيها التعاقد من الباطن

ليست انواع العقود كلها تستجيب لفكرة التعاقد من الباطن فهناك انواع من العقود لا تخضع لهذه الفكرة . وعليه سنعرض اهم العقود التي لا تخضع لفكرة التعاقد من الباطن وبالمقابل سنعرض العقود التي يمكن ان تقبل التعاقد من الباطن وهذه الانواع هي:-

اولا: العقود التي يجب فيها تنفيذ الالتزامات

فور ابرامها دون حاجة لاي اجراء اخر اي العقود الفورية للتنفيذ كعقد البيع مثلا فهذا النوع من العقود لا يحتاج الى وقت لتنفيذه ولا تلعب المدة فيه دورا اساس هنا لا مجال للتعاقد من الباطن لان الالتزام يتم تنفيذه فورا^(٢٩).

ثانيا : العقود التي لا تعرض سوى الالتزام بالامتناع عن عمل :-

فهذا النوع من العقود غايتها هو عمل شخص معين يمتنع عن عمل معين فهذا الالتزام لا يقبل التعاقد من الباطن.

ثالثا: العقود التي تخضع لرقابة واشراف المتعاقد الاخر ، فهذا النوع لا يمكن ان يرد عليه عقد مقاولة من الباطن الذي من خصائصه الاساسية هو الاستقلالية ، فهنا المتعاقد يعمل تحت رقابة واشراف صاحب العمل .

رابعا: اذا كان العقد محله نقل او انشاء حق عيني : لان هذا النوع من العقود يجب ان تتوفر في الشخص السلطة التي تجعله ينقل هذا الحق او الانشاء الحق العيني وبطبيعة الحال فان المفاوض من الباطن لا يملك ان ينقل حقا او ينشئ حقا.

المفاوض عقد مقاولة من الباطن الغرض منها حفر الاساسات وبناء الصبات الكونكرتية وهذه تدخل في نطاق المجمع السكني ، ومن الطبيعي أن تكون هذه العقود قد ابرمت في وقت لاحق لا ابرام عقد المقاولة الاصيلي بغية تنفيذه ولما كان الهدف الاساس من ابرام عقد المقاولة من الباطن هو تنفيذ العقد الاصيلي فالمفاوض الاصيلي ان يبرم ما يشاء من العقود الباطنة في سبيل تحقيق هذا الهدف طالما لا يوجد شرط يمنعه من ذلك ولم تكن طبيعة العمل تقضي الاعتماد على كفايته الشخصية^(٢٨).

المبحث الثاني

الاساس القانوني لعقد المقاولة من الباطن

هناك نوعان من العقود ، النوع الاول العقود التي تقبل فكرة التعاقد من الباطن ويمكن ان تكون محلا لعقد المقاولة من الباطن، والنوع الثاني العقود التي لا تقبل بفكرة التعاقد من الباطن ومنثم لا يمكن ان تكون محلا لعقد لمقاولة من الباطن كذلك فان عقد المقاولة من الباطن يجد اساسه في القوانين الحديثة ، واذا كان الاصل هو جواز المقاولة من الباطن فن الاستثناء هو منه ، ولهذا نظمت القوانين المدنية بشكل عام اساس هذا التعاقد وبينت احكامه.

وعليه قسمت هذا المبحث على مطلبين تناولت في المطلب الاول العقود التي يجوز فيها التعاقد من الباطن وفي الثاني سوف ابين موضوع الاساس القانوني لجواز المقاولة من الباطن في القوانين المختلفة .

هذه هي انواع العقود التي لايجوز فيها التعاقد من الباطن وسنعرض الان العقود التي تكون محلا لعقد المقاولة من الباطن وهي :-

١- العقود المستمرة التنفيذ والتي تلعب فيها المدة دورا اساسيا في تنفيذها ، وهذا النوع من العقود متراخية التنفيذ تستغرق لتنفيذها وقتا قد يطول او يقصر حسب العمل محل العقد . ففي هذا الغرض يمكن ان يبرم عقد مقاولة من الباطن لتسهيل تنفيذ العقد الاصلي .

٢-العقود التي تفرض القيام بعمل : فعندما يكون محل العقد هو القيام بعمل فهنا يجوز التناول من الباطن، وهذا هو جوهر او العنصر الاساس الذي يتميز به عقد المقاولة من الباطن وهو ان يرد عقد المقاولة على القيام بعمل وليس نقل حق عيني او القيام بعمل .

٣-العقود التي يعمل فيها الملتزم مستقلا وغير خاضع لرقابة واشراف صاحب العمل^(٣٠).

الباطن، او تشييد هيكل العمارة الى اخره وهكذا ولكن من اين يستمد عقد المقاولة من الباطن اساسه القانوني وهل ترد المقاولة من الباطن مرتبطة برب العمل ام لا^(٣١).

نقول ان جواز عقد المقاولة من الباطن يستمد اساسه في القوانين المدنية الحديث واذ كان الاصل هو جواز المقاولة من الباطن فان الانشاء هو المنع ولكن هذا المنع قد ياتي مطلقا وقد ياتي مرتبطا بموافقة رب العمل.

ولهذا نظمت القوانين المدنية بشكل عام اساس هذا التعاقد وبينت احكامه . ولغرض الوقوف على الاساس فان هذا المطلب سوف أقسمه على ثلاثة فروع أدرس في الفرع الاول موقف القانون المدني العراقي من الاساس القانوني لعقد المقاولة من الباطن وفي الفرع الثاني موقف القانون المصري منه وفي الثالث موقف القانون الفرنسي .

الفرع الاول

الاساس القانوني لعقد المقاولة في القانون المدني العراقي

تنص الفقرة الاولى من المادة (٨٨٢) القانون المدني العراقي على ((١- يجوز للمقاول ان يوكل تنفيذ العمل في جملته او في جزء منه الى مقاول اخر اذا لم يمنعه من ذلك شرط في العقد او لم تكن طبيعة العمل مما يفترض معه قصد الركون الى كفايته الشخصية)).

نفهم من النص اعلاه أن المشرع العراقي قد اجاز في هذه الفقرة للمقاول الذي ابرم عقد مقاولة مع رب العمل أن يعهد العمل المطلوب انجازه كله او جزء منه الى مقاول اخر لاتمام

المطلب الثاني

الاساس القانوني لعقد المقاولة من الباطن

اذا كان الاصل ان يقوم المقاول الاصلي بتنفيذ العمل محل عقد المقاولة بنفسه ، إلا أنه قد يحصل عادة ، عندما يكون العمل الذي التزم به مهارات لا يستطيع المقاول الاصلي القيام بها وحده ممكن ان يستعين باشخاص اخرين للقيام بعمل معين من الاعمال ، فعندما يكون محل عقد المقاولة هو بناء عمارة مؤلفة من عدة طوابق فقد يعهد المقاول الاصلي بناء اساس العمارة الى شخص اخر هو المقاول من

هذا العمل مادام غير قادر على انجازه بمفرده ،
والذي اطلق عليه المشرع العراقي صفة مقاول
المقاول. (٣٢)

و غالباً ما يلجأ المقاول الاصلي الى الاستعانة
بمقاول او مقاولين من الباطن في الاعمال او
المقاولات الكبيرة التي تتداخل فيها الاعمال
المدنية والهندسية والكهربائية والصحية اذا
لا عليه ان يتولى مهمة التنسيق والتنظيم بين
اعمال هؤلاء المقاولين حتى يتسنى لكل منهم
القيام بعمله على اكمل وجه. (٣٣)

اذن يجوز للمقاول الاصلي ان يقاول من
الباطن على العمل كله او جزء منه ، فنص
الفقرة الاولى من المادة (٨٨٢) يقرر بان
الاصل في القانون المدني العراقي هو جواز
المقولة من الباطن. (٣٤)

فالاصل اذن هو السماح للمقاول الاصلي
بالمقولة من الباطن على العمل كله او جزء
منه ، اما الاستثناء الذي ورد على هذا الاصل
هو منع الاخير من المقولة من الباطن ، عند
وجود شرط مانع في عقد المقولة الاصلي يمنع
المقاول الاصلي التعاقد مع المقاول من الباطن
مع مقاول اخر. وكذلك عندما تكون طبيعة
العمل الذي يعهد به الى المقاول الاصلي للقيام
به مما يفترض معه قصد الركون الى كفايته
الشخصية

ففي الحالة الاولى : أن الشرط المانع الذي
يمنع المقاول الاصلي من المقولة من الباطن
اما أن يكون قانونياً واما أن يكون اتفاقياً .

والمانع القانوني يتمثل بوجود نص قانوني
صريح يدل دلالة واضحة على ان المقاول
ممنوع من ابرام عقد مقولة من الباطن ، فاذا

خالف المقاول الاصلي هذا النص وقاوم من
الباطن سواء على كل العمل او جزء منه فانه
يكون قد اخل بالتزام قانوني ، يترتب عليه
المسؤولية تجاه رب العمل ، اما المانع الاتفاقي
: فيوجد عندما يتفق رب العمل مع المقاول على
عدم جواز تعاقد الاخير من الباطن على كل
العمل محل العقد او على جزء منه (٣٥).

وبموجب هذا الاتفاق فان المقاول الاصلي
يمنع عليه التعاقد من الباطن واتفاق الطرفين
على ادراج شرط مانع قد يتم عند ابرام العقد
الاصلي وقد يتم ادراج هذا الشرط باتفاق لاحق
بين الطرفين (٣٦).

وعندما يتفق المقاول الاصلي مع رب
العمل على الشرط المانع فان للاخير وحده
حق التمسك بهذا الشرط فلا يستطيع المقاول
الاصلي التمسك به تجاه المقاول من الباطن اذا
خالف الاول هذا الشرط وتعاقد من الباطن ،
لذلك فلا يحق الالرب العمل التنازل عن هذا
الشرط سواء أكان هذا التنازل قد تم صراحة ام
ضمنياً ، فاذا تنازل فلا يجوز له الرجوع عن
هذا التنازل ومن ثم يستطيع المقاول الاصلي
المقولة من الباطن ولا يحق لرب العمل
الاحتجاج بمخالفته الشرط المانع. (٣٧)

اما في الحالة الثانية :- فيمتنع على المقاول
الاصلي ان يقول من الباطن اذا كانت طبيعة
العمل محل عقد المقولة الاصلي توجب ذلك
كما لو كانت طبيعة هذا العمل تفرض الاعتماد
على الكفاية والمؤهلات الشخصية للمقاول كما
اشارت الى ذلك الفقرة الاولى من المادة (٨٨٢)
من القانون المدني العراقي ، فاذا كان الامر
كذلك فلا يحق للمقاول ان يعهد بالعمل الموكل

اليه الى غيره والمؤهلات الشخصية التي تكون محل وصف لدى رب العمل عن تعاقد مع المقاول هي تلك التي لها علاقة وثيقة بحسن تنفيذ العمل ، كالكفاية العلمية ، والفنية للمقاول ، وحسن ادائه عمله ومكانته في التعامل، وخبرته وتخصصه في مجال عمله.(٣٨)

وتجدر الإشارة الى ان الفقرة الثانية من المادة (٨٨٨) من القانون المدني العراقي قد اشارت الى ان شخصية المقاول تكون دائماً محل وصف في التعاقد اذا ابرم عقد مقاوله مع فنان او مهندس او طبيب او مع غيرهم ممن يزالون مهناً حرة فتقتضي طبيعة العمل الذين يقومون به الاعتماد على كفايتهم الشخصية ، فلا يجوز لافراد هذه الفئة ان يقولوا من الباطن على العمل المنسوب اليهم لان شخصيتهم محل اعتبار في العقد .

الفرع الثاني

الاساس القانوني لعقد المقاوله من الباطن في القانون المدني المصري

نصت المادة(٦٦١) من القانون المدني المصري على انه(١- يجوز للمقاول ان يكل تنفيذ العمل في جملته او في جزء منه الى مقاول من الباطن اذا لم يمنعه من ذلك شرط في العقد او لم تكن طبيعة العمل تقتضى الاعتماد على كفايته الشخصية)(٣٩).

من النص المتقدم الذكر يتبين ان (المشرع المصري) قد اجاز للمقاول ان يعهد من تنفيذ جزء من العمل او كله الى مقاول من الباطن فنص المادة (٦٦١) يجيز للمقاول الاصلي ان

يؤكل تنفيذ العمل في جملته او جزء منه الى مقاول من الباطن اذا كان غير قادر على اتمام العمل على العمل وحده وانه يحتاج الى انجاز التعاقد ومقاول او مقاولين من الباطن ليعهد لهم بتنفيذ هذا العمل.

فالأصل في القانون المدني المصري كما هو الحال في القانون المدني العراقي هو اباحة المقاوله من الباطن والاستثناء هو المنع والذي يكون اما بوجود شرط مانع يرد في متن القانون او يرد في عقد المقاوله الاصلي واما ان تكون طبيعة العمل محل المقاوله تعتمد على كفاية المقاول الشخصية .

اما بخصوص الشرط المانع فقد يكون قانونيا اي ان يرد نص في القانون يمنع المقاول من ان يقول من الباطن على كل العمل او جزء منه ، وفي القانون المدني المصري لا وجود لمثل هذا الشرط وانما على العكس فالقانون اجاز المقاوله من الباطن ولم يمنعها ، وكما قد يكون الشرط المانع قانونيا قد يكون اتفاقيا ، فيتفق رب العمل مع المقاول الاصلي على منع الاخير من ان يعهد بتنفيذ جزء من العمل او كله الى مقاول اخر (٤٠).

وهذا الشرط قد يرد صريحا في عقد المقاوله وقد يرد ضمنيا يستخلص من الظروف المحيطة بالعقد ونية رب العمل وسواء أورد صريحا ام ضمنيا فلا يجوز لغير رب العمل التمسك به ، فله وحده الحق في التمسك بهذا الشرط وعليه فلا يجوز للمقاول الاصلي ان يتمسك به ضد المقاول من الباطن (٤١). فان كان رب العمل قد وضع هذا الشرط في عقد المقاوله يجوز التنازل عنه ، وهذا التنازل قد يكون صريحا وقد يكون ضمنيا.

الفرع الثالث

الاساس القانوني لعقد المقاولة من الباطن في القانون المدني الفرنسي

إن القانون المدني الفرنسي لم يعرف عقد المقاولة كعقد مستقل بذاته وإنما عرفه مختلطاً بعقد الإيجار والعمل ومن ثم لم ينظم أحكام المقاولة من الباطن ففي هذا القانون لا يوجد نص صريح يبيح المقاولة من الباطن إذا لم يوجد شرط مانع ولكن السائد هو الإباحة. وقد جرى العرف في فرنسا على جواز المقاولة من الباطن على الرغم من أن المقاولة تعد من العقود التي تقوم على الاعتبار الشخصي واستمر الحال هكذا حتى صدور القانون رقم ٧٥-١٣٣٤ في ١٢/٣١/١٩٧٥ المتعلق بالمقاولة من الباطن والهادف الى حماية المقاول من الباطن فاكد شرعية عقد المقاولة من الباطن ، واتى بتنظيم بعض احكامه. وقد عرف هذا القانون في المادة الاولى منه المقاولة من الباطن بانها (العملية التي يعهد عن طريقها احد المقاولين (المتعهدين) عن طريق عقد مقاولة من الباطن ، وعلى مسؤوليته الى شخص اخر يدعى المقاول من الباطن تنفيذ كل او جزء من عقد المقاولة او عقد بيع عام ابرم مع رب العمل) (٤٦).

وقد جعلت المادة الثانية من هذا القانون المقاول من الباطن متعهدا اساسيا بالنسبة لمقاوليه من الباطن الخاصين به (٤٧). ومن اهم الاحكام التي جاء بها هذا القانون انه اشترط على المقاول الاصلي عندما يريد اللجوء الى مقاول او مقاولين عدة من الباطن ويروم ابرام عقد مقاولة من الباطن ان ياخذ موافقة رب العمل على العقد وواجب ان تكون هذه الموافقة

فقد يتنازل رب العمل صراحة عن هذا الشرط في عقد المقاولة الاصلي ، وقد يتنازل عليه ضمنيا ، كان يتعامل مباشرة مع المقاول من الباطن الذي اتفق معه المقاول الاصلي ويعطيه اجره المستحق بقدر ما هو مدين به المقاول الاصلي (٤٢).

فاذا تنازل رب العمل عن الشرط المانع فلا يحق له بعد ذلك ان يعدل عن التنازل لان تنازله عن هذا الشرط المانع يكسب المقاول الاصلي حقا في المقاولة من الباطن ، فيصبح من الجائز له ان يعهد بتنفيذ العمل محل العقد كله او جزء منه الى مقاول اخر ما دام الشرط المانع الذي وضعه رب العمل قد تنازل عنه (٤٣).

وتجدر الإشارة الى انه مع وجود الشرط المانع يبقى المقاول الاصلي محتفظا بحقه في الاستعانة بمساعدين وخبراء فنيين وعمال يعملون تحت اشرافه وتوجيهه بموجب عقد عمل لا عقد مقاولة . فالمقاول الاصلي اذا تعاقد مع مقاول من الباطن فان هذا الاخير يعمل مستقلا عن توجيه المقاول الاصلي واشرافه فهو يرتبط معه بعقد مقاولة لا عقد عمل فينتفي عنصر التبعية بينهما (٤٤).

والفقرة الاولى من المادة (٦٦١) من القانون المدني المصري وان اجازت للمقاول ان يعطي المقاولة لآخر اذا لم يتم الاتفاق على خلاف ذلك الا انها جعلته مسؤولا عن عمل هذا الاخر تجاه رب العمل ، وعليه فان مجرد قيام المقاول الاصلي بالمقاولة من الباطن وقيام المقاول من الباطن بالعمل الذي تعاقد عليه المقاول الاصلي لا يرفع مسؤولية الاخير خاصة اذا تضمن العقد شرطا يجمل المقاول الاصلي مسؤولية الاضرار الناجمة عن تنفيذ المقاولة (٤٥).

يخضع لها المهندس المعماري والمقاول عن تهدم البناء أو تعييبه والمشرع لو أراد إخضاع المقاول من الباطن لأحكام الضمان الخاص لنص على ذلك صراحة ولما استبعده من نطاق هذه المسؤولية^(٥١)

الخاتمة

في ختام هذا البحث نجد أن هذا العقد من أهم العقود التي يمارسها الانسان في حياته اليومية والتي اخذت تطورا كبيرا في مختلف المجالات ولقد أصبح التعاقد من الباطن في مقاولات البناء، طريقا حتميا يسلكه المقاول الأصلي من أجل تنفيذ الالتزامات الملقاة على عاتقه، بموجب عقد المقاوله المبرم بينه وبين صاحب المشروع ، وهذا اراجع لما يحظى به هذا النوع من العقود من أهمية بالغة في القطاع الاقتصادي عامة وفي قطاع البناء ويتجلى ذلك من ضخامة الأعمال التي يتم التعاقد بشأنها من الباطن لاسيما في مجال البناء والتشييد، إذ يصعب تنفيذ المشاريع الضخمة من قبل المقاول لوحده، فأصبح المقاول المكلف بإنجاز مشروع ما يلجأ التعاقد فرعا مع مقاولين آخرين إلى التعاقد فرعا مع مقاولين آخرين بالنظر إلى تخصصهم في إنجاز عمل معين لا يتقنه المقاول الأصلي وان عقد المقاوله من الباطن هو ذلك العقد الذي ينشأ ويستمد وجوده من عقد المقاوله الأصلي الذي يكون سابقا له في الانعقاد إذ يكون عقد المقاوله من الباطن تابعا لعقد المقاوله الأصلي وجودا او عدما وكذلك يتبين ان عقد المقاوله من الباطن لكي يكون واردا على مقاولات بناء ومنشآت ثابتة يجب ان يكون هذا البناء مما لا يمكن نقله او فكه او تحويله دون تلف كبناء عمارة مثلا وعقد

مستمر طالما ينفذ العقد ويجب ان يحضى المقاول الأصلي على قبول رب العمل على كل مقاول من الباطن يتعاقد وياه ويقبل ايضا بالشروط الخاصة بكل عقد مقاوله من الباطن.

ومن جهة اخرى يجب على المقاول الأصلي ان يقدم لرب العمل عقدا او عقود المقاوله من الباطن التي ابرمها بناء على طلب الاخير ، فاذا قدمها ولم يقبل رب العمل بالمقاول من الباطن ولا بشروط الدفع فان عقد المقاوله لا يقع بالاطلا وانما يكون غير نافذ بحق رب العمل، اما فيما بين اطرافه فيبقى المقاول الأصلي ملزما تجاه المقاول من الباطن بتنفيذ التزاماته ، الا انه ليس بمقدوره التمسك بعقد المقاوله من الباطن ضد المقاول من الباطن وهذه الكلام السابق قررتها المادة الثالثة من هذا القانون^(٥٨).

وقد عرف الفقه الفرنسي المباني والمنشآت الثابتة بانها كل الاعمال كلها التي ترتفع فوق سطح الارض او التي تقام تحت سطح الارض وتكون من وضع الانسان بحيث يستطيع الفرد ان يتحرك بداخلها وتوفر للأفراد الحماية ضد المخاطر الناتجة عن المؤثرات الطبيعية الخارجية ومن امثلتها المنازل ، الفيلات ، المستشفيات ، والمستوصفات ، والمصانع ودور السينما والمتاجر^(٥٩).

وقد استقر الفقه والقضاء سواء أكان في فرنسا أم في مصر أم في العراق على عدم إخضاع المقاول من الباطن لأحكام المسؤولية الخاصة التي يخضع المهندس المعماري والمقاول^(٥٠). وموقف الفقه والقضاء هذا جاء مستمدا من موقف المشرع الذي قرر صراحة عدم إخضاع المقاول من الباطن للمسؤولية التي

التوصيات

١- من الضروري ان يورد نصاً خاصاً في عقد المفاوضة يشير الى انه في حالة التعاقد من الباطن فان احكام عقد المفاوضة التي وردت في هذا القانون تطبق على المفاوضة من الباطن .

٢- في حالة اباحة المشرع المفاوضة من الباطن كان الاجدر به ان ينص على ان المفاوض من الباطن يجب ان يكون ملتزماً بأحكام العقد الاصلي ويكون عالماً بها وقبلها ولا يعفى من هذا الالتزام الا بموافقة رب العمل .

٣- إن قانوننا (المدني المصري والعراقي) لم يضع نظرية عامة للتعاقد من الباطن وانما تناولاه اثناء تطبيقاته وهذا قصوراً تشريعياً، وكان الاجدر ان توضع نظرية عامة للتعاقد من الباطن من جهة تعريفه ومدى جوازه وشروطه واحكامه.

الهوامش

١- ينظر الامام المؤلف: أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي علاء الدين - عنوان الكتاب : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع - الناشر المطبعة الجمالية - دار الكتب العلمية - الطبعة الثانية ، ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م - ص ٢٥١ .

٢- ينظر الزبيدي: تاج العروس من جواهر القاموس (٦٤١/٥) ، وابن منظور : لسان العرب (٣٤٥/٥) .

٣- ينظر المادة (١) من القانون رقم (٧٥ - ١٣٣٤) الصادر في (٣١) ديسمبر (١٩٧٥) والمتعلق بتنظيم التعاقد من الباطن، ثم عدل هذا القانون عدة مرات كان آخرها القانون رقم (٢٠٠٥ - ٢٤٥) الصادر في (٢٦) يونيو (٢٠٠٥) - مشار إليه في كتاب د. عبد الرحمن إسماعيل غانم ، النظام القانوني لعقد التوريد الإداري «دراسة مقارنة» ، رسالة دكتوراه غير منشورة ، جامعة الإسكندرية ، مصر ، ٢٠١٢ م ، ص ٧٠٣ وما بعدها .

المفاوضة من الباطن كما اتضح لنا له شأنه شأن بقية العقود له اركان انعقاد لا ينعقد بدونها وهي الرضا والمحل والسبب فضلاً عن الاركان الخاصة بهذا العقد والتي تميزه عن غيره من العقود .

النتائج

١- إن التعاقد من الباطن عملية عقدية تتكون من ثلاثة اطراف وعقدين ، العقد الاول هو العقد الاصلي واطرافه هم المتعاقد الاصلي والمتعاقد المشترك ، اما العقد الثاني فهو العقد من الباطن ويكون بين المتعاقد المشترك والمتعاقد من الباطن .

٢- إن العقد من الباطن مرتبط بالعقد الاصلي وجوداً وعملاً وهو يضاف اليه ويترتب على ذلك ان هناك ارتباطاً في وحده المحل بين العقد الاصلي والعقد من الباطن .

٣- إن التعاقد من الباطن قد يختلف مع العقود المشابهة له فهو قريب الى حد ما بعملية التنازل عن العقد من جهة وجود عقدين هما العقد الاصلي والعقد من الباطن والعقد الاصلي والعقد المتنازل عنه في التنازل عن العقد واطرافه المتعاقد المشترك .

٤ - يعد التعاقد من الباطن من أبرز الاستثناءات المترتبة على فكرة الوصف الشخصي في مجال تنفيذ العقود الإدارية .

٥- الفقهاء لم يجيزوا قاعدة التعاقد من الباطن على إطلاقها بل ذكروا شروطاً لإجازتها متمثلة في :- أ- ألا تسترط الإدارة على المتعاقد الأصلي مباشرة العمل بنفسه ، ب- ألا تكون شخصية المتعاقد الأصلي محل اعتبار عند الإدارة .

- البيع - الإيجار - المقاوله . - عمان - دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الطبعة الثانية ، سنة ١٩٩٧م . ص ٣٦٨
- ٩- ينظر نص المادة (١١٠١) من القانون المدني الفرنسي.
- ١٠- ينظر د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، المرجع السابق ، ص ١٣٩ .
- ١١- ينظر مختار الصحاح (محمد ابن ابي بكر الرازي) - دار التنوير - بيروت - ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م باب القاف - ص ٥٥٩ .
- ١٢- وللباطن اسماء عديدة فهي من اسماء الله عز وجل وفي التنزيل العزيز : هو الاول والاخر والظاهر والباطن ، وقيل الباطن هو المحتجب عن ابصار الخلائق واهامهم فلا يدركه بصر ولا يحيط به وهم وقيل هو العالم بكل ما بطن والباطنة خلاف الظاهرة وقيل ايضا البطانة السريرة.
- ١٣- ينظر د. حسن علي الذنون - النظرية العامة للالتزامات - المرجع السابق - ص ١٢٨ .
- ١٤- ينظر د. مصطفى عبد السيد الجارحي، عقد المقاوله من الباطن، دراسة مقارنة في القانونين المصري و الفرنسي، الطبعة الأولى، سنة ١٩٩٨ م، النشر العربية القاهرة ، ص ١٢٤ .
- 15- Henrie et leon , jean mazeand : le lecon de drot civil tome principaux contrats , page, 1575.
- ١٦- ينظر د. محمد عبد الرحيم عنبر - عقد المقاوله - دراسة مقارنة بين تشريعات الدول العربية - سنة ١٩٧٧م - ص ٣١ .
- ١٧- ينظر د. علي حيدر ، درر الاحكام شرح مجلة الاحكام ، تعريف فهمي الحسيني ، بيروت ، لبنان ، دار الكتب العلمية - دون تاريخ او طبعة ، (٦٢/١).
- ١٨- ينظر د. بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج ١، العقد والارادة المنفردة، ط ٥، سنة ٢٠٠٧م، البند ٢٢، ص. ٤٥ إذ يميز بين مبدأ سلطان الإرادة ومبدأ الرضائية الذي لا يتصل إلا بطريقة تكوين العقد، ولا علاقة له

- ٤- ينظر المادة (٧٣) من القانون المدني العراقي وجاءت المادة (٨٧) من القانون المدني الاردني الجديد موافقة النص العراقي ، بينما خلت القوانين المدنية للبلدان : مصر- ليبيا - المغرب من تعريف للعقد. وتجدر الإشارة الى ان المادة (٧٣) من القانون المدني العراقي مقتبسة من المادة (٢٦٢) من كتاب مرشد الحيران والمادة (١٠٣) من مجلة الاحكام العدلية ، فالمشرع العراقي اخذ بالنزعة الموضوعية التي تسود الفقه الاسلامي دون النزعة الذاتية التي تسود الفقه اللاتيني ، فالعقد هو ارتباط الايجاب بالقبول لا من جهة انه ينشئ التزامات شخصية بين المتعاقدين ، وهذا هو المعنى البارز في النزعة اللاتينية ، بل من حيث انه يثبت انه يثبت اثره في المعقود عليه اي انه يغير المحل من حالة الى حالة وهنا تبرز النزعة الموضوعية للفقه الاسلامي وللتفصيل ينظر د. عبد الرزاق احمد السنهوري - مصادر الحق في الفقه الاسلامي، ج ١، صيغة العقد - المجمع العلمي العربي الاسلامي - منشورات محمد الداية - بيروت ، لبنان - ١٩٥٣ - ١٩٥٤ م - ص ٧٧ ، وينظر د. حسن علي الذنون - النظرية العامة للالتزامات - الكتاب الاول - طبعة الجامعة المستنصرية بغداد - ١٩٧٦ - ص ٢٧ .
- ٥- ينظر الامام ابو القاسم السيد علي بن حسين بن موسى المعروف بالشريف المرتضى هو مرتضى علم الهدى (٣٥٥ هـ - ٤٣٦ هـ / ٩٦٦ - ١٠٤٤ م) الملقب ذي المجدين علم الهدى، عنوان الكتاب ، تاج العروس من جواهر القاموس ، الطبعة الاولى ، الجزء الاول ، ص ٢٨٩ .
- ٦- ينظر د. عبد الرزاق احمد السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - نظرية الالتزام بوجه عام الجزء الاول - مصادر الالتزام - دار النشر للجامعات لمصرية - القاهرة - سنة ١٩٥٢م - ص ٧٧ .
- ٧- ينظر د. محمد وهبه الزحيلي : العقود المسماة : البيع - المقايضة والإيجار ، ط ٤ ، منشورات جامعة دمشق ، (١٩٩٤ م)، ص ٦٥ .
- ٨- ينظر د. جعفر الفضلي : الوجيز في العقود المدنية -

الشخصية والعينية - الجزء العاشر - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٧٠ . ص ٣٥٦ .

٢٨- ينظر د. قدرى عبد الفتاح الشهاوي ، عقد المقولة في التشريع المصري والمقارن؛ منشأة المعارف ، الاسكندرية ، سنة ٢٠٠٠م ، ص ٤٧ .

٢٩- ينظر د. عبد المجيد الحكيم - عبد الباقي البكري - محمد طه البشير - الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي - ج ٢ - مصادر الالتزام - المرجع السابق - ص ٥٥ .

٣٠- ينظر د. غني حسون طه ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، مطبعة المعارف ، بغداد ، سنة ١٩٧١م ، ص ٧٠ .

٣١- ينظر د. محمود جمال الدين زكي - مشكلات المسؤولية المدنية - الجزء الاول - مطبعة جامعة القاهرة - ١٩٧٨ . ص ٨٥ .

٣٢- ويطلق عليه ايضا المقاول الفرعي او المقاول الثانوي .

٣٣- ينظر د. جعفر الفضلي - الوجيز في العقود المدنية - البيع - الاجار - المقولة - مطبعة التليم العالي - الموصل - ١٩٨٩ - ص ٤٤٥ .

٣٤- قرار محكمة التمييز رقم ٤٣٢ - مدنية اولى - ٩٧٦- بتاريخ ٢٧-١٠-١٩٧٦ - مجموعة الاحكام العدلية - العدد الرابع - السنة السابعة - ص ٧٧ . وجاء فيه ((للمقاول الاصلي ان يكل العمل كله او جزء منه الى مقاول اخر اذا لم يمنعه من ذلك نص في العقد او لم تكن طبيعة العمل مما يفترض منه قصد الركون الى كفايته الشخصية ويكون المقاول الثاني ولعمال المقاول الاول الحق في الرجوع على رب العمل مباشرة بما لهم في ذمة المقاول الاول هلى الا يتجاوز ذلك ما لهذا المقاول بذمة رب العمل وقت رفع الدعوى)) .

٣٥- قرار محكمة التمييز رقم ٢٠٤ - مدنية ثالثة - ٧٥- المؤرخ ٢٨-١٠-١٩٧٥ - مجموعة الاحكام العدلية - العدد الرابع - السنة السادسة - ١٩٧٥ - ويقول القرار ((للمقاول الاصلي ان يكل تنفيذ جزء من العمل الى مقاول اخر اذا لم يمنعه من ذلك شرط في العقد))

بتحديد مضمونه، والمقصود منه أنّ التراضي وحده كاف لإبرام العقد. أما مبدأ سلطان الإرادة فيعني أنّ الإرادة هي التي تنشئ العقد وتحدد أثاره، ثم يأتي القانون بعد ذلك لتحقيق الغاية التي قصدتها تلك الإرادة المشتركة» .

١٩- ينظر د. محمد توفيق رمضان البوطي ، البيوع الشائعة وأثر ضوابط المبيع في شرعيته الطبعة الاولى ، دمشق ، دار الفكر ، سنة ١٩٨٨ م ، ص ٣٢١ .

٢٠- ينظر د. محمد لبيب شنب ، شرح احكام عقد المقولة ، دار النهضة العربية ، القاهرة سنة ١٩٦٢م - ص ١٦٥ .

٢١- ينظر د. محمد كامل مرسي - شرح القانون المدني الجديد - العقود المسماة - الجزء الرابع - الطبعة الاولى - دار النشر للجامعات المصرية - القاهرة - سنة ١٩٥٣م ، ص ٨٤ .

٢٢- ينظر د. مصطفى عبد السيد الجارحي - عقد المقولة - الطبعة الاولى - دار النهضة العربية - القاهرة - سنة ١٩٨٨ م - ص ٣٦ .

٢٣- ينظر د. عبد المجيد الحكيم - عبد الباقي البكري - محمد طه البشير - الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي - الجزء الثاني - مصادر الالتزام - مطبعة جامعة بغداد - ١٩٨٠ - ص ٣٦ .

٢٤- ينظر د. احمد عبد العال ابو قرين- المركز القانوني للمتدخلين في تنفيذ عقود المقاولات في مجال المنشآت المعمارية - دار النهضة العربية - ط ١ - القاهرة - ٢٠٠١م - ص ٦٥ .

٢٥- ينظر د. مصطفى عبد السيد الجارحي - عقد المقولة - الطبعة الاولى - دار النهضة العربية - القاهرة - سنة ١٩٨٨ م - ص ٣٨ .

٢٦- ينظر د. سليمان مرقس - الوافي في شرح القانون المدني - العقود المسماة - الجزء الاول - الطبعة الرابعة - مطبعة عالم الكتب - القاهرة - ١٩٨٠م - ص ٧٨ .

٢٧- ينظر د. عبد الرزاق احمد السنهوري- الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - التامينات

٤٢- د. فتيحة قرّة - احكام عقد المقاولة - منشأة المعارف الاسكندرية - ١٩٨٧ - ص ٢٣٧.

٤٣- ينظر د. انور طلبية - الوسيط في القانون المدني - العقود المسماة- الجزء الثاني- دار الفكر العربي - القاهرة - ١٩٨٧ - ص ٨٣٨.

٤٤- ينظر د. عبد الرزاق احمد السنهوري- الوسيط- الجزء السابع - المرجع السابق- ص ٢٠٩ هامش رقم-١.

٤٥- نقض ١٧-٤-١٩٤١- مجموعة عمر - الجزء الثالث- رقم ١١٢ - ص ٣٤٠ مشار اليه لدى د. احمد محمد ابراهيم - القانون المدني - الطبعة الاولى - دار الشرق الاوسط للطباعة والنشر - القاهرة - ١٩٦٤ - ص ٦٨٠.

46- Art . 1- Au sens de la sous - traitance est l'operation par laquelle un entrepreneur confie par un sous - traite , et sous ca , responsabilite , a une autre personne appelee sous I traitant tout ou partie de l'execution du contrat d'entreprise ou du marche public conclu avec le maitre d'ouvrage .

Les dispositions de la presente loi sont applicables aux operations de transport, le donneur d'ordre initial etant assimile au maitre d'ouvrage et le cocontractant du transporteur sous- traitant qui execute les operations de transport etant assimile au preneur principal.

47- Art. 2- Le sous - traitant est considere comme entrepreneur principal a l'egard de ses propres sous - traitants.

48- Art 3 - l'entrepreneur qui entend exécuter un contrat ou un marche en recourant a un ou plusieurs sous traitants doit ,

٣٦- ينظر د. كمال قاسم ثروت - الوجيز في شرح احكام عقد المقاولة - الجزء الثاني - الطبعة الاولى - مطبعة اوفسيت الوسام - بغداد - ١٩٧٦ - ص ٢٨٩.

٣٧- ينظر د. سعيد عبد الكريم مبارك - مسؤولية المقاول الثانوي وفقا لاحكام القانون المدني والشروط العامة لمقاولات اعمال الهندسة المدنية - وزارة العدل - الثقافة القانونية - بغداد- مطابع دار الحكمة للطباعة والنشر - ١٩٩٠- ص ٤٥.

٣٨- ينظر د. طه الملا حويش - الموجز في العقود المسماة - عقد المقاولة ود. صاحب عبيد الفتلاوي ود. سعيد مبارك - دار الحكمة للطباعة والنشر - بغداد ١٩٩٢-١٩٩٣ - ص ٤٨٥.

٣٩- جاء في هذا النص في المادة (٨٦٨) من المشروع التمهيدي بصورة مطابقة لما استقر عليه في التفتين المدني الجديد واقترته لجنة المراجعة واصبح رقمها في المشروع النهائي (٦٩٠) كما وافق مجلس النواب على النص دون اي تعديل بذكر عنه تحت رقم ((٦٨٩) الا انه في محضر الجلسة الرابعة والستين اقترح بعض المستشارين محكمة النقض والايام المصرية استبدال او التخييرية بواو العطف في المادة (٦٦١) قبل عبارة (لم تكن طبيعة العمل) ورات اللجنة ان الاخذ في هذا الاقتراح ضروري لانه يكشف عن حقيقة المقصود من حكم النص لان احد الشرطين يكفي والواو تفيد ضرورة اجتماع الشرطين وقررت اللجنة ادخال التعديل على المادة - مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري - الجزء الخامس - ص ٤٩.

٤٠- ينظر د. محمد لبيب شنب- شرح احكام عقد المقاولة - المرجع السابق - ص ٨٦.

٤١- ينظر د. محمد كامل مرسي - شرح القانون المدني الجديد - العقود المسماة - الجزء الرابع - الطبعة الاولى - دار النشر للجامعات المصرية - القاهرة - ١٩٥٣م - ص ٢٣١.

قائمة المصادر والمراجع

١. احمد عبد العال ابو قرين- المركز القانوني للمتدخلين في تنفيذ عقود المقاولات في مجال المنشآت المعمارية – الناشر دار النهضة العربية – الطبعة الاولى – القاهرة – سنة ٢٠٠١م.

٢. احمد محمد ابراهيم – القانون المدني – الطبعة الاولى – الناشر دار الشرق الاوسط للطباعة والنشر – القاهرة – سنة ١٩٦٤م.

٣. انور طلبة – الوسيط في القانون المدني – العقود المسماة- الجزء الثاني- الناشر دار الفكر العربي – القاهرة – سنة ١٩٨٧م.

٤. بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري،

٥. جعفر الفضلي – الوجيز في العقود المدنية – البيع- الايجار- المقاوله – مطبعة التعليم العالي – الموصل – سنة ١٩٨٩م.

٦. حسن علي الذنون – النظرية العامة للالتزامات – الكتاب الاول – طبعة الجامعة المستنصرية – بغداد – ١٩٧٦م.

٧. سعيد عبد الكريم مبارك – مسؤولية المقاول الثانوي وفقا لأحكام القانون المدني والشروط العامة لمقاولات اعمال الهندسة المدنية – وزارة العدل – الثقافة القانونية – بغداد- مطابع دار الحكمة للطباعة والنشر – ١٩٩٠م.

٨. سعيد مبارك – الموجز في العقود المسماة – عقد المقاوله – دار الحكمة للطباعة والنشر – بغداد – سنة ١٩٩٣م.

au moment de al conclusion et pendant toute al duree du contrat ou du marche m faire accepter de sous- traitance par le maitre de louvrage , lentrepreneur principal est tenu de communiquer le ou les contrats de sous-traitance au maitre de louvrage lorsque celui- ci en fait lademande. Lorsque le sous- tritant naura pas ete accepte ni les conditions de paiement agrees par le maitre de louvrage dans les conditions prevues alalinea precedent , lentrepreneur principal seraneanmoins tenu envers le sous –traitant mais ne pourra invoquer le contrat de sous- traitance alentre du sous – traintant

٩٤- ينظر د. عبد الرزاق احمد السنهوري-الوسيط – الجزء السابع-الفقرة -٦١- ص ١٠٧.

وبنفس الاتجاه جاء الفقه المصري- السنهوري- الوسيط – الجزء الاول – فقرة ٧١٤ ، ص ١٠٧، وعبد الناصر توفيق العطار – تشريعات تنظيم المباني ومسؤولية المهندس والمقاول طبعة ١٩٧٢- بند ٣- ص ٨.

٥٠- من الفقه الفرنسي :-

Boubli (bernard) : « Ls Responsabilite et Lassurance des architects , des Entreprenneur et autres constructurs » paris , 1979 , No. 302 – planiol , Ripert, Rouast , 11, Op . Cit , No. 952-954.

ومن الفقه المصري د. عبد الرزاق احمد السنهوري -الوسيط- الجزء السابع – المرجع السابق – ص ١١٢ .

٥١- د. مصطفى رجب- بحث بعنوان الضمان العشري لمهندسي ومقاولي البناء والمنشآت الثابتة الاخرى- منشور في مجلة العلوم القانونية-المجلد السابع-العدد الأول والثاني- مطبعة العاني – بغداد – ١٩٨٨ ص ٩٢ .

١٦. عبد الرزاق احمد السنهوري- الوسيط
في شرح القانون المدني الجديد - التامينات
الشخصية والعينية - الجزء العاشر - دار
النهضة العربية - القاهرة - سنة ١٩٧٠م.

١٧. عبد المجيد الحكيم - الوجيز في نظرية
الالتزام في القانون المدني العراقي - ج ٢ -
مصادر الالتزام - مطبعة جامعة بغداد - سنة
١٩٨٠م.

١٨. عبد الناصر توفيق العطار - تشريعات
تنظيم المباني ومسؤولية المهندس والمقاول
طبعة ١٩٧٢م.

١٩. غني حسون طه ، الوجيز في النظرية
العامّة للالتزام ، مصادر الالتزام ، مطبعة
المعارف ، بغداد ، سنة ١٩٧١م .

٢٠. فتيحة قرّة - احكام عقد المقاولّة -
منشأة المعارف الاسكندرية - سنة ١٩٨٧م.

٢١. قدري عبد الفتاح الشهاوي ، عقد
المقاولّة في التشريع المصري والمقارن؛ منشأة
المعارف ، الاسكندرية ، سنة ٢٠٠٠م.

٢٢. كمال قاسم ثروت - الوجيز في شرح
احكام عقد المقاولّة - الجزء الثاني - الطبعة
الاولى - مطبعة اوفسيت الوسام - بغداد - سنة
١٩٧٦م .

٢٣. محمد توفيق رمضان البوطي ، البيوع
الشائعة وأثر ضوابط المبيع في شرعيته الطبعة
الاولى ، دمشق ، دار الفكر ، سنة ١٩٨٨م .

٢٤. محمد طه البشير - الوجيز في نظرية
الالتزام في القانون المدني العراقي - ج ٢ -

٩. سليمان مرقس - الوافي في شرح القانون
المدني - العقود المسماة - الجزء الاول -
الطبعة الرابعة - مطبعة عالم الكتب - القاهرة
- ١٩٨٠م.

١٠. صاحب عبيد الفتلاوي - الموجز في
العقود المسماة - عقد المقاولّة - دار الحكمة
للطباعة والنشر - بغداد - سنة ١٩٩٣م.

١١. طه الملا حويش - الموجز في العقود
المسماة - عقد المقاولّة - دار الحكمة للطباعة
والنشر - بغداد - سنة ١٩٩٣م.

١٢. عبد الباقي البكري - الوجيز في نظرية
الالتزام في القانون المدني العراقي - الجزء
الثاني - مصادر الالتزام - مطبعة جامعة بغداد
- سنة ١٩٨٠م.

١٣. عبد الرحمن إسماعيل غانم ، النظام
القانوني لعقد التوريد الإداري «دراسة مقارنة،
رسالة دكتوراه ، جامعة الإسكندرية، مصر،
٢٠١٢م .

١٤. عبد الرزاق احمد السنهوري - الوسيط
في شرح القانون المدني الجديد - نظرية
الالتزام بوجه عام الجزء الاول - مصادر
الالتزام - دار النشر للجامعات لمصرية -
القاهرة - سنة ١٩٥٢م.

١٥. عبد الرزاق احمد السنهوري - مصادر
الحق في الفقه الاسلامي ، الجزء الاول ، صيغة
العقد - المجمع العلمي العربي الاسلامي -
منشورات محمد الدايدة - بيروت ، لبنان -
١٩٥٣ - ١٩٥٤م .

المراجع الاجنبية

1- Henrie et leon , jean mazeand : le lecon de drot civil tome principaux contrats .

2- Boubli (bernared) : « Ls Responsabilite et Lassurance des architects , des Enterprenure et autres constructurs « paris , 1979 , No. 302 – planiol , Ripert, Rouast .

3- Art . 1- Au sens de la sous – traitance est loperation par laquelle un entrepreneur confie par un sous – traite , et- sous ca , responsapilite , a une autre personne appelee sous I traitant tout ou partie delexecution du contrat dentreprise ou du marche public conclu avec le maitre dlouvrage .

مصادر الالتزام - مطبعة جامعة بغداد - سنة ١٩٨٠م.

٢٥. محمد عبد الرحيم عنبر - عقد المقاوله - دراسة مقارنة بين تشريعات الدول العربية - سنة ١٩٧٧م.

٢٦. محمد كامل مرسي - شرح القانون المدني الجديد - العقود المسماة - الجزء الرابع - الطبعة الاولى - دار النشر للجامعات المصرية - القاهرة - سنة ١٩٥٣م .

٢٧. محمد لبيب شنب ، شرح احكام عقد المقاوله ، دار النهضة العربية ، القاهرة - سنة ١٩٦٢م.

٢٨. مصطفى رجب- بحث بعنوان الضمان العشري لمهندسي ومقاولي البناء والمنشآت الثابتة الاخرى- منشور في مجلة العلوم القانونية-المجلد السابع-العدد الأول والثاني- مطبعة العاني - بغداد - سنة ١٩٨٨م.

٢٩. مصطفى عبد السيد الجارحي - عقد المقاوله - الطبعة الاولى - دار النهضة العربية - القاهرة - سنة ١٩٨٨م .

٣٠. مصطفى عبد السيد الجارحي ، عقد المقاوله من الباطن ، دراسة مقارنة في القانونين المصري و الفرنسي ، الطبعة الأولى ، النشر العربية القاهرة ، سنة ١٩٩٨م.

Legal basis for the concept of subcontracting contract

A comparative study

Lect.Dr.Atheed Ezzat Hamad^(*)

Assit.Lect. . Marwan Aayed Ezzat^()**

Abstract

The importance of this study stems from the prominent role that subcontracting plays in the working life in the industrial and engineering sectors. In his daily life in various fields, in order to obtain diverse business and services. It has been organized by most civil legislation, emphasizing the social purpose of caring for the interests of individuals and the public interest. Based on the adoption of this Decade by most countries on the basis of its importance in the development and development of societies, this contract is adequately regulated in this development, and the contract of contract is of particular importance in the field of the completion of buildings and architectural structures for the vital area of investment and exploitation of funds. The importance of studying the idea of the legal basis of the concept of subcontracting contract is to maintain the legal positions of the contractors and to take note of the rights provided for by law.

^(*)Department of Law / Al-Ma'moon University College.

^(**)Sfax University / Faculty of Law

غلق الرهن

في الفقه الاسلامي والقانون المدني

دراسة تحليلية مقارنة

م.د. احمد محمد صديق(*)

في جواز غلق الرهن في حالات محددة نبيها
في ثنايا البحث.

الكلمات المفتاحية (الرهن ، الراهن ،
المرتهن ، غلق الرهن ، القانون المدني ، الفقه
الاسلامي ، المذاهب)

المقدمة

الحمد لله وحده، والصلاة والسلام على من
لا نبي من بعده، نبينا محمد وعلى آله وصحبه
وسلم ...

اولاً: موضوع البحث:

يعد غلق الرهن من المواضيع المتعلقة
بالتأمينات العينية فقد كان من عادة العرب في
الجاهلية ان الراهن اذ لم يستطع اداء ديونه
المرهونة فان المال المرهون يخرج عن ملكه
الى ملك الدائن المرتهن ،لذا فان غلق الرهن
مصطلحاً مطلقاً استعمله الفقه الاسلامي ليشمل
اتفاق الدائن المرتهن مع المدين الراهن على أن
حلول أجل الدين و عدم الوفاء به يكون للدائن
المرتتهن الحق في تملك العقار المرهون بئمن
يساوي الدين المستحق أو بئمن آخر أكبر أو
أقل منه، والسبب يفسر بضعف موقف المدين
الراهن الذي كثيراً ما يعتقد أن دينه سيكون قد
وفي، فإذا تم الاتفاق في عقد الرهن على هذا

الملخص

يعد غلق الرهن من المواضيع المتعلقة
بالتأمينات العينية اذ كان من عادة العرب في
الجاهلية ان الراهن اذ لم يستطع عن اداء ديونه
المرهونة فان المال المرهون يخرج عن ملكه
الى ملك الدائن المرتهن ، لذا فان غلق الرهن
مصطلحاً مطلقاً استخدمه الفقه الاسلامي ليشمل
حالة ان يتفق الدائن المرتهن مع المدين الراهن
على أنه عند حلول أجل الدين و عدم الوفاء
به يكون للدائن المرتتهن الحق في تملك العقار
المرهون بئمن يساوي الدين المستحق أو بئمن
آخر أكبر أو أقل منه، والسبب انه يفسر بضعف
موقف المدين الراهن الذي كثيراً ما يعتقد أن
دينه سيكون قد وفي ، فإذا تم الاتفاق في عقد
الرهن على هذا الشرط فان الشرط وحده هو
الباطل أما عقد الرهن فيبقى صحيحاً ولكن
نلاحظ انه في بعض الاحيان ان موضوع غلق
الرهن في الحياة العملية والتعاملات ما بين
الافراد له فوائده واهميته ولكن بشرط وضع
قيود محددة لكي لا يتم الاسراف في تطبيقها
جاء المشروع العراقي في نص المادة ١٣٠١
من القانون المدني العراقي بحكم يبين ابطال
شرط الرهن بصورة مطلقة ولم يسر على النحو
الذي سار عليه المشروع المصري والاماراتي

(*) جامعة كركوك / كلية القانون والعلوم السياسية ahmed_siddiq@uokirkuk.edu.iq

والاردني من جهة وبين الفقه الاسلامي، وستوسع بالفقه الاسلامي اثناء استعراض وتحليل الاراء الفقهية المختلفة والحجج التي تعتمد عليها .

سادساً: خطة البحث:

نحاول تقسيم البحث على مبحثين نبيين في المبحث الاول، ماهية غلق الرهن والتي بدورها تكون على مطلبين نبيين في المطلب الاول ، تعريف غلق الرهن شرعا وقانونا، وفي المطلب الثاني يبين فيه حالات غلق الرهن وتكييفها، اما المبحث الثاني فنبين فيه أحكام غلق الرهن، والتي بدورها نقسمه على مطلبين نبيين في المطلب الاول حكمها اتفاقاً على غلق الرهن اثناء انعقاد عقد الرهن ، اما المطلب الثاني فنبين حكم الاتفاق على الغلق بعد حلول أجل الدين . وفي نهاية البحث نبين الخاتمة متضمنة اهم النتائج والتوصيات .

المبحث الأول

التعريف غلق الرهن

نقسم هذا المبحث على مطلبين نبيين في المطلب الأول تعريف غلق الرهن من الناحية الشرعية والقانونية ونبين في المطلب الثاني شروط غلق الرهن فلكي نتعرف هل ان هناك غلقاً للرهن ام لا يتوجب البحث عن شروط وجود هذا الامر وكذلك نبين تكييفها وسنتبع التقسيم الاتي:

المطلب الأول : تعريف غلق الرهن

المطلب الثاني : شروط غلق الرهن وتكييفها

الشرط فان الشرط وحده هو الباطل أما عقد الرهن فيكون صحيحاً ، ولكن مثل هذا الاتفاق في بعض الحالات قد يكون فيه مصلحة للراهن بان يجنبه نفقات بيع العقار المرهون وفقاً للإجراءات التي حددها القانون

ثانياً :- أهمية الموضوع :

نلاحظ في بعض الاحيان ان موضوع غلق الرهن في الحياة العملية والتعاملات ما بين الافراد له فوائده واهميته ولكن بشرط وضع قيود محددة لكي لا يتم الاسراف في تطبيقها إذ إن مثل هذا الاتفاق فيه مصلحة للراهن بان يجنبه نفقات بيع العقار المرهون وفقاً للإجراءات التي حددها القانون ولان الراهن في بعض الحالات حالات غلق الرهن لا يكون خاضعاً لضغط الدائن المرتهن.

ثالثاً :- مشكلة البحث :

لقد جاء المشرع العراقي في نص المادة(١٣٠١) من القانون المدني العراقي بحكم يبين ابطال شرط الرهن بصورة مطلقة. دون التطرق الى حالة غلق الرهن بعد حلول أجل الدين او حلول الاقساط لما فيه فائدة ومصلحة كالمدين الراهن.

رابعاً: هدف البحث:

امكانية أن يكون هناك غلق للرهن في بعض الحالات وان نوصي المشرع بان يقلل من حالات ابطال غلق الرهن خاصة في الحالات التي بينها القوانين المقارنة.

خامساً: منهجية البحث:

سنتهج بالبحث، المنهج التحليلي المقارن بين القانون العراقي والمصري والاماراتي

المطلب الأول

تعريف غلق الرهن

أحاول ومن خلال فرعين أن نبين التعريف الشرعي والقانوني لغلق الرهن اذ خصصت الفرع الاول لتعريف غلق الرهن في الفقه الاسلامي والفرع الثاني أخصصه لتعريف غلق الرهن في القانون وعلى النحو الآتي :-

الفرع الأول

تعريف غلق الرهن في الفقه الاسلامي

البحث في تعريف اي مصطلح يتوجب بيان تعريفه اللغوي فتعريف غلق الرهن لغة , غلق هو غلق و غلق أما الرهن الرهن في اللغة: يُطلق الرهن في اللغة على معنى الثبوت والدوام، كما يُطلق على الحبس؛ فمن الأول قولهم: نعمة راهنة؛ أي ثابتة ودائمة، ومن الثاني قوله تعالى: ﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ﴾ [المدثر: ٣٨]؛ أي: محبوسة بكسبها وعملها؛ بحيث يُمكن أخذ ذلك الدين أو أخذ بعضه من تلك العين^(١).

أما شرعا فقد اتفق جمهور فقهاء المسلمين على تعريف غلق الرهن بأنه :- اشتراط المرتهن في عقد الرهن على انه متى حل الدين ولم يوف الراهن الدين يمتلك المرتهن المرهون له بالدين , أو هو عندما لا يستطيع الراهن أن يسدد ما عليه كان الرهن يخرج عن ملكه ويستولى عليه المرتهن^(٢).

او هو استحقاق المرتهن للمال المرهون حيث لم يفكه الراهن في الوقت المشروط المحدد للوفاء ويفسر ان الرجل يقول ان لم اتك بمالك فان الرهن لك^(٣).

وقد عرفه احد الفقهاء المعاصرين بان غلق الرهن هو اشتراط المرتهن لتملكه للمال المرهون وعند عدم الوفاء يحل الدين إن لم يف به فالمرهون له بالدين , فهو مبيع له بالدين الذي على الراهن^(٤).

ونلاحظ من هذه التعريفات اتفاق الفقهاء المسلمين المتأخرين جميعهم وحتى المعاصرين في تعريف غلق الرهن بأنه شرط تملك المرتهن للمرهون عند عدم الوفاء في حالة حلول اجل الدين سواء أتم الاتفاق على ذلك اثناء انعقاد العقد مو بعد انعقاد العقد .

الفرع الثاني

تعريف غلق الرهن في القانون

اما فقهاء القانون فقد بينوا أن غلق الرهن هو إتفاق بين الدائن المرتهن والراهن على أن يمتلك الأول المال المرهون عند عدم وفاء المدين بالدين المضمون عند حلول أجله بثمان هو الدين المستحق - وهذا هو الغالب - او باي ثمن اخر قد يكون اكبر من الدين المستحق^(٥).

وعرفها احد الفقهاء بانه اشتراط الدائن المرتهن في عقد الرهن التاميني على الراهن سواء أكان الراهن هو المدين ام كفيلا عينيا تملك العقار المرهون ام ثمن العقار المرهون والذي تؤول ملكيته الى الدائن المرتهن ، عند حلول اجل دينه اذا لم يستوف حقه في مقابل الوفاء بالدين المضمون^(٦).

وقد اخذ المشرع العراقي بهذا التعريف وذلك في المادة (١٣٠١) اذ بين ان غلق الرهن هو (.... اتفاق يجعل للمرتهن الحق عند عدم استيفاء الدين وقت حلول أجله في أن يمتلك

الرهن بانه اذا لم يقدر الرّاهن على تخليص المرهون من الرهن صار ملكا للمرتهن هذا في حالة ماتم الاتفاق عليه في العقد، ونلاحظ ايضا من التعريفات أن هذا الحالة لا تقتصر فقط على الرهن التاميني وانما تشمل الرهن الحيازي ايضا.

المطلب الثاني

شروط غلق الرهن وتكييفه

أحاول أبين في هذا المطلب شروط غلق الرهن ومن ثم نبين تكييف هذا الشرط الذي يتم الاتفاق عليه لذا سوف نقسم هذا المطلب على فرعين وعلى النحو الآتي:-

الفرع الاول

شروط غلق الرهن

حتى يتحقق غلق الرهن يجب ان يتوافر شرطان حتى نستطيع ان نحكم ان هناك اغلاق للرهن وهذا هما على النحو الآتي:-

اولا :- أن يكون هناك انعقاداً للرهن ما بين الراهن والمرتهن وبالصيغة التي يتطلبها القانون من حيث توافر اركان العقد والشكلية المطلوبة اذ لا يجوز ان يكون هناك شرط تملك المال المضمون الا في حالة الرهن سواء أكان الرهن رهنا تامينيا ام حيازيا^(٩).

ثانيا :- أن يكون هناك اتفاق ما بين الدائن المرتهن والمدين الراهن قبل حلول اجل الدين عند التعاقد او بعده انه عند حلول اجل الدين وعدم الوفاء بالدين يكون للدائن المرتهن الحق في ان يملك العقار المرهون او المنقول بثمن

العقار المرهون رهناً تامينياً بالدين، أو بأي ثمن كان،...حتى لو كان هذا الاتفاق قد أبرم بعد الرهن))، وكذلك جاء الحكم ذاته في قانون التجارة العراقي النافذ رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ في المادة ١٩٦ منه ، إذ نصت على أن ((... شرط في عقد الرهن أو كل اتفاق بعد إنعقاده يعطي الدائن المرتهن في حالة عدم استيفاء الدين عند حلول أجله الحق في تملك المرهون...)).

أما القانون المدني المصري فقد تضمن نصاً عرف به معنى غلق الرهن فبين في المادة ١٠٥٢ منه أن ((..... اتفاق يجعل للدائن الحق عند عدم استيفاء الدين وقت حلول اجله في ان يمتلك العقار المرهون في نظير ثمن معلوم أيضاً كان....، ولو كان هذا الاتفاق قد أبرم بعد الرهن))^(٧)، وقد عرف المشرع المصري غلق الرهن كذلك في القانون التجاري المصري رقم ٧١ لسنة ١٩٩٩ وهو تعريف مشابه لتعريف المشرع العراقي في قانون التجارة اذ بين في المادة ١٢٩ منه ((.... كل اتفاق يبرم وقت تقرير الرهن أو بعد تقريره يعطي الدائن المرتهن في حالة عدم استيفاء الدين عند حلول اجله الحق في تملك الشيء المرهون...)).

وبين تعديل القانون المدني الفرنسي في المرسوم المرقم ٢٠٠٦-٣٤٦ بتاريخ ٢٣/٣/٢٠٠٦ معنى غلق الرهن والذي يطلق عليه شرط تملك المرهون بانه....يصبح المال المرهون ملكا للدائن في حالة تخلف عن تنفيذ التزامه بإيفاء الدين المضمون)^(٨).

يمكننا أن نستنتج من هذه التعريفات القانونية والفقهية كلها والتي اوردها سابقا فمن الممكن ان نضع تعريفا مختصرا لغلق

التزامات متقابلة على عقديها^(١٤) ، وهذه الضمانات تتمثل في ضمان المتعاقد التعرض والأستحقاق والعيوب الخفية^(١٥) .

ثانياً:- عد غلق الرهن بيع الوفاء :- إن غلق الرهن يجوز ايضاً أن يكون بيعاً لوفاء وبيع الوفاء يكون عندما يبرم عقد البيع معلقاً على شرط فاسخ هو إذا رد البائع الى المشتري المبالغ التي يتفق عليها وهي الثمن والمصروفات في مدة معينة، ووقف عقد البيع، وُعد كأن لم يكن ورجع المبيع الى مُلك البائع وُعد أنه لم يخرج من ملكه اصلاً، يسمى هذا النوع من البيع ببيع الوفاء^(١٦) ، ويذهب البعض الى أن المقصود من بيع الوفاء بموجب التعريف الاعلاه ليس هو حقيقة البيع وانما الرهن ، ودليل ذلك عبارة (او بالدين الذي له عليه) وانه يعد حيلة قانونية^(١٧) . ومن ثم يكون البائع (في البيع وفاءً) بمثابة الراهن، ويكون المشتري في مركز الدائن المرتهن ، إذ يحتفظ المشتري وفاءً (الدائن المرتهن) بالشيء المباع ويرده الى صاحبه البائع (الراهن) عند رد الأخير الثمن والمصروفات، ويتملك الدائن المرتهن (المشتري وفاءً) الشيء المباع (المال المرهون) عند عدم رد الراهن (البائع وفاءً) الثمن والمصروفات^(١٨) ، وعندها نكون أمام تملك الدائن المرتهن (المشتري وفاءً) للمرهون عند عدم وفاء المدين الراهن (وهو البائع وفاءً) بالدين (أي الثمن والمصروفات)^(١٩) .

ثالثاً:- غلق الرهن وفاء بمقابل :- اتجت بعض الاراء^(٢٠) على تكييف غلق الرهن والذي يطلق عليه ايضاً شرط تملك المرهون على أنه وفاء بمقابل إذ إن تملك المرهون وفاء لدين الراهن ، اذ يعرف الوفاء بمقابل

هو الدين المستحق وهذا هو الغالب الاعم او قد يكون باي ثمن اخر اكبر او اقل من الدين المستحق ، ومن الممكن ان يكون الاتفاق يعد حلول اجل الدين كله او بعضه على ان ينزل المدين الراهن عن المرهون للدائن المرتهن في مقابل الدين^(٢١) .

الفرع الثاني

تكييف الفقهي لغلق الرهن

إن تخصيص فرعاً خاصاً للتكيف في حالة غلق الرهن سببه الحالات كلها التي نبينها في المبحث الثاني ، لذا فاننا يجب ان نبين التكييف الصحيح للحالة التي نحيز فيها غلق الرهن ، لذا فانه من الممكن ان نكيف^(٢٢) غلق الرهن على انه اما بيعاً صحيحاً او بيع الوفاء او وفاء بمقابل ونبين راينا في الموضوع ونرجح احد التكييفات وعلى النحو الاتي:-

اولاً:- عد غلق الرهن بيع :- لو تمنعنا في الاتفاق على تملك المرهون (غلق الرهن) خاصة بعد حلول أجل الدين فمن الممكن أن نصنعه على أنه عقد بيع صحيح إذ انه تمليك المرهون بمقابل والمقابل هو الدين المستحق إذ عرف القانون المدني العراقي البيع بأنه مبادلة مال بمال^(٢٣) ، حتى أنه هناك اتجاه قضائي مصري على اعتبار هذا التصرف بيع صحيح سواء كان الثمن هو ذات الدين أم مايزيد عليه أم يقل عنه^(٢٤) إذ انه في هذا الحالة من الممكن أن يستفيد الدائن المرتهن من المزايا والحقوق الموجودة في عقد البيع اذ انه في هذه الحالة يعد عقد معاوضة ومعروف في عقود المعاوضة ان يكون فيها ضمان للعقد ، وضمن العقد لا يتأتى إلا في عقود المعاوضة التي ترتب

الفرع الأول

موقف الفقه الاسلامي

فقد يحصل اتفاق ما بين الدائن المرتهن والمدين الراهن على تملك المرهون اثناء انعقاد عقد الرهن او حتى بعد الانعقاد بان يكون المحل مبيعاً له عند حلول الأجل وعدم الوفاء ، وقد اتفق فقهاء المسلمين على أن هذا الشرط يعد باطلاً بان يتم الاتفاق على ان يملك المرتهن للمرهون عند عدم الوفاء وحلول الاجل^(٢٢) .

واستدلوا بحديث للرسول (صلى الله عليه وسلم) بما روى عن ابي هريرة (رضي الله عنه) إن الرسول صلى الله عليه وسلم قال (لا يغلق الرهن ، الرهن من صاحبه الذي رهنه له غنمه وعليه غرمه) ودلالة الحديث ان غلق الرهن شرط تم اهداره و اقر اصالة ما تم الاتفاق عليه اذ ان الارتهان والاتفاق على صيغة انه ان جئتك بالمال الى وقت كذا ينتهي الرهن وتسترجع المرهون والا فإنه لك ، فجاء الاسلام عده باطلاً^(٢٣) .

اذ كان من عادة العرب أن الراهن إذا عجز عن أداء ما عليه من دين خرج الرهن عن ملكه ، واستولى عليه المرتهن ، فأبطله الإسلام ونهى عنه ، ومتى حل الاجل لزم الراهن الايفاء وأداء ما عليه من دين ، فإن امتنع من وفائه ولم يكن قد أذن له ببيع الرهن أجبره الحاكم على وفائه أو بيع الرهن ، فإن باعه وفضل من ثمنه شيء فلما لكه ، وإن بقي شيء فعلى الراهن^(٢٤) .

لذا فان الغاية الاساسية من منع غلق الرهن هي مظنة استغلال المرتهن للراهن بان يكون تحت رحمة الدائن ومن ثم يتم استغلاله والذي كان هو المعروف لدى العرب قديماً قبل مجيء الاسلام ، لذلك نرى ان هذه الحالة مشمولة بهذا المنع بصورة لا يقبل الشك فيها .

بانه قبول الدائن في استيفاء حقه شيئاً اخر غير الشيء المستحق قام هذا مقام الوفاء ، بمعنى انه اتفاق ما بين الدائن والمدين على ان يوفى المدين للدائن بشيء اخر غير محل الالتزام^(٢١) .

اما نحن فنرجح الرأي القائل بان غلق الرهن يعد عقد البيع وذلك حماية للدائن وللاستفادة من الضمانات التي يوفرها عقد البيع للدائن المرتهن خصوصاً انه يملك المال المرهون مثلماً يملك المشتري للمبيع .

المبحث الثاني

احكام غلق الرهن

نقسم هذا المبحث على مطلبين أبين في المطلب الأول حكم حالة الاتفاق على غلق الرهن اثناء انعقاد عقد الرهن وأبين في المطلب الثاني حكم الاتفاق على غلق الرهن بعد حلول أجل الدين وستكون التقسيم على النحو الآتي:

المطلب الأول : غلق الرهن اثناء انعقاد عقد الرهن
المطلب الثاني : غلق الرهن بعد حلول أجل الدين

المطلب الأول

غلق الرهن اثناء انعقاد عقد الرهن

نقسم هذا المطلب الى فرعين نبين في الفرع الأول موقف الفقه الاسلامي في هذه الحالة ، بينما نبين في الفرع الثاني موقف القانون المدني العراقي والقانون المقارن بخصوص هذه الحالة وعلى النحو الآتي :-

والاماراتي يُعد الاتفاق اللاحق كالاتفاق المعاصر بهذا الخصوص^(٢٨) .

بالصورة السابقة يتبين ان هناك احتمالية أن يكون المدين الراهن تحت سيطرة الدائن المرتهن وأن يتم استغلاله لذا فان اغلب القوانين المدنية^(٢٩) عده باطلا لمخالفته للنظام العام وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ولو لم يطلبه الراهن ولكل ذي مصلحة التمسك به كما يمكن اشارته في اي مرحلة تكون عليها الدعوى^(٣٠) .

المطلب الثاني

غلق الرهن بعد حلول أجل الدين

نقسم هذا المطلب على فرعين أبين في الفرع الأول موقف الفقه الاسلامي في هذه الحالة ، بينما أبين في الفرع الثاني موقف القانون المدني العراقي والقانون المقارن وعلى النحو الاتي :-

الفرع الأول

موقف الفقه الاسلامي

في بعض المرات من الممكن أن يتم الاتفاق على غلق الرهن وشرط تملك المرهون بعد حلول أجل الدين أو حلول أجل الاقساط، من خلال قراءتنا لكتب الفقه الاسلامي لم نجد راياً بهذا الخصوص لذا فان الحكم في الفقه الاسلامي لا يختلف عن الذي بيناه في الحالة السابقة .

ولكننا نرى أن الغاية من ابطال غلق الرهن في الفقه الاسلامي هو الخشية من ان لا يتم استغلال حاجة المدين الراهن خصوصا انه بعد

وهناك قول لابي الخطاب من الحنابلة ولبعض الحنفية ان الرهن بهذا الشرط لا يفسد لان الحديث (لا يغلق الرهن) نفي غلقه دون اصل الرهن فيدل على صحته ، ولان الراهن قد رضى برهنه مع هذا الشرط فمع بطلانه اولى ان يرضى به ، ولم يقبل اغلب الفقهاء المسلمين الراي السابق بعده لا يستقيم مع وضوح معنى النص^(٣٥) .

الفرع الثاني

موقف القانون

في الحالات اكثرها يتم الاتفاق على غلق الرهن أثناء انعقاد عقد الرهن او بعد الانعقاد، بان يتم الاتفاق على تملك المرتهن للمرهون عند تكوين عقد الرهن ففي انشاء انعقاد عقد الرهن ويشترط المرتهن على الراهن شرط تملك المرهون والذي نصت عليه اغلب القوانين المدنية المقارنة^(٣٦) .

اذ يلجأ الدائن المرتهن إلى تضمين عقد الرهن هذا الاتفاق حتى يستغل موقف الراهن الذي يكون ضعيفاً عادة ففي أكثر الحالات يفرض الدائن المرتهن على الراهن هذا الاتفاق للقبول بإبرام عقد الرهن ، وكثيراً ما يعتقد الراهن بأن الدين سيؤفى عند حلول أجله ويتفق على جعل الثمن هو الدين المستحق ذاته ، أو إذا كانت قيمة المرهون تزيد كثيراً عن هذا الدين، يجعل الثمن أكبر من الدين المستحق (المضمون) .

ويجب الملاحظة انه في بعض الحالات يمكن أن يكون الاتفاق على تملك المرهون بعد تكوين عقد الرهن، أي في وقت لاحق على إبرام عقد الرهن وقبل حلول أجل الدين^(٣٧) . ووفقاً للقانونين العراقي والمصري

حلول اجل الدين او الاقساط تنتفي نو عا ما هذه الخشية ، لذلك نرى انه لا ضير في ان يتم قبول غلق الرهن في الحالة هذه .

وأنا - أقر بصحة غلق الرهن هنا لانتهاء نية الاستغلال الى حد ما من قبل المرتهن للراهن اذ قد يكون في مصلحة المدين ان يكون هناك اتفاق على تملك المرتهن للمرهون لاسيما اذا لم يكن له دائن اخر الا هذا الدائن ويجنبه متاعب البيع واللجوء الى القضاء ، وهذا ما تؤكد جملة من القواعد العقلية والاصولية ، منها :

١- اعمال الكلام أولى من اهماله (٣١) ، الاصل لا بد من البقاء على اثر القول ولا يمكن الحكم بعدمه الا اذا وجد دليل صريح على اهماله (٣٢) .

٢- قاعدة اصالة الصحة : وهي قاعدة عامة تعالج المسائل المشكوك بها وترجع التصرفات المشكوك بصحتها او فسادها كلها الى اصلها وهي الصحة (٣٣) .

وعليه فان مبنى هذه القاعدة لا بد أن تحمل الشك في بطلان غلق الرهن هنا على صحتها او عدم البطلان أي على الصحة طبقا لهذه القاعدة العقلية ، ولا يمكن ان نحمله على الفساد مادام لا يوجد دليل او قرينة حاکمة على ترجيح المرجح .

الفرع الثاني

موقف القانون

يتم الاتفاق هنا على غلق الرهن ما بين المدين الراهن والدائن المرتهن بعد حلول أجل الدين أو حلول أجل الاقساط ، فقد يتم الاتفاق بين الدائن المرتهن والراهن على تملك المرتهن المال المرهون إذا أبرم هذا الاتفاق بعد حلول أجل الدين أو حلول قسط منه ، وقد اتجه المشرع المصري في ان الراهن لا يكون

في هذا الوقت تحت ضغط الحاجة ومظنة الضعف و استغلاله من قبل المرتهن ، لأن الدين قد أستحق ، كذلك فانه عن طريق هذا الصورة لغلق الرهن يجنب الراهن نفقات بيع العقار المرهون وفقا للاجراءات التي حددها القانون (٣٤) .

وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ١٠٥٢ من القانون المدني المصري على هذا الحالة دون القانون العراقي إذ إنه بين انه من الممكن ان يكون غلق الرهن بعد حلول اجل الدين او حلول اجل الاقساط منه ، اذ يجوز في هذا الحالة ان يتفق الراهن مع الدائن المرتهن على أن يملك العقار المرهون بثمن ايا كان اكبر او مساو او اقل من الدين المستحق (٣٥) .

ويشير بعض الفقهاء على أن المشرع الاماراتي قد بين امكانية الاتفاق على غلق الرهن بهذا الصورة خاصة اذا كان فيه مصلحة للراهن ، بان يجنبه نفقات بيع العقار المرهون ، وفقا للاجراءات التي حددها القانون ولان الراهن في هذه الوقت لم يكن خاضعا تحت ضغط الدائن المرتهن (٣٦) .

بينما المشرع العراقي لم يتطرق الى هذا الحالة بصورة صريحة في المادة (١٣٠١) من القانون المدني العراقي على الرغم من فوائده العديدة وفيها مصلحة للمدين الراهن لذا نرى ونوصي المشرع العراقي بان لا يبطل غلق الرهن بصورة مطلقة ولا ان يجيزه بصورة مطلقة ايضا كما ذهب اليه بعض الراء في رفع غلق الرهن مع القيود المذكوره في هذا الراي (٣٧) الاخذ بموقف المشرع المصري في هذا الخصوص وان يضيف النص الاتي كفقرة ثانية في المادة ١٣٠١ (ولكن يجوز بعد حلول اجل الدين او قسط منه الاتفاق على ان ينزل المدين لدائنه عن العقار المرهون وفاء لدينه) .

الخاتمة

نبين من خلال هذا الخاتمة أهم الاستنتاجات والتوصيات التي توصلنا اليها من خلال ثنايا البحث وعلى النحو الآتي :-

اولا :- الاستنتاجات

١- اتفق جمهور فقهاء المسلمين على تعريف غلق الرهن بأنه :- اشتراط المرتهن في عقد الرهن على انه متى حل الدين ولم يوف الراهن الدين يملك المرتهن المرهون له بالدين.

٢- إن فقهاء القانون بينوا ان غلق الرهن هو إتفاق بين الدائن المرتهن والراهن على أن يملك الأول المال المرهون عند عدم وفاء المدين بالدين المضمون عند حلول أجله بثمن هو الدين المستحق.

٣- في تكييف غلق الرهن قيلت ثلاث وجهات نظر فهو اما بيعا صحيحا او بيع وفاء او وفاء بالمقابل .

٤- يوجد حالتين لغلق الرهن حالة الاتفاق على غلق الرهن اثناء انعقاد عقد الرهن او بعد الانعقاد ، و حالة الاتفاق على غلق بعد حلول أجل الدين أو حلول أجل الاقساط .

٥- اتفق فقهاء المسلمين على أن يكون باطلا الاتفاق على ان يملك المرتهن المرهون عند عدم الوفاء وحلول الاجل اثناء انعقاد العقد ، وهذه توجه اغلب القوانين المدنية (ومنها العراقي والمصري والاماراتي) خشية استغلال الدائن المرتهن للمدين الراهن بان يكون تحت رحمته.

٦- الاتفاق على غلق الرهن بعد حلول أجل الدين أو حلول أجل الاقساط ، ولم نجد له حكماً خاصاً في كتب الفقه الاسلامي لذا يعد مشمولاً بحكم البطلان للحالة السابقة

٧- إن الغاية من ابطال غلق الرهن في الفقه الاسلامي هو الخشية من أن لا يتم استغلال حاجة المدين الراهن ولكن بعد حلول اجل الدين او الاقساط تنتفي نوعاً ما هذه الخشية لذلك لا ضير في ان يتم قبول غلق الرهن في هذا الحالة .

٨- نصت الفقرة الثانية من المادة ١٠٥٢ من القانون المدني المصري على حالة انه من الممكن ان يكون غلق الرهن صحيحا بعد حلول اجل الدين او حلول اجل الاقساط منه , لأن الراهن لا يكون في هذا الوقت تحت ضغط الحاجة ومظنة الضعف و الاستغلال من قبل المرتهن ، لأن الدين قد أستحق ويحقق مصلحة المدين الراهن .

ثانيا :- التوصيات

المشرع العراقي لم يتطرق حالة غلق الرهن بعد حلول اجل الدين او حلول اجل الاقساط منه بصورة صريحة في المادة (١٣٠١) من القانون المدني العراقي على الرغم من فوائده العديدة وفيه مصلحة للمدين الراهن، لذا نوصي المشرع العراقي بان لا يبطل غلق الرهن بصورة مطلقة وان ياخذ بموقف المشرع المصري في هذا الخصوص وان يضيف النص الاتي كفقرة ثانية في المادة ١٣٠١ (ولكن يجوز بعد حلول اجل الدين او قسط منه الاتفاق على ان يتنازل المدين لدائنه عن العقار المرهون وفاء لدينه).

الهوامش

- ٧- ويقابلها المادة ١٤٢٠ من قانون المعاملات المدنية الإماراتية رقم (٥) لعام ١٩٨٥ المعدل.
- ٨- القانون المدني الفرنسي بالعربية، طبعة دالوز الثامنة بعد المئة بالعربية، جامعة القديس يوسف في بيروت، ٢٠٠٩، ص ٢٠٩١.
- ٩- الأستاذ محمد طه البشير، د. غني حسون طه، المصدر السابق، ص ٤٢٩.
- ١٠- د. عطية فتحي الفقي، حق التملك الجبري (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي)، ج ١، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠١١، ص ٢١٨.
- ١١- أستاذنا د. عامر عاشور عبد الله، تكييف العقد في القانون المدني، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، العدد ٦، السنة الثانية، ٢٠١٠، ص ١٦٠ وما بعدها. د. محمد سليمان الأحمد، أهمية الفرق بين التكييف القانوني والطبيعة القانونية، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، جامعة الموصل، العدد ٢٠، السنة التاسعة، ٢٠٠٤، ص ٩١.
- ١٢- المادة (٥٠٦) من القانون المدني العراقي، ويقابلها المادة ٤٨٩ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، والمادة ٤١٤ من القانون المدني المصري، للتفصيل أكثر ينظر د. جعفر الفضلي، الوجيز في عقد البيع، منشورات زين الحقوقية، بيروت ومكتبة التفسير، اربيل، ٢٠١٣، ص ١١.
- ١٣- نقض ١٥/٤/١٩٨٢ طعن ١٣٤٤ س ٤٨٨ ق، نقلا عن انور طلبية، المطول في شرح القانون المدني، ج ١٤، ط ١، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، ٢٠٠٦، ص ٤٥٠.
- ١٤- د. أيمن أبو العيال، فكرة ضمان العقد في الفقه الإسلامي، بحث منشور في مجلة جامعة دمشق، المجلد ١٩، العدد ٢، ٢٠٠٣، ص ٨٨.
- ١٥- المواد (٥٤٩ - ٥٧٠) من القانون المدني العراقي. ويراجع د. أنور سلطان، العقود المسماة، عقد البيع والمقايضة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٠٥، ص ٢٨١. د. عمرو أحمد عبد المنعم دبش، الوافي في شرح ضمان العيوب الخفية (في عقد البيع)، ط ١، دار الفكر العربي، القاهرة، ٢٠١٢، ص ٣٦. علي حسين بخيدة، ضمان عيوب المبيع في عقد البيع، دراسة مقارنة في القانونين المصري
- ١- محمد بن ابي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، دار الكتاب العربي، بيروت لبنان، ١٩٨١ ص ٣٥٤.
- ٢- شهاب الدين أحمد بن أدريس القرافي، الذخيرة، تحقيق د. محمد حجي، ج ٨، ط ١، دار الغرب الإسلامي، بيروت لبنان، ١٩٩٤، ص ٧٦ و ١٠٩ و ١١٢. الامام علاء الدين ابي بكر المسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج ٨، ط ٢، تحقيق وتعليق (شيخ علي محمد معوض والشيخ عادل احمد عبد الموجود)، دار الكتب العلمية، لبنان بيروت، ٢٠٠٣، ص ١٦٣. أبو الحسين يحيى بن ابي الخير بن سالم العمراني الشافعي اليمني، البيان في مذهب الامام الشافعي، ج ٦، ط ١، دار المنهاج، لبنان، ٢٠٠٠، ص ٦٣. موفق الدين ابي محمد بن عبد الله ابن قدامة، المغني، تحقيق د. عبد الله بن عبد المحسن التركي. د. عبد الفتاح محمد الطلو، ج ٦، ط ٣، دار عالم الكتب، الرياض، ١٩٩٧، ص ٤٤٤.
- ٣- الامام محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الاوطار من اسرار منتقى الاخيار، تحقيق أبو معاذ طارق بن عوض الله بن محمد، ج ١٠، ط ١، دار ابن القيم، الرياض، المملكة العربية السعودية، ٢٠٠٥، ص ٢٨٥.
- ٤- د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج ٥، ط ٦، دار الفكر، دمشق، ٢٠٠٩، ص ١٦٦.
- ٥- د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية، تحقيق وتنقيح المستشار احمد مدحت المراغي، ج ١٠، دار الشروق، القاهرة، ٢٠١٠، ص ٢٩٥. الأستاذ محمد طه البشير - د. غني حسون طه، الحقوق العينية، ج ٢، جامعة بغداد، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، ١٩٨٢، ص ٤٢٩. د. سمير عبد السيد تناغو، التأمينات العينية الاسكندرية، ٢٠٠٠، ص ١٢٣. د. محمد كامل مرسي، التأمينات الشخصية والعينية، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، ٢٠٠٥، ص ١٧٢.
- ٦- د. عبد الخالق حسن أحمد، التأمينات الشخصية، ط ١، منشورات أكاديمية شرطة دبي، ١٩٩٠، ص ١٦٥.

- ٢٥- د. وهبة الزحيلي، المصدر نفسه، ص ١٦٧.
- ٢٦- المادة (١٣٠١) من القانون المدني العراقي، المادة ١٠٥٢/١ من القانون المدني المصري، المادة ١٤٢٠ من القانون المعاملات المدنية الإماراتي.
- ٢٧- د. عبد الرزاق احمد السنهوري، المصدر السابق، ص ٢٩٥. محمد طه البشير، المصدر السابق، ص ٤٢٩. د. محمد كامل مرسي، المصدر السابق. ص ١٧٢. د. عبد الخالق حسن أحمد، المصدر السابق، ص ١٦٥.
- ٢٨- ينظر المادة (١٣٠١) من القانون المدني العراقي، المادة ١٠٥٢/١ من القانون المدني المصري، المادة ١٤٢٠ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم (٥) لعام ١٩٨٥ المعدل.
- ٢٩- ينظر المواد اعلاه.
- ٣٠- د. عطية فتحي الفقي، المصدر السابق، ص ٢١٨.
- ٣١- هذه القاعدة الفقهية معروفة لدى شراح القانون المدني العراقي، يراجع:- د. عبد المجيد الحكيم، محمد طه البشير، عبد الباقي البكري، المصدر السابق، ص ١٥٥.
- ٣٢- د. مصطفى ابراهيم الزلمي، اصول الفقه في نسيجه الجديد (الكامل للزلمي في الشريعة والقانون)، ج ١، ط ١، احسان للنشر والتوزيع، ٢٠١٤، ص ٩٩.
- ٣٣- اية الله السيد ميرزا حسن البجنوري، ج ١، ط ١، مؤسسة العروج للطبع والنشر، ط ١، ١٤٢١، ص ٤٣٤.
- ٣٤- د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ص ٢٩٧. د. سمير عبد السيد تناغو، مصدر سابق، ص ١٢٤. د. احمد سلامة، التأمينات المدنية، دار التعاون للطباعة، مصر، ١٩٦٦، ص ١٨٠.
- ٣٥- د. عبد الرزاق السنهوري، المصدر السابق، ص ٢٩٧.
- ٣٦- د. عبد الخالق حسن أحمد، المصدر السابق، ص ١٦٦.
- ٣٧- يراجع د. منصور حاتم، المصدر السابق، ص ٢٢.
- والمغربي، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٦، ص ٩.
- ١٦- د. عبد الرزاق السنهوري، المصدر السابق - ص ١٤٨. د. حسن علي الذنون، شرح القانون المدني العراقي- العقود المسماة - عقد البيع، مطبعة الرابطة، بغداد، ١٩٥٣، ص ٣٨٨. د. سليمان مرقس، التأمينات العينية، بدون مكان طبع، ١٩٥٩، ص ٤٣٦. د. شاكر ناصر حيدر، شرح القانون المدني الجديد (الحقوق العينية العقارية)، ط ١، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٥٣، ص ٢٤٨.
- ١٧- ياسر باسم ذنون، البيع الوفايي (دراسة مقارنة)، رسالة الماجستير في القانون الخاص، جامعة الموصل، ١٩٩٩، ص ١٨.
- ١٨- د. عبد الرزاق السنهوري، ج ٤، مصدر سابق- ص ١٤٨، ١٦١. د. خالد حمدي عبد الرحمن، البيع المرتد، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩، ص ٥٩.
- ١٩- د. منصور حاتم، الاتفاقات المعدلة لحق الدائن المرتهن في التنفيذ على المال المرهون دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة جامعة بابل، العلوم الانسانية، المجلد ٢١، العدد ١، ٢٠١٣، ص ١١.
- ٢٠- انور طلبية، المطول في شرح القانون المدني، ج ١، مصدر سابق، ص ٤٤٩.
- ٢١- المادة ٣٩٩ من القانون المدني العراقي، ويراجع بالتفصيل د. عبد المجيد الحكيم، محمد طه البشير، عبد الباقي البكري، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج ٢، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠١٨، ص ٣٢٧.
- ٢٢- شهاب الدين أحمد بن أدريس القرافي، المصدر السابق، ص ٧٦. الامام علاء الدين ابي بكر المسعود الكاساني الحنفي، المصدر السابق، ص ١٦٣. أبو الحسين يحيى بن ابي الخير بن سالم العمراني الشافعي اليمني، المصدر السابق، ص ٦٣. موفق الدين ابي محمد بن عبد الله أبين قدامة، المصدر السابق، ص ٤٤٤.
- ٢٣- الامام محمد بن علي بن محمد الشوكاني، المصدر نفسه، ص ٢٨٥.
- ٢٤- د. عطية فتحي الفقي، المصدر السابق، ص ٢١٨.

قائمة المصادر والمراجع

اولا :- معاجم اللغة

١. محمد بن ابي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، دار الكتاب العربي، بيروت لبنان، ١٩٨١.

ثانيا :- كتب الفقه الاسلامي

١. أبو الحسين يحيى بن ابي الخير بن سالم العمراني الشافعي اليمني، البيان في مذهب الامام الشافعي، ط١، دار المنهاج، لبنان، ٢٠٠٠.
٢. الامام علاء الدين ابي بكر المسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط٢، تحقيق وتعليق (شيخ علي محمد معوض والشيخ عادل احمد عبد الموجود)، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت، ٢٠٠٣.

٣. الامام محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الاوطار من اسرار منتقى الاخير، تحقيق أبو معاذ طارق بن عوض الله بن محمد، ط١، ج١٠، دار ابن القيم، الرياض، المملكة العربية السعودية، ٢٠٠٥.

٤. اية الله السيد ميرزا حسن البنجوري، ط١، مؤسسة العروج للطبع والنشر، ١٤٢١.

٥. شهاب الدين أحمد بن أدریس القرافي، الذخيرة، تحقيق د. محمد حجي، ط١، دار الغرب الإسلامي، بيروت لبنان، ١٩٩٤.

٦. د. مصطفى ابراهيم الزلمي، اصول الفقه في نسجه الجديد (الكامل للزلمي في الشريعة والقانون)، ط١، احسان للنشر والتوزيع، ٢٠١٤.

٧. موفق الدين ابي محمد بن عبد الله ابن قدامة، المغني، تحقيق د. عبد الله بن عبد المحسن التركي، د. عبد الفتاح محمد الحلو، ط٣، دار عالم الكتب، الرياض، ١٩٩٧.

٨. د. وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وادلته، ط٦، دار الفكر، دمشق، ٢٠٠٩.

ثالثا:- كتب القانون

١. د. احمد سلامة، التأمينات المدنية، دار التعاون للطباعة، مصر، ١٩٦٦.

٢. د. أنور سلطان، د. أنور سلطان، العقود المسماة، عقد البيع والمقايضة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٠٥.

٣. أنور طلبية، المطول في شرح القانون المدني، ط١، المكتب الجامعي الحديث، مصر الاسكندرية، ٢٠٠٦.

٤. د. حسن علي الذنون، شرح القانون المدني العراقي، العقود المسماة، عقد البيع، مطبعة الرابطة، بغداد، ١٩٥٣.

٥. د. خالد حمدي عبد الرحمن، البيع المرتد، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩.

٦. د. جعفر الفضلي، الوجيز في عقد البيع، منشورات زين الحقوقية، بيروت ومكتبة التفسير اربيل، ٢٠١٣.

٧. د. سمير عبد السيد تناغو، التأمينات العينية، الاسكندرية- ٢٠٠٠.

٨. د. سليمان مرقس، التأمينات العينية، بدون مكان طبع، ١٩٥٩.

٩. د. شاكر ناصر حيدر، شرح القانون المدني الجديد (الحقوق العينية العقارية) الطبعة الاولى، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٥٣.

خامسا :- المجلات

١. د. أيمن أبو العيال ، فكرة ضمان العقد في الفقه الإسلامي ، بحث منشور في مجلة جامعة دمشق ، المجلد ١٩ ، العدد ٢ ، ٢٠٠٣ .

٢. د. عامر عاشور عبد الله، تكيف العقد في القانون المدني ، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية ، العدد ٦ ، السنة الثانية ، ٢٠١٠ .

٣. د. محمد سليمان الأحمد ، أهمية الفرق بين التكيف القانوني والطبيعة القانونية ، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق ، جامعة الموصل ، العدد ٢٠ ، السنة التاسعة ، ٢٠٠٤ .

٤. د. منصور حاتم ، الاتفاقات المعدلة لحق الدائن المرتهن في التنفيذ على المال المرهون دراسة مقارنة ، بحث منشور في مجلة جامعة بابل ، العلوم الانسانية ، المجلد ٢١ ، العدد ١ ، ٢٠١٣ .

سادسا :- الدوريات القانونية

١. القانون المدني الفرنسي بالعربية ، طبعة دالوز الثامنة بعد المئة بالعربية ، جامعة القديس يوسف في بيروت ، ٢٠٠٩ .

سابعا :- القوانين

١. القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ المعدل .

٢. القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل .

٣. قانون التجارة العراقي النافذ رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ المعدل .

٤. قانون المعاملات المدنية الإماراتية رقم (٥) لعام ١٩٨٥ المعدل .

٥. القانون التجاري المصري قانون رقم ٧١ لسنة ١٩٩٩ .

١٠. د. عبد الخالق حسن أحمد، التأمينات الشخصية، ط ١، منشورات أكاديمية شرطة دبي ، ١٩٩٠ ، ص ١٦٥ .

١١. د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ، التأمينات الشخصية والعينية ، تحقيق وتنقيح المستشار احمد مدحت المراغي ، دار الشروق ، مصر، القاهرة ، ٢٠١٠ .

١٢. د. عبد المجيد الحكيم ، محمد طه البشير ، عبد الباقي البكري ، الوجيز في نظرية الإلتزام في القانون المدني العراقي ، المكتبة القانونية ، ٢٠١٨ .

١٣. د. عطية فتحي الفقي ، حق التملك الجبري (دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون الوضعي) ، دار الكتب القانونية ، مصر ، ٢٠١١ .

١٤. د. عمرو أحمد عبد المنعم دبش، الوافي في شرح ضمان العيوب الخفية (في عقد البيع)، ط ١، دار الفكر العربي ، القاهرة مصر، ٢٠١٢ .

١٥. علي حسين بخيدة ، ضمان عيوب المبيع في عقد البيع ، دراسة مقارنة في القانونين المصري والمغربي ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٨٦ .

١٦. محمد طه البشير ، د. غني حسون طه، الحقوق العينية ، جامعة بغداد ، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، ١٩٨٢ .

١٧. د. محمد كامل مرسي ، التأمينات الشخصية والعينية ، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر ، ٢٠٠٥ .

رابعا :- الرسائل العلمية

١. ياسر باسم ذنون ، البيع الوفاي (دراسة مقارنة) ، رسالة قدمت الى مجلس كلية الحقوق جامعة الموصل لغرض اكمال متطلبات الحصول على شهادة الماجستير في القانون الخاص ، ١٩٩٩ .

Close Mortgage in Islamic Jurisprudence and Civil Law

Comparative Analytic Study

Lect.Dr.Ahmed Mohammed Sedeeq^(*)

Abstract

The closure of the foreclosure of the subjects related to insurance in kind since it was common Arabs in ignorance that the current, unable to perform its debts mortgaged mortgage money out of the ownership to the creditor of the mortgagee, so the closure of mortgage is a term used by Islamic jurisprudence to include the case that the creditor agrees mortgagee With the current debtor that when the debt is due and not fulfilled, the mortgagee will have the right to own the mortgaged property at a price equal to the debt owed or at a higher or lesser price, because it weakly explains the position of the current debtor whose religion is often believed to have been fulfilled, If the mortgage contract is agreed upon To this condition, the condition alone is false, but the mortgage contract remains true, but note that sometimes the subject of foreclosure in the life of the transaction and transactions between individuals has its benefits and importance, but the condition of the establishment of specific restrictions so as not to be excessive in their application came the Iraqi legislator in the text of article 1301 of the Iraqi Civil Code by virtue of the absolute nullification of the mortgage clause and not as facilitated by the Egyptian and UAE legislators in the possibility of closing the mortgage in specific cases,

Keywords (mortgage, current, mortgagee, foreclosure, civil law, Islamic jurisprudence, sects)

^(*)Kirkuk University/ Collegof Law&Political scienc

الاختصاصات التنفيذية لرئيس الجمهورية في النظام الرئاسي الأمريكي

م.م. شامل سامي عواد(*)

ذوي الاختصاصات من المساعدين ويأتي في مقدمة هؤلاء المساعدين الوزراء او ما يعرف ب (السكرتيرون)، فضلاً عن استحداث هيئات جديدة من أبرزها المكتب التنفيذي التابع لرئيس الجمهورية وتبيان ماهية الدور الذي يقوم به هذا المكتب والوكالات الملحقة به.

الكلمات المفتاحية: الاختصاصات التنفيذية، رئيس الجمهورية، النظام الرئاسي الأمريكي.

المقدمة

إنّ النظم والافكار الدستورية السائدة الآن لم تنشأ نتيجة طفرة وراثية، وإنما هي في حقيقة الأمر نتائج وتجارب صراعات طويلة وكفاح مرير يرجع إلى عصور موعلة في القدم .

إنّ السلطة والمجتمع هما أمران متلازمان، فلا يمكن أن يوجد مجتمع متحضر بدون سلطة، وتعد الولايات المتحدة الأمريكية مهد النظام الرئاسي^(١) فدستورها لسنة (١٧٨٧) هو أول دستور يأخذ بالنظام الرئاسي كنظام سياسي وكأسلوب لإدارة الدولة وشؤون الحكم فيها، وتعد هذه سابقة تضاف إلى سوابق الدستور الأمريكي التي جاء بها هذا الدستور منذ ولادته، إذ لم يظهر النمط الرئاسي في الحكم إلا في ظل هذا الدستور ففي ظلّه تحولت الدولة الأمريكية بولاياتها من دولة ناشئة إلى دولة فتية كبرى

الملخص

كان للأفكار التي نادى بها (مونتسكيو) بخصوص مبدأ الفصل بين السلطات في كتابه _ روح القوانين - تأثيرها الواضح على المشرع الدستوري الأمريكي، ولقد تبين ذلك في شكل النظام الرئاسي في الولايات المتحدة منذ انتخاب أول رئيس للولايات المتحدة الأمريكية (جورج واشنطن) في آذار ١٧٨٩م، ويقدم البحث نبذة موجزة عن الاختصاصات التنفيذية للرئيس الجمهورية على المستويين الداخلي وما هي حدود صلاحياته الدستورية من جانب وعن الاختصاصات التنفيذية لرئيس الجمهورية على المستوى الخارجي من جانب آخر، ومن جملة الاسباب التي جعلتني أختار هذا الموضوع هو الاختصاصات التنفيذية لرئيس الدولة في النظام الرئاسي الأمريكي لكونه من الموضوعات التي يثار حولها الكثير من الجدل في شكل الحكومات الذي يستند إلى مبدأ الفصل بين السلطات، لما يمتاز به النظام الرئاسي الأمريكي بخاصيتين تمنحانه سمته الرئيسية بعدهما دعامة النظام الرئاسي وهما فردية السلطة التنفيذية، والفصل التام بين السلطات .

إذ تتجلى الصعوبة أن يقوم شخص واحد هو رئيس الدولة بإدارة جهاز كبير كالجهاز الإداري الاتحادي المركزي بمفرده لذا فإن الرئيس يعتمد في إدارته على مجموعة من

لها مكانها المرموق في العالم أجمع، وتم لها ذلك من دون أن تواجه في مسيرتها وتطورها ثورة أو انقلاب أو هيجان شعبي، مما يدل على أن دستورها يتلاءم مع حاجتها تماماً وجاء موافقاً لظروفها السياسية والاقتصادية والاجتماعية وورغباتها في خلق نظام رئاسي يمتاز بالانسجام، إذ يرمز الرئيس، بعده رأس الدولة، الى حكومة الولايات المتحدة الأمريكية ووحدة الأمة، وتأتي قوته هذه من قوة الدستور الأمريكي الذي تمت صياغته في عام ١٧٨٧م، ويحتوي على أقل من (٤٤٠٠ كلمة تقريباً)، ومقسم الى سبعة اقسام قصيرة، تسمى مواد وهذه المواد مقسمة الى عدد من الفقرات، ويحتوي على ٢٦ تعديل^(٣)، لا تمس جوهره^(٤)، لذا سوف أسلط الضوء على الاختصاصات التنفيذية لرئيس الدولة في النظام الرئاسي الأمريكي بشيء من التفصيل.

تهدف الدراسة إلى تكوين فكرة عامة ورؤية استراتيجية تمتد من الآن إلى فترات وأزمة مستقبلية لتشريع وسن نصوص دستورية وقانونية ذات أهداف متعددة تخدم البناء الدستوري في العراق ولتغيير الحقيقة الثابتة أن الدساتير هي التي تقرر النظام السياسي في الدولة وتبين حقوق الأفراد وحررياتهم هي إنما تنشأ بالثورة وتحميها الثورة وفي الوقت ذاته تقضي عليها الثورة أيضاً.

ولعل أبرز الأسباب التي جعلتني اختار هذه الدراسة موضوعاً للبحث هو أن موضوع الاختصاصات التنفيذية لرئيس الدولة في النظام الرئاسي الأمريكي هو من الموضوعات التي يثار حولها الكثير من الجدل، لما يمتاز به النظام الرئاسي الأمريكي بخصيتين تمنحانه سمته الرئيسية بعدما دعامت النظام الرئاسي وهما فردية السلطة التنفيذية، والفصل التام بين السلطات .

وتتمثل مشكلة البحث عدة تساؤلات سنتناولها حسب أهميتها، فالسؤال الأساس والرئيس، هل يعد رئيس الجمهورية في الولايات المتحدة الأمريكية رئيساً للدولة ورئيساً للحكومة أي (رئيس السلطة التنفيذية في الوقت نفسه) أي أنه يملك ويحكم، أما الأسئلة الفرعية الأخرى فيمكن أجمالها على النحو الآتي:

أولاً:- هل يعد مجلس الشيوخ شريكاً في القرارات الرئاسية ؟

ثانياً:- هل هنالك حالات سكت النص الدستوري وأقرها العرف الدستوري باعتبارها تدخل من ضمن الاختصاصات التنفيذية للرئيس؟

ثالثاً:- هل هنالك معاهدات أقرها الرئيس ولم يقرها مجلس الشيوخ؟

ويحاول البحث تسليط الضوء على الاختصاصات التنفيذية لرئيس الدولة في النظام الرئاسي الأمريكي في الشؤون الداخلية والخارجية، ولما كان من الصعوبة بمكان أن يقوم شخص واحد بإدارة جهاز كبير كالجهاز الإداري الاتحادي المركزي لذا فإن الرئيس يعتمد على مجموعة من ذوي الاختصاصات من المساعدين في إدارته ويأتي في مقدمة هؤلاء المساعدين الوزراء او ما يعرف ب (السكرتيرين)، هذا فضلاً عن إلى استحداث هيئات من أبرزها المكتب التنفيذي التابع لرئيس الجمهورية ودور المكتب التنفيذي والوكالات الملحقة به وما تقوم به كل وكالة وماهي واجباتها ثم تناولنا في ثنايا هذا البحث اختصاصات رئيس الدولة في الشؤون الداخلية بشيء من التفصيل وخرجنا بمجموعة من الاستنتاجات والمقترحات سائلين المولى القدير أن يتم تطبيقها مستقبلاً .

وثانياً: اختصاص الرئيس بعقد الاتفاقات التنفيذية.

وثالثاً: اختصاصات الرئيس في الاعتراف بالدول وحق التمثيل الدبلوماسي.

رابعاً: الاختصاصات التشريعية الاستثنائية لرئيس الجمهورية في النظام الرئاسي الأمريكي.

وخامساً: المخصصات المالية لرئيس الولايات المتحدة الأمريكية.

ومن ثم اختتمنا البحث بخاتمة تتضمن ابرز الاستنتاجات والمقترحات.

المبحث الاول

الاختصاصات التنفيذية لرئيس الدولة في الشؤون الداخلية

بادئ ذي بدء لا بد أن ننوه إلى أن النظام الرئاسي هو نظام مبني على الفصل الشديد بين السلطات (٤)، ولا يقر بالتعاون بين السلطات الثلاثة، وفيه السلطة التنفيذية متمثلة بالرئيس هي التي تمارس السلطة التنفيذية (٥)، وهو ما نبغي توضيحه، حيث أن النظام الرئاسي يتمتع بخصائص عديدة يمكن أجمالها في الآتي (٦):

اولاً: إن السلطة التنفيذية تكون بيد رئيس الدولة المنتخب من قبل الشعب وذلك لان رئيس الدولة هو رئيس الحكومة في الوقت نفسه وهو من سيقوم باختيار الوزراء وهو من يعفيهم من المناصب الخاصة بهم.

ثانياً: من غير الممكن أن يكون هناك انفصلاً تاماً ما بين السلطات حتى في النظام الرئاسي على الرغم من يتطلب الفصل الى اقصى حد لان الفصل التام شيء يتنافى مع طبيعة النظم السياسية لان السلطات جميعها تعمل وفق نظام سياسي واحد وهذا يستلزم

وقد اعتمد البحث على أسلوب المنهج العلمي المقارن، والذي بدوره يستند إلى أسلوبين هما الأسلوب الاستقرائي والأسلوب الاستنباطي وذلك انسجاماً مع الاختصاصات التنفيذية لرئيس الدولة في النظام الرئاسي الأمريكي وتناول البحث المنهج الاستقرائي أثناء استقراء الاختصاصات التنفيذية في الشؤون الداخلية والخارجية بعد الاعتماد على دقة الملاحظة وقراءه الواقع مع محاولة استقراء الآراء والأفكار التي تشرح هذا الواقع. واعتمد البحث أيضاً على أسلوب المنهج الاستنباطي والذي ركزت فيه على تحليل المعلومات والمعطيات مع ذكر الأمثلة التوضيحية لكل حالة على حده واستنباط الحقائق منها بما يتواءم ويتلاءم مع الحاضر وينسجم مع متغيرات المستقبل، أثناء اثار بعض الاسئلة والاجابة عليها.

ولبلوغ ما تقدم فسوف يتم توزيع خطة البحث العلمي في موضوع الاختصاصات التنفيذية لرئيس الدولة في النظام الرئاسي الأمريكي إلى مبحثين:

المبحث الأول: تناولت فيه الاختصاصات التنفيذية لرئيس الدولة في الشؤون الداخلية ومسؤوليات المكتب التنفيذي والوكالات الملحقة به على ثلاثة مطالب هي أولاً: اختصاصات الرئيس في تنفيذ القوانين و ثانياً: اختصاص الرئيس في تعيين الموظفين وإقالتهم و ثالثاً: الاختصاصات الفرعية للرئيس وعلاقة بوزرائه.

أما المبحث الثاني فقد سلطنا الضوء فيه على الاختصاصات التنفيذية لرئيس الدولة في الشؤون الخارجية في خمسة مطالب هي أولاً: الاختصاص بعقد المعاهدات وإلغائها.

ان يكون هنالك بعض الترابط والظاهر من النظم التي تأخذ بالنظام الرئاسي ، أن السلطة التشريعية ليس لديها اي وسيلة رقابة على السلطة التنفيذية فلا تملك اجبار رئيس الجمهورية لغرض اقالة وزراء وكذلك ليس لها ان تستجوبهم او توجه لهم الاسئلة او تحقق معهم وتسحب الثقة منهم .

ثالثا : الوزراء مسؤولون امام رئيس الجمهورية ، ويعملون وفقا لتوجيهاته وله حرية اختيارهم وعزلهم .

ومن ابرز النظم الرئاسية في العصر الحاضر هو النظام الرئاسي للولايات المتحدة الامريكية (٧) ، ومن الأهمية بمكان ان نذكر بأن الرئيس في الولايات المتحدة الاميركية يتمتع باختصاصات تنفيذية واسعة في الشؤون الداخلية حيث ان الدستور اناط السلطة التنفيذية لرئيس الدولة (٨).

ويعد الرئيس هو الرئيس الاعلى للجهاز الاداري الاتحادي، وهو في الوقت ذاته المسؤول عن اعماله، وحتى يتسنى له القيام بهذه المهمة فلا بد من وجود عدد غير بسيط من المساعدين والمستشارين الذين يعملون معه وتحت اشرافه وتوجيه (٩) .

وسوف افرد هنا اختصاصات رئيس الجمهورية في تنفيذ القوانين، وكيفية تعيين الموظفين وإقالتهم، فضلاً عن إلى الاختصاصات الفرعية للرئيس وعلاقته بوزرائه مطلباً مستقلاً، وعلى النحو الاتي :

المطلب الأول

اختصاصات الرئيس في تنفيذ القوانين

إن من الصعوبة بمكان أن يقوم شخص واحد بإدارة جهاز كبير كالجهاز الإداري الاتحادي المركزي لذا فإن الرئيس يعتمد على مجموعة

من ذوي الاختصاصات من المساعدين في إدارته (١٠)، ويأتي في مقدمة هؤلاء المساعدين الوزراء او ما يعرف بـ (السكرتارية)، هذا فضلاً عن استحداث هيئات من أبرزها المكتب التنفيذي التابع لرئيس الجمهورية، الذي تم أنشائه في عام ١٩٣٩ م، ولقد خضع هذا المكتب لإعادة تنظيم لمرات عديدة (١١).

ويلعب المكتب التنفيذي دوراً بارزاً ومهماً في إيصال المعلومات المهمة كافة إلى علم ودراية رئيس الجمهورية، والعمل على حل المشاكل الطارئة التي تواجهه، والقيام بإعداد البحوث للمشكلات السياسية التي تبرز اثناء فترة حكمه، فضلاً عن تقديم البدائل والحلول للرئيس عندما يستلزم الأمر ذلك، وغالباً ما يتم انتقاء مجموعة من مستشاري الرئيس من بين اعضاء المكتب التنفيذي، ويضم هذا المكتب في الوقت الحاضر (٩) تسع وكالات أنشئت لمعاونة الرئيس، وقد بلغ مجموع موظفي هذا المكتب في فترة الرئيس بوش الأب (١٦٠٠) موظف (١٢)، ويتألف هذا المكتب من عدد كبير من الوكالات والمكاتب يمكن ادراجها أهمها على النحو الاتي (١٣) :

١-مكتب البيت الابيض (The White House Office) : ويتضمن مكتب البيت الابيض مستشاري الرئيس البارزين، وعادةً يكون أقرب مستشاري الرئيس في البيت الأبيض الأصدقاء الشخصيين الذين ساعدوه في الانتخابات او الذين حازوا على ثقته على مر السنين، ويتضمن كذلك المستشار القانوني للرئيس، والسكرتير الصحفي، وسكرتير التعيينات، وغيرهم من الموظفين الكتابيين (١٤). ويختار الرؤساء دوماً رئيساً للموظفين لتنسيق أنشطة مكتب البيت الابيض وعادة ما يكون رئيس الموظفين مستشاراً مقرباً للرئيس،

الخارجية والدفاع. كما يعتبر كل من مدير وكالة المخابرات المركزية ورئيس هيئة الأركان المشتركة من بين الاعضاء المشاركين الهامين أيضا في هذا المجلس. ولقد أصبح مستشار الأمن القومي في ظل الإدارات الأخيرة عضواً مؤثراً، سواء أكان هنري كيسنجر في ظل إدارة (نيكسون أو زيبجنيو برجينسكي) في ظل إدارة (كارتر) (١٧).

٤- وكالة المخابرات المركزية : (Central Intelligence Agency) : وهي ذات هيكلية خاصة وذات إختصاصات بوليسية هي خارج نطاق البحث.

٥- مجلس المستشارين الاقتصاديين: (Council of Economic Advisers) : لقد تم إنشاء هذا المجلس بمقتضى قانون التشغيل لعام ١٩٤٦ م، وعن طريق هذا المجلس يقوم ثلاثة من الاقتصاديين الذين يعينهم الرئيس (ويمكن عزلهم من مناصبهم في أي وقت) بتحليل الاقتصاد وتقديم ما يتوصلون اليه من نتائج إلى البيت الابيض وتأتي نصيحة مجلس المستشارين الاقتصاديين عادة على شكل تقرير سنوي. وتوصي غالباً إلى تبني سياسات وضعت خصيصاً بهدف خفض معدلات التضخم والبطالة (١٨).

وبالعودة إلى نص المادة ثانيا - الفقرة ثالثاً من الدستور الأمريكي نرى أنها نصت على أوجبت على (الرئيس أن يراعي تنفيذ القوانين تنفيذاً صادقاً، ويشمل بتكليفه موظفي الولايات المتحدة جميعهم) (١٩).

والمقصود بالقوانين التي يلزم الرئيس في تنفيذها هي القوانين الاتحادية، فلا يحق له التدخل في شؤون أي ولاية لضمان تنفيذ قوانينها الخاصة بها، إلا بطلب صريح من

ويساعد اختيار الخبراء والمساعدين المخلصين في هذا المكتب على نجاح الإدارة الرئاسية. فهم الذين يقومون بتحديد الأولويات بالنسبة لأهداف السياسة، ويحلون الصراعات البيروقراطية، ويساعدون في اعداد الخطب الرئاسية الثلاث، ومناورة قادة الكونكرس، وحماية صورة الرئيس من الصحافة المعادية. وفي المقابل يمكن أن يعوق اعضاء مكتب البيت الابيض فعالية الرئيس إذا عزلوه عن مصادر المعلومات الهامة أو إذا كانوا مستشارين غير أكفاء (٢٠).

٢- مكتب الإدارة والميزانية (Office of Management and budget) : يعد مكتب الإدارة والميزانية أكبر أجهزة المكتب التنفيذي للرئيس قاطبة. وكان في الاصل مكتب الميزانية الذي أنشئ في عام ١٩٢١م في اطار وزارة الخزانة. (وأعاد نيكسون تسميته بمكتب الإدارة والميزانية في عام ١٩٧٠ م). ويقوم هذا المكتب بإعداد مسودات ميزانية الرئيس الفدرالية السنوية، التي تقدم إلى الكونكرس للموافقة عليها في يناير (كانون الثاني) من كل عام. وقد يكون مدير هذا المكتب أحد الشخصيات القوية، مثل ديفيد ستوكمان في ظل إدارة ريكان، أو ريتشارد ج. دارمان في ظل إدارة بوش. ويمكن لمدير مكتب الإدارة والميزانية أيضاً أن يقوم بتصنيف وتوزيع المقترحات التشريعية التي تقدمها الاجهزة التنفيذية المختلفة (٢١).

٣- مجلس الأمن القومي (National Security Council) : لقد تم إنشاء هذا المجلس في عام ١٩٤٧ م، بهدف تقديم النصح « للرئيس فيما يتعلق بتكامل السياسات الداخلية والخارجية والعسكرية المتصلة بالأمن القومي » ويتطلب القانون أن يضم المجلس في عضويته الرئيس، ونائب الرئيس، ووزيري

السلطات المختصة في الولاية، إلا في حالة حصول أمر يعوق أو يمنع تنفيذ القوانين الاتحادية، هنا يتدخل الرئيس من تلقاء نفسه بوصفه يمثل قمة الهرم الإداري في البلد دون حاجة إلى موافقة سلطات الولاية^(٢٠)، فعندئذ سيسعى الرئيس إلى إصدار الأوامر والقرارات التي تفصل وتوضح عمومية التشريعات التي يسنها الكونكرس^(٢١).

٦- الاختصاصات العسكرية : لما يتمتع به هذا الاختصاص من خطورة كبيرة فقد جعل هذا الاختصاص مشتركاً بين الرئيس والكونغرس، حيث نص الدستور الأمريكي في المادة الثانية الفقرة الثانية منه على أنه (يكون الرئيس قائداً أعلى لجيش وبحرية الولايات المتحدة، ولمليشيات مختلف الولايات، وهو بهذا يمتلك الإدارة العليا للعمليات العسكرية^(٢٢)).

في حين نصت المادة الأولى في الفقرة الثامنة من الدستور الأمريكي على اختصاص الكونكرس في إعلان الحرب، إذ نصت على (إعلان الحرب، والتفويض برد الاعتداء والاستيلاء على السفن والبضائع، ووضع قواعد تتعلق بالاستيلاء على غنائم في البر والبحر)^(٢٣). فالرئيس هو القائد الأعلى للقوات المسلحة، ويشرف على عملياته ويحرك قطعاته^(٢٤).

وفي السياق ذاته فإن الرئيس يستطيع أن يطلب من الكونكرس تخويله بصلاحيات استثنائية في وقت الحرب، من أجل اتخاذ الإجراءات الضرورية لحماية الدولة^(٢٥).

فضلاً عن ذلك فقد يلجأ الرئيس إلى استعمال القوة المسلحة لتنفيذ القوانين، ومثال ذلك ما قام به الرئيس جون كندي عام (١٩٦٢ - ١٩٦٣) عندما أرسل الرئيس كندي قوات عسكرية إلى ولايتي (ميسيسيبي و الاباما) لقمع الاضطرابات

في جامعتي الولايتين في الولايات المتحدة الجنوبية^(٢٦).

وعلى عد أن الرئيس هو القائد الأعلى للقوات المسلحة فإنه يستطيع إعلان حالة الطوارئ في غياب الكونكرس إذا تعرض أمن الدولة وسلامتها للخطر في حالات الغزو والاضطرابات والعصيان أو في حالة نشوب حرب أهلية أو حرب أجنبية، وفي هذا المجال يتمتع الرئيس بسلطات شبة دكتاتورية عند إعلان حالة الطوارئ^(٢٧).

ويلتزم الرئيس بتنفيذ القوانين حتى ولو كانت غير متفقة مع آرائه وتوجهاته، ولكن في حقيقة الأمر يستطيع الرئيس أن يتماهل أو يتراخى في تنفيذ هذه القوانين من الناحية الفعلية^(٢٨).

المطلب الثاني

اختصاص الرئيس في تعيين الموظفين وإقالتهم

يعد هذا الاختصاص من أهم الاختصاصات التي يمارسها الرئيس في تنفيذ سياسته ويستند هذا الاختصاص الاصيل إلى نص المادة الثانية، الفقرة الثانية من الدستور الأمريكي والتي نصت على (للرئيس أن يرشح، وبمشورة مجلس الشيوخ وموافقته، أن يعين، سفراء ووزراء مفوضين آخرين وقناصل وقضاة للمحكمة العليا وسائر موظفي الولايات المتحدة الآخرين، على يتم تقرير ذلك بقانون^(٢٩). ومن ثانياً هذا النص الدستوري يتضح أن هنالك طائفتين من الموظفين، هم موظفو الدرجات العليا، وتشمل الدرجات العليا : الوزراء، والسفراء، والقناصل، واعضاء المحكمة العليا،

ساد ما يعرف بنظام الغنائم^(٣٦). غير إن هذا النظام قد تعرض إلى انتقادات شديدة، مما أدى إلى الغائه واستبداله بنظام التعيين عن طريق المسابقة، إذ تتولى لجنة خاصة مهمة ذلك تسمى لجنة الخدمة المدنية^(٣٧).

أما بالنسبة لعزل الموظفين فقد نصت المادة الثانية، الفقرة الرابعة من الدستور الأمريكي على: (يعزل الرئيس ونائب الرئيس وجميع موظفي الولايات المتحدة الرسميين والمدنيين إذا وجه لهم اتهام نيابي بالخيانة أو الرشوة أو أي جرائم أو جنح خطيرة أخرى، وادينوا بمثل هذه التهم)^(٣٨). ويجوز عزلهم بسبب ارتكاب جرم جنائي، ولم ينص الدستور على حالات العزل التي تقوم لأسباب أخرى غير الأسباب التي ذكرتها المادة أعلاه. وهكذا استقر القانون الدستوري الأمريكي على أن صلاحية العزل هي من اختصاص الرئيس الأمريكي، وهذا ما أيدته المحكمة العليا بعد مد وجزر في قراراتها أخيراً في عام ١٩٣٦ م، فأعطت، الحق في تحديد سلطة الرئيس بعزل الموظفين الذين يعملون تحت اشراف الكونكرس، أو الذين يعملون في هيئات شبيهة تشريعية أو شبه قضائية^(٣٩).

المطلب الثالث

الاختصاصات الفرعية للرئيس وعلاقة بوزرائه

إن الحصانة الرئاسية التي يتمتع بها الرئيس^(٤٠)، قد استمدت قوتها من قوة الدستور، ومن الأهمية بمكان أن نبين أن للعلاقة بين

وهذه الطائفة يتطلب تعيينهم مجلس الشيوخ^(٤٠)، وتعتمد موافقة هذا المجلس على أمرين، الأمر الأول انتماء الرئيس لحزب له أغلبية في المجلس أو العكس، والثاني هو أن يتم اخذ رأي عضوي مجلس الشيوخ للولاية التي يراد تعيين الموظف فيها، وهذا كله يتم قبل عرض اسم المرشح على مجلس الشيوخ، وقد اطلق تسمية (معاملة الشيوخ) على هذه العملية^(٤١)، وهذه الطائفة يعينهم الرئيس ويعزلهم بمشورة مجلس الشيوخ، باستثناء قضاة المحمة الاتحادية العليا إذ أن تعيينهم في مناصبهم يكون مدى الحياة إلا إذا قرر القاضي بموجب القانون ان يتقاعد^(٤٢). أما بالنسبة للطائفة الثانية فهم موظفي الدرجات الدنيا (صغار الموظفين) الموظفين الفيدراليين الاتحاديين، فهؤلاء ينفرد الرئيس بتعيينهم وعزلهم من وظائفهم، بمعنى أن الرئيس يمارس هذا الاختصاص بصورة منفردة من دون مشاركة مجلس الشيوخ^(٤٣). والسؤال الذي يثار هنا ماذا لو خلت وظيفة ما أثناء عطلة مجلس الشيوخ؟

للجواب على هذا التساؤل نجد أن الدستور قد خول الرئيس في المادة الثانية في الفقرة الثانية، ثالثاً (للرئيس سلطة ملء المناصب الشاغرة جميعها و التي قد تحدث اثناء عطلة مجلس الشيوخ، وذلك عن طريق منح تفويضات ينتهي أجلها بنهاية الدورة التالية للمجلس^(٤٤)، بشرط عدم صرف رواتب لهذه الوظيفة حتى يؤيد المجلس هذا التعيين، ولا يقصد بالعطلة هنا «العطلة الأسبوعية أو للتأجيل المؤقت»^(٤٥).

لقد مرت سلطة الرئيس في تعيين الموظفين بتطورات عديدة عبر مر الزمن ففي بداية الأمر

الولايات المتحدة الخارجية، ولعل ابرز هذه الاختصاصات تكمن في عقد المعاهدات وإلغائها، وأبرام الاتفاقيات التنفيذية، وأخيراً في الاعتراف بالدول الأجنبية وتبادل التمثيل الدبلوماسي معها وسنتناول ذلك بشيء من التفصيل في خمسة مطالب، وعلى النحو الآتي:

المطلب الأول

الاختصاص بعقد المعاهدات وإلغائها

نص الدستور الأمريكي في المادة الثانية الفقرة الثانية منه على (تكون له السلطة «الرئيس» لمشورة مجلس الشيوخ وموافقة، لعقد معاهدات^(٤٨)، شرط ان يوافق عليها ثلثا عدد المجلس الحاضرين) (٤٩).

والسؤال الذي يثار في هذا الموضوع هل هنالك معاهدات تم رفضها من قبل مجلس الشيوخ؟

للإجابة على هذا التساؤل نجد أن من ابرز المعاهدات التي رفض مجلس الشيوخ الموافقة عليها، هي معاهدة (فرساي عام ١٩١٩م) والتي نتج عنها عدم دخول الولايات المتحدة الأمريكية الى عصبة الامم^(٥٠). إن المعاهدة تمر بمراحل متعددة ولكن سنسلط الضوء على مرحلتي المفاوضات^(٥١)، والتصديق^(٥٢)، ففي مرحلة المفاوضات يختص الرئيس بإجراء المفاوضات، وله اشراك بعض اعضاء مجلس الشيوخ في المفاوضات من دون الزام دستوري^(٥٣).

أما في جانب إلغاء المعاهدة فلم ينص الدستور الأمريكي على ذلك صراحةً، ولكن العرف الدستوري أستقر على إلغاء بعض الرؤساء الأمريكيان لعدد من المعاهدات دون تدخل السلطة التشريعية^(٥٤).

الرئيس ووزرائه اهمية كبيرة جداً لأنها محور نجاحه السياسي اثناء فترة حكمه القادمة، وفي حقيقة الأمر لم نجد في ثنايا نصوص الدستور الأمريكي ما يعرف بمصطلح الوزارة^(٤١)، بيد أن الواقع الفعلي قد أظهر ما يعرف بمصطلح «وزارة الرئيس»^(٤٢). فالرئيس يقوم بترشيح وزرائه، غير أنه لا يتم لتعيينهم إلا بعد موافقة مجلس الشيوخ^(٤٣). غير أن العرف الدستوري ترك الحرية للرئيس في تعيين وزرائه، بعدهم مسؤولين أمام الرئيس عن تصرفاتهم، إلا أن مجلس الشيوخ في حالات عديدة اتخذ موقفاً مغايراً لقرارات الرئيس، ورفض في احيان كثيرة الموافقة على اختياره في تعيين وزرائه^(٤٤). اما في ما يخص حق العزل والاقالة فان الرئيس يمتلك هذا الحق دونما حاجة للرجوع الى مجلس الشيوخ، ذلك لان الدستور قد سكت عن حالة الاقالة، وعد هذا السكوت الدستوري (الصمت الدستوري) على انه من اختصاصات الرئيس الحصرية^(٤٥). وسلطة الاقالة المخولة للرئيس على هذا النطاق الواسع يطلق عليها اصطلاح «البندقية خلف الباب» وهي بمثابة رمز لحق رئيس الدولة النهائي باعتباره رئيساً اعلى للسلطة التنفيذية^(٤٦).

وللرئيس إصدار العفو الخاص عن تدينه المحاكم، وله أن يُصدر العفو بعد النطق بالحكم او اثناء تنفيذ العقوبة^(٤٧).

المبحث الثاني

الاختصاصات التنفيذية لرئيس الدولة في الشؤون الخارجية

يمتلك رئيس الولايات المتحدة الأمريكية دوراً كبيراً في رسم الاطار العام للسياسة

المطلب الثاني

اختصاص الرئيس بعقد الاتفاقات التنفيذية

الثانية، الفقرة الثانية على (للرئيس أن يرشح وبمشورة مجلس الشيوخ وموافقته، وان يعين، سفراء ووزراء مفوضين آخرين وقناصل، على أن يتم تقرير ذلك بقانون)^(٦١) ، أي أن الرئيس الأمريكي يتولى ترشيح السفراء والقناصل، على أن يتم تعيينهم بعد موافقة مجلس الشيوخ .

ويدخل في اختصاص الرئيس أيضا تعيين السفراء والممثلين الدبلوماسيين للولايات المتحدة واستقبال السفراء والممثلين الدبلوماسيين للدول الأخرى^(٦٢) ، والواقع أن هذا السلوك في السلطة في الولايات المتحدة حرية يتمتع بها رؤساء الدول جميعهم ، على عد أن رئيس الدولة هو ممثل الأمة ورمز وحدتها^(٦٣) .

المطلب الرابع

الاختصاصات التشريعية الاستثنائية لرئيس الجمهورية في النظام الرئاسي الأمريكي

بالنظر إلى ما تقدم فالرئيس الجمهورية دوراً بارزاً في مجال العمل التشريعي، إذ أن له حق الاعتراض التوقيفي على القوانين التي يقرها البرلمان الاتحادي خلال مدة (١٠) عشرة أيام من تاريخ تبليغه، وفي هذه الحالة لا ينفذ المشروع المعارض عليه إلا إذا أقره البرلمان مرة ثانية، وبأغلبية ثلثي الأعضاء، كما أن له حق اقتراح القوانين بصورة مباشرة عن طريق توجيه رسائل إلى الهيئة التشريعية، أو بصورة غير مباشرة وذلك عن طريق أحد أنصاره من أحد المجلسين (التشريعيين) ، وهذا ما جاء في (المادة / ١ / الفقرة / ٧) من الدستور الأمريكي، إذ نصت على ((.... كل مشروع قانون يصدق عليه مجلس النواب ومجلس الشيوخ ، يجب قبل أن يصبح قانوناً أن يقدم إلى رئيس الولايات المتحدة، فإذا أقره

يختص الرئيس الأمريكي بأبرام الاتفاقات التنفيذية^(٥٥) . من دون الحاجة للرجوع إلى مجلس الشيوخ، وقد لجأت السلطة التنفيذية لهذا الشكل من الاتفاقيات للتفادي عرض هذه المعاهدات على مجلس الشيوخ واحتمالية رفضها^(٥٦)، بعد ما تم الاتفاق التنفيذي عليها^(٥٧) .

وجدير بالذكر هنا؛ أنه قد سكت الدستور الأمريكي عن السلطة المخصصة بإبرام الاتفاقيات التنفيذية، بيد إن العرف الدستوري استقر على منح هذا الاختصاص للرئيس^(٥٨) دونما حاجة للرجوع لمجلس الشيوخ.

ولهذا يذهب جانب من الفقه إلى القول، بأن الاتفاقيات التنفيذية لا تتعلق بالضرورة بأمر قليلة الأهمية، بل قد تلجأ إليها الدولة في أمور على جانب كبير من الأهمية^(٥٩) .

المطلب الثالث

اختصاصات الرئيس في الاعتراف بالدول وحق التمثيل الدبلوماسي

مثل ما هو الحال لم يتضمن الدستور الأمريكي اي نص صريح يخول مجلس الشيوخ او الرئيس في ذلك، لكن العرف الدستوري استقر ومنذ عهد الرئيس الأول للولايات المتحدة (جورج واشنطن) على أن الاعتراف بالدول الجديدة هي من صلب اختصاصات الرئيس الأمريكي دونما حاجة للرجوع إلى مجلس الشيوخ^(٦٠) .

اما الدستور الأمريكي قد نص في المادة

امضاه ، وإذا لم يقره ، إعادة مع اعتراضاته إلى المجلس الذي صدر منه ، وعلى المجلس أن يدرج هذه الاعتراضات ... ثم يباشر إعادة بحث المشروع وإذا حدث بعد إعادة البحث أن ثلثي أعضاء المجلس وافقوا على المشروع أرسل المشروع مع الاعتراضات إلى المجلس الآخر إذ يعاد بحثه ، فإذا أقره ثلثا الأعضاء أصبح قانونا... (٦٤) .

وتفسير السلطة الواسعة للرئيس الجمهورية في النظام الرئاسي الأمريكي هو بانتخاب الرئيس التنفيذي بوساطة الشعب الذي يستمد منه سلطة كبيرة تجعله قادرا على وضع سياسة البلاد العامة تحت سلطته وملك يده ، ولذلك أطلق على النظام الأمريكي بالنظام الرئاسي نسبة إلى الدور الهام الذي يقوم به رئيس الدولة في العمل التنفيذي (٦٥) .

المطلب الخامس

المخصصات المالية لرئيس الولايات المتحدة الأمريكية

اثار موضوع المخصصات المالية للرئيس الأمريكي جدرأ داخل اروقة البيت الابيض, حيث يقول البعض ان راتب الرئيس يتضاءل ويتواضع اذا ما تمت مقارنته براتب رئيس مجلس ادارة اي من الشركات او البنوك الكبيرة فيما يتساءل اخرون عما اذا كان رئيس الولايات المتحدة بحاجة فعلية للزيادة.

لقد خضع الراتب السنوي للرئيس الأمريكي للزيادة عدة مرات منذ نشأة دستور الولايات المتحدة الأمريكية سنة ١٧٨٩، وكانت اولها سنة ١٨٧٣ حينها عدل راتب الرئيس الأمريكي من ٢٥ الف دولار الى ٥٠ الف دولار، بينما كان التعديل الثاني سنة ١٩٠٩

إذ وصل الى ٧٥ الف دولار، تلاها التعديل الثالث عام ١٩٤٩ ليصل الى ١٠٠ الف دولار، فضلا عن مبلغ ٥٠ الف دولار غير خاضعة للضرائب كمصروفات اضافية خاضعة للضرائب، في حين كانت اخر زيادة - حتى لحظة كتابة المقال-، في سنة ٢٠٠١ إذ وصل الى ٤٠٠ الف دولار (٦٦) .

يذكر ان الدستور الأمريكي حدد في الفقرة الاولى من المادة الثانية بان تعويض الرئيس عن خدماته لا يزداد ولا ينقص اثناء الفترة التي ينتخب لها، ولا يجوز له ان يلتقى اثناء تلك الفترة اية مرتبات اخرى من الولايات المتحدة او من اية ولاية منها.

ونقلأ عن موقع «National Constitution Center» ان رئيس الولايات المتحدة الامريكية يحصل على راتب سنوي قدره (٤٠٠) الف دولار, وهو اعلى اجر موظف حكومي في الولايات المتحدة كلها، فضلا عن اضافة (٥٠) الف دولار كمصروفات اضافية.

ويتخذ الرئيس الامريكي من البيت الابيض كمسكن له، مضافاً لها استراحة (كامب ديفيد في ميرلاند). كما تكون الطائرة الرئاسية Air Force One فضلاً عن مروحية ال Marine One، وسيارة الكاديلاك المصفحة تحت امرته لتأمين تنقلاته ويتلقى الرئيس بعد انتهاء فترة حكمه في البيت الابيض معاشاً قدره (١٦٠) مئة وستون الف دولار سنويا (٦٧) .

تعد الرئاسة كما يوضح الفقه الدستوري الأمريكي بانها الرمز الاول لوحدة الامة الامريكية، اقروا بضرورة الحاجة الى قائد قوي يوحد جبهاتهم وولاياتهم ، ويعد انتخاب الرئيس هو العمل السياسي الوحيد الذي يقوم به الشعب باسره. والتصويت في انتخابات الرئاسة يعبر

واسعة جداً نص عليها الدستور في صلب المواد الدستورية .

٢- يتمتع رئيس الدولة باختصاصات نص عليها العرف الدستوري بعد أن سكت عنها الدستور .

٣- إن رئيس الدولة في النظام الرئاسي مسؤول مسؤولية سياسية، على الرغم من أنه لم تتم الإشارة إليها في ثانيا الدستور، وإنما تمت الإشارة إلى المسؤولية الجنائية فقط، وذلك لأن أي جريمة يقدم عليها الرئيس تكون المسؤولية المترتبة عليها مسؤولية سياسية وليست جنائية، وبذلك تكون المسؤولية الجنائية هي المرتكز القانوني لأثر المسؤولية السياسية .

٤- يتمتع رئيس الدولة باختصاصات تنفيذية خارجية وداخلية.

٥- رئيس الدولة هو رئيس الحكومة في النظام الرئاسي نفسه.

٦- للنظام الرئاسي خصائص تميزه عن غيره من الأنظمة السياسية .

٧- يعد النموذج الرئاسي الأمريكي الانموذج الأمثل على مستوى الأنظمة السياسية الدولية في الدول المتقدمة .

المقترحات

١- نقترح أن يتبنى العراق نظاماً رئاسياً يكون بوابة الأمل للنهوض بالواقع العراقي نحو افق جديد خاصة بعد تعثر تجربة النظام البرلماني بعد عام ٢٠٠٣م وما تلاها هذا فضلاً عن أن تركيبة المجتمع العراقي وتنوعه المذهبي والعرقي والجذور التاريخية المتأصلة لديه تتواءم مع شكل النظام الرئاسي أكثر مما تتلائم مع النظام البرلماني لحدثة التجربة والوعي الجماهيري بأشكال الأنظمة السياسية .

عن الخيار الأكثر أهمية للشعب الأمريكي، وليس هنالك ما هو أكثر أهمية من حقيقة أن الرئيس تسلم السلطة بإرادة الشعب، وأن أي تفكير في عزل الرئيس يكون بمثابة تحدي واضح بإرادة الشعب. ويستلزم الفقه الدستوري لتوفير مفهوم العزل أن يكون الخطأ الذي ارتكبه الرئيس موجهاً ضد الدولة مثل اختلاس الأموال العامة أو التدخل في الانتخابات، أو قبول الرشوة أو الإهمال في تأدية واجباته. فالعصر الأساس والهام للضرر الذي يتسبب فيه الرئيس يجب أن يكون الأضرار بالدولة أو بالمجتمع أو انتهاك الدستور أو التعسف في استعمال السلطة.

ولعل الحكمة من تقوية سلطات الرئيس ترجع إلى أسباب تاريخية واقعية فصعوبة التغلب على النزاعات المحلية أو الإقليمية للولايات، جعلت رغبة الأمريكيين بوجود حاكم قوي له نفوذ وسلطان كبير – خصوصاً بالثقة الكبيرة التي كان يتمتع بها جورج واشنطن – جعل واضعي الدستور لا يخشون من اسناد سلطات واسعة للرئيس تساعد على التغلب على تلك النزاعات الإقليمية وتقوية الروابط بين الولايات مما يؤدي إلى تدعيم الوحدة وتوطيد أركان الفدرالية الجديدة (٦٨) .

الخاتمة

إنّ الاختصاصات التنفيذية لرئيس الدولة في النظام الرئاسي الأمريكي، التي سلطنا عليها الضوء أثناء هذه الدراسة، إذ توصلنا إلى مجموعة من الاستنتاجات وجملة من المقترحات، وعلى النحو الآتي :

الاستنتاجات

١- يتمتع رئيس الدولة باختصاصات

٤. رياض علي جاسم إبراهيم : مبدأ الفصل بين السلطات ، بحث غير منشور ، كلية الحقوق جامعة تكريت ، ٢٠١٦م ، ص ١١ وما بعدها .
٥. حسان محمد شفيق العاني ، الانظمة السياسية المقارنة ، مطبعة المعارف ، بغداد ، ١٩٨٠ ، ص ٣٣ .
٦. ثامر كامل محمد الخزرجي ، النظم السياسية الحديثة والسياسة العامة دراسة معاصرة في استراتيجيات السلطة ، ط ١ ، منتدى سور الازبكية ، عمان الاردن ، ٢٠٠٤ ، ص ٢٦٠-٢٦٢ .
٧. عادل ثابت ، النظم السياسية ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، ٢٠٠٧ ، ص ١٠٦-١٠٧ .
٨. مروان محمد محروس المدرس ، مسؤولية رئيس الدولة في النظام الرئاسي والفقہ الاسلامي. دار الاعلام، عمان، الاردن، ط ١، ٢٠٠٢م، ص ٢٣ .
٩. ادمون رباط، الوسيط في القانون الدستوري العام - الدول وانظمتها - ط ٢، ج ١، بدون سنة نشر ، ص ٥٠٨ .
١٠. محمد طه حسين الحسيني، مبادئ القانون الدستوري، منشورات زين الحقوقية والادبية، مكتبة دار السلام القانونية، ط ١، ٢٠١٦م، ص ٧٩ .
١١. عبدالله هدية، الحكومات المقارنة، مكتبة أم القرى، الكويت، ط ٣، ١٩٨٤م، ص ١٤٢ .
١٢. لاري الويتز، نظام الحكم في الولايات المتحدة الأمريكية، ترجمة جابر سعيد عوض، الجمعية المصرية لنشر المعرفة والثقافة العالمية، مصر، ط ١، ١٩٩٦م، ص ١٨٧ .
١٣. حميد حنون خالد الساعدي، الوظيفة التنفيذية لرئيس الدولة في النظام الرئاسي، دار الكتب القاهرة، ١٩٨١ م، ص ٩٦، كذلك لاري الويتز، مرجع سابق، ص ١٨٧ .
١٤. لاري الويتز، نظام الحكم في الولايات المتحدة الأمريكية، ترجمة جابر سعيد عوض، الجمعية المصرية لنشر المعرفة والثقافة العالمية، مصر، ط ١، ١٩٩٦م، ص ١٨٧ إلى ١٨٨، مرجع سابق .
١٥. المرجع السابق، ص ١٨٨ .
١٦. المرجع السابق، ص ١٨٨ .
١٧. لاري الويتز، نظام الحكم في الولايات المتحدة الأمريكية، مرجع سابق، ص ١٨٨ إلى ١٨٩ .
١٨. المرجع السابق، ص ١٨٩ .

٢- نقترح مع تبني النظام الرئاسي في العراق أن يطبق مبدأ الفصل بين السلطات بأسلوب جديد يمتاز بالشفافية والحزم لا هو فصل مرن ولا هو فصل جامد بل نوع يمتاز مع المناخ السياسي العراقي .

٣- نقترح تشكيل لجان متخصصة لإعادة صياغة الدستور والعمل على إجراء تعداد سكاني عام للعراق، قبل القيام بأية انتخابات مقبلة .

٤- ضرورة نشر الثقافة القانونية بين ابناء المجتمع، والعمل على توعية الشعب وتنقيفه دستورياً عن طريق الندوات والبرامج التوعوية والملصقات ذات الصلة .

٥- نقترح أن تقوم منظمات المجتمع المدني العراقية والاجنبية على عمل ورشات عمل لتأهيل وتوعية القيادات الشبابية والنخب المتفقة بأهمية النظام الرئاسي وموائمه للمجتمع العراقي والعمل على صقل مواهب هذه القيادات لكي يتسنى لها الانغماس في ثنايا المجتمع العراقي بكل فسيفسائه وجميع اطيافه وبعمق حدوده الجغرافية من أجل زيادة الوعي الشعبي والجماهيري بهذا الشكل من الانظمة السياسية .

الهوامش

١. يعرف النظام الرئاسي بانه النظام الذي ترجح في كفة رئيس الدولة في ميزان السلطان ، لمزيد من التفاصيل ينظر عبد الحميد متولي، في القانون الدستوري والانظمة السياسية، ١٩٦١م، ص ٢٧٥ .
٢. النظام القانوني الأمريكي كل ما تحتاج ان تعرف عنه، تأليف جاي م. فينمان ، ترجمة الدكتور احمد امين الجمل، ط١، الجمعية المصرية لنشر المعرفة والثقافة العالمية، مصر، ٢٠٠٥م و ص ٢٢ .
٣. محمد كامل ليله، النظم السياسية الدولة والحكومة، دار الفكر العربي، مطبعة الرسالة، ١٩٦٧-١٩٦٨، ص ٥٦٨ .

جامعة بغداد، كلية العلوم السياسية، ١٩٩٢ م، ص ٩٦ .

٣٦. نظام الغنائم (Spoils System) والذي يعني أن الحزب الذي يتسلم السلطة يقوم بانتزاع جميع الوظائف المهمة من شاغليها، واسنادها إلى مؤيديه مكافأة لهم على تأييدهم لمزيد من التفاصيل ينظر : د كمال الغالي، مبادئ القانون الدستوري والنظم السياسية، دمشق، ١٩٦٧ م - ١٩٦٨ م، ط ٢، ص ٣٥٣ .

٣٧. مروان محمد محروس المدرس ، مسؤولية رئيس الدولة في النظام الرئاسي والفقہ الاسلامي، مرجع سابق، ص ٢٧ .

٣٨. دستور الولايات المتحدة، مكتبة حقوق الانسان، جامعة منيسوتا، مرجع سابق .

٣٩. سعد عصفور، مرجع سابق، ص ٢٢٥ .

٤٠. تعرف الحصانة الرئاسية بانها (تفويض وظيفي تابع لمنصب الرئيس الفريد، مترسخ في التقاليد الدستورية لفصل السلطات ويؤيده تاريخنا) لمزيد من التفاصيل ينظر : الوجيز في القانون الدستوري، المبادئ الاساسية للدستور الأمريكي، تأليف جيروم أ. بارون، س. توماس دينيس، ترجمة : محمد مصطفى غنيم، مراجعة، هند البقلى، الجمعية المصرية لنشر المعرفة والثقافة العالمية، ط ١، العربية، ١٩٩٨ م، ص ١٤٥ .

٤١. سعد عصفور، مرجع سابق، ص ٢٢٦ .

٤٢. مروان محمد محروس المدرس ، مسؤولية رئيس الدولة في النظام الرئاسي والفقہ الاسلامي، مرجع سابق، ص ٢٨ .

٤٣. المرجع السابق، ص ٢٨ .

٤٤. المرجع السابق، ص ٢٩ .

٤٥. داود مراد الداود، مصدر سابق، ص ١٠١ .

٤٦. محمد كامل ليله، مرجع سابق ، ص ٥٧٢ .

٤٧. محمود طه حسين الحسيني، مبادئ القانون الدستوري، مرجع سابق، ص ٨٠ .

٤٨. تعرف المعاهدة بانها عبارة عن اتفاق بين شخصين او اكثر من اشخاص القانون الدولي العام، يرمي الى احداث اثار قانونية معينة، ينظر بهذا الشأن : عصام العطية، القانون الدولي العام، ط ٥، بغداد العراق، ١٩٩٣ م، ص ٧٩، كذلك محمد طه حسين الحسيني، مبادئ القانون الدستوري، مرجع سابق، ص ٨٠ .

١٩. مروان محمد محروس المدرس ، مسؤولية رئيس الدولة في النظام الرئاسي والفقہ الاسلامي، مرجع سابق، ص ٢٤، كذلك محمد كامل ليله، النظم السياسية الدولة والحكومة، مرجع سابق، ص ٥٧١ .

٢٠. سعد عصفور، المبادئ الاساسية في القانون الدستوري والنظم السياسية، بدون سنة نشر، ص ٢٢٢، كذلك، دستور الولايات المتحدة، مكتبة حقوق الانسان، جامعة منيسوتا .

٢١. آدمون رباط، مرجع سابق، ص ٥٠٧ .

٢٢. دستور الولايات المتحدة، مكتبة حقوق الانسان، جامعة منيسوتا، مرجع سابق .

٢٣. دستور الولايات المتحدة، مكتبة حقوق الانسان، جامعة منيسوتا، مرجع سابق .

٢٤. د. محمد طه حسين الحسيني، مرجع سابق، ص ٨٠ .

٢٥. مروان محمد محروس المدرس ، مسؤولية رئيس الدولة في النظام الرئاسي والفقہ الاسلامي، مرجع سابق، ص ٣٠ .

٢٦. مروان محمد محروس المدرس ، مسؤولية رئيس الدولة في النظام الرئاسي والفقہ الاسلامي، مرجع سابق، ص ٢٥ .

٢٧. حميد حنون خالد ، الأنظمة السياسية ، العاتك لصناعة الكتاب ، بيروت ، توزيع المكتبة القانونية ، بغداد ، بلا سنة طبع ، ص ٨٧ .

٢٨. سعد عصفور، المبادئ الاساسية في القانون الدستوري والنظم السياسية، مرجع سابق، ص ٢٢٣ .

٢٨. دستور الولايات المتحدة، مكتبة حقوق الانسان، جامعة منيسوتا،

٢٩. مرجع سابق .

٣٠. مروان محمد محروس المدرس ، مسؤولية رئيس الدولة في النظام الرئاسي والفقہ الاسلامي، مرجع سابق، ص ٢٦ .

٣١. سعد عصفور، مرجع سابق، ص ٢٢٥ وما بعدها .

٣٢. محمود طه حسين الحسيني، مبادئ القانون الدستوري، مرجع سابق، ص ٧٩ .

٣٣. المرجع السابق، ص ٨٠ .

٣٤. دستور الولايات المتحدة، مكتبة حقوق الانسان، جامعة منيسوتا، مرجع سابق .

٣٥. داود مراد الداود، سلطات، سلطات الرئيس الأمريكي بين النص الدستوري والواقع العملي للفترة بين ١٩٦٣ إلى ١٩٨١، رسالة ماجستير،

٦٤ . احسان حميد المفرجي ، كطران زغير نعمة ، رعد ناجي الجدة ، النظرية العامة في القانون الدستوري والنظام الدستوري في العراق ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، ٢٠١٢ م ، ص ١١٥ إلى ١١٦ .

٦٥ . المرجع السابق ، ص ١١٦ .

٦٦ . على الموقع الالكتروني : الموسوعة السياسية
https:// Political – encyclopedia. Org،
وقت الدخول ١١:٢٨ في ٨/٨/٢٠١٩ .

٦٧ . المرجع السابق .

٦٨ . على الموقع الالكتروني : الموسوعة السياسية
https:// Political – encyclopedia. Org،
وقت الدخول 11:35 في 2019/8/8 .

قائمة المصادر والمراجع

- ١- احسان حميد المفرجي ، كطران زغير نعمة ، رعد ناجي الجدة ، النظرية العامة في القانون الدستوري والنظام الدستوري في العراق ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، ٢٠١٢ م .
- ٢- ادمون رباط، الوسيط في القانون الدستوري العام - الدول وانظمتها - ط٢، ج١، بدون سنة نشر .
- ٣- ثامر كامل محمد الخزرجي ، النظم السياسية الحديثة والسياسة العامة دراسة معاصرة في استراتيجيات السلطة ، ط ١ ، منتدى سور الازبكية ، عمان الاردن ، ٢٠٠٤ .
- ٤- جاي م. فينمان: النظام القانوني الأمريكي كل ما تحتاج ان تعرف عنه، ترجمة الدكتور احمد امين الجمل، ط١، الجمعية المصرية لنشر المعرفة والثقافة العالمية، مصر، ٢٠٠٥ .
- ٥- جيروم أ. بارون، س. توماس دينيس: الوجيز في القانون الدستوري، المبادئ الاساسية للدستور الأمريكي، ترجمة : محمد مصطفى غنيم، مراجعة، هند البقلى، الجمعية المصرية لنشر المعرفة والثقافة العالمية، ط١، العربية، ١٩٩٨ م .

٤٩ . دستور الولايات المتحدة، مكتبة حقوق الانسان، جامعة منيسوتا، مرجع سابق.

٥٠ . مروان محمد محروس المدرس، مسؤولية رئيس الدولة في النظام الرئاسي والفقهاء الاسلامي، مرجع سابق، ص ٣٨ .

٥١ . يمكن تعريف المفاوضات بانها مرحلة اولية يتم فيها تبادل وجهات النظر بين ممثلي الدول من اجل محاولة الوصول الى اتفاق بينهم في موضوع مسألة معينة من المسائل، يراجع بهذا الخصوص : محمد سامي عبد الحميد، اصول القانون الدولي، القاعدة الدولية، ج١، ط١ ١٩٧٢ م، ص ٣٠٤ .

٥٢ . يعرف التصديق بانه تصرف قانوني بمقتضاه تعلن السلطة المختصة بابرام المعاهدات في الدولة موافقتها على المعاهدة ورضاءها بالالتزام بأحكامها، ينظر بهذا الشأن : محمد سامي عبد الحميد، مرجع سابق، ص ٣١٠ .

٥٣ . حميد حنون خالد الساعدي، مرجع سابق، ص ٢٦٣ وما بعدها .

٥٤ . مروان محمد محروس المدرس ، مسؤولية رئيس الدولة في النظام الرئاسي والفقهاء الاسلامي، مرجع سابق، ص ٣٨ إلى ٣٩ .

٥٥ . محمد طه حسين الحسيني، مرجع سابق، ص ٨٠ .

٥٦ . داود مراد الداود، مرجع سابق، ص ١٢٠ .

٥٧ . يعرف الاتفاق التنفيذي بانه اتفاق دولي بالمعنى الصحيح، لا يشترط لإبرامه اتباع اجراءات شكلية معينة، كما لا يشترط للالتزام الدولة به ان يتم التصديق عليه من السلطة المختصة، بل يكون نافذا لمجرد التوقيع عليه ينظر في هذا المجال : محمد سامي عبد الحميد، مرجع سابق، ص ٢٩٩ .

٥٨ . محمد طه حسين الحسيني، مرجع سابق، ص ٨٠ .

٥٩ . محمد سامي عبد الحميد مرجع سابق، ص ٣٠١ .

٦٠ . حميد حنون خالد الساعدي، مرجع سابق، ص ٢٧٧ وما بعدها .

٦١ . دستور الولايات المتحدة، مكتبة حقوق الانسان، جامعة منيسوتا، مرجع سابق.

٦٢ . د محمد طه حسين الحسيني، مرجع سابق، ص ٨٠ .

٦٣ . مروان محمد محروس المدرس ، مسؤولية رئيس الدولة في النظام الرئاسي والفقهاء الاسلامي، مرجع سابق، ص ٤٠ .

١٦- كمال الغالي، مبادئ القانون الدستوري والنظم السياسية، ط ٢، دمشق، سوريا، ١٩٦٧ - ١٩٦٨ م.

١٧- لاري إلويتز: نظام الحكم في الولايات المتحدة الأمريكية، ترجمة جابر سعيد عوض، الجمعية المصرية لنشر المعرفة والثقافة العالمية، مصر، ط ١، ١٩٩٦ م.

١٨- محمد سامي عبد الحميد، اصول القانون الدولي، القاعدة الدولية، ج ١، ط ١، ١٩٧٢ م.

١٩- محمد طه حسين الحسيني، مبادئ القانون الدستوري، منشورات زين الحقوقية والادبية، مكتبة دار السلام القانونية، ط ١، ٢٠١٦ م.

٢٠- محمد كامل ليله، النظم السياسية الدولة والحكومة، دار الفكر العربي، مطبعة الرسالة، ١٩٦٧-١٩٦٨ م.

٢١- مروان محمد محروس المدرس، مسؤولية رئيس الدولة في النظام الرئاسي والفقہ الاسلامي، دار الاعلام، عمان، الاردن، ط ١، ٢٠٠٢ م.

المواقع الالكترونية :

١- الموسوعة السياسية، <https://>

Political – encyclopedia. Org

٦-حسان محمد شفيق العاني، الانظمة السياسية المقارنة، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٨٠ م.

٧-حميد حنون خالد، الأنظمة السياسية، العاتك لصناعة الكتاب، بيروت، توزيع المكتبة القانونية، بغداد، بلا سنة طبع.

٨-حميد حنون خالد الساعدي: الوظيفة التنفيذية لرئيس الدولة في النظام الرئاسي، دار الكتب القاهرة، ١٩٨١ م.

٩- داود مراد الداود: سلطات الرئيس الأمريكي بين النص الدستوري والواقع العملي للفترة بين ١٩٦٣ إلى ١٩٨١، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، كلية العلوم السياسية، ١٩٩٢ م.

١٠- رياض علي جاسم إبراهيم : مبدأ الفصل بين السلطات، بحث غير منشور، كلية الحقوق جامعة تكريت، ٢٠١٦، ٢٠١٧ م.

١١- سعد عصفور، المبادئ الاساسية في القانون الدستوري والنظم السياسية، بدون سنة نشر.

١٢- عادل ثابت، النظم السياسية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٠٧، ص ١٠٦-١٠٧

١٣- عبد الحميد متولي، في القانون الدستوري والانظمة السياسية، ١٩٦١ م.

١٤- عبدالله هدية، الحكومات المقارنة، مكتبة أم القرى، الكويت، ط ٣، ١٩٨٤ م.

١٥- عصام العطية، القانون الدولي العام، ط ٥، بغداد العراق، ١٩٩٣ م.

The Executive Competences for the President of the State in the American Presidential Regime

Assit .Lect.Shamel Sami^(*)

Abstract

The ideas of separation among authorities which “Montesquieu” proclaimed in his book “ The Spirit of the Laws” have a clear impact on American constitution, and this has been shown in the presidential regime of the United States since the first election of the American president “George Washington” in March 1789.

This research introduces a brief overview on executive competences for the president of the state on the both internal level, which related to the limits of constitutional power and on the executive competences within external level.

One of the most prominent reasons, which enhanced me, to choose this subject is the argumentative of it, especially, in the form of the governments, which based on the separation among authorities. This argumentative comes from the two distinct features of the American presidential system, which are- a. the individualism of the executive power; b. the complete separation among powers.

Hence, the difficulty of executive competences in the American presidential regime is that, one person “the president” manages and controls a big central federal administrative system of the state; depending on group of specialists assistants, and the most prominent assistants are ministers or so called “secretariats”.

In addition to that, make institution of new organizations such as executive bureau, which related to the president of the state, and clarifies the roles and duties of this bureau and its related agencies.

Keyword: The Executive Competences, The President of the State, The American Presidential Regime.

^(*) Al- M'aarif University / Iraq

دور الاتفاق الإطاري في صياغة العقد التجاري وتحديد نطاقه القانوني

م.م. علي حسن باتول(*)

م.م. حيدر داوود سلمان(**)

الروابط ؛ اذ غالباً ما يسبق هذه العقود اتفاق اطاري ينظم تلك العمليات القانونية بالشكل الذي يؤدي الى ديمومة العلاقة القانونية بين الاطراف خصوصاً وان الامر يتعلق بعلاقة قانونية متعددة الروابط

الكلمات المفتاحية: الاتفاق الإطاري ، العقود التطبيقية ، المجموعة العقدية ، العقود المرحلية

المقدمة

يعد الاتفاق الإطاري من العقود المهمة التي افرزتها صيغ التعامل التجاري القائمة على الثقة والسرعة في انجاز المعاملات. فيعد ذلك الاتفاق أسلوب من أساليب التعاقد التي تنظم العملية التعاقدية والتي انتقلت بها من شكلها المألوف التي تنظم عملية قانونية واحدة الى إيجاد أسلوب جديد من التعاقد يتضمن تنظيم علاقة قانونية مستمرة تتضمن العديد من العقود التي تبرم تنفيذاً وتطبيقاً لذلك العقد الذي يطلق عليه عقد الإطار او الاتفاق الإطاري.

فالالاتفاق الإطاري ينظم العلاقات لقانونية المستمرة التي تنشأ بين طرفين ويحدد الشروط العامة لتي يجب على الأطراف التقيد بها حين

الملخص

لقد افرزت الأعراف والمعاملات التجارية ولاسيما الدولية نوعاً مهماً من الاتفاقات التجارية التي تنظم نوعاً معيناً من العقود والروابط الاقتصادية المعقدة والمتشابهة التي يمر تنفيذها بمراحل متعددة وبآليات قانونية مختلفة ، اطلق عليها الفقه التجاري «اتفاقات الاطار» ولهذه العقود اهمية كبيرة على العقود المختلفة التي تندرج تحتها ولاسيما في تنظيم تنفيذها عن طريق وضع قواعد مبدئية ذات علوية تسموا على جميع الاتفاقات التي يضمها الاتفاق الإطاري تستهدف وضع تنظيم نموذجي لعلاقة قانونية مستمرة تتعدد تطبيقاتها وتتلاحق عبر الزمن إذ يصبح كل تطبيق منها محكوماً بالقواعد المتفق عليها في التنظيم الإطاري ؛ إذ تكون العقود المندرجة تحت الاتفاق محكومة بموجبه .

وترتكز محل الاتفاق الإطاري على توحيد المعاملات المستقبلية من جهة التكوين ومواعيد وطرق التنفيذ ووضع شروط عامة محل احترام جميع الأطراف اثناء تنفيذ اي عقود لاحقة بالاتفاق الإطاري ، وان مثال تلك العقود هي عقود البوت والفاكتورينغ وعقود نقل التكنولوجيا وعموم عقود الاستثمار متعدد

alihassanbatol@gmail.com

hyderalzubaidy@gmail.com

(*) كلية صدر العراق الجامعة

(**) كلية الأمال الجامعة

العديد من العقود التي تختلف فيما بينها بحسب طبيعتها وتختلف من جانب آخر عن الاتفاق الإطارى في محله الذي يكون إبرام وتنفيذ عقود مستقبلية .

وإن تلك العلوية التي يتمتع بها الاتفاق الإطارى ونثيره المباشر على العقود التي تبرم تنفيذاً تجعله على درجة من الأهمية تترجم عن طريق صياغته بأسلوب واضح ودقيق لأنه عن طريق ذلك العقد يتم إبرام العديد من العقود التطبيقية وتتم الإشارة والاحالة الى بعض البنود المهمة التي يتضمنها الاتفاق كذلك استثناء ببعض بنود الاتفاق الإطارى وعدم سريانها على العقود التطبيقية ، لان العقود تعبر بالنهاية عن إرادة أطرافها . لكن ذلك لا يؤدي الى الغاء تلك الشروط الواردة في الاتفاق الإطارى وانما في هذه الحالة يتفق الأطراف على عدم انطباقها وسريانها على عقد معين ، وعلى هذا فان عقد الإطار يتضمن القواعد الأساسية التي تخضع لها عقود أخرى سوف يجري إبرامها في المستقبل .

أهمية البحث

إن أهمية الاتفاق الإطارى تعادل أهمية التشريع الذي يجب ان يتصف بالديمومة والعمومية والاستقرار وذلك لان ذلك الاتفاق يتضمن تنظيم علاقة قانونية مستمرة ويتم من خلاله تحديد الية إبرام وتنفيذ العديد من العقود التطبيقية ، فالصياغة الرصينة لبنود الاتفاق الإطارى والتعبير الواضح عن إرادة أطرافه من طريق افراغها في الاتفاق وتنظيمها يساهم في تحقيق الاستقرار القانوني لتلك العقود التطبيقية التي تبر تنفيذاً للاتفاق الإطارى .

إبرام العقود التطبيقية التي تبرم تنفيذاً لذلك الاتفاق الإطارى ، وإن ذلك الاتفاق يشكل مع مجموعة العقود التطبيقية مجموعة عقدية غايتها انشاء مجموعة من العلاقات التعاقدية تختلف وتباين فيما بينها من جهة محلها ومن جهة أطرافها ذلك انه في اتفاق الإطارى الجماعي يكون الطرف الذي يبرم ذلك الاتفاق ويحدد الشروط العامة فيه يختلف عن الأطراف التي تقوم بأبرام العقود التطبيقية وذلك النوع من الاتفاق يتميز عن اتفاق الأطار الفردي الذي يكون اطرافه هم انفسهم اطراف العقود التطبيقية التي تبرم تنفيذاً له .

وتتمتع الشروط الواردة في الاتفاق الإطارى بعلوية تجعلها بمنزلة تعلق العقود التطبيقية فتلك الشروط هي بمثابة النصوص الدستورية التي تعلق كافة القوانين. فيجب على اطرف الاتفاق الإطارى التقيد بتلك الشروط التي ارتضوا الالتزام بها بإرادتهم , كما يجب على المشرع ان يلتزم بالنصوص الدستورية وان لا يحيد عنها عن قيامه بالتشريع .

ومهما كان الاتفاق الإطارى فانه وكعقادة عامة لا يلزم اطرافه بأبرام العقود التطبيقية وانما كل ما يسعى اليه هو استقرار تلك العقود في حالة إبرامها وخضوعها الى الشروط العامة التي يتضمنها الاتفاق الإطارى , فالأخير لا يتضمن العناصر الجوهرية للعقد او للعقود المراد إبرامها وانما يتضمن شروط عامة كأسلوب حل المنازعات والوفاء بالثمن واليات الاعذار وإمكانية تنازل احد الأطراف عن حقوقه للغير او إحلال طرف آخر محله . فالاتفاق الإطارى لا يعد غاية بحد ذاته وانما وسيلة لتنظيم علاقة قانونية بين طرفين تتضمن

مشكلة البحث

إن مشكلة البحث تتجلى في بيان تأثير صياغة بنود وشروط الاتفاق الإطاري على العقود التطبيقية التي تبرم تنفيذاً لذلك الاتفاق والبحث في مدى قدرة تلك الشروط على صياغة العقود التطبيقية وتحديد نطاقها ، وأساليب تأثير ذلك الاتفاق في تلك العقود ، وتمييزه مما يشته به من العقود اللاحقة والسابقة والتي تبرم بين الطرفين .

منهجية البحث

سنعتمد في هذا البحث المنهج الوصفي في التعريف بالاتفاق الإطاري وبيان مفهومه وتحديد اثاره وقدرته على التأثير في العقود التطبيقية التي تبرم على ضوءه ، إلا إن ذلك لا يمنع من الاستعانة بالمنهج التحليلي في بيان دور ذلك الاتفاق في ابرام تلك العقود وتحديد نطاقها وتأثيره عليها بصورة مباشرة وغير مباشرة ، وبيان المضمون والعنصر التي يتكون منها ذلك الاتفاق الذي يسبق في أبرامه وانعقاده ابرام العقود التطبيقية .

هيكلية البحث

إن التقسيم الثنائي لمباحث ومطالب وفروع البحث هو الذي اعتمدهنا لعرض ومناقشة كافة العناصر الخاصة بدور الاتفاق الإطاري في صياغة العقد وتحديد نطاقه، فخصصنا المبحث الأول للبحث في ماهية ذلك الاتفاق وكل ما يتعلق بها من تعريف الاتفاق الاطار عن طريق الاتجاهات الفقهية التي حددت طبيعته القانونية، وكذلك تمييز ذلك الاتفاق مما يشته به من النظم القانونية الأخرى وبيان أهميته، اما

المبحث الثاني فتناولنا فيه دور ذلك الاتفاق في صياغة العقود التطبيقية التي تبرم تنفيذاً واثره في صياغته وتحديد نطاقها واثر الاتفاق في مرحلة تنفيذ تلك العقود واثر انقضائه عليها .

المبحث الأول

ماهية الاتفاق الإطاري

يعد الاتفاق الإطاري من العقود التي افرزتها المعاملات المعقدة لرجال المال والاعمال والتجار ، وتعقد الروابط الاقتصادية التي تتزايد يوماً بعد يوم ، فضلاً عن انه غالباً ما تتسم العقود التي تبرم من قبل الشركات العملاقة بالتعقيد والتشابك ، كل ذلك يوتر بالضرورة على فكرة العقد ، إذ لم يعد الأخير تلك الفكرة القاصرة على مجرد تبادل ارادتين لترتيب اثار فورية او مؤجلة التنفيذ. وانما اصبح العقد يمر بالعديد من المراحل بالإيجاب والقبول تسبقه مفاوضات معقدة ، كما ان تلك المفاوضات تتم وفق قوالب قانونية تحقق للأطراف الأمان الذي يشدوه من تعاقدهم .

كذلك فان المعاملات المتكررة بين الأطراف على امتداد الزمن، ورغبة منهم في تحديد الأطر العامة لتلك المعاملات وصياغتها في قالب عقدي يقوم على الاتفاق على (العناصر الثابتة لتلك المعاملات دون العناصر المتغيرة)، رغبة منهم في تبسيط وتسهيل ابرام عقود لاحقة على أساس عقد يكفل ذلك ، لذلك ظهر ما يسمى بالاتفاق الإطاري . لذلك سنتناول في هذا المبحث التعريف بالاتفاق الإطاري و تمييزه مما يشته به من الأنظمة القانونية مثل الوعد بالتعاقد واتفاق المبدأ والشروط العامة للتعاقد، فضلاً عن تحديد الطبيعة القانونية

للاتفاق الإطارى ، وسيتم تقسيم هذا المبحث على مطلبين بالشكل الآتى :

المطلب الأول / مفهوم الاتفاق الإطارى

المطلب الثانى / أنواع الاتفاق الإطارى
وبيان أهميته

المطلب الأول

مفهوم الاتفاق الإطارى

إن الاتفاق الإطارى يعد نتيجة لعدم قدرة الأساليب القانونية التى سبق ظهوره على تحقيق الغايات التى يتطلبها تجاوز الصعوبات العملية والقانونية التى يمكن أن تكتنف الروابط المستقبلية بين المشروعات الصناعية والتجارية، لذلك فإن اتفاق الأطار أسلوب يعمد الطرفان عن طريقها إلى التوصل إلى اتفاق إطارى يتناول معاملاتهم المستقبلية، ولا يتناول الجوانب التفصيلية المتغيرة من تلك المعاملات إذ يفترض هذا النوع من الاتفاقات على تطبيق أحكامها على ما يبرمه الطرفان من عقود فى المستقبل وعندئذ فإن كل عقد المستقبل يمكن أن يبرم بما يتلاءم مع الأوضاع الاقتصادية للطرفين والظروف العامة وقت إبرام العقد^(١)

ومن أجل الوقوف بدقة على مفهوم الاتفاق الإطارى سنقسم هذا المطلب على فرعين وبالشكل الآتى :

الفرع الأول / تعريف الاتفاق الإطارى

الفرع الثانى / تمييز الاتفاق الإطارى مما يشته به من العقود

الفرع الأول

تعريف الاتفاق الإطارى

أن تعريف الاتفاق الإطارى^(٢) كان محل خلاف فى الفقه لحدثة هذا النوع من العقود، إذ إن هنالك ثلاث اتجاهات فى تعريف اتفاق الأطار، وإن مررد ذلك الاختلاف هو تنوع التطبيقات التى تشهدها فكرة الاتفاق الإطارى فى العمل. فالإتجاه الأول ينظر إلى الاتفاق الإطارى من زاوية أنه عقد، والاتجاه الثانى ينظر إلى الاتفاق الإطارى على أنه لائحة، أما الآخر فيتبنى نظرية المجموعة العقدية فى تعريف اتفاق الأطار. لذلك سنتناول كل تلك الاتجاهات عن طريق الفقرات الثلاث الآتية :

أولاً : الإتجاه التعاقدى فى تعريف الاتفاق الإطارى

فالاتفاقات الإطارية هى اتفاقات تهدف إلى إقامة تنظيم نموذجى علاقة مستمرة تتعدد تطبيقاتها وتتلاحق عبر الزمن بحيث يصبح كل تطبيق منها محكوماً بالقواعد المتفق عليها فى التنظيم الإطارى ويكون هنالك دائماً مستويان من الروابط الاتفاقية التى تحكم علاقة الطرفين، مستوى أعلى حاكم يمثله الاتفاق الإطارى ومستوى أدنى تمثله كثرة من العقود التى تبرم وتتعد فى إطار هذا الاتفاق الحاكم وتنفيذاً له والتى تعرف بعقود التطبيقية^(٣).

فتراضى طرفى عقد الاتفاق الإطارى ينصب على توحيد معاملتهما المستقبلية، أى يجب أن تنصرف إرادة طرفى العقد إلى توحيد إبرام عقود فى المستقبل وكذلك كافة المسائل المتعلقة بكيفية إبرام تلك العقود المستقبلية التى هى عقود تطبيقية من جهة مواعيدها وطريق

تنفيذها ، اما المحل في عقد الاتفاق الإطاري ينحصر في احترام الشروط والقواعد الواردة فيه عند ابرام العقود التطبيقية^(٤)

ثانيا : الاتجاه اللانحي في تعريف الاتفاق الإطاري

إن الاتجاه التعاقدية لاتفاق الاطار ينازعه اتجاه اخر ينكر الطبيعة العقدية للاتفاق الإطاري، إذ يرى هذا الاتجاه بان الاتفاق الإطاري له طابع غير عقدي ، أي ما يطلق عليه انه يتضمن بعض التوجيهات^(٥).

وينكر أصحاب هذا الاتجاه الطبيعة العقدية للاتفاق الإطاري ، ويرى انصار النظرية اللانحية بان اتفاق الاطار ما هي الاتفاقات لائحية او تنظيمية تدرج ضمن الضوابط القانونية للسلوك ، وهذه الضوابط اما ضوابط عامة تضعها السلطة العامة في الدولة او ضوابط خاصة عقدية تنشأ كلما اتفق واضعوها على تنظيم العلاقة فيما بينهم بموجب العقد^(٦).

تجدر الإشارة في هذا الخصوص ان الفقه الفرنسي يذهب في الى تقرير مبدأ سلطان الإرادة بقوة في هذا الخصوص وينص على انه اذا تم الاتفاق فكل ما اتفق عليه يقوم مقام القانون بالنسبة لمن تعاقده ، وهذه العبارة ادمجت في القانون المدني الفرنسي في المادة ١١٣٤ وصارت عنوانا على مبدأ سلطان الإرادة إذ تنص تلك المادة بانه : ((الاتفاقات المعقودة طبقا للقانون تقوم مقام القانون لعاقديها))^(٧). فذلك الاتجاه يخالف الواقع في تفسيره لنظرية العقد شريعة المتعاقدين لان تلك الفكرة في تعريف العقد الإطاري تحاول اسناد القوة الملزمة للعقد ليس الى العقد ذاته وانما الى القانون ، وهذا

امر لا يمكن تصوره عد إن مبدأ سلطان الإرادة يقوم على ان الإرادة هي مصدر القوة الملزمة للعقد وما للقانون من دور الى الاعتراف بتلك الإرادة وتقريرها اذا لم تخالف النظام العام .

ثالثا : تعريف الاتفاق الإطاري على أساس نظرية المجموعة العقدية

يذهب انصار هذا الاتجاه الى الاتفاق الإطاري ما هو الامجموعة عقدية تتألف من اتفاق يعلو على العقود التطبيقية التي تبرم على أساسه . فالاتفاق الإطاري على هذا الأساس على انه مجموعة عقدية تتألف من اتفاق يتضمن قواعد عامة تلعب دورا لائحية يحدد مقدما كيفية ابرام وتنفيذ عقود أخرى لاحقة في المستقبل وتتسم العقود بطبيعة عقدية واضحة يقع اتفاق الاطار فيها بمنزلة تسمو على سائر العقود التطبيقية ، إذ تكون هذه المجموعة من العقود بناء متدرجا , يعلوه اتفاق الاطار ثم تأتي العقود التطبيقية في منزلة ادنى منه^(٨). وفي نفس السياق تم تعريف الاتفاق الإطاري بانه مجموعة عقدية تتألف من اتفاق يتضمن قواعد عامة تحدد مسبقا كيفية ابرام وتنفيذ عقود أخرى لاحقة وبمقتضاه يلتزم الطرفان بمراعاة هذه القواعد^(٩).

ويؤيد هذا الاتجاه بان كل من الاتفاق الإطاري والعقود المبرمة تطبيقا له تشكل معا مجموعة او منتظم عقدي تجمعه وحدة الهدف، الذي يسعى اليه الأطراف ، وهو ما يعطي للعقود التطبيقية طابعا خاصا مميزا في بعض الأحوال ، والفارق الأساسي هو ان اتفاق الاطار في العقود التجارية لا يرد مباشرة على السلعة او الخدمة محل التعامل في العقود التطبيقية ، وانما على قواعد وصيغ وشروط

التعامل فيها (١٠) . لذلك فان كل من العقد المنظم للتعاقد _ الاتفاق الإطاري _ لا يعد نوعاً من الوعد بالتعاقد مادامت العقود التنفيذية اللاحقة لا تقوم الا بموافقة الطرفين معا وكذلك فان الاتفاق الإطاري لا يعد من العقود الدورية التنفيذ (١١) .

ومن المهم ان نشير هنا أن الاتفاق الإطاري يتكون من مستويين من الاتفاقات اولهما الاتفاق الشامل الذي يصاغ بعبارات عامة ، وثانيهما العقود التطبيقية المنضوية تحت الاتفاق الإطاري .

الفرع الثاني

تمييز الاتفاق الإطاري مما يشته به من العقود

قد يختلط مفهوم الاتفاق الإطاري مع بعض الأنظمة القانونية التي تسبق مرحلة التعاقد النهائي مثل المفاوضات العقدية والوعد بالتعاقد والعقود الدورية وكذلك العقود النمطية , مما يقتضي منا التمييز بين كل تلك الأنظمة القانونية والاتفاق الإطاري لذلك سنتناول الأمور أعلاه عن طريق الفقرات الآتية :

أولاً : تمييز الاتفاق الإطاري من المفاوضات العقدية

يقترّب عقد الاطار من التفاوض في ان كليهما يظهران في فترة المفاوضات وان كلا منهما مستقل تماما عن العقد النهائي ، إلا إن بينهما مجموعة من الفوارق ، اهمها ان عقد الاطار يتضمن القواعد الرئيسية التي يتم على اساسها ابرام العقد النهائي (عقود التطبيق والتنفيذ) وهذا بخلاف ما عليه في التفاوض فهو

لا يتضمن ذلك ، ويشترط في عقود التطبيق والتنفيذ ان لا تخالف عقد الاطار ، ولا يشترط ذلك في التفاوض .

إن المفاوضات العقدية هي عملية اتصال بين شخصين يدرسون فيها البدائل للتوصل الى حلول مقبولة لديهم او بلوغ اهداف مرضية لهم فهو موقف يتبارى فيها تعبيرياً طرفان او اكثر عن طريق مجموعة من العمليات لا تخضع لشروط محددة سلفاً حول موضوع من الموضوعات المشتركة بغية التوصل الى ابرام عقد (١٢) .

تكمن أهمية المفاوضات في عقود نقل التكنولوجيا عموماً وعقود المعلوماتية خصوصاً (١٣) الى تحديد العقود التطبيقية التي تنضوي تحت نطاق اتفاق الاطار كعقد التجهيز وعقد التدريب وعقد التوريد وعقد الترخيص وعقد الامتياز التجاري وشروط هذه العقود ، كل تلك العقود يستوجب تنظيمها بموجب اتفاق اطاري ان تكون مسبقة بمفاوضات بين طرفيها ، فالمفاوضات تلعب دوراً أساسياً في صياغة عقد الاطار ، وعلى الفريق التفاوضي ان لا يهمل تركيب فريقه التفاوضي ورفده بالعناصر الكفوءة بما فيها العنصر القانوني ، لذلك فان اغلب الفقه الحديث يميل الى اسباغ الطبيعة العقدية على تلك المفاوضات اكثر من عدّها اعمالاً مادية لا يهتم القانون بتنظيمها (١٤) .

وتبدا المفاوضات ياجاب من احد طرفي المفاوضة للدخول في مناقشات الهدف منها ابرام عقد معين تتكون عن طريق عروض يتم التفاهم بشأنها في صورة اتفاقات ولكنها اتفاقات لا يقصد منها انشاء أي التزامات ، ثم

ثالثا : تمييز الاتفاق الإطاري من العقود الدورية

يعد العقد الدوري من العقود الزمنية او عقود المدة التي يكون الزمن فيها عنصرا جوهريا فالعقد الزمني اما مستمر او دوري التنفيذ ، فالعقد المستمر مثل عقد الايجار، اما العقود دورية التنفيذ مثل عقد التوريد الذي يتم على فترات دورية^(٢٠). لذلك فان الاتفاق الإطاري لا يعد من العقود الدورية ، لان هذه الأخيرة هي عقود فورية الانعقاد ، اذ تتعدد دفعة واحدة في لحظة زمنية واحدة ومحددة، ويكون التنفيذ على مراحل متعاقبة ، مع وجوب تعيين جميع العناصر الجوهرية اللازمة لإبرام العقد وهذا ما يخالف الاتفاق الإطاري ، الذي يقتصر الامر فيه على وضع قواعد ابرام العقود المستقبلية فيه وليس تنفيذها^(٢١). الا انه وفيما يتعلق بالتنفيذ فانه لا يوجد ما يمنع من ان يتضمن الاتفاق الإطاري وضع اليات معينة لكيفية ليس فقط ابرام العقود التطبيقية وانما كذلك قدد يتناول الاتفاق الإطاري القواعد والاطر العامة لكيفية تنفيذ العقود التطبيقية .

المطلب الثاني

أنواع الاتفاق الإطاري وبيان أهميته

إن الاتفاق الإطاري يبرز في ميدان العلاقات المستمرة بين طرفين على تواصل دائم لذلك يلجئون الى ابرام مثل هذا الاتفاق لتحديد الأطر العامة للعلاقات المستمرة فيما بينهم . لذلك سنبيين في هذا المبحث اهم أنواع الاتفاق الإطاري فضلا عن بيان أهميته العملية التي تنعكس على اطرافه وذلك عن طريق فرعين وبالشكل الآتي :

الفرع الأول / انواع الاتفاق الإطاري
الفرع الثاني / أهمية الاتفاق الإطاري

يعمد أطرافها الى جمع ما تم الاتفاق عليه بغية تكليف احدهم لصياغته بمشروع ايجاب^(١٥). وإن هذه الاتفاقات في العقود المستمرة والمعقدة يصطلح عليها باتفاق المبدأ الذي هو عبارة عن اتفاق عام يضع اطارا مبدئيا للتعاقد ويشتمل على أوضاع اتفاقية متعددة ومختلفة سابقة على التعاقد ، فاتفاق المبدأ هو الاعم والاتفاقات السابقة هي الأخص^(١٦). وبذلك فان الاتفاق المبدئي يلزم الأطراف بالتفاوض بحسن نية بالإضافة الى الالتزامات الأخرى التي يتم الاتفاق عليها في الاتفاق المبدئي كالالتزام بالسرية ، الا انه لا يتضمن العناصر الثابتة للعقود التطبيقية هذا من جهة ، ومن جهة أخرى فان الاتفاق المبدئي قد يقتصر على علاقة غير مستمرة كما في اتفاقات الاطار ، ومع ذلك فان كل تلك الفروق قد تتلاشى بحسب طبيعة العقد .

ثانيا : تمييز الاتفاق الإطاري من الوعد بالتعاقد

يتم النظر الى الاتفاق الإطاري بانه يتضمن وعدا بأبرام عقود تطبيقية فاذا كان ملزما لجانب واحد كان وعدا بالتعاقد من جهة واحد، واذا كان ملزما لجانبين كان وعدا متبادلا^(١٧). الا انه لا يمكن عد الاتفاق الإطاري وعدا بالتعاقد لأنه ليس من الأهداف الذاتية لذلك الاتفاق الزام احد الطرفين او كليهما بالتعاقد، وهو على أي حال لا يتضمن بالضرورة تحديدا لكافة العناصر الجوهرية للعقد التطبيقي الوارد مباشرة على السلعة او الخدمة^(١٨) ، وبذلك فان اتفاق الاطار ليس في ذاته وعدا بالتعاقد وانما هو اتفاق متميز عنه في أهدافه وفي محتواه^(١٩).

الفرع الأول

أنواع الاتفاق الإطاري

إن الاتفاقات الإطارية إما أن تكون اتفاقات فردية تتعلق بطرفين فقط سواء كانوا اشخاص معنوية أو طبيعية. وإما أن تكون اتفاقات جماعية وستتناول كلا النوعين عن طريق الفقرتين الآتيتين :

أولاً : الاتفاق الإطاري الفردي

إن رغبة اطراف العلاقة في تبسيط معاملاتها وانجازها على وجه السرعة وذلك عن طريق تقليص دائرة التفاوض بشأنها ، اذ لا يحبذ الأطراف فيها ابرام عقود متكررة يجري الاتفاق بشأن كل منها على حده لذلك يكون من الأفضل في تقدير أولئك الأطراف ، الاتفاق على اطار عقدي ، يحكم هذه المعاملات بصورة عامة ، اذا ما تقرر ابرامها مستقبلا وتتعدد تطبيقات هذا النوع من الاتفاقات مثل الحساب الجاري^(٢٢) ، وعمليات الفاكوتورينج^(٢٣) (عقد شراء الديون التجارية)^(٢٤) ، وكذلك عقود نقل التكنولوجيا (عقود المعلوماتية)^(٢٥)

ثانياً : الاتفاق الإطاري الجماعي

إما اتفاق الاطار الجماعي فهو الذي يربط مجموعة من الافراد بصفتهم الجماعية بفرد او مجموعة أخرى من الافراد بصفتهم الجماعية، وهذا الاتفاق ينصرف اثره ليس فقط الى من اشترك في ابرامه من افراد المجموعة وإنما الى باقي افرادها حتى من لم يشترك منهم في ابرامه باعتبار من اشترك منهم في ابرامه ممثلاً لهم او مشترطاً لصالحهم^(٢٦).

والمثال لهذ النوع من الاتفاقات الإطارية

هو عقد العمل الجماعي الذي هو عبارة عن عقد يبرم بين نقابة او أكثر من نقابات العمل او الاتحاد العام لنقابات العمال وبين واحد او أكثر من أصحاب العمل او الاتحاد الذي ينظمهم ويتضمن شروط تشغيل العمال التي هي في العادة شروط افضل من تلك التي تتضمنها شروط العمل الفردية^(٢٧) .

إلا إن في عقد العمل الجماعي يختلف اطراف الاتفاق الإطاري عن اطراف العقود التطبيقية ففي الاتفاق الإطاري يكون طرفا الاتفاق هم كل من الممثلين عن العمال كالنقابات المهنية او اتحادات العمال من جهة وصاحب العمل من جهة أخرى ، أما العقود التطبيقية فهي عقود العمل الفردية ، التي تبرم بين كل عامل على حدى وصاحب العمل ، لكن تخضع تلك العقود التطبيقية للأطر والشروط العامة التي تم الاتفاق عليها في عقد العمل الجماعي، وفي ذلك خروج عن نسبية اثار العقد، التي بمقتضاها ان العقد نسبي الأثر إذ اثاره من حقوق والتزامات تقتصر على اطرافه. لكن يمكن تحديد المركز القانوني لنقابات العمال في تلك الحالة بانها نائب عن كل عامل على حده حين ابرامه لكل عقد تطبيقي ورضاه بالخضوع للشروط العامة التي نص عليها الاتفاق الإطاري .

الفرع الثاني

أهمية الاتفاق الإطاري

إن الاتفاق الإطاري يساهم بتحقيق الغايات التي يسعى اليها الطرفان وذلك بإنشاء اطار دائم يحكم معاملتهما المستقبلية ويتصف بالمرونة بحيث يتلاءم مع الظروف الاقتصادية المتغيرة وتحققاً لذلك يلجأ الأطراف الى تضمين اتفاق

المبحث الثاني

صياغة بنود الاتفاق الإطاري وتأثيرها في العقود التطبيقية

إن الأهمية التي يتمتع بها الاتفاق الإطاري في العلاقات القانونية المستمرة وتأثيره في رسم السياسة التعاقدية لأطراف الاتفاق بما يحقق الغايات التي يسعون إليها، يؤثر بشكل مباشر على العقود التطبيقية التي تبرم على وفق الشروط العامة التي اتفق عليها الأطراف، وإن الصياغة القانونية السليمة للاتفاق الإطاري تلعب دوراً مهماً في الأطر العامة للعقود التطبيقية، فكثيراً ما يعمد الأطراف إلى الإحالة إلى بنود الاتفاق الإطاري في بعض العقود التطبيقية، وكذلك إلى تفسير بعض البنود المبهمة في الواردة في تلك العقود على ضوء بنود الاتفاق الإطاري، فضلاً عن ذلك فإن الاتفاق الإطاري بهذا الشكل يؤدي إلى تحديد نطاق العقود التطبيقية فهو لا يتناول كل ما عسى أن ينشأ من علاقات قانونية بين أطراف الاتفاق. لذلك، ومن أجل الإحاطة بهذا الموضوع سنقسم هذا المبحث على مطلبين وبالشكل الآتي:

المطلب الأول / تأثير الاتفاق الإطاري على صياغة العقود التطبيقية

المطلب الثاني / دور الاتفاق الإطاري في تحديد نطاق العقود التطبيقية

المطلب الأول

تأثير الاتفاق الإطاري على صياغة العقود التطبيقية

إن للاتفاق الإطاري ميزة وعلوية تكاد تتشابه مع علوية النصوص الدستورية على غيرها من القواعد القانونية الأخرى، وإن كل

الإطار القواعد الأساسية التي تخضع لها عقود أخرى سوف يتم إبرامها فيما بعد^(٢٨). وتحدد الإسس التي بمقتضاها يتم بحث مدى الأثر (الألزيمات) الثابتة في المستندات والوثائق ما قبل التعاقدية التي تصدرُ اثنائها. على نحو يكفل لأطرافه تحقيق معاملاتهم المتكررة على امتداد الزمن دون الحاجة إلى الاتفاقات مُقدماً على العناصر الجوهرية لكل من هذه المعاملات في التو واللحظة .

ولا يخفى عن أحد أهمية في هذه الناحية لتلك الاتفاقات التي يجريها الطرفان المتعاقدان لتحقيق أهداف المتفاوضين وفق أفضل الشروط التي تتلاءم مع إمكانياتهما المادية والبشرية والعملية ووفق ما يتناسب مع خبراتهما العلمية والعملية^(٢٩).

فضلاً عن ذلك فإن ما توديه الاتفاقات الإطارية من استقرار في المعاملات _ العقود التطبيقية _ واختصار في الوقت والجهد خصوصاً في العقود التطبيقية التي تغني الشروط الواردة في اتفاق الإطار عن ذكرها في تلك العقود .

إلا إن ذلك لا يمنع من أن يؤدي الاتفاق الإطاري إلى الجمود في العلاقة القانونية في ضوء المتغيرات الاقتصادية المستمرة، وعدم القدرة على تجاوز أطره وشروطه العامة _ وذلك بعده عقداً ملزماً لا يجوز تعديله أو إنهائه إلا باتفاق الطرفين _ خصوصاً إذا استمر لفترة طويلة من الزمن .

ينتج اثره الابد بعد التوصل لابرامه بشأن العقود الأخرى» (٣١) .

فكما ان الاعداد غير الدقيقة او غير المدروسة لتشريعات القوانين السيئة او العاجزة عن تحقيق الأمان الاجتماعي , او غير صالحة للمستقبل وقد يؤدي ذلك الامر الى إضاعة الأموال (٣٢) . كذلك الامر بالنسبة للاتفاق الإطارى الذي يجب ان تكون صياغته معبرة عن إرادة طرفيه بشكل حقيقي ، وأن تكون تلك الإرادة وواضحة حتى تكفل التطبيق السليم للعقود التطبيقية التي تبرم على أساسه .

«فكثيرا ما يعتمد اطراف الاتفاق الإطارى الى صياغة العقود التطبيقية في ضوء الأطر العامة للاتفاق الإطارى المبرم فيما بينهما , ويعمدون الى الإحالة في العقود التطبيقية الى البنود العامة الواردة في الاتفاق الإطارى ، لذلك فانه وفي هذه الحالة تندمج بنود الاتفاق الإطارى مع بنود العقود التطبيقية من هذه الناحية ، لكن هذا الاندماج قد يحصل بالنسبة لبعض العقود دون البعض الاخر» .

ومما تجدر الإشارة اليه ان المشكلة التي تواجه طرفي الاتفاق الإطارى هي مشكلة ازدواج الرضا ، خصوصا في حالة عدم كفاية ووضوح صياغة بنود الاتفاق الإطارى بالشكل الذي يلزم الطرفين في العقود التطبيقية ، لذلك فان صياغة بنود الاتفاق الإطارى بصورة واضحة تكفل التطبيق السليم للعقود التطبيقية التي تتضمن من ضمن بنودها بعض الشروط العامة للاتفاق الإطارى .

وإن الغاية الأساسية من ازدواج الرضا (أي رضا في الاطار ورضا في العقود التطبيقية كل

من اطراف الاتفاق ارتضوا أن تكون للاتفاق الإطارى تلك الميزة لتنظيم علاقات قانونية مستمرة تنشأ بينهما ، ذلك الامر يؤدي الى ان تكون لبنود الاتفاق الإطارى أهمية في تحديد صياغة بنود الاتفاق الإطارى ليس من جهة الشكل فحسب _ وإن كان لشكل الصياغة الأهمية التي لا يجب نكرانها _ وانما كذلك من جهة المضمون . لذلك سنحاول في هذا المطلب البحث في تأثير الاتفاق الإطارى في صياغة العقود التطبيقية فرعين وبالشكل الآتي :

الفرع الأول / أثر اندماج بنود العقد الإطارى مع بنود العقود التطبيقية

الفرع الثاني / تفسير العقود التطبيقية في ضوء بنود الاتفاق الإطارى

الفرع الأول

اثر اندماج بنود الاتفاق الإطارى مع بنود العقود التطبيقية

إن للصياغة القانونية السليمة لبنود الاتفاق الإطارى دورا إيجابيا يعكس بصورة مباشرة على بنود العقود التطبيقية .

ففي العمليات القانونية المعقدة التي تتطلب ابرام العديد من العقود (مثل تسليم منشأة صناعية جاهزة للتشغيل) (٣٠) ففي حالة عدم التوصل الى اتفاق بشأن بعض العقود دون البعض الاخر، يعتمد لاسيما الأطراف الى الاستعانة بالاتفاق الإطارى لجعل تلك العقود لا تقبل التجزئة وان كانت بطبيعتها تقبل التجزئة، وذلك اثناء الاتفاق الإطارى بان يتم ادراج نص في بنود الاتفاق الإطارى يشير الى انه «ما يتوصل الى ابرامه من العقود التطبيقية لا

العقد نفسه، إذ تندمج على نحو صحيح كل بنود العقد المتفق عليها ويعرف هذا الأسلوب بالدمج بطريق الإحالة^(٣٤). وذلك يعني بان بنود العقود التطبيقية سوف تندمج مع بنود الاتفاق الإطارى على نحو موحد اثناء الإحالة الى بنود الاتفاق الأخير. وهنا تظهر أهمية الصياغة الواضحة والصريحة لكلا العقدين وان كان للاتفاق الإطارى الأهمية الأسبق على عد أنه يسبق العقود التطبيقية، لذلك يجب ان تكون العمومية التي تصاغ فيها عبارات وبنود الاتفاق الإطارى، تتفق مع المتغيرات التي تحصل حين ابرام العقود التطبيقية لكي تتشكل تلك الوحدة ولكي تكون الإحالة محققة لغايتها.

فالصياغة القانونية للعقد التي يعبر عنها بانها (الاداة القانونية التي يجري بمقتضاها نقل التفكير القانوني من الحيز الداخلي الى الحيز الخارجي والتي تكون إدارة للتعبير عن فكرة كامنة لتصبح حقيقة اجتماعية يجري التعامل على أساسها، فالصياغة العقدية تكون بالتعبير عما يريده اطرافه بطريقة تنقل المعنى المراد مما يقيم تواملا بينهم)^(٣٥). لذلك يجب ان يؤخذ بعين الاعتبار الدقة والتحديد والاحاطة بكل جوانب العلاقات القانونية التي تنشأ تنفيذاً للاتفاق الإطارى وذلك عن طريق العقود التطبيقية التي تبرم تنفيذاً لذلك الاتفاق.

ويجب أن يستشرف الاتفاق الإطارى كل ما يمكن ان يحدث عند ابرام العقود التطبيقية على سبيل المثال قد تتم الإحالة الى بنود الاتفاق الإطارى فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق او طريق حل المنازعات، فالتحكيم وهو أسلوب لحل المنازعات غالباً ما يتم اللجوء اليه

مستقلاً عن الاخر) في اتفاق الأطار هي إضفاء قدر من المرونة على التزامات اطرافه ومنها بوجه خاص ابرام العقود التطبيقية المندرجة ضمنه ولاسيما اذا كان طرفيه مجهلان احتياجهما المستقبلية، لذلك فان اتفاق الاطار يتطلب رضاء مستقلاً لانعقاده كما يتطلب في وقت لاحق على ابرامه رضاء جديدا بشأن كل عقد تطبيقي يبرم تنفيذا له وهذا هو الرضا المزدوج في اتفاق الاطار، ويترتب على هذا الامر: إن العبرة تكون للعقد التطبيقي لا للاتفاق الإطارى عندما لا يتطابق العقدان او عندما يتنافر العقد التطبيقي مع الاتفاق الإطارى في محله او في سببه او احد اوصافه^(٣٦). الا ان الامر لا يتطلب رضاً جديداً في العقود التطبيقية المبرمة تنفيذاً للاتفاق الإطارى اذا توفر رضاً صريح في الاتفاق الإطارى الذي ابرمت على أساسه تلك العقود حول كافة العناصر الجوهرية للعقد التطبيقي، او تم الإحالة بصورة صريحة في العقد التطبيقي الى بعض العناصر الواردة في الاتفاق الإطارى، بحيث تشكل تلك العناصر الواردة في الاتفاق الأخير وحدة واحدة مع عناصر العقد التطبيقي، ويضاف الى ذلك الامر شرط اخر مفروغ منه اتحاد طرفي العقد الإطارى مع طرفي الاتفاق التطبيقي، ففي حالة اختلافهما فان ذلك يتطلب ان يتم التراضي في العقود التطبيقية مستقلاً عن التراضي في العقود التطبيقية المبرمة تنفيذاً له.

ففي عقد الاطار الذي يتضمن سلسلة من الطلبات المنفصلة التي تتضمن عمليات تعاقدية لتنفيذ اعمال او القيام بخدمات معينة، ضمن مجموعة الاعمال والخدمات المتفق القيام بها مسبقاً، فمن الضروري من وجهة النظر التعاقدية ان تشير هذه الطلبات الى

في المنازعات التجارية والتي تتضمن عنصرًا اجنبيًا ، إذ يفضل الطرف الأجنبي التحكيم على أن يخضع للقضاء الوطني للحيادية التي يتمتع بها هذا النظام القانوني لحل المنازعات، فعندما يحدث نزاع بمناسبة أحد العقود التطبيقية التي أبرمت تنفيذًا للاتفاق الإطاري تتم الإحالة إلى ذلك الاتفاق لكن يجب أن تكون تلك الإحالة واضحة وصريحة ولا ليس فيها إذ يندمج ذلك الشرط مع بنود العقد التطبيقي^(٣٦).

الفرع الثاني

تفسير العقود التطبيقية في ضوء بنود الاتفاق الإطاري

تكون لإرادة أطراف الاتفاق الإطاري دور إيجابي في وضوح عبارات ذلك الاتفاق وغموضها ، فالتعبير عن الإرادة كلما كان واضحًا كلما سهل على أطرافه تنفيذ بنود اتفاقهم ، وجنبهم في نفس الوقت المنازعة واللجوء إلى قواعد التفسير ، إلا إن الوضوح يتطلب كذلك الانسجام في صياغة بنود العقد، وهذا الانسجام يتحقق في حالة عدم وجود تناقض بين بنود العقد.

وإذا كانت إرادة المتعاقدين واضحة من التعبير الذي اختاره الطرفان فلا يجوز للقاضي أن يعدل عن هذه الإرادة إلى إرادة أخرى بفرض أنها الإرادة الحقيقية للمتعاقدين، فالقاعدة الجوهرية في تفسير العقد هي احترام إرادة المتعاقدين طبقًا لمبدأ سلطان الإرادة ، فيهدف التفسير إلى تحديد معنى النصوص الواردة في العقد وبيان مدلولها ، فتفسير العقد هو تحديد لما انصرفت إليه الإرادة المشتركة للمتعاقدين^(٣٧).

وتنص المادة ١٥٥ من القانون المدني العراقي على أنه : ((١ - العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني. ٢ - على أن الأصل في الكلام الحقيقة أما إذا تعذرت الحقيقة فيصير إلى المجاز.))

إذ تنص المادة ١٥٠ من القانون المدني المصري بأنه : ((١ . إذا كانت عبارات العقد واضحة ، فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها ، للتعرف على إرادة المتعاقدين . ٢ . أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف على المعنى الحرفي للألفاظ ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل ، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين ، وفقا للعرف الجاري في المعاملات))^(٣٨).

وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن لمحكمة الموضوع في تفسير صيغ العقود والشروط والصيغ المختلف عليها، بما تراه هي أوفى بمقصود المتعاقدين ، مستعينة بذلك بجميع ظروف الدعوى وملابساتها ، ولها بهذه السلطة أن تعدل عن المدلول الظاهر لهذه الصيغ المختلف على معناها إلى خلافه بشرط أن تبين في أسباب حكمها لم عدلت عنه، وكيف أفادت تلك الصيغ المعنى الذي اقتنعت به، ورجحت أنه هو مقصود العاقدين^(٣٩) نرى أنه لمن المناسب أن نستعرض ما قضت به محكمة النقض المصرية في أحد قراراتها الذي جاء في حيثياته : ((.... إذا كانت المحكمة قد تبينت من أقوال طرفي الخصومة ومناقشتها بالجلسة ومن مختلف المستندات والفواتير والدفاتر المقدمة، أن التعامل بين الطرفين قد جرى عن طريق البيع على الوجه (البيع

الطرفين وإن كان شائكا بعض الشيء إلا إنه ليس بالأمر العسير ، فالاتفاق الإطاري يتضمن اطارا عام لألية ابرام وتنفيذ عقود مستقبلية بين طرفين ولا يعتبر جزء من أي عقد تطبيقي وان كان يتضمن عناصر بعض تلك العقود ، فهو غير مقصود لذاته باعتباره غاية ، وانما وسيلة يتم اللجوء إليها ، وذلك على خلاف العقود الجزئية التي تبرم اثناء مرحلة المفاوضات التي يتم الاتفاق على عناصرها الجوهرية والتي تكون جزء من عقد يتم التفاوض عليه لم يتم الاتفاق على كل عناصره وانما تم الاتفاق على بعض هذه العناصر وصياغتها على شكل عقد جزئي، وإن هذا العقد الجزئي يمكن يعتبر غاية بحد ذاته .

فضلا عن ذلك فقد يتبادل الطرفان مجموعة من الوثائق قبل ابرام العقد النهائي تعبيرا عن نيتهما في ابرام والدخول في عملية تعاقدية ، فما يطلق عليه خطاب النوايا الذي يتدرج من كونه اعلان عن النوايا الى تجسيد لاتفاقات منجزة قامت بين طرفي العقد النهائي قبل ابرامه مما يسمح الخطاب بإنجازها او تجسيدها لاتفاقات معلقة لا تصبح عقدا ملزما الا بعد تحقق بعض الشروط ، مثل الحصول على موافقات رسمية او التمويل او التامين على المشروع وغيرها^(٤١) .

فاذا أراد طرفا العقود التطبيقية التي ابرمت تنفيذا للاتفاق الإطاري تجنب صعوبة اختلاط ذلك الاتفاق مع غيره وتجنب النزاع في ذلك الامر هو أن يتم الاتفاق في كل عقد تطبيقي يتم ابرامه تنفيذا للاتفاق الإطاري بان يكون الأخير هو المرجع في تفسير العقد عند حدوث نزاع بين طرفين بمناسبة تنفذ ذلك العقد التطبيقي /

بالكونترات) وأنه قد جرى كذلك بأطراد على قاعدة الفواتير المفتوحة ((أي تسليم البضاعة مع التراخي في دفع الثمن)) وان الصفقة محل النزاع أدرجت ضمن ماتم بينهما من معاملات سابقة على أساس هذه الطريقة وانه لم يحصل باتفاق خاص على استثناء هذه الصفقة من ذلك الطريق (الكونتر) او تلك القاعدة (الفواتير المفتوحة)، فلا مخالفة لذلك في القانون، إذا هي اجرت على الصفقة المذكورة حكم ما اتفق عيه الطرفان في الاتفاق المسبق العام، فلا عليها اذا إن هي اطرحت العرف التجاري اخذاً، بالاتفاق المذكور

لذلك فان الاتفاق الإطاري سيصبح مرجعا لتفسير الغموض الذي يعتري تطبيق العقود التطبيقية التي ابرمت بين الطرفين انفسهم حتى وان لم تتم الإشارة والاحالة له ، على عد أن العملية القانونية التي تمت بين الطرفين تتشكل من وحدة واحدة يعلوها اتفاق الاطار وتدرج بما هو ادنى من ذلك الاتفاق العقود التطبيقية التي ابرمت تنفيذا له.

وتتجلى أهمية تفسير العقود التطبيقية في ضوء الاتفاق الإطاري في تحديد الوثيقة النهائية التي اتخذت شكل ذلك الاتفاق ومن سائر الوثائق التي تبادلها الطرفان اثناء مرحلة المفاوضات فعندما تعرض الحاجة لتفسير عقد تطبيقي معين فان الجهة المكلفة بالفصل بالنزاع لا تتقيد بمضمون الوثيقة النهائية للعقد المبرم بين الطرفين عندما يجدها عاجزة عن تقديم كل الأجوبة التي يتطلبها الفصل في النزاع وربما تلجا الجهة المكلفة بالفصل بالنزاع الى تغليب احد تلك الوثائق على في تفسير العقد على العقد نفسه^(٤٢) . لكن التفرقة بين الوثائق المتبادلة بين

وقد يكون الامر بصورة معكوسة بان يتم في الاتفاق الإطاري النص على ان يكون هو المرجع في تفسير العقود التطبيقية .

فأطراف الاتفاق الإطاري يتمتعون بحرية واسعة في ادراج شروط تتناول بعض العناصر الموضوعية اللازمة لانعقاد العقود التطبيقية ، ولكن لا يجوز باي حال من الأحوال أن يتسع هذا الاتفاق ليشمل جميع هذه العناصر ، والا زال عنه وصف اتفاق الاطار وصار عقدا واحدا^(٤٢).

فالعقد الذي يتضمن كافة العناصر الجوهرية لعلمية للعقد المراد ابرامه لا يمكن عده اتفاقا اطاريا لأنه لا يتضمن ابرام عقود تطبيقية مستقبلية تبرم تنفيذا له وانما يعد عقدا قائما بذاته ولا يحتاج الأطراف الى تراضي اخر على ابرامه.

المطلب الثاني

دور الاتفاق الإطاري في تحديد نطاق العقود التطبيقية

إن الاتفاق الإطاري هو الذي يقوم بتحديد نطاق العقود التطبيقية التي تبرم تنفيذا له ، لكن ذلك لا يعني بان ذلك الاتفاق يحد من حرية الأطراف التي اشتركت في ابرامه من ابرام عقود لم يتم التطرق لعناصرها في ذلك الاتفاق . هذا من جهة ومن جهة أخرى فالقاعدة العامة في الاتفاق الإطاري انه لا ينشئ التزاما على عاتق اطرافه بأبرام العقود التطبيقية وانما ينحصر دور ذلك الاتفاق في تحديد القواعد العامة لكيفية أبرام تلك العقود الا اذا تضمن العكس ، أي ينشئ على عاتق اطرافه التزاما بأبرام العقود التطبيقية .

وتتنوع الالتزامات التي يجب تنفيذها قبل ابرام العقود المستقبلية (التطبيقية) بحسب ما فيها اذا كانت تقرر التزاما بإبرام هذه العقود ام لا تقرر ذلك ، ففي عقد الاطار الذي لا يتضمن التزاما بإبرام العقود التطبيقية المستقبلية تهدف الالتزامات السابقة الى إيجاد تعاون يقودها الى ابرام هذه العقود ، كالاتزام بتقديم الضمانات على سبيل المثال ، وان ذلك الامر يعد خطوة نحو ابرام العقد^(٤٣).

فالاتفاق الإطاري يؤدي دورا جوهريا ورئيسا في مرحلة تنفيذ العقود التطبيقية من جهة تحديد نطاقها . وبما أن العقود هي حقوق شخصية تتمتع بالتأقيت لابد ان تنقضي بانقضاء الاجل المحدد لها ، لذلك سنتناول هذا المطلب على فرعين وبالشكل الاتي :

الفرع الأول / تأثير الاتفاق الإطاري في مرحلة تنفيذ العقود التطبيقية

الفرع الثاني / انقضاء الاتفاق الإطاري وأثار ذلك على العقود التطبيقية

الفرع الأول

تأثير الاتفاق الإطاري في مرحلة تنفيذ العقود التطبيقية

ينشئ الاتفاق الإطاري على عاتق طرفيه مجموعة من الالتزامات الإيجابية والسلبية والتي تتعلق بأبرام وتنفيذ العقود التطبيقية المتوقع ابرامها بينهما في المستقبل ، فإما عن الالتزامات الإيجابية تختلف باختلاف الحالات ومن ذلك ان يتم الاتفاق على أن مجرد السكوت عن الرد مدة معينة يعد بمثابة قبول ، او اذا نص في الاتفاق الإطاري أن العقود التي تبرم

ويجب ان يتم تنفيذها في ضوء الشروط التي تم ادراجها في ذلك الاتفاق والافان الطرف الذي لا يلتزم بتلك الشروط يعتبر مخلا بالتزامه العقدي في الاتفاق الإطاري ، مما يتيح للطرف الاخر اللجوء الى التنفيذ العيني لبنود الاتفاق الإطاري، وفسخ العقد مع التعويض ان أصابه ضرر جراء ذلك الاخلال (٤٧)

الفرع الثاني

انقضاء الاتفاق الإطاري وأثر ذلك على العقود التطبيقية

ان العقود بشكل عام تنقضي بالوفاء او بما يعادل الوفاء او تنقضي بدون وفاء، فالوفاء بالالتزام هو الطريق الطبيعي لانقضاء الالتزام لأنه تنفيذ لما التزم به المدين تنفيذا عينياً اما انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء فيكون بالوفاء بمقابل والتجديد والمقاصة واتحاد الذمة اما انقضاء الالتزام دون وفاء فيكون بالإبراء واستحالة التنفيذ والتقدم أي مرور الزمان المانع من سماع الدعوى (٤٨) .

يعد الاتفاق الإطاري محدد المدة إذا اتفق الطرفان على تحديد مدة له فينقضي بانقضاء تلك المدة دون الحاجة الى اتخاذ أي إجراء أي بدون توجيه اذار سابق من أحد الطرفين. ولكن من الممكن ان يتضمن العقد الاتفاق على تمديده. كما يمكن للطرفين حال انتهاء المدة الاتفاق على تجديده بنفس الشروط السابقة او بشروط مغايرة وقد يكون الاتفاق على تجديد المدة صريحا او ضمناً اذا اتفق الطرفان على الاستمرار في الاتفاق الإطاري ينعقد لمدة غير محددة مالم يتفق الطرفان صراحة على غير ذلك (٤٩)، لكن في هذه الحالة _ أي ان الاتفاق

تحت هذا الاطار لا تستلزم الشكلية ويجوز اثباتها بأي وسيلة، ومن ذلك أيضا تحديد عنصر او اخر من عناصر الجوهرية اما الالتزامات السلبيه ، فيمكن ان تتعدد بدورها مثل الزام احد الطرفين بقصر تعامله بالسلعة او الخدمة على الطرف الاخر او على دائرة الأشخاص المرتبطين به (٤٤).

لكن يجب ملاحظة ان الاتفاق الإطاري لا ينشئ التزاما على عاتق طرفيه بأبرام العقود التطبيقية فتلك العقود تحتاج الى تراضي مستقل على عاتق أطرافها ، فاذا تضمن الاتفاق الإطاري مثل ذلك الامر فانه يتضمن وعد بالتعاقد ملزم لجانب واحد او لجانبين ، ويجب ان يتضمن كذلك كافة العناصر الجوهرية للعقد المراد ابرامه، والا كان الوعد بالتعاقد باطلا (٤٥) ، وذلك امر يخالف - حسب ما نرى- مفهوم ذلك الاتفاق الذي يتضمن الأطر العامة (FRAMWORK) للعقود التطبيقية كألية ابرامها الى مرحلة تنفيذها .

لذلك فان الأصل ان تنصب الشروط الواردة في الاتفاق الإطاري على المسائل الثانوية في العقود التطبيقية سواء تلك التي تتعلق بأبرام تلك العقود ام بطريقة تنفيذها ويجوز ان يتناول الاتفاق الإطاري جزء من مضمون هذه العقود أي بتحديد بعض العناصر الموضوعية اللازمة للانعقاد لذلك فان الأطراف يتمتعان وقت ابرام الاتفاق الإطاري بحرية في ادراج شروط تتناول بعض العناصر الموضوعية اللازمة لانعقاد العقود المستقبلية وليس كل العناصر (٤٦).

فالاتفاق الإطاري يمكن القول عنه انه يلعب دورا لائحيا في ابرام وتنفيذ العقود التطبيقية، فتلك العقود يجب تبرم تنفيذا للاتفاق الإطاري

الإطارى ينعد لمدة غير محددة _ يجب أن يتضمن الاتفاق الإطارى على الية معينة لأنهاء بان يتضمن شرطاً يقضى بان الطرف الذى يريد إنهاء العقد بإعلام الطرف الأخر بذلك أثناء مدة معينة يتم تحديدها .

وهناك راي فى الفقه يذهب الى أن اتفاق الأطار ليس بطبيعته قائم على الاعتبار الشخصى ومن ثم ليس هنالك ما يحول دون تنازل احد طرفيه عنه للغير وذلك لأنه أكثر ارتباطاً بالمشروع الذى يمثله كل من الطرفين، وإنه كثيراً ما تتضمن اتفاقات الأطار شروطاً تتعلق بذلك الانتقال^(٥٠) . إلا أن هذا الراي لا يمكن الأخذ به على إطلاقه وذلك لأنه ان لم تكن العلاقة قائمة على الاعتبار الشخصى لما لجا الأطراف الى تنظيمها أطارياً بعقد يدوم لمدة طويلة غالباً.

تجدد الإشارة كذلك بان الاتفاق الإطارى قد ينقضى قبل إتمام العقود التطبيقية التى تنفذ بموجب الشروط العامة التى تم التعاقد والاتفاق عليها فى الاتفاق الإطارى .

وإن السؤال الذى يطرح هنا هل أن تلك الشروط التى تم التعاقد عليها فى الاتفاق الإطارى والتى تتعلق بإبرام وتنفيذ العقود التطبيقية تستمر وتكون قابلة للتطبيق حتى مع انقضاء مفعول الاتفاق الإطارى ؟

للجواب على هذا السؤال يجب التمييز بين امرين على درجة من الأهمية ، أولهما انه فى حالة عدم تضمن العقود التطبيقية بند يقضى بالإحالة على تلك الشروط الواردة بالاتفاق الإطارى فإنه لا يمكن القول باستمرار سريان تلك الشروط على العقد التطبيقى إذ إن تلك الشروط فى هذه الحالة تندمج مع بنود العقد

التطبيقى وتصبح كتلة واحدة لا يمكن تجزئتها .
أما فى حالة عدم الإحالة على تلك الشروط فإنه لا يمكن القول باستمرار سريانها على العقود التطبيقية بعد انقضاء الاتفاق الإطارى حتى وإن كانت تلك الشروط تتعرض الى بعض العناصر للعقود ، فى هذه الحالة يجب أن نعد أن العقود التطبيقية قد انحلت عنها قيد العلوية والأسبقية التى يتمتع بها الاتفاق الإطارى .

الخاتمة

بعد الانتهاء من البحث فى دور الاتفاق الإطارى فى صياغة العقد وتحديد نطاقه توصلنا الى عدد من النتائج والمقترحات التى نسوقها على النحو الآتى :

١. إن الاتفاق الإطارى يشكل مع العقود التطبيقية مجموعة عقدية واحدة يعلوها الاتفاق الإطارى وتكون العقود التطبيقية بمنزلة ادنى منه إذ يجب ان تيرم تلك العقود فى ضوء ذلك الاتفاق .

٢. إن عقد الإطار يهدف إلى تنظيم علاقات تستمر لمدة طويلة تتخللها معاملات متكررة بين الطرفين مستقبلاً ، وتتطلب إبرام عقود عديدة وذلك بإخضاعها لقواعد واحدة فتصبح عقوداً مستقبلية . وبعد عقد الإطار عقداً نهائياً وليس تمهيدياً فلا يتسم بطابع وقتى وهذا يعنى أن كل عقد يبرم تطبيقاً له فإنه يعد مكملاً لعقد الإطار فهما يكونان معاً مجموعة عقدية مترابطة بالأصل فهى لا تجعل منهما عقداً واحداً مستمراً . وأخيراً لا بد من الإشارة إلى أن عقد الإطار يخضع للقواعد العامة للعقد فهذه القواعد لها من المرونة ما يكفى لاستيعاب هذه الفكرة .

قانوني يتطرق الى الية تلك العقود وينظمها على نحو يسمح للأطراف الاستعانة بها في تنظيم معاملاتهم القانونية المستمرة.

٣. أن القانون العراقي يخلو من أي إشارة للمفاوضات العقدية على الرغم من ان غالبية العقود لا تبرم في الوقت الحاضر الى بعد مرورها بتلك المرحلة لذلك فان وجود نصوص في القانون المدني العراقي تنظم تلك المرحلة المهمة من مراحل العقد وتحدد طبيعته القانون امر مهم في الحفاظ على حقوق الافراد وصيانتها.

الهوامش

١- الدكتور صدام فيصل كوكز المحمدي : اتفاقات الاطار (دراسة في اليات التعاقد المنظمة للعلاقات القانونية المستمرة) دراسة مقارنة في القانون الخاص ، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة النهرين، ٢٠٠٦ ، ص ١٣-١٤.

٢- يميل البعض الى التمييز بين الاتفاق والعقد فيرون ان الاتفاق اعم من العقد ، فالاتفاق هو توافق ارادتين على انشاء التزام او نقله او تعديله او انهاءه ، ومثال ذلك اتفاق على انشاء الالتزام في عقد البيع الذي ينشئ التزامات على عاتق كل ممن البائع والمشتري ومثال الالتزام على نقل الالتزام الحوالة ، ومثال الالتزام على تعديل الالتزام الاتفاق على إضافة اجل الى الالتزام. اما العقد فهو الاتفاق على انشاء التزام او نقله ، فهو اخص من الاتفاق ، وهو بالنسبة اليه كالنوع من الجنس، وعليه فكل عقد هو اتفاق ، اما الاتفاق فلا يكون عقدا ، الا اذا كان منشأ للالتزام او ناقلا له ، فاذا كان يعدل الالتزام او ينهيه فهو ليس عقدا . لكن غالبية الفقهاء لا يرون أهمية لهذا التمييز لذلك لم تأخذ به ، وكذلك فعلت القوانين المدنية الحديثة وعليه يعد الاتفاق والعقد في الوقت الحاضر مترادفين في المعنى.

انظر: الدكتور عبد المجيد الحكيم : الوسيط في نظرية

٣. إن الاتفاق الإطاري لا ينشئ التزاما على عاتق أطرافه بالتعاقد و ابرام العقود التطبيقية الا اذا تضمن خلاف ذلك ، إذ إنه يتضمن تحديد اطر العلاقة المستقبلية بين اطراف العقود التطبيقية المستقبلية تحقيقا للأمان القانوني الذي ينشده طرف العلاقة

٤. إن للاتفاق الإطاري نظام قانوني متميز عن المفاوضات العقدية وغيره من الأنظمة القانونية الأخرى لكونه يعبر عن إرادة طرفيه في تحديد اطر العلاقات القانونية المستقبلية التي تنشأ بينهم، فيختلف ذلك لاتفاق عن العقود التطبيقية من جهة المحل في ان الاتفاق الإطاري محلة ابرام وتنفيذ العقود التطبيقية المستقبلية . اما العقود التطبيقية فمحلهما قد يكون تجهيز سلع وخدمات غير ذلك .

٥. إن الاتفاق الإطاري يؤثر على العقود التطبيقية من جهة حيث تحديد حرية الأطراف في الية ابرام تلك العقود وتنفيذها , اذ يجب عليهم ان يتقيدوا بالشروط العامة التي وردت في الاتفاق الإطاري .

المقترحات

١. إن التشريع الإطاري يخلو من أي تنظيم لهذا النوع من الاتفاقات لكن ذلك لا يعد مثلبة على المشرع العراقي لكون هذه الاتفاق يخضع للقواعد العامة الواردة في القانون المدني العراقي.

٢. إن العقود التجارية الواردة في القانون التجاري العراقي كعقد الحساب الجاري والاعتمادات المصرفية من الممكن أن تكون ساحة خصبة لتطبيق واعمال مثل هذه الاتفاقات لذلك نرى بانه من المستحسن أن يوجد نظام

ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة النهرين ، ٢٠٠٤
ص ٩١-٩٢ ،

١٢ - ام كلثوم صبيح محمد : المفاوضات الممهدة للتعاقد
(ماهيتها واحكامها دراسة مقرنة بين الواقع العملي
والفراغ التشريعي) ، بحث منشور في مجلة كلية
الحقوق ، جامعة النهرين ، المجلد ١٦ ، الإصدار ٣
، سنة ٢٠١٤ ، ص ٢٨٥ .

١٣ - فعقد التزويد بالمعلوماتية كما قد تتعدد العقود
التطبيقية المبرمة بموجبية كذلك قد تتعدد العمليات
التي ينصّب عليها محل هذا العقد. ومثال ذلك
عقد الترخيص، وبموجبه يرخص المجهز للمتلقي
باستغلال براءة اختراع ثم يعقبا التزام المرخص
بتدريب عمال المتلقي على تشغيل هذا المخترع
والاستفادة من تطبيقاته الصناعية المختلفة وتنمية
قابلياتهم العقلية وقدراتهم الذهنية على التعامل مع
السيطرة والتحكم بهذه الاجهزة.

١٤ - الدكتور : اكرم فاضل سعيد قصير، د. طالب
محمد جواد عباس : المعين في دراسة المسؤولية
الناشئة عن تطبيقات الحاسوب واستخداماته ، مكتبة
السنهوري ، بغداد ، ٢٠١٥ ، ص ١٨١ .

١٥ - سليمان براك دايع الجميلي : المفاوضات العقدية)
دراسة مقارنة) ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق ،
جامعة النهرين ، ١٩٩٨ ، ص ٥ .

١٦ - هيلان عدنان احمد محمد الجبوري : مصدر سابق
، ص ٨٢ .

١٧ - الدكتور صدام فيصل كوكز المحمدي : مصدر
سابق ، ص ٢٥ .

إن احد المتعاقدين قد لا يستطيع ابرام عقد في الحال
فيحتفظ لنفسه بحق ابرامه اثناء فترة معينة وهذا ما
يطلق بالوعد بالتعاقد ، ويكون ملزما لجهة واحدة،
وقد لا يستطيع كلا الطرفين ان يبرما العقد في الحال
فيحتفظ كل منهما لنفسه بحق ابرامه اثناء مدة معينة
وهذا ما يسمى بالاتفاق الابتدائي ، ويكون ملزما
لجانبيين .

انظر : د. عبد المجيد الحكيم : الموجز في شرح القانون

العقد (الجزء الأول) ، شركة الطبع والنشر الاهلية ،
بغداد، ١٩٦٧ ، ص ٦٢-٦٣ .

٣- د. مصطفى محمد الجمال : السعي الى التعاقد في
القانون المقارن ، منشورات الحلبي الحقوقية ،
بيروت، الطبعة الأولى ، ٢٠٠٢ ، ص ٢٨١-٢٨٢ .

٤- د. جعفر محمد جواد الفضلي: عقد الاطار (دراسة
تحليلية) ، بحث منشور في مجلة الراصد للحقوق ،
مجلد ٨ ، السنة الحادية عشر ، عدد ٢٨ ، سنة
٢٠٠٦ ، ص ٣ وما بعدها .

فالنظرية اللانحوية من جهة انها اعمال قانونية صادرة
من جهتين وهي العقود وتتم نتيجة اتفاق بين الإدارة
والافراد او بين الهيئات الإدارية نفسها ، اما الاعمال
القانونية الصادرة من جهة واحدة بالإرادة المنفردة
وتشمل الاعمال والقرارات الإدارية وهي نوعين
قرارات إدارية فردية ، وقرارات إدارية تنظيمية
او ما يسمى باللوائح (الأنظمة والتعليمات ... الخ) .

انظر: د. علي محمد بدير ، د. عصام عبد الوهاب
البرزنجي، د. محمد ياسين السلامي : مبادئ
واحكام القانون الإداري ، مكتبة السنهوري ، بغداد
، ٢٠١١ ، ص ٤١٢ .

٥- د. جعفر محمد جواد الفضلي: المصدر السابق ، ص
٣ .

٦- الدكتور صدام فيصل كوكز المحمدي: مصدر
سابق، ص ٢٢ .

٧- د. عبد المجيد الحكيم : الوسيط في نظرية العقد ،
مصدر سابق ، ص ٧٦ . ويقابل هذا النص المادة
١٤٦ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة
١٩٥١ التي تنص على انه : ((١ . اذا نفذ العقد
كان لازما ولا يجوز لاحد العاقدين الرجوع عنه ولا
تعديله الا بمقتضى نص في القانون او بالتراضي)) .

٨- الدكتور : صدام فيصل كوكز المحمدي: مصدر سابق
، ص ٢١٠ .

٩- د. جعفر محمد جواد الفضلي : مصدر سابق ، ص ١

١٠- د. مصطفى محمد الجمال : مصدر سابق، ص ٢٨٢ .

١١- هيلان عدنان احمد محمد الجبوري : الاتفاقات
السابقة على التعاقد (دراسة مقارنة) ، رسالة

٢٤- إذ إنه في عمليات الفاكورينغ غالبا ما يكون هنالك اتفاق اطارى بين مؤسسة الفاكورينغ وبين بائع الديون لتقديم خدمات استشارية وإدارية وفنية، وكذلك الامر بالنسبة للتوريق المصرفي للديون حيث غالبا ما ترتبط شركة التوريق باتفاق اطارى مع المصرف البادئ بعملية التوريق، لغرض تنظيم العلاقات القانونية المستقبلية التي تنشأ بينهم وتحديد الأطر العامة للتعاقد .

انظر علي حسن باتول : النظام القانوني للتوريق المصرفي للديون (دراسة قانونية مقارنة) ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة النهريين ، ٢٠١٧ ، ص ٢٨ .

٢٥- الدكتور : اكرم فاضل سعيد قصير ، د. طالب محمد جواد عباس : مصدر سابق ، ص ١٨٢ .

٢٦- د. مصطفى محمد الجمال : مصدر سابق ، ٢٧٨ . ان الاشتراط لمصلحة الخير يكون قاصرا على الحقوق التي تنتقل ن عقد بين المشتراط المتعهد والالاتعدها الى الالتزامات حيث انه في العقود التطبيقية تنشأ التزامات متبادلة بين صاحب العمل والعامل الذي يسري عليه او يستفيد من الاتفاق الإطاري.

٢٧- وعود كاتب عبد عباس الانباري : عقد العمل الجماعي في القانون العراقي (دراسة مقارنة) ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة النهريين ، ٢٠٠٦ ، ص ٥ . انظر كذلك تعريف عقد العمل الجماعي في المادة ١٤٧ من قانون العمل العراقي رقم ١٧ لسنة ١٩٨٧ المعدل النافذ .

٢٨- الدكتور صدام فيصل كوكز المحمدي : مصدر سابق ، ص ١٤ .

٢٩- الدكتور : اكرم فاضل سعيد قصير ، د. طالب محمد جواد عباس : مصدر سابق ، ص ١٨٥ .

٣٠- إن المثال المهم عن تلك العمليات القانونية المعقدة هو في عقود البوت (B.O.T) التي تعني اختصارا build operate and transfer عقود البناء والتشغيل والتحويل، حيث تقوم الحكومة بالتعاقد

المدني (مصادر الالتزام) ، المكتبة القانونية ، بغداد ، بدون سنة نشر ، ص ١١١ .

١٨- حيث تنص المادة ٩١ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ بانه ((١_ الاتفاق الابتدائي الذي يتعهد به كلا المتعاقدين او احدهما بأبرام عقد في المستقبل لا يكون صحيحا الا اذا حددت المسائل الجوهرية للعقد المراد ابرامه والمدة التي يجب ان يبرم فيها . ٢_ اذا اشترط القانون للعقد استيفاء شكل معين فهذا الشكل يجب تجب مراعاته أيضا في الاتفاق الابتدائي الذي يتضمن وعدا بأبرام هذا العقد)) .

١٩- مصطفى محمد الجمال : مصدر سابق: ص ٢٨٣ .

٢٠- د. عبد المجيد الحكيم ، الأستاذ عبد الباقي البكري ، الأستاذ المساعد محمد طه البشير : الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي (الجزء الأول) ، المكتبة القانونية ، بغداد ، بدون سنة نشر ، ص ٢٨ .

٢١- فقد قضت محكمة النقض الفرنسية ببطان العقد المنظم للتعاقد (الاتفاق الإطاري) الذي يسمى في فرنسا بالاطر العام وذلك لعدم تعيين محله تعيين نافيا للجهالة إذ جاء في حكمها ، إن القاعدة العامة في محل العقد أن يكون معيناً او قابل للتعيين ومن ثم يبطل أي عقد لم يحدد الثمن والكميات ولم يجعلها قابلة للتعيين سواء أكان بيعاً مباشراً او بيعاً تنفيذياً لعقد من عقود الاطار . انظر : هيلان عدنان احمد محمد الجبوري : مصدر سابق ، ص ٩٢ .

٢٢- الدكتور صدام فيصل كوكز المحمدي : مصدر سابق ، ص ٣٧

٢٣- عقد الفاكورينغ بأنه: «هو ذلك العقد الذي يتم بمقتضاه نقل ملكية حقوق أحد التجار أو المنتجين، إلى أحد البنوك أو المؤسسات المالية المسموح لها بمباشرة هذا النشاط مع ضمان هذا الأخير الوفاء بقيمة الديون وعدم الرجوع على التاجر أو المنتج بأي شيء إذا فشل في استيفاء هذه الحقوق، كما يلتزم التاجر بموجب العقد بتقديم التسهيلات اللازمة للبنك أو المؤسسة لتحقيق الهدف الأساسي من هذا العقد وهو التحصيل

مع المستثمر الخاص على بناء المشروع او المرفق العام ثم تتخلى عن ملكيته للحكومة من قبل المستثمر التي تبرم معه عقد اخر لإدارة وتشغيل المشروع اثناء مدة الامتياز ، وذلك مقابل الحصول على إيرادات التشغيل ، ومن ثم تصبح الحكومة مالكة منذ البداية للمشروع، فذلك النوع من العقود يتطلب ابرام العديد من العقود فيما بين الطرفين ومع جهات أخرى للحصول على التمويل ، لذلك غالبا ما يكون هنالك اتفاق اطاري على تنظيم تلك العملية القانونية بالشكل الذي يودي الى ديمومة العلاقة القانونية بين الطرفين ، خصوصا وان ذلك النوع يتعلق بعلاقات قانونية متعددة الروابط .

انظر . د. عبد الفتاح بيومي حجازي : عقود البوت في القانون المقارن ، دار الكتب القانونية، مصر ، ٢٠٠٨ ، ص ٤٨ .

٣١- د. احمد شريف الدين : أصول الصياغة القانونية للعقود (تصميم العقد) ، بدون دار نشر ، ص ٨٤ .

٣٢- انظر . دليل الصياغة التشريعية الصادر عن مجلس النواب العراقي ، ٢٠١٤ ، ص ١٩ .

٣٣- الدكتور اكرم فاضل سعيد ، د. طالب محمد جواد عباس : أهمية المفاوضات في ابرام اتفاق المعلوماتية الإطاري والعقود التطبيقية المنضوية تحته ، بحث منشور في مجلة الحقوق الجامعة المستنصرية ، مجلد ٤ ، سنة ٢٠١٢ ، ص ٢٠ وما بعدها .

٣٤- محمد محمود صبرة : صياغة العقود بالعربية والإنكليزية واثار ذلك في كسب الدعوى ، بدون دار نشر ، ٢٠١٥ ، ص ٦٠ .

٣٥- د . احمد شريف الدين : مصدر سابق، ص ١٤ .

٣٦- فالحاجة العملية جعلت من العسير إعادة كتابة العقود المطولة المشتتة على التحكيم بين اطراف العقد انفسهم لكل مرة تستجد فيها الضرورة للاتفاق على مشروع جديد ، بل يكتفي بالعقد على الإحالة الى وثيقة أخرى تتضمن تسوية النزاع بالتحكيم وهو ما

يحدث عادة في عقود التشبيد FIDIC الصادرة عن الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين ، ويستوي ان تكون الوثيقة المحال عليها اتفاق بين الطرفين او عقد نموذجي او لائحة صادرة عن مركز تحكيم ، لذلك نجد ان القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي (الاونسيترال) قد عالج هذا الموقف في المادة (٢/٧) منه ، التي اخذت بفكرة الإحالة على عقد اخر يتضمن تسوية النزاع بالتحكيم، الا انها اشترطت لصحة الإحالة على ذلك العقد شرطا واحدا وهو ان تكون الإشارة المذكورة قد وردت ورودا صريحا ، إذ تجعل من ذلك الشرط ، جزء من العقد ، بمعنى الا يكون هنالك شك من انصراف حول انصراف إرادة المتعاقدين الى جعل شرط التحكيم الذي تتضمنه الوثيقة المحال عليها جزء من العقد .

انظر . الدكتور . اكرم فاضل سعيد قصير: المعين في دراسة قواعد التحكيم التجاري ، دار وائل للنشر، عمان ، الأردن ، الطبعة الأولى ، ٢٠١٧ ، ص ٧٤ - ٧٥ .

٣٧- دالي بشير : مبدا تأويل العقد (دراسة مقارنة) ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة أبو بكر بلقاسم ، الجزائر ، ٢٠٠٨ ، ص ١٠ .

٣٨- وقد خصص القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ ثلاثة عشر مادة (١٥٥-١٦٧) لتفسير العقد.

٣٩- محمد محمود صبرة : مصدر سابق، ص ٢٤ .

٤٠- الدكتور اكرم فاضل سعيد ، د. طالب محمد جواد عباس : أهمية المفاوضات في ابرام اتفاق المعلوماتية الإطاري والعقود التطبيقية المنضوية تحته ، مصدر سابق ، ص ٢٣ .

٤١- د. احمد شريف الدين : مصدر سابق، ص ٦٧-٦٨ . محمد محمود صبرة : مصدر سابق ، ص ٧٣ .

٤٢- الدكتور صدام فيصل كوكز المحمدي مصدر سابق ، ص ١٤١ .

٤٣- جعفر جواد الفضلي : عقد الاطار (دراسة تحليلية)، مصدر سابق ، ص ١٠ .

قائمة المصادر والمراجع

أولا :الكتب

١.د. احمد شريف الدين : أصول الصياغة القانونية للعقود (تصميم العقد) ، بدون دار نشر

٢.د. عبد الفتاح بيومي حجازي : عقود البوت في القانون المقارن ، دار الكتب القانونية، مصر ، ٢٠٠٨

٣.د. عبد المجيد الحكيم ، الأستاذ عبد الباقي البكري ، الأستاذ المساعد محمد طه البشير : الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي (الجزء الأول) ، المكتبة القانونية، بغداد ، بدون سنة نشر

٤.د. عبد المجيد الحكيم : الموجز في شرح القانون المدني (مصادر الالتزام) ، المكتبة القانونية ، بغداد ، بدون سنة نشر

٥.د. علي محمد بدير ، د. عصام عبد الوهاب البرزنجي ، د. محمد ياسين السلامي: مبادئ واحكام القانون الإداري ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، ٢٠١١

٦.د. مصطفى محمد الجمال : السعي الى التعاقد في القانون المقارن ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، الطبعة الأولى ، ٢٠٠٢

٧.الدكتور . اكرم فاضل سعيد قصير : المعين في دراسة قواعد التحكيم التجاري ، دار وائل للنشر ، عمان ، الأردن ، الطبعة الأولى ، ٢٠١٧

٨. الدكتور : اكرم فاضل سعيد قصير ، د. طالب محمد جواد عباس : المعين في دراسة

٤٤- د. مصطفى محمد الجمال : السعي الى التعاقد في القانون المقارن ، مصدر سابق ، ص ٣٠٢- ٣٠٣ .

٤٥- فالوعد بالتعاقد (الوعد الملزم لجانب واحد) والاتفاق الابتدائي (الوعد الملزم لجانبين) ، هو خطوة نحو التعاقد النهائي ، فوجب أن يكون السبيل مهيئا لإبرام العقد النهائي ، بمجرد ظهور رغبة الموعود له ، في الوعد بالتعاقد ، الملزم لجانب واحد ، او بمجرد حلول الميعاد في الاتفاق الابتدائي الملزم لجانبين . والمسائل الجوهرية للعقد المراد ابرامه هي اركان هذا العقد فان كان يبيعا فيجب ان يتفق الطرفان على المبيع والثمن ، فان لم يتم الاتفاق على جميع هذه المسائل ، فان الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائي لا ينعقدان .

انظر . الدكتور عبد الرزاق احمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (نظرية الالتزام بوجه عام ، مصادر الالتزام)، المجلد الأول ، الطبعة الثالثة ، نهضة مصر ، ص ٣٥٢- ٣٥٣ .

٤٦- د. جعفر جواد محمد الفضلي : مصدر سابق ، ص ١٠-١١ .

٤٧- إذ تنص المادة ١٧٧ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ بانه: ((١- في العقود الملزمة لجانبين اذا لم يوفى احد العاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للعاقد الاخر بعد الاعذار ان يطلب الفسخ مع التعويض ان كان له مقتضى على انه يجوز للمحكمة ان تنتظر المدين الى اجل ، كما يجوز لها ان ترفض طلب الفسخ اذا كان مالم يوف به المدين قليلا بالنسبة الى الالتزام بجملته (...)).

٤٨- د. عبد المجيد الحكيم ، الأستاذ عبد الباقي البكري ، الأستاذ محمد طه البشير : القانون المدني واحكام الالتزام ، الجزء الثاني ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ص ٢٥١ وما بعدها .

٤٩- جعفر محمد جواد الفضلي : مصدر سابق ، ص ١٢ .

٥٠- د. مصطفى محمد الجمال : مصدر سابق ، ص ٣٠٤ .

المسؤولية الناشئة عن تطبيقات الحاسوب
وإستخداماته ، مكتبة السنهوري ، بغداد ،
٢٠١٥

٩. الدكتور عبد الرزاق احمد السنهوري:
الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (نظرية
الالتزام بوجه عام ، مصادر الالتزام) ، المجلد
الأول ، الطبعة الثالثة ، نهضة مصر

١٠. الدكتور عبد المجيد الحكيم : الوسيط
في نظرية العقد (الجزء الأول) ، شركة الطبع
والنشر الاهلية ، بغداد ، ١٩٦٧

١١. محمد محمود صبرة : صياغة العقود
بالعربية والإنكليزية واثر ذلك في كسب
الدعوى ، بدون دار نشر ، ٢٠١٥

ثانيا : الرسائل و الإطاريح

١. الدكتور صدام فيصل كوكز المحمدي:
اتفاقات الاطار (دراسة في اليات التعاقد
المنظمة للعلاقات القانونية المستمرة) دراسة
مقارنة في القانون الخاص ، أطروحة دكتوراه ،
كلية الحقوق ، جامعة النهريين ، ٢٠٠٦

٢. علي حسن باتول : النظام القانوني للتوريث
المصرفي للديون (دراسة قانونية مقارنة) ،
رسالة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة النهريين
، ٢٠١٧ .

٣. هيلان عدنان احمد محمد الجبوري:
الاتفاقات السابقة على التعاقد (دراسة
مقارنة) ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة
النهريين ، ٢٠٠٤

٤. سليمان يراك دايع الجميلي : المفاوضات
العقدية (دراسة مقارنة) ، رسالة ماجستير ، كلية
الحقوق ، جامعة النهريين ، ١٩٩٨

٥. دالي بشير : مبدا تأويل العقد (دراسة
مقارنة) ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة
أبو بكر بلقاسم ، الجزائر ، ٢٠٠٨

ثالثا : البحوث

١. ام كلثوم صبيح محمد : المفاوضات
الممهدة للتعاقد (ماهيتها واحكامها دراسة
مقارنة بين الواقع العملي والفرغ التشريعي) ،
بحث منشور في مجلة كلية الحقوق ، جامعة
النهريين ، المجلد ١٦ ، الإصدار ٣ ، سنة
٢٠١٤

٢. د. جعفر محمد جواد الفضلي: عقد
الاطار (دراسة تحليلية) ، بحث منشور في
مجلة الرافدين للحقوق ، مجلد ٨ ، السنة الحادية
عشر ، عدد ٢٨ ، سنة ٢٠٠٦

٣. الدكتور اكرم فاضل سعيد ، د. طالب
محمد جواد عباس : أهمية المفاوضات في
ايرام اتفاق المعلوماتية الإطاري والعقود
التطبيقية المنضوية تحته ، بحث منشور في
مجلة الحقوق الجامعة المستنصرية ، مجلد ٤ ،
سنة ٢٠١٢

٤. وعود كاتب عبد عباس الانباري :
عقد العمل الجماعي في القانون العراقي
(دراسة مقارنة) ، رسالة ماجستير ، كلية
الحقوق ، جامعة النهريين ، ٢٠٠٦

٥. دليل الصياغة التشريعية الصادر عن
مجلس النواب العراقي ، ٢٠١٤

The Role Of frame Contracts In Drafting The Commercial contracts And determining Its Range

Assit.Lect.Ali Hassin Batool^(*)

Assit.Lect.Haider Daood Salman^(**)

Abstract

The commercial dealings (especially the international ones) had excreted an important type of commercial agreements that organize a special type of complicated and twisted contracts which are executed through various stages and by different legal mechanisms called (frame contracts) , these contracts have a great importance over other different contracts , which falls beneath them, especially in its execution of organizing by making initial rules which arise over all deals included in (frame contracts) . It targets putting a typical system for a continuous legal relationship that have various applications which will be fulfilled through different stages of time , so that every application will .(be governed by the rules agreed upon in the (frame contracts

Frame contracts concentrate on future dealings ,their formation , the time and the way of execution and putting general conditions that are agreed and respected by all parts , in case any further contract is been constructed by the .frame contracts

An example for this contract is B.O.T , factoring contracts, technology transfer contracts and financial investment contracts in general. These contracts are often proceed by a frame contracts which organizes legal procedures in a way that this legal relationships would thrive and continue between the parts .especially if it's related to a multi-link legal relationships

^(*) Sader Al-Iraq University

^(**) Al-Amaal University

Contents

Research and Studies

Editor.....	15
- The principal of Constancy of Border And Related Matters In The Jurisprudence of The International Court Of Justice	
Prof.Dr. Mohammed Khaled Braa.....	30
- Humanitarian Intervention And Problematic Application	
Assit.Prof.Dr.IbraheemHardan.....	52
- Parliamentary Investigation As a means of control over the work of the council of ministers in the Iraqi constitution and comparative	
Assist.Prof.Dr. Iman Qassim.....	72
- Foreigner membership in Iraqi commercial companies	
Asst. Prof Dr. Siham Sawadi Toama.....	94
- The validity of in-kind compensation for future reparation	
A comparative study of Iraqi and English law	
Dr. Kadhim Hammadi.....	122
- The Adequacy of Civil Law Rules In Civil Protection For The Use OF Biomedical Thechnologies	
Lect.. Fatimah Khalaf Kadhum.....	142
- Legal basis for the concept of subcontracting contract	
A comparative study	
Lect.Dr.Atheed Ezzat.	
Assit.Lect.Marwan Atheed.....	166
- Closing Mortgage in Islamic Jurispcudenceand Civil Law	
Analytic Comparative Study	
Lect.Amed Mohammed Sedeeq.....	180
- The ExecutiveCompetences for the President of the State in the American Presidential Regime	
Assit .Lect.Shamel Sami.....	196
- The Role Of frame Contracts In Drafting The Commercial contracts And determining Its range	
Assit.Lect.Ali Hassin Batool	
Assit.LectHaider Daood Salman.....	219

Ethics of Publishing in the Journal of Legal Studies

- Journal of Legal Studies adopts the rules of confidentiality and objectivity in the arbitration process, for both the researcher and the readers . It assigns each arbitrable research to certified readers who have the specialized expertise and competence in the research subject to assess and evaluate it according to specific standards and criteria . In case that the assessment conflicts with readers, the Journal refers the research on another reader.

- Journal of Legal Studies adopts reliable, experienced and authentic readers in their specialty.

- Journal of Legal Studies adopts an accurate internal organization that clearly defines the duties and responsibilities in the work of the editorial staff and its functional ranks.

- Editors and readers, except for the direct administrator of the editing process (the editor-in-chief or his / her designee) may not discuss paper (researches) with anyone else, including the author. Any privileged information or opinion obtained through reading is kept confidential and neither of them may be used for personal use.

- In the light of readers' reports, the Journal provides technical, methodological and information support to researchers, as needed and serves to improve research.

- The Journal is obliged to inform researchers of the approval of the research publication without modification , or according to certain amendments based on what is stated in the reading reports, or apologize for not publishing with an explanation of the reasons.

- Journal of Legal Studies is committed to the quality of the investigative, editorial, printing and electronic services it provides for researches.

- Respect for the rule of non-discrimination: Editors and reviewers assess research material according to intellectual content, taking into account the principle of non-discrimination on the basis of race, gender , faith, political philosophy of the author . ●Assessment and evaluation is never based on discrimination but on adherence to academic approaches and rules in presenting , analyzing and discussing ideas, trends, and topics.

- Respect for the rule of non-conflict of interest between editors and researchers, whether as a result of a competitive or cooperative relationship or other relationships or links with any author, company or research-related institution.

- Journal of Legal Studies shall not allow any of its members or editors to use the unpublished material contained in the research assigned to the Journal in their own researche

terms of what percentile it is in ? Is it in the top 25% of papers in this field ? You might wish to do a quick literature search using tools such as Scopus to see if there are any reviews of the area. If the research has been covered previously, pass on references of those works to the editor.

Organization and Clarity:

- Title: Does it clearly describe the article ?

- Abstract: Does it reflect the content of the article ?

- Introduction: Does it describe what the author hoped to achieve accurately, and clearly state the problem being investigated ? Normally, the introduction should summarize relevant research to provide context, and explain what other authors' findings, if any, are being challenged or extended. It should describe the experiment, the hypothesis(es) and the general experimental design or method.

- Method: Does the author accurately explain how the data was collected?

Is the design suitable for answering the question posed ? Is there sufficient information present for you to replicate the research ? Does the article identify the procedures followed ? Are these ordered in a meaningful way ? If the methods are new, are they explained in detail ? Was the sampling appropriate ? Have the equipment and materials been adequately described

Guidelines for Reviewers

The Responsibility of the Peer Reviewer

The peer reviewer is responsible for critically reading and evaluating a manuscript in their specialty field, and then providing respectful, constructive, and honest feedback to authors about their submission. It is appropriate for the Peer Reviewer to discuss the strengths and weaknesses of the article, ways to improve the strength and quality of the work, and evaluate the relevance and originality of the manuscript.

Before Reviewing

Please consider the following:

1. Does the article you are being asked to review match your expertise ?

If you receive a manuscript that covers a topic that does not sufficiently match your area of expertise, please notify the editor as soon as possible. Please feel free to recommend alternate reviewer.

2. Do you have time to review the paper ?

Finished reviews of an article should be completed within two weeks. If you do not think you can complete the review within this time frame, please let the editor know and if possible, suggest an alternate reviewer. If you have agreed to review a paper but will no longer be able to finish the work before the deadline, please contact the editor as soon as possible.

3. Are there any potential conflicts of interests ?

While conflicts of interest will not disqualify you from reviewing the manuscript, it is important to disclose all conflicts of interest to the editors before reviewing. If you have any questions about potential conflicts of interests, please do not hesitate to contact the receiving editorial office.

The Review:

When reviewing the article, please keep the following in mind:

- Content Quality and Originality.

Is the article sufficiently novel and interesting to warrant publication ? Does it add to the canon of knowledge ? Does the article adhere to the journal's standards ? Is the research question an important one ? In order to determine its originality and appropriateness for the journal, it might be helpful to think of the research in

**Department Of Private
Law(LR)**

Jurisprudence LR/002
Maritime & Air Law LR/003
Personal Property LR/006
Contract Law LR/008
Family Law LR/009
Civil Procedure LR/010
Commercial Law LR/011
Company Law LR/012
Industrial Law LR/013
Land Law LR/014
Conveyancing LR/015
Law of Evidence LR/016
Equity & Trusts LR/017
Copyright Law LR/018
Notary Law LR/020
Labour Law LR/021
Consumer Law LR/023
Civil Law Systems LR/025
Islamic Sharia Law LR/030
American Law LR/034

**Department Of Public
Law(LB)**

Administrative Law LB/001
Local Government LB/002
Central Government LB/003
Constitutional Law LB/004
Planning Law LB/005
Taxation Law LB/006
Public Liberties LB/007
Petroleum Law LB/008
Administrative Contract LB/009
Budgets Law LB/010
Judicial Censorship Over Admin-
istration Work LB/011
Constitutional Censorship LB/012
Public Administration LB/013
Philosophy of Public Law LB/015
Laws of Public Money Protection
LB/016
International Econom Law LB/017

for not publishing, within three months of the receipt of the research.

Fifth: The Journal is morally committed to respect privacy, confidentiality, objectivity and academic honesty. The editors, auditors and members of the editorial board do not disclose any information about the research.

-The arrangement of researches is subject to technical procedures irrelevant to the status of the researcher.

-Journal depend Mail System in order margins and sources

-The Journal does not pay financial rewards for published materials – researches, studies and articles - as it is applied by international academic journals. The Journal does not receives fees for publication.

Sixth: The journal relies on the publication of research and studies, the following scientific disciplines:

Law(I)	PublicInternational Law LI/003
Department of Criminal	Common Market Law LI/004
*Law(LP)	InternationalOrganization LI/005
Criminal Law &Producer Lp/001	InternationalEconomicLaLI/006
Military Law LP/002	Human Rights LI/007
Penology Lp/003	InternationalLaw Of Sea LI/008
Criminology LP/004	EnvironmentInternationalLI/009
Criminal Policy LP/005	Setting International disputLI/010
Criminal Private Law LP/006	International Law of Human Rights LI/011
DepartmentofInternational	Humanitarian International Law LI/012
Law(LI)	
International Law LI/001	
Private International LI/002	

prepared in a new way for the Journal provided that the researcher refers to this providing sufficient data concerning the thesis title, the discussion date and the university where the discussion took place.

-A research should be within the field of the Journal's goals and research concerns.

-The Journal is interested in critical reviews of important books recently published in the fields of its specialization in any the languages, provided that these books published not more than three years. A review does not exceed 2800-3000 words. Books reviewed should be within the field of the researcher's specialization or his basic research interests. Book reviews are subject to the same assessment criteria followed in the assessment of researches.

-The Journal devotes a special forum for the discussion of an idea, a theory or an issue raised in the field of social studies. The number of words in the discussion does not exceed 2800-3000 words. Discussions are subject to the same assessment criteria.

-The number of a research words, including references to sources and footnotes, bibliography, list of words of tables, if any, and annexes, if any, are between 8000 and 10,000 words. The journal may publish, in its discretion and in exceptional cases, some research and studies whose words exceed the number of words mentioned above

-Charts, figures, equations, graphs or tables are to be sent in the way they are originally used in Excel or Word. They be supplemented a good quality original pictures in a separate file as well.

- Researches and studies may published in Arabic or English.

Fourthly: Each research is subject to a complete confidential assessment conducted by two readers (referees) who are competent and specialized in the subject of the research, have the academic expertise of what has been accomplished in concerned field and who are accredited in the list of readers in Bayt al-Hikma. In case there are contradictions in assessment results, the research is sent to a third reader. The Journal is committed to provide the researcher with its final decision: publishing / publishing after making specific amendments / apologies

Author Guidelines

The “Journal of Legal Studies“ depends, in the selection of its content, certain formal and intellectual specification as they are manifested in the international refereed journals, according to the following:

Firstly: the search has to be original specially prepared for the Journal, not published in full or in any other way, in paper or electronically, or presented in an academic event held Beit al-Hikma or organized by any other party.

Second: a C.V., in both Arabic and English, must be attached to the research.

Third: The research should include the following elements:

-Research title in Arabic and English and a brief introduction to the researcher and the academic foundation where s/he works in an independent page.

-An abstract of the research in Arabic and English in about 250-300 words, followed by the key words. The abstract should state the in short, accurate and clear sentences the main problem of research, methods used and conclusions.

-The identification of research problem, objectives of the study, its significance, the critical reviews written including the latest materials published on the subject, defining the specifications of the research hypothesis, the conceptual perception and its main indicators, a description of methodology, analysis, results, and conclusions; provided that a list of sources and references referred to by the researcher or used in the research body. The list should include the research date in its original foreign language in case of using several sources in several languages.

-A research should abide by documentation conditions in accordance with the reference assignment depended by Bayt al-Hikma which is compatible with the international standards research methodology.

-The Journal does not publish chapters or researches taken ready made from university endorsed theses except for certain cases where they are

The Journal Objectives

Intellectual property rights: Bayt al-Hikma (The House of Wisdom) owns the intellectual property rights of the articles published in its academic journals and may not be reproduced in whole or in part, either in Arabic or translated into foreign languages, without express written permission from Bayt al-Hikma.

- Journal of Legal Studies complies with the publication of translated articles in full compliance with a permission of the foreign periodical ; and complies with the respect of intellectual property rights.

- Free Publishing : Journal of Legal Studies is committed to free publication, and exempts researchers and authors from all publishing fees.

Journal of Legal Studies is a referee semi-annual periodical issued by Bait al-Hikma, carrying the international standard number (ISSN2223-8190)It is specialized in legal academic studies and research, supervised by a cadre of experts and academics from various Iraqi and Arab universities. It is published in hard and doft copies (paper and electronic). It aims to:

- 1 -.Publish and disseminate academic research, which has not been published previously, prepared by researchers in the academic fields related to legal issues, and encourage researchers to publish their academic output in the Journal , in order to enrich and develop academic research in these fields. .

2. Provide the opportunity for academic assessment and evaluation of research by subjecting research to the academic opinion which assesses the academic and methodological aspects in academic research.

- 3.consolidate and strengthen academic links and to intellectual ties between the Legal Studies Department, scholars and the corresponding institutions of mutual interest, in addition to achieve scientific communication and to create channels of communication between specialists in the legal field.

- 4.Address contemporary humanitarian issues in the context of academic research and enrich knowledge within the framework of law and employing it in the service of humanity.

- 5.Follow up academic movement trends within the scope of law in different branches by following up academic results of all research issued by educational institutions and research centers, as well as follow up modern legislation and new judicial trend

The Journals Vision

The vision of Legal Studies Journal is that law may be different of all other branches of knowledge as a branch in the process of permanent formation ; hence , it assimilates the methodologies of all other branches and their approaches within its open methodology, including the approaches of scientific branches . Within the framework of this vision, the Journal encourages research and studies based on statistical tables and field surveys that bring law closer to the field of experimentation, thus making it interactive with other branches . The Journal also seeks to stimulate Arab legal research in all its methods. However , it pays special attention to the researches that are concerned with new and emerging issues, questions and concepts , including the new East-Orography treatments of a law that appears to be “accomplished”. The science of law is defined as the science of research and exploration regardless of the chronology of legal times and times . It is not only the law of the past but also the understanding of the law of the future, without confusing it with the philosophy of teleological law.



Law Studies

Quarterly journal issued by Department of Historical Studies In BaytulHikma

No.(52) Baghdad-2020

Editor -In-Cheif

Dr.Ezz Al- Eddin Al-Mohammedy
Baytul-Hikma/Law Studies Dept.

Editor Manager

Dr. Thakra Inam Ghaeb
BaitUl-Hikma/Law Studies Dept.

Editonial Board

- Prof. dr. FuziyHussain Al-Jboori / Iraq
Prof. dr. Abdulah Azam Abdulkader Al-Grah/Jordan
Assit.prof. dr. Mohammed Ezzit/ Iraq
Assit.Prof. dr.Jehan Hussain Faqeeh / Lebnon
Assit.Prof.dr.Abdulrahman Naji Al-Mashhadani/Iraq
Assit. prof. dr. Alaa Alddin Addul latif Abdulati /Egypt
Assit.Prof. dr. Alaa Nassir AL-bAAJ / Iraq
Assit. Prof. dr. Waleed Kassid Al- zaidi / Iraq
Assit.prof. dr. Wael Monther Al-Bayati /Iraq
Assit.Prof. dr. Ismael Najim alddin Zankna /Iraq

Linguistic Correction

Assit.Prof.Dr.Rasha. Taha(ArabicLanguage)

Buthayna Hashim (English Language)